

การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน :
ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์



นายสุเมธ นาควิโรตม

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

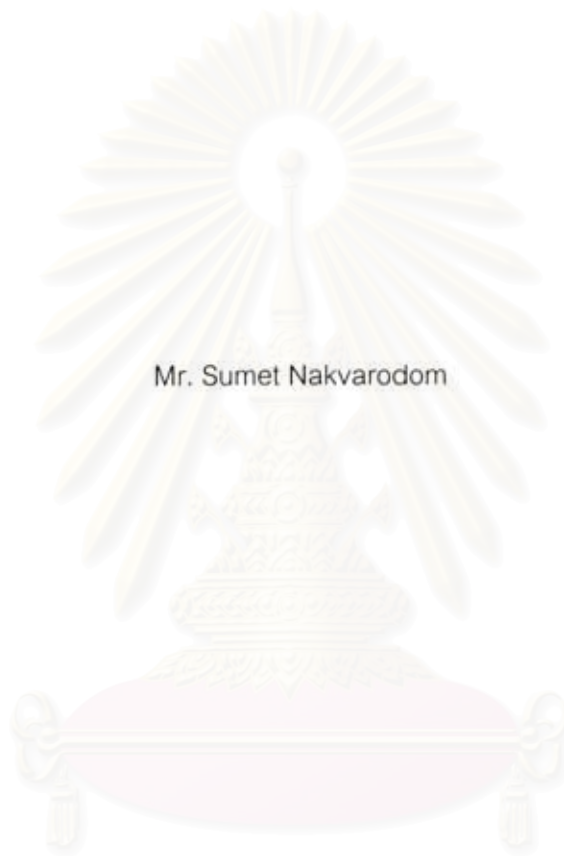
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2549

ISBN 974-14-2936-3

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

AUTHORISATION ON TRADE RESTRAINT :
A CASE STUDY OF EXCLUSIVE DEALING IN AUTOMOBILE INDUSTRY



Mr. Sumet Nakvarodom

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2006

ISBN 974-14-2936-3

Copyright of Chulalongkorn University

490194

สุเมธ นาควโรดม : การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน : ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์. (AUTHORISATION ON TRADE RESTRAINT : A CASE STUDY OF EXCLUSIVE DEALING IN AUTOMOBILE INDUSTRY) อ. ที่ปรึกษา : รศ.ดร.ศักดิ์ ธานีติกุล, จำนวนหน้า 185 หน้า. ISBN 974-14-2936-3.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ โดยศึกษาถึงแนวทางและเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

จากการศึกษาพบว่า พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้ารูปแบบหนึ่งที่มีเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ คือ กรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ซึ่งผู้ประกอบการหลายรายมักจะนำมาใช้กับคู่ค้าของตน การกระทำในลักษณะนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดการแข่งขัน ทำให้กลไกตลาดถูกบิดเบือนมิได้สะท้อนภาวะการแข่งขันที่แท้จริง แต่อย่างไรก็ดีแม้การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งดังกล่าว จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดการแข่งขันก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันการตกลงดังกล่าวก็สามารถสร้างประโยชน์และประสิทธิภาพต่างๆ ให้เกิดขึ้นได้เช่นกัน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา กติกาประชาคมยุโรป กติกา และประเทศออสเตรเลีย กติกา ส่วนต่างยอมรับว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง เป็นพฤติกรรมที่สามารถสร้างประโยชน์และควรอนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยในกรณีคดีต่างๆ หลายคดี แต่ในส่วนการอนุญาตให้มีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเกณฑ์การพิจารณาของแต่ละประเทศที่มีมุมมองต่อประโยชน์ที่เกิดขึ้นในระดับที่แตกต่างกัน

เมื่อกลับมาพิจารณาถึงมาตรา 27 (5) ถึง (10) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้เปิดช่องให้มีการกระทำการจำกัดการแข่งขันได้โดยการขออนุญาต แต่ด้วยเหตุที่บทมาตราดังกล่าวยังขาดแนวทางการพิจารณา วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงขอเสนอถึงเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตกับกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2549.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4686351134 : MAJOR LAWS

KEY WORD : COMPETITION LAW / EXCLUSIVE DEALING / TRADE PRACTICES

SUMET NAKVARODOM : AUTHORISATION ON TRADE RESTRAINT : A CASE STUDY OF EXCLUSIVE DEALING IN AUTOMOBILE INDUSTRY. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 185 pp. ISBN 974-14-2936-3.

This thesis is aimed at studying a trade restraint on exclusive dealing, focusing on a guideline and factor for authorisation on exclusive dealing in automobile industry.

The result of study indicates that one kind of trade restraints that popularly used in automobile industry is an exclusive dealing. Most entrepreneurs use exclusive dealing for the benefit to its business regardless of the negative effect. In negative effect, the use of exclusive dealing in competition market could distort, wholly or partially, the market mechanism and the circumstance of market competition. However, at the time of existing exclusive dealing, it can positively result in much benefit and efficiency as well. According to the Antitrust Law of United State of America, the Treaty of Rome of European Community and the Trade Practice Act 1974 of Australia, they all accept that exclusive dealing is a trade restraint that can effectively generate a benefit and/or efficiency as shown in many case studies. In part of the authorisation of exclusive dealing in automobile industry, it depends on the statue of law in each country and the aspect of benefit and efficiency from an exclusive dealing.

Under section 27 (5) to (10) of the Trade Competition Act B.E.2542 of Thailand, it supports that a trade restraint, including exclusive dealing, can be authorised to do but the law does not have a guideline and factor to consider on the authorisation. Therefore, the author would like to propose a factor to consider for the authorisation on exclusive dealing in automobile industry.

Field of StudyLaws.....Student's Signature
Academic Year2006.....Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความช่วยเหลืออย่างดียิ่งของบุคคลต่างๆ ข้าพเจ้าจึงใคร่ขอถือโอกาสอันมีค่านี้ขอบคุณในความกรุณาและความอนุเคราะห์ของท่านที่มีต่อข้าพเจ้าในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ข้าพเจ้าขอขอบคุณท่านรศ.ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า และความสมบูรณ์ของเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขาดเสียมิได้ หากไม่ได้รับคำแนะนำและการชี้แนะจากท่านซึ่งมีความเชี่ยวชาญในหัวข้อนี้

ข้าพเจ้าขอขอบคุณและขอแสดงความเคารพอย่างที่สุดต่อท่านอาจารย์สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่ได้โปรดสละเวลาให้แก่ข้าพเจ้า ในการให้คำแนะนำและรับเป็นกรรมการพิจารณาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำแนะนำของท่านอาจารย์ในบทกฎหมายต่างประเทศอันเป็นพื้นฐานในการเขียนบทอื่นๆ ต่อไป

ข้าพเจ้าขอขอบคุณ คุณอร่ามศรี รุพันธ์ ที่ได้รับเป็นกรรมการพิจารณาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนให้การชี้แนะต่างๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์มีเนื้อหาที่สมบูรณ์ และชัดเจนยิ่งขึ้น ตลอดจนให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำภาษาที่สละสลวยจากท่าน

ข้าพเจ้าขอขอบคุณ คุณธีระพัฒน์ จิระพงศ์ ซึ่งเป็นตัวแทนทางภาคเอกชนที่ได้รับเป็นกรรมการพิจารณาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความอนุเคราะห์จากท่านในส่วนของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมยานยนต์ในประเทศไทย

นอกจากนี้ท่านที่จะขาดเสียมิได้ คือ รองศาสตราจารย์ลำเรียง เมฆเกรียงไกร ที่ได้สละเวลาทำหน้าที่เป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับข้าพเจ้า

ท้ายสุดนี้ ความชัดเจน การเรียบเรียงของถ้อยคำ และภาษาที่สละสลวยจะไม่อาจมีได้อย่างสมบูรณ์เช่นที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมิได้รับความช่วยเหลือจากคุณทวีโชค คู่ทวีกุล

สารบัญ

หน้า

| | |
|---|----|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| | |
| บทที่ 1 บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย | 3 |
| 1.3 สมมุติฐานการวิจัย..... | 3 |
| 1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย | 3 |
| 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย | 4 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย | 4 |
| | |
| บทที่ 2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งและมาตรการอนุญาตให้ กระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า | 5 |
| 2.1 หลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า | 7 |
| 2.1.1 ตลาด (Market)..... | 8 |
| 2.1.1.1 ตลาดเชิงสินค้า (Product market)..... | 10 |
| 2.1.1.2 ตลาดเชิงภูมิศาสตร์ (Geographical market)..... | 11 |
| 2.1.2 กลไกราคา (Price mechanism)..... | 13 |
| 2.1.3 พฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดการค้า | 14 |
| 2.1.3.1 ผู้ประกอบการทางธุรกิจ..... | 15 |
| 2.1.3.2 ผู้บริโภค | 15 |
| 2.1.3.3 รัฐ..... | 17 |

| | |
|---|----|
| 2.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) | 18 |
| 2.2.1 รูปแบบทั่วไปของการจำกัดการแข่งขันทางการค้า | 20 |
| 2.2.2 พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ... | 25 |
| 2.2.2.1 ลักษณะข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing).... | 25 |
| 2.2.2.1.1 ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยชัดแจ้ง | 26 |
| 2.2.2.1.2 ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยอ้อม..... | 27 |
| 2.2.2.2 ปัจจัยที่เอื้อให้การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นผลสำเร็จ | 32 |
| 2.2.2.2.1 โครงสร้างตลาด..... | 33 |
| 2.2.2.2.2 อำนาจเหนือตลาด (Market power) | 38 |
| 2.2.2.2.3 ลักษณะของสินค้า (Products) | 39 |
| 2.2.2.2.4 สิ่งจูงใจ (Incentive)..... | 40 |
| 2.2.2.3 ผลกระทบที่เกิดจากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง..... | 40 |
| 2.2.2.3.1 ผลเสีย | 41 |
| 2.2.2.3.2 ผลดี..... | 43 |
| 2.3 มาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน ภายใต้หลักการของกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้า..... | 45 |
| 2.3.1 มาตรการควบคุมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า..... | 45 |
| 2.3.1.1 ระบบการควบคุมโครงสร้างตลาด..... | 45 |
| 2.3.1.2 ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด | 46 |
| 2.3.2 มาตรการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขัน | 47 |
| 2.3.2.1 การอนุญาตโดยระบบการขออนุญาต (Authorisation) | 48 |
| 2.3.2.2 การอนุญาตโดยการใช้ดุลยพินิจของศาลในการบังคับใช้กฎหมาย | 48 |
| 2.3.2.3 การอนุญาตโดยบทยกเว้นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า | 49 |
| 2.3.3 ลักษณะของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า..... | 50 |
| 2.3.3.1 เป็นกฎหมายที่แสดงออกถึงสภาพเศรษฐกิจภายในสังคม | 51 |
| 2.3.3.2 เป็นกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าในตลาด..... | 51 |
| 2.3.3.3 เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภค | 52 |

| | |
|--|----|
| บทที่ 3 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ | 53 |
| 3.1 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 53 |
| 3.1.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า | 55 |
| 3.1.1.1 กองควบคุมการแข่งขันทางการค้า กระทรวงยุติธรรม (Department of Justice – Antitrust Division) | 55 |
| 3.1.1.2 คณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้า (“Federal Trade Commission”)..... | 56 |
| 3.1.1.3 ศาล (Court) | 58 |
| 3.1.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา | 58 |
| 3.1.2.1 Clayton Act 1914 | 61 |
| 3.1.2.2 Sherman Act 1890..... | 62 |
| 3.1.2.3 Federal Trade Commission Act 1914 | 63 |
| 3.1.3 การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ | 65 |
| 3.1.3.1 ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขัน..... | 67 |
| 3.1.3.1.1 หลักความผิดเด็ดขาด (Per-se rule) | 67 |
| 3.1.3.1.2 หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) | 69 |
| 3.1.3.2 แนวทางการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 70 |
| 3.1.3.2.1 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง | 73 |
| 3.1.3.2.2 ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ | 77 |
| 3.1.4 สรุปเนื้อหากฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา | 81 |
| 3.2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากลุ่มประเทศประชาคมยุโรป | 83 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า | 86 |
| 3.2.1.1 คณะมนตรี (Council)..... | 86 |
| 3.2.1.2 คณะกรรมาธิการ (Commission) | 87 |
| 3.2.1.3 รัฐสภายุโรป (European Parliament) | 87 |
| 3.2.1.4 ศาลยุติธรรมแห่งประชาคม (The Community Courts) | 88 |
| 3.2.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ตามมาตรา 81(1) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม..... | 89 |
| 3.2.2.1 การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ (Undertakings)..... | 90 |
| 3.2.2.2 การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบบนการจำกัดการแข่งขัน | 92 |
| 3.2.2.3 การกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก (Trade between Member States) | 93 |
| 3.2.3 การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์โดยบทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม | 94 |
| 3.2.3.1 ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขัน..... | 96 |
| 3.2.3.2 รูปแบบการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน โดยบทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3) | 97 |
| 3.2.3.2.1 การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block/Group exemption)..... | 97 |
| 3.2.3.2.2 การอนุญาตแบบรายบุคคล (Individual Exemption)..... | 99 |
| 3.2.3.3 แนวทางการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 101 |
| 3.2.3.3.1 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตแบบกลุ่ม (Block exemption) .. | 101 |
| 3.2.3.3.2 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 81(3)..... | 103 |
| 3.2.3.3.3 ศึกษาแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 108 |
| 3.2.4 สรุปเนื้อหากฎหมายการแข่งขันทางการค้ากลุ่มประเทศประชาคมยุโรป..... | 110 |

| | |
|--|-----|
| 3.3 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย | 112 |
| 3.3.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า | 114 |
| 3.3.1.1 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (the Australian Competition and Consumer Commission – "ACCC")..... | 114 |
| 3.3.1.2 สภาที่ปรึกษาควบคุมการแข่งขันทางการค้าแห่งชาติ (The National Competition Council- NCC)..... | 115 |
| 3.3.1.3 องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศออสเตรเลีย (The Australian Competition Tribunal)..... | 115 |
| 3.3.1.4 ศาลสหพันธรัฐประเทศออสเตรเลีย (The Federal Court of Australia)..... | 116 |
| 3.3.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ตามมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974 | 117 |
| 3.3.2.1 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(2) และ (3) | 121 |
| 3.3.2.2 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(4) และ (5) | 122 |
| 3.3.2.3 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(6) และ (7) | 123 |
| 3.3.2.4 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(8) และ (9) | 124 |
| 3.3.3 การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ตามกฎหมาย Trade Practice Act 1974 | 125 |
| 3.3.3.1 ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขัน..... | 125 |
| 3.3.3.2 รูปแบบการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันตามกฎหมาย Trade Practice Act 1974 | 128 |
| 3.3.3.2.1 การขออนุญาต (Authorisation) | 128 |
| 3.3.3.2.2 การมีหนังสือแจ้ง (Notification)..... | 131 |
| 3.3.3.3 แนวทางการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 132 |
| 3.3.3.3.1 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง | 133 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 3.3.3.3.2 | ศึกษาแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 139 |
| 3.3.4 | สรุปเนื้อหาส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศออสเตรเลีย | 143 |
| บทที่ 4 | การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 | 144 |
| 4.1 | สภาพอุตสาหกรรมยานยนต์และพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในประเทศไทย..... | 144 |
| 4.1.1 | โครงสร้างตลาดและการแข่งขันทางการตลาดของอุตสาหกรรมยานยนต์ | 147 |
| 4.1.2 | รูปแบบการจัดจำหน่ายสินค้าในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 151 |
| 4.1.3 | กลยุทธ์ในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 152 |
| 4.1.4 | พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 153 |
| 4.1.4.1 | กรณีการกำหนดข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งกรณีทั่วไป | 154 |
| 4.1.4.2 | กรณีที่ผู้ผลิตได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้จัดจำหน่ายบางประการ | 154 |
| 4.1.4.3 | การมอบหมายให้เป็นผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว..... | 155 |
| 4.1.5 | ลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์..... | 156 |
| 4.1.5.1 | การบริการหลังการขาย (After sale service) | 156 |
| 4.1.5.2 | ความสำคัญของอะไหล่หรือชิ้นส่วนยานยนต์บางประเภท | 156 |
| 4.1.5.3 | เทคโนโลยีและบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ | 157 |
| 4.2 | การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ต่อการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ | 158 |
| 4.2.1 | ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย..... | 158 |
| 4.2.2 | กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์..... | 159 |
| 4.2.3 | ศึกษาแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ในประเทศไทย..... | 165 |

| | |
|---|-----|
| 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำ ธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ | 168 |
| 4.3.1 ปัญหาถ้อยคำและการตีความ | 169 |
| 4.3.2 ปัญหาแนวทางการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน | 171 |
| 4.4 บทสัมภาษณ์ของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยานยนต์ต่อพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำ ธุรกิจกับคู่แข่งภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 | 175 |
| | |
| บทที่ 5 สรุปผลการศึกษาและเสนอแนะ | 178 |
| 5.1 สรุปผลการศึกษา..... | 178 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ..... | 181 |
| | |
| รายการอ้างอิง..... | 186 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์..... | 196 |

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

ในยุคปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าเกือบจะทุกประเทศในโลกมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม เนื่องมาจากความคิดพื้นฐานที่ว่า การให้สิทธิเสรีภาพแก่เอกชนอย่างเต็มที่ในการประกอบธุรกิจ โดยไม่มีการควบคุมไม่ว่าโดยองค์กรหรือบุคคลใด โดยมีกำไรเป็นเครื่องจูงใจให้ผู้ผลิตทำการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค และมีระบบราคาเป็นเครื่องมือในการแลกเปลี่ยนความพอใจดังกล่าว จะนำไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (Market economy) ซึ่งระบบดังกล่าวจะสร้างความเจริญเติบโต ความมั่นคง และความมั่งคั่งให้กับประเทศได้อย่างมาก เพราะการแข่งขันที่แท้จริงในตลาดจะนำไปสู่ความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ การจัดสรรทรัพยากรอย่างถูกต้อง และก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด

แต่ในความเป็นจริงแล้ว สภาพตลาดกลับมิได้มีการแข่งขันกันอย่างเสรี จึงส่งผลให้การทำงานของกลไกราคาเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ และผลจากการที่กลไกราคาทำงานอย่างไม่มีประสิทธิภาพนี้เอง จึงทำให้เกิดปัญหาต่างๆ มากมายในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี สาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่เกิดปัญหาดังกล่าว คือ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบการซึ่งปรากฏขึ้นในหลายรูปแบบ ทั้งนี้เป็นเพราะความพยายามของผู้ประกอบการที่ต้องการเข้าครอบครองส่วนแบ่งตลาดให้มากที่สุดเพื่อนำไปสู่ผลตอบแทนหรือกำไรสูงสุดนั่นเอง จึงทำให้มีการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ ฉะนั้น เมื่อกลไกราคาและการแข่งขันในตลาดที่แท้จริงไม่สามารถดำรงอยู่ได้ภายใต้ระบบของตลาดเองแล้ว รัฐจึงจำต้องเข้าแทรกแซงเพื่อจัดระบบตลาดให้มีการแข่งขันในลักษณะที่มีการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ ขจัดการผูกขาดทางการค้าหรือบริการ โดยมาตรการสำคัญที่รัฐได้ใช้แก้ไขปัญหาคือ การออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือที่เรียกว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้เพื่อปกป้องพฤติกรรมกระทำใดๆ ที่ไม่เป็นธรรมอันนำไปสู่การบิดเบือนการแทรกแซงภาวะการแข่งขันในตลาด

รูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง คือ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ซึ่งการกระทำดังกล่าวแม้ว่าจะก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจ

แต่ในบางสถานการณ์การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็อาจนำมาซึ่งประสิทธิภาพต่อระบบเศรษฐกิจ โดยทำให้ระบบการจัดจำหน่ายมีประสิทธิภาพมากขึ้น สินค้าที่ผลิตมีคุณภาพ อีกทั้งยังมีการนำทรัพยากรมาใช้อย่างคุ้มค่าและมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในบางสถานการณ์ ซึ่งหากพิจารณาแล้วปรากฏว่ามีประโยชน์มากกว่าผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม จึงสมควรได้รับอนุญาตให้กระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบางอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ

กรณีศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ อุตสาหกรรมยานยนต์ เนื่องจากอุตสาหกรรมยานยนต์เป็นอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ที่มีความเชื่อมโยงกับอุตสาหกรรมอื่นๆ อีกมากมาย อาทิ อุตสาหกรรมชิ้นส่วนยานยนต์ อุตสาหกรรมเหล็ก อุตสาหกรรมพลาสติก เป็นต้น อุตสาหกรรมประเภทนี้จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งในด้านการจ้างแรงงาน การพัฒนาเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมอย่างต่อเนื่อง ตลอดจนการสร้างรายได้ให้แก่ประชากรภายในประเทศ ในแง่ของขั้นตอนการผลิตและการจัดจำหน่ายในอุตสาหกรรมยานยนต์ พบว่าในอุตสาหกรรมดังกล่าวมีการร่วมกันระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย เพื่อต้องการครอบครองส่วนแบ่งตลาดให้ได้มากที่สุด โดยใช้กลยุทธ์การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเช่นเดียวกับอุตสาหกรรมประเภทอื่น

พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดยหลักสำคัญของมาตรา 27 จะยอมให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้ต่อเมื่อพฤติกรรมนั้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้นตามเงื่อนไขของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีนับแต่วันที่มีการประกาศใช้จนถึงปัจจุบันยังไม่เคยมีผู้ประกอบการรายใดได้รับประโยชน์จากการอนุญาตดังกล่าวและยังไม่ปรากฏแนวทางการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้ ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายยังคงขาดเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาอนุญาตเป็นสำคัญ

ฉะนั้น การขาดหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 จึงก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

1.2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์วัตถุประสงค์ ขอบเขต เป้าหมาย และวิธีการพิจารณาให้มีการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

1.2.3 เพื่อนำแนวทางการพิจารณาการอนุญาตให้จำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์มาประกอบการบังคับใช้ตามมาตรา 27 (5) ถึง (10) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

1.3 สมมติฐานการวิจัย

พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์เป็นพฤติกรรมที่สามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นได้ ประกอบกับมาตรา 27(5) ถึง (10) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้เปิดช่องให้มีการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันไว้ แต่ด้วยเหตุที่บทมาตราดังกล่าวยังขาดแนวทางการพิจารณา ดังนั้น จึงควรทำการศึกษาถึงเกณฑ์ที่ใช้กำหนดในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาต กระทำการจำกัดการแข่งขันกับกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

การศึกษาในเรื่องนี้จะวิเคราะห์กรณีดังต่อไปนี้

1.4.1 ศึกษาถึงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันอันควรได้รับอนุญาตให้มีการกระทำได้

1.4.2 ศึกษามาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

1.4.3 นำเกณฑ์จากการศึกษาดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยโดยการวิเคราะห์เอกสาร (Document Research) และการวิจัยแบบภาคสนาม ในการวิเคราะห์เอกสารจะทำการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง โดยค้นคว้าข้อมูลเหล่านี้จากห้องสมุดต่างๆ เช่น ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์จากหลายมหาวิทยาลัย รวมถึงการค้นคว้าข้อมูลจากสื่ออินเทอร์เน็ต ส่วนการวิจัยแบบภาคสนามจะดำเนินการโดยการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการบางรายเพื่อเป็นแนวทางในด้านความคิดเห็น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อเข้าใจวัตถุประสงค์ ขอบเขต เป้าหมายของการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์
2. เพื่อเข้าใจแนวทางการพิจารณา ผลดีและผลเสียในมุมมองของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ โดยเฉพาะกรณีการห้ามทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์
3. เพื่อนำมาเป็นแนวทางการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งและมาตรการ อนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ความนำบท

ประเทศไทยมีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม ซึ่งในระบบดังกล่าวมีการใช้ระบบราคา (Price system) เป็นเครื่องมือในการตัดสินใจปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ ภายใต้ระบบราคานี้ โดยทั่วไปแล้วผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละฝ่ายจะตัดสินใจโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของตน การตัดสินใจของทั้งสองฝ่ายจึงเป็นสิ่งที่ร่วมกันกำหนดราคาของสินค้า หรือกล่าวได้ว่าราคาจะถูกกำหนดโดยอุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) ของสิ่งนั้นในตลาด กล่าวคือ ถ้าจำนวนซื้อและจำนวนขายเท่ากัน ราคาจะคงที่ไม่เปลี่ยนแปลง แต่หากจำนวนซื้อและจำนวนขายไม่เท่ากัน ราคาจะเคลื่อนไหวทันที นั่นคือ ราคาจะสูงขึ้นถ้าจำนวนซื้อ มีมากกว่าจำนวนขาย และราคาจะลดลงถ้าจำนวนซื้อ มีน้อยกว่าจำนวนขาย¹

เนื่องจากทรัพยากรที่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้นั้นมีอยู่อย่างจำกัด หากจะนำทรัพยากรเหล่านั้นมาใช้ในการผลิตเพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษย์ในทุกเรื่องย่อมไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น ผู้ผลิตส่วนใหญ่จึงต้องเลือกผลิตสินค้าหรือบริการซึ่งเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคเท่านั้น โดยพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้บริโภคและผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับ

ในทางทฤษฎีนั้น ระบบตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรีหรือทุนนิยม ผู้ผลิตแต่ละรายจะแข่งขันกันผลิตสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการ ซึ่งการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตนี้เองจะทำให้ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าที่ตนพอใจได้ในราคาที่ถูกลงที่สุดและได้ประโยชน์สูงสุด² เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมเป็น

¹ การกำหนดราคาและการเคลื่อนไหวของราคาตามที่กล่าวมานี้ถือเป็นกลไกสำคัญของการตัดสินใจปัญหาพื้นฐาน ซึ่งมีกระบวนการตัดสินใจจากทฤษฎีพื้นฐาน คือ ปัญหาผลิตอะไร (What) ผลิตอย่างไร (How) และผลิตเพื่อใคร (For whom) (วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, 2545), หน้า 10-11)

² อนันต์ จันทร์โอภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," วารสารนิติศาสตร์ 29, 3 (กันยายน 2542): 337.

ระบบที่เชื่ออำนาจให้เอกชนกอบโกยผลประโยชน์จากธุรกิจได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมที่ปราศจากการควบคุมเลยนั้น ย่อมจะทำให้ผู้ประกอบการที่มีกิจการใหญ่สามารถกอบโกยผลประโยชน์จากผู้ประกอบการรายย่อยและผู้บริโภคได้อย่างอิสระ ในขณะที่เดียวกันผู้ประกอบการรายย่อยและผู้บริโภคก็ต้องตกอยู่ในภาวะที่จำยอมให้ผู้ประกอบการรายใหญ่กอบโกยได้อย่างเต็มที่³ จึงส่งผลให้กลไกตลาดอาจถูกบิดเบือนเนื่องมาจากการขาดการควบคุมและการจัดระเบียบทางการค้าที่ดี เปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเอารัดเอาเปรียบผู้ที่ด้อยกว่าด้วยการสร้างอำนาจผูกขาดทางเศรษฐกิจขึ้น หรืออาจก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบกันด้วยลักษณะพฤติกรรมในรูปแบบต่างๆ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันลักษณะหนึ่งที่เป็นที่น่าสนใจและมักจะเกิดขึ้น คือ การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ซึ่งเป็นกลยุทธ์ที่ผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะนำไปใช้ในการสร้างช่องทางการจำหน่ายสินค้าของตน เมื่อปรากฏว่า การปล่อยให้เอกชนประกอบธุรกิจกันได้อย่างอิสระเสรี กลับมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือเกิดการจำกัดการประกอบธุรกิจการค้ามากขึ้น รัฐจึงต้องมีหน้าที่เข้าไปควบคุมและจัดให้มีการแข่งขันที่เป็นธรรม

ดังนั้น ประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมจึงต้องมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองกลไก และการแข่งขันในตลาด เพื่อมิให้เกิดการกระทำอันเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภคหรือบิดเบือนกลไกตลาดจนเกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ซึ่งได้แก่ กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีรากฐานมาจากระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมนั้นเชื่อว่า หากการประกอบธุรกิจการค้ามีการแข่งขันที่เป็นไปตามกลไกของตลาดโดยปราศจากการแทรกแซงแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคม แต่ในความเป็นจริงกลไกของตลาดที่แท้จริงหาได้เกิดขึ้นไม่ ผู้ผลิตในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมมักจะนำกลยุทธ์ทางการตลาดในรูปแบบต่างๆ กันมาใช้ เพื่อช่วงชิงส่วนแบ่งตลาดให้ได้มากที่สุด และสามารถครอบครองส่วนแบ่งตลาดให้นานที่สุด รวมทั้งมักจะแสวงหาวิธีการอื่นๆ ที่จะสามารถครอบครองส่วนแบ่งตลาดให้ได้เพิ่มมากขึ้น จนบางครั้ง กลยุทธ์ทางการตลาดที่

³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดทางธุรกิจการค้าของประเทศต่างๆ, กฎหมายกับการพัฒนา, สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, 27 สิงหาคม 2524, หน้า 1.

นำมาใช้นั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมได้แม้ว่าผู้ผลิตนั้นจะไม่ตั้งใจให้เกิดขึ้นก็ตาม ในด้านของผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการย่อมต้องการแสวงหากำไรสูงสุด เพื่อนำมาเป็นทุนในการดำเนินธุรกิจต่อไป จึงน่าจะถือได้ว่าการใช้กลยุทธ์ทางการตลาดบางกรณี เป็นสิ่งที่มีเหตุผล มีความจำเป็นและสมควรที่จะกระทำได้ แต่หากการกระทำบางลักษณะของผู้ประกอบการก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจและสังคมอย่างร้ายแรงแล้ว การกระทำเช่นนั้นควรเป็นสิ่งที่ต้องห้าม เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมในตลาดการค้าทั้งต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ และผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม กลยุทธ์ทางการตลาดก็ยังคงเป็นสิ่งที่มีความเสี่ยงได้ในโลกของการแข่งขันทางการค้าที่ผู้ประกอบการจะต้องเผชิญอยู่ตลอด⁴ ดังนั้น การห้ามมิให้ใช้กลยุทธ์ทางการตลาดโดยสิ้นเชิงย่อมส่งผลกระทบต่อธุรกิจ และอาจทำให้เศรษฐกิจหยุดชะงักได้

แม้ว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจะมีผลกระทบต่อปริมาณการแข่งขันในตลาดก็ตาม แต่การจำกัดการแข่งขันในบางกรณีสามารถช่วยเหลือระบบการค้าและก่อให้เกิดประโยชน์ให้แก่สังคมมากกว่าผลเสียที่อาจจะเกิดขึ้น ดังนั้น การจำกัดการแข่งขันในลักษณะดังกล่าว จึงควรที่จะได้รับการยอมรับว่ามีเหตุผล และสามารถที่จะอนุญาตให้กระทำได้ โดยวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงขอเสนอถึงแง่มุมของการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing)

ในบทนี้ผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน ส่วนแรกจะเป็นการพิจารณาถึงลักษณะพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ส่วนที่สองจะพิจารณาพฤติกรรมของการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง และ ส่วนที่สามจะพิจารณาถึงมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.1 หลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติคุ้มครองการแข่งขันในตลาด โดยควบคุมทั้งในด้านโครงสร้างตลาดและพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดการค้า เพื่อให้

⁴ ศิววรรณ เสรวีรัตน์ และปริญ ลักษิตานนท์, กลยุทธ์การตลาดและการบริหารการตลาด, (กรุงเทพฯ: พัฒนาศึกษา, 2538), หน้า 75.

การแข่งขันทางการค้าดำเนินไปอย่างยุติธรรมปราศจากการเอารัดเอาเปรียบหรือแสวงหาประโยชน์ โดยมีขอบจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หากปรากฏว่ามีพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้น สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ การจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้นมีผลกระทบต่อตลาดทางการค้ามากน้อยเพียงใด มีผลดีหรือผลเสียต่อตลาดอย่างไร ในการวินิจฉัยหรือวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้หลักทางเศรษฐศาสตร์มาเป็นพื้นฐานประกอบการพิจารณา พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันอย่างหนึ่งที่เราเห็นได้ชัดเจนว่า ต้องอาศัยหลักเศรษฐศาสตร์มาเป็นเครื่องมือในการพิจารณา คือ การกำหนดราคาขาย (Price fixing)⁵ กล่าวคือ การนำอุปสงค์และอุปทานที่เป็นไปตามสภาพตลาดที่แท้จริงมาเป็นสิ่งพิจารณาราคาที่แท้จริงในตลาดเพื่อประกอบการพิจารณาราคาที่ถูกกำหนดขึ้น

ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประยุกต์ใช้และประกอบการพิจารณา พร้อมกับกำกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.1.1 ตลาด (Market)

สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นอย่างแรก คือ "ตลาด" เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการประกอบธุรกิจหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในตลาดการค้า ดังนั้น ก่อนที่จะพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น ต้องมีการศึกษาถึงความหมายของคำว่า "ตลาด" เสียก่อน ซึ่งหากไม่เข้าใจความหมายของตลาดทางการค้าที่ถูกต้องแล้ว อาจทำให้การพิจารณาถึงผลกระทบจากการกระทำบางอย่างในตลาดได้รับผลที่ไม่ตรงต่อความจริง และอาจเป็นเหตุให้การวิเคราะห์และวินิจฉัยถึงพฤติกรรมต่างๆ ในตลาดเป็นไปอย่างไม่ถูกต้อง

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น "ตลาด" เป็นปัจจัยการพิจารณาใน 3 เรื่องด้วยกัน คือ (1) การกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (2) การมีอำนาจเหนือตลาด และ (3) การควบรวมกิจการ

ความหมายของคำว่า "ตลาด"

⁵ Posner, Richard A., *Economic Analysis of law*, Fourth edition (Boston : Little, Brown, 1992), p 287.

ในความหมายของบุคคลทั่วไป "ตลาด" หมายถึง "สถานที่" ซึ่งจัดไว้เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบปะตกลงซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้ากัน โดยต้องมีสินค้าหรือตัวอย่างมาแสดง⁶ ดังนั้น "ตลาด" ในความหมายของบุคคลทั่วไปจึงมุ่งเน้นไปที่ "สถานที่" ซึ่งมีบุคคลมาแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าและบริการต่อกัน เช่น ตลาดนัดสวนจตุจักร ตลาดสดทั่วไป เป็นต้น

แต่คำว่า "ตลาด" ในเชิงเศรษฐศาสตร์ จะมีความหมายกว้างกว่าคำว่า "ตลาด" ในความหมายของบุคคลทั่วไป เนื่องจากตลาดในเชิงเศรษฐศาสตร์จะได้จำกัดเฉพาะ "สถานที่" ที่มีการวางขายสินค้าเท่านั้น ในทางเศรษฐศาสตร์ ตลาดไม่จำเป็นต้องมีสถานที่ที่ทำการซื้อขาย แต่มีความหมายเป็นนามธรรม หมายถึงการที่ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าและบริการกันได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะผู้ซื้อและผู้ขายจะได้พบปะกันหรือ จะมีสถานที่ทำการซื้อขายกันหรือไม่ก็ตาม ถ้าการตกลงซื้อขายแลกเปลี่ยนได้เกิดขึ้น ก็ถือได้ว่าได้เกิดตลาดสำหรับสินค้านั้นๆ ขึ้นแล้ว⁷

ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market)

เมื่อทราบความหมายของคำว่า "ตลาด" แล้ว ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาคือ ขอบเขตของตลาด เนื่องจากการที่จะศึกษาว่าการจำกัดการแข่งขันก็ดี การมีอำนาจเหนือตลาดก็ดี หรือการควบรวมกิจการก็ดี จะส่งผลกระทบต่อตลาดแค่ไหน เพียงไร จะต้องมีความเข้าใจว่าตลาดนั้นๆ มีขอบเขตตลาดเพียงใด ซึ่งในทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น เรียกว่า "ตลาดที่เกี่ยวข้อง" (Relevant market)

จากการศึกษาพบว่า การค้นหา "ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market)" จะต้องพิจารณาถึง สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ (Product market) และสภาพภูมิศาสตร์ (Geographical market) ของตลาดเป็นสำคัญ

⁶ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 18. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 160.

⁷ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 262

หลักสากลที่นานาอารยประเทศ เช่น กลุ่มประชาคมยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ ประเทศออสเตรเลียนำมาใช้ประกอบการพิจารณากำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย 2 หลักเกณฑ์ด้วยกัน คือ หลักของตลาดเชิงสินค้าและหลักของตลาดเชิงภูมิศาสตร์

2.1.1.1 ตลาดเชิงสินค้า (Product market)

การกำหนดขอบเขตของตลาดโดยอาศัยหลักตลาดเชิงสินค้านี้จะพิจารณาจาก ประโยชน์การใช้สอยและการทดแทนกันได้ในตลาดสินค้า กล่าวคือ พิจารณาถึงสินค้าอื่นที่สามารถใช้ ทดแทนกันได้หรือไม่ ถ้าสามารถใช้ทดแทนกันได้ต้องถือว่าสินค้านั้นจัดอยู่ในตลาดเดียวกัน การพิจารณาความเหมือนหรือความสามารถการใช้แทนกันได้นี้จะพิจารณาจากความต้องการของผู้บริโภคใน 2 ด้าน ด้านหนึ่ง คือปัจจัยที่เกิดขึ้นภายใน และอีกด้านหนึ่งคือปัจจัยภายนอกของ ตัวผู้บริโภค

- ปัจจัยภายนอก คือ ลักษณะของสินค้า ราคา และวัตถุประสงค์การใช้
- ปัจจัยภายใน คือ ความพึงพอใจและความต้องการของผู้บริโภคต่อสินค้านั้นๆ

การทดแทนกันได้ของสินค้านั้นมาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่ว่า หลักความ ยืดหยุ่นไขว้ทางด้านอุปสงค์ (Cross-elasticity of demand)^๕ กล่าวคือ หลักความยืดหยุ่นไขว้ ผลิตภัณฑ์ด้านอุปสงค์จะมีสูง หากสินค้าหรือบริการหนึ่งมีราคาสูงขึ้นทำให้ผู้บริโภคเข้าไปใช้สินค้า หรือบริการอีกอย่างแทน และกรณีที่ความยืดหยุ่นไขว้ผลิตภัณฑ์ด้านอุปสงค์มีค่าสูง ย่อมมีความเป็น ไปได้สูงที่สินค้าทั้งสองชนิดจะอยู่ในตลาดเดียวกัน เช่น การที่เบียร์ยี่ห้อหนึ่งขึ้นราคาสินค้าเพิ่มขึ้น 5 เปอร์เซ็นต์ เป็นสาเหตุให้คนหันไปดื่มเบียร์ยี่ห้ออื่นแทน สภาพการณ์เช่นนี้เป็นเครื่องชี้ว่าเบียร์ยี่ห้ออื่น เป็นสินค้าทดแทนได้ในความต้องการของผู้บริโภค และแสดงว่ามีการแข่งขันอย่างรุนแรงระหว่างผู้ผลิต เบียร์ต่างยี่ห้อกัน ในกรณีเช่นนี้ ต้องถือว่าเบียร์ที่ต่างยี่ห้อกันอยู่ในตลาดเดียวกัน

นอกจากพิจารณาถึงความทดแทนกันได้ของสินค้าในตลาดเดียวกันแล้ว ยังต้อง พิจารณาถึงความสามารถและความพร้อมของหน่วยผลิตอื่นที่อยู่นอกตลาดในการที่จะเข้ามาผลิต สินค้า โดยพิจารณาความสามารถในการทดแทนกันทางด้านอุปทานหรือความยืดหยุ่นไขว้ผลิตภัณฑ์

^๕ สุรภักษ์ บุนนาค และวันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น (จุลภาค). (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2529), หน้า 45-49.

ด้านอุปทาน (Cross-elasticity of supply)⁹ ซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านอุปทานของหน่วยผลิตอื่นที่ไม่ได้ผลิตสินค้าที่ถือว่าทดแทนกันได้ มีความสามารถและความยากลำบากในการปรับเปลี่ยนกระบวนการผลิตสินค้าของตนมาผลิตสินค้าที่ผู้ซื้อถือว่าใช้ทดแทนกันได้มากน้อยเพียงใด

ตัวอย่างเช่น ตลาดรองเท้าสตรีซึ่งประกอบด้วยผู้ผลิตที่ผลิตรองเท้าสตรี แต่ถ้าวางเท้าสตรีมีการเปลี่ยนแปลงราคาสูงขึ้น ผู้ผลิตรองเท้าบุรุษซึ่งถือว่าเป็นหน่วยการผลิตภายนอกตลาดรองเท้าสตรีแต่มีความสามารถในการผลิตรองเท้าสตรีด้วย เนื่องจากมีวิธีการผลิต วัสดุที่ใช้และช่องทางการผลิตที่คล้ายกัน จะเห็นได้ว่าผู้ผลิตรองเท้าบุรุษมีค่าความยืดหยุ่นไขว้ทางด้านอุปทานต่อผู้ผลิตรองเท้าสตรี เพราะหากผู้ผลิตรองเท้าบุรุษจะเข้ามาผลิตรองเท้าสตรีย่อมส่งผลกระทบต่อปริมาณการเสนอขายของรองเท้าสตรีในตลาด¹⁰

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ตลาดเชิงสินค้าเพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ทราบถึงขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องได้ ดังนั้น จึงต้องศึกษาถึงพื้นที่ของตลาดเชิงภูมิศาสตร์ด้วยเพื่อที่จะสามารถกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องได้อย่างถูกต้อง

2.1.1.2 ตลาดเชิงภูมิศาสตร์ (Geographical market)

ตลาดเชิงภูมิศาสตร์ คือ อาณาบริเวณหรือพื้นที่การค้าขายของผู้ประกอบการรายหนึ่งที่มีผู้ประกอบการรายอื่นๆ ค่าขายสินค้าในตลาดสินค้าเดียวกัน ซึ่งมีการแข่งขันระหว่างกัน กล่าวคือ “ตลาดเชิงภูมิศาสตร์” จะต้องรวมพื้นที่ใดๆ ก็ตามที่ผู้ประกอบการธุรกิจในพื้นที่นั้นแข่งขันในการขายสินค้าหรือบริการกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ โดยพื้นที่ที่เกิดการแข่งขันนั้นจะถูกรวมอยู่ในตลาดเชิงภูมิศาสตร์

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปได้ให้คำนิยาม “ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์” (The relevant geographic markets) ว่า ประกอบด้วยพื้นที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการขายสินค้าหรือบริการ โดยสภาวะการแข่งขันในเขตพื้นที่ดังกล่าวต้อง

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-53

¹⁰ จีโลวเรน วรณนิสิกุล, “โครงสร้างตลาด” เอกสารภาควิชาเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม และทฤษฎีดั้งเดิม (Industrial Economics and Cost Theory), หน่วยที่ 1-8 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538), หน้า 379.

มีความคล้ายคลึงกันมากพอสมควรและต้องสามารถจำแนกออกจากพื้นที่ข้างเคียงได้ เพราะเหตุที่สภาวะการแข่งขันในเขตพื้นที่ดังกล่าวมีความแตกต่างจากพื้นที่ข้างเคียงอย่างเห็นได้ชัด¹¹

การพิจารณาว่าผู้ประกอบการต่างๆ อยู่ในตลาดเชิงภูมิศาสตร์เดียวกันหรือไม่นั้น จะพิจารณาว่า อาณาเขตหรือพื้นที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายมีการแข่งขันระหว่างกันหรือไม่ หากมีการแข่งขันย่อมถือได้ว่าพื้นที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นตั้งอยู่จะต้องถูกจัดอยู่ในตลาดเชิงภูมิศาสตร์เดียวกัน

ดังนั้น การพิจารณาว่ามีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการหรือไม่จึงเป็นหลักสำคัญในการวิเคราะห์ถึงตลาดเชิงภูมิศาสตร์นี้ ซึ่งการแข่งขันอาจเกิดขึ้นได้จากหลายประการด้วยกัน เช่น สภาพตลาด ลักษณะของสินค้าในตลาดเชิงสินค้าเดียวกัน การกีดกันการเข้าสู่ตลาด ความต้องการของผู้บริโภค ความแตกต่างทางด้านราคาสินค้า เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้อาจมีความเหมือนกันหรือแตกต่างกันก็ได้

ในบางครั้งตลาดเชิงภูมิศาสตร์อาจหมายถึงพื้นที่ทั้งประเทศ หรือเฉพาะภาคใดภาคหนึ่งของประเทศ หรือเฉพาะจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับภาวะของการแข่งขันตามที่ได้กล่าวข้างต้น กรณีตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบการรายแรกมีการขึ้นราคาสินค้าในอัตราที่มากพอสมควรแล้ว ผู้ซื้อสินค้านั้นเปลี่ยนไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการรายที่สอง จนกระทั่งการขึ้นราคาสินค้านั้นไม่ทำให้ผู้ประกอบการรายแรกได้รับผลกำไรเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด เช่นนี้เขตพื้นที่ที่ผู้ประกอบการรายที่สองตั้งอยู่จะต้องถูกรวมอยู่ในตลาดเชิงภูมิศาสตร์นี้ด้วยเช่นกัน¹²

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องนี้มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากหากกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องไม่ถูกต้องแล้ว ผลเสียที่เกิดขึ้น คือ การวิเคราะห์ถึงผลกระทบอันเกิดจากการจำกัดการแข่งขัน การมีอำนาจเหนือตลาด และการควบรวมกิจการแล้วแต่กรณี จะได้รับการวิเคราะห์

¹¹ Section 8 of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03).

(Available from <http://europa.eu.int> dated 20 January 2006)

¹² Hovenkamp, Herbert, Economics and federal antitrust law, (St paul, Minnesota: West Publishing Co, 1948), p 70.

ที่ไม่ถูกต้องแท้จริงและจะก่อให้เกิดการวินิจฉัยที่ผิดพลาดไม่ตรงต่อสภาพตลาดที่แท้จริง ทั้งยังอาจนำไปสู่การขาดความเจริญเติบโตทางด้านภาวะการแข่งขันในตลาดอีกด้วย

2.1.2 กลไกราคา (Price mechanism)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมนั้น เอกชนจะมีเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้อย่างอิสระ การซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าจะมีการแข่งขันกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายอย่างเสรี ผู้ซื้อหรือผู้ขายแต่ละรายจะไม่มีอิทธิพลเหนือราคาสินค้า แต่ต้องยอมรับราคาที่กำหนดขึ้นโดยอุปสงค์และอุปทานของตลาด ดังนั้น ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยมอย่างแท้จริง ตลาดจะมีลักษณะเป็นตลาดแข่งขันสมบูรณ์ การทำงานของตลาดจะต้องเป็นไปอย่างเสรีโดยผ่านกลไกราคา¹³

กลไกราคาเป็นหลักทางเศรษฐศาสตร์ที่จะสะท้อนให้เห็นการเคลื่อนไหวทางด้านความต้องการและสภาพของตลาดที่แท้จริง ซึ่งจะแสดงถึงระดับราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาด โดยกลไกราคาเกิดจากสองตัวแปรด้วยกัน ตัวแปรแรก คือความต้องการซื้อหรืออุปสงค์ (Demand) ของผู้ซื้อ และตัวแปรที่สอง คือความต้องการขายหรืออุปทาน (Supply) ของผู้ขาย การทำงานของกลไกราคาในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมจะเป็นไปในลักษณะที่ว่า ในขณะที่ใดขณะหนึ่ง ถ้าอุปสงค์ในสินค้านั้นมากกว่าอุปทาน ราคาสินค้าจะสูงขึ้น¹⁴ ดังนั้น จึงมีแรงจูงใจให้ผู้ขายเต็มใจนำสินค้าออกขายมากขึ้น แต่การที่ราคาสินค้าสูงขึ้นมีผลให้ผู้ซื้อต้องการซื้อสินค้าลดลง ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างอุปสงค์และอุปทานค่อยๆ ลดลง จนในที่สุดจะสมดุลกันพอดี ในทางตรงกันข้าม ถ้าขณะใดขณะหนึ่งอุปทานในสินค้านั้นมากกว่าอุปสงค์ ราคาจะลดลง ทำให้ผู้ผลิตเต็มใจนำสินค้าออกขายน้อยลง ส่วนผู้ซื้อจะต้องการซื้อสินค้าเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างอุปทานและอุปสงค์จะค่อยๆ ลดลงจนในที่สุดจะสมดุลกันพอดี จะเห็นได้ว่าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม การทำงานของกลไกราคาจะทำให้เกิดความสมดุลขึ้นในตลาดโดยที่รัฐไม่จำเป็นต้องแทรกแซง และยังก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งกับผู้ผลิต ผู้บริโภค และระบบเศรษฐกิจอีกด้วย

¹³ รัตนา สายคณิต และชลดา จามรกุล, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์, 2544), หน้า 100

¹⁴ อนันต์ จันทร์โอภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," วารสารนิติศาสตร์ 29, 3 (กันยายน 2542): 337.

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือทุนนิยม กลไกราคาจะเป็นตัวจักรสำคัญในการควบคุมอุปสงค์และอุปทานให้สมดุลกันพอดี トラบใดที่อุปสงค์และอุปทานยังไม่เท่ากัน ราคาสินค้าจะมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อปรับอุปสงค์ให้เท่ากับอุปทาน ซึ่งเมื่ออุปสงค์และอุปทานเท่ากันแล้ว ราคาสินค้าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงอีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม กลไกราคาที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ระบบเศรษฐกิจมากที่สุดจะต้องเกิดจากการทำงานที่แท้จริงของระบบกลไกราคา กล่าวคือ กลไกราคาต้องทำงานโดยปราศจากการแทรกแซงและไม่ถูกบิดเบือนโดยผู้ผลิต มิฉะนั้น หากกลไกราคาที่เกิดจากการแทรกแซงหรือบิดเบือนโดยผู้ผลิต กลไกดังกล่าวย่อมแสดงถึงอุปสงค์และอุปทานที่ไม่ตรงต่อความจริง และยิ่งก่อให้เกิดผลเสียอีกหลายประการ เช่น กำไรส่วนเกินตกอยู่แก่ผู้ประกอบการบางราย ความสูญเสียโอกาสที่จะพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิต เป็นต้น

2.1.3 พฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดการค้า

ในตลาดการค้าจะประกอบไปด้วยผู้เกี่ยวข้อง 3 ประเภทด้วยกัน ประเภทแรกเป็นผู้ประกอบการทางธุรกิจ หรือผู้ผลิต เป็นผู้ทำหน้าที่ผลิตและขายสินค้า ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์บุคคลในกลุ่มนี้จะแสดงลักษณะทางด้าน "อุปทาน (Supply)" หรือความต้องการขายสินค้าหรือบริการ ประเภทที่สอง ผู้บริโภค ซึ่งเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการตามความต้องการและความพึงพอใจของตน ในทางเศรษฐศาสตร์บุคคลประเภทนี้จะแสดงลักษณะทางด้าน "อุปสงค์ (Demand)" หรือความต้องการซื้อสินค้าหรือบริการ และประเภทที่สามคือ รัฐ ซึ่งจะเป็นผู้ดูแลทางด้านเป้าหมายทางเศรษฐกิจของประเทศพร้อมทั้งควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันในตลาดเพื่อให้ภาวะการแข่งขันและราคาสินค้าเป็นไปตามกลไกตลาดอย่างแท้จริง

การศึกษาถึงพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องแต่ละประเภทจะทำให้ทราบถึงลักษณะและที่มาของการกระทำบางอย่างอันมีผลต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาด รวมถึงความต้องการของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดแต่ละประเภท ดังจะกล่าวต่อไปนี้

* การแทรกแซงหรือบิดเบือนกลไกราคาโดยผู้ผลิต เช่น ผู้ผลิตสินค้ารวมตัวกันกักตุนสินค้าบางประเภท ซึ่งจะทำให้เกิดอุปสงค์ในตลาดมากกว่าอุปทาน เนื่องจากไม่มีสินค้าในตลาดเพียงพอกับความต้องการของผู้บริโภค ราคาของสินค้าดังกล่าวก็จะสูงขึ้นตามไปด้วย และไม่ว่าผู้ผลิตจะกำหนดราคาสินค้าเท่าไรก็ตาม สินค้าก็จะสามารถขายได้ทั้งหมด

2.1.3.1 ผู้ประกอบการทางธุรกิจ

ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าและให้บริการนั้น ไม่ว่าจะมีการดำเนินธุรกิจอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ความต้องการหรือเป้าหมายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการมีด้วยกัน 2 ประการ ประการแรก คือ ธุรกิจของตนจะมุ่งแสวงหาผลกำไรเป็นหลักไม่ใช่ความมีประสิทธิภาพ (...businesses seek profits, not abstract efficiency...) ประการที่สอง คือ การตัดสินใจทางธุรกิจจะต้องให้ความสำคัญกับกำไรที่จะคาดว่าจะได้รับในภายหน้าพร้อมๆ กับกำไรที่จะได้รับในขณะนั้น (...every rational business will consider its future stream of profits as well as its immediate profit in pursuing this objective...)¹⁵ จากเป้าหมายทั้งสองประการจึงส่งผลให้ผู้ประกอบการคำนึงถึงผลกำไรเป็นหลักในการประกอบการ ไม่ใช่ประสิทธิภาพที่อาจจะเกิดขึ้น และด้วยเป้าหมายในการดำเนินธุรกิจเช่นนี้จึงทำให้เกิดผลที่ตามมา คือ ผู้ประกอบการส่วนใหญ่พยายามแสวงหากลวิธีหรือกระทำการโดยมีขอบที่จะทำให้ธุรกิจของตนได้รับผลกำไรมากที่สุด โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

วิธีการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการในตลาดจะมี 2 ทางเลือกด้วยกัน คือ เลือกที่จะแข่งขันหรือร่วมมือกับผู้ประกอบการรายอื่น¹⁶ ซึ่งไม่ว่าผู้ประกอบการรายนั้นเลือกที่จะแข่งขันหรือร่วมมือกับผู้ประกอบการรายอื่นก็ตาม ส่วนใหญ่แล้วผู้ประกอบการจะให้ความสำคัญกับผลกำไรสูงสุดเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงวิธีการ แม้ว่าในบางครั้งวิธีการนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ ขึ้นก็ตาม โดยความต้องการขายสินค้าหรือบริการโดยที่พฤติกรรมแสวงหากำไรของผู้ประกอบธุรกิจมุ่งที่จะแสดงออกในลักษณะทางด้าน "อุปทาน" ในตลาด

2.1.3.2 ผู้บริโภค

โดยทั่วไปแล้วระบบเศรษฐกิจของทุกสังคมต่างก็มีความมุ่งหมายที่เหมือนกันอย่างหนึ่ง คือ ต้องการที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคมของตนได้เป็นอย่างดี กล่าวคือ ระบบเศรษฐกิจของสังคมใดๆ ล้วนแต่ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้สามารถเป็นกลไกที่จะตอบสนองผู้บริโภคทั้ง

¹⁵ Carstensen, Peter C, " The competitive dynamics of distribution restraints: the efficiency hypothesis versus the rent-seeking, strategic alternatives," *Antitrust Law Journal* 2001, 69 (November, 2001): 574.

¹⁶ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด," *วารสารกฎหมาย* 22, 1 (กรกฎาคม 2546) : 181.

หลายที่อยู่ในสังคมของตน ผู้บริโภคในระบบตลาดถือเป็นเครื่องจักรสำคัญในการอำนวยความสะดวกให้ระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนต่อเนื่องไปด้วยดี

ผู้บริโภค หมายถึง บุคคลต่างๆ ที่มีความสามารถในการซื้อ (Ability to buy) หรือทุกคนที่มีเงิน นอกจากนั้นในทรรศนะของนักการตลาด ผู้บริโภคจะต้องมีความเต็มใจในการซื้อสินค้าหรือบริการด้วย (Willingness to buy)¹⁷ ซึ่งนักการตลาดบางท่านได้ให้ความหมายว่า ผู้บริโภค หมายถึง ระบบของการบริโภคที่มีผู้บริโภคทั้งหลายเป็นผู้ใช้สินค้าและบริการต่างๆ ที่ผลิตให้หมดไปเพื่อตอบสนองความต้องการของตน¹⁸ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าความต้องการซื้อสินค้าหรือบริการในตลาดของผู้บริโภคจะแสดงออกในลักษณะของอุปสงค์ (Demand) ซึ่งหมายถึง ความต้องการสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งซึ่งผู้บริโภคมีความเต็มใจที่จะซื้อและมีความสามารถที่จะจ่ายเงินซื้อสินค้านั้นได้ด้วย โดยการที่ผู้บริโภคดำรงฐานะเป็นผู้ใช้สินค้าและบริการให้หมดไปเรื่อยๆ นี้เอง ที่ทำให้การหมุนเวียนของการระบบเศรษฐกิจสามารถดำเนินต่อไปได้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าผู้บริโภคเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของระบบตลาดที่ทำให้เกิดการซื้อขายสินค้าหรือบริการในตลาดได้โดยจะเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิต โดยธรรมชาติแล้ว ผู้บริโภคจะเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการตามความต้องการและความพึงพอใจของตัวเอง (Consumer's preference)¹⁹ โดยปัจจัยในการพิจารณาเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภค ได้แก่ ราคาสินค้า ลักษณะของสินค้าและความจำเป็นในการซื้อสินค้าหรือบริการนั้น แต่ด้วยเหตุของความแตกต่างกันในด้านรสนิยม อุปนิสัย หรือฐานะทางเศรษฐกิจของผู้บริโภค จึงทำให้ระดับความต้องการซื้อสินค้าหรือบริการมีความแตกต่างกันตามไปด้วย เช่น ผู้บริโภคบางคนมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี แต่ในความเป็นจริง ความต้องการในการซื้อสินค้าหรือบริการของบุคคลดังกล่าวอาจตรงกันข้าม กล่าวคือ ผู้บริโภคดังกล่าวอาจต้องการซื้อสินค้าในราคาที่ถูกว่าผู้บริโภคที่ฐานะทางเศรษฐกิจ

¹⁷ อุดลย์ จาตุรงค์กุล และตลยา จาตุรงค์กุล, พฤติกรรมผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 8

¹⁸ อังชัย สันติวงษ์, พฤติกรรมผู้บริโภคทางการตลาด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประชุมช่าง จำกัด, 2546), หน้า 2

¹⁹ Cooter, Robert and Ulen, Thomas, Law and economics, Fourth edition (New York : Pearson addison welsey, 2003), p 22.

ไม่ดีก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีโดยหลักการแล้ว พฤติกรรมความต้องการซื้อสินค้าหรือบริการของผู้บริโภคทุกคนย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน คือ ต้องการได้รับสินค้าหรือบริการที่ดีที่สุดในราคาที่ถูกที่สุด

ดังนั้น เมื่อมีการแข่งขันเกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตหรือมีการร่วมมือกันระหว่างผู้ผลิตในตลาดแล้ว ผู้บริโภคจะเป็นปัจจัยสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าการแข่งขันหรือการร่วมมือกันระหว่างผู้ผลิตนั้นเป็นผลสำเร็จหรือไม่ อีกทั้งยังเป็นผู้เกี่ยวข้องที่สำคัญของการแข่งขันทางการค้าในตลาดของผู้ประกอบการทางธุรกิจอีกด้วย

2.1.3.3 รัฐ

ตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นั้น ภาครัฐไม่ควรเข้าแทรกแซงตลาดยกเว้นในกรณีที่มีความล้มเหลวของตลาด (Market failure) เกิดขึ้นและส่งผลให้การผลิต การบริโภค การแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ความล้มเหลวทางตลาด ได้แก่ มีการผูกขาดในตลาด โดยผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าที่มีอยู่นั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือมีอิทธิพลในการกำหนดราคาและรักษาระดับราคาไว้เพื่อให้มีกำไรส่วนเกินเป็นประโยชน์ตน ขณะเดียวกันสามารถกีดกันหรือกำจัดคู่แข่งรายอื่นด้วย²⁰ เป็นต้น ดังนั้น เพื่อควบคุมไม่ให้มีความล้มเหลวทางตลาดเกิดขึ้น รัฐในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์ในด้านของอุปสงค์และอุปทานในตลาดจึงจำต้องเข้าเกี่ยวข้องนี้ ด้วยเหตุผลสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก คือ ในบางครั้งอุปสงค์และอุปทานอาจถูกแทรกแซงจากปัจจัยอื่นๆ เช่น การกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยผู้ประกอบการทางธุรกิจ ซึ่งอาจสร้างผลกระทบต่อระบบกลไกของตลาดทางการค้า ทำให้การแข่งขันไม่เป็นไปตามสภาพตลาดที่แท้จริง

ประการที่สอง คือ เป้าหมายทางเศรษฐกิจและการพัฒนาของประเทศจะอยู่ภายใต้นโยบายและการกำกับดูแลของรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุมหรือส่งเสริมตลาดการแข่งขันให้เป็นไปตามเป้าหมายของประเทศ

ทั้งสองประการนี้จึงทำให้รัฐต้องเข้ามาควบคุมดูแลการแข่งขันทางการค้าและสภาพของตลาดเพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายและนโยบายตามที่รัฐได้วางกรอบไว้ ในอดีตจนถึงปัจจุบันที่ผ่านมา

²⁰ พัลลภ รัตนจันทร์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย," วารสารจุฬาลงกรณ์ 12, 46 (มกราคม-มีนาคม 2543) : 17.

มา ตัวอย่างที่เกิดขึ้นได้แก่ การช่วยเหลือและคุ้มครองผู้ประกอบการที่ส่งออกสินค้า การเข้าพวยราคา สินค้าบางประเภทที่อาจมีผลกระทบต่อผู้บริโภค เป็นต้น รัฐจึงเป็นผู้กำกับดูแลเศรษฐกิจโดยการ กำหนดใช้นโยบายการแข่งขัน (Competition policy) ในตลาด ดังนั้น กฎหมาย กฎระเบียบ และการ ดำเนินการในเรื่องนโยบายการแข่งขันในตลาดของประเทศหนึ่งๆ จึงมักถูกกำหนดโดยกรอบและ กระบวนการที่กำหนดมาจากความเป็นมาทางด้านเศรษฐกิจและสังคม²¹ ซึ่งแม้รัฐจะไม่มี ความเกี่ยวข้องกับลักษณะอุปสงค์และอุปทานก็ตาม แต่การกำกับดูแลเศรษฐกิจโดยรัฐย่อมต้องมีผลต่ออุปสงค์ และอุปทานในตลาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายในการกำกับดูแลเศรษฐกิจของแต่ละประเทศประกอบด้วย

2.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing)

ก่อนที่จะมีการศึกษาในรายละเอียดของพฤติกรรมกาจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำ ธุรกิจกับคู่แข่ง สิ่งแรกที่จะต้องพิจารณา คือ ความหมายของการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง หรือ "Exclusive dealing"

ความหมาย

เนื่องจากคำว่า "การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง" (Exclusive dealing) มีความหมายกว้างและ สามารถตีความได้หลายนัย ซึ่งในอดีตที่ผ่านมา มีนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญหลายท่านได้พยายามให้ คำจำกัดความของคำนี้ได้ แต่จนปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่ามีบุคคลใดที่ได้ให้คำจำกัดความของคำนี้ได้ อย่างครอบคลุมและเป็นที่ยอมรับ เนื่องจากการให้ความหมายที่แตกต่างกันอาจเป็นผลมาจากสภาพ สังคมและกฎหมายภายในที่บังคับใช้ของแต่ละประเทศ

การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) หมายถึง

²¹ สุทธิพันธ์ จีราอิวัฒน์, ศักดา ธนิตกุล และ คุณาธิป แสงฉาย, "การสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแข่งขันเสรีที่เป็นธรรม," ใน แผนนโยบายแห่งรัฐ: 5 ปี รัฐธรรมนูญไทย, กนกศักดิ์ แก้วเทพ และนวลน้อย ตริวิรัตน์ (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ศึกษาเศรษฐศาสตร์การ เมือง คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) : 246.

- ข้อตกลงระหว่างพ่อค้าผู้ผลิตและพ่อค้าปลีกที่ตกลงกันว่าพ่อค้าผู้ผลิตจะส่งผลผลิตของเขาให้แก่พ่อค้าปลีกเพียงคนเดียวโดยพ่อค้าปลีกให้สัญญาว่าจะไม่ค้าขายผลผลิตของพ่อค้าผู้ผลิตรายอื่นซึ่งเป็นผู้แข่งขันเพื่อเป็นการตอบแทน²²
- ข้อตกลงหรือสัญญาที่ผู้ซื้อตกลงกับผู้ผลิตที่เป็นผู้ขายสินค้าว่าจะไม่ใช้หรือค้าขายสินค้าของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง²³
- การที่ผู้ผลิตสินค้าขายเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ซื้อจะไม่ซื้อสินค้าจากคู่แข่งของผู้ผลิต²⁴
- ผู้ซื้อหรือผู้ขายตกลงหรือสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายว่าจะทำธุรกิจกับอีกฝ่ายหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนด²⁵
- กรณีที่ผู้ขายสินค้าตกลงขายสินค้าของตนให้แก่ผู้ซื้อแต่เพียงผู้เดียวภายในอาณาบริเวณใดบริเวณหนึ่ง หรือ กรณีที่ผู้ซื้อตกลงที่ซื้อสินค้าของผู้ขายแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น²⁶
- ตามกฎหมาย Trade Practices Act 1974 ของประเทศออสเตรเลียได้ให้คำจำกัดความของการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไว้ 4 ลักษณะด้วยกัน²⁷ คือ
 - การที่ผู้ผลิตห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายซื้อสินค้าหรือจำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง ปรากฏตามบทบัญญัติในมาตรา 47(2) และ (3)
 - การที่ผู้จัดจำหน่ายตกลงจำกัดการจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิต ด้วยการห้ามมิให้ผู้ผลิตจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่น ปรากฏตามบทบัญญัติในมาตรา 47(4) และ (5)

²² สำนักนายกรัชมณฑรี สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, วิชามหาคุณ, ไชยศ เหมะวิริยะ และรุ่งโรจน์ รื่นเรืองวงศ์, กฎหมายกับการพัฒนา, (กรุงเทพมหานคร, 2524), หน้า 16.

²³ Goetz, Charles J. and McChesney, Fred, Antitrust Law Interpretation and Implementation, Second edition (Newark, N.J. : Lexisnexis, 2002), p 613.

²⁴ Gellhorn, Ernest; William E. Kovacic and Stephen Calkins, Antitrust Law and Economics, Fifth edition (USA : West, 2004), p 394.

²⁵ Frasco, Gregg, Exclusive dealing a comprehensive case study, (University Press of America : 1957), p 1.

²⁶ Philip F. Zeidman., Legal aspect of selling & buying, (Colorado Springs, Colo : McGraw-hill, 1983), p 21.

²⁷ Section 47 of Trade Practices Act 1974.

- การที่ผู้ผลิตตกลงกับผู้จัดจำหน่าย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้อสินค้าบางอย่างจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งด้วย ปรากฏตามบทบัญญัติในมาตรา 47(6) และ (7)
- การตกลงที่มีลักษณะตามมาตรา 47(2),(3) หรือมาตรา 47(4),(5) โดยนำสิทธิการเช่าหรือการใช้สิทธิในที่ดินหรือตึก (a lease of land or a license in respect of land or building) มาเป็นเงื่อนไขในการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ปรากฏตามบทบัญญัติในมาตรา 47(8) และ (9)

ดังนั้น จากความหมายในหลายลักษณะต่างๆ ที่กล่าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง หมายถึง การตกลงใดๆ อันมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อมิให้คู่ค้าของตนที่อยู่ในโครงสร้างต่างระดับกันทำธุรกิจกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกับตนไม่ว่าการตกลงนั้นจะมีการจำกัดอาณาบริเวณหรือไม่ และไม่ว่าการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะเกิดขึ้นในลักษณะใด

2.2.1 รูปแบบทั่วไปของการจำกัดการแข่งขันทางการค้า

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามุ่งคุ้มครองการแข่งขันในตลาด ซึ่งกฎหมายจะทำหน้าที่ควบคุมการกระทำของบุคคล 2 ประเภทด้วยกัน²⁸ คือ (1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่มีอำนาจเหนือตลาด และ (2) การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปในอันที่จะตกลงกระทำการอันใดอันหนึ่งซึ่งมีผลกระทบต่อตลาดการแข่งขัน

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁸ สรวิศ ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543), หน้า 115.

* บุคคลหรือกลุ่มผู้มีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าและบริการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (Market power) เพียงพอต่อการกำหนดปริมาณสินค้าหรือผลผลิต (Production) และกำหนดราคาสินค้าหรือค่าบริการได้โดยอิสระปราศจากแรงกดดันจากการแข่งขันในตลาด

ประเภทแรก ผู้มีอำนาจเหนือตลาดอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นกลุ่มก็ได้ ซึ่งจากภาวะของการมีอำนาจดังกล่าวผู้มีอำนาจเหนือตลาดย่อมสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันได้โดยลำพัง โดยทั่วไปแล้วพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ²⁹ คือ

(1) การใช้อำนาจแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การกำหนดราคาสูงเกินควร (Excessively high prices) การกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติ (Price discrimination) หรือ การสร้างข้อผูกมัดให้แก่ลูกค้า เป็นต้น

(2) การใช้อำนาจขจัดคู่แข่งในตลาด เช่น การปฏิเสธที่จะติดต่อทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Refusing to deal) หรือ การตั้งราคาขายสินค้าของตนให้ต่ำที่สุดเพื่อที่จะผลักดันให้คู่แข่งของตนต้องออกไปจากตลาด เป็นต้น

ประเภทที่สอง การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปในการร่วมกันตกลงหรือกำหนดเงื่อนไขใดๆ อันมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด ไม่ว่าจะการตกลงนั้นจะเป็นการร่วมกันตกลงโดยตรงหรือทางอ้อมก็ตาม ซึ่งรูปแบบของการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปสามารถแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ³⁰ คือ

(1) การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical restriction)

(2) การจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบ (Horizontal restriction) และ

(3) การรวมหรือควบกิจการตั้งแต่ 2 หน่วยขึ้นไป (Mergers)

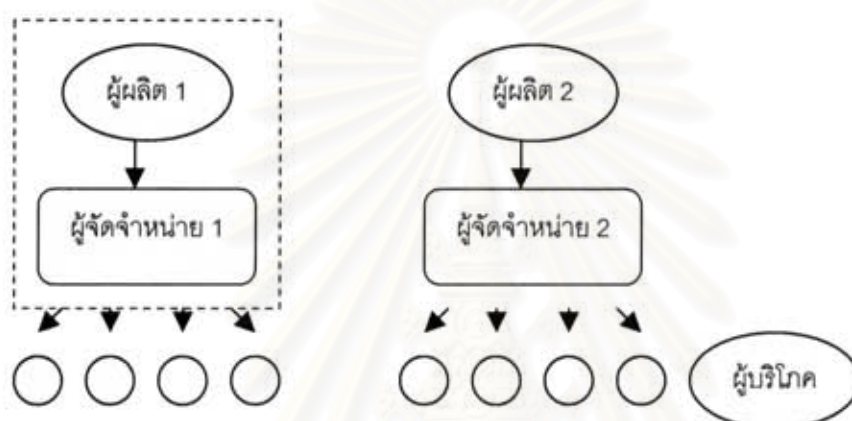
สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁹ ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์, “การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545), หน้า 17 – 19.

³⁰ ภูษิต โมกษมรรคกุล, “กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย,” (รายงานการวิจัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2543), หน้า 25.

การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical restriction)

การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่งนี้เป็นรูปแบบของการร่วมมือกันของผู้ประกอบการในธุรกิจอย่างเดียวกัน แต่อยู่ในโครงสร้างต่างระดับกัน เช่น การร่วมมือกันระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย การร่วมมือกันระหว่างบริษัทผู้ค้าส่งและบริษัทผู้ค้าปลีก เป็นต้น พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในรูปแบบนี้ เช่น การรักษาระดับราคาขายปลีก (Resale price maintenance) การทำสัญญาขายพ่วง (Tying agreement) หรือการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) เป็นต้น



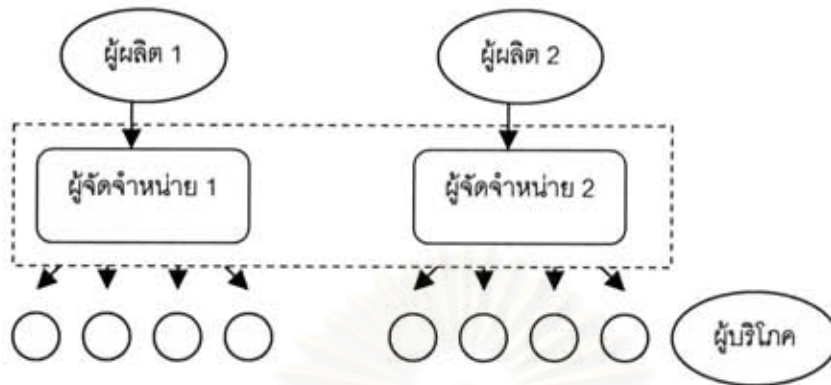
การจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบ (Horizontal restriction)

การจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบนี้โดยทั่วไปจะเป็นการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในธุรกิจประเภทเดียวกันหรือในระดับเดียวกัน ซึ่งพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในแนวระนาบนี้ เช่น การร่วมมือกันกำหนดราคา (Price fixing) การแบ่งเขตตลาด (Market division) หรือ การร่วมกันคว่ำบาตร (Group boycotts) เป็นต้น

สถาบันวิทยบริการ

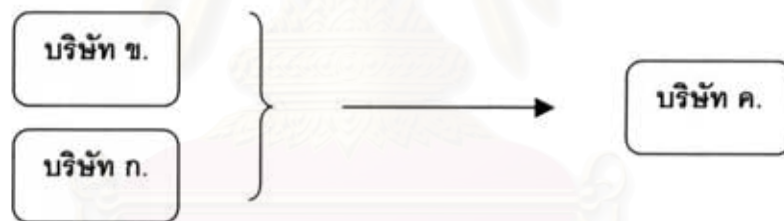
* การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical Restriction) หมายถึง การมีข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันและการปฏิบัติตามของผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ไม่มีการแข่งขันซึ่งกันและกัน แต่จะมีลักษณะของการเกี่ยวเนื่องในการประกอบธุรกิจระหว่างกัน โดยอาจจะอยู่ในรูปของผู้ผลิต ผู้ขายส่งและผู้ค้าปลีก เป็นต้น โดยอาจกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะนี้เป็นคู่ค้าซึ่งกันและกัน

** การจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบ (Horizontal Restriction) หมายถึง การมีข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันและการปฏิบัติตามของผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ตามปกติต้องมีการแข่งขันซึ่งกันและกันเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดและลูกค้าให้ได้มากที่สุด เช่น การตกลงระหว่างผู้ค้าปลีกด้วยกันเพื่อลดการแข่งขันซึ่งกันและกัน



การรวมหรือควบกิจการตั้งแต่ 2 หน่วยขึ้นไป (Mergers)

การควบกิจการ (Merger) หมายถึง การรวมตัวของกิจการสองกิจการหรือมากกว่านั้นขึ้นไป โดยให้กิจการเดิมทั้งหมดสิ้นสภาพไปและก่อตั้งกิจการใหม่ขึ้นมา ซึ่งปรากฏตัวอย่าง ดังนี้³¹



การรวมกิจการ (Consolidation) คือ การที่บริษัทหนึ่งเข้าซื้อกิจการของอีกบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัท ซึ่งทำให้เกิดการรวมกิจการกันเป็นหนึ่งบริษัท และกิจการในบริษัทแรกหรือบริษัทหลังต้องเลิกกิจการไป³²

³¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2543), หน้า 469

³² สำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, วิชา มหาคุณ, ไชยยศ เหมะรัชตะ และรุ่งโรจน์ รินเรืองวงศ์, กฎหมายกับทฤษฎี, หน้า 17.



โดยที่ลักษณะของการรวมหรือควบกิจการตามที่ได้กล่าวข้างต้นจะแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ³³ คือ การควบรวมกิจการในแนวนอน (Horizontal mergers) การควบรวมกิจการในแนวตั้ง (Vertical mergers)^{*} และการควบรวมกิจการของบริษัทที่ทำธุรกิจแตกต่างกัน (Conglomerate mergers)^{***} ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการรวมหรือควบกิจการจะทำได้ 2 วิธี³⁴ คือ วิธีแรก การเข้าซื้อหุ้นของกิจการ (Acquisition of stocks) วิธีที่สอง การเข้าซื้อทรัพย์สินของกิจการ (Acquisition of asset)

ผลที่เห็นเด่นชัดที่สุดจากการรวมหรือควบกิจการ คือ จำนวนของผู้แข่งขันในตลาดลดลงอันเนื่องมาจากการรวมหรือควบกิจการเข้าด้วยกัน ทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกในการซื้อสินค้าหรือบริการที่ลดน้อยลง และยังส่งผลให้เกิดการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการหลายอื่นอันเนื่องมาจากการรวมหรือควบรวมกิจการ เช่น ความได้เปรียบทางด้านทุน หรือการประหยัดต่อขนาดการผลิต ทำให้ผู้ผลิตรายอื่นๆ ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดจะต้องใช้เงินลงทุนมาก

³³ สุทธิพันธ์ จิราธิวัฒน์, ศักดา ธนิตกุล และ คุณาธิป แสงฉาย, “การสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแข่งขันเสรีที่เป็นธรรม,” ใน แผนนโยบายแห่งรัฐ: 5 ปี รัฐธรรมนูญไทย, กนกศักดิ์ แก้วเทพ และนวนน้อย ตวีรัตน์ (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ศึกษาเศรษฐศาสตร์การเมือง คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545): 254.

* การควบรวมกิจการในแนวนอน (Horizontal merger) หมายถึง การควบรวมกิจการระหว่างธุรกิจประเภทเดียวกันที่อยู่ในอุตสาหกรรมเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ระหว่างบริษัทที่แข่งขันกัน

** การควบรวมกิจการในแนวตั้ง (Vertical merger) หมายถึง การควบรวมกิจการระหว่างธุรกิจที่สินค้าหรือบริการมีความแตกต่างกัน แต่มีลักษณะความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกันอาจอยู่ในลักษณะช่วยเหลือเกื้อกูลต่อกัน

*** การควบรวมกิจการของบริษัทที่ทำธุรกิจแตกต่างกัน (Conglomerate merger) คือ การควบรวมกิจการระหว่างบริษัทในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้อง เช่นระหว่างผู้ผลิตรถยนต์และบริษัทผลิตอาหาร

³⁴ วิโรจน์ พูนสุวรรณ และพิชิตพล เขียมมงคลชัย, คู่มือการซื้อขายและฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สยาม เอ็ม แอนด์ บี พับลิชชิง จำกัด, 2541), หน้า 9-13.

โดยผู้เขียนขอแนะนำถึงพฤติกรรมกรกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) เฉพาะการตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย^{*} ที่มีการซื้อหรือขายสินค้าระหว่างกัน โดยผู้เขียนจะขอล่าวรายละเอียดเบื้องต้นอีกในหัวข้อต่อไป

2.2.2 พฤติกรรมกรจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

ตามกระบวนการผลิตและการจำหน่ายสินค้าโดยทั่วไปนั้น เมื่อมีการผลิตสินค้า ผู้ผลิตสินค้าย่อมต้องการหาทางจำหน่ายสินค้าของตนให้ได้มากที่สุด โดยจะพยายามหาตลาดเพื่อมารองรับสินค้าที่ตนผลิตขึ้น เพราะหากสินค้าของตนไม่สามารถจำหน่ายไปยังผู้บริโภคได้ ผู้ผลิตย่อมประสบกับภาวะขาดทุน ซึ่งจะส่งผลให้กิจการไม่สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ผลิตสินค้ารายอื่นๆ ก็ย่อมมีความต้องการขายสินค้าของตนเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการสร้างแรงผลักดันให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตด้วยกันทั้งในด้านคุณภาพสินค้า ราคา และด้านอื่นๆ เพื่อให้สินค้าที่ตนผลิตนั้นสามารถขายได้ในปริมาณที่มากที่สุดและเพื่อสร้างผลกำไรสูงสุดให้ธุรกิจของตนได้

เมื่อมีการแข่งขันกันในตลาดการค้าเกิดขึ้น ผู้ผลิตแต่ละรายก็จะพยายามหากลยุทธ์ในการสร้างหรือรักษาช่องทางการจำหน่ายสินค้าของตนไว้ พร้อมกับช่วงชิงส่วนแบ่งตลาดอันเปรียบเสมือนชิ้นเค้กที่มีอยู่อย่างจำกัด ต่างฝ่ายต่างต้องการแย่งชิงให้ชิ้นเค้กที่ใหญ่ที่สุดเป็นของตน โดยกลยุทธ์หนึ่งที่เกิดขึ้นก็คือ ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

2.2.2.1 ลักษณะข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วถึงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง จะเห็นได้ว่าข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนี้จะเกิดขึ้นเฉพาะในช่วงที่มีการจำหน่ายสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ผลิตสินค้าไปยังผู้จัดจำหน่าย โดยที่ข้อตกลงดังกล่าวจะไม่สามารถเกิดขึ้นระหว่างการจำหน่ายสินค้าจากผู้จัดจำหน่ายไปยังผู้บริโภคโดยตรงได้ เนื่องจากผู้จัดจำหน่ายย่อมไม่สามารถห้ามผู้บริโภคมิให้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นได้

* ผู้ผลิต หมายถึง ผู้ที่ผลิตสินค้าหรือบริการเองเพื่อจำหน่ายให้แก่ผู้จัดจำหน่าย และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการที่เป็นผู้จำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายสินค้าอีกทอดหนึ่ง

** ผู้จัดจำหน่าย หมายถึง ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตเพื่อจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค

ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนี้สามารถตกลงกันทั้งในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและแบบวาจา แต่ผลของการตกลงแบบลายลักษณ์อักษรนี้จะถือเป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นในชั้นศาล เนื่องจากการตกลงในรูปแบบนี้ย่อมเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักอย่างมากที่จะแสดงถึงความมีอยู่และเงื่อนไขแห่งข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง เหตุผลของการทำข้อตกลงในแต่ละแบบนั้นอาจเกิดจากความไม่ไว้เนื้อเชื่อใจซึ่งกันและกัน จึงจำเป็นต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อใช้บังคับระหว่างกัน หรืออาจเกิดจากการซื้อขายที่เป็นประเพณีปฏิบัติทางการค้า เช่น การที่ผู้ขายสินค้ามีประเพณีปฏิบัติว่าหากผู้ซื้อสินค้าซื้อสินค้าจากผู้ขายของตน ผู้ขายสินค้าจะปฏิเสธไม่ขายสินค้าใดให้แก่ผู้ซื้อรายนั้น เป็นต้น

ลักษณะของข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ³⁵ ดังนี้

2.2.2.1.1 ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยชัดแจ้ง

ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจโดยชัดแจ้งจะมีลักษณะเป็นการทำข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่บ่งชี้อย่างชัดเจนเพื่อให้ผู้รับข้อตกลงยินยอมและปฏิบัติตามว่าจะไม่ทำการค้าขายหรือทำธุรกิจอย่างใดๆ กับคู่แข่งของผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่าย เช่น ในการซื้อขายสินค้านระหว่างบริษัท ก. ผู้ผลิตสินค้ากับบริษัท ข. ผู้จัดจำหน่ายสินค้า มีการตกลงกันว่าหากบริษัท ข. ไปซื้อสินค้าจากบริษัทอื่นๆ ไม่ว่าจะด้วยกรณีใดก็ตาม บริษัท ก. จะปฏิเสธไม่ขายสินค้าให้แก่บริษัท ข. อีกต่อไป ซึ่งถือได้ว่าเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งอย่างหนึ่ง และอีกรูปแบบหนึ่งถือได้ว่าเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งได้เช่นกันก็คือการมีธรรมเนียมการค้าที่ปฏิบัติต่อกันเรื่อยมา เช่น หากการตกลงซื้อขายสินค้านระหว่างบริษัท ก. และบริษัท ข. มีการซื้อขายกันมาช้านานและเป็นที่ยอมรับกันดีแล้ว แม้จะไม่มีข้อตกลงโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นที่ทราบกันทั้งสองฝ่ายว่า หากบริษัท ข. ซื้อสินค้าจากบริษัทอื่นๆ บริษัท ก. จะไม่ขายสินค้าให้แก่ บริษัท ข. อีก เช่นนี้ถือได้ว่าข้อตกลงทั้งสองแบบเป็นการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งอันมีลักษณะชัดแจ้ง

การตกลงกันในลักษณะนี้จะไม่มีปัญหาความคลุมเครือเกี่ยวกับพฤติกรรมการกระทำว่าอยู่ในลักษณะใด ซึ่งแตกต่างกับลักษณะข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับ

³⁵ สรวิช ลิมปริงซี, “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง.” บทบัณฑิตย 58, 2 (มิถุนายน 2545) : 42, 44.

คู่แข่งโดยอ้อม ที่อาจมีปัญหาในแง่ของการตีความและปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมาย
ว่าเป็นข้อตกลงที่มีพฤติกรรมการกระทำในลักษณะใด

2.2.2.1.2 ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยอ้อม

นอกจากการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดย
ชัดแจ้งแล้ว ยังพบว่ามีข้อตกลงหรือเงื่อนไขบางลักษณะที่ก่อให้เกิดผลเช่นเดียวกับการห้ามมิให้ทำ
ธุรกิจกับคู่แข่งดังกล่าว ซึ่งข้อตกลงเช่นนี้เรียกว่าข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยอ้อม การ
ตกลงในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นจากหลายสาเหตุ เช่น การสร้างภาพทางธุรกิจของตนมิให้ผู้จัดจำหน่าย
รายอื่นที่ทำธุรกิจด้วยรู้สึกว่าคุณจำกัดทางเลือกในการทำธุรกิจ หรือพยายามหลบเลี่ยงบทบัญญัติของ
กฎหมายที่บัญญัติห้ามลักษณะของการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไว้โดยตรง เป็นต้น

ลักษณะของข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยอ้อมอาจปรากฏขึ้น
ใน 3 ลักษณะ ดังนี้

2.2.2.1.2.1 ข้อตกลงที่มีเงื่อนไขด้านตัวสินค้า

ข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่มีการกำหนดปริมาณสินค้า (Requirement contract)

ข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่มีการกำหนดปริมาณสินค้า คือ การกำหนดปริมาณสินค้าที่ผู้จัด
จำหน่ายต้องซื้อจากผู้ผลิตสินค้าในแต่ละครั้ง ซึ่งหากผู้จัดจำหน่ายสินค้านั้นไม่ยอมรับข้อตกลงดัง
กล่าว ผู้ผลิตสินค้าอาจตอบสนองด้วยการปฏิเสธไม่ทำการค้าขายกับผู้จัดจำหน่ายสินค้านั้นจนกว่าจะ
ยอมรับข้อตกลง³⁶ แต่อย่างไรก็ตามจะถือว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็
ต่อเมื่อผู้ผลิตตกลงขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายในปริมาณที่พอดีกับความต้องการสินค้าทั้งหมดของ
ผู้จัดจำหน่าย³⁷ ซึ่งทำให้ผู้จัดจำหน่ายไม่ต้องการที่จะซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นอีกต่อไป (to supply
all of the buyer's needs for the product) หรือ ผู้ผลิตอาจทราบหรืออาจคาดการณ์ได้ว่าผู้จัด
จำหน่ายมีความสามารถที่จะซื้อสินค้าในปริมาณเท่าใดเพื่อที่จะทำให้ผู้จัดจำหน่ายไม่มีเงินทุนเพียง

³⁶ Areeda, Phillip, Antitrust analysis problem, text, cases, Second edition (Boston : Little brown
and company, 1974), p 634.

³⁷ Frasco, Gregg, "Exclusive dealing a comprehensive case study", p 1.

พอที่จะซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นได้อีก ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ผู้จัดจำหน่ายไม่สามารถทำธุรกิจกับ คู่แข่งรายอื่นๆ ได้ ถึงแม้ในข้อตกลงจะไม่ได้กำหนดว่าห้ามผู้จัดจำหน่ายทำการซื้อสินค้าจากผู้ผลิตราย อื่นก็ตาม เพราะผู้จัดจำหน่ายไม่มีความสามารถและไม่มีความต้องการที่จะซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่น อีกต่อไปนั่นเอง ข้อตกลงเช่นนี้จึงถือเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการกีดกัน³⁸ ห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่าย มีโอกาสทำการค้าขายกับผู้ผลิตรายอื่นเช่นกัน

ตัวอย่าง

บริษัท ก. ในฐานะผู้ผลิตสินค้า และบริษัท ข. ในฐานะผู้จัดจำหน่ายสินค้า มีการตกลงซื้อ ผงซักฟอกต่อกันภายใต้เงื่อนไขการกำหนดปริมาณสินค้าว่าบริษัท ข. จะต้องสั่งซื้อผงซักฟอกจาก บริษัท ก. เป็นจำนวน 1,000 กล่องต่อเดือน โดยที่บริษัท ก. สามารถคาดหมายได้ว่าความสามารถใน การขายผงซักฟอกของบริษัท ข. นั้นไม่เกินจำนวน 1,000 กล่องต่อเดือนอย่างแน่นอน ดังนี้ จะเห็นได้ ว่าเมื่อความสามารถในการขายผงซักฟอกของบริษัท ข. ไม่เกินจำนวน 1,000 กล่องต่อเดือน ประกอบ กับบริษัท ข. ไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะซื้อผงซักฟอกยี่ห้ออื่นได้อีกแล้ว บริษัท ข. ย่อมไม่อาจสั่งซื้อ ผงซักฟอกยี่ห้ออื่นจากบริษัทอื่นๆ ที่เป็นคู่แข่งกับบริษัท ก. อีก

2.2.2.1.2.2 ข้อตกลงที่มีเงื่อนไขด้านราคาสินค้า

ข้อตกลงหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับส่วนลด (Discount/Rebate)

ข้อตกลงประเภทนี้มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เชิญชวน (Incentive) ให้อีกฝ่ายยินยอมตกลงและ ปฏิบัติตาม ด้วยการเสนอประโยชน์ตอบแทนในลักษณะของส่วนลด ให้แก่ผู้จัดจำหน่ายที่ทำการซื้อ สินค้าตามเงื่อนไขที่ผู้ผลิตกำหนด ซึ่งบ่อยครั้งที่ผู้ผลิตส่วนใหญ่มักใช้วิธีการนี้พร้อมกับกำหนดเงื่อนไข ให้ผู้จัดจำหน่ายจะได้รับส่วนลดในอัตราที่มากก็ต่อเมื่อผู้จัดจำหน่ายได้ทำการซื้อสินค้าจากผู้ผลิตราย นั้นในปริมาณที่มากเช่นกัน หรือบางครั้งอาจกำหนดเงื่อนไขการให้ส่วนลดต่อเมื่อลูกค้ารายนั้นเป็น

³⁸ Donald, Bruce., Heydon, John Dyson, Trade practices law : restrictive trade practices, deceptive conduct and consumer protection, (Sydney : Law book, 1978), p. 272.

* คำว่า "ส่วนลด" ในที่นี้ มิได้หมายถึงส่วนลดของราคาสินค้าที่จะทำการซื้อขายเท่านั้น แต่หมายรวมถึงส่วนลดจากสินค้า ขึ้นที่แถมจากการซื้อสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งด้วย

ลูกค้าประจำของผู้ประกอบการ ทั้งนี้เพื่อจูงใจลูกค้านั้นมีให้ไปซื้อสินค้าจากคู่แข่งของตน³⁹ นอกจากนี้ การให้ส่วนลดอาจมาพร้อมกับเงื่อนไขการกำหนดปริมาณสินค้าเท่ากับปริมาณสินค้าทั้งหมดที่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นมีความสามารถที่จะซื้อก็ได้⁴⁰ และเมื่อปริมาณสินค้าถึงระดับที่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นต้องการแล้วย่อมเป็นผลให้ผู้ผลิตรายอื่นไม่สามารถจำหน่ายสินค้าให้แก่จากผู้จัดจำหน่ายรายดังกล่าวได้ และในทางตรงข้ามแม้ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นต้องการซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่น ผู้จัดจำหน่ายก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน

โดยทั่วไปแล้วเงื่อนไขเกี่ยวกับส่วนลดนี้จะปรากฏใน 2 ลักษณะ⁴¹ คือ การให้สินค้าโดยปราศจากค่าตอบแทน (free products) หรือ การให้ส่วนลดจากราคาสินค้า (lower prices) เพื่อเป็นการจูงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งยอมซื้อขายสินค้าภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขที่ถูกกำหนดขึ้นในลักษณะนี้จะเชิญชวนให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้ายอมรับตามเงื่อนไข คือ "ส่วนลด" นั่นเอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้

ตัวอย่าง

บริษัท ก. ในฐานะผู้ผลิตสินค้า และบริษัท ข. ในฐานะผู้จัดจำหน่ายสินค้า ตกลงซื้อผงซักฟอกต่อกัน โดยบริษัท ข. มีความสามารถในการจำหน่ายผงซักฟอก เป็นจำนวน 1,000 กล่องต่อเดือน ในการซื้อขายสินค้า บริษัท ก. ตกลงขายผงซักฟอกให้แก่บริษัท ข. โดยเสนอส่วนลดให้ร้อยละ 10 แก่บริษัท ข. เมื่อบริษัท ข. ซื้อผงซักฟอกในปริมาณ 500 ขึ้น และบริษัท ก. จะให้ส่วนลดร้อยละ 20 หากบริษัท ข. ซื้อผงซักฟอกจากบริษัท ก. เป็นจำนวน 1,000 ขึ้น และหากบริษัท ข. ซื้อสินค้ามากกว่าจำนวนดังกล่าว บริษัท ก. ก็จะให้ส่วนลดในปริมาณที่มากขึ้นตามลำดับซึ่งส่วนลดดังกล่าวจึงเชิญชวนให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าไม่ซื้อสินค้าจากคู่แข่งอันมีผลเสมือนกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั่นเอง

³⁹ สมเกียรติ ดอกไม้ศรีจันทร์, "กรณีศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้า : พฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาด," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544), หน้า 56.

⁴⁰ สรวี ลิมปริงซี, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง", บทบัณฑิตย 58, 2 (มิถุนายน 2545) : 44.

⁴¹ Greenless, Patrick and Reitman, David, "Distinguish competitive and exclusionary uses of loyalty discounts," *Antitrust bulletin* 50 (November 2005) : p. 441.

2.2.2.1.2.3 ข้อตกลงที่มีเงื่อนไขด้านการจำหน่ายสินค้า

ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมส่งเสริมการขายสินค้าและพื้นที่การแสดงผลสินค้า⁴²

ข้อตกลงในลักษณะนี้โดยทั่วไปปรากฏในเรื่องของการสงวนสิทธิบางประการในการส่งเสริมการขายสินค้าหรือพื้นที่แสดงผลสินค้า กล่าวคือ กิจกรรมส่งเสริมการขายสินค้าและพื้นที่การตั้งแสดงผลสินค้าถือเป็นกลยุทธ์อย่างหนึ่งในการช่วงชิงโอกาสและพื้นที่ของผู้จัดจำหน่ายในการนำเสนอสินค้าต่อผู้บริโภค โดยหากผู้ผลิตสามารถแย่งชิงโอกาสและพื้นที่การเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคได้ ย่อมทำให้โอกาสในการขายสินค้าของคู่แข่งชั้นรายอื่นลดน้อยลงจนอาจถึงระดับที่ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้เช่นกัน โดยที่ผ่านมามีปรากฏว่าบริษัท Phillip Morris Inc ของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยใช้วิธีการกำหนดพื้นที่แสดงผลสินค้าเป็นเงื่อนไขในการตอบแทนการจำหน่ายสินค้าให้แก่บริษัท Phillip Morris Inc (...this program provided a number of levels of funding to retailers in return for specified display space...)⁴³

กรณีนี้จะเห็นได้ชัดเจนหากลักษณะสินค้ามีความแตกต่างกันเพียงในแง่ความรู้สึกของผู้บริโภคเท่านั้น เพราะเมื่อคุณสมบัติของสินค้ามีลักษณะคล้ายกันแต่มีความแตกต่างที่มาจากตัวผู้บริโภคเอง หากสินค้าใดมีโอกาสนำเสนอให้แก่ผู้บริโภคมากกว่าย่อมทำให้สินค้านั้นมีโอกาสที่จะถูกเลือกซื้อหรือบริโภคได้มากกว่า

ตัวอย่าง

บริษัท ก. ในฐานะผู้ผลิตสินค้าบุหรี่ยี่ห้อดอกดาวเรือง และบริษัท ข. ในฐานะผู้จัดจำหน่ายสินค้า ตกลงซื้อสินค้าต่อกัน โดยบริษัท ก. ตั้งเงื่อนไขว่าพื้นที่ตู้โชว์ขายสินค้าของสงวนไว้เฉพาะบุหรี่ยี่ห้อดอกดาวเรืองที่บริษัท ก. ขายเท่านั้น ดังนั้น บุหรี่ยี่ห้ออื่นที่ผลิตโดยบริษัทอื่นที่เป็นคู่แข่งกับบริษัท ก. มีลักษณะใกล้เคียงกันย่อมทำให้โอกาสในการขายสินค้าของบริษัทอื่นลดลง อันเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างหนึ่ง โดยมีผลให้คู่แข่งของบริษัท ก. ถูกจำกัดการแข่งขันในสินค้านั้นๆ ได้เช่นกัน

⁴² Jonathan M. Jacobson, "Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm," *Antitrust Law Journal* 2002, 70 (March 2002) : 341-342.

⁴³ R.J. Reynold Tobaccon Co v Phillip Morris Inc. (RJRI) 60 F. 2d 502(M.D.N.C. 1999)

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าพื้นที่การแสดงสินค้า เช่น ตู้โชว์สินค้า จะมีอิทธิพลมากต่อผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าอย่างมาก เช่นเดียวกับในปัจจุบันที่กระทรวงสาธารณสุขได้ออกกฎหมายบังคับใช้เกี่ยวกับการโชว์สินค้าประเภทบุหรี่ ที่ไม่อนุญาตให้มีการแสดงให้เป็นที่สะดุดตาแก่ผู้ซื้อ จนมีผลให้ยอดขายการจำหน่ายบุหรี่มีปริมาณลดลงอย่างมาก โดยผลจากมาตรการนี้ทำให้ยอดขายจำหน่ายบุรี่ยลดลงประมาณเดือนละ 200 ล้านบาท⁴⁴ ดังนั้น หากผู้ผลิตรายใดมีข้อตกลงกำหนดพื้นที่การโชว์สินค้า เฉพาะสินค้าที่ตนผลิตเท่านั้นย่อมส่งผลกระทบต่อคู่แข่งรายอื่นทำให้ไม่สามารถขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นๆ ได้ รวมถึงการตกลงในเรื่องของกิจกรรมที่มีการสนับสนุนการขายด้วยเช่นกัน

การขายพ่วงสินค้า (Tying product)⁴⁵

ตามกฎหมายบางประเทศจะบัญญัติให้ลักษณะของการขายพ่วงสินค้าเป็นความผิดทางการค้าอีกฐานหนึ่ง และบางประเทศเห็นว่าการขายพ่วงสินค้าเป็นรูปแบบหนึ่งของการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเช่นกัน⁴⁶ โดยที่การขายพ่วงสินค้าอาจสร้างผลเช่นเดียวกับการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในลักษณะอื่นๆ เนื่องจากการเสนอขายพ่วงสินค้าจะทำให้ผู้จัดจำหน่ายจำเป็นต้องซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งที่ตนไม่มีความต้องการ และด้วยลักษณะของการขายพ่วงสินค้านี้จึงก่อให้เกิดผลเช่นเดียวกับข้อตกลงที่เกี่ยวกับการกำหนดปริมาณการซื้อสินค้าหรือข้อตกลงที่เกี่ยวกับส่วนลดสินค้า นอกจากนี้ยังทำให้โอกาสการเลือกซื้อสินค้าที่มีการขายพ่วงจากผู้ผลิตรายอื่นลดลงเพราะถูกบังคับ ดังนั้น ในบางประเทศจึงถือว่าการผูกมัดการพ่วงสินค้าเป็นการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งด้วย เช่น ตามกฎหมายประเทศออสเตรเลีย⁴⁷ เป็นต้น

กรณีอย่างไรจะถือเป็นการพ่วงสินค้านั้นหลักการพิจารณา 4 ประการ⁴⁸

1. สินค้าทั้ง 2 ชิ้นสามารถแยกออกจากกันได้ (separate products)

⁴⁴ หนังสือพิมพ์โพสทูเดย์ ฉบับลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2548 "สงครามห้ามโชว์บุหรี่ 'สุขภาพ' ปะทะ 'รายได้รัฐ' ". หน้า ๒๒-๒๓.

⁴⁵ Bruce G. Donald and J.D. Heydon, *Trade Practice Law*, Volume 1 (Sydney : Law Book Company Limited, 1978), p.281

⁴⁶ Areeda, Phillip, *Antitrust analysis problem, text, cases*, Second edition (Boston : Little brown and company, 1974), p 634.

⁴⁷ Section 47 of Trade Practice Act 1974

⁴⁸ Gellhorn, Ernest, Kovacic, William E. and Calkins, Stephen, *Antitrust law and economics*, Fifth edition (USA: West, 2004), p379.

2. ผู้ขายกำหนดเงื่อนไขว่า หากผู้ซื้อต้องการจะซื้อ สินค้าที่มีการพ่วง (tying product) ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วงด้วย (tied product)
3. ผู้ขายมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าที่มีการพ่วงในระดับที่เพียงพอ (appreciable economic power in the tying market)
4. ข้อตกลงการพ่วงสินค้ามีผลต่อตลาดของสินค้าที่ถูกลำพ่วง (the tying arrangement affects a substantial amount of commerce in the market for the tied product)

2.2.2.2 ปัจจัยที่เชื่อให้การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นผลสำเร็จ

ด้วยภาวะของการแข่งขันในตลาดที่ส่งผลให้ผู้ผลิตต่างต้องพยายามสร้างกลยุทธ์ต่างๆ ในการแข่งขัน โดยกลยุทธ์หนึ่งที่เป็นที่ยอมรับและเกิดขึ้นบ่อยๆ คือ การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง แต่ทั้งนี้ควมมีประสิทธิผลของข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีความแตกต่างกัน มิใช่ว่าผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งจะสามารถกำหนดข้อตกลงขึ้นและประสบความสำเร็จจากข้อตกลงดังกล่าวได้ทุกราย ในบางกรณีแม้ผู้ประกอบการรายใดได้นำข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมาใช้ แต่กลับไม่ประสบความสำเร็จ เพราะเหตุจากการขาดปัจจัยที่เชื่อต่อการตกลง ดังนั้น แม้จะใช้ข้อตกลงดังกล่าวก็ย่อมไม่เกิดประสิทธิภาพและไม่สามารถบรรลุเป้าหมายได้

โดยปกติแล้วข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อสองฝ่ายยินยอมที่จะปฏิบัติตามข้อตกลง หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามข้อตกลง ข้อตกลงนั้นย่อมไม่อาจสำเร็จได้ โดยสภาพทั่วไปข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้วอาจแบ่งได้ 2 กรณี

กรณีแรก คือ การยินยอมที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายโดยสมัครใจ

กรณีที่สอง คือ การบีบบังคับอีกฝ่ายให้ปฏิบัติตามข้อตกลงไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยอาศัยอำนาจที่เหนือกว่าหรือสิ่งจูงใจอื่นๆ เป็นเครื่องมือ

โดยหลักแล้ว เมื่อคู่สัญญาตกลงกัน หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์จากข้อตกลง ฝ่ายนั้นย่อมไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงนั้นๆ จากจุดนี้เองจึงต้องพิจารณาว่ามีปัจจัยใดบ้างที่เชื่อให้เกิดความสำเร็จของข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

ปัจจัยที่มีผลเชื่อให้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นผลสำเร็จสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

2.2.2.2.1 ลักษณะโครงสร้างตลาด (Market structure)

โดยทั่วไปแล้วตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์สามารถแบ่งโครงสร้างตลาดออกเป็น 4 ประเภท คือ (1) ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (2) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (3) ตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย และ (4) ตลาดผูกขาดสมบูรณ์ โดยโครงสร้างตลาดในแต่ละประเภทจะก่อให้เกิดผลต่อความสำเร็จของข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งที่แตกต่างกัน⁴⁹ ซึ่งอาจสรุปโครงสร้างตลาดทั้ง 4 ประเภทได้ดังนี้

ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly competitive market)

เนื่องจากในตลาดแข่งขันสมบูรณ์จะมีผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมากราย การซื้อขายของแต่ละรายการเป็นเพียงปริมาณสินค้าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนซื้อขายของทั้งตลาด ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงปริมาณซื้อขายของผู้ซื้อและผู้ขายรายใดรายหนึ่งจึงไม่ทำให้อุปสงค์และอุปทานของตลาดเปลี่ยนแปลง และไม่ส่งผลกระทบต่อราคาตลาดแต่อย่างใด นอกจากนี้สินค้าในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ก็มีลักษณะและคุณภาพใกล้เคียงกันมาก กล่าวคือ ในสายตาของผู้ซื้อเห็นว่าสินค้าของผู้ขายแต่ละรายมีลักษณะและคุณภาพที่ไม่แตกต่างกัน จะเลือกซื้อจากผู้ขายรายใดก็ได้ トラบเท่าที่ขายตามราคาตลาด ซึ่งในความเป็นจริงแล้วตลาดแข่งขันสมบูรณ์นี้ยากที่จะเกิด เท่าที่ปรากฏก็มีเพียงตลาดผลผลิตทางการเกษตร เช่น ข้าวโพด ยางพารา ข้าว เป็นต้น

จากลักษณะและโครงสร้างของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แสดงว่าผู้ขายแต่ละรายไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าได้เองตามใจชอบ แต่จะต้องขายตามราคาตลาด (Price taker) ซึ่งเป็นราคาดุลยภาพเกิดจากอุปสงค์และอุปทานของตลาดตัดกันเท่านั้น⁵⁰ ถ้า ผู้ขายรายใดขายสินค้าในราคาที่สูงกว่าราคาดุลยภาพ ผู้ขายรายนั้นจะขายสินค้าไม่ได้เลยเพราะผู้ซื้อจะหันไปซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นซึ่งมีอยู่มากในตลาด หรือหากผู้ขายต้องการที่จะขายใน

⁴⁹ สรวิศ ลิ้มปริงซี่, “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง,” นพดณชิตย์ 58, 2 (มิถุนายน 2545) : 50.

⁵⁰ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 74.

ปริมาณที่มากขึ้นก็ไม่จำเป็นต้องขายสินค้าในราคาต่ำกว่าราคาดุลยภาพ เพราะสามารถขายสินค้าได้หมดตามราคาดุลยภาพอยู่แล้วเพียงแค่ปรับปรุงท่าทีการขายเท่านั้น⁵¹

จะเห็นได้ว่าข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ย่อมมีโอกาสเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากหากผู้ผลิตกำหนดข้อตกลงที่เป็นการเอาเปรียบต่อผู้จัดจำหน่ายมากเกินไป ผู้จัดจำหน่ายย่อมสามารถเลือกซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นได้ เนื่องจากจำนวนผู้ผลิตในตลาดประเภทนี้จะมีจำนวนมากรายอื่นก็ทั้งลักษณะสินค้าก็ใกล้เคียงกันมาก แทบจะไม่มี ความต่างกันเลย ดังนั้น โอกาสของการทำข้อตกลงที่เป็นการจำกัดผู้จัดจำหน่ายมิให้ทำการค้าขายกับผู้ผลิตรายอื่นๆ จึงเกิดขึ้นได้ยาก⁵² นอกเสียจากว่าผู้ผลิตรายนั้นจะมีปัจจัยอื่นที่สร้างแรงจูงใจให้กับผู้จัดจำหน่ายมากพอที่จะทำให้ผู้จัดจำหน่ายยอมปฏิบัติตามข้อตกลง

ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic competition)

ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดนี้มีลักษณะที่เหมือนกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ คือ มีผู้ผลิตจำนวนมากราย ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ง่าย และไม่มีการรวมหัวกันระหว่างผู้ซื้อหรือผู้ขาย สิ่งที่แตกต่างกันเพียงประการเดียวคือ สินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายมีความแตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างนี้อาจเป็นรูปลักษณะของสินค้าที่ต่างกันจริงๆ หรือเป็นเพียงความรู้สึกนึกคิดของผู้บริโภคอันเกิดจากอิทธิพลของการโฆษณา ทั้งนี้ ที่ในความเป็นจริงสินค้านั้นไม่ต่างจากสินค้าอื่นๆ เลย ตัวอย่างสินค้าเหล่านี้ได้แก่ ผงซักฟอก ยาสีฟัน ยาสระผม สบู่ นาฬิกาข้อมือ เป็นต้น ซึ่งแท้จริงแล้วก็เหมือนกันในหลายยี่ห้อ แต่ผู้ผลิตบางรายพยายามใช้สื่อโฆษณาต่างๆ รวมทั้งใช้รูปแบบบรรจุภัณฑ์ต่างๆ เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความรู้สึกว่าไม่เหมือนกัน ด้วยเหตุนี้เองที่ทำให้ผู้ผลิตแต่ละรายในโครงสร้างตลาดแบบนี้มีอำนาจผูกขาดอยู่บ้างในสินค้าของตน ยิ่งผู้ผลิตสามารถทำให้สินค้าของตนแตกต่างจากผู้ผลิตอื่นได้มากเพียงไร อำนาจผูกขาดก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตต้องคำนึงอยู่เสมอว่า แม้สินค้าของตนจะแตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นเพียงใด แต่สินค้าของผู้ผลิตรายอื่นก็สามารถใช้แทนกันได้ดี ดังนั้น ถ้าตั้งราคา

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁵² สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง," บทนิพนธ์คดี 58, 2 (มิถุนายน 2545) : 50.

สินค้าของตนสูงกว่าของผู้ผลิตรายอื่นจนเกินไปแล้ว ย่อมจะประสบปัญหาการสูญเสียลูกค้าจำนวนมากให้กับผู้ผลิตรายอื่นอย่างแน่นอน⁵³

จะเห็นได้ว่าในโครงสร้างตลาดแบบนี้ ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นได้ เนื่องจากในตลาดจะประกอบไปด้วยผู้ผลิตจำนวนมากและถึงแม้สินค้าจะมีลักษณะแตกต่างกันแต่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ดังนั้น โอกาสที่จะเกิดความสำเร็จของข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจึงยังมีอยู่ในระดับที่สูงกว่าโอกาสที่จะเกิดความสำเร็จในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ เนื่องจากมีความแตกต่างในยี่ห้อ หรือรูปแบบบรรจุภัณฑ์ของสินค้าเป็นสิ่งจูงใจให้ผู้จัดจำหน่ายตกลงที่จะไม่ทำธุรกิจกับผู้ผลิตรายอื่นได้ แต่อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาถึงความต้องการของผู้บริโภคต่อสินค้านั้นๆ ประกอบด้วย

ตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly competition)

ตลาดผู้ขายน้อยราย หมายถึง ตลาดที่ประกอบด้วยผู้ขายประมาณ 2 - 3 รายหรือมากกว่านั้นเล็กน้อย ลักษณะสำคัญของตลาดประเภทนี้ คือ เมื่อผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งเปลี่ยนแปลงราคาและจำนวนผลผลิต จะมีผลกระทบต่อคู่แข่งและมักจะมีการกระทำตอบโต้ เนื่องมาจากผู้แข่งขันที่มีจำนวนน้อยรายนั่นเอง ตลาดชนิดนี้แบ่งได้ 2 แบบ คือ (1) ผู้ผลิตแต่ละรายผลิตสินค้าเหมือนกันทุกประการ (pure oligopoly) ถึงแม้ว่าสินค้าจะไม่ต่างกันก็จริง การแข่งขันของผู้ผลิตแต่ละรายจะไม่ใช้การแข่งขันทางด้านราคา แต่จะใช้ความแตกต่างด้านบริการและอื่นๆ ซึ่งทำให้เกิดความแตกต่างในสายตาของผู้ซื้อ และ (2) ผู้ผลิตแต่ละรายผลิตสินค้าแตกต่างกัน แต่สามารถใช้แทนกันได้ดี (differentiated oligopoly) เช่น รถยนต์ บุหรี่ เครื่องใช้ไฟฟ้า เป็นต้น ตลาดผู้ขายน้อยรายทั้งสองแบบนี้จำเป็นต้องมีสิ่งกีดขวางไม่ให้ผู้ผลิตใหม่เข้ามาทำการผลิตแข่งขันได้สะดวก มิฉะนั้นจำนวนผู้ผลิตจะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ตราบเท่าที่มีกำไรเกินปกติ จนในที่สุดไม่สามารถดำรงสภาพตลาดที่มีผู้ขายน้อยรายไว้ได้ต่อไป⁵⁴

⁵³ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ, *หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค*, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 185.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 181

จากลักษณะดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดผู้ขายน้อยรายย่อมเกิดขึ้นได้ แต่อาจถูกโต้ตอบจากผู้แข่งขันรายอื่นในตลาดทันที เนื่องมาจากผู้แข่งขันที่มีจำนวนน้อยรายนั่นเอง แต่ทั้งนี้ความสำเร็จของข้อตกลงก็มีโอกาสที่จะสำเร็จมากกว่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์และตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด เพียงแต่อาจจะต้องอาศัยปัจจัยอื่นประกอบด้วย

ตลาดผูกขาดสมบูรณ์ (Pure monopoly)

ลักษณะของตลาดผูกขาดสมบูรณ์นั้น โดยปกติจะมีผู้ผลิตเพียงรายเดียว หรือเรียกว่า ผู้ผูกขาด (Monopolist) อีกทั้งสินค้ามีลักษณะพิเศษไม่เหมือนใคร จึงไม่สามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทนได้ และผู้ผลิตสามารถกีดกันไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาผลิตแข่งขันได้

จากลักษณะโครงสร้างของตลาดผูกขาดข้างต้น ทำให้ผู้ผูกขาดมีอำนาจในการกำหนดราคา (price searcher) หรือกำหนดปริมาณขาย กล่าวคือ ขึ้นราคาสินค้า หรือ เพิ่มปริมาณขายตามต้องการโดยการลดราคา⁵⁵ ผลเสียที่ตามมา คือ ผลประโยชน์ของผู้บริโภคส่วนหนึ่งจะถูกถ่ายทอดไปสู่ผู้ขาย และการจำกัดปริมาณสินค้ายังก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรที่ไม่มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้ผูกขาดจะมีกำไรสูงเกินควรและผู้บริโภคมีค่าใช้จ่ายสูงเกินควร ที่ผ่านมาประเทศไทยประสบปัญหาการผูกขาดในหลายธุรกิจ เช่น บริการโทรศัพท์ สุรา ปูนซีเมนต์ และบริการขนส่งบางประเภท เป็นต้น⁵⁶ การผูกขาดเกิดจากสาเหตุต่างๆ เช่น ผู้ผลิตหลายรายตกลงรวมตัวกันเพื่อผูกขาดการผลิตและการจำหน่าย หรือการผูกขาดตามนโยบายรัฐบาล หรือในกิจการที่มีขนาดใหญ่มากจึงจะต้องมีทางลดต้นทุนการผลิตให้ต่ำ

จะเห็นได้ว่าการแข่งขันจะไม่เกิดขึ้นในโครงสร้างตลาดผูกขาดสมบูรณ์นี้ ข้อตกลงมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งรายอื่นจึงไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป เนื่องจากมีผู้ผูกขาดหรือผู้ผลิตเพียงรายเดียว โครงสร้างตลาดในลักษณะนี้จึงเอื้อประโยชน์ที่จะใช้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง เพราะไม่มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นอยู่แล้ว

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

⁵⁶ สุทธิพันธ์ จิราธิวัฒน์, ศักดา อนิตกุล และ คุณาธิป แสงฉาย, “การสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแข่งขันเสรีที่เป็นธรรม,” ใน *แผนนโยบายแห่งรัฐ: 5 ปี รัฐธรรมนูญไทย*, กนกศักดิ์ แก้วเทพ และนวนลน้อย ตริรัตน์ (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ศึกษาเศรษฐศาสตร์การเมือง คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) : 252.

ลักษณะโครงสร้างตลาดที่มีการแข่งขันแบบต่าง ๆ⁵⁷

| ชนิดของการแข่งขัน | การแข่งขันสมบูรณ์ (perfect competition) | การแข่งขันกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition) | การแข่งขันที่มีผู้ผลิตน้อยราย | | การผูกขาดสมบูรณ์ (pure monopoly) |
|---------------------------------|---|--|---|--|--|
| | | | ก. ผลิตสินค้าเหมือนกัน (pure oligopoly) | ข. ผลิตสินค้าต่างกัน (differentiated oligopoly) | |
| จำนวนของผู้ผลิต | ผู้ผลิตมีจำนวนมาก | ผู้ผลิตมีจำนวนมาก | ผู้ผลิตมีจำนวน 2-3 ราย | ผู้ผลิตมีจำนวน 2-3 ราย | ผู้ผลิตมีเพียง 1 ราย |
| ลักษณะสินค้าของผู้ผลิตแต่ละราย | ผลิตสินค้าเหมือนกันทุกประการ ผู้บริโภคไม่รังเกียจที่จะซื้อจากผู้ผลิตคนใดคนหนึ่ง | สินค้าแตกต่างกันแต่ใช้แทนกันได้ดี | เหมือนกันทุกประการ | สินค้าแตกต่างกันแต่ใช้แทนกันได้ดี | ขาดสินค้าที่จะใช้แทนกันได้ดี |
| ตัวอย่างชนิดของสินค้า | สินค้าเกษตรกรรม เช่น ข้าว ฝ้าย ปอ | ผงซักฟอก สบู่ ยาสีฟัน | น้ำมันเครื่องรถยนต์ ปูนซีเมนต์ สังกะสี | รถยนต์ พิมพิติต เครื่องไฟฟ้า | กิจการสาธารณูปโภค การเดินรถประจำทาง |
| อำนาจกำหนดราคา | ไม่มีเลย ต้องกำหนดตามราคาตลาด ถ้ากำหนดราคาสูงกว่าราคาตลาดจะขายไม่ได้เลย | มีอยู่พอสมควร แต่ถ้าตั้งราคาสูงกว่าของคู่แข่งมากเกินไป ก็จะเสี่ยงกับการสูญเสียลูกค้าจำนวนมาก | มีอยู่บ้างโดยการรวมหัวกันตั้งราคาหรือตั้งราคาตามผู้นำ (price leader) | มีอยู่บ้างแต่ควรต้องสอดคล้องกับราคาของคู่แข่ง | มีอำนาจเต็มที่เพราะขาดคู่แข่ง |
| วิธีการจำหน่ายสินค้า | ไม่จำเป็นต้องจูงใจผู้ซื้อด้วยการโฆษณาหรือส่งเสริมการจำหน่าย | การเพิ่มการจำหน่ายนิยมใช้วิธีโฆษณาและปรับปรุงคุณภาพของสินค้ามากกว่าการลดราคา | การเพิ่มการจำหน่ายใช้วิธีการโฆษณาและปรับปรุงคุณภาพของสินค้าแทนการลดราคา | การเพิ่มการจำหน่ายใช้วิธีการโฆษณาและพัฒนาคุณภาพของสินค้าแทนการลดราคา | สามารถเพิ่มการจำหน่ายโดยไม่ต้องลดราคาด้วยการปรับปรุงคุณภาพของสินค้าหรือโฆษณา |
| ลักษณะอุปสงค์ของผู้ผลิตแต่ละราย | อุปสงค์มีความยืดหยุ่นสมบูรณ์ (perfectly elastic) เส้นอุปสงค์ขนานกับแกนนอน และเป็นเส้นเดียวกับ AR และ MR | อุปสงค์มีความยืดหยุ่นมาก (elastic) เป็นเส้นลาดลงไม่ใช่เส้นเดียวกับ MR | อุปสงค์เป็นเส้นหักมุม ณ ราคาตลาดขณะนั้น | อุปสงค์มีความยืดหยุ่นน้อยและขึ้นอยู่กับการกระทำโต้ตอบของคู่แข่ง | อุปสงค์มีความยืดหยุ่นน้อย เป็นเส้นลาดลง ไม่ใช่เส้นเดียวกับ MR |
| ระดับราคาสินค้า | ต่ำกว่าตลาดแบบอื่นๆ | สูงกว่าตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ | สูงกว่าในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด | สูงกว่าในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด | สูงกว่าตลาดแบบใดๆ |
| กำไร ณ ระดับผลผลิต | กำไรเกินปกติจะหมดไปในระยะยาว | ในระยะยาวจะมีกำไรปกติ | มีกำไรเกินปกติในระยะยาว | มีกำไรเกินปกติในระยะยาว | มีกำไรเกินปกติในระยะยาว |

⁵⁷ วันวิรัช มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2542), หน้า 138-

จากโครงสร้างของตลาดที่ได้กล่าวมาแล้วแต่ละประเภท จะเห็นได้ว่าภาวะของการแข่งขันในแต่ละโครงสร้างตลาดมีความแตกต่างกันโดยมีปัจจัยมาจากจำนวนผู้ผลิต ลักษณะสินค้า และอำนาจตลาด ซึ่งล้วนเป็นสาเหตุสำคัญที่ส่งผลต่อข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง กล่าวคือ ทำให้โอกาสของความสำเร็จจากข้อตกลงดังกล่าวแตกต่างกันไป ผลของการจำกัดการแข่งขันโดยการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้น จะสามารถสร้างประโยชน์ให้แก่ผู้ผลิตที่เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวในหลายด้าน เช่น การขยายฐานตลาดการค้า และการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตสินค้ารายอื่น เป็นต้น

2.2.2.2.2 อำนาจเหนือตลาด (Market power)

ปัจจัยที่สำคัญรองลงมาจากโครงสร้างตลาดที่มีผลเอื้อให้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นผลสำเร็จ คือ อำนาจเหนือตลาด อำนาจเหนือตลาดนั้นอาจอยู่กับฝ่ายผู้ซื้อหรือฝ่ายผู้ขายก็ได้ แต่โดยทั่วไปแล้วอำนาจเหนือตลาดจะถูกแสดงออกโดยฝ่ายผู้ขาย⁵⁸ การมีอำนาจเหนือตลาดนี้จะเป็นแรงผลักดันที่สำคัญที่ทำให้ข้อตกลงบรรลุผลสำเร็จได้ ผู้ผลิตที่มีอำนาจเหนือตลาดมากย่อมสามารถสร้างเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้จัดจำหน่ายให้ยอมทำข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งกับตนได้ง่าย และโดยส่วนใหญ่แล้วด้วยผลของอำนาจตลาดนี้เอง จะสามารถบังคับให้ผู้จัดจำหน่ายต้องยินยอมปฏิบัติตามข้อตกลงซึ่งมีผลให้ตนถูกจำกัดทางเลือกการซื้อสินค้าไม่ว่าโดยทางตรงและโดยทางอ้อม

ในขั้นแรกการจะหาว่าผู้ผลิตรายใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงระดับของการมีส่วนแบ่งตลาด (Market share) ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นว่ามีมากน้อยเพียงใด หากผู้ผลิตรายนั้นมีส่วนแบ่งของตลาดมากกว่าผู้ผลิตรายอื่นๆ ก็อาจถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงฐานะการเงิน รายได้อันเกิดจากการประกอบการ การใช้เทคโนโลยีการผลิต ความสามารถในการควบคุมปัจจัยการผลิต และความสามารถในการควบคุมการจำหน่ายจ่ายแจกประกอบกันด้วย รวมทั้งการพิจารณาถึงสภาพของตลาดว่ามี ความยากง่ายต่อการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตรายอื่นๆ อีกด้วย (Barriers to entry)⁵⁹ ซึ่งปัจจัยต่างๆ

⁵⁸ Sullivan, Lawrence A and Grimes, Warren S, The law of antitrust: an integrated handbook, (St. Paul, Minn: West group), p 22.

⁵⁹ สุธีร์ คุภนิศย์, "การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด." วารสารนิติศาสตร์ 21, 4 (ธันวาคม 2534): 507-508.

ดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่จะสะท้อนให้เห็นถึงความสามารถของผู้ผลิตในการมีอำนาจเหนือตลาด หากผู้ผลิตรายใดมีอำนาจเหนือตลาดมากย่อมสามารถที่จะกำหนดราคาสินค้าหรือควบคุมปริมาณสินค้าในตลาดให้เป็นไปตามความต้องการของตน อันมีลักษณะในเชิงผูกขาดทางการค้าได้ง่าย ดังนั้น ด้วยผลของการมีอำนาจเหนือตลาดย่อมเอื้อประโยชน์อย่างยิ่งให้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นผลสำเร็จในที่สุด

2.2.2.2.3 ลักษณะของสินค้า (Products)

ในแง่ของตัวสินค้าก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลให้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้นได้เช่นกัน⁶⁰ ซึ่งอาจเกิดจากการที่สินค้านั้นมีคุณลักษณะพิเศษกว่าสินค้าอื่นๆ ของคู่แข่งในตลาด ถึงแม้ว่าตัวผู้ผลิตเองจะไม่มีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม แต่ด้วยความที่สินค้านั้นมีลักษณะที่ดีกว่าหรือพิเศษกว่าสินค้าอื่นๆ ของคู่แข่งจึงทำให้เกิดความได้เปรียบมากขึ้น ผู้ผลิตรายนั้นย่อมมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าหากผู้จัดจำหน่ายต้องการนำสินค้าของผู้ผลิตไปจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภค ยิ่งหากลักษณะพิเศษของสินค้าของผู้ผลิตรายใดเป็นที่นิยมของตลาดแล้ว ผู้จัดจำหน่ายย่อมมีความต้องการสินค้านั้นมากจึงทำให้โอกาสที่จะยอมรับข้อตกลงใดข้อตกลงหนึ่งเกิดขึ้นได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้ ความคล่องตัวของสินค้านั้นในตลาดก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้จัดจำหน่ายยอมปฏิบัติตามข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง เพราะหากสินค้านั้นมีลักษณะคล่องตัวแล้ว สินค้านั้นก็จะมีการซื้อขายกันในตลาดอยู่ตลอดเวลา ผู้จัดจำหน่ายไม่ต้องกังวลปัญหาการขาดทุนจากการจำหน่ายสินค้าไม่ได้ ฉะนั้น การยอมรับข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งย่อมมีผลดีแก่ผู้จัดจำหน่ายมากกว่าอยู่แล้ว

ลักษณะสินค้าที่เป็นที่ต้องการของตลาดผู้บริโภคพิจารณาได้จาก 2 ปัจจัยด้วยกัน คือ (1) มีราคาถูกที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁶¹ และ (2) ให้อรรถประโยชน์ แก่ผู้บริโภคมากที่สุด ซึ่งหากสินค้าใดสามารถเข้าถึงความต้องการของผู้บริโภคได้โดยมี 2 ปัจจัยนี้ สินค้านั้นย่อมเป็นที่ต้องการ

⁶⁰ Curran, K. J., "Exclusive dealing and public policy," *The journal of marketing* 15, 2 (October 1950): 138.

⁶¹ Hovenkamp, Herbert, *Economics and federal antitrust law*, (St Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1948), p 2.

⁶² อรรถประโยชน์ หมายถึง ความพอใจที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภคจากการได้มา ได้ใช้ ได้บริโภคหรือได้รับประโยชน์จากสินค้าและบริการ

ของตลาด เนื่องจากผู้บริโภคย่อมต้องการสินค้าที่มีราคาถูกและให้ความพึงพอใจแก่ตนมากที่สุด ดังนั้น หากผู้ผลิตรายใดสามารถผลิตสินค้าที่มีลักษณะสองอย่างข้างต้นแล้ว ส่วนแบ่งตลาดผู้บริโภคสำหรับสินค้านั้นย่อมเพิ่มขึ้นอย่างแน่นอน และเมื่อสินค้าเป็นที่ต้องการของตลาด ผู้ผลิตสินค้านั้นย่อมมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการทำข้อตกลงห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นทำธุรกิจกับคู่แข่ง อันมีผลเป็นการรักษาส่วนแบ่งตลาดและปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งรายอื่นอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามปัจจัยในเรื่องลักษณะของสินค้านี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้นที่จะเอื้อให้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสำเร็จลุล่วงไป

2.2.2.2.4 สิ่งจูงใจ (Incentive)

ถึงแม้ผู้ผลิตรายใด เป็นผู้ผลิตที่มีปัจจัยเอื้อให้เกิดการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งดังกล่าวข้างต้นครบทุกข้อแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่อาจทำให้อีกฝ่ายยอมปฏิบัติตามข้อตกลงได้ ดังนั้น ผู้ผลิตจึงต้องพยายามสร้างสิ่งจูงใจเพื่อเชิญชวนหรือชักจูงอีกฝ่ายให้เข้าทำข้อตกลงดังกล่าว ซึ่งอาจกระทำโดยการเสนอผลประโยชน์บางอย่างให้แก่ผู้จัดจำหน่ายเพื่อเป็นการตอบแทนจากการตกลงตามเงื่อนไขดังกล่าว เช่น การเสนอส่วนลดในอัตราที่มากกว่า การเสนอสิทธิพิเศษในการเป็นผู้จำหน่ายสินค้า หรือการให้ผลตอบแทนจากการจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียว ณ วันสิ้นปี⁶² เป็นต้น แต่ปัจจัยในเรื่องสิ่งจูงใจนี้ยังเป็นปัจจัยที่ค่อนข้างเปิดโอกาสให้ผู้จัดจำหน่ายมีอิสระในการตัดสินใจที่จะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงของผู้ผลิต โดยไม่มีลักษณะบีบบังคับจากสภาพตลาดอำนาจเหนือตลาดที่ผู้ผลิตมีอยู่หรือปัจจัยอื่นๆ

2.2.2.3 ผลกระทบที่เกิดจากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

ในระบบการค้าเสรีและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าการแข่งขันที่เป็นไปตามกลไกของตลาดจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตลาดการค้าและผู้บริโภคมากที่สุด ทั้งในแง่ของการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดและประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นในตลาด แต่อย่างไรก็ตามในบางสถานการณ์การจำกัดการแข่งขันบางอย่างสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นแก่สาธารณะได้เช่นกัน ซึ่งรวมถึงข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งด้วย ดังนั้น ในส่วนนี้จึงขอนำเสนอถึงผลเสียและผลดีที่สำคัญบางประการที่อาจจะมีขึ้นหากมีการนำข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมาใช้ในระบบธุรกิจ

⁶² วาสนา เวชกุลศิลป์, "มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าขายเฉพาะราย," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 20.

2.2.2.3.1 ผลเสีย

มุมมองด้านผู้ประกอบการ

ผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งต่อผู้ประกอบการนั้น อาจเกิดขึ้นทั้งกับตัวผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายซึ่งเป็นผู้ทำข้อตกลงนั้นๆ และผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายรายอื่นๆ ที่ไม่ได้เข้าตกลง โดยผลเสียที่เกิดขึ้นประการแรกคือ การปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นๆ (Foreclosure)⁶³ กล่าวคือ การกำหนดข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายจะเป็นการสร้างภาวะข้อผูกพันให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถตกลงทำการค้าขายกับผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่เป็นคู่แข่งได้เป็นผลให้ผู้ประกอบการรายอื่นถูกปิดกั้นไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ ประการที่สอง คือ ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นต้องรับภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้น เช่น การหาช่องทางอื่นในการจำหน่ายสินค้า (a manufacturer's rivals are forced to operate at a significant cost disadvantage)⁶⁴ กล่าวคือ ในกรณีที่มีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้ว หากการตกลงนั้นได้นำมาใช้กับผู้จัดจำหน่ายราย ผู้ประกอบการรายใดต้องการที่จะเข้าสู่ตลาดการแข่งขันก็จำเป็นที่จะต้องสร้างฐานการจำหน่ายสินค้าของตนเองเพื่อทำการขายสินค้าไปยังผู้บริโภคโดยตรงโดยไม่ต้องผ่านผู้จัดจำหน่ายนั้น ซึ่งแน่นอนว่าย่อมมีผลให้ต้นทุนของผู้ผลิตรายนั้นเพิ่มสูงขึ้นและยังมีผลต่อเนื่องไปถึงราคาสินค้าที่มากขึ้นเนื่องจากต้นทุนที่สูงขึ้นจนเกิดผลให้สินค้าที่ผู้ผลิตนั้นผลิตไม่อาจแข่งขันกับผู้ผลิตที่ใช้ข้อตกลงดังกล่าวในการจำกัดการแข่งขันได้

มุมมองของผู้บริโภค

แม้การจำกัดการแข่งขันโดยข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจจะเกิดขึ้นในช่วงของการซื้อขายสินค้าระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายก็ตาม แต่ข้อตกลงดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคได้ ซึ่งอาจแสดงออกทางราคาสินค้าและคุณภาพสินค้าที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะหากมีการห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายรายใดทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้ว จะส่งผลให้เกิดการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้กลไกการแข่งขันในตลาดถูกบิดเบือน และเมื่อการบิดเบือนกลไกตลาดถึงระดับที่ทำให้ผู้ผลิตที่ใช้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถครอบครองตลาดจนมีอำนาจเหนือตลาดได้แล้ว ผู้ผลิตรายนั้นย่อมมีอำนาจในการควบคุมตลาดสินค้านั้นอย่างเสรีโดยมิต้องคำนึงถึง

⁶³ Gavrielsen, Tommy Staahi, "The foreclosure Argument for exclusive dealing: the case of differentiated retailers," *Journal of Economics* 63 (1996) : 26.

⁶⁴ Klein, Benjamin, "Exclusive dealing as competition for distribution "on the merits",," *George Mason Law Review* 12 (Fall 2003) : 122.

ประโยชน์ของผู้บริโภค รวมถึงการไม่คำนึงถึงคุณภาพสินค้า อาจจะใช้วัตถุดิบที่ไม่มีคุณภาพในการผลิตหรือกระบวนการผลิตอาจขาดการพัฒนาอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งผลจากการควบคุมตลาดได้อย่างเสรียังก่อให้เกิดการขาดการพัฒนาและสร้างสรรค์สินค้าใหม่ๆ ที่มีความก้าวหน้าให้แก่ผู้บริโภค ด้วยเนื่องจากการปราศจากการแข่งขันจากคู่แข่งในตลาดนั่นเอง

มุมมองด้านตลาด

ในมุมมองด้านตลาดการค้านั้น หากมีการนำข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมาใช้ย่อมส่งผลเสียต่อตลาดได้เช่นกัน เนื่องจากข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นถือเป็นการจำกัดการแข่งขันรูปแบบหนึ่งที่ทำให้ปริมาณการแข่งขันในตลาดลดลงโดยเกิดการกีดกันการเข้าสู่ตลาด (Foreclosure) และหากผู้ใช้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถกำจัดคู่แข่งออกจากระบบการค้าได้สำเร็จ ผลเสียต่อตลาดที่ตามมาประการต่อไป คือ การกระจุกตัวของตลาด (Market concentration)⁶⁵

การกระจุกตัวของตลาด หมายถึง การควบคุมธุรกิจในตลาดโดยบริษัทหนึ่งหรือกลุ่มบริษัทหนึ่ง (โดยการกำหนดจำนวนและขนาดการกระจายสินค้าและบริการจากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค) ซึ่งในการพิจารณาการกระจุกตัวนั้นจะพิจารณาตามระดับการควบคุมของธุรกิจในตลาดถ้าธุรกิจใดมีระดับการกระจุกตัวสูง นั่นคือ ธุรกิจนั้นมีสภาพคล้ายกับการผูกขาดมาก ถ้าธุรกิจใดมีระดับการกระจุกตัวต่ำ นั่นคือ ธุรกิจนั้นมีการผูกขาดน้อย ดังนั้น จะเห็นว่าระดับของการกระจุกตัวที่ต่างกันจะแสดงถึงสภาพตลาดที่ต่างกันนั่นเอง⁶⁶

ซึ่งผลของการกระจุกตัวย่อมทำให้ตลาดขาดประสิทธิภาพเท่าที่ควร นอกจากนี้การห้ามในลักษณะนี้ยังเป็นการแทรกแซงและบิดเบือนกลไกตลาดที่แท้จริงอีกด้วย

⁶⁵ Jacobson, Jonathan M . Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm. *Antitrust Law Journal* 70 (March 2002) : 354.

⁶⁶ จันทร์ทอง เจริญนิริยุยังยศ, "สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า." (เศรษฐศาสตร์มหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 11.

2.2.2.3.2 ผลดี

มุมมองด้านผู้ประกอบการ

การจำกัดการแข่งขันไม่ว่าจะมีการกระทำในรูปแบบใดผลเสียประการหนึ่งที่เกิดขึ้น คือ ปริมาณการแข่งขันมีจำนวนลดลงเพราะการแข่งขันได้ถูกจำกัดเอาไว้โดยข้อตกลง แต่ในบางสภาพตลาดและพฤติกรรมแต่ละกรณีนั้นจำเป็นที่จะต้องมีการอนุญาตให้มีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเพื่อส่งเสริมหรือแก้ไขปัญหบางประการของผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่าย โดยข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็เป็นพฤติกรรมหนึ่งที่สามารถสร้างประโยชน์ได้ เช่น ประการแรก คือ การช่วยให้ตลาดการจำหน่ายของผู้ขายมีความแน่นอน(Assured market for seller)⁶⁷ กล่าวคือ ผู้ผลิตรายนั้นย่อมสามารถที่จะควบคุมการผลิตสินค้าและทราบปริมาณสินค้าในจำนวนที่แน่นอนที่ตนต้องผลิตเพื่อจำหน่ายได้ ประการที่สอง คือ การลดต้นทุนค่าใช้จ่าย เนื่องจากการใช้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นการกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายตกลงที่จะจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นผู้ผลิตย่อมไม่จำเป็นที่จะต้องสร้างศูนย์การจำหน่ายสินค้าของตนเอง ทั้งยังไม่ต้องลงทุนจ้างแรงงานหรือตกแต่งสถานที่แต่อย่างใด⁶⁸ ประการที่สาม คือ การส่งเสริมให้ผู้จัดจำหน่ายทำการลงทุนเฉพาะด้านและมีความรู้อย่างเพียงพอในธุรกิจนั้น⁶⁹ นอกจากนี้ประโยชน์ที่สำคัญยิ่งประการสุดท้าย คือ การได้รับความคุ้มครองจากปัญหาการฉวยโอกาสของผู้ผลิตรายอื่น (Free riding)⁷⁰ ได้ การกระทำในลักษณะนี้คือ การที่ผู้ผลิตรายหนึ่งลงทุนลงแรงต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณา การประชาสัมพันธ์ การส่งเสริมการตลาดในหลากหลายรูปแบบ และการบริการต่างๆ เพื่อจงใจให้ผู้บริโภคหันมาบริโภคสินค้าของตน แต่ด้วยเหตุที่สินค้าที่ผู้ผลิตรายอื่นผลิตนั้นอาจจะมีลักษณะเหมือนกัน ดังนั้น หากไม่มีการทำข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง อาจเกิดการเอาเปรียบจากผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่ได้ลงทุนลงแรงเสียค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการประชาสัมพันธ์ ส่งเสริมการตลาด หรือจัดให้มีบริการหลังการขายต่างๆ เพื่อจงใจให้ผู้บริโภคซื้อแต่สามารถขายสินค้าของตนได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นและสร้างช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าให้แก่ตนจึงจำต้องทำข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งขึ้น

⁶⁷ Areeda, Phillip, *Antitrust analysis problem, text, cases*, p 635.

⁶⁸ Curran, K. J., "Exclusive dealing and public policy," *The journal of marketing* 15, 2 (October 1950) : 138.

⁶⁹ Iglesias, Victor and Vazquez, Rodolfo, "The moderating effects of exclusive dealing agreement on distributor satisfaction," *Journal of strategic marketing* 9 (September 2001): 216.

⁷⁰ สรวิศ ลิ้มปริงซี่, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง," *บทบัณฑิตย* 58.2 (ม.ย. 2545): 52.

มุมมองด้านผู้บริโภค

ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถสร้างประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภคได้เช่นกัน โดยที่ประโยชน์ที่เกิดขึ้น ได้แก่ เรื่องการบริการด้านสินค้าและการพัฒนาทางในตัวสินค้า เป็นต้น

การบริการด้านสินค้า เช่น เรื่องการเผยแพร่ถึงสรรพคุณของสินค้า (Promotion of product standardization)⁷¹ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วผู้จัดจำหน่ายที่รับสินค้าไปขายให้แก่ผู้บริโภคจะพยายามลดต้นทุนให้มากที่สุดเพื่อให้ตนมีผลกำไรจากส่วนต่าง ซึ่งรวมไปถึงการลดค่าใช้จ่ายที่เตรียมสำหรับการนำเสนอถึงสรรพคุณของสินค้า เช่น การจัดงานแสดงสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคได้ทราบถึงข้อดีข้อเสียของสินค้านั้นก่อนเลือกซื้อ หากไม่มีการใช้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ผู้จัดจำหน่ายส่วนใหญ่ก็จะไม่ใช้เงินเพื่อลงทุนเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว แต่กรณีหากมีการตกลงให้ผู้จัดจำหน่ายเป็นผู้จำหน่ายเพียงผู้เดียว ผู้จัดจำหน่ายย่อมยอมลงทุนกับค่าใช้จ่ายในการเสนอสรรพคุณของสินค้านั้นให้แก่ผู้บริโภค เพราะหากผู้บริโภคตัดสินใจที่จะซื้อสินค้าใดแล้วก็จะยอมที่จะต้องซื้อสินค้าจากผู้จัดจำหน่ายที่เป็นผู้ขายรายเดียวเท่านั้น ดังนี้ ผู้บริโภคย่อมได้ประโยชน์มากกว่าหากมีการใช้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง หรืออีกกรณีหนึ่ง คือ การบริการหลังการขาย

มุมมองด้านตลาด

การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายที่อยู่ต่างระดับกันอันเป็นการสร้างความแข็งแกร่งในกระบวนการจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค โดยประโยชน์ที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดจากการจำกัดการแข่งขันต่อตลาดการค้าในลักษณะนี้ คือ การจัดสรรและการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากทรัพยากรบนโลกมีอยู่อย่างจำกัด แต่ความต้องการใช้ทรัพยากรมีอย่างไม่สิ้นสุด ดังนั้น เมื่อทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัด การใช้ทรัพยากรเพื่อผลิตสินค้าจึงควรใช้ให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ว่า ผลิตอะไร อย่างไร เพื่อใคร โดยผลของการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถทำให้ผู้ผลิตมีตลาดรองรับที่แน่นอน และทำให้ผู้ผลิตสามารถกำหนดปริมาณการผลิตให้พอเพียงกับความต้องการของตลาด จึงส่งผลให้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดถูกนำไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นต้น

⁷¹ Frasco, Gregg, Exclusive dealing a comprehensive case study, p 11.

2.3 มาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน ภายใต้หลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ก่อนที่จะมีการพิจารณาถึงมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงระบบการควบคุมในทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสียก่อน เพื่อที่จะได้ทราบถึงที่มาและลักษณะการควบคุมของกฎหมายอันเป็นฐานการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันต่อไป

2.3.1 มาตรการควบคุมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ถึงแม้ว่าแต่ละประเทศจะมีสภาพสังคมและตลาดทางการค้าที่แตกต่างกัน แต่โดยทบทวนปฏิบัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วไม่ว่าจะบัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้ในประเทศใดก็ตาม จะปรากฏมาตรการที่ใช้ควบคุมและคุ้มครองการแข่งขันอยู่ 2 ระบบ⁷² คือ (1) ระบบการควบคุมโครงสร้างตลาด และ (2) ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด

2.3.1.1 ระบบการควบคุมโครงสร้างตลาด (Structural control)

ในระบบการควบคุมโครงสร้างตลาดนั้นจะมีทบทวนปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดและควบคุมการกระทำใดๆ ที่อาจเป็นการสร้างอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ โดยระบบนี้เชื่อว่าผลเสียที่เกิดจากการผูกขาดย่อมไม่อาจมีการควบคุมได้⁷³ การมีอำนาจเหนือตลาด หรือพยายามสร้างให้ตนมีอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งผิด (Per-se rule) ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ และเป็นการสร้างความไม่เท่าเทียมกันในสังคม อำนาจเหนือตลาดจึงเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้ผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจในตลาดดีกว่ากระทำการอันเป็นการเอาเปรียบผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า โดยท้ายที่สุดความได้เปรียบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะเกิดการผลักดันให้ผู้ประกอบการรายอื่นจำต้องออกไปจากการแข่งขัน และผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะกลายเป็นผู้ผูกขาดตลาดในที่สุด

⁷² จันทร์ทอง เจริญศิริอุทัย, "สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," (เศรษฐศาสตร์มหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 28.

⁷³ สุธีร์ คุณินิตย์, "การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด," วารสารนิติศาสตร์ 21, 4 (ธันวาคม 2534): 509.

แต่อย่างไรก็ตาม ในระบบนี้ยังคงมีความบกพร่องและขาดประสิทธิภาพ เนื่องจากหากการแข่งขันของผู้ประกอบการทางธุรกิจเป็นไปอย่างยุติธรรม ท้ายที่สุดแล้วผู้ประกอบการที่มีความแข็งแกร่งมากที่สุดย่อมกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเช่นกัน ดังนั้น การควบคุมโครงสร้างตลาดมิให้ธุรกิจใดมีการจำกัดการแข่งขันหรือมีอำนาจทางตลาดมากขึ้นย่อมเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจ เพราะธุรกิจทุกประเภทไม่ว่าขนาดใหญ่หรือเล็กย่อมมีเป้าหมายที่จะสร้างกำไรสูงสุดให้แก่ตนพร้อมทั้งขยายฐานทางเศรษฐกิจของตนให้ได้มากที่สุด หากการประกอบธุรกิจไม่มีการขยายตัวก็เปรียบเสมือนว่าธุรกิจนั้นหยุดอยู่กับที่และยังเป็นผลให้ประเทศขาดความเจริญก้าวหน้า ขาดการพัฒนาในระบบการค้า ประสิทธิภาพการผลิตไม่มีความก้าวหน้า ยิ่งไปกว่านั้นหากประเทศที่ใช้ระบบควบคุมโครงสร้างตลาดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นประเทศกำลังพัฒนา กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อการพัฒนา เพราะทุกธุรกิจจะถูกปิดกั้นในการขยายฐานทางเศรษฐกิจด้วยข้อจำกัดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นเอง

จากความบกพร่องดังกล่าวนี้จึงเกิดระบบการควบคุมกฎหมายในอีกลักษณะหนึ่ง คือ ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด

2.3.1.2 ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด (Conduct control)

ในระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดนี้เชื่อว่าการจำกัดการแข่งขันบางกรณี และการมีอำนาจเหนือตลาดไม่ใช่ว่าเป็นสิ่งที่จะต้องห้ามโดยเด็ดขาด⁷⁴ เพราะการกระทำอันเป็นจำกัดการแข่งขันในบางสถานการณ์เป็นสิ่งสมเหตุสมผลและควรให้กระทำได้โดยพิจารณาจากสภาพตลาดและความจำเป็น โดยใช้หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) เป็นหลักสำคัญในการพิจารณา ซึ่งในการพิจารณาภายใต้หลักแห่งเหตุผลนี้ หากผู้ประกอบการใดเพียงแต่มีอำนาจเหนือตลาดก็มีได้หมายความว่าผู้ประกอบการนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตลาดทางการค้าแล้ว แต่ความเสียหายในตลาดจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าที่จะห้ามการมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น อย่างไรก็ตามแล้วว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าบางสถานการณ์ก็ควรให้กระทำได้ หากผลจากการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะขึ้น เช่น การรวมตัวกันของผู้ประกอบการส่งออกสินค้าประเภทเดียวกันโดยมีวัตถุประสงค์

⁷⁴ สุธีร์ ศุภนิคย์, "กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ : มุมมองด้านผู้บริโภค," วารสารกฎหมาย 19, 2 (พฤษภาคม 2542): 74.

เพื่อเพิ่มอำนาจตลาดและขยายขนาดธุรกิจของตนให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่จากประเทศต่างๆ ได้ ดังนี้ หากกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีลักษณะเป็นการควบคุมโครงสร้างตลาด ย่อมไม่อาจอนุญาตให้มีการรวมตัวกันอื่นเป็นการเพิ่มอำนาจตลาดได้ ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วผลที่ได้จากการรวมตัวกันดังกล่าว คือ ปริมาณการส่งออกที่เพิ่มขึ้นประกอบกับศักยภาพการผลิตสินค้าที่จะแข่งขันกับคู่แข่งในตลาดต่างประเทศนั้น เป็นการสร้างประโยชน์ให้แก่ประเทศ

จากผลดังกล่าวจึงเป็นที่ยอมรับได้ว่าการยอมให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางสถานการณ์ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามการยอมให้เกิดการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข พุทธิการณ์หลักแห่งเหตุผลเป็นกรณีๆ ไป

2.3.2 มาตรการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขัน

ในบางสภาพตลาดนั้น การกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นมากกว่าผลเสีย ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีบทบัญญัติที่อนุญาตให้มีการกระทำการจำกัดการแข่งขันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันจะมีหลักเกณฑ์หรือวิธีการพิจารณาที่แตกต่างกัน โดยผลของความแตกต่างกันนี้จะขึ้นอยู่กับลักษณะการบัญญัติกฎหมายและความเข้มงวดในการควบคุมของแต่ละประเทศ มาตรการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันและหลักการพิจารณาต่างๆ เหล่านี้ จะถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพตลาดการค้าของแต่ละประเทศประกอบกับเหตุผลความจำเป็นแต่ละกรณีๆ ไป เพราะแต่ละประเทศย่อมมีสภาพตลาดการค้า ความเติบโตทางเศรษฐกิจ นโยบายทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน อีกทั้งยังมีดุลพินิจในการคุ้มครองการแข่งขันในระดับความยืดหยุ่นที่แตกต่างกัน ฉะนั้น แนวทางการพิจารณาอนุญาตจึงมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ วิธีการและเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตที่ถูกกำหนดขึ้นในแต่ละประเทศ

จากการศึกษาพบว่าการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าสามารถแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ คือ (1) การอนุญาตโดยระบบการขออนุญาต (Authorisation) (2) การอนุญาตโดยการใช้ดุลพินิจของศาลในการบังคับใช้กฎหมาย และ (3) การอนุญาตโดยบทยกเว้นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.3.2.1 การอนุญาตโดยระบบการขออนุญาต (Authorisation)

ลักษณะการอนุญาตให้จำกัดการแข่งขันเป็นวิธีการควบคุมดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยกฎหมายจะให้อำนาจแก่หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งในการควบคุมดูแลและพิจารณาอนุญาต การจำกัดการแข่งขันในตลาดการค้าได้ ซึ่งอาจมีอำนาจทั้งในการพิจารณาถึงการกระทำและการออกคำสั่งซึ่งเป็นบทลงโทษด้วย โดยวิธีการขออนุญาตโดยทั่วไปมีอยู่ 2 วิธี คือ

วิธีที่หนึ่ง การยื่นคำขอกระทำการจำกัดการแข่งขันโดยจะสามารถกระทำต่อเมื่อได้รับอนุญาต (Authorisation)⁷⁵

วิธีที่สอง การมีหนังสือแจ้งให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบถึงการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (Notification)⁷⁶ โดยผลแห่งการแจ้งนั้นจะทำให้ผู้แจ้งสามารถทำการจำกัดการแข่งขันได้จนกว่าจะมีคำสั่งไม่อนุญาต

2.3.2.2 การอนุญาตโดยการใช้ดุลยพินิจของศาลในการบังคับใช้กฎหมาย

การอนุญาตให้มีการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยใช้ดุลยพินิจของศาลเป็นผู้พิจารณา (specific areas for the exemptions have been defined by the court)⁷⁷ นั้น ส่วนใหญ่แล้วเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติถึงการอนุญาตไว้โดยตรง กล่าวคือ กฎหมายไม่เปิดช่องให้มีการคุ้มครองการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น ภาระหน้าที่ของการพิจารณาอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจึงตกอยู่กับศาล ด้วยเหตุนี้จึงปรากฏทฤษฎีหรือหลักเกณฑ์การพิจารณาต่างๆ เพื่อยืดหยุ่นให้มีการจำกัดการแข่งขันได้ โดยจะปรากฏอยู่ในคำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาล ซึ่งศาลจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการสร้างความยืดหยุ่นเพื่อประโยชน์และความเป็นธรรมต่อสังคมส่วนรวม ประเทศที่ใช้การพิจารณาในลักษณะนี้และได้สร้างทฤษฎีต่างๆ ขึ้นเป็นจำนวนมาก คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งปรากฏจากคำตัดสินในอรรถคดีต่างๆ ที่มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงการกระทำอันเป็นจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแต่ละกรณี

⁷⁵ Section 88 of Trade Practice Act 1974

⁷⁶ Section 93 of Trade Practice Act 1974

⁷⁷ Khemani, R. Shyam, "Application of competition law: exemptions and exceptions," (New York: United Nations, 2002): 16.

2.3.2.3 การอนุญาตโดยบทยกเว้นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁷⁸

การจำกัดการแข่งขันทางการค้าบางประเภทกิจการ บางกลุ่มอุตสาหกรรมหรือพฤติกรรมบางลักษณะซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าควรอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันได้ ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงบัญญัติเปิดช่องให้มีการยกเว้นไม่นำข้อจำกัดการแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับกิจการบางอย่าง อุตสาหกรรมบางประเภทหรือพฤติกรรมบางลักษณะที่มีความจำเป็นหรือควรได้รับการคุ้มครองจากข้อจำกัดของกฎหมาย เช่น การยกเว้นให้มีการผูกขาดทางการค้า ในกิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคของชาติประเภทการไฟฟ้า การประปา หรือพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น เนื่องจากกรณีกิจการบางอย่างหรืออุตสาหกรรมบางประเภทมีการลงทุนสูงและใช้ทรัพยากรเป็นจำนวนมากในการผลิต การแข่งขันทางการค้าในกิจการประเภทนี้จึงไม่สร้างประโยชน์แต่อย่างใด ทั้งยังเป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากรหากมีการผลิตในปริมาณที่เกินความต้องการของตลาดหรือ กรณีการอนุญาตให้กิจการที่รัฐประสงค์จะให้ความคุ้มครองไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่น ผลิตผลทางด้านเกษตรกรรมที่ควรได้รับการคุ้มครอง⁷⁹ หรือ กรณีที่พฤติกรรมที่สร้างประโยชน์ให้แก่สาธารณะบางครั้งก็ควรที่จะให้กระทำได้

โดยสรุปกิจการบางอย่าง อุตสาหกรรมบางประเภท หรือพฤติกรรมบางลักษณะที่จะได้รับการยกเว้นโดยผลของกฎหมายจะได้รับการยกเว้นก็ต่อเมื่อตัวกิจการ อุตสาหกรรมหรือพฤติกรรมนั้นควรที่จะให้มีการจำกัดการแข่งขันเพราะก่อให้เกิดประโยชน์ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งมาจากความต้องการและความจำเป็นของสังคมที่ประสงค์ให้มีการคุ้มครองนั่นเอง

ทั้งสามลักษณะที่กล่าวข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้ามิใช่ทุกกรณีที่จะสร้างความเสียหายเท่านั้น แต่ในบางสภาพตลาดหรือบางสถานการณ์การจำกัดการ

⁷⁸ Article 81 of Treaty of Rome

⁷⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

มาตรา 4 "พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ...

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพ การเกษตรกร ..."

แข่งขันก็เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมให้เกิดขึ้นได้ ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ จึงสร้างหลักการที่ยอมให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ

2.3.3 ลักษณะของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีการแข่งขันนั้น ถ้าได้มีการสนับสนุนให้มีการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีมากยิ่งขึ้นเท่าไร ก็จะมีก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนและผู้บริโภคมากขึ้นเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผลของการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์สูงสุดเมื่อมีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ (Perfect competition) ซึ่งผลดีของการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ คือ ทำให้ทรัพยากรต่างๆ ถูกนำไปใช้ผลิตสินค้าหรือบริการได้ตรงกับความต้องการของผู้บริโภค อีกทั้งยังทำให้ผู้ผลิตสามารถผลิตสินค้าและบริการได้ในต้นทุนที่ต่ำที่สุด

นอกจากผลดีที่กล่าวมาแล้วนั้น ความสำคัญของการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีอีกประการหนึ่ง คือ จะเป็นกลไกลดในมิติที่จะคัดเลือกหน่วยธุรกิจที่มีประสิทธิภาพให้สามารถอยู่รอดได้ในสังคม จากความสำคัญของการแข่งขันดังกล่าว ในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม จึงมีการตรากฎหมายที่มีแนวคิดในอันที่จะทำให้เกิดภาวะของการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี และป้องกันการกระทำต่างๆ ซึ่งอาจทำให้การแข่งขันถูกจำกัดหรือมีการแข่งขันที่ลดน้อยลง

ดังนั้น รัฐบาลจึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมาย โดยในแต่ละประเทศก็จะมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป เช่น Antitrust Law หรือ Competition Law หรือ Restrictive Trade หรือ Monopoly Law เป็นต้น⁸⁰ ไม่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันอย่างไรก็ตาม แต่ลักษณะของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็มีลักษณะคล้ายๆ กัน กล่าวคือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับกติกากการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจในระบบให้เป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งประกอบไปด้วยมาตรการต่างๆ ที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือและกลไกในการจัดระเบียบทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีลักษณะที่สำคัญดังนี้

⁸⁰ อนันต์ จันทร์โสภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," วารสารนิติศาสตร์ 29, 3 (กันยายน 2542): 338.

2.3.3.1 เป็นกฎหมายที่แสดงออกถึงสภาพเศรษฐกิจภายในสังคม

เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีการบัญญัติทั้งในด้านการควบคุมโครงสร้างตลาดและการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด ดังนั้น ส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมย่อมเป็นการแสดงให้เห็นถึงลักษณะพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดว่าพฤติกรรมใดไม่สามารถกระทำได้ และพฤติกรรมใดที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้อีกทั้งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังแสดงให้เห็นอีกว่า ณ เวลาที่มีการบังคับใช้กฎหมายนั้น สภาพเศรษฐกิจในขณะนั้นเป็นอย่างไร มีการควบคุมเข้มงวดมากน้อยเพียงใด

ตัวอย่างเช่น กรณีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1827- 1875 ประเทศสหรัฐอเมริกาเต็มไปด้วยผู้ผลิตรายย่อยซึ่งแต่ละคนมีบทบาทต่อตลาดน้อยมาก จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1880 ได้เริ่มมีการผูกขาดของบริษัทอุตสาหกรรมขึ้นโดยอยู่ในรูปทรัสต์ บริษัทในเครือ จึงทำให้รัฐบาลจำเป็นต้องเข้ามาทำการควบคุมโดยการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับแรก คือ Sherman Act 1890 เป็นต้น⁸¹ จึงแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่แสดงออกถึงสภาพเศรษฐกิจในสังคมขณะนั้น

2.3.3.2 เป็นกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าในตลาด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทุกประเทศมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองให้การแข่งขันมีสภาพเป็นไปตามกลไกของตลาดเอง⁸² โดยที่กฎหมายจะพยายามรักษาระบบราคาและการแข่งขันในตลาดให้ปราศจากการแทรกแซงและถูกบิดเบือน⁸³ เนื่องจากโดยเจตจำนงและสาระของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกิดจากความต้องการที่จะดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดและสร้างกติกาให้ผู้ประกอบธุรกิจแข่งขันกันในตลาดอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยกฎหมายพยายามควบคุมพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงกลไกของตลาด รวมไปถึงการคุ้มครองไม่ให้ผู้ประกอบการที่มีศักยภาพมากกว่าเขาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น หรือควบคุมกระทำการใดๆ ที่อาจจะส่งผลให้การแข่งขันในตลาด

⁸¹ วรวัฒน์ กุลกลางสุวรรณ, ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวคิด (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537), หน้า 18.

⁸² Sullivan, Lawrence A and Grimes, Warren S, The law of antitrust: an integrated handbook, p 10.

⁸³ บดินทร์ ชัยวานิชย์ และรัฐโกธ ลิมศิริตระกูล, "แนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," สภานิติบัญญัติแห่งชาติ 10, 59 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2544): 78.

เป็นไปอย่างไม่เสรีและเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมุ่งคุ้มครองเฉพาะการแข่งขันเท่านั้น (Protect competition) แต่ไม่คุ้มครองคู่แข่ง (Not protect competitor)⁸⁴ ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเปรียบเสมือนกรรมการในสนามฟุตบอลที่มีหน้าที่ดูแลการแข่งขันและปล่อยให้คู่แข่งทำการแข่งขันอย่างยุติธรรมโดยปราศจากการเอารัดเอาเปรียบซึ่งกันและกัน

2.3.3.3 เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภค

ในการผลิตสินค้าหรือให้บริการเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคนั้น ราคาของสินค้าและบริการควรจะถูกกำหนดด้วยกลไกราคา กลไกราคาเกิดจากอุปสงค์และอุปทานในตลาดประกอบกัน ด้านอุปสงค์ก็เป็นผลมาจากฝ่ายผู้บริโภค ส่วนด้านอุปทานก็เป็นผลมาจากฝ่ายผู้ผลิต ฉะนั้น หากกลไกตลาดถูกบิดเบือนไป ผู้บริโภคย่อมได้รับผลกระทบเช่นกัน เช่น หากผู้ประกอบการใช้อำนาจโดยมิชอบในการกำหนดราคาสินค้าหรือค่าบริการไม่ว่าจะโดยลำพังหรือโดยวิธีการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน การใช้อำนาจโดยมิชอบในตลาดการค้าย่อมมีผลถึงตัวผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าโดยตรง ยิ่งหากสินค้านั้นเป็นสินค้าผูกขาด ผู้บริโภคย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะต้องได้รับจากการกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าความคุ้มครองของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมีลักษณะประการหนึ่งที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคเช่นกัน นอกจากนี้ ลักษณะของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่กระตุ้นให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตอย่างสมบูรณ์ยังส่งผลให้ผู้บริโภคมีโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าและบริการที่มีประสิทธิภาพจากผู้ผลิตได้หลายแหล่ง ราคาสินค้าและบริการก็ต่ำลงเนื่องจากการต้นทุนการผลิตที่ลดลง เพราะฉะนั้นเป้าหมายหนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็คือ การคุ้มครองการแข่งขันในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคนั่นเอง

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁴ ศิริพล ยอดเมืองเจริญ, การพัฒนาการป้องกันการผูกขาดทางธุรกิจเพื่อประสิทธิภาพกลไกการตลาดและเศรษฐกิจ, กรรมการด้านภายใน, กรกฎาคม 2535, หน้า 4

บทที่ 3

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ในอุตสาหกรรมยานยนต์

3.1 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา

ความเบื้องต้น

สหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นประเทศแรกที่มีการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า จากอดีตจนถึงปัจจุบัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและถือได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีความสำคัญต่อแนวความคิดและทฤษฎีต่างๆ ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในช่วงก่อนหน้าศตวรรษที่ 19 การดำเนินชีวิตของประชากรในประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะที่เรียบง่ายปราศจากการแข่งขัน ประชากรส่วนใหญ่ประกอบอาชีพเกษตรกรรมและธุรกิจขนาดเล็กเท่านั้น การดำเนินชีวิตและการประกอบธุรกิจต่างๆ ในขณะนั้นเป็นไปได้อย่างเสรีไม่จำกัดฟังกังใคร โดยเฉพาะการดำรงชีวิตของเกษตรกรจะมีลักษณะที่ได้มีการอยู่รวมกันเป็นกลุ่มก้อน แต่กลับมีลักษณะที่แยกจากกันโดยอิสระถึงขนาดที่เพื่อนบ้านที่อยู่ใกล้ที่สุดจะอยู่ห่างออกไปในระดับที่พ้นสายตา (Out of sight the nearest neighboring house)

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบริหารและการปกครองภายใต้เจตนารมณ์อันยิ่งใหญ่ที่เป็นหลักสำคัญของการพัฒนาประเทศ คือ "ประชาชนทุกคนต้องได้รับความเท่าเทียมกัน" (all men are created equal) ซึ่งเป็นผลมาจากคำสัจย์ของประธานาธิบดี Jefferson ในการประกาศอิสรภาพในปี ค.ศ.1776 (the Declaration of Independence in 1776) และเป็นที่สุดคล้องกับลักษณะการดำเนินชีวิตของประชากรในขณะนั้น ต่อมาในช่วงกลางของศตวรรษที่ 19 เริ่มมีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วในด้านเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม ทำให้ประเทศเกิดความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก แต่ด้วยผลความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวจึงนำไปสู่สถานการณ์ที่ไม่

พึงปรารถนาอันก่อให้เกิดความขัดแย้งกับหลักการสำคัญดังกล่าว นั่นก็คือ ความเท่าเทียมกันของประชาชนถูกทำลายลง¹ ด้วยผลของอำนาจทางเศรษฐกิจที่เริ่มขยายตัวขึ้นจนทำให้เกษตรกรและผู้ประกอบการขนาดเล็กต้องถูกกลืนกินและขาดความเป็นอิสระในการประกอบธุรกิจจากผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ ความไม่เป็นธรรมและการเลือกปฏิบัติเริ่มก่อตัวอย่างชัดเจน เช่น กรณีการเก็บอัตราค่าระวางของรถไฟ ผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่จะได้รับอัตราค่าระวางในระดับที่ต่ำกว่าเกษตรกรหรือผู้ประกอบการขนาดเล็ก การกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันในสังคม ในขณะที่เดียวกันประชาชนเริ่มขาดความไว้วางใจในรัฐบาลของตน เนื่องจากรัฐบาลของประเทศมักเพิกเฉยและไม่ใส่ใจต่อการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบของผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่ ในเวลานั้นชาวอเมริกันจึงหมดสิ้นความไว้นือเชื่อใจที่มีต่อรัฐบาลของตน ท่ามกลางปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น คำสัจย์ของประธานาธิบดีในเรื่องความเท่าเทียมกันจึงถูกปลุกระดมขึ้นอีกครั้ง เป็นผลให้เกษตรกรและผู้ประกอบการขนาดเล็กลุกขึ้นต่อสู้จนในที่สุดสามารถผลักดันกฎหมาย Antitrust เพื่อใช้แก้ปัญหาการกระทำที่เอาเปรียบต่างๆ จากผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่ได้สำเร็จ

ในช่วงระยะเวลาเริ่มแรกกฎหมาย Antitrust ถูกสร้างขึ้นในลักษณะของการควบคุมโครงสร้าง โดยการห้ามการมีอำนาจผูกขาด (Monopoly) และการร่วมกันกระทำการจำกัดการแข่งขัน (Cartel) ถ้าหากเกิดการกระทำดังกล่าวขึ้นกฎหมาย Antitrust จะเข้าแทรกแซงพร้อมทั้งเพิกถอนการกระทำเหล่านั้นและสร้างความสมดุลให้กลับคืนสู่ตลาดอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายในขณะนั้นกฎหมาย Antitrust มีเป้าหมายที่จะสร้างความยุติธรรม (Justification) และความเท่าเทียมกัน (Fairness) ในเชิงพาณิชย์ให้เกิดขึ้นเท่านั้น โดยไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์หรือแนวคิดในเรื่องของประสิทธิภาพ (efficiency) แต่อย่างใด จนกระทั่ง 20 ปีต่อมาในช่วงปี ค.ศ.1930 แนวความคิดเรื่องประสิทธิภาพจึงเริ่มเกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมาย Antitrust² ทั้งในเรื่องประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative efficiency) และความสูญเสียในเชิงเศรษฐกิจ (Deadweight loss) ต่อเนื่องมาจนถึงทุกวันนี้

¹ Sullivan, A. Lawrence and Grimes, Warren S, The law of antitrust: an integrated handbook (St.paul,minn : West pub, 2000), p 5.

² Hovenkamp, Herbert, Economics and federal antitrust law (St.paul, minn: west publishing, 1985), p 50.

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมากฎหมาย Antitrust ได้ผ่านการต่อสู้ทางความคิดในหลายแง่มุมทั้งทางด้านเศรษฐศาสตร์ เศรษฐกิจและสังคม รวมไปถึงการตีความและบังคับใช้เพื่อให้กฎหมายเกิดประสิทธิภาพสูงสุด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้จวบจนทุกวันนี้ กฎหมาย Antitrust ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีทฤษฎีและหลักการที่เป็นบรรทัดฐานในหลายเรื่อง

ชื่อของกฎหมาย Antitrust เกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่มีการรวมตัวก่อตั้งองค์กรขนาดใหญ่ที่เรียกว่า "Trusts" การดำเนินงานของ Trust ในขณะนั้นได้กระทำการในลักษณะที่เอารัดเอาเปรียบประชาชนเป็นอย่างมากจึงทำให้ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ต้องการให้เกิดการรวมตัวกันขึ้นและเมื่อมีการออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่ ชื่อของกฎหมายจึงถูกตั้งว่า Antitrust³ อันมีความหมายโดยนัยว่าการต่อต้าน Trust หรือเรียกอีกอย่างว่ากฎหมายต่อต้านการผูกขาด

โดยที่การกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรม ยานยนต์นี้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Sherman Act, Clayton Act และ Federal Trade Commission Act ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแบ่งออกเป็น 4 ส่วนด้วยกัน คือ (1) โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (2) การกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (3) การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา และ (4) สรุปเนื้อหากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3.1.1.1 กองควบคุมการแข่งขันทางการค้า กระทรวงยุติธรรม (Department of Justice – Antitrust Division)

³ Sullivan, A. Lawrence and Grimes, Warren S, The law of antitrust: an integrated handbook, p 6.

กองควบคุมการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์หลักในการสนับสนุนและปกป้องกระบวนการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเกิดขึ้นในหรือนอกประเทศก็ตาม⁴ โดยมีอำนาจบังคับใช้ผ่านทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้ง Sherman Act และ Clayton Act กับทุกประเภทกิจการและทุกระดับของธุรกิจ ซึ่งรวมถึงการผลิต การขนส่ง การจัดจำหน่ายและการตลาด โดยควบคุมการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดในรูปแบบต่างๆ เช่น ห้ามร่วมกันกำหนดราคาสินค้า ห้ามการรวมธุรกิจที่อาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด การสร้างหรือรักษาไว้ซึ่งอำนาจเหนือตลาด เป็นต้น⁵

อำนาจหน้าที่ที่สำคัญของกองควบคุมการแข่งขันทางการค้า คือ การมีอำนาจในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลหรือนิติบุคคลที่ละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยผ่านกระบวนการทางศาล เพื่อให้มีการลงโทษปรับหรือจำคุกต่อบุคคลที่กระทำผิด แต่อย่างไรก็ดีเป็นดุลยพินิจของกองควบคุมการแข่งขันทางการค้าว่าการดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดในลักษณะใดเป็นสิ่งสมควร หากพบว่า การดำเนินคดีอาญานั้นเป็นสิ่งไม่เหมาะสม กองควบคุมการแข่งขันย่อมมีอำนาจเลือกที่จะดำเนินคดีเฉพาะทางแพ่งเท่านั้น แต่หากการสืบสวนปรากฏพฤติการณ์ให้เห็นว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรง กองควบคุมการแข่งขันทางการค้าย่อมต้องใช้วิธีการทางอาญามาบังคับ⁶ ในการดำเนินคดีทางแพ่งนั้น กองควบคุมการแข่งขันทางการค้าอาจกระทำเพียงเพื่อให้ได้รับคำสั่งคุ้มครองการละเมิดต่อกฎหมายในภายหน้าหรือเพื่อกำหนดมาตรการเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการแข่งขันเท่านั้นก็ได้

3.1.1.2 คณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้า ("Federal Trade Commission")

คณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้าเป็นหน่วยงานอิสระที่มีเจ้าหน้าที่และมีการใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก มากกว่ากองควบคุมการแข่งขันทางการค้าและมีการแบ่งหน่วยงานย่อยออกถึง 11 หน่วยงานด้วยกัน⁷ โดยหน้าที่หลักของคณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้า คือ การบังคับใช้

⁴ Kovaleff, Theodore P, The antitrust impulse: an economic, historical, and legal analysis (Armonk, New York: M.E. Sharpe, 1994), p 279.

⁵ <http://www.usdoj.gov/atr/overview.html> (dated 16 December 2006)

⁶ Sullivan, Lawrence Anthony, Hand book of the law of antitrust (St.Paul, minn: West, 1977), p 768.

⁷ Ibid, p 753.

กฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชน จากการถูกหลอกลวง ข้อฉ้อ และได้รับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า Sherman Act, Clayton Act และ Federal Trade Commission Act⁸

เดิมทีการนำคดีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลโดยคณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้าจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อการควบคุมการแข่งขันทางการค้าอนุญาตเท่านั้น⁹ แต่ต่อมาได้มีการผลักดันและส่งเสริมให้คณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้าสามารถใช้อำนาจของตนนำคดีขึ้นสู่ศาลได้เองโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากองค์การควบคุมการแข่งขันทางการค้าก่อน จึงทำให้ปัจจุบันคณะกรรมการสหพันธ์มีอำนาจที่จะยื่นฟ้องบุคคลใดที่ล่วงละเมิดกฎหมายที่อยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้าได้ด้วยตนเอง แต่อำนาจดังกล่าวก็ยังคงถูกจำกัดเฉพาะคดีส่วนแบ่งเท่านั้น

คณะกรรมการจะควบคุมดูแลการแข่งขันโดยผ่านทางการใช้บทมาตราสำคัญๆ เช่น มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act ซึ่งเป็นการห้ามมิให้มีวิธีการปฏิบัติการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม "...unfair methods of competition..."

มาตรา 1 แห่ง Sherman Act ซึ่งควบคุมทุกๆ สัญญาซึ่งรวมกันหรือร่วมกันในการจำกัดการแข่งขัน "...every contract, combination..., or conspiracy, in restraint of trade"

มาตรา 2 แห่ง Sherman Act ซึ่งควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดหรือความพยายามผูกขาดทางการค้าหรือทางพาณิชย์ต่างๆ "...monopolize, or attempt to monopolize"

มาตรา 3 แห่ง Clayton Act ซึ่งควบคุมลักษณะการบังคับให้ทำธุรกิจเฉพาะกับตน

มาตรา 7 แห่ง Clayton Act ซึ่งควบคุมการรวมธุรกิจอันก่อให้เกิดการลดการแข่งขันทางการค้าหรือแนวโน้มสร้างการผูกขาดทางการค้า "may be substantially lessen competition, or to tend to create a monopoly"

เมื่อคณะกรรมการได้ตรวจพบการกระทำของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจใดที่ละเมิดต่อกฎหมาย คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อยับยั้งการกระทำนั้นได้ และคำสั่งนั้นอาจถูกอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้ บ่อยครั้งที่อำนาจการบังคับใช้กฎหมายของ

⁸ <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/general/guidetofc.htm#bc> (dated 17 December 2005)

⁹ Clarkson, Kenneth W. and Muris, Timothy J., *The Federal Trade Commission since 1970 Economic regulation and bureaucratic behavior* (Cambridge:Cambridge University press, 1981), p 56.

คณะกรรมการสหพันธ์มีความทับซ้อนกับอำนาจการบังคับใช้กฎหมายของกองควบคุมการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น ในทางปฏิบัติทั้งสองหน่วยงานนี้จะมีการแจ้งการดำเนินงานต่อกันเพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนในการทำงานและตรวจสอบต่างๆ¹⁰

3.1.1.3 ศาล (Court)

ศาลมีหน้าที่ตัดสินคดีข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นทั้งจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยกองการแข่งขันทางการค้าหรือโดยคณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้า รวมไปถึงการเริ่มต้นคดีของเอกชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ศาลถือเป็นหน่วยงานสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากระบบกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะเป็นคอมมอนลอว์ (Common law) ดังนั้น ศาลจะเป็นผู้สร้างหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาต่างๆ เพื่อให้ประกอบการตัดสิน โดยที่หลักเกณฑ์และแนวคำวินิจฉัยที่ถูกสร้างขึ้นจะกลายเป็นแนวทางหรือบรรทัดฐานในการตัดสินในคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันในคดีอื่นต่อไป¹¹ ในคดีที่มีข้อพิพาทภายใต้กฎหมาย Antitrust การพิจารณาและการตัดสินส่วนใหญ่อาจมีความแตกต่างกันในบางครั้ง ทั้งนี้เพราะความแตกต่างทางด้านมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ของผู้พิพากษาในแต่ละท่านที่มีต่อข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ฉะนั้น ผู้พิพากษาในศาลจึงมีคำสำคัญยิ่งต่อผลทางคดี

3.1.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรม ยานยนต์ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่สำคัญมีอยู่ด้วยกัน 3 ฉบับด้วยกัน คือ Sherman Act, Clayton Act และ Federal Trade Commission Act โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยฉบับแรกที่ถูกบัญญัติขึ้น คือ กฎหมาย Sherman Act ซึ่งบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1890 อันเกิดจากการรวบรวมหลักกฎหมายเดิมที่มีอยู่ในระบบคอมมอนลอว์ จากนั้นจึงนำมาปรับใช้กับกรณีการจำกัดการแข่งขันในตลาด โดยกฎหมาย Sherman Act นี้มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่แต่อย่างใด

¹⁰ Gellhorn, Ernest; William E. Kovacic and Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics*, p 531.

¹¹ Goetz, Charles J. and Mchesney, Fred, *Antitrust law: interpretation and implementation* second edition (Newark, N.J.:Lexisnexis, 2002), p 13.

สาระสำคัญของกฎหมาย Sherman Act ต่อการจำกัดการแข่งขันมีบทมาตราที่สำคัญ 2 มาตราด้วยกัน ดังนี้

มาตรา 1¹² แห่ง Sherman Act จะกล่าวถึงการกระทำอันมีลักษณะของการตกลงหรือร่วมมือกัน (collective action) ที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด

มาตรา 2¹³ จะเป็นมาตรการควบคุมการกระทำฝ่ายเดียวของบุคคลใดทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลที่อาจจะสร้างอำนาจผูกขาดหรือใช้อำนาจการผูกขาดโดยมิชอบ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 2 แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้บัญญัติห้ามพฤติกรรมผูกขาดไว้โดยตรง แต่ห้ามกระบวนการหรือความพยายามที่จะผูกขาด (monopolization and attempts to monopolize)

แต่ด้วยเหตุที่การบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act ยังขาดความชัดเจน ต่อมาในยุคของ Woodrow Wilson ผู้ชนะการเลือกตั้งในปี ค.ศ.1912 นั้น Woodrow Wilson เชื่อว่าการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act ที่มีลักษณะการบัญญัติอย่างกว้างอาจก่อให้เกิดความเสียหายในด้านธุรกิจได้ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายในลักษณะกว้างๆ เป็นการให้ดุลยพินิจแก่ศาลในการบังคับใช้มากเกินไป¹⁴ จึงเห็นว่ากฎหมาย Sherman Act มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการแก้ไข โดยกำหนดพฤติกรรมหรือลักษณะให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังนั้น ต่อมาในปี ค.ศ.1914 จึงมีการปรับปรุงแก้ไขและประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญขึ้นอีกหนึ่งฉบับ คือ กฎหมาย Clayton Act โดยมุ่งหวังที่จะอุดช่องว่างดังกล่าวด้วยการปรับปรุงถ้อยคำของกฎหมายให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

¹² Section 1 of Sherman Act 1890

“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 \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”

¹³ Section 2 of Sherman Act

“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”

¹⁴ Gellhorn, Ernest, Kovacic, William E and Calkins, Stephen, Antitrust Law and Economics, Fifth edition (USA : Thomson west,2004), p 34.

โดยกฎหมาย Clayton Act มีสาระสำคัญมุ่งที่จะควบคุมพฤติกรรมกระทำที่ผิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายใน 4 เรื่องด้วยกัน¹⁵

มาตรา 2 มุ่งควบคุมการเลือกปฏิบัติทางด้านราคา การบริการและการอำนวยความสะดวกในด้านอื่นๆ เช่น การขายสินค้า ณ ระดับราคาที่แตกต่างกันให้กับผู้ซื้อที่อยู่ในสถานะเดียวกัน

มาตรา 3 มุ่งควบคุมเรื่องการบังคับให้ติดต่อกับธุรกิจของตน เช่น การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) การขายสินค้าโดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องไม่ไปซื้อสินค้าจากคู่แข่งของผู้ขาย เป็นต้น

มาตรา 7 มุ่งควบคุมพฤติกรรมรวมธุรกิจหรือการควบกิจการ (Corporate merger)

มาตรา 8 มุ่งควบคุมพฤติกรรมรวมอำนาจการบริหารจัดการ (Interlocking directorates)

โดยบทบัญญัติทั้ง 4 ประการข้างต้นจะถือเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นผลให้เกิดการลดปริมาณการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก หรือมีแนวโน้มที่จะสร้างอำนาจผูกขาดในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง (substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce)

บทบัญญัติกฎหมาย Clayton Act 1914 จะมุ่งเน้นในการควบคุมพฤติกรรมกระทำจำกัดการแข่งขันที่มีลักษณะเฉพาะมากกว่าบทบัญญัติของ Sherman Act โดยจะกำหนดถึงพฤติกรรมกระทำ เช่น การเช่า การขาย สัญญาจะขาย หรือเงื่อนไขสัญญา ข้อตกลง หรืออื่นที่จะมีผลทำให้การแข่งขันลดน้อยลงและสร้างอำนาจผูกขาดในธุรกิจ โดยกฎหมายฉบับนี้จะครอบคลุมถึงการกำหนดราคาขาย (Price fixing) การเลือกขายต่างราคา (Price discrimination) การขายพ่วงสินค้า (Tying arrangement) และการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing)

ต่อมาหลังจากที่มีการผ่านร่างกฎหมาย Clayton Act แล้วก็มีการประกาศใช้กฎหมายขึ้นอีกหนึ่งฉบับ คือ Federal Trade Commission Act โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งองค์การบริหาร (administrative agency) ให้ทำหน้าที่ควบคุมดูแลพฤติกรรมกระทำที่เป็นการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพ ภายใต้เป้าหมายหลัก 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่งเพื่อรองรับนโยบายการแข่งขันจากสภา Congress และประการที่สอง คือ เพื่อพัฒนาและปรับปรุงนโยบายการแข่งขันทางการค้า

¹⁵ Ibid, p 35.

ทั้งนี้การจัดตั้ง Federal Trade Commission นั้นแท้ที่จริงมีเหตุผลเบื้องหลังสำคัญ คือ สภา Congress มีความต้องการที่จะให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอยู่ภายใต้กรอบและทิศทางของฝ่ายบริหารเอง มากกว่าจะปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการวางกรอบซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อ นโยบายของสภา Congress¹⁶

กฎหมายฉบับนี้มีหลักการใหญ่ในการคุ้มครองเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมต่อธุรกิจการค้า และรวมถึงการกระทำที่ไม่ยุติธรรมหรือหลอกลวงอันมีผลต่อการแข่งขันในตลาด (Unfair method of competition in or effecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or effecting are declared unlawful) โดยปรากฏในมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act

หากพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรม ยานยนต์เกิดขึ้นภายใต้เขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นความผิด ตามบทมาตราของกฎหมาย Antitrust ซึ่งสามารถพิจารณาได้เป็นลำดับ ดังนี้

3.1.2.1 Clayton Act 1914

ด้วยเหตุที่กฎหมาย Clayton Act เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้กฎหมายมี ด้อยค่าที่ชัดเจนมากกว่ากฎหมาย Sherman Act ดังนั้น ลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมาย Clayton Act จึงมีด้อยค่าที่แคบกว่าบทบัญญัติกฎหมาย Sherman Act ฉะนั้น ในการพิจารณาความ ผิด กรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งย่อมต้องพิจารณากฎหมาย Clayton Act เป็นอันดับแรก กรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง หากเกิดขึ้นจะตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 3¹⁷ โดยที่กฎหมาย

¹⁶ Ibid, p 37.

¹⁷ Section 3 of Clayton Act 1914

“That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefore, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce”

Clayton Act นี้จะจำกัดลักษณะอยู่เพียงการเข้าและการขายสินค้าเท่านั้น หากเป็นกรณีนอกเหนือจากนี้ย่อมไม่ถือเป็นความผิดได้ตามกฎหมาย และบทลงโทษของกฎหมายฉบับนี้ก็จำกัดอยู่เพียงโทษในทางแพ่งเท่านั้น

นอกจากนี้ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะถือเป็นความผิดตามมาตรา 3 แห่งกฎหมาย ก็ต่อเมื่อต้องด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

ประการแรกการกระทำดังกล่าวมีลักษณะหรือพฤติกรรมที่เป็นการบังคับให้อีกฝ่ายต้องติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน¹⁸ และ

ประการที่สองพฤติกรรมการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมากหรือมีแนวโน้มที่จะสร้างอำนาจตลาดทางการค้าขึ้น¹⁹ (substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce)

3.1.2.2 Sherman Act 1890

หากการจำกัดการแข่งขันกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไม่เข้าลักษณะความผิดตามมาตรา 3 แห่งกฎหมาย Clayton Act แล้ว กฎหมายที่จะต้องนำมาพิจารณาต่อไปคือ Sherman Act²⁰ เพราะเนื่องจากลักษณะกฎหมาย Sherman Act จะบัญญัติด้วยคำที่มีลักษณะครอบคลุมพฤติกรรมการกระทำอย่างกว้างจึงทำให้การบังคับใช้สามารถครอบคลุมถึงลักษณะการกระทำหลายรูปแบบ ซึ่งโดยส่วนใหญ่การบังคับใช้ Sherman Act กับกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นกรณีที่นอกเหนือจากการเข้าหรือการค้าขายตามกฎหมาย Clayton Act

ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกิดการตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจขึ้นแล้ว หากกรณีดังกล่าวมิใช่กรณีของการเข้าหรือการซื้อขายแล้ว การตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ Sherman Act ได้

¹⁸ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, (กรุงเทพมหานคร, สิงหาคม 2542), หน้า 2-4.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-18.

²⁰ Bork, Robert H, The antitrust paradox : a policy at war with itself (New York : Free press, 1993) p 299.

มาตรา 1 แห่ง Sherman Act จะกำหนดห้ามการทำสัญญา (contract) การรวมตัวกัน (combinations) หรือการสมคบกัน (conspiracy) เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraint of trade)

ลักษณะความผิดที่จะเกิดขึ้นตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act คือ จะต้องเป็นการตกลงหรือกระทำการใดของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปและอาจก่อให้เกิดการจำกัดการค้าโดยมิชอบ (improperly restrictive agreement)²¹ ดังนั้น ความผิดจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากการกระทำการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวกระทำโดยบุคคลเพียงคนเดียว

ในส่วนของบทลงโทษตามกฎหมาย Sherman Act นี้จะสามารถลงโทษทั้งทางแพ่งและอาญา ซึ่งค่อนข้างจะมีการลงโทษที่รุนแรงกว่าบทลงโทษที่เกิดจากการกระทำผิดตาม Clayton Act แต่อย่างไรก็ดีจนถึงปัจจุบัน การลงโทษผู้กระทำผิดในทางอาญายังมีปริมาณที่น้อยมากและมักจะไม่ถูกนำมาใช้²² หากกรณีดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดการค้าอย่างรุนแรง

3.1.2.3 Federal Trade Commission Act 1914

กฎหมายฉบับนี้เป็นเอกเทศต่างหากจาก Clayton Act และ Sherman Act ซึ่งการพิจารณาตามกฎหมายนี้จะเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการสหพันธรัฐตามมาตรา 5²³ แห่ง

²¹ Gellhorn, Ernest, Kovacic, William E and Calkins, Stephen, Antitrust Law and Economics, Fifth edition (USA : Thomson west, 2004), p 26.

²² Pitofsky, Robert; Harvery J. Goldschmid; Diane P. Wood, Trade Regulation Cases and Materials, Fifth edition (New york : Foundation Press, 2003), p 72.

²³ Chapter 15 USC. Section 45

“(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

(2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 57a (f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a (f)(4) of this title, common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to part A of subtitle VII of title 49, and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended, except as provided in section 406(b) of said Act, from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

(3) This subsection shall not apply to unfair methods of competition involving commerce with foreign nations (other than import commerce) unless—

(A) such methods of competition have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect—

Federal Trade Commission Act โดยหากเกิดกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งขึ้น คณะกรรมการสหพันธ์การค้าย่อมสามารถนำกฎหมาย Federal Trade Commission Act มาบังคับใช้ โดยถือว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งถือเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair methods of competition) กรณีหนึ่ง

ภายใต้มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act หากเกิดกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งขึ้น คณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้าจะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่จะทำให้เชื่อว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การดำเนินการดังกล่าวนี้เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะชนหรือไม่²⁴ (a proceeding by it in respect thereto would be to the interest of the public)

ส่วนอำนาจการบังคับใช้กฎหมาย เดิมอำนาจการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการสหพันธ์รัฐจะสามารถบังคับใช้ได้เฉพาะกฎหมาย Federal Trade Commission Act เท่านั้น แต่ต่อมาศาลได้ตีความขยายขอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการสหพันธ์ให้มากขึ้นโดยพิจารณาว่า วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair method of competition) ตามที่บัญญัติในมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act รวมถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย Sherman Act และ Clayton Act ด้วย ฉะนั้น หากพฤติกรรมกรห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้ปรากฏขึ้น กรณีจึงไม่ถูกจำกัดว่าคณะกรรมการสหพันธ์ทางการค้าจะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดตามกฎหมาย Federal Trade Commission Act เท่านั้น แต่กลับมีอำนาจดำเนินคดีที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Sherman Act และ

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

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

(B) such effect gives rise to a claim under the provisions of this subsection, other than this paragraph.

If this subsection applies to such methods of competition only because of the operation of subparagraph (A)(ii), this subsection shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States".

²⁴ Neale, Alan Derrett, *The antitrust laws of the United States of America* (Cambridge: University press, 1960), p 379.

Clayton Act ด้วย อย่างไรก็ตามก็ดี ทั้งนี้อำนาจของคณะกรรมการสหพันธรัฐยังคงครอบคลุมเฉพาะส่วน
แห่งของ Sherman Act เท่านั้น²⁵

3.1.3 การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับ
คู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีลักษณะ
เป็นการบัญญัติด้วยคำที่กว้างและมีได้เฉพาะเจาะจง และแม้กฎหมาย Clayton Act จะมีการบัญญัติ
ที่ชัดเจนมากกว่ากฎหมาย Sherman Act ก็ตาม แต่การบังคับใช้ก็ยังคงต้องฟังฟังและอาศัยดุลยพินิจ
ของศาลในการตีความและปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี ศาลเท่านั้นที่จะเป็น
ผู้พิจารณาว่าพฤติการณ์อย่างใดที่ถือว่าเป็นความผิดต่อบทกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ฉะนั้น ใน
ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้ง Sherman Act, Clayton Act และ
Federal Trade Commission Act จึงไม่มีระบบหรือกระบวนการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัด
การแข่งขันโดยตรงก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลเช่น ประเทศออสเตรเลียที่มีระบบการ
พิจารณาอนุญาต (Authorization) หรือ การพิจารณายกเว้น (Exemption) ตามมาตรา 81(3) ของ
กลุ่มประเทศประชาคมยุโรปก่อนจะถึงกระบวนการในชั้นศาล

อย่างไรก็ดีถึงแม้จะไม่มีระบบการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันก่อนเข้าสู่
กระบวนการชั้นศาล แต่ศาลเองก็ยอมให้มีการตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง หากว่าการห้ามมิ
ให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้นได้ โดยปรากฏจากคำตัดสินของศาลในประเทศ
สหรัฐอเมริกาในหลายคดี ซึ่งศาลได้ใช้หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) เป็นหลักในการพิจารณา
อนุญาตให้พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้นได้

ตัวอย่างคดีที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง
สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้นและท้ายที่สุดก็ยอมให้มีการตกลงดังกล่าว เช่น

²⁵ Gellhorn, Ernest; William E. Kovacic and Stephen Calkins, Antitrust Law and Economics, p
37.

คดี Standard oil Co. v United States (Standard Stations)²⁶

โดยศาลได้แสดงเหตุผลไว้ว่า

"...In the case of the buyer, they may assure supply, afford protection against rises in price, enable long-term planning on the basis of known costs, and obviate the expense and risk of storage in the quantity necessary for a commodity having a fluctuating demand. From the seller's point of view, requirements contracts may make possible the substantial reduction of selling expenses, give protection against price fluctuations, and-of particular advantage to a newcomer to the field to whom it is important to know what capital expenditures are justified-offer the possibility of a predictable market. They may be useful, moreover, to a seller trying to establish a foothold against the counterattacks of entrenched competitors..."

กล่าวโดยสรุป คือ ในคดีนี้ศาลสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้น ทั้งในแง่ของต้นทุนการผลิตและการป้องกันราคาที่จะเพิ่มขึ้นในระยะยาว รวมไปถึงการลดค่าใช้จ่ายที่เกิดจากรูขุมกรรการจำหน่ายสินค้าและอื่นๆ จึงมีเหตุผลสมควรที่จะให้กระทำหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดประโยชน์และไม่กระทบต่อตลาดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

ในคดีอุตสาหกรรมยานยนต์ระหว่าง *Webster Motor Car Company v. Packard Motor Car Company* ก็เป็นอีกคดีหนึ่งที่ศาลยุติธรรมได้ยอมรับว่าพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ก็สมควรที่จะให้กระทำภายใต้หลัก Rule of reason เช่นกัน

คดี The WEBSTER MOTOR CAR COMPANY v. PACKARD MOTOR CAR COMPANY²⁷

โดยศาลได้แสดงเหตุผลไว้ว่า

²⁶ Standard oil Co. v United States (Standard Stations) 337 U.S. 293 (1949)

²⁷ The Webster Motor Car Company v. Packard Motor Car Company 135 F. Supp. 4 (1955)

"...Unquestionably, a business concern has a right to select its own customers. It has the privilege of selling its products to whomever it chooses, to refrain from dealing with anyone, and to prefer one potential customer over another. Consequently, if the Packard Motor Car Company of its own initiative, for whatever reasons it deemed best, determined that thereafter there should be only one Packard dealer in Baltimore, who would receive an exclusive franchise, and that this dealer should be the Zell Motor Car Company, there would probably have been no violation of the antitrust laws.."

ดังนั้น ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมกีดกันมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งควรได้รับอนุญาตให้กระทำหรือไม่ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องค้นคว้าและวิเคราะห์จากแนวทางการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ใช้หลัก Rule of reason ในการพิจารณาอนุญาต

3.1.3.1 ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขัน

ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยประกอบด้วย 2 ทฤษฎีหลัก ดังนี้

3.1.3.1.1 หลักความผิดเด็ดขาด (Per-se rule)

หลักความผิดเด็ดขาด (Per-se rule) เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากการพิสูจน์และการวิเคราะห์จากพยานหลักฐานต่างๆที่เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงหลายๆ คดี²⁸ (per-se rule is an empirical rule) โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณาและกำหนดว่าการกระทำหรือพฤติกรรมลักษณะใดเป็นความผิดตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงหรือไม่ การพัฒนาสร้างหลักความผิดเด็ดขาดนี้เกิดขึ้น เนื่องจากในบางครั้งการพิสูจน์ถึงสภาพตลาดและเงื่อนไขที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการพิจารณาที่สิ้นเปลือง (Administrative cost) ไม่คุ้มค่ากับต้นทุนที่เสียไปหากเปรียบกับการนำหลักความผิดเด็ดขาดมาบังคับใช้ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่ง การใช้หลักความผิดเด็ดขาดย่อมเป็นการให้เหตุผลที่ชัดเจนบนบรรทัดฐานเดียวกันแก่

²⁸ Hovenkamp, Herbert, *Economics and federal antitrust law*, p 127.

ผู้กระทำผิด²⁹ ฉะนั้น ย่อมกล่าวได้ว่าการนำหลักความผิดเด็ดขาดมาบังคับใช้ก็เพื่อขจัดปัญหาการพิจารณาพิสูจนการกระทำความผิดที่อาจก่อให้เกิดต้นทุนที่เกินจำเป็นและเพื่อให้มีบรรทัดฐานการพิจารณาไปในแนวทางเดียวกัน

ขณะเดียวกันศาลเองก็ยอมรับว่าการใช้หลักความผิดเด็ดขาด (Per-se rule) ที่เข้มงวดไปในบางโอกาสก็เป็นสิ่งไม่เหมาะสมและมีผลให้การตัดสินเป็นไปอย่างไม่เป็นธรรม แต่เมื่อพิจารณาในแง่ประโยชน์ในการพิจารณา (Administrative benefit) แล้วจะพบว่าต้นทุนของความบกพร่องจากคำตัดสินกับประโยชน์จากการพิจารณาความ ย่อมเพียงพอแล้วที่จะอาศัยประโยชน์จากหลักความผิดเด็ดขาดมาประกอบการพิจารณาคดี³⁰ จากคำตัดสินอรรถคดีต่างๆ สามารถอธิบายหลักความผิดเด็ดขาดได้ว่าการใช้หลักความผิดเด็ดขาดจะต้องประกอบไปด้วยปัจจัย 2 ประการ³¹ คือ

ประการแรก คือ ข้อเท็จจริงและข้อมูลต่างๆ ในเบื้องต้นที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาลต้องแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นเป็นที่คาดเห็นได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค

ประการที่สอง คือ เมื่อพิจารณาจากต้นทุน (Cost) และประโยชน์ต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอื่นใดแล้ว ปรากฏให้เห็นว่าหากนำหลักความผิดเด็ดขาดมาใช้จะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่า ต้นทุนที่จะต้องเสียไปจากแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อนำมาวินิจฉัยกับข้อเท็จจริงแห่งคดี

ข้อดีของการใช้หลักความผิดเด็ดขาด คือความแน่นอนในการบังคับใช้และการประหยัดต้นทุนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการหาพยานหลักฐานที่ยากลำบาก แต่ก็มีข้อเสีย คือ ขาดความยืดหยุ่นในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละสถานการณ์ พฤติกรรมที่ศาลยอมรับว่าควรใช้หลักความผิดเด็ดขาดที่เกิดขึ้น ได้แก่ การกำหนดราคาขาย (Price fixing)

²⁹ Hylton, Keith N, Antitrust law economic theory&common law evolution (Cambridge : Cambridge University Press, 2003), p 116.

³⁰ Bekner, C. Frederick, III; Steven C. Salop, "Decision Theory and Antitrust Rules", Antitrust Law Journal, 67 (1999), p 52.

³¹ Ibid

3.1.3.1.2 หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason)

หลักแห่งเหตุผลเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ โดยการพิจารณามุ่งใช้เหตุผลเข้ามาวินิจฉัย ในกรณีของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เมื่อมีคดีพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและเข้าสู่กระบวนการพิจารณาชั้นศาลแล้ว ศาลจะใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่ากรณีที่เกิดขึ้นอาจปรับเข้ากับหลักความผิดเด็ดขาดได้หรือไม่ หากไม่สามารถใช้หลักความผิดเด็ดขาดได้แล้ว ศาลจะนำหลักแห่งเหตุผลมาพิจารณาถึงการกระทำนั้นในทุกแง่มุม (Full-blown analysis) ว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์อย่างไรและสร้างความเสียหายต่อตลาดการแข่งขันหรือไม่ อย่างไร แล้วจึงนำมาพิจารณาเพื่อหาผลสุทธิว่าในที่สุดแล้วการตกลงจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์หรือผลเสียประการใด

การพิจารณาของศาลโดยใช้หลักแห่งเหตุผลนี้จะช่วยลดความบกพร่องในการตัดสินที่เกิดจากการใช้หลักความผิดเด็ดขาดลงได้มาก ซึ่งภายใต้พฤติการณ์แต่ละคดีหากศาลเลือกที่จะใช้หลักแห่งเหตุผล ศาลย่อมเห็นในเบื้องต้นแล้วว่าประโยชน์ที่จะเกิดจากการได้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เพิ่มขึ้นย่อมมีค่ามากกว่าต้นทุนที่จะเกิดจากการใช้หลักความผิดเด็ดขาด โดยปัจจัยที่จะพิจารณาในเรื่องนี้จะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างต้นทุนด้านสังคม (social cost) และประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น³²

การนำหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) มาบังคับใช้ในระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา มี 2 ความเห็น³³ด้วยกัน ดังนี้

ความเห็นแรก ผู้พิพากษา Taft ได้ให้ความเห็นไว้ว่าหลักแห่งเหตุผลจะสามารถนำมาบังคับใช้กับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ต่อเมื่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้นมิได้เป็นข้อสำคัญแห่งการตกลงกัน แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งที่เชื่อให้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายแห่งการตกลงกันเป็นผลสำเร็จเท่านั้น ซึ่งตัวบริบทภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า Ancillary restraints เท่ากับว่าหากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน

³² Hylton, Keith N, *Antitrust law economic theory&common law evolution*, p 116.

³³ Neale, Alan Derrett, *The antitrust laws of the United States of America*, p 16-17.

* Ancillary means "Restrictions on the parties to an agreement, which do not constitute the primary object of the agreement, but are directly related to and necessary for the proper functioning of the

ชั้นโดยตรงแล้ว เช่น การกำหนดราคาขาย เป็นต้น ย่อมไม่นำหลักแห่งเหตุผลมาบังคับใช้ได้เพราะผู้พิพากษา Taft เชื่อว่าการจำกัดการแข่งขันโดยตรงไม่อาจสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นได้

ความเห็นที่สอง ผู้พิพากษา White ได้มีความเห็นแย้งกับความเห็นแรกว่าการจะใช้หลักแห่งเหตุผลไม่ควรมีการตีความอย่างแคบ โดยจำกัดเฉพาะพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันโดยตรงเท่านั้น แต่ควรเปิดกว้างให้ศาลได้ใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ เหตุที่ผู้พิพากษา White เชื่อว่าควรมีการเปิดกว้างในการใช้ดุลยพินิจไว้ เนื่องจากในการพิจารณาคดีภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น การวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆ จะต้องมีมาตรฐานการให้เหตุผล (Standard of reason)³⁴ ในตัวเองอยู่แล้ว หากพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันใดเป็นสิ่งไม่ชอบธรรมแล้ว กฎหมายคอมมอนลอว์ย่อมไม่อนุญาตให้กระทำได้ ดังนั้น แม้จะเป็นพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันโดยตรงก็สมควรที่จะได้รับการพิจารณาภายใต้หลักแห่งเหตุผลนี้

ข้อดีของหลักนี้ คือ ความถูกต้องในเนื้อหาแห่งการวินิจฉัยที่มีมากกว่าการใช้หลักความผิดเด็ดขาด และอีกประการหนึ่ง คือ การมีความยืดหยุ่นที่สามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อน แต่ข้อเสียที่จะเกิดขึ้น คือ ความไม่แน่นอนในการวินิจฉัยเนื่องจากผู้วินิจฉัยแต่ละท่านย่อมอาจมีเหตุผลที่แตกต่างกันไป โดยเฉพาะทัศนคติการมองในแง่มุมมองเศรษฐกิจศาสตร์ต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3.1.3.2 แนวทางการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

พฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) โดยทั่วไปแล้วหากมีการตกลงกันขึ้น ด้านหนึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อตลาด

objectives envisaged by agreement. In the field of co-operation agreements, an example would be an obligation within an R&D agreement not to carry out, independently or together with third parties, research and development in the field to which the agreement relates. An example of a restraint ancillary to a concentration is a non-competition clause imposed by the buyer on the vendor for a transitional period of time"

³⁴ วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์, "การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย," (นิตยสารกรมพาณิชย์ นิตยสารธุรกิจกรมพาณิชย์, 2525), หน้า 137.

เช่น การปิดกั้นตลาด (Foreclosure) การจำกัดทางเลือกของผู้ซื้อหรือผู้ขายสินค้า และการตกลงดังกล่าวยังส่งผลโดยตรงให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถเข้าค้าขายกับผู้จัดจำหน่ายที่อยู่ภายใต้การตกลงดังกล่าวได้ แต่อีกด้านหนึ่งการตกลงเช่นว่านั้นก็ยังสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นโดยมิยิ่งหย่อนไปกว่าผลเสียเช่นกัน

ในการพิจารณาคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ผ่านมา เมื่อเกิดข้อพิพาททางคดีถึงพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้ว การพิจารณาจะขึ้นอยู่กับมุมมองทางกฎหมายกับหลักทางเศรษฐศาสตร์ประกอบกับการให้เหตุผลของผู้พิพากษาแต่ละท่านที่พิจารณาคัดสิน ดังนั้น การพิจารณาย่อมอาจให้น้ำหนักและเหตุผลในการตัดสินคดีที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดีจากการตัดสินที่ผ่านมาพบว่าหากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้วนั้น ศาลยุติธรรมจะมุ่งพิจารณาใน 3 ประเด็นหลักเป็นสำคัญ³⁵ ดังนี้

ประเด็นแรก ขอบเขตของการปิดกั้นตลาด (the extent of market foreclosure)

ประเด็นสำคัญประเด็นแรกที่ศาลให้ความสำคัญในการวินิจฉัยถึงพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็คือ ระดับของการปิดกั้นตลาดว่ามีมากน้อยเพียงใด กล่าวคือ หากพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาดที่สูงผลดังกล่าวย่อมสร้างความเสียหายต่อตลาดการแข่งขันอย่างมาก แม้ในขณะเดียวกันการตกลงนั้นจะสร้างประโยชน์ใดๆ ให้เกิดขึ้นก็ตาม แต่หากผลการปิดกั้นตลาดเกิดขึ้นในปริมาณน้อย ความเสียหายต่อตลาดย่อมมีผลน้อยกว่า ดังนั้น ในประเด็นนี้ศาลยุติธรรมประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้พยายามวินิจฉัยขอบเขตของการปิดกั้นตลาดว่ามีมากน้อยเพียงใด ณ ระดับเท่าใดจึงควรอนุญาตให้มีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้ โดยการพิจารณาเรื่องขอบเขตการปิดกั้นตลาดนี้จะพิจารณาจากขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปรากฏว่าหากพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาดที่ไม่เกินร้อยละ 10 ของตลาด ศาลยุติธรรมประเทศสหรัฐอเมริกาก็ถือว่า

³⁵ Gellhorn, Ernest; William E. Kovacic and Stephen Calkins, Antitrust Law and Economics, p 398.

การตกลงนั้นสามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิดต่อกฎหมาย (a safe harbor)³⁶ แต่หากกรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก่อให้เกิดการปิดกั้นตลาด ณ ระดับเกินร้อยละ 10 แต่ไม่เกินร้อยละ 20 ของตลาด³⁷ แนวคำตัดสินของศาลจะถือว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจนั้นอาจเป็นความผิดได้แต่ถือว่าต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่สมเหตุผลแล้วจึงสามารถกระทำได้

ประเด็นที่สอง ระยะเวลาการบังคับใช้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Duration of exclusive arrangement)

ศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าหากระยะเวลาการตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมีผลบังคับใช้เฉพาะในระยะเวลาอันสั้น ศาลย่อมสันนิษฐานได้ว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นสิ่งที่สมเหตุผลควรให้กระทำได้ เพราะแม้จะมีผลกระทบเกิดขึ้นแต่ผลดังกล่าวก็คงมีเพียงไม่มากนักเมื่อพิจารณาประกอบกับระยะเวลาในการบังคับใช้ เช่น คดีระหว่าง Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc. ที่มีการกำหนดระยะเวลาการจำกัดการแข่งขันไว้ 1 ปี ศาลได้ใช้ดุลยพินิจพิจารณาว่าการตกลงดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในทางกลับกันหากข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมีระยะเวลาการตกลงที่นาน ผลความเสียหายก็ย่อมมากขึ้น ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบ เช่น ในคดี Compare Twin City Sportservice, Inc v Charles O Finley & Co., ศาลได้วินิจฉัยว่าการตกลงจำกัดการแข่งขันที่มีระยะเวลาการบังคับใช้เกิน 10 ปี ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเด็นที่สาม อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (The height of entry barriers)

ในประเด็นนี้ศาลส่วนใหญ่เห็นว่าหากการตกลงการจำกัดการแข่งขันนั้นมีผลเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดอย่างมากแล้ว ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดก่อนย่อมได้เปรียบและอาจมีอำนาจผูกขาดและใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อแสวงหาประโยชน์ของตนแต่ฝ่ายเดียวได้ แต่หากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก่อให้เกิดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเพียงเล็กน้อย การเอารัดเอาเปรียบหรือใช้อำนาจโดยมิชอบย่อมเกิดขึ้นได้ยาก ดังนั้น ประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งในการพิจารณา เช่น ในคดีของ Beltone Electronics Corp. (F.T.C. 1982) ที่ศาลเห็นว่าหลังจาก

³⁶ Cantor, Arthur I, "Tying, exclusive dealing, and franchising issues," 45th Annual Antitrust Law Institute Practising Law Institute New York City (May 13-14, 2004), p 50.

³⁷ Gellhorn, Ernest; William E. Kovacic and Stephen Calkins, Antitrust Law and Econnoics, p 398.

มีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้ว การกระทำดังกล่าวมิได้สร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดให้เกิดขึ้นอย่างมากแต่ประการใด ศาลจึงอนุญาตให้การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้สามารถกระทำได้

3.1.3.2.1 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีเป้าหมายและวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ คัดกรองและส่งเสริมการแข่งขันในตลาดด้วยวิธีการที่เหมาะสมเพื่อจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการขับเคลื่อนของตลาดโดยปราศจากการแทรกแซงบนรากฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเป้าหมายและวัตถุประสงค์ดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่านัยหนึ่งที่กฎหมายประสงค์และปรารถนา คือ ความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) ที่จะเกิดขึ้น หากใช้เพียงแต่การคัดกรองการแข่งขันเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของนักเศรษฐศาสตร์จากกองควบคุมการแข่งขันทางการค้า กระทรวงยุติธรรม ท่านหนึ่งที่ได้เคยกล่าวไว้ว่า ความมีประสิทธิภาพ คือ เป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่วนการแข่งขันเป็นเพียงกระบวนการที่จะนำไปสู่เป้าหมายดังกล่าว³⁸

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา 50 ปี ศาลยุติธรรมแห่งประเทศสหรัฐก็ได้ยอมรับถึงเรื่องความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) ที่เกิดขึ้นภายใต้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในลักษณะต่างๆ ว่าเป็นเกณฑ์สำคัญอย่างยิ่งยวดที่จะต้องวินิจฉัยในกรณีคดี โดยการวินิจฉัยความมีประสิทธิภาพนี้ ศาลจะต้องอาศัยหลักแห่งเหตุผลเพื่อสร้างความยืดหยุ่นแก่กฎหมายในการพิจารณาดังกล่าว³⁹

ในการพิจารณาถึงความมีประสิทธิภาพที่ผ่านมา ศาลแห่งประเทศสหรัฐจะพิจารณาโดยใช้การชั่งน้ำหนัก (Structured balancing test) ระหว่างผลกระทบและประสิทธิภาพที่

³⁸ Summers, Lawrence, "Competition Policy in the New Economy", *Antitrust Law Journal* 69 (2001), p 353.

("it needs to be remembered that the goal is efficiency, not competition. The ultimate goal is that there be efficiency")

³⁹ Kolasky, J. William, Andrew R. Dick, "The Merger Guidelines and the integration of efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers", *Antitrust Law Journal* 71 (2003), 207.

เกิดขึ้นว่าด้านใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน จากนั้นจึงนำมาวินิจฉัยตัดสิน เช่น ที่ปรากฏในคดี *BROADCAST MUSIC, INC. v. CBS*⁴⁰

"...whether the practice facially appears to be one that would always almost always tend to restrict competition and decrease output, and in what portion of the market, or instead one designed to "increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive..."

จากการศึกษาคำวินิจฉัยในกรณีคดีต่างๆ สามารถสรุปถึงความมีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นและเป็นที่ยอมรับเมื่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งถูกนำมาใช้ ซึ่งขอยกตัวอย่างที่ศาลได้ยอมรับและพิจารณาตัดสินไว้เป็นกรณี ดังนี้

กรณีความคุ้มครองจากปัญหาการฉวยโอกาสของผู้ประกอบการรายอื่น (Free riding)⁴¹

คดี *Beltone Electronics Corporation*⁴²

คดีนี้บริษัท *Beltone* ได้พยายามส่งเสริมการขายสินค้าเครื่องช่วยฟังของตนโดยการลงโฆษณาในสื่อโฆษณาต่างๆ โดยมีกลุ่มเป้าหมายที่เป็นผู้ใหญ่ วิธีการส่งเสริมการขายของบริษัท *Beltone* คือ การจัดคูปองให้ผู้อ่านโดยแนบใส่พร้อมกับสื่อโฆษณาเพื่อส่งให้ผู้อ่าน ซึ่งผู้อ่านที่สนใจในสินค้าจะนำคูปองดังกล่าวส่งคืนให้แก่ผู้จัดจำหน่ายของบริษัท *Beltone* ซึ่งมีอยู่หลายแห่งด้วยกัน ในการลงทุนส่งเสริมการขายสินค้าของบริษัท *Beltone* ทำให้บริษัท *Beltone* ตระหนักถึงความเสียหายที่ตนเองอาจได้รับ คือ การที่ผู้จัดจำหน่ายสินค้าของ *Beltone* อาจฉวยโอกาสที่ *Beltone* ได้ลงทุนส่งเสริมการขายสินค้า ทำการจำหน่ายสินค้าของคู่แข่งที่มีลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกันกับสินค้าของ *Beltone* ดังนั้น เพื่อปกป้องประโยชน์ดังกล่าว บริษัท *Beltone* จึงทำข้อตกลงกับ

⁴⁰ *BROADCAST MUSIC, INC. v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979)

⁴¹ Tom, Willard K., Balto, David A and Averitt, Neil W, "Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing," *Antitrust law journal* 67 (2000): 616.

⁴² *Beltone Electronics Corporation* 100 F.T.C. 68, 204 (1982)

ผู้จัดจำหน่ายของบริษัท Beltone โดยห้ามผู้จัดจำหน่ายมิให้ทำการซื้อสินค้าหรือขายสินค้าของคู่แข่ง โดยผู้จัดจำหน่ายจะต้องจำหน่ายเฉพาะสินค้าของ Beltone เท่านั้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเงินที่ตนได้ทั้งในด้านการโฆษณาและการส่งเสริมการขายสินค้าที่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค

หลังจากที่มีการพิจารณาแล้ว คณะกรรมการสหพันธ์การค้าเห็นว่าแม้การกระทำของบริษัท Beltone จะมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 3 แห่ง Clayton Act แต่การตกลงดังกล่าวก็ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นส่วนน้อยหากพิจารณาจากประโยชน์ที่ได้รับ และเมื่อพิจารณาประกอบกับปัจจัยอื่น เช่น ลักษณะตลาด การปิดกั้นของตลาด การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการหลายอื่นแล้วเห็นว่า การตกลงดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรและสมเหตุสมผลกับการกระทำความดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้

สรุป

ในคดีนี้คณะกรรมการสหพันธ์การค้าให้เหตุผลว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันกรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถกระทำได้แต่ต้องมีเหตุผลอันสมควรซึ่งประเด็นในคดีนี้ได้ยกขึ้นมา คือ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในแง่ของการคุ้มครองการลงทุน โดยพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจของ Beltone นี้เป็นการกระทำเพื่อป้องกันปัญหา Free riding กล่าวคือ Beltone ต้องการคุ้มครองเงินทุนทางด้านโฆษณาและค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการส่งเสริมการขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค โดยให้ผู้บริโภคที่สนใจได้เข้าซื้อสินค้าดังกล่าวกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าของบริษัท Beltone แต่ในขณะเดียวกันหากผู้จัดจำหน่ายของบริษัท Beltone คว้าโอกาสทำการจำหน่ายสินค้าอื่นๆ ที่อาจมีต้นทุนที่ถูกกว่าด้วย สินค้าของ Beltone ย่อมไม่อาจจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคได้ ย่อมเกิดความเสียหายดังนั้น เพื่อมิให้บริษัท Beltone ต้องเสียหายและรับภาระต้นทุนที่มากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นที่จำหน่ายสินค้าคล้ายกัน ท้ายที่สุดแล้วคณะกรรมการสหพันธ์การค้าเห็นว่าการกระทำของบริษัท Beltone เป็นการตกลงจำกัดการแข่งขันที่สามารถกระทำได้

กรณีการลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในธุรกรรมกรจำหน่ายสินค้า, ความสามารถในการควบคุมปริมาณการผลิต, ความสามารถในการควบคุมราคาซื้อหรือขายสินค้า และความสามารถในการวางแผนธุรกิจ

คดี Standard Oil v. United States⁴³

บริษัท Standard Oil เป็นผู้ผลิตและกลั่นน้ำมันในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จำหน่ายน้ำมันในอาณาเขตตะวันตกให้แก่ผู้ประกอบการปั้มน้ำมันต่างๆ และบางส่วนจำหน่ายให้แก่ผู้ประกอบการในภาคอุตสาหกรรม ในปี ค.ศ.1947 บริษัท Standard Oil ได้เข้าทำข้อตกลงกับผู้ประกอบการจำหน่ายน้ำมันปลีกโดยห้ามมิให้ผู้ประกอบการจำหน่ายน้ำมันปลีกทำธุรกิจไม่ว่าการซื้อหรือขายกับบริษัทที่เป็นคู่แข่งของบริษัท Standard Oil ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ยอมรับถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในหลายประเด็นด้วยกัน

โดยศาลได้กล่าวไว้ว่า

"(Exclusive dealing)...may well be of economic advantage to buyers as well as to sellers, and thus indirectly of advantage to the consuming public. In the case of the buyer, they may assure supply, afford protection against rises in price, enable long-term planning on the basis of known costs, and obviate the expense and risk of storage in the quantity necessary for a commodity having a fluctuating demand. From the seller's point of view, requirements contracts may make possible the substantial reduction of selling expenses, give protection against price fluctuations, and-of particular advantage to a newcomer to the field to whom it is important to know what capital expenditures are justified-offer the possibility of a predictable market"

จะเห็นได้ว่าในคดีของบริษัท Standard Oil นี้ หากข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้เกิดขึ้นแล้ว ข้อตกลงเช่นนี้ย่อมสร้างประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นทั้งแก่ผู้จัดจำหน่ายที่เป็นผู้ซื้อสินค้าและผู้ผลิตที่เป็นผู้ขายสินค้าได้ เช่น

กรณีผู้จัดจำหน่ายที่เป็นผู้ซื้อสินค้า ได้แก่ ความแน่นอนในการมีสินค้าเพียงพอที่จะจำหน่าย ความสามารถในการซื้อสินค้า ณ ราคาที่กำหนด ความสามารถในการวางแผนธุรกิจในระยะยาวบนพื้นฐานของต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่คิดคำนวณได้ เป็นต้น

⁴³ Standard Oil Co. of California (Standard Stations) v. United States 337 U.S.293 (1949)

กรณีผู้ผลิตที่เป็นผู้ขายสินค้า ได้แก่ การลดค่าใช้จ่ายในขั้นตอนของการจัดจำหน่าย ความสามารถในการจำหน่ายสินค้า ณ ราคาที่กำหนด ความสามารถในการคาดการณ์ปริมาณการผลิต เป็นต้น

ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นที่ยอมรับภายใต้การพิจารณาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วว่าสามารถสร้างประโยชน์ที่เป็นประสิทธิภาพในหลายด้านและควรที่จะมีการพิจารณาอนุญาตภายใต้พฤติการณ์แต่ละคดี

3.1.3.2.2 ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา พฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์นั้นจะมีหลักการพิจารณาเช่นเดียวกับพฤติกรรมกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในธุรกิจทั่วไป โดยจะพิจารณาภายใต้ทฤษฎีหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) ถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ ดังนี้

คดี Pick MFG Co., v General Motors Corporation⁴⁴

บริษัท General Motor Corporation ปฏิเสธที่จะขายสินค้ายานยนต์ให้แก่ผู้จัดจำหน่ายยานยนต์ หากผู้จัดจำหน่ายยานยนต์ไม่ตกลงที่จะขายหรือใช้อะไหล่แท้ ที่มาจากการผลิตของบริษัทเท่านั้น ซึ่งการห้ามนี้รวมถึงการขายหรือการใช้อะไหล่มือสองเพื่อซ่อมแซมรถยนต์ที่ผลิตจากบริษัท คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท General Motor Corporation ตกลงที่จะรับประกันยานยนต์ที่ตนผลิตต่อผู้ซื้อภายในระยะเวลา 90 วัน หรือภายในระยะทาง 4,000 ไมล์ของการใช้รถยนต์

⁴⁴ Pick MFG Co v General Motors Corporation 299 U.S. 622, 57 S. Ct. 192, 81 L.Ed.

ในคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏแง่มุมของการจำกัดการซื้อขายสินค้าอะไหล่ยานยนต์จากคู่แข่ง เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวทำให้ผู้จัดจำหน่ายยานยนต์ไม่สามารถตกลงซื้อสินค้าประเภทอะไหล่ยานยนต์จากผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในสินค้าอะไหล่ยานยนต์ได้ โดยหลังจากพิจารณาจากข้อเท็จจริงและกฎหมายแล้ว ศาลได้ตัดสินว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายมาตรา 3 แห่ง Clayton Act โดยศาลได้แสดงเหตุผลที่ยอมรับถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในความคุ้มครองสินค้าประเภทอะไหล่ยานยนต์นี้

โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า

"...The automobile is a complicated mechanism, the refined product of scientific engineering after long investigation, close competition, experiment, and practical experience. Replacement and repair parts must be of accurate measurement, appropriate, satisfactory material, and proper mechanical construction. Otherwise, disaster may result. The automobile is a complicated mechanism, the refined product of scientific engineering after long investigation, close competition, experiment, and practical experience. Replacement and repair parts must be of accurate measurement, appropriate, satisfactory material, and proper mechanical construction. Otherwise, disaster may result..."

กล่าวโดยรวม คือ ศาลเห็นว่าสินค้ายานยนต์เป็นสินค้าที่มีความซับซ้อน ประกอบด้วยอะไหล่ที่สำคัญในหลายส่วน โดยก่อนที่มีการนำยานยนต์ออกขายในตลาดได้ ยานยนต์นั้นจะต้องมีการดูแล ตรวจสอบและทดลองใช้จริงจนกว่าจะได้รับการรับรองและมาตรฐานตามหลักการในด้านวิศวกรรมทางวิทยาศาสตร์ (scientific engineering) ดังนั้น การตกลงห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายซื้อสินค้าอะไหล่ยานยนต์จากผู้ผลิตรายอื่นย่อมเป็นสิ่งที่ควรอนุญาตให้กระทำได้ เนื่องจากสินค้าอะไหล่ยานยนต์จะต้องมีมาตรฐานที่ถูกต้อง เหมาะสม และสามารถใช้ได้เป็นอย่างดีกับกลไกเฉพาะของยานยนต์แต่ละแบบ และหากมีการใช้สินค้าอะไหล่ที่ไม่เหมาะสมกับกลไกของยานยนต์นั้นแล้ว ย่อมอาจก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้บริโภคได้

สรุป

ในคดีนี้ศาลแสดงถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในการคุ้มครองอะไหล่ยานยนต์ โดยศาลได้ให้เหตุผลสนับสนุนถึงความปลอดภัยและความเหมาะสมจากการใช้อะไหล่เหล่านั้น มิฉะนั้นหากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้บริโภคที่เป็นผู้ใช้รถยนต์นั้นย่อมเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อน

คดี M&H Tire Company, Inc v Hoosier Racing Tire Corporation⁴⁵

คดีนี้บริษัท M&H Tire Company ("M&H") เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายยางรถแข่ง โดย M&H ได้ยื่นฟ้องบริษัท Hoosier Racing Tire Corporation ("Hoosier") ในฐานะที่บริษัท Hoosier ได้ตกลงซื้อสินค้าจากบริษัทคู่แข่งของบริษัท M&H โดยมีเงื่อนไขให้บริษัทคู่แข่งจะต้องจำหน่ายสินค้ายางรถแข่งให้แก่ตนเพียงผู้เดียว หรือ เรียกว่า "single tire rule" เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในการซื้อขายยางรถแข่งนั้น โดยปกติแล้วมีความจำเป็นที่จะต้องซื้อขายยางในวันที่มีการแข่งขันจึงทำให้ราคาขายนขณะนั้นค่อนข้างสูง ดังนั้น Hoosier จึงต้องการหาผู้จัดจำหน่ายที่จะสามารถจำหน่ายสินค้าให้แก่ตนไม่เกินราคาที่ตนตกลงไว้ตลอดระยะเวลาการแข่งขันรถแข่งเพื่อลดปริมาณค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการแข่งรถแข่งดังกล่าว

ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ตัดสินยอมรับถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการลดต้นทุนด้วยการกำหนด Single tire rule ดังกล่าว

โดยศาลได้กล่าวไว้ดังนี้

"...If cost cutting were the only goal of the tire rule, a less restrictive approach might have been devised to control tire cost...We are satisfied that the conduct defendants engaged in was justified as a reasonable way to regulate and improve modified class auto racing, and that it did not in all the circumstances have anti-competitive ramifications so severe as to warrant a finding that it was illegal..."

⁴⁵ คดี M&H Tire Company, Inc v Hoosier Racing Tire Corporation 733 F.2d 973, 1984-1

สรุป

คดีนี้ศาลได้ยอมรับแม้ว่าพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะสร้างผลเสียจากการจำกัดการแข่งขันให้เกิดขึ้น แต่ในขณะเดียวกันการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งของ Hossier ก็เป็นวิธีที่สมเหตุผลเพราะการกระทำของ Hossier มุ่งให้เกิดประสิทธิขึ้นในเรื่องของการลดต้นทุนจากการซื้อขายยางรถแข่งด้วยการกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายเป็นผู้จำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียวในช่วงฤดูกาลแข่งขันรถยนต์ให้แก่รถของผู้แข่งขัน ซึ่งศาลเห็นภายใต้พฤติการณ์แห่งคดีว่าข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นสิ่งที่สมเหตุผลและมีความยุติธรรมที่จะกำหนดเช่นนั้น

คดี Webster Motor Car Co. v Packard Motor Car Co.⁴⁶

คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในเมือง Baltimore มีผู้แทนจำหน่ายรถยนต์ยี่ห้อ Packard รายใหญ่อยู่ 3 รายด้วยกัน ซึ่งประกอบด้วย บริษัท Zell Motor Car, บริษัท Debaugh Motors และบริษัท Webster Motors ซึ่งเป็นใจทกในคดีนี้ ต่อมาบริษัท Zell Motor Car ต้องการให้บริษัท Packard Motor ทำการจำหน่ายรถยนต์ Packard ให้แก่บริษัท Zell Motor Car แต่เพียงผู้เดียว โดยอ้างเหตุผลว่าบริษัท Zell Motor Car จะไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้เพราะประสบกับภาวะขาดทุน หากบริษัท Packard Motor ไม่ตกลงที่จะทำการจำหน่ายรถยนต์ Packard ให้แก่บริษัทเพียงผู้เดียว ซึ่งต่อมาบริษัท Packard ก็ยอมตกลงตามเงื่อนไขดังกล่าว ฉะนั้น การตกลงดังกล่าวทำให้บริษัท Webster Motor Car ได้รับผลกระทบเนื่องจากไม่สามารถจัดหารรถยนต์ Packard มาจำหน่ายได้ ในเวลาต่อมาบริษัท Webster Motor Car จึงยื่นฟ้องบริษัท Packard Motor Car ว่าทำผิดกฎหมาย Sherman Act ในคดีนี้ผลท้ายที่สุดศาลได้ตัดสินว่าการกระทำของบริษัท Packard Motor Car ไม่เป็นความผิด เนื่องจากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีความพยายามหรือเจตนาที่จะผูกขาดการแข่งขันเฉพาะตลาดรถ Packard เพราะผู้บริโภคสามารถหันไปซื้อรถยนต์ยี่ห้ออื่นแทนได้เช่นกัน และการกระทำดังกล่าวก็ก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้น โดยสนับสนุนให้ธุรกิจสามารถแข่งขันกับคู่แข่งที่มีขนาดใหญ่กว่าตนได้

⁴⁶ Webster Motor Car Company v Packard Motor Car Company 135F. Supp. 4 1955.
Packard Motor Car Company v Webster Motor Car Company 100 U.S. App. D.C. 161 1957.

โดยศาลได้กล่าวถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นว่า

"...the court held that there was no attempt or conspiracy to monopolize because an exclusive contract did not create a monopoly because there were other cars that were reasonably interchangeable by consumers for the same purposes as appellants (Packard Motor Car Co.)' automobiles and, therefore, in competition with them. Moreover, appellants' exclusive dealership agreement was not an unreasonable restraint of trade because, in order to compete with large manufacturers, appellants thought it advantageous to retain its largest dealer in the city..."

สรุป

คดีนี้จะเห็นได้ว่าประเด็นหนึ่งที่ศาลให้น้ำหนักกว่าการกระทำของบริษัท Packard ไม่เป็นความผิดเพราะพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมและก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านการเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับธุรกิจขนาดใหญ่

3.1.4 สรุปเนื้อหาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา

พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) อาจถือเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายดังนี้ คือ มาตรา 1 แห่ง Sherman Act จะกล่าวถึงการกระทำอันมีลักษณะของการตกลงหรือร่วมมือกัน (collective action) ที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด มาตรา 3 แห่ง Clayton Act มุ่งควบคุมการตกลงที่มีลักษณะการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) เช่น การขายสินค้าโดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องไม่ไปซื้อสินค้าจากคู่แข่งของผู้ขาย และมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act คุ้มครองเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขันหรือไม่เป็นธรรมต่อธุรกิจการค้า และรวมถึงการกระทำที่ไม่ยุติธรรมหรือหลอกลวงอันมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการตกลงจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งอาจเป็นความผิดตามบทบัญญัติทั้งหลายดังกล่าว แต่ในความเป็นจริงการตกลงจำกัดการแข่งขันนั้นบางครั้งก็

เป็นสิ่งจำเป็น และบางโอกาสก็เป็นปัจจัยสำคัญที่จะช่วยส่งเสริมตลาดให้มีการแข่งขันกันอย่างสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น แต่ด้วยเหตุที่ตัวบทกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีระบบการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าไว้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดการสอดคล้องกับประโยชน์ที่อาจเกิดจากการจำกัดการแข่งขัน จึงเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่จำเป็นจะต้องกำหนดทฤษฎีต่างๆ ขึ้นมาเพื่อสร้างความยืดหยุ่นในการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันได้ในบางโอกาส ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป

ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงกลายเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน โดยอาศัยทฤษฎีที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับกับประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขัน โดยศาลเองได้สร้างทฤษฎีเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขัน 2 ทฤษฎีหลักด้วยกัน คือ หลักความผิดเด็ดขาด (per-se rule) และ หลักแห่งเหตุผล (rule of reason) การใช้หลักความผิดเด็ดขาดมีประโยชน์ทั้งในแง่ของความแน่นอนในการบังคับใช้ และการลดความสับสนเปลืองของค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นในการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่ข้อบกพร่องของหลักนี้ คือ ไม่สามารถใช้เป็นหลักที่จะวินิจฉัยข้อเท็จจริงให้เกิดความถูกต้องแน่นอนได้ กรณีหลักแห่งเหตุผลนั้นเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นมากและสามารถใช้ปัจจัยต่างๆ เป็นองค์ประกอบเพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ได้ถูกต้องแม่นยำกว่าหลักความผิดเด็ดขาด แต่ข้อเสียของหลักนี้ คือ ความไม่แน่นอนในการบังคับใช้และต้นทุนที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงที่ไม่จำเป็น ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะใช้ทั้งสองทฤษฎีเป็นปัจจัยประกอบการพิจารณา

พฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง จากแนวคำวินิจฉัยที่ผ่านมา ศาลถือว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นพฤติกรรมกรรมการกระทำที่อยู่ภายใต้หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) โดยศาลเชื่อว่าพฤติกรรมกรรมการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ส่วนใหญ่แล้วมีแนวโน้มที่จะสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นมากกว่าผลเสีย ดังนั้น เพื่อสร้างหลักการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้กฎหมายที่ขาดความยืดหยุ่นนี้ ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องนำหลักแห่งเหตุผลมาใช้ปรับกับพฤติกรรมกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

อย่างไรก็ดีไม่ว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์หรืออุตสาหกรรมอื่น โดยส่วนใหญ่แล้วศาลจะพิจารณาถึงผลกระทบและ

ประโยชน์ที่เกิดขึ้น จากนั้นจึงนำมาพิจารณาวิเคราะห์ว่ากรณีดังกล่าวสมเหตุสมผลหรือไม่ที่จะอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้น

3.2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

ความเบื้องต้น

หลังจากเกิดสงครามโลกครั้งที่สองในปี ค.ศ.1939 แล้ว ผลจากภาวะสงครามส่งผลให้หลายประเทศในยุโรปได้รับความเสียหายในหลายด้าน ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสภาพสังคม จนกลายเป็นจุดเริ่มต้นให้ประเทศต่างๆ ในยุโรปเริ่มพิจารณาถึงการรวมกลุ่มกันเพื่อสร้างความแข็งแกร่งให้เกิดขึ้น โดยมุ่งหวังที่จะสร้างความร่วมมือต่อการพัฒนาทั้งในด้านเศรษฐกิจและความมั่นคง จากความคิดดังกล่าวจึงกลายเป็นเหตุที่นำไปสู่การรวมยุโรปเข้าด้วยกันจนเกิดเป็นสหภาพยุโรป (European Union)

สหภาพยุโรปเกิดขึ้นจากผลของสนธิสัญญา Masstricht ในปี 1992 ซึ่งมีผลในวันที่ 1 พฤศจิกายน 1993⁴⁷ โดยมีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่จะให้ความร่วมมือกันในด้านต่างๆ เช่น ความร่วมมือกันในการยุติธรรม นโยบายการต่างประเทศและความมั่นคง เป็นต้น ซึ่งในสหภาพยุโรปจะประกอบไปด้วย 3 ส่วนหลัก⁴⁸ ได้แก่ ประชาคมยุโรป (European Communities) นโยบายการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกัน (Common Foreign and Security Policy) และความร่วมมือกันเกี่ยวกับการตำรวจและการยุติธรรมสำหรับคดีอาญา (Provision on Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters)

⁴⁷ Goyder, Joanna, Eu distribution law, third edition (Bembridge [England] : Palladian Law publishing, 2002), p 1.

⁴⁸ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (กรุงเทพมหานคร, 2542), หน้า 3-5.

โดยในส่วนของประชาคมยุโรปนั้นจะประกอบด้วยกลุ่มความร่วมมือกัน 3 กลุ่ม⁴⁹คือ กลุ่มประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ายุโรป (European Coal and Steel Community) กลุ่มประชาคมพลังงานปรมาณูยุโรป (European Economic Community) และกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (ซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นประชาคมยุโรป European Community หรือ EC)

ส่วนของนโยบายการแข่งขันทางการค้าจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกลุ่มประชาคมยุโรปที่มีการรวมตัวกันพร้อมทั้งมีการลงนามในสนธิสัญญาฉบับหนึ่งที่เรียกว่า สนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) เพื่อใช้เป็นแม่บทในการกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ตลาดร่วมในยุโรป

สนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) มีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ที่จะรวมตลาดของแต่ละประเทศให้เป็นตลาดร่วมเดียวกัน โดยพยายามสร้างนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน รวมถึงควบคุมการกระทำต่างๆ เพื่อให้ประเทศสมาชิกมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมร่วมกัน ดังจะเห็นได้จากมาตรา 2 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม⁵⁰ ที่ได้บัญญัติถึงหลักการและวัตถุประสงค์ของการร่วมมือกันในสนธิสัญญากรุงโรม และยังปรากฏอย่างชัดเจนในมาตรา 3(g)⁵¹ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันมิให้เกิดการบิดเบือนภาวะตลาดที่แท้จริง

เหตุผลเบื้องหลังที่มีการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป เกิดจากความเชื่อว่า

⁴⁹ วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์, “การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 78.

⁵⁰ EC Treaty Article 2

“The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States”

⁵¹ EC Treaty Article 3(g) “a system ensuring that competition in the internal market is not distorted”

“การแข่งขันเป็นแรงกระตุ้นที่ดีที่สุดของการดำเนินงานทางเศรษฐกิจ เพราะว่าเป็นการประกันเสรีภาพในการกระทำสำหรับทุกคนอย่างหนึ่ง การมีนโยบายการแข่งขันที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาจะมีผลให้โครงสร้างของการจำหน่ายและการปรับตัวทางเศรษฐกิจเป็นไปได้ง่ายและมีความต่อเนื่อง การแข่งขันย่อมทำให้การดำเนินงานต่างๆ มีสมรรถภาพดีขึ้นและมีความแข็งแกร่งอย่างต่อเนื่อง อันเป็นเงื่อนไขพื้นฐานในการสร้างมาตรฐานของการครองชีพและอนาคตของการจ้างงานภายในกลุ่มประเทศของประชาคม จากแนวความคิดนี้จะเห็นได้ว่านโยบายการแข่งขันจึงเป็นวิธีการที่ดียิ่งในการสนองความต้องการของบุคคลและของส่วนรวมของสังคมเรา”⁵²

ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปจึงมีบทบัญญัติที่คุ้มครองและรองรับการกระทำใดๆ เพื่อส่งเสริมให้การแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประโยชน์ระหว่างประเทศสมาชิก

เมื่อพิจารณาจากหลักการและเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับนโยบายการแข่งขันทางการค้าสามารถสรุปวัตถุประสงค์ของกลุ่มประชาคมยุโรปได้ ดังนี้⁵³

- (1) เพื่อป้องกันมิให้เกิดอุปสรรคทางการค้าในตลาดร่วมของกลุ่มประชาคมยุโรป
- (2) เพื่อดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพอันจะนำมาสู่ตลาดร่วมของกลุ่มประชาคมยุโรป
- (3) เพื่อกระตุ้นให้เกิดความมีประสิทธิภาพ โดยการพัฒนาทางเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์ รวมถึงการสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ

จากวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาและเหตุผลของการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวข้างต้นจึงนำมาซึ่งบทบัญญัติมาตรา 81 ถึง 89 อันเป็นบทกฎหมายที่รองรับวัตถุประสงค์การแข่งขันทางการค้าแห่งสนธิสัญญากรุงโรมให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์ โดยมีมาตรา 81 เป็นมาตราสำคัญที่บัญญัติถึงการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดร่วมและมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันโดยบทยกเว้นของกฎหมาย

⁵² Commission of the European Communities, First Report on Competition Policy (1972)

⁵³ วิจิต มั่นตาภรณ์, นโยบายการแข่งขันและกิจการรวมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป, วารสารนิติศาสตร์ 1, 13 (มีนาคม 2526), หน้า 125.

โดยที่พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์นี้ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 81(1) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปที่บังคับใช้กับกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ โดยแบ่งออกเป็น 4 ส่วนด้วยกัน คือ (1) โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (2) การกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ ตามมาตรา 81(1) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม (3) การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ โดยบทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม และ (4) สรุปเนื้อหากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

3.2.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในการดำเนินนโยบายและบังคับใช้สนธิสัญญากรุงโรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปที่ทำหน้าที่ดูแลอยู่ 4 หน่วยงานด้วยกัน⁵⁴ คือ (1) คณะมนตรี (Council) (2) คณะกรรมาธิการ (Commission) (3) รัฐสภายุโรป (European Parliament) และ (4) ศาลยุติธรรมแห่งประชาคม (The Community Courts) ทั้งสี่หน่วยงานมีหน้าที่หลักดังนี้

3.2.1.1 คณะมนตรี (Council)

หน้าที่หลักของคณะมนตรี คือ การสร้างนโยบายทางเศรษฐกิจโดยทั่วไปของประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องกัน รวมทั้งมีอำนาจออกกฎหมายเพื่อบังคับให้นโยบายดังกล่าวเป็นผลสำเร็จ ดังนั้น คณะมนตรีจึงเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประชาคมยุโรปได้อย่างกว้างขวาง การออกกฎหมายอนุบัญญัติมี 2 รูปแบบด้วยกัน คือ Regulation และ Directive แต่อย่างไรก็ตามแม้อำนาจในการออกกฎหมายอนุบัญญัติจะเป็นของคณะมนตรีก็ตาม แต่ในขั้นตอนของการเสนอกฎหมายอนุบัญญัตียังคงต้องรอการเสนอร่างจากคณะกรรมาธิการก่อน

⁵⁴ Kerse, C.S, *E.C. Antitrust Procedure*, fourth edition (London : Sweet&Maxwell, 1998), p 37-42.

* กรณีของ Regulation นั้น เมื่อมีการบัญญัติออกมาแล้วจะมีผลผูกพันเป็นกฎหมายโดยตัว Regulation เอง รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามทันที ส่วนกรณีของ Directive จะมีผลผูกพันเฉพาะในส่วนของผลสำเร็จที่ระบุไว้และภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้เท่า

3.2.1.2 คณะกรรมาธิการ (Commission)

ตามสนธิสัญญากรุงโรมมาตรา 211 คณะกรรมาธิการแห่งกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปเป็นหน่วยงานที่มีบทบาทอย่างมากเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งเปรียบเสมือนเป็นผู้พิทักษ์กฎหมาย⁵⁵ โดยหน้าที่หลักของคณะกรรมาธิการสามารถกล่าวโดยสรุป คือ การบังคับใช้กฎหมายตามสนธิสัญญากรุงโรมโดยการให้คำแนะนำหรือความเห็นต่างๆ และมีอำนาจในการวินิจฉัยด้วยตนเอง ตลอดจนมีหน้าที่ในการเข้าร่วมพิจารณาเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการต่างๆ ของรัฐสภาภายในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป⁵⁶ นอกจากนี้คณะกรรมาธิการยังมีอำนาจครอบคลุมไปถึงการค้นหาพยานหลักฐานและมีอำนาจการลงโทษหากพบว่ามีกรกระทำผิดเกิดขึ้น ซึ่งคณะกรรมาธิการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบต่างๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรมต่อประเทศสมาชิกทุกประเทศ

3.2.1.3 รัฐสภายุโรป (European Parliament)

รัฐสภายุโรปมาจากการเลือกตั้งโดยตรงและทั่วไประหว่าง (Direct and Universal Suffrage) โดยพลเมืองของประเทศสมาชิกทั้งหมดของสหภาพยุโรป ซึ่งได้จัดให้มีการเลือกตั้งมาตั้งแต่ ค.ศ. 1979 จนถึงปัจจุบัน

อำนาจหลักของรัฐสภายุโรปแท้จริงแล้วไม่มีอำนาจนิติบัญญัติเหมือนรัฐสภาทั่วไป โดยอำนาจส่วนใหญ่จะเป็นการให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายและรายงานประจำปีของคณะกรรมาธิการเกี่ยวกับกิจกรรมว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น ดังนั้น อำนาจและหน้าที่ของรัฐสภายุโรปจึงไม่มีผลกระทบกับตัวบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยตรง แต่อย่างไรก็ดีรัฐสภายุโรปก็มีอำนาจในการควบคุมคณะกรรมาธิการโดยการตั้งกระทู้ถาม และกำหนดให้คณะกรรมาธิการจะต้องตอบกระทู้ด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรและจัดพิมพ์รายงานการถามตอบกระทู้ลงใน Official Journal of the European Union⁵⁷ นอกจากนี้ยังมีอำนาจที่จะแต่งตั้ง

นั้น โดยรัฐสมาชิกจะต้องเป็นผู้ดำเนินการให้เกิดกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐนั้นๆ เองที่จะก่อให้เกิดผลที่ Directive นั้นๆ ต้องการให้เป็น

⁵⁵ วิจิต มันทาภรณ์, นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป, วารสารนิติศาสตร์ 1, 13 (มีนาคม 2526), หน้า 126.

⁵⁶ Roth, P.M. Qc. European Community Law of Competition. Fifth edition (London: Sweet&Maxwell, 2001), p 9.

⁵⁷ อภิญา เสือนจวี, กฎหมายสหภาพยุโรป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 66.

ผู้ตรวจการ (Ombudsman) ประธานคณะกรรมการสิทธิการ และคณะกรรมการซึ่งจำเป็นที่จะต้องได้รับมติจากรัฐสภาในการดำรงตำแหน่ง⁵⁸ ฉะนั้น รัฐสภายุโรปจึงยังเป็นหน่วยงานสำคัญหน่วยงานหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกลุ่มประชาคมยุโรปเช่นกัน

3.2.1.4 ศาลยุติธรรมแห่งประชาคม (The Community Courts)

ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมแบ่งออกเป็น 2 ศาลด้วยกัน คือ ศาลชั้นต้นแห่งกลุ่มประชาคมยุโรป (The Court of First Instance of the European Communities) และศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (The European Court of Justice) ศาลชั้นต้นและศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปมีหน้าที่เหมือนกัน⁵⁹ คือ บังคับใช้กฎหมายแห่งประชาคมให้มีการตีความและการปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกลุ่มประชาคม โดยศาลชั้นต้นจะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาเบื้องต้นจากการยื่นฟ้องไม่ว่าในนามบุคคลธรรมดาหรือในนามประเทศสมาชิกก็ตาม จากนั้นหากฝ่ายใดไม่พอใจกับคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นดังกล่าว จะต้องอุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป โดยศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปจะเป็นผู้พิจารณาอีกครั้งหนึ่ง แต่ในการพิจารณานี้จะพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น⁶⁰ โดยศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปจะเป็นเพียงผู้เดียวที่มีอำนาจตีความกฎหมายและวินิจฉัยความถูกต้องในการบังคับใช้กฎหมายของศาลชั้นต้นได้ ในการพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าวศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปจะไม่พิจารณาในปัญหาข้อเท็จจริงแต่อย่างใด⁶¹ โดยส่วนใหญ่แล้วการพิจารณาของศาลยุติธรรมยุโรปจะมีประเด็นการพิจารณา คือ เขตอำนาจในการพิจารณา กระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ การบังคับใช้ข้อบัญญัติตามสนธิสัญญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นไปอย่างถูกต้องหรือไม่ การใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบหรือไม่ หรือกรณีที่มีคณะกรรมการจะมีคำวินิจฉัยลงโทษบุคคลใด หากศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาแล้วพบว่าไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายก็ย่อมมีอำนาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งของคณะกรรมการได้ ดังนั้น ศาลยุติธรรมยุโรปจึงเป็นองค์กรที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการวางหลักและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

⁵⁸ Ibid, p 8.

⁵⁹ http://curia.eu.int/en/instit/presentationfr/index_tpi.htm (dated 17 May 2006)

⁶⁰ Wish, Richard. *Competition Law*. Fifth edition (London : Butterworths, 2003), p 56.

⁶¹ Ibid.

3.2.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ตามมาตรา 81(1) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรป มีบทมาตราที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ คือ มาตรา 81 โดยจะแบ่งออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกเป็นบทห้ามมิให้กระทำการจำกัดการแข่งขันโดยปรากฏในมาตรา 81(1) ส่วนที่สองเป็นการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันโดยบทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3)

ตามมาตรา 81(1)⁶² นี้เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดการบิดเบือนหรือจำกัดการแข่งขันที่ส่งผลกระทบต่อตลาดร่วมในระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน โดยจะควบคุมในลักษณะของข้อตกลง (Agreement) การตัดสินใจ (Decision) และการปฏิบัติในแนวทางเดียวกัน (Concerted practices) ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเพื่อมิให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดอันเป็นการกีดกันการสร้างตลาดร่วมและการพัฒนาเศรษฐกิจของกลุ่มประชาคมยุโรป

ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) จะถูกจัดอยู่ใน 2 ลักษณะ คือ การกำหนดตัวผู้ซื้อ (Exclusive purchasing) และการกำหนดตัวผู้ขาย (Exclusive supply)

⁶² Treaty of Rome

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"

การกำหนดตัวผู้ซื้อ (Exclusive purchasing) หมายถึง การที่ผู้ซื้อตกลงที่จะซื้อสินค้าจากผู้ขายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว⁶³

การกำหนดตัวผู้ขาย (Exclusive supply) หมายถึง การที่ผู้ขายตกลงที่จะขายสินค้าแต่เพียงผู้เดียวให้แก่ผู้ซื้อสินค้า⁶⁴ ซึ่งรวมถึงการที่ผู้ผลิตมอบหมายให้ผู้จัดจำหน่ายรายใดรายหนึ่งเป็นผู้จำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียวภายในอาณาเขตหนึ่ง (Exclusive distribution⁶⁵) ด้วย

พฤติกรรมกำหนดยุติการให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งทั้งสองลักษณะต่างมีเป้าหมายที่จะสงวนหรือรักษาผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ผลิตแล้วแต่กรณี ไม่ให้เข้าทำการค้าขายหรือธุรกิจอื่นใดกับผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่ง จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมทั้งสองมีลักษณะเปรียบเทียบเสมือนกระจกที่สะท้อนกันและกัน กล่าวคือลักษณะและข้อตกลงดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกันแต่มีความแตกต่างเพียงสถานะของผู้ตกลงเท่านั้น อย่างไรก็ตามไม่ว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) จะถูกแบ่งแยกในลักษณะใด หากการตกลงนั้นเข้าองค์ประกอบเงื่อนไขตามมาตรา 81(1) การตกลงนั้นย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 81(1)

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 81(1) ประกอบด้วย 3 ส่วน ดังนี้

3.2.2.1 การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ (Undertakings)

ตามมาตรา 81(1) เป็นบทบัญญัติที่ห้ามถึงการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน ดังนั้น สิ่งที่จะต้องพิจารณา คือ ความหมายของผู้ประกอบการ เนื่องจากตามสนธิสัญญากรุงโรมก็ได้ให้คำนิยามหรือความหมายไว้แต่อย่างใด แต่สามารถสรุปจากแนวคำวินิจฉัยของศาลแห่งกลุ่มประชาคมยุโรปได้ ดังนี้

สถานะตามกฎหมายของผู้ประกอบการ

⁶³ P.M.Roth Qc, *European Community Law of Competition*, (London:Sweet&Maxwell,2001), p 572.

⁶⁴ Ibid., p 515.

⁶⁵ Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints (200/c 291/01), p32 (“...the supplier agrees to sell his products only to one distributor for resale in a particular territory...”)

ตามแนวการตัดสินของศาลแห่งกลุ่มประชาคมยุโรปถือว่าผู้ประกอบการตามความหมายมาตรา 81(1) ไม่จำกัดเฉพาะนิติบุคคลเท่านั้น หากมีการประกอบธุรกิจก็สามารถเป็นผู้ประกอบการได้ เช่น ในคดีของ *Holfner & Elser v. Macrotron*⁶⁶ ศาลได้ตีความรวมถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลใดๆ ซึ่งประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย

- ผู้ประกอบการจะต้องมีการกระทำที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือทางการค้า

ในคดีนี้ศาลยึดหลักว่านิติบุคคลสองฝ่ายซึ่งจดทะเบียนภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส ฝ่ายหนึ่งมีวัตถุประสงค์ทางการด้านการรับประกันภัยให้ความคุ้มครองของผู้ป่วยเจ็บและหญิงมีครรภ์ อีกฝ่ายมีวัตถุประสงค์การรับประกันภัยให้ความคุ้มครองของผู้ชราภาพ ซึ่งทั้งสองนิติบุคคลดังกล่าว ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามมาตรา 81(1) แต่หลังจากที่ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ แล้วศาลได้ตัดสินว่านิติบุคคลทั้งสองไม่ถือเป็นผู้ประกอบการ (Undertakings) ตามความหมายของมาตรา 81(1) เนื่องจากนิติบุคคลทั้งสองเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์การดำเนินงานเพื่อสาธารณะกุศลอย่างแท้จริง ประโยชน์ที่ให้ออกแทนจากการรับประกันภัยไม่ได้ตั้งอยู่บนเกณฑ์ของเงินประกันที่บุคคลแต่ละคนต้องชำระ โดยปรากฏตามคำวินิจฉัยในคดีระหว่าง *Poucet and Pistre v. AGF and Cancava*⁶⁷

แต่อย่างไรก็ตาม การตัดสินในคดีดังกล่าวมิได้หมายความว่า เพียงแต่เป็นองค์กรที่ทำการกุศลเท่านั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้ความหมายของคำว่า "ผู้ประกอบการ" ตามมาตรา 81(1) เนื่องจากต่อมาในคดี *Dutch Sectoral Pension Funds*⁶⁸ เป็นคดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งที่มีการวางหลักการเพิ่มเติมลงไปในเรื่องผู้ประกอบการโดยวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีว่า การรวมกัน (Collective agreement) ก่อตั้งกองทุนบำนาญ แม้กองทุนบำนาญจะเป็นกองทุนที่ไม่ได้แสวงหากำไร แต่ก็ถือเป็นผู้ประกอบการตามมาตรา 81(1) ด้วยเช่นกัน เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏแล้วว่าการให้ประโยชน์ตอบแทนของกองทุนขึ้นอยู่กับเงินลงทุนที่เข้ากองทุน และกองทุนยังสามารถพิจารณายกเว้นการให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ลูกจ้างได้ หากนายจ้างได้ให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ลูกจ้างเป็นจำนวนน้อยที่สุดเท่ากับที่กองทุนจะให้แก่ลูกจ้างคนนั้น อีกทั้งปรากฏข้อเท็จจริงทางคดีเพิ่มเติมอีกว่ากองทุน

⁶⁶ Case C-41/90 *Holfner & Elser v. Macrotron* [1991] I ECR 1979 [1993] 4 CMLR 306

⁶⁷ Case C-159 & 160/91 *Poucet and Pistre v. AGF and Cancava* [1993] ECR I-637

⁶⁸ Case C-67/96 *Albany* [1999] ECR I-5751, [2000] 4 CMLR 446

บ่านาญนี้มีลักษณะการดำเนินการที่แข่งขันกับบริษัทประกันภัยเอกชนด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งหลายแล้วศาลจึงวินิจฉัยว่ากองทุนบ่านาญนี้มีการทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องทางด้านเศรษฐกิจจึงถือว่าเป็นผู้ประกอบการตามมาตรา 81(1) เช่นกัน

- การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ⁶⁹

การกระทำร่วมกันจะต้องเป็นการกระทำของผู้ประกอบการอย่างน้อย 2 ฝ่ายที่มีอิสระจากกันและกัน ซึ่งไม่รวมถึงกรณีการตกลงระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูกที่เป็นสาขาที่ถึงแม้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลต่างกันก็ตาม โดยปรากฏในคดี *Christiani & Nielsen (1989)*

จากแนวคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ ข้างต้นจะเห็นว่าศาลได้ตีความครอบคลุมถึงสถานะของผู้ประกอบการที่อาจเป็นได้ทั้งนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาโดยไม่จำกัดคำนึงถึงสถานะตามกฎหมายและพิจารณาถึงลักษณะพฤติกรรมกระทำว่ามีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการค้าหรือไม่ เพราะหากมีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอย่างน้อย 2 รายขึ้นไปและผู้ประกอบการเหล่านั้นเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจหรือทางการค้าแล้ว ผู้ประกอบการนั้นย่อมมีฐานะเป็นผู้ประกอบการตามความหมายมาตรา 81(1) และการกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดได้

3.2.2.2 การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในการจำกัดการแข่งขัน

วัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 81(1) ได้บัญญัติไว้อย่างกว้างและครอบคลุมหลายลักษณะ ได้แก่

- การกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม
- การจำกัดหรือควบคุมการผลิตหรือสินค้า ควบคุมการพัฒนาทางด้านเทคนิค หรือการลงทุน
- การจำกัดส่วนแบ่งในตลาดและแหล่งสินค้า

⁶⁹ วิจิต มันทราภรณ์. นโยบายการแข่งขันและกิจการในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป. วารสารนิติศาสตร์. 13 มีนาคม 2526. หน้า 122-149.

- การใช้เงื่อนไขทางการค้าที่แตกต่างกันของคู่ค้าโดยก่อให้เกิดผลเสียทางการแข่งขัน
- การตกลงที่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่เพิ่มขึ้นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในลักษณะที่การตกลงนั้นเป็นสิ่งไม่จำเป็นหรือมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจและการดำเนินการนั้น

ในการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือผลกระทบอันเกิดจากการจำกัดการแข่งขันนั้น ศาลเคยวางหลักไว้ในคดีระหว่าง *Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm*⁷⁰ ว่า พฤติกรรมที่กล่าวว่าเป็นการกระทำร่วมกันไม่ว่าจะอยู่ในรูปของข้อตกลง คำสั่ง หรือการปฏิบัติแนวทางเดียวกันย่อมถือว่าเป็นความผิด หากพฤติกรรมร่วมกันดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่ามีผลกระทบอันเกิดจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งต่อมาในคดี *Consten and Grundig v. Commission*⁷¹ ศาลก็ได้วางหลักการในแนวทางเดียวกัน

ดังนั้น ตามกฎหมายของประชาคมยุโรปหากมีการกระทำร่วมกันเพียงแต่มี วัตถุประสงค์ที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันแล้วย่อมอาจเป็นความผิดตามมาตรา 81(1) ได้ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบว่าได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่

3.2.2.3 การกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก (Trade between Member States)

หลังจากที่ได้พิจารณาถึงองค์ประกอบ 2 ข้อข้างต้นแล้ว องค์ประกอบสำคัญข้อสุดท้ายของมาตรา 81(1) นี้ คือ ผลที่จะเกิดจากการจำกัดการแข่งขันนั้นกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่ การพิจารณาในข้อนี้จะไม่พิจารณาเฉพาะจากการซื้อขายสินค้าระหว่างรัฐเท่านั้น แต่จะพิจารณาถึงผลที่จะเกิดขึ้นต่อเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกด้วย โดยวัตถุประสงค์หลักในการพิจารณา คือ การกระทำนั้นจะต้องไม่กระทบต่อสภาพคล่องของการค้าขายสินค้า บริการ บุคลากร และเงินทุนต่างในระหว่างประเทศสมาชิก ดังนั้น พฤติกรรมที่จะถือว่าเป็นความผิดตามเงื่อนไขข้อนี้จะต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกอย่างน้อย 2 ประเทศ ทั้งนี้เนื่องจาก

⁷⁰ Case 56/56 [1996] ECR 235, p 249, [1996] CMLR 357, p 375.

⁷¹ Case 56 and 58/64 [1996] ECR 299, p 342, [1996] CMLR 418, p 473

กฎหมายของกลุ่มประชาคมยุโรปมีเจตนารมณ์ที่จะสร้างตลาดร่วมในกลุ่มประชาคมยุโรปให้มีความแข็งแกร่ง ฉะนั้น เงื่อนไขของกฎหมายจึงบัญญัติโดยมุ่งคุ้มครองผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกเป็นหลัก⁷²

ดังนั้น หากการตกลงการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขความผิดทั้ง 3 ข้อข้างต้นแล้วย่อมถือเป็นความผิดตามมาตรา 81(1) แต่อย่างไรก็ดีด้วยเหตุที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปยอมรับว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันบางกรณีอาจก่อให้เกิดประโยชน์ได้ สนธิสัญญากรุงโรมจึงบัญญัติข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 81(3) ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งด้วย โดยจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

3.2.3 การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์โดยบทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3)⁷³ แห่งสนธิสัญญากรุงโรม

ตามหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปเชื่อว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันบางกรณีสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดแก่สาธารณะได้ ดังนั้น บทบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปจึงมีบทมาตราที่มีลักษณะยืดหยุ่นเพื่อเปิดช่องให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้ ซึ่งบทมาตราที่กล่าวถึง คือ มาตรา 81(3) ซึ่งเป็นบทมาตราที่มีความสำคัญในการอนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันได้โดย

⁷² Wish, Richard. *Competition Law*. Fifth edition (London : Butterworths, 2003), p 137.

⁷³ Treaty of Rome

Article 81(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.

อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการอนุญาตนี้จะนำไปใช้กับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ด้วย

โดยที่พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ด้านหนึ่งก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด แต่อีกด้านหนึ่งก็สามารถสร้างประโยชน์ประสิทธิภาพให้เกิดขึ้น และกลุ่มประชาคมยุโรปเองก็ได้ยอมรับถึงประสิทธิภาพต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนี้ โดยปรากฏตามรายงานอย่างเป็นทางการของคณะกรรมการใน Green Paper on Vertical Restraint⁷⁴ ความว่า

"...they (exclusive dealing) can improve the production and distribution of goods because they enable the parties to plan production and sale with greater precision and for a longer period, to limit the risk to them of variation in market conditions, and to lower the costs of production, stocks and marketing. For small and medium sized enterprises such agreements are often the only way of entering the market and thus stimulating competition. They facilitate sales promotion and intensive marketing, because the supplier will generally help to improve the distribution network. Consumers benefit, because they can obtain the goods more regularly and more easily..."

กล่าวโดยสรุป คือ กลุ่มประชาคมยุโรปยอมรับว่าพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้น สามารถสร้างประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นในหลายด้าน เช่น การลดความเสี่ยงในการขายสินค้าหรือซื้อสินค้าจากความผันผวนของตลาด ลดต้นทุนการผลิต เป็นต้น นอกจากนี้พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งยังเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางที่อาจต้องนำกลยุทธ์นี้มาใช้ในตลาดเพื่อสร้างฐานตลาดการค้าให้แก่ตน

ด้วยความมีประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจึงนำไปสู่ปัญหาอันควรที่จะพิจารณาประการต่อมาว่า กลุ่มประชาคมยุโรปมีแนวการพิจารณาอนุญาตให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขอะไร โดยการนี้

⁷⁴ Green paper on Vertical Restraint, COM(96)721 final, [1997] 4 CMLR 519, p 37.

จะศึกษาจากบทมาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม ที่ได้บัญญัติเปิดช่องให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้เป็นสำคัญ

3.2.3.1 ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขัน

เนื่องจากลักษณะการบัญญัติตามมาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญากรุงโรมเป็นการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์กว้างๆ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีทฤษฎีเพื่อเป็นหลักที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยถึงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นว่ากรณีพฤติกรรมใดควรยอมรับและอนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งทฤษฎีที่นำมาปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปตามมาตรา 81(3) นี้ คือ ทฤษฎีหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) เช่นเดียวกับที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่อย่างไรก็ดี ยังคงมีความแตกต่างกันในการนำทฤษฎีหลักแห่งเหตุผลมาปรับใช้ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประชาคมยุโรป กล่าวคือ การใช้หลักแห่งเหตุผลในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมุ่งที่จะค้นหาประโยชน์ที่เกิดขึ้นและผลเสียที่เกิดขึ้นจากผลของการตกลงจำกัดการแข่งขันนั้น จากนั้นศาลจะเป็นผู้พิจารณาหาผลสุดท้ายที่เกิดขึ้นจากการตกลงจำกัดการแข่งขันที่มีต่อตลาดว่าเป็นอย่างไร⁷⁵ (net effect of the agreement on competition) หากผลสุดท้ายก่อให้เกิดประโยชน์มาก ศาลย่อมจะอนุญาตให้กระทำได้ แต่ในกรณีของกลุ่มประชาคมยุโรปจะนำทฤษฎีหลักแห่งเหตุผลมาปรับใช้ในลักษณะที่คำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มประชาคมเป็นหลัก โดยมีได้มองเพียงแง่มุมของผลสุดท้ายที่เกิดขึ้นจากการตกลงจำกัดการแข่งขันเท่านั้น ดังนั้น ความต่างจึงเกิดขึ้นตรงจุดนี้เองตรงที่ทฤษฎีหลักแห่งเหตุผลของกลุ่มประชาคมยุโรปจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ที่จะเกิดขึ้นเป็นหลัก แต่ทฤษฎีหลักแห่งเหตุผลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่ปรากฏหลักการเรื่องประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจน

ตัวอย่างที่ปรากฏในกลุ่มประชาคมยุโรป เช่น ในคดี *Metropole Television v Commission*⁷⁶ ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการผูกขาดทางด้านการถ่ายทอดรายการทางโทรทัศน์

⁷⁵ Verouden, Vincent, "Vertical agreements and article 81(1) EC: the evolving role of economic analysis," *Antitrust Law Journal* 71(2003): 541.

⁷⁶ Case T-528/93 *Metropole Television v Commission* [1996] ECR II-649

ซึ่งศาลได้กำหนดว่าการพิจารณาการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 81(3) จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของ "ประโยชน์สาธารณะ" (Public interest) เป็นสำคัญ โดยศาลได้กล่าวว่า

"...Admittedly, in the context of an overall assessment, the Commission is entitled to base itself on considerations connected with the pursuit of the public interest in order to grant exemption under Article 85 (3) (currently Article 81(3)) of the Treaty..."

มีข้อที่น่าสังเกตอีกประการหนึ่งในการใช้หลักแห่งเหตุผลนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะนำหลักแห่งเหตุผลมาปรับใช้ในลักษณะที่เป็นข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันอันถือเป็นความผิดสามารถถูกหักล้างได้ด้วยหลักแห่งเหตุผล โดยกำหนดให้เป็นภาระของผู้กระทำการจำกัดการแข่งขันในการพิสูจน์ว่าพฤติกรรมดังกล่าวของตนมีความชอบธรรมอันควรให้กระทำได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักแห่งเหตุผลของกลุ่มประชาคมยุโรปตรงที่ว่ากลุ่มประชาคมยุโรปจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่า การตกลงจำกัดการแข่งขันเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย⁷⁷

3.2.3.2 รูปแบบการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน โดยบทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3)

ตามมาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม กฎหมายเปิดโอกาสให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้ ซึ่งรวมไปถึงพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ โดยการอนุญาตตามมาตรา 81(3) นี้สามารถกระทำได้ใน 2 รูปแบบ คือ (1) การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block/Group exemption) และ (2) การอนุญาตแบบรายบุคคล (Individual exemption) ซึ่งในแต่ละรูปแบบก็จะมีเงื่อนไขที่แตกต่างกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.2.3.2.1 การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block/Group exemption)

⁷⁷ ยุทธนา คุ้มมี, "ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ศึกษาเฉพาะกรณีธุรกิจโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกยูบีซี," (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544) หน้า 42.

รูปแบบการอนุญาตแบบกลุ่มที่บังคับใช้กับพฤติกรรมกีดกันมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ถูกบัญญัติขึ้นและประกาศใช้ขึ้นครั้งแรก เนื่องจากเหตุผล 3 ประการด้วยกัน คือ

ประการแรกเริ่มขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1974 ด้วยผลของคดี Bayerishche Motoren Werke AG⁷⁸ หรือ BMW กล่าวคือ ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในอุตสาหกรรมยานยนต์ดังกล่าวทำให้คณะกรรมการเริ่มสังเกตเห็นและยอมรับว่าพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่เกิดขึ้นในช่องทางของการจัดจำหน่ายยานยนต์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งด้านระบบการจำหน่ายและตัวผู้บริโภค⁷⁹

ประการที่สอง คือ ลักษณะของสินค้าประเภทยานยนต์มีความแตกต่างจากสินค้าประเภทอื่น เนื่องจากต้องได้รับการดูแลและซ่อมแซมอย่างสม่ำเสมอจากผู้มีความรู้เฉพาะทางในสินค้านั้น⁸⁰

ประการที่สาม คือ เพื่อให้ตลาดยานยนต์ในกลุ่มประชาคมยุโรปสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้⁸¹

ดังนั้น จากเหตุผลทั้ง 3 ประการ ในระยะเวลาต่อมาจึงมีการพัฒนาและออกเป็น Regulation เพื่อกำหนดเกณฑ์ที่จะอนุญาตสำหรับพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันในอุตสาหกรรมยานยนต์ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมกีดกันมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ด้วย

⁷⁸ Bayerishche Motoren Werke AG OJ L 29, 3.2.75,p 1, [1975] 1 CMLR D 44, [1975] FSR 260

⁷⁹ Nalantidou, Sonia, Law and Economics of the block exemption regulation on car distribution and servicing agreements (European Master in Law and Economics, 2003), p 5. (available from http://www.emle.org/index_org.html dated 24 January 2006)

⁸⁰ Peart , Lee, "Block exemption Is Europe about to undergo an auto retailing revolution" (www.worldmarketsanalysis.com/infocus2002/articles/westwrope_blockexempt.html dated 7 January 2006)

⁸¹ Commission of the European Communities Com (1992) 166 final Brussels, 8 May 1992, p 1.

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน คณะกรรมาธิการได้ประกาศใช้ Regulation ที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในอุตสาหกรรมยานยนต์ทั้งหมดด้วยกัน 3 Regulation คือ Regulation 123/1985 ซึ่งเป็น Regulation แรกที่กำหนดเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มในอุตสาหกรรมยานยนต์ โดยเริ่มมีผลครั้งแรกตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.1985 จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน 1995 ต่อมา มีการปรับปรุงแก้ไขและประกาศใช้ Regulation 1475/1995 โดยเริ่มมีผลเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 1995 จนถึงวันที่ 30 กันยายน 2002 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขและประกาศใช้อีกครั้งหนึ่ง คือ Regulation 1400/2002 โดยเริ่มมีผลตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2002 จนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2010 ตามลำดับ ซึ่งในปัจจุบันการอนุญาตแบบกลุ่มในอุตสาหกรรมยานยนต์จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขแห่ง Regulation 1400/2002

การอนุญาตแบบกลุ่มที่ประกาศใช้ใน Regulation ต่างๆ จะพิจารณาถึงลักษณะของพฤติกรรมและคุณสมบัติของผู้กระทำการจำกัดการแข่งขันมากกว่าที่จะพิจารณาถึงตัวประสิทธิภาพที่อาจจะเกิดขึ้น โดยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันจะได้รับอนุญาตให้กระทำได้อีกต่อเมื่อการจำกัดการแข่งขันและผู้กระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นมีลักษณะและคุณสมบัติตามที่ Regulation กำหนดไว้ เมื่อการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวมีเงื่อนไขตามที่ Regulation กำหนดแล้วย่อมถือว่าได้รับการยกเว้นโดยไม่ต้องมีการร้องขออนุญาตจากคณะกรรมาธิการอีก และสามารถกระทำได้โดยทันที จึงเป็นข้อแตกต่างจากกรณีการอนุญาตแบบรายบุคคลที่จะไม่สามารถกระทำได้จนกว่าจะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมาธิการ⁸² ดังนั้น ลักษณะและเงื่อนไขคุณสมบัติที่ปรากฏใน Regulation คือ เกณฑ์พื้นฐานที่กลุ่มประชาคมยุโรปเชื่อว่าหากมีพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นภายใต้เกณฑ์ดังกล่าวแล้วย่อมเป็นที่ยอมรับว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นอยู่ในภาวะที่สามารถสร้างประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจในระดับที่น่าพอใจอันควรให้กระทำ ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า Regulation ที่ประกาศใช้นั้นเปรียบเสมือนเป็นตัวแทนในการพิจารณาทางเศรษฐกิจ (Economic agent) แห่ง มาตรา 81(3)⁸³ ที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์

3.2.3.2.2 การอนุญาตแบบรายบุคคล (Individual Exemption)

⁸² Wish, Richard, *Competition Law*, Fifth edition. (London : Butterworths, 2003), p169.

⁸³ Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, p 30.

การอนุญาตรูปแบบนี้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1962 ด้วยผลของ Council Regulation 17/1962 ที่ให้อำนาจคณะกรรมการ (Commission) แต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาตัดสินว่าพฤติกรรมการค้ากีดกันแข่งขันในลักษณะใดควรได้รับการอนุญาตให้กระทำ แต่อำนาจนี้จะไม่กระทบกระเทือนถึงอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ผู้ที่จะขออนุญาตกระทำการกีดกันแข่งขันจะต้องเป็นผู้แจ้งให้แก่คณะกรรมการทราบเพื่อทำการพิจารณาให้อนุญาต (Authorisation) ต่อไป โดยอำนาจการพิจารณาอนุญาตดังกล่าวจะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 81(3) แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันการอนุญาตในรูปแบบนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วด้วยผลของ Council Regulation 1/2003 เนื่องจากสาเหตุ 2 ประการ⁸⁴

ประการที่หนึ่ง คือ ปริมาณคำขอที่มีมากเกินไปจนไม่สามารถพิจารณาได้ทัน และยังเป็นสาเหตุของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจำนวนมาก

ประการที่สอง คือ การลดอำนาจของคณะกรรมการและกระจายอำนาจให้แก่ประเทศสมาชิก เนื่องจากข้อเท็จจริงต่างๆ และพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศสมาชิกองค์กรผู้ที่มีอำนาจหรือศาลของประเทศสมาชิกย่อมทราบถึงข้อเท็จจริงได้ดีกว่า ดังนั้น การกระจายอำนาจให้แก่องค์กรหรือศาลของแต่ละประเทศสมาชิกเป็นผู้ตัดสินจึงน่าจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่า

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาส่วนใหญ่แล้วคณะกรรมการมักจะใช้การอนุญาตรายบุคคลเพื่อช่วยผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม อย่างไรก็ตามการอนุญาตสำหรับบริษัทใหญ่ก็สามารถกระทำได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระยะหลังๆ คณะกรรมการได้มีแนวโน้มที่จะให้อนุญาตแก่บริษัทใหญ่ที่ต้องแข่งขันกับบริษัทใหญ่รายอื่นๆ ที่อยู่นอกกลุ่มประชาคมยุโรป⁸⁵

ปัจจุบันระบบการอนุญาตแบบรายบุคคลได้ถูกยกเลิกโดยการประกาศใช้ของ Council Regulation 1/2003 หรือที่เรียกกันว่า "Modernization Regulation" และการยกเลิกดังกล่าวจึงมีผลเป็นการคืนอำนาจให้แก่องค์กรภายในของแต่ละประเทศสมาชิกให้กลายเป็นผู้มี

⁸⁴ European Commission, White paper on Modernization of the rules implementing Article 85 and 86 of the EC treaty, 1999, p 19-20.

⁸⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพรัฐเอชที ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, (สิงหาคม 2542), หน้า 3-51.

อำนาจตีความบังคับใช้เกี่ยวกับการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 81(3) โดยตรง พร้อมทั้งทำให้เกิดหลักการประเมินตนเอง (Self-assessment) โดยผู้ประกอบการขึ้น เนื่องจากไม่มีหน่วยงานใดที่จะทำหน้าที่ดูแล้วว่าพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจของตนจะได้รับอนุญาตตามมาตรา 81(3) หรือไม่

3.2.3.3 แนวทางการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

3.2.3.3.1 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตแบบกลุ่ม (Block exemption)

เงื่อนไขการพิจารณาการอนุญาตแบบกลุ่มนี้โดยส่วนใหญ่แล้วจะถูกกำหนดขึ้นจากประสบการณ์ที่ผ่านมาในการพิจารณาบรรทัดของคณะกรรมการ⁸⁶ ซึ่งภายใต้ Regulation 1400/2002 จะพบว่าเงื่อนไขการพิจารณาอนุญาต เกี่ยวกับพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ (Exclusive dealing) จะถูกควบคุมใน 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่หนึ่งจะอยู่ภายใต้คำว่า "Exclusive supply obligation"⁸⁷ หมายถึง การกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) ซึ่งรวมถึงลักษณะการมอบหมายให้ผู้จัดจำหน่ายรายหนึ่งเป็นผู้จำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียวในอาณาเขตใดเขตหนึ่ง (Exclusive distribution) หรือที่เรียกว่า "การกำหนดตัวผู้ขาย"

ลักษณะที่สองจะอยู่ภายใต้คำว่า "Non-compete obligation"⁸⁸ หมายถึง การที่ผู้ผลิตกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายซื้อสินค้าจากผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียว (exclusive purchasing) หรือที่เรียกว่า "การกำหนดตัวผู้ซื้อ"

⁸⁶ Furse, Mark, Competition Law of UK and EC, (Oxford : Oxford university press, 2002), p 154.

⁸⁷ Regulation 1400/2002

Art 1(e) "Exclusive supply obligation means any direct or indirect obligation causing the supplier to sell the contract goods or services only to one buyer inside the common market for the purposes of a specific use of for resale"

⁸⁸ Regulation 1400/2002

Art 1(b) "non-compete obligation means any direct or indirect obligation causing the buyer not to manufacture, purchase, sell or resell goods or services which compete with the contract goods or services, or any direct or indirect obligation on the buyer to purchase from the supplier or from another undertaking designated by the supplier more than 30% of the buyer's total purchase of the contract goods,

ทั้ง 2 ลักษณะข้างต้นจะถูกกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตที่แตกต่างกัน เนื่องจากกลุ่มประชาคมยุโรปเชื่อว่าผลกระทบจากข้อตกลงทั้งสองลักษณะส่งผลต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาดที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจึงถูกแบ่งออกเป็น 2 กรณีตามที่ได้กล่าว

กรณีการกำหนดตัวผู้ขาย (Exclusive supply obligation)

การอนุญาตแบบกลุ่มกรณีการกำหนดตัวผู้ขายนี้ตาม Regulation 1400/2002 มีประเด็นพิจารณาที่เป็นเงื่อนไขสำคัญ 3 ประเด็น คือ

ประเด็นแรก เกณฑ์การพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด

ผู้ประกอบการที่จะได้รับอนุญาตจาก Regulation 1400/2002 จะต้องมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง เนื่องจากปริมาณส่วนแบ่งตลาดที่ปรากฏในตลาดที่เกี่ยวข้องจะแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น หากมีการตกลงจำกัดการแข่งขันจริง ซึ่งตาม Regulation ดังกล่าวเชื่อว่าหากผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง ผลเสียที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันย่อมอยู่ในระดับที่สมเหตุสมผลที่จะอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันได้ แต่หากกรณีที่ผู้ประกอบการมีระดับส่วนแบ่งตลาดที่เกินกว่าร้อยละ 30 การจำกัดการแข่งขันนั้นย่อมไม่อาจได้รับอนุญาตตาม Regulation นี้ เนื่องจากการกระทำนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น ในกรณีพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งที่เกิดในลักษณะของการกำหนดตัวผู้ขาย เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดจะพิจารณาจากปริมาณส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่เป็นผู้ขายสินค้าเป็นตัวชี้วัด

corresponding goods or services and their substitutes on the relevant market, calculated on the basis of the value of its purchases in the preceding calendar year. An obligation that the distributor sell motor vehicle from other suppliers in separate areas of the showroom in order to avoid confusion between the makes does not constitute a non-compete obligation for the purposes of this regulation, unless the distributor decides to have brand-specific sales personnel and the supplier pays all the additional costs involved;

* ตลาดที่เกี่ยวข้องตามความหมายของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปจะแบ่งการพิจารณาจาก 2 ปัจจัย ประการแรก คือ ตลาดเชิงสินค้าและประการที่สอง คือ ตลาดเชิงภูมิศาสตร์

ประเด็นที่สอง เกณฑ์การพิจารณาข้อตกลงที่มีลักษณะการจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาด (Hardcore restriction)

การกระทำการจำกัดการแข่งขันที่จะได้รับประโยชน์จาก Regulation นี้จะต้องเป็นการตกลงจำกัดการแข่งขันที่ปราศจากข้อตกลงที่มีลักษณะการจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาด (Hardcore restriction) เนื่องจากโดยส่วนใหญ่แล้วข้อตกลงที่มีลักษณะการจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาดมักไม่ก่อให้เกิดประสิทธิผลแต่อย่างใด ทั้งยังเป็นการสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นต่อภาวะของการแข่งขันในตลาดโดยตรง ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจะถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่ง Regulation 1400/2002 เช่น การจำกัดความสามารถของผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายที่จะกำหนดราคาขาย การจำกัดการจำหน่ายอะไหล่ให้แก่ผู้บริโภค เป็นต้น

ประเด็นที่สาม เกณฑ์การพิจารณาเรื่องระยะเวลาของข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน

ตาม Regulation นี้ อนุญาตให้มีการตกลงกำหนดตัวผู้ซื้อได้โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาสิ้นสุดของการตกลงจำกัดการแข่งขันทางการค้าเลย ซึ่งแตกต่างจาก Regulation 1475/95 ที่แต่เดิมมีความเชื่อว่าการกำหนดระยะเวลาการจำกัดการแข่งขันจะเป็นการปกป้องประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นได้ โดยใน Regulation เดิมได้กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำไว้ให้สามารถกระทำได้ถึง 4 ปี⁸⁹ เหตุที่มีได้กำหนดเงื่อนไขระยะเวลาไว้ใน Regulation 1400/2002 เพราะเชื่อว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในข้ออื่นเพียงพอแล้วที่จะเป็นหลักประกันถึงควมมีประสิทธิผลที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขัน

กรณีการกำหนดตัวผู้ซื้อ (non-complete obligation)

กรณีการกำหนดตัวผู้ซื้อนั้นมีประเด็นที่พิจารณาเพียงประเด็นเดียว คือ ประเด็นเรื่องความสับสนของผู้บริโภคที่มีต่อตัวสินค้าแบรนด์ (Brand confusion) ที่เคยปรากฏใน Regulation 1475/1995

* การจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาด (Hardcore restriction) หมายถึง ข้อตกลงที่ก่อให้เกิดผลเสียอย่างมากจึงต้องห้ามกระทำโดยเด็ดขาดและไม่อาจได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมาย โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 4 ของ Regulation 1400/2002

⁸⁹ Commission Regulation 1475/95 of 28 June 1995 on the application of article 85(3) of the Treaty to certain category of motor vehicle distribution and servicing agreements, p 139.

แรกเริ่มเดิมทีตาม Regulation 1475/1995 ผู้ผลิตสามารถกำหนดเงื่อนไขให้ผู้จำหน่ายซื้อสินค้าเฉพาะของตนเท่านั้น โดยตั้งอยู่บนเหตุผลประการเดียว คือ เรื่องความสับสนเกี่ยวกับสินค้ายานยนต์ของผู้ผลิต (Brand confusion)⁹⁰ เพราะถ้าหากมีการอนุญาตให้ผู้จำหน่ายสามารถซื้อสินค้ายานยนต์จากผู้ผลิตรายอื่นเพื่อนำมาจำหน่ายในสถานที่เดียวกันแล้วย่อมอาจทำให้ประชาชนเกิดความสับสนเกี่ยวกับคุณภาพและภาพลักษณ์ต่างๆ ของสินค้ายานยนต์ที่ผู้ผลิตอีกรายหนึ่งเป็นผู้ผลิตขึ้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียกระทบต่อธุรกิจของผู้ผลิตจึงควรอนุญาตให้กระทำได้

แต่จากอดีตที่ผ่านมาในการบังคับใช้ Regulation 1475/1995 ยังคงไม่ประสบความสำเร็จ ตลาดยานยนต์ในยุโรปยังไม่มีการแข่งขันกันในระดับที่น่าพึงพอใจ ซึ่งสาเหตุหนึ่งเกิดจากการที่ผู้จำหน่ายดำเนินธุรกิจในลักษณะที่พึ่งพิงผู้ผลิตมากเกินไปอันเป็นปัญหาสำคัญที่ได้รับการแก้ไขและปรับปรุงโดย Regulation 1400/2002⁹¹ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงมีการประกาศใช้ Regulation 1400/2002 เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ รวมถึงปัญหาที่ผู้จำหน่ายต้องดำเนินธุรกิจในลักษณะที่พึ่งพิงผู้ผลิตมากเกินไปทำให้ขาดความเป็นอิสระในการประกอบการจึงส่งผลให้ข้อตกลงการกำหนดตัวผู้ซื้อไม่สามารถกระทำได้ตาม Regulation 1400/2002 โดยกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวจัดอยู่ในกลุ่มเงื่อนไขเฉพาะ (specific condition) ที่จะได้รับการอนุญาตก็ต่อเมื่อการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งมาตรา 81(3) โดยมีได้อาศัยประโยชน์จาก Regulation 1400/2002 แต่อย่างใด ฉะนั้น ในกรณีของการตกลงกำหนดตัวผู้ซื้อจึงไม่อาจกระทำได้โดยอาศัยการอนุญาตแบบกลุ่มตาม Regulation 1400/2002

3.2.3.3.2 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 81(3)⁹²

⁹⁰ Article 3(3) of Commission Regulation 1475/95 of 28 June 1995 on the application of article 85(3) of the Treaty to certain category of motor vehicle distribution and servicing agreements

⁹¹ Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, p 31.

⁹² Treaty of Rome

Article 81(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;

อย่างไรก็ดีแม้พฤติกรรมกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ไม่ว่ากรณีการกำหนดตัวผู้ซื้อที่ดี หรือการกำหนดตัวผู้ขายที่ดีที่ไม่อาจได้รับอนุญาตให้กระทำตามเงื่อนไขที่ระบุใน Regulation 1400/2002 ก็มีได้หมายความว่าอาจจะไม่สามารถกระทำได้อีก เพราะแท้จริงแล้ว Regulation 1400/2002 เป็นเพียงเงื่อนไขที่ได้สันนิษฐานในเบื้องต้นเท่านั้น⁹³ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าพฤติกรรมกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 81(3) พฤติกรรมนั้นย่อมได้รับการอนุญาตให้กระทำ โดยมาตรา 81(3) จะเป็นหลักสำคัญที่บัญญัติอย่างกว้างๆ เพื่ออนุญาตให้พฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันสามารถเกิดขึ้นได้ โดยมีได้จำกัดเฉพาะพฤติกรรมกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์เท่านั้น แต่รวมไปถึงพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันในลักษณะอื่นๆ ด้วย

ดังนั้น ไม่ว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันจะเกิดขึ้นในลักษณะใด พฤติกรรมนั้นย่อมอาจได้รับการอนุญาตให้กระทำภายใต้เกณฑ์การพิจารณาตามมาตรา 81(3) ทั้งสิ้น ถึงแม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะไม่เข้ากรณีการอนุญาตแบบกลุ่มที่ออกโดย Regulation 1400/2002 โดยเงื่อนไขตามมาตรา 81(3) ประกอบด้วย 4 เกณฑ์สำคัญ ดังนี้

เกณฑ์ประการที่หนึ่ง คือ พฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องก่อให้เกิดการปรับปรุงการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า หรือเป็นการส่งเสริมทางด้านเทคนิคและกระบวนการทางเศรษฐกิจ

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำและความหมายดังกล่าวแล้วอาจเรียกโดยรวมได้ว่าเป็นเกณฑ์แห่งประสิทธิภาพ (Efficiency gains) ที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำการจำกัดการแข่งขันเพราะเป็นการบัญญัติในลักษณะที่กล่าวถึงประสิทธิภาพที่อาจจะเกิดขึ้นหากมีการกระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้านั้น แต่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นอย่างน้อยที่สุดจะต้องเพียงพอที่จะชดเชยต่อความเสียหายจากการจำกัดการแข่งขันนั้น เช่น

คดี Consten and Grundig v Commission

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

⁹³ Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, p 30.

โดยศาลได้กล่าวว่า

"...The improvement must in particular show appreciable objective advantages of such a character as to compensate for the disadvantages which they cause in the field of competition..."

โดยที่ประสิทธิภาพตามเกณฑ์ประการที่หนึ่งนี้ อาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะด้วยกัน แต่จากการพิจารณาตัดสินของกลุ่มประชาคมยุโรปที่ผ่านมาปรากฏว่ากลุ่มประชาคมยุโรปมีแนวโน้มที่จะยอมรับถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นใน 2 แง่มุม⁹⁴ คือ ประสิทธิภาพทางด้านต้นทุน (Cost efficiencies) และประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ (Qualitative efficiencies)

- ประสิทธิภาพทางด้านต้นทุน (Cost efficiency) คือ เกิดการประหยัดทางด้านต้นทุนซึ่งอาจเป็นผลมาจากการตกลงการจำกัดการแข่งขันในลักษณะที่เป็นการพัฒนาด้านการผลิตและกระบวนการผลิต การประหยัดทางด้านขนาด (Economics of scale) หรือการควบคุมการจำหน่ายสินค้า (Planning of production) เช่น การตกลงจำกัดการผลิตขึ้นส่วนในโรงงานเพื่อลดต้นทุนการผลิตยาวนานย่น จึงทำให้ราคาต้นทุนการผลิตลดลงและส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าที่ถูกลง เป็นต้น

- ประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ (Qualitative efficiency) คือ ประโยชน์ที่เกิดขึ้นในแง่ของการปรับปรุงคุณภาพ (Quality improvement) หรือ ประสิทธิภาพเชิงคุณภาพต่อสภาพธุรกิจนั้น (Efficiency of a qualitative nature) จากอรรถคดีที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่ ประสิทธิภาพเชิงคุณภาพจะเกิดขึ้นบ่อยครั้งมากกว่าประสิทธิภาพทางด้านต้นทุน⁹⁵ โดยประสิทธิภาพเชิงคุณภาพอาจเกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันที่ก่อให้เกิดการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าและกระบวนการผลิต อันส่งผลต่อการผลิตสินค้าให้สามารถผลิตสินค้าได้โดยที่ไม่สิ้นเปลืองทรัพยากร ซึ่งประสิทธิภาพดังกล่าวจะนำไปสู่การผลิตสินค้าใหม่ ปรับปรุงการผลิต และขยายฐานการผลิต เป็นต้น

⁹⁴ Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Official Journal of the European Union , p 105.

⁹⁵ Ibid., p 107.

เกณฑ์ประการที่สอง คือ การกระทำการจำกัดการแข่งขันจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ในสัดส่วนที่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (fair share to consumer)

นอกจากการจำกัดการแข่งขันจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพขึ้นตามเกณฑ์ประการที่หนึ่งแล้ว ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องกระจายไปยังผู้บริโภคในสัดส่วนที่เป็นธรรม ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในข้อนี้ คือ คำว่า "ผู้บริโภค" มีความหมายครอบคลุมเพียงใด และสัดส่วนที่เป็นธรรมหมายถึงสัดส่วนเท่าใด

จากการศึกษาหลักกฎหมายและอรรถคดีที่เกิดขึ้นสามารถสรุปได้ดังนี้

คำว่า "ผู้บริโภค" นั้น หมายถึงผู้บริโภคสินค้าโดยตรงและโดยอ้อม⁹⁶ ซึ่งรวมถึงกรณีที่ผู้ผลิตที่บริโภคสินค้าเพื่อใช้เป็นวัตถุดิบด้วย มิใช่หมายความแต่เพียงว่าผู้บริโภคที่เป็นผู้ซื้อสินค้าเพื่อใช้ส่วนบุคคลเท่านั้น นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงผู้บริโภคที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปอีกด้วย

คำว่า "สัดส่วนที่เป็นธรรม" หมายถึง ประโยชน์หรือประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจะต้องมีปริมาณหรือสัดส่วนอย่างน้อยที่สุดเท่ากับจำนวนที่พอเพียงกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันนั้นต่อผู้บริโภค เช่น กรณีที่การจำกัดการแข่งขันมีผลให้ราคาสินค้าสูงขึ้น ผู้บริโภคจะต้องได้รับการชดเชยความเสียหายดังกล่าวอาจโดยการเพิ่มคุณภาพสินค้าหรือประโยชน์ตอบแทนอื่น เป็นต้น⁹⁷

เกณฑ์ประการที่สาม คือ การกระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องเป็นการกำหนดเงื่อนไขการจำกัดการแข่งขันที่จะขาดเสียมิได้ต่อการสร้างประสิทธิภาพให้เกิดขึ้น

เกณฑ์ข้อนี้มีหลักการพิจารณา 2 ประการด้วยกัน⁹⁸ คือ ประการแรก ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องก่อให้เกิดประสิทธิภาพที่สมเหตุสมผลต่อการจำกัดการแข่งขัน ประการที่สอง ข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ไม่มียุติวิธีอื่นใดแล้วที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในเรื่องนั้นๆ ได้

⁹⁶ Roth, P.M. Qc. European Community Law of Competition, p 172.

⁹⁷ Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Official Journal of the European Union , p 110.

⁹⁸ Ibid., p 107.

เพราะหากยังมีวิธีการอื่นที่สมควรและสามารถกระทำได้แล้วย่อมไม่มีเหตุผลอันใดที่ควรที่จะจำกัดการแข่งขันอีก โดยเกณฑ์ข้อนี้มุ่งที่จะควบคุมมิให้เกิดการจำกัดการแข่งขันที่มากเกินไป

เกณฑ์ประการที่สี่ คือ การจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะต้องไม่เชื้อโอกาสให้แก่ผู้ประกอบการที่จะสามารถจำกัดการแข่งขันในสวนสำคัญได้

เกณฑ์ประการสุดท้ายนี้แสดงให้เห็นได้ว่า ในท้ายสุดแล้วไม่ว่าการจำกัดการแข่งขันนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากเท่าใดก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นเป็นการเปิดโอกาสให้แก่ผู้ที่จำกัดการแข่งขันกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรง การจำกัดการแข่งขันนั้นย่อมไม่ควรที่จะอนุญาตให้เกิดขึ้น โดยการพิจารณาในเรื่องนี้จะนำหลักการของผู้มีอำนาจเหนือตลาดมาประกอบการพิจารณาถึงประโยชน์และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น เช่น ในคดี *Van Landewyck v Commission*⁹⁹ ศาลได้ยึดหลักว่าสัญญาที่มีข้อตกลงจำกัดการแข่งขันที่มีผลกระทบต่อตลาดสินค้าบุหรี่ปริมาณ 80 ของตลาดที่เกี่ยวข้องย่อมไม่สมควรที่จะอนุญาตให้กระทำได้ แม้การจำกัดการแข่งขันนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพขึ้นก็ตาม¹⁰⁰

ดังนั้น แม้พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ กรณีการกำหนดตัวผู้ซื้อที่ดี หรือกรณีการกำหนดตัวผู้ขายที่ดี ไม่ต้องด้วยเงื่อนไขตาม Regulation 1400/2002 แล้วก็ตาม แต่หากพฤติกรรมดังกล่าวสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 81(3) ทั้ง 4 ประการข้างต้น พฤติกรรมนั้นย่อมสามารถกระทำได้

3.2.3.3.3 ศึกษาแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

เนื่องจากการพิจารณาส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ของกลุ่มประชาคมยุโรปจะเป็นการวินิจฉัยโดยใช้เงื่อนไขของ Regulation เป็นเกณฑ์ โดยจะพิจารณาเพียงแค่ว่าหากพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจใดไม่เข้าเงื่อนไขแห่ง Regulation แล้วย่อมไม่อาจได้รับอนุญาต

⁹⁹ Case 209/78 [1980] ECR 3125, [1981] 3 CMLR 134.

¹⁰⁰ Wish, Richard. *Competition Law*, p 159.

ให้กระทำได้ ดังนั้น คำวินิจฉัยเหล่านั้นจึงเพียงแต่พิจารณาเงื่อนไขของ Regulation เท่านั้น จะไม่ได้วิเคราะห์ถึงความมีประโยชน์หรือประสิทธิภาพอันเป็นเหตุผลที่แท้จริงที่จะอนุญาตให้พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจสามารถกระทำได้

แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาได้พบคดีที่น่าสนใจที่ได้วิเคราะห์ถึงพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ไว้ ดังนี้

คดี Bayerishche Motoren Werke AG¹⁰¹

คดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Bayerishche Motoren Werke AG ("BMW") ได้ยื่นขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันแบบรายบุคคล (Individual exemption) โดยขอกระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้สัญญาจัดจำหน่ายกับบริษัทค้าส่งและผู้จัดจำหน่ายรายใหญ่ในประเทศเยอรมัน ซึ่งหนึ่งในข้อตกลงดังกล่าว คือ การห้ามมิให้บริษัทค้าส่งและผู้จัดจำหน่ายซื้อสินค้า รถยนต์ อะไหล่ อุปกรณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับรถยนต์ที่มีได้มาตรฐานเทียบเท่ากับบริษัท BMW จากคู่แข่ง (not deal competing product) เว้นแต่ได้รับอนุญาตจาก BMW เมื่อมีเหตุผลอันสมควร ซึ่งในคดีนี้มีประเด็นข้อพิพาทว่าการตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพตามมาตรา 81(3) หรือไม่ โดยคณะกรรมการการค้าได้มีคำวินิจฉัยอนุญาตให้การตกลงดังกล่าวสามารถกระทำได้ เนื่องจากคณะกรรมการการค้าให้ความสำคัญในเรื่องตัวสินค้าและคุณภาพของสินค้า BMW เป็นหลักสำคัญ

โดยคณะกรรมการการค้าได้กล่าวว่า

"...The fact that BMW dealers may not deal in competing products, should BMW withhold its consent, does mean that suppliers of motor vehicles, parts and accessories of makes other than BMW cannot normally use BMW dealers as sales intermediaries. Nevertheless the advantages of this clause outweigh its disadvantages. Since in principle appointed BMW dealers have to concentrate their efforts in selling vehicles and parts on BMW products, it may be expected that technical expertise and advice are provided for BMW vehicles and parts and that competition between the products of the different manufacturers of motor vehicles and parts is strengthened at the different levels of

¹⁰¹ Bayerishche Motoren Werke AG OJ L 29, 3.2.75,p 1, [1975] 1 CMLR D 44, [1975] FSR 260

distribution.... The prohibition against dealing in competing products is also confined to its essential content. BMW dealers are indeed prohibited, where BMW withholds consent, from selling new motor vehicles of other makes, from selling parts of other makes to dealers, and from selling to consumers such parts as are particularly important for the safety of BMW vehicles and which do not comply with the standard of quality of BMW parts...."

สรุป

คดีนี้คณะกรรมการได้วินิจฉัยอนุญาตให้ BMW สามารถทำข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งกับผู้จัดจำหน่ายของตนได้ โดยคณะกรรมการได้วินิจฉัยยอมรับถึงควมมีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นทั้งด้านการจัดจำหน่ายและคุณภาพสินค้าของบริษัท BMW โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องความปลอดภัยในตัวสินค้าของ BMW ที่มีต่อผู้บริโภค

3.2.4 สรุปเนื้อหากฎหมายการแข่งขันทางการค้ากลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ในอุตสาหกรรมยานยนต์ตามกฎหมายกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปจะแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การกำหนดตัวผู้ซื้อ (Exclusive purchasing) และการกำหนดตัวผู้ขาย (Exclusive supply/exclusive distribution) ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใดก็ตามอาจถือเป็นความผิดตามมาตรา 81(1) แห่งสนธิสัญญากรุงโรมได้

พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 81(1) จะถือเป็นความผิดก็ต่อเมื่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นเข้าองค์ประกอบสำคัญทั้ง 3 ประการ คือ (1) เป็นการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ (2) การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน และ (3) การกระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ดังนั้น หากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์เข้าองค์ประกอบเงื่อนไขทั้ง 3 ประการย่อมถือเป็นความผิดตามมาตรา 81(1)

แต่อย่างไรก็ดีสนธิสัญญากรุงโรมเองยอมรับว่าการกระทำการจำกัดการแข่งขันบางครั้งเป็นสิ่งจำเป็นและสามารถสร้างประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นได้ ฉะนั้น จึงมีบทมาตรา 81(3) เปิดโอกาสให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันบางกรณีสามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการรองรับถึงประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขัน

ในการพิจารณาอนุญาตให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้นได้นั้นจะต้องพิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 81(3) เป็นหลัก แต่เนื่องจากตามมาตรา 81(3) เป็นเพียงการบัญญัติถ้อยคำอย่างกว้างเพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการตีความและปรับใช้เข้ากับสภาพตลาดและพฤติกรรมแวดล้อมที่เกิดขึ้น ดังนั้น ศาลจึงจำเป็นต้องนำหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) มาใช้ แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญของสนธิสัญญากรุงโรม คือ การสร้างตลาดร่วมระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิก ฉะนั้น การใช้หลักดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ (Public interest) ซึ่งแตกต่างกับการใช้หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรป การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์สามารถทำได้ภายใต้บทยกเว้นของกฎหมายตามมาตรา 81(3) นี้ ซึ่งปรากฏอยู่ใน 2 รูปแบบด้วยกัน คือ (1) การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block exemption/Group exemption) และ (2) การอนุญาตแบบรายบุคคล การอนุญาตทั้งสองรูปแบบเป็นไปโดยผลของกฎหมาย ในส่วนของการอนุญาตแบบกลุ่มจะมุ่งพิจารณาถึงลักษณะและคุณสมบัติของผู้ประกอบการเป็นสำคัญ โดยถือว่า Regulation ที่ออกมาเพื่อให้มีผลเป็นการอนุญาตแบบกลุ่มเปรียบเสมือนตัวแทนทางเศรษฐกิจที่เชื่อว่าหากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันใดมีลักษณะครบถ้วนตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ใน Regulation แล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดประโยชน์อันควรให้กระทำได้ที่ ส่วนการอนุญาตแบบรายบุคคลปัจจุบันได้มีการยกเลิกแล้ว โดยผลของ Regulation 1/2003 ซึ่งส่งผลให้เป็นการผลักภาระให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการแต่ละรายที่จะต้องใช้นักการประเมินตนเอง (self assessment) จากนั้นองค์กรภายในหรือศาลภายในแต่ละประเทศสมาชิกจะเป็นผู้ตรวจสอบกลับกรองอีกชั้นหนึ่ง

อย่างไรก็ดีไม่ว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์จะเกิดขึ้นในรูปแบบใดก็ตาม หากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการตามมาตรา 81(3) แล้ว พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นย่อมสามารถกระทำได้

3.3 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย

ความเบื้องต้น

ประเทศออสเตรเลียเริ่มมีการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อแก้ปัญหาการกระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือลดการผูกขาดตลาดของผู้ประกอบการต่างๆ ในประเทศออสเตรเลีย ตั้งแต่ ค.ศ. 1906 กฎหมายฉบับแรกมีชื่อว่า "The Australian Industries Preservation Act" โดยเป็นกฎหมายที่นำหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Sherman Act 1890¹⁰² มาใช้บังคับ

แต่เนื่องจากกฎหมาย The Australian Industries Preservation Act ในสมัยนั้นขาดความมีประสิทธิภาพเป็นอย่างมากเพราะกฎหมายฉบับดังกล่าวจะมุ่งเน้นมิให้เกิดพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันอย่างเด็ดขาด ผลที่เกิดขึ้นตามมาคือ นักธุรกิจในประเทศออสเตรเลียได้รับผลกระทบอย่างรุนแรง¹⁰³ ดังนั้น ในเวลาต่อมาช่วงปี ค.ศ. 1965 จึงมีการปรับเปลี่ยนหลักการของกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อสร้างความยืดหยุ่นให้มากขึ้น โดยการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่ คือ Trade Practice Act 1965 กฎหมายฉบับนี้ได้วางระบบของการขออนุญาต (Authorization) ไว้ในกฎหมายประเทศออสเตรเลียขึ้นเป็นครั้งแรก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการควบคุมผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันเป็นกรณีๆ ไป

เหตุผลที่กฎหมาย Trade Practice Act 1965 ได้มีการบัญญัติมาตรการในเรื่องการขออนุญาตไว้ นั่นเกิดขึ้นจาก 2 สาเหตุ¹⁰⁴ ดังนี้

¹⁰² Fels, Allan, "Looking back on ten years of Australian Competition law," *Competition & Consumer Law Journal* Vol 11 (October 2003) : 15.

¹⁰³ Ibid, p 16.

¹⁰⁴ Fels Ao, Allan and Grimwade, Tim, "Authorisation: Is it still relevant to Australian competition," *Competition & Consumer Law Journal* Vol 11 (October 2003): 20.

ประการแรก การให้สัมปทานแก่ธุรกิจขนาดใหญ่กรณีพิเศษ (Concession granted to the big business lobby) และ

ประการที่สอง นักนิติศาสตร์ในสมัยนั้นสามารถเล็งเห็นแล้วว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันในบางครั้งก็เป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลที่ควรอนุญาตให้กระทำได้

จากเหตุผลดังกล่าวจึงมีการนำเอาระบบการขออนุญาตมาบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย พร้อมกับกฎหมาย Trade Practice Act 1965 ก็ได้นำหลักเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public benefit) มาเป็นเกณฑ์ในการประกอบการพิจารณาอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ แต่หากพิจารณาแล้วปรากฏว่าพฤติกรรมใดก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะแล้วก็จะถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายและไม่อาจมีการอนุญาตให้กระทำได้

อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้มีปัญหาอย่างมากในการบังคับใช้เพราะมีวิธีการพิจารณาที่ยุ่งยาก ลำบากและเสียค่าใช้จ่ายสูง อีกทั้งในขณะนั้น กฎหมาย Trade Practice Act 1965 ยังถูกศาลมองว่าเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งประเทศออสเตรเลียอีกด้วย¹⁰⁵ ฉะนั้น ด้วยเหตุนี้เองจึงนำไปสู่การประกาศใช้กฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ Restrictive Trade Practices 1971 แต่เนื่องจากกฎหมายใหม่นี้ก็ยังคงยึดหลักการและแนวทางในการใช้บังคับเช่นเดียวกับ Trade Practice Act 1965 ดังนั้น ท้ายที่สุดแล้วการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้จึงไม่ประสบความสำเร็จเช่นเดียวกัน

ในเวลาต่อมา Senator L Murphy¹⁰⁶ ได้เป็นผู้ผลักดันให้มีการแก้ไขกฎหมาย จนในที่สุดจึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่ขึ้นอีกฉบับหนึ่ง นั่นก็คือ Trade Practice Act 1974 เพื่อแก้ไขปัญหามีอยู่ รวมถึงแก้ไขปัญหาที่อ้างว่าขัดรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งมีผลบังคับใช้ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

¹⁰⁵ สุธีร์ ศุภนิศย์, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย”, *วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์*, ปีที่ 16, 1 (มีนาคม, 2529): 70.

¹⁰⁶ Guild, Wayne, “Development in Trade Practices Law in Australia 1999-2001, An analysis of Part IV of the Trade Practices Act 1974,” *Journal of Law and Financial Management*, Vol 1, No 1(May 2003): 1.

มีข้อนำสังเกตประการหนึ่งว่าหากนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย คือ Trade Practice Act 1974 มาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น จะพบว่ากฎหมายออสเตรเลียได้รวมเรื่องการแข่งขันทางการค้าและเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน¹⁰⁷ นอกจากนี้ยังได้รวมกฎระเบียบในการกำกับดูแลบางอุตสาหกรรมไว้ในกฎหมายฉบับนี้ด้วย เช่น การบินระหว่างประเทศและโทรคมนาคม เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วประเทศอื่นจะแยกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

3.3.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในการดำเนินการและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า The Trade Practice Act 1974 จะมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่ทำหน้าที่ดูแลอยู่ 4 หน่วยงานด้วยกัน คือ (1) คณะกรรมาธิการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (the Australian Competition and Consumer Commission) (2) สภาที่ปรึกษาควบคุมการแข่งขันทางการค้าแห่งชาติ (The National Competition Council) (3) องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศออสเตรเลีย (the Australian Competition Tribunal) และ (4) ศาลสหพันธรัฐประเทศออสเตรเลีย (The Federal Court of Australia) ทั้ง 4 หน่วยงานมีหน้าที่หลักดังนี้

3.3.1.1 คณะกรรมาธิการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (the Australian Competition and Consumer Commission – “ACCC”)

คณะกรรมาธิการการแข่งขันทางการค้าได้ถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดูแลและบังคับใช้กฎหมาย Trade Practice Act 1974 โดยตรง มีอำนาจหน้าที่หลักสำคัญ 3 ประการ¹⁰⁸ คือ ประการแรก ดำเนินการฟ้องร้องผู้ละเมิดกฎหมายต่อศาล ประการที่สอง พิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน (Authorisation) ประการสุดท้าย พิจารณาออกคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยการแจ้ง (Notification) ของผู้ประกอบการ

¹⁰⁷ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย, (กันยายน 2546), หน้า 181.

¹⁰⁸ Fels, Allan, “The Future of Competition Law”, School of Government (December 2003), p 3-4.

ในทางปฏิบัตินั้น คณะกรรมาธิการการแข่งขันทางการค้าจะมีอำนาจในการสืบสวน สอบสวนและดำเนินคดีเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน และรวมทั้งมีอำนาจออกคำสั่งอนุญาตหรือเพิกถอนการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งในการพิจารณาอนุญาตหรือเพิกถอนพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน ในแต่ละคราวนั้น คณะกรรมาธิการจะต้องคำนึงถึงความสำคัญของประโยชน์สาธารณะและผู้บริโภค เป็นสำคัญ โดยคณะกรรมาธิการจะไม่เพียงแต่มุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองไปถึงพฤติกรรมกรรมการกระทำระหว่างหน่วยธุรกิจด้วย ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรมในการประกอบ ธุรกิจให้เกิดขึ้นอีกด้วย

3.3.1.2 สภาที่ปรึกษาควบคุมการแข่งขันทางการค้าแห่งชาติ (The National Competition Council- NCC)

สภาที่ปรึกษาควบคุมการแข่งขันแห่งชาตินี้ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1995 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือรัฐบาลแห่งประเทศออสเตรเลียให้สามารถดำเนินงานจนบรรลุผลสำเร็จตามนโยบายการแข่งขันทางการค้าแห่งชาติ (National Competition Policy) และยังเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการพัฒนาและการดำเนินการตามนโยบายการแข่งขันแห่งชาติของประเทศออสเตรเลียอีกด้วย¹⁰⁹

โดยสภานี้จะมีหน้าที่หลัก 3 ประการด้วยกัน คือ ประการแรก มีหน้าที่ประเมินความก้าวหน้าในการพัฒนาปรับปรุงการแข่งขันทางการค้า รวมถึงให้คำแนะนำเกี่ยวกับการให้เงินช่วยเหลือจากรัฐบาลให้แก่รัฐแต่ละพื้นที่ ประการที่สอง มีหน้าที่ดำเนินโครงการต่างๆ ตามที่ได้รับการร้องขอจากรัฐบาลส่วนกลางของออสเตรเลีย และประการสุดท้าย มีหน้าที่ในการศึกษาและดำเนินการเฉพาะในเรื่องที่สอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันแห่งชาติของออสเตรเลีย

3.3.1.3 องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศออสเตรเลีย (The Australian Competition Tribunal)

องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศออสเตรเลียก่อตั้งขึ้นตามกฎหมาย Trade Practice Act 1965 และยังคงอยู่ภายใต้กฎหมาย Trade Practice Act 1974

¹⁰⁹ <http://www.ncc.gov.au/> (dated 4 June 2006)

องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้านี้เดิมมีชื่อว่า Trade Practice Tribunal แต่หลังจากปี ค.ศ. 1965 ได้มีการเปลี่ยนชื่อเป็น The Australian Competition Tribunal แทน

องค์คณะพิจารณาการแข่งขันนี้มีหน้าที่หลักในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) เพื่อถ่วงดุลและตรวจสอบความถูกต้องและความชอบด้วยกฎหมายจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอีกชั้นหนึ่ง โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 ข้อด้วยกัน¹¹⁰

- (ก) พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าหรือไม่
- (ข) พิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ อย่างไร

นอกจากนี้ ในบางครั้งองค์คณะพิจารณาการแข่งขันยังอาจใช้อำนาจในการสืบสวนสอบสวนของคณะกรรมการได้ด้วยตนเอง ทั้งนี้เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่กระจ่างชัดขึ้น

3.3.1.4 ศาลสหพันธรัฐประเทศออสเตรเลีย (The Federal Court of Australia)

ศาลสหพันธรัฐนี้เป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาและตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับ Trade Practice Act 1974 โดยตรง รวมทั้งมีหน้าที่ในการกำหนดโทษและสภาพบังคับต่างๆ ต่อบริษัทธุรกิจ และเป็นเพียงหน่วยงานเดียวเท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษหรือมาตรการบังคับอื่นๆ ในทุกคดีที่เกิดขึ้นภายใต้ Trade Practice Act 1974¹¹¹ ได้ ซึ่งแตกต่างจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ไม่มีอำนาจในการกำหนดโทษหรือสภาพบังคับใดๆ ได้ด้วยตนเอง

ดังนั้น การจะลงโทษหรือใช้มาตรการเพื่อกำหนดโทษใดๆ แก่ผู้กระทำผิดตามกฎหมาย Trade Practice Act คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการสั่งลงโทษหรือการบังคับใดๆ ต่อผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นก่อน

¹¹⁰ Clough, Daniel, "Law and Economic of Vertical Restraints in Australia", Melbourne University Law Review, Vol25 no 3 (December 2001) : 3.

¹¹¹ Reid, Bill and Hellmann, Wolfgang, Overview of Australian antitrust law (available from www.globalcompetitionreview.com/apar/aus_overview.cfm dated 5 June 2006)

3.3.2 การจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรม ยานยนต์ตามมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศออสเตรเลีย หากมีข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม พฤติกรรมการกระทำดังกล่าวจะต้องถูกควบคุมโดยบทบัญญัติแห่ง Trade Practice Act 1974 ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวนี้ได้มีการบัญญัติบทมาตราที่เกี่ยวกับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ไว้ โดยเฉพาะ โดยปรากฏในมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974

SECTION 47 Exclusive dealing

"(1) Subject to this section, a corporation shall not, in trade or commerce, engage in the practice of exclusive dealing.

(2) A corporation engages in the practice of exclusive dealing if the corporation:

(a) supplies, or offers to supply, goods or services;

(b) supplies, or offers to supply, goods or services at a particular price; or

(c) gives or allows, or offers to give or allow, a discount, allowance, rebate or credit in

relation to the supply or proposed supply of goods or services by the corporation;

on the condition that the person to whom the corporation supplies, or offers or proposes to supply, the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(d) will not, or will not except to a limited extent, acquire goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(e) will not, or will not except to a limited extent, re-supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation; or

(f) in the case where the corporation supplies or would supply goods or services, will not re-supply the goods or services to any person, or will not, or will not except to a limited extent, re-supply the goods or services:

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.

(3) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses:

(a) to supply goods or services to a person;

(b) to supply goods or services to a person at a particular price; or

(c) to give or allow a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply or proposed supply of goods or services to a person;

for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(d) has acquired, or has not agreed not to acquire, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(e) has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation; or

(f) has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired from the corporation to any person, or has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired from the corporation:

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.

(4) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation:

(a) acquires, or offers to acquire, goods or services; or

(b) acquires, or offers to acquire, goods or services at a particular price;

on the condition that the person from whom the corporation acquires or offers to acquire the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate will not supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, to any person, or will

not, or will not except to a limited extent, supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

(c) *to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or*

(d) *in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.*

(5) *A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses:*

(a) *to acquire goods or services from a person; or*

(b) *to acquire goods or services at a particular price from a person;*

for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate has supplied, or has not agreed not to supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

(c) *to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or*

(d) *in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.*

(6) *A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation:*

(a) *supplies, or offers to supply, goods or services;*

(b) *supplies, or offers to supply, goods or services at a particular price; or*

(c) *gives or allows, or offers to give or allow, a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply or proposed supply of goods or services by the corporation;*

on the condition that the person to whom the corporation supplies or offers or proposes to supply the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate will acquire goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person.

(7) *A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses:*

(a) *to supply goods or services to a person;*

(b) *to supply goods or services at a particular price to a person; or*

(c) *to give or allow a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply of goods or services to a person;*

for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate has not acquired, or has not agreed to acquire, goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person.

(8) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation grants or renews, or makes it known that it will not exercise a power or right to terminate, a lease of, or a licence in respect of, land or a building or part of a building on the condition that another party to the lease or licence or, if that other party is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(a) will not, or will not except to a limited extent:

(i) acquire goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation; or

(ii) re-supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(b) will not supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, to any person, or will not, or will not except to a limited extent, supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places; or

(c) will acquire goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

(9) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses to grant or renew, or exercises a power or right to terminate, a lease of, or a licence in respect of, land or a building or part of a building for the reason that another party to the lease or licence or, if that other party is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(a) has acquired, or has not agreed not to acquire, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(b) has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(c) *has supplied goods or services, or goods or services of a particular kind or description:*

(i) *to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or*

(ii) *in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places; or*

(d) *has not acquired, or has not agreed to acquire, goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.*

(10) *Subsection (1) does not apply to the practice of exclusive dealing constituted by a corporation engaging in conduct of a kind referred to in subsection (2), (3), (4) or (5) or paragraph (8)(a) or (b) or (9)(a),(b) or (c) unless:*

(a) *the engaging by the corporation in that conduct has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition; or*

(b) *the engaging by the corporation in that conduct, and the engaging by the corporation, or by a body corporate related to the corporation, in other conduct of the same or a similar kind, together have or are likely to have the effect of substantially lessening competition...."*

มาตรา 47 ข้างต้นได้บัญญัติถึงพฤติกรรมหรือการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ไว้โดยเฉพาะ สามารถสรุปลักษณะสำคัญออกได้เป็น 4 ลักษณะ¹¹² ดังนี้

3.3.2.1 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(2) และ (3)

คือ การที่ผู้ผลิตห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายซื้อสินค้าหรือจำหน่ายสินค้าของคู่แข่งให้แก่ผู้บริโภค การจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 47(2) และ (3) นี้ โดยส่วนใหญ่แล้วผู้ผลิตมักจะกำหนดเงื่อนไขกับผู้จัดจำหน่ายใน 3 ลักษณะ¹¹³ คือ

¹¹² Donald, Bruce and Heydon, John Dyson, Trade Practices Law : Restrictive Trade Practices, Deceptive Conduct and Consumer Protection, (Sydney : Lawbook Co, 1978), p 270.

¹¹³ Ibid, p 272.

- สัญญาผูกขาดกับคู่ค้ารายเดียว (Solus agreements หรือ Tied outlets) หมายถึง กรณีที่ผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้อสินค้าหรือผูกขาดการซื้อสินค้าจากผู้ค้าส่ง (Wholesaler) แต่เพียงรายเดียวเท่านั้น โดยห้ามซื้อสินค้าจากบุคคลอื่นที่เป็นคู่แข่ง เช่น สัญญาระหว่างผู้ประกอบการอุตสาหกรรมรถยนต์กับบริษัทน้ำมัน (Solus agreement) ที่ตกลงกันว่าผู้ประกอบการรถยนต์ตกลงจะขายแต่น้ำมันเครื่องของบริษัทน้ำมันคู่สัญญา เท่านั้นเป็นเวลาหลาย ๆ ปี เพื่อแลกเปลี่ยนกับการช่วยเหลือให้ผู้ประกอบการรถยนต์นั้นได้เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำและได้ รับส่วนลดพิเศษจากบริษัทน้ำมันคู่สัญญา เป็นต้น¹¹⁴

- สัญญากำหนดปริมาณสินค้า (Requirement contract) หมายถึง กรณีที่ผู้จัดจำหน่ายต้องซื้อสินค้าบางส่วนหรือทั้งหมดจากผู้ผลิตในปริมาณที่ผู้ผลิตเป็นผู้กำหนด โดยป้องกันมิให้ผู้ผลิตรายอื่นสามารถขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นได้ ซึ่งพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันในลักษณะนี้มีผลเหมือนกับการทำสัญญาผูกขาดกับคู่ค้ารายเดียว แต่ใช้คำที่แตกต่างกันเท่านั้น

- สัญญาขายพ่วง (Tying) หมายถึง กรณีที่ผู้ซื้อจะสามารถซื้อสินค้าจากผู้ผลิตได้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องซื้อพ่วงสินค้าอีกชนิดหนึ่งที่ไม่ได้เป็นที่ต้องการของผู้ซื้อด้วย

3.3.2.2 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(4) และ (5)

กรณีตามมาตรา 47 (4) และ (5) มีลักษณะคล้ายกับกรณีตามมาตรา 47(2) และ (3) แต่มีความแตกต่างตรงที่ผู้กำหนดเงื่อนไข กล่าวคือ กรณีตามมาตรา 47(2) และ (3) ผู้กำหนดเงื่อนไขคือ ผู้ประกอบการที่อยู่ในฐานะผู้จำหน่ายสินค้า แต่กรณีตามมาตรา 47(4) และ (5) ผู้กำหนดเงื่อนไขคือ ผู้ประกอบการที่อยู่ในฐานะผู้ซื้อสินค้า

กรณีที่ปรากฏขึ้นบ่อยตามมาตรา 47(4) และ (5) นี้ คือ กรณีพฤติกรรมกรรมการตกลงมอบหมายให้ผู้จัดจำหน่ายเป็นตัวแทนการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distributorship) กล่าวคือ การที่ผู้ผลิตตกลงที่จะไม่จำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นในเขตพื้นที่ที่ผู้จัดจำหน่ายได้รับสิทธิในการจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น การตกลงในลักษณะนี้บ่อยครั้งที่มีมักจะมีการนำไปใช้ควบคู่กับพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 47(2) และ (3)

¹¹⁴ สอนชัย สิริวิญกุล, “หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า,” บทนิพนธ์คดี 58, 4 (ธันวาคม 2545) : 91.

3.3.2.3 กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(6) และ (7)

หมายถึง การที่ผู้ผลิตตกลงกับผู้จัดจำหน่าย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้อสินค้าบางอย่างจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งด้วย

พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 47(6) และ (7) อาจเรียกว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในลักษณะของ Third line forcing ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้จัดจำหน่ายต้องการซื้อรถยนต์จากบริษัท ก. ผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้ออะไหล่รถยนต์จากบริษัท ข. ด้วย ซึ่งการตกลงในลักษณะนี้มีความใกล้เคียงกับลักษณะของ Tying แต่จะแตกต่างกันตรงที่ Tying เป็นการขายพ่วงสินค้าจากผู้ผลิตรายเดียวกัน แต่ Third line forcing นั้น จะเป็นการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้จัดจำหน่ายต้องซื้อสินค้าจากผู้ผลิตอีกรายหนึ่งด้วย การตกลงที่มีลักษณะเป็น Third line forcing นี้ ถือเป็นความผิดทันทีโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลให้ปริมาณการแข่งขันลดลงอย่างมากหรือไม่ก็ตาม อันเป็นพฤติกรรมที่แตกต่างจากลักษณะของการห้ามมิให้ทำธุรกิจ ในลักษณะอื่นภายใต้มาตรา 47 เนื่องจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในลักษณะอื่น ๆ นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการจำกัดการแข่งขันนั้นมีผลให้ปริมาณการแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมากหรือไม่ตามมาตรา 47 (10)

เหตุที่พฤติกรรม Third line forcing ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบเกี่ยวผลกระทบท่อตลาดตามมาตรา 47(10) เนื่องจากว่าพฤติกรรม Third line forcing นั้นก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันโดยการจำกัดทางเลือกหรือช่องทางการแข่งขันจากคู่แข่งรายอื่นอันมีผลกระทบท่อตลาดอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบท่อตลาดการแข่งขันอีกแต่อย่างใด¹¹⁵

ลักษณะองค์ประกอบความผิดในมาตรานี้แยกได้¹¹⁶ ดังนี้

- ผู้เกี่ยวข้อง**
- ก. ผู้ผลิตที่เป็นผู้จำหน่ายสินค้า
 - ข. ผู้ซื้อสินค้า
 - ค. บุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าที่แตกต่างกันกับบุคคลตามข้อ (ก)

¹¹⁵ Donald, Bruce and Heydon, John Dyson, Trade Practices Law : Restrictive Trade Practices, Deceptive Conduct and Consumer Protection, p 291.

¹¹⁶ University of South Australia, Trade Practice Act Compliance Manual, p 15. (available from <http://www.unisa.edu.au/policies/tpa/ComplianceManual.pdf> dated 7 June 2006)

สินค้า ก. สินค้าแรก คือ สินค้าที่มีความต้องการที่จะซื้อขายระหว่างผู้ผลิตที่จำหน่ายสินค้าและผู้ซื้อสินค้า

ข. สินค้าที่สอง คือ สินค้าที่ผู้ซื้อสินค้ามิได้ต้องการแต่ถูกบังคับให้ต้องซื้อจากผู้ผลิตอีกรายหนึ่ง

เงื่อนไข ผู้ผลิตจะไม่ยอมขายสินค้าให้ผู้ซื้อสินค้า หากไม่ตกลงซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งจากผู้ประกอบการรายอื่นที่ผู้ผลิตกำหนด

3.3.2.4 กรณีพฤติกรรมการตามมาตรา 47(8) และ (9)

การตกลงที่มีลักษณะตามข้อ 3.2.1 หรือ 3.2.2 โดยนำสิทธิการเช่าหรือการใช้สิทธิในที่ดินหรือตึก (a lease of land or a license in respect of land or building) มาเป็นเงื่อนไขในการตกลง การจำกัดการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 47(8) และ (9) นี้ มีลักษณะอย่างเดียวกันกับการจำกัดการแข่งขันตามข้อ 3.2.1 และ 3.2.2 แต่มีความต่างตรงที่การจำกัดการแข่งขันมาตรา 47(8) และ (9) จะมุ่งเน้นความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิการเช่าหรือการใช้สิทธิในที่ดินหรือตึก (a lease of land or a license in respect of land or building) เท่านั้น

ตัวอย่าง หากผู้ผลิตให้สิทธิแก่ผู้จัดจำหน่ายในการใช้ที่ดินหรือตึกแล้ว ผู้จัดจำหน่ายต้องตกลงที่จะไม่ซื้อหรือจำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง หรือ หากผู้จัดจำหน่ายตกลงที่จะเช่าที่ดินหรืออาคารของผู้ผลิตแล้ว ผู้ผลิตต้องตกลงที่จะไม่จำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่น เป็นต้น

อย่างไรก็ดี การจำกัดการแข่งขันกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 47(2) (3) (4) (5) (8) และ (9) นั้น จะยังไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 47 ในทันทีหากการกระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นไม่ได้มีผลเป็นการลดปริมาณการแข่งขันอย่างมากในตลาดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 47(10)¹¹⁷ ดังนั้น การกระทำจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งดังกล่าวจะ

¹¹⁷ Trade Practice Act 1974

Section 47 "(10) Subsection (1) does not apply to the practice of exclusive dealing constituted by a corporation engaging in conduct of a kind referred to in subsection (2), (3), (4) or (5) or paragraph (8)(a) or (b) or (9)(a),(b) or (c) unless: the engaging by the corporation in that conduct has the purpose, or has or is likely to have the effect, of **substantially lessening competition**; or (b) the engaging by the corporation in that conduct, and the engaging by the corporation, or by a body corporate related to

เป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลตามมาตรา 47(10) แห่ง Trade Practice Act 1974 ด้วย

3.3.3 การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ตามกฎหมาย Trade Practice Act 1974

พื้นฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของออสเตรเลียยอมให้การจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้โดยผ่านมาตรการการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน แม้การกระทำการจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไปจะก่อให้เกิดผลเสียต่อตลาดการค้าก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะได้เช่นกัน ซึ่งบทกฎหมาย Trade Practice Act 1974 ได้มีการบัญญัติถึงมาตรการที่จะรองรับการขออนุญาตดังกล่าว โดยมีเป้าหมายเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าใดควรอนุญาตให้กระทำได้ และพฤติกรรมแบบใดไม่อาจอนุญาตให้กระทำได้

การขออนุญาตนี้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองจะต้องยื่นคำขอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งประเทศออสเตรเลีย (ACCC) เพื่อให้เป็นผู้พิจารณาอนุญาต

3.3.3.1 ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขัน

ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้กับการพิจารณาอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน คือ ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public Benefit) กล่าวคือ หากการกระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าใดก่อให้เกิดประโยชน์

the corporation, in other conduct of the same or a similar kind, together have or are likely to have the effect of **substantially lessening competition...**"

* ที่มาของการบัญญัติคำว่า "Public benefit" ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศออสเตรเลีย

เดิมก่อนมีการประกาศใช้ Trade Practice Act 1965 ในช่วงแรกพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันจะอยู่ภายใต้การพิจารณาตามหลัก Restraint of trade doctrine ภายใต้ระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งในการพิจารณาตามหลักคอมมอนลอว์ดังกล่าว เดิมจะมีเรื่องของประโยชน์สาธารณะ (ในขณะนั้น ใช้คำว่า "Public interest") เป็นปัจจัยในการพิจารณาด้วย ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมาย Trade Practice Act 1974 แล้ว เกิดประเด็นโต้เถียงกันว่า คำว่า "ประโยชน์สาธารณะ" นั้นควรใช้คำใดในการบัญญัติในต้นบทกฎหมาย ระหว่างคำว่า "Public interest" หรือ "Public benefit"

สาธารณะที่มากกว่าผลเสียที่จะเกิดแล้ว พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นควรที่จะได้รับอนุญาตให้กระทำได้โดยปรากฏตามมาตรา 90¹¹⁸ แห่ง Trade Practice Act 1974 การพิจารณาจะมุ่งเน้นประเด็นที่ว่ามิประโยชน์สาธารณะเกิดขึ้นมากกว่าผลเสียที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันหรือไม่

ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public benefit) ในปัจจุบันได้พัฒนามาจากหลักการพิจารณาของกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งแต่เดิมการพิจารณาพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ศาลจะพิจารณาและตัดสินคดีโดยใช้หลัก Restraint of trade doctrine โดยมีเกณฑ์การพิจารณาว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจะถือเป็นความผิดต่อเมื่อพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมการกระทำที่ปราศจากเหตุผลอันควร (unreasonable) เท่านั้น

ซึ่งการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดปราศจากเหตุผลอันควรหรือไม่จะต้องพิจารณาจาก 2 ปัจจัย¹¹⁹ คือ (1) พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาที่ตกลงกันหรือไม่ (Interest of the parties) และ (2) พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือไม่ (Public interest) แต่อย่างไรก็ตามในขณะนั้นประเด็นการพิจารณาเรื่องประโยชน์

ซึ่งในท้ายที่สุดแล้ว ด้วยเหตุที่คณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายประสงค์ให้ศาลยุติธรรมแห่งประเทศออสเตรเลียวางบรรทัดฐานการพิจารณาใหม่ให้มีความแตกต่างกับแนวการพิจารณาคัดสินเดิม ดังนั้น ในกฎหมาย Trade Practice Act 1965 จนถึง Trade Practice Act 1974 ในปัจจุบัน คณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายจึงเลือกใช้คำว่า Public benefit แทน เพื่อสร้างบรรทัดฐานการพิจารณาค่าว่าประโยชน์สาธารณะขึ้นใหม่โดยไม่อิงอยู่กับแนวการตัดสินเดิมๆ

¹¹⁸ Trade Practices Act 1974

Section 90 "Determination of applications for authorisations

(6) The Commission shall not make a determination granting an authorization under subsection 88(1), (5) or (8) in respect of a provision (not being a provision that is or may be an exclusionary provision) of a proposed contract, arrangement or understanding, in respect of a proposed covenant, or in respect of proposed conduct (other than conduct to which subsection 47(6) or (7) applies), unless it is satisfied in all the circumstances that the provision of the proposed contract, arrangement or understanding, the proposed covenant, or the proposed conduct, as the case may be, would result, or be likely to result, **in a benefit to the public and that that benefit would outweigh the detriment to the public constituted by any lessening of competition** that would result, or be likely to result, if:

- (a) the proposed contract or arrangement were made, or the proposed understanding were arrived at, and the provision concerned were given effect to;
 - (b) the proposed covenant were given, and were complied with; or
 - (c) the proposed conduct were engaged in;
- as the case may be...."

¹¹⁹ Heydon, J.D., Trade Practices Law : Restrictive Trade Practices Deceptive Conduct and Consumer Protection, volume 1, (Sydney : Law Book Co., 1978), p 2.

สาธารณณะยังคงไม่มีการถกเถียงกันมากนัก¹²⁰ เพราะคนส่วนใหญ่ยอมรับว่าการจำกัดการแข่งขันย่อมมีประโยชน์อยู่ในตัวแล้ว ดังนั้น การพิจารณาคดีของศาลจึงค่อนข้างให้ความสำคัญและน้ำหนักในการตัดสินคดีโดยมุ่งเน้นไปที่เสรีภาพของบุคคล (individual liberty) และความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (sanctity of contracts) มากกว่าหลักการในเรื่องประโยชน์สาธารณะ

ต่อมาด้วยความเจริญก้าวหน้าทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ประกอบกับกฎหมาย Trade Practice Act 1974 มีการบัญญัติคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” (Public benefit) ไว้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาตามมาตรา 90 ว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันใดควรได้รับอนุญาตหรือไม่ ดังนั้น ในระยะหลังๆ จึงทำให้แนวโน้มในการพิจารณาคดีของศาลเริ่มให้ความสำคัญและมุ่งเน้นในเรื่องทฤษฎีประโยชน์สาธารณะมากขึ้น และทฤษฎีนี้ก็ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่าองค์คณะการพิจารณาการแข่งขันเคยให้ความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้ โดยปรากฏในคดี “Re Queensland Co-operative Milling Association and Defiance Holdings Ltd (QCMA)”¹²¹ ค.ศ.1976 ดังนี้

“...anything of value to the community generally, any contribution to the aims pursued by the society including as one of its principal elements ... the achievement of the economic goals of efficiency and progress.’ Plainly the assessment of efficiency and progress must be from the perspective of society as a whole: the best use of society’s resources...”

กล่าวโดยสรุป “ประโยชน์สาธารณะ หมายถึง สิ่งใดๆ ก็ตามที่มีคุณค่าต่อชุมชน หรือการส่งเสริมใดๆ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสังคม โดยพิจารณาจากความสำเร็จทางด้านประสิทธิภาพและกระบวนการ กล่าวคือ การประเมินถึงประสิทธิภาพและกระบวนการต้องเป็นไปตามความต้องการทั้งหมดของสังคม เช่น การใช้ทรัพยากรของสังคมให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด เป็นต้น”

¹²⁰ Nagarajan, Vijaya, Working paper evaluating the public benefit test project : an assessment of the public benefit test in authorization determinations by the ACCC, September 2005, p9

¹²¹ Re QCMA (1976) 25 FLR 169, p 182-183.

จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายดังกล่าวเป็นเพียงการแสดงให้เห็นความหมายและแนวทางอย่างกว้างๆ เท่านั้น มิได้กล่าวถึงลักษณะเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดีความหมายนี้ก็เปรียบเสมือนหลักสำคัญที่จะนำไปปรับใช้แก่การพิจารณาดัดสินในคดีเรื่องอื่นๆ ต่อไป ฉะนั้น ทฤษฎีที่ปรับใช้กับการพิจารณาพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันตาม Trade Practice Act 1974 นี้จะอยู่ภายใต้ทฤษฎีเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public benefit) อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามมาตรา 90 นั้นเอง

3.3.3.2 รูปแบบการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันตามกฎหมาย Trade Practice Act 1974

ภายใต้กฎหมาย Trade Practice Act 1974 ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันสามารถดำเนินการขออนุญาต (Authorisation) เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองจากการจำกัดการแข่งขันได้ โดยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็เป็นอีกลักษณะหนึ่งที่มีแนวโน้มและโอกาสที่จะสร้างประโยชน์ได้มากกว่าผลเสียที่จะเกิดขึ้น โดยกรณีนี้อาจดำเนินการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันได้ 2 รูปแบบด้วยกัน¹²² คือ การขออนุญาต (Authorisation) ประการหนึ่งและการมีหนังสือแจ้ง (Notification) ไปยังคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) อีกประการหนึ่ง

3.3.3.2.1 การขออนุญาต (Authorisation)

เมื่อผู้ประกอบการรายใดได้ขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าต่อคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าและได้รับความคุ้มครอง (Immunity) แล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นย่อมสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวได้ โดยไม่ถือเป็นความผิด ซึ่งทุกลักษณะพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งภายใต้มาตรา 47 (1) – (9) แห่ง Trade Practice Act 1974 สามารถดำเนินการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันต่อคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าได้ทั้งสิ้น

¹²² Guideline of Authorisation and Notification (Available from <http://www.accc.gov.au> dated 20 January 2006)

การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนี้จะใช้บังคับกับการจำกัดการแข่งขันใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

กรณีแรกการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 47 (6) และ (7) ซึ่งเป็นกรณีของ Third line forcing

กรณีนี้จะพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ที่ปรากฏในมาตรา 90(8)¹²³ ซึ่งมีลักษณะที่ค่อนข้างเข้มงวดกว่าการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 90(6) ที่จะกล่าวต่อไป เนื่องจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่อยู่ในลักษณะ Third line forcing ที่ปรากฏในมาตรา 47(6) และ (7) จะถูกกำหนดลักษณะการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ เพราะเหตุว่าพฤติกรรมในลักษณะ Third line forcing โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น¹²⁴ ประการหนึ่งและอีกประการหนึ่งคือ องค์ประกอบความผิดในลักษณะ Third line forcing ก็ได้กำหนดเงื่อนไขเช่นเดียวกับความผิดในลักษณะอื่นว่าการจำกัดการแข่งขันนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดการลดปริมาณการแข่งขันลงอย่างมากในตลาด¹²⁵

* ปรากฏคำอธิบายความหมายของคำว่า "Third line forcing" ในหัวข้อ 3.3.2.3

¹²³ TRADE PRACTICES ACT 1974

Section 90 Determination of applications for authorisations

(8) The Commission shall not:

(a) make a determination granting:

(i) an authorization under subsection 88(1) in respect of a provision of a proposed contract, arrangement or understanding that is or may be an exclusionary provision; or
(ii) an authorization under subsection 88(7) or (7A) in respect of proposed conduct; or

(iii) an authorization under subsection 88(8) in respect of proposed conduct to which subsection 47(6) or (7) applies; or (iv) an authorisation under subsection 88(8A) for proposed conduct to which section 48 applies;

unless it is satisfied in all the circumstances that the proposed provision or the proposed conduct would result, or be likely to result, in such a benefit to the public that the proposed contract or arrangement should be allowed to be made, the proposed understanding should be allowed to be arrived at, or the proposed conduct should be allowed to take place, as the case may be; or

(b) make a determination granting an authorization under subsection 88(1) in respect of a provision of a contract, arrangement or understanding that is or may be an exclusionary provision unless it is satisfied in all the circumstances that the provision has resulted, or is likely to result, in such a benefit to the public that the contract, arrangement or understanding should be allowed to be given effect to.

¹²⁴ Taperell, G Q, Vermeesch, R M and Harland D J, Trade practices and consumer protection : a commentary on the Trade Practices Act 1974, (Sydney : Butterworths, 1978), p 428.

¹²⁵ section 47 (6) and (7) of Trade Practices Act 1974

พฤติกรรมตามมาตรา 47(6) และ (7) จะมีการอนุญาตก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าในทุกสภาวะการณ์ของตลาด (in all the circumstances) พฤติกรรม third line forcing จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือมีแนวโน้มที่จะเกิดประโยชน์สาธารณะอันควรที่จะได้รับการอนุญาตเท่านั้น โดยจะไม่พิสูจน์ว่าการจำกัดการแข่งขันนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าผลเสียที่อาจเกิดขึ้น

ดังนั้น ในการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีลักษณะ Third line forcing จึงมีลักษณะที่เข้มงวดกว่าพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในลักษณะอื่นๆ

กรณีที่สองการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 47 ที่นอกเหนือจากมาตรา 47(6) และ (7)

การพิจารณาจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งมาตรา 90 (6)¹²⁶ ซึ่งมีลักษณะที่เข้มงวดน้อยกว่าการอนุญาตตามมาตรา 90 (8) เนื่องจากระดับการพิจารณาตามมาตรา 90(6) จะให้อินพุตก็ต่อเมื่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าจะสร้างประโยชน์ให้แก่สาธารณะมากกว่าผลเสียที่จะเกิดจากการจำกัดการแข่งขัน อันเป็นหลักการที่ใช้ถ่วงดุลระหว่างประโยชน์กับผลเสียที่จะเกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างกับการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 90(8) ตรงที่ตามมาตรา 90(8) จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดหรือมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะในทุกสภาพตลาด

¹²⁶ Trade Practices Act 1974

Section 90 Determination of applications for authorizations

(6) The Commission shall not make a determination granting an authorization under subsection 88(1), (5) or (8) in respect of a provision (not being a provision that is or may be an exclusionary provision) of a proposed contract, arrangement or understanding, in respect of a proposed covenant, or in respect of proposed conduct (other than conduct to which subsection 47(6) or (7) applies), unless it is satisfied in all the circumstances that the provision of the proposed contract, arrangement or understanding, the proposed covenant, or the proposed conduct, as the case may be, would result, or be likely to result, in a benefit to the public and that that benefit would outweigh the detriment to the public constituted by any lessening of competition that would result, or be likely to result, if:

- (a) the proposed contract or arrangement were made, or the proposed understanding were arrived at, and the provision concerned were given effect to;
 - (b) the proposed covenant were given, and were complied with; or
 - (c) the proposed conduct were engaged in;
- as the case may be.

จากแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตาม มาตรา 90(6) นี้จะพิจารณานบนเงื่อนไข 2 ประการด้วยกัน¹²⁷ คือ

ประการแรก คือ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ สาธารณะมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นหรือไม่ และ

ประการที่สอง คือ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่ก่อให้เกิดประโยชน์ สาธารณะเป็นสิ่งที่ควรอนุญาตให้เกิดขึ้นหรือไม่

3.3.3.2.2 การมีหนังสือแจ้ง (Notification)

หากผู้ประกอบการรายใดประสงค์จะกระทำการจำกัดการแข่งขันแล้ว นอกเหนือจากการขออนุญาต (Authorisation) แล้ว ผู้ประกอบการรายดังกล่าวย่อมมีหนังสือแจ้งไปยัง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) โดยอธิบายถึงเหตุผลและพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันต่างๆ ที่จะกระทำ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้อีกวิธีหนึ่ง แต่ภายใต้ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974 การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันโดยการมีหนังสือแจ้ง (Notification) จะครอบคลุมทุกอนุมาตรา ยกเว้นมาตรา 47(6) และ (7) ในเรื่องของ Third line forcing ที่ไม่อาจขออนุญาตโดยวิธีการมีหนังสือแจ้งนี้ได้

เหตุที่การขออนุญาตโดยวิธีการมีหนังสือแจ้งนี้ใช้ได้เฉพาะพฤติกรรมการ ห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 47 อนุมาตรา ยกเว้น (6) และ (7) ซึ่งเป็นเรื่องของ Third line forcing นั้น เนื่องจากพฤติกรรมของ Third line forcing เป็นพฤติกรรมที่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในลักษณะอื่นๆ ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้การขออนุญาตโดยวิธีการมีหนังสือแจ้ง (Notification) นี้ ไม่อาจใช้ได้กับกรณีที่เป็น Third line forcing¹²⁸

ความแตกต่างระหว่างการมีหนังสือแจ้งและการดำเนินการขออนุญาตจะอยู่ตรงที่เมื่อผู้ประกอบการรายใดประสงค์จะกระทำการจำกัดการแข่งขัน โดยมีหนังสือแจ้งไปยัง

¹²⁷ Duns B, John, Stapledon, GP and Clough, Daniel, The Law of Australia : 30 Restrictive Trade Practices, (July 2003), para 126-127.

¹²⁸ Taperell, G Q, Vermeesch, R M and Harland D J, Trade practices and consumer protection : a commentary on the Trade Practices Act 1974, p 428.

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) แล้ว ผู้ประกอบการรายดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากความผิดที่อาจเกิดจากการกระทำการจำกัดการแข่งขันทันที โดยความคุ้มครองจะเริ่มมีขึ้นตั้งแต่วันที่มีการส่งหนังสือแจ้งไปจนกว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) จะพิจารณาและมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำนั้นเสียโดยการแจ้งไปยังผู้ประกอบการคนดังกล่าว¹²⁹

โดยหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาการขอความคุ้มครองโดยมีหนังสือแจ้งนี้จะมีลักษณะเช่นเดียวกับการขอความคุ้มครองโดยการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน

3.3.3.3 แนวทางการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

โดยลักษณะทั่วไปของพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) นั้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมทั่วไปหรืออุตสาหกรรมยานยนต์ ภายใต้กฎหมาย Trade Practice Act 1974 ย่อมถือเป็นความผิดได้ หากการกระทำนั้นมีผลให้ปริมาณการแข่งขันในตลาดลดลงเป็นอย่างมาก โดยหลักแล้วพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะส่งผลกระทบต่อที่เป็นผลเสียที่สำคัญ 2 ประการ¹³⁰ คือ

ประการแรก คือ การปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น รวมทั้งผู้ประกอบการรายใหม่ที่ต้องการเข้าสู่ตลาดการแข่งขันด้วย

ประการที่สอง คือ การถูกจำกัดอิสรภาพในการเลือกบุคคลที่ตนประสงค์จะทำการค้าขายด้วย

อย่างไรก็ตามพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในบางกรณีก็เป็นที่ยอมรับว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมและควรที่จะอนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย Trade Practice Act 1974 ที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถขอความคุ้มครองจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้โดยการขออนุญาต (Authorisation) หรือ การมีหนังสือแจ้ง (Notification) ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่

¹²⁹ Ibid, para 146.

¹³⁰ เอกสารประกอบการสอนกฎหมาย Trade Practices Act 1974 ของ The University of Western Australia (Available from <http://law2.biz.uwa.edu.au> dated 21 January 2006)

ทั้งนี้การพิจารณาให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ดุลพินิจของคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าเป็นกรณีๆ ไป

3.3.3.3.1 เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

ในชั้นการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันโดยคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า (ACCC) กิติ ในชั้นยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าต่อองค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้ากิติ หรือในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในชั้นศาลกิติ จะต้องเป็นการวินิจฉัยที่อยู่ภายใต้หลักเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public benefit) ทั้งสิ้น เนื่องจากหลักประโยชน์สาธารณะนี้เป็นเงื่อนไขที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในต้วบทกฎหมาย Trade Practices Act 1974

จากอดีตที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน การพิจารณาอรรถคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นโดยหน่วยงานที่มีอำนาจเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับหลักประโยชน์สาธารณะนั้น จะพบว่าประโยชน์สาธารณะที่เป็นที่ยอมรับสามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท¹³¹ คือ

- (1) ประโยชน์จากประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจ (Economic efficiency benefits)
- (2) ประโยชน์ในเชิงทั่วไป (Non-efficiency benefits)

โดยที่คณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้าและองค์คณะพิจารณาการแข่งขันยอมรับว่าที่ผ่านมาประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้น โดยส่วนใหญ่แล้วมีพื้นฐานมาจากการกระทำที่มีประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจค่อนข้างมาก แต่ในบางครั้งประโยชน์สาธารณะก็อาจเกิดขึ้นจากปัจจัยอื่นๆ นอกเหนือจากประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพบว่าการกระทำจำกัดการแข่งขันสามารถก่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าวแล้วก็ตาม ผู้มีอำนาจก็ยังไม่อาจอนุญาตให้มีการกระทำการจำกัดการแข่งขันได้จนกว่าผู้ประกอบการจะสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นนั้นมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันนั้น ตามมาตรา 90(6) หรือมาตรา 90(8) แล้วแต่กรณี

¹³¹ Nagarajan, Vijaya, Working paper evaluating the public benefit test project : an assessment of the public benefit test in authorization determinations by the ACCC, (Australia : The Australian National University, September 2005), p 33.

ประสิทธิภาพทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวสามารถสรุปเป็นตารางได้¹³² ดังนี้

| Economic Efficiency | Benefits which may overlap Efficiency and Non-Efficiency | Benefits on Non-efficiency grounds |
|---|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ● Economic Development ● Industry Rationalisation ● Expansion of employment in efficient industries ● Promotion of cost savings resulting in lower prices at all levels in the supply chain ● Growth in export market ● Promotion of competition in the industry | <ul style="list-style-type: none"> ● Facilitating competition through deregulation ● Enhancement of safety and quality of goods and services ● Steps to protect the environment ● Attainment of industry harmony ● Supply of better information to customers and suppliers to permit informed choices ● Promotion of employment in particular areas ● Development of import replacements | <ul style="list-style-type: none"> ● Promotion of equitable dealings in the market ● Promotion of certain types of conduct (usually in the other category) ● Professional ethics ● Access to dispute resolution ● National security ● Meeting Australia's treaty obligation |

ฉะนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถสร้างประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจหรือประโยชน์ในเชิงทั่วไปขึ้นแล้วและประโยชน์

¹³² Ibid, p 35.

ดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขมาตรา 90(6) และ (8) พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นก็ควรที่จะได้รับอนุญาตให้กระทำ เช่น

คดีระหว่าง Amoco Australia Pty. Ltd v Rocca Bros Motor Engineering Co. Pty. Ltd¹³³

บริษัท Amoco ในฐานะผู้ผลิตสินค้าประเภทปิโตรเลียม และบริษัท Rocca ในฐานะบริษัทผู้ประกอบการปั้มน้ำมัน บริษัท Amoco ได้ทำสัญญาเช่าที่ดินและสถานประกอบการของบริษัท Rocca โดยบริษัท Rocca ได้ตกลงเช่าทำสัญญาเช่าช่วงในที่ดินและสถานประกอบการดังกล่าวคืนเพื่อประกอบการจำหน่ายสินค้าปิโตรเลียม¹³⁴ (ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงถึงสาเหตุที่มีการเช่าช่วงกลับในคดี) พร้อมกับบริษัท Amoco ได้ลงทุนติดตั้งอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับการประกอบธุรกิจปั้มน้ำมันให้แก่บริษัท Rocca ซึ่งปรากฏตามสัญญาเช่าว่าบริษัท Rocca ตกลงที่จะไม่ซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่ง (Exclusive dealing) เป็นระยะเวลา 15 ปีตามอายุสัญญาเช่าดังกล่าว

หลังจากที่มีการปฏิบัติตามสัญญามาเป็นระยะเวลาหนึ่ง บริษัท Rocca เห็นว่าข้อตกลงตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับบริษัท Amoco ไม่เหมาะสมกับสภาพธุรกิจของตนในปัจจุบัน จึงได้ติดต่อบริษัท Amoco เพื่อขอเจรจาแก้ไขสัญญาต่างๆ ที่เคยทำไว้ แต่ปรากฏว่าบริษัท Amoco เพิกเฉยไม่สนใจแต่อย่างใด บริษัท Rocca จึงดำเนินการรื้อถอนเครื่องมือต่างๆ ที่เป็นของบริษัท Amoco ออกจากสถานประกอบการของตน พร้อมกับติดต่อผู้ประกอบการรายใหม่เพื่อดำเนินการซื้อขายน้ำมันมาจำหน่ายเอง ดังนั้น เมื่อบริษัท Amoco ทราบเรื่องจึงนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องให้บริษัท Rocca ชดใช้ความเสียหายต่างๆ ที่เกิดขึ้น

¹³³ Amoco Australia Pty. Ltd v Rocca Bros Motor Engineering Co. Pty. Ltd [1973] HCA 40; (1973) 133 CLR 288 (11 October 1973)

¹³⁴ "...Amoco is a supplier of petroleum products; Rocca is the owner of a service station. At the time when the preliminary agreement was made, Amoco - a United States company - was endeavouring to establish itself in Australia and Rocca was in a position to become the owner of a piece of land suitable for a service station at Para Hills, a district outside Adelaide which was then about to be developed as a suburb. The restraint actually in question was effected by means of provisions in an underlease. Rocca, as owner, leased the site to Amoco for a term of fifteen years. Amoco granted Rocca an underlease for the same term less one day. The essence of the restraint was that Rocca would purchase from Amoco at a fixed rebate on current prices its full requirements of petrol and oil for sale at the service station and would not, except in special circumstances, sell at that service station the products of any other oil company..."

ในการพิจารณาคดีนี้ ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันของบริษัท Amoco ว่าเป็นสิ่งที่สมควรและสามารถกระทำได้ โดยถือว่าบริษัท Rocca จะต้องปฏิบัติตามสัญญา ต่อมาบริษัท Rocca ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูง และศาลสูงวินิจฉัยถึงข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ซื้อสินค้ากับคู่แข่ง โดยศาลได้ยอมรับถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นว่า การตกลงดังกล่าวเป็นสิ่งที่สมควรและมีเหตุผลแล้วแก่การคุ้มครองประโยชน์ทางธุรกิจที่บริษัท Amoco ได้ลงทุนให้แก่บริษัท Rocca รวมทั้งอุปกรณ์เครื่องมือที่บริษัท Amoco ได้ติดตั้งให้แก่บริษัท Rocca ในการประกอบธุรกิจ

โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ว่าดังนี้

"...there is no doubt that Amoco had commercial interests which it was reasonable to protect by making agreements with the owners of service stations under which the owners would agree, in exchange for certain benefits offered by Amoco, to take their supplies exclusively from Amoco..."

แต่อย่างไรก็ดีเมื่อศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงทั้งหมดแล้วเห็นว่าการผูกขาดการซื้อขายเป็นระยะเวลาจนถึง 15 ปี ซึ่งเป็นไปตามระยะเวลาตามสัญญาเช่าเป็นสิ่งไม่สอดคล้องกับการปกป้องผลประโยชน์ของบริษัท Amoco ที่ได้ใช้ไปในกิจการของบริษัท Rocca อีกทั้งการกำหนดระยะเวลาผูกขาดการซื้อสินค้าถึง 15 ปีเป็นระยะเวลาที่นานเกินไปจึงไม่ควรยอมรับข้อตกลงดังกล่าว ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลไว้ดังนี้

"...After full consideration of all the circumstances, I have reached the conclusion that it has not been shown that a tie for fifteen years on the terms of the underlease was reasonably necessary to protect the interests of Amoco. On the one hand, the great changes that might occur in the space of fifteen years could render the covenants intolerably burdensome on Rocca ..."

สรุป

ในที่สุดคดีนี้ศาลได้ยอมรับถึงประโยชน์ที่เป็นประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจ กล่าวคือศาลได้ให้ความสำคัญกับการลงทุนของบริษัท Amoco ที่มีต่อกิจการของบริษัท Rocca ว่าการตกลงห้ามมิให้ทำ

ธุรกิจกับคู่แข่งเป็นสิ่งทีกระทำได้ แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันดังกล่าวมีระยะเวลาผูกพันนานถึง 15 ปี ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่นานและสร้างภาระให้แก่บริษัท Rocca มากเกินสมควร ดังนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่าข้อตกลงในคดีนี้จึงไม่อาจกระทำและไม่สามารถบังคับได้

คดีระหว่าง Tooth & Co Ltd Re¹³⁵

บริษัท Tooth & Co ได้ยื่นขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันจากคณะกรรมการโดยบริษัท Tooth & Co ได้ตกลงขายสินค้าเบียร์ของตนให้แก่ผู้ซื้อภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ซื้อจะไม่ไปซื้อเบียร์จากผู้ประกอบการรายอื่น (Exclusive dealing) ซึ่งในการขออนุญาตของบริษัท Tooth & Co นั้น ประเด็นหนึ่งที่บริษัท Tooth & Co ได้กล่าวอ้างและศาลได้แสดงเหตุผลไว้ คือ การคุ้มครองในเรื่องประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจ เนื่องจากต้นทุนและราคาสินค้าอาจสูงขึ้นและมีผลกระทบต่อผู้บริโภคได้ ดังนั้น หากไม่ยอมให้มีการตกลงในลักษณะดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายได้ โดยประเด็นนี้ ศาลได้ให้เหตุผลไว้ว่าหลักพื้นฐานอย่างหนึ่งของประโยชน์สาธารณะที่มักเกิดขึ้นเสมอและเป็นที่ยอมรับคือ หากการตกลงจำกัดการแข่งขันนั้นทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการลดลงและราคาสินค้าลดลง การตกลงนั้นก็จะมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะและควรอนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งศาลได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า

"...cost saving may be constituting a legitimate basis for the establishment of public benefit..."

แต่เนื่องจากบริษัท Tooth & Co ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นที่แท้จริงนั้นมีปริมาณมากกว่าความเสียหายที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขัน ฉะนั้น ศาลในคดีนี้จึงไม่อนุญาตให้บริษัท Tooth & Co ใช้ข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้

สรุป

¹³⁵ Tooth & Co Ltd, Re 1979 WL 157293 (Cth Trade Prac Trib) [1979] ATPR 40-113, 39 FLR 1

คดีนี้ศาลได้ยอมรับว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้น หากมีผลทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการลดลง ศาลก็ถือว่าการตกลงนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ จึงมีเหตุควรอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันได้ แต่ประสิทธิภาพดังกล่าวก็ยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องมีปริมาณมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

คดีระหว่าง Hospital Benefit Fund of Western Australia Inc v. Australian Competition & Consumer Commission¹³⁶

บริษัท Hospital Contribution Fund of Australia Ltd (“HCF”) ตกลงเข้าทำสัญญากับบริษัท American Express International Inc (“AMEX”) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชำระค่าบริการทางด้านสุขภาพอันเป็นสวัสดิการของพนักงานบริษัท AMEX ซึ่งบริษัท AMEX จะจำกัดกลุ่มที่จะชำระให้แก่เฉพาะพนักงานที่ได้ประกันตนกับบริษัท HCF เท่านั้น อันถือได้ว่าเป็นการกระทำในลักษณะการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจรูปแบบหนึ่ง โดยประเด็นนี้ศาลได้พิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นโดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าการตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะใน 2 ด้าน คือ ด้านหนึ่งลูกจ้างจะได้รับประโยชน์จากการที่ต้นทุนการประกันสุขภาพต่ำลง ด้านที่สอง คือ ก่อให้เกิดการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดสุขภาพ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้อนุญาตให้บริษัท HCF สามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันได้

โดยศาลได้แสดงเหตุผลไว้ว่า

“...first, the ability of its employees to obtain lower cost health insurance and, secondly, that encouragement would be given to health funds “to move to counteract the strategies of HCF” ie to promote competition...”

สรุป

เหตุผลที่ได้รับจากคดีนี้จะเห็นได้ว่าประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นนั้นอาจเกิดได้ทั้งจากประโยชน์ทั้งในเชิงทั่วไปและประโยชน์ในเชิงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ ศาลได้ยอมรับถึงแง่

¹³⁶ Hospital Benefit Fund of Western Australia Inc v Australian Competition & Consumer Commission 50 ALD 201; 157 ALR 105; [1997] ATPR 43,898 (41-569)

ของประโยชน์ที่เกิดแก่ตัวลูกจ้างผู้เอาประกันภัยและแง่ของการสนับสนุนการแข่งขันในตลาดสุขภาพ เป็นปัจจัยในการพิจารณาอนุญาต

คดี Re Australian Assn of Pathology Practice Inc¹³⁷

คดีนี้เริ่มต้นจากกองสุขภาพของรัฐ New South Wales Department (Department of health - "DOH") ได้ยื่นขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น คือ DOH ได้วางข้อกำหนดในโรงพยาบาลของตนว่าหากการรักษาคนไข้ของแพทย์ที่ไม่มีความเชี่ยวชาญด้าน Pathology จำเป็นที่จะต้องมีการตรวจร่างกายเกี่ยวกับโรค Pathology ก็กำหนดให้แพทย์ต้องมอบหมายการดูแลคนไข้หรือตรวจร่างกายดังกล่าวกับแพทย์ที่ DOH ได้กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งต่อมาถูกกล่าวหาว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974 ในคดีนี้ DOH ได้อ้างว่า ข้อตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพทั้งในแง่ของการดูแลและวินิจฉัยอาการจากแพทย์ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญที่ DOH กำหนด อีกทั้งประโยชน์อันเป็นเงินตอบแทนที่ได้รับจากการตกลงดังกล่าวจะถูกนำไปใช้ในด้านบริการของ Pathology และใช้เป็นเงินเดือนของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ อีกส่วนหนึ่งจะนำไปใช้ในการวิจัยและพัฒนาในด้านการศึกษาก็ด้วย

คดีนี้อยู่ในชั้นพิจารณาโดยองค์คณะพิจารณาการแข่งขัน หลังจากที่มีการวินิจฉัยถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลดังกล่าวแล้ว องค์คณะพิจารณาการแข่งขันได้ตัดสินว่าควรอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันกรณีนี้ได้ เนื่องจากประโยชน์ที่เกิดขึ้นมีมากกว่าผลเสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องของความถูกต้องของข้อมูลจากการดูแลของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญที่ DOH กำหนดและเชื่อถือ ทั้งยังรวมถึงประโยชน์จากเงินที่ได้รับที่จะใช้ในการวิจัยและพัฒนาทางด้านการศึกษาในด้าน Pathology จึงเป็นที่เพียงพอแล้วว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่มากกว่าผลเสียจากการจำกัดการแข่งขัน

สรุป

¹³⁷ Re Australian Assn of Pathology Practices Inc Hely J, GF Latta and Dr JE Walker [2006] ALMD 761, 206 ALR 271, [2004] ATPR 41-985, 180 FLR 44, [2004]

ในคดีนี้องค์คณะการพิจารณาการแข่งขันยอมรับถึงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นนอกจากมุมมองทางด้านเศรษฐกิจ โดยเน้นหนักให้ความสำคัญในด้านของการคุ้มครองผู้ป่วยเกี่ยวกับข้อมูลที่จะได้รับจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญทางด้าน Pathology ในการทำการรักษา และประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในแง่ของเงินทุนที่จะนำมาวิจัยพัฒนาทางด้าน Pathology ซึ่งจะนำไปสู่ประโยชน์สาธารณะต่อไป

3.3.3.3.2 ศึกษาแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

หากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ก็ตาม พฤติกรรมดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้การพิจารณาเดียวกันกับกรณีทั่วไป ซึ่งรวมถึงแนวทางการพิจารณาในชั้นให้ความคุ้มครองพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันไม่ว่าโดยการขออนุญาตหรือโดยการมีหนังสือแจ้งก็ตาม ก็มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกัน

จากการศึกษาถึงพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์พบคดีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

คดี Ford Motor Co of Australia Re¹³⁸

บริษัท Ford Motor Co., of Australia Ltd ("Ford Motor") ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1925 โดยดำเนินธุรกิจในฐานะผู้ผลิตสินค้ายานยนต์ ต่อมามีการก่อตั้งบริษัท Ford Sales Co. of Australia Ltd. ("Ford Sales") เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้จำหน่ายสินค้ายานยนต์ที่ผลิตขึ้นโดย Ford Motor และเพื่อส่งเสริมทางการตลาดเกี่ยวกับสินค้าต่างๆ ที่ผลิตขึ้นภายใต้กลุ่มบริษัท Ford ในปี ค.ศ.1963 บริษัท Ford Motor และ Ford Sales ได้ตกลงทำสัญญาการจำหน่ายสินค้า (Sales Agreement) กับผู้จัดจำหน่ายยานยนต์ของ Ford รวมถึง อะไหล่ อุปกรณ์ และเครื่องมือต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับยานยนต์ของ Ford โดยมีเงื่อนไขว่าผู้จัดจำหน่ายจะต้องทำการซื้อขายสินค้ากับบริษัท Ford ทั้งสองแห่งเท่านั้น แต่เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นข้อตกลงอันเป็นความผิดตามมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974 ดังนั้น บริษัท Ford Motor จึงดำเนินการยื่นขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันต่อคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งในครั้งแรกนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้

¹³⁸ Ford Motor Company of Australia Limited and Ford Sales Company of Australia Limited (1976-77) A.T.P.R. 16, 563

ปฏิเสธรที่จะอนุญาตในเรื่องนี้ ต่อมาบริษัท Ford Motor จึงยื่นอุทธรณ์ต่อองค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ทบพวณคำวินิจฉัยการขออนุญาตในเรื่องดังกล่าว

คดีนี้การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ตามมาตรา 47 นี้ ศาลได้แสดงเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์ที่เกิดขึ้น 2 ประการด้วยกัน คือ (1) ประโยชน์ด้านการจ้างงานในอุตสาหกรรมยานยนต์¹³⁹ และ (2) ประโยชน์ทางด้านการช่วยเหลือสนับสนุนผู้จัดจำหน่ายทางด้านการตลาด การสนับสนุนการขาย การพัฒนาประสิทธิภาพของผู้จัดจำหน่าย

ในประเด็นที่ 1 บริษัท Ford อ้างว่าหากข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไม่ได้รับการอนุญาต ย่อมทำให้ปริมาณการผลิตและการจำหน่ายของบริษัท Ford ในฐานะผู้นำตลาดยานยนต์ในประเทศออสเตรเลียลดต่ำลงและเป็นผลให้ บริษัท Ford ต้องลดปริมาณการจ้างงานเพื่อให้สอดคล้องกับปริมาณการผลิตและการจัดจำหน่ายที่ลดลง ซึ่งในประเด็นนี้องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้ายอมรับว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นในแง่ของการจ้างงานเป็นประสิทธิภาพที่ควรยอมรับ แต่ถึงกระนั้นก็ตามประโยชน์ในเรื่องการจ้างงานก็ไม่ควรจำกัดเฉพาะแต่เพียงการจ้างงานในบริษัท Ford Motor และบริษัท Ford Sales เท่านั้น แต่ควรจะต้องแสดงให้เห็นว่าเหตุแห่งการจ้างงานนี้จะเกิดประโยชน์แก่ผลรวมของการจ้างงานทั้งประเทศออสเตรเลีย (aggregate employment in Australia) จึงจะถือว่าประสิทธิภาพที่เกิดจากการจ้างงานนั้นเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ

โดยองค์คณะได้แสดงเหตุผลไว้ว่า

"...the Tribunal contends that Ford would need to establish that their restrictive provisions have increased not merely employment at Ford and its suppliers but aggregate employment in Australia..."

ในประเด็นที่ 2 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้อตกลงตามสัญญาการจัดจำหน่ายสินค้า (Sale Agreement) นั้น Ford ได้ดำเนินการส่งเสริมช่วยเหลือผู้จัดจำหน่ายในหลายด้าน เช่น การช่วยเหลือทางด้านการจัดการ การส่งเสริมทางด้านการโฆษณาและการจัดโปรโมชั่นการขายสินค้า การช่วยเหลือ

¹³⁹ Theodore Reginald de Jonk, Exclusive dealing under trade practices act and its application to the Australian automotive industry, (Monash University, 1980), p 118

ทางการตลาด การสร้างความรู้ความเข้าใจในตัวสินค้า และการพัฒนาตัวผู้จัดจำหน่ายสินค้า โดย Ford อ้างว่าหากข้อตกลงการจำกัดการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาต Ford จะหยุดช่วยเหลือและหยุดการส่งเสริมในด้านต่างๆ

"...That attitude was envisaged by Ford in its formal answer to the commission's question whether, if authorization were refused, they would cease to provide: "(a) business management services; (b) advertising and sales promotion assistance; (c) training and development services; (d) marketing institute assistance; (e) product training; (f) fleet sales promotion; (g) dealer development programme..."

ในประเด็นนี้องค์คณะพิจารณาแล้วเห็นว่าข้ออ้างของ Ford เป็นประโยชน์ก็จริงแต่ประโยชน์ที่ Ford อ้างไม่มีความเกี่ยวข้องกับการตกลงห้ามมิให้ซื้อขายสินค้ากับผู้ประกอบการรายอื่นแต่อย่างใด ดังนั้น ในการพิจารณาเหตุผลข้อนี้ องค์คณะการพิจารณาการแข่งขันทางการค้าจึงไม่คำนึงถึงประโยชน์ที่ Ford จะช่วยเหลือแก่ผู้จัดจำหน่ายในฐานะที่เป็นประโยชน์สาธารณะ

"...On the evidence, we consider that Ford's dealer programme has not resulted from the existence of the mandatory solo franchising clause in the dealership agreement and that, in its absence, the programme would probably be continued without substantial modification. For these reasons we do not regard the assistance of potential entrants into dealerships as a benefit to the public resulting from the restrictive provision...."

สรุป

ในการขออนุญาตในคดีนี้ Ford ล้มเหลวที่จะพิสูจน์ให้เห็นว่าข้อตกลงการห้ามมิให้ซื้อขายสินค้ากับคู่แข่งของตนก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ดีคดีนี้ก็แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ในแง่ของประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือการจ้างงานและการส่งเสริมและช่วยเหลือทางการตลาดต่อผู้จัดจำหน่ายของ Ford ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนี้มีได้หมายความว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในอุตสาหกรรมยานยนต์ในกรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะกระทำไม่ได้ แต่ที่องค์คณะพิจารณาการแข่งขันทางการค้าไม่อาจ

อนุญาตในคดีนี้เนื่องจากประสิทธิภาพและประโยชน์ที่ Ford กล่าวอ้างเมื่อเทียบกับความเสียหายจากการจำกัดการแข่งขันแล้วยังมีน้ำหนักไม่พอเพียง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ประโยชน์ที่เกิดขึ้นมีน้อยกว่าผลเสียหายที่เกิดขึ้นนั่นเอง

3.3.4 สรุปเนื้อหาส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศออสเตรเลีย

พฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ในอุตสาหกรรมยานยนต์อาจถือเป็นความผิดตามมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974 ก็ต่อเมื่อพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นมีผลให้ปริมาณการแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมาก เว้นแต่เฉพาะพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันกรณี Third line forcing ซึ่งถือเป็นความผิดทันที โดยไม่ต้องพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นจะมีผลเป็นการลดปริมาณการแข่งขันลงอย่างมากหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากลักษณะและพฤติกรรมดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายต่อตลาดในตัวอยู่แล้ว

แม้ว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดซึ่งอาจเป็นความผิดตามมาตรา 47 ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายก็ยอมรับว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) นี้ ก็มีแนวโน้มที่สามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นได้ ดังนั้น กฎหมาย Trade Practice Act 1974 จึงได้กำหนดมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันขึ้นมาเพื่อรองรับประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น

มาตรการรองรับประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นจากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมีด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ การขออนุญาต (Authorisation) และการมีหนังสือแจ้ง (Notification) ทั้งสองรูปแบบมีวัตถุประสงค์เพื่อกลับกรองว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ลักษณะใดควรอนุญาตหรือไม่ควรอนุญาตให้กระทำ หากควรอนุญาตให้กระทำ พฤติกรรมนั้นก็จะได้ความคุ้มครองจากความผิดตาม Trade Practice Act 1974 สำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในลักษณะ Third line forcing จะไม่สามารถขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันในรูปแบบของการมีหนังสือแจ้งได้ เนื่องจากพฤติกรรมนี้มีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายมากกว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้น ดังนั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้มีการขออนุญาตเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันได้

หลักการพิจารณาอนุญาตโดยการขออนุญาต (Authorisation) หรือโดยการมีหนังสือแจ้ง (Notification) เพื่อกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะแบ่งเกณฑ์การพิจารณาออกเป็น 2 กรณี กรณีที่หนึ่ง คือ การอนุญาตภายใต้การจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 47 (6) และ (7) อันเป็นพฤติกรรม Third line forcing จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทำการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นในทุกๆสภาวะการณ์ กรณีที่สอง คือ การอนุญาตภายใต้การจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 47 นอกเหนือจากอนุมาตรา (6) และ (7) จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การจำกัดการแข่งขันทางการค้าของตนก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยในอรรถคดีที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมทั่วไปและอุตสาหกรรมยานยนต์ภายใต้เขตอำนาจศาลประเทศออสเตรเลียยอมรับว่าประโยชน์สาธารณะจะเกิดขึ้นใน 2 รูปแบบด้วยกัน คือ ประโยชน์จากประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจ (Economic efficiency benefits) และประโยชน์ในเชิงทั่วไป (Non-efficiency Benefits) แต่ทั้งนี้ประโยชน์ดังกล่าวจะได้รับการยอมรับให้กระทำได้หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปขึ้นอยู่กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นประกอบกับประโยชน์ที่จะได้รับ ฉะนั้น หากการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์สามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นใน 2 แง่มุมดังกล่าวข้างต้นแล้ว และมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันหรือก่อให้เกิดประโยชน์ในทุกสภาวะการณ์แล้วย่อมเป็นที่แน่นอนว่าการกระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นควรได้รับการอนุญาตให้กระทำ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งใน อุตสาหกรรมยานยนต์ ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

ความเบื้องต้น

เนื่องจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) จะอยู่ภายใต้บังคับของบทมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยที่บทมาตรานี้ได้ยอมรับว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันบางลักษณะสามารถก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้นได้ มาตรา 27 จึงได้เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันได้ หากการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวมีเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมีบทบัญญัติในส่วนของขออนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 27 ไว้ก็ตาม แต่จวบจนถึงปัจจุบันก็ยังคงไม่มีผู้ประกอบการรายใดที่เคยได้รับอนุญาตโดยอาศัยบทมาตราดังกล่าว ทั้งนี้เป็นเพราะการขาดหลักเกณฑ์และแนวทางการบังคับใช้ของกฎหมายนั่นเอง ดังนั้น โดยวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงขอศึกษาถึงพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ในแง่มุมที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ในประเทศไทย

การศึกษาในบทนี้จะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วน คือ (1) สภาพอุตสาหกรรมยานยนต์และพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในประเทศไทย (2) การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ (3) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการขออนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

4.1 สภาพอุตสาหกรรมยานยนต์และพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในประเทศไทย

อุตสาหกรรมยานยนต์ประกอบด้วยอุตสาหกรรม 2 ประเภท คือ อุตสาหกรรมรถยนต์และรถจักรยานยนต์

อุตสาหกรรมรถยนต์¹

อุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นการร่วมลงทุนกับบริษัทผลิตรถยนต์ต่างประเทศซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ค่ายใหญ่ คือ รถญี่ปุ่นและรถยุโรป ลักษณะของอุตสาหกรรมยังอยู่ในขั้นประกอบ โดยต้องอาศัยการนำเข้าชิ้นส่วนอุปกรณ์มาจากต่างประเทศ เหตุที่ทำให้อุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทยยังไม่เข้าสู่ระบบการผลิตได้อย่างสมบูรณ์นั้น เนื่องจากผลผลิตส่วนใหญ่มุ่งจำหน่ายเฉพาะตลาดในประเทศซึ่งมีขนาดแคบ กำลังซื้อมีจำกัด อีกทั้งความต้องการยังมีหลากหลาย จึงทำให้ผู้ประกอบการรถยนต์แข่งขันกันออกมามากจนมากแบบ ปริมาณความต้องการชิ้นส่วนจึงมีหลากหลาย ทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนอุปกรณ์ยานยนต์ไม่สามารถผลิตในปริมาณมากเพื่อให้เกิดการประหยัดจากการผลิตได้ ประกอบกับการลงทุนผลิตชิ้นส่วนอุปกรณ์ยานยนต์ต้องใช้เงินทุนสูง เทคโนโลยี เครื่องจักร และวัตถุดิบต้องนำเข้าจากต่างประเทศ ต้นทุนการผลิตชิ้นส่วนอุปกรณ์ในประเทศจึงสูงกว่าประเทศผู้ผลิตโดยตรงมาก ราคาชิ้นส่วนที่ผลิตในประเทศไม่สามารถแข่งขันกับชิ้นส่วนนำเข้าได้ รัฐบาลจึงต้องให้การคุ้มครองและส่งเสริมโดยใช้มาตรการภาษี และการบังคับใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ ซึ่งก็ส่งผลให้ต้นทุนการประกอบรถยนต์ในประเทศสูงมากขึ้นไปอีก การส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศยังไม่สามารถแข่งขันกับประเทศผู้ผลิตรายใหญ่อื่นๆ ได้อย่างเต็มที่

ตลาดรถยนต์ในประเทศไทย

อุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทยเริ่มต้นเมื่อ พ.ศ. 2503 ในยุคของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งในขณะนั้นมีความต้องการที่จะปรับปรุงตลาดอุตสาหกรรมรถยนต์ในประเทศไทย โดยเริ่มต้นจากการขอความช่วยเหลือจากภาคเอกชนทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ให้เข้ามามีบทบาทในการพัฒนาเศรษฐกิจ² โดยในระยะก่อนช่วงสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ประเทศไทยเริ่มมีการนำเข้ารถยนต์สำเร็จรูปจากประเทศสหรัฐอเมริกาและยุโรป ซึ่งรถยนต์ถือว่าเป็นสินค้าที่มีราคาแพงมากในขณะนั้น ต่อมา มีการจัดตั้งโรงงานประกอบรถยนต์เพียงโรงงานเดียว ทั้งนี้เป็นเพราะอุตสาหกรรมรถยนต์ยังคงเป็นอุตสาหกรรมใหม่ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย การผลิตในปีแรกผลิตได้น้อยและไม่เพียงพอต่อความต้องการ

¹ ศิริกุล จงธนสารสมบัติ, สุชาย ปิยภัณฑ และประวิทย์ จันทร์สว่าง, รายงานการศึกษาเรื่องอุตสาหกรรมยานยนต์ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, 2529), หน้า ๖.

² พัชร สีโรต, การเมืองว่าด้วยการลงทุนของญี่ปุ่นและการกำหนดนโยบาย: วิเคราะห์อุตสาหกรรมประกอบรถยนต์ในประเทศไทย, วารสารสารเศรษฐศาสตร์ธรรมศาสตร์, ปีที่ 11, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2536): 58.

ต่อมาระยะที่ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยต่างมีความคิดในการพัฒนาอุตสาหกรรมของประเทศด้วยการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้า ในปี 2505 รัฐบาลได้ออกพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนเพื่อกิจการอุตสาหกรรม ซึ่งอุตสาหกรรมรถยนต์ก็เป็นหนึ่งในอุตสาหกรรมที่รัฐประกาศให้มีการส่งเสริมการลงทุน โดยให้จัดตั้งโรงงานขึ้นในประเทศ เนื่องจากภาวะความต้องการรถยนต์ในประเทศในขณะนั้นอยู่ในอัตราสูงทำให้เกิดการขาดดุลการค้าต่อประเทศอื่นอันเป็นผลจากการนำเข้ารถยนต์สำเร็จรูป (Completely Built Up : CBU) จากนโยบายดังกล่าวจึงกระตุ้นให้บริษัทที่เคยนำเข้ารถยนต์จากกลุ่มประเทศยุโรปและสหรัฐอเมริกาที่มีความสนใจที่จะจัดตั้งโรงงานประกอบรถยนต์ขึ้นในประเทศไทย โดยหันไปนำเข้าชิ้นส่วนรถยนต์จากต่างประเทศมาประกอบแทน (Completely Knock Down : CKD) ซึ่งบริษัทแรกที่เริ่มดำเนินการ คือ บริษัท แองโกลไทยมอเตอร์³ ต่อมาได้โอนกิจการให้บริษัท ฟอรั่มอเตอร์ ประเทศไทย จำกัด และเลิกกิจการไปในปี 2519 ภายหลังจากนั้นได้มีโรงงานประกอบรถยนต์ตั้งขึ้นใหม่อีกหลายราย

อย่างไรก็ตาม ในระยะแรกกำลังการผลิตในอุตสาหกรรมรถยนต์นั้นยังไม่เพียงพอที่จะตอบสนองความต้องการของตลาดภายในประเทศ ดังนั้น มีการผลักดันและส่งเสริมให้มีการพัฒนาอุตสาหกรรมรถยนต์ภายในประเทศมากขึ้นจนทำให้ปัจจุบันมีจำนวนโรงงานประกอบรถยนต์ในประเทศทั้งสิ้น 15 โรงงาน⁴ โดยผู้ประกอบการรายใหญ่ในประเทศต่างๆ ยังคงต้องการที่จะขยายกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง

อุตสาหกรรมรถจักรยานยนต์

อุตสาหกรรมรถจักรยานยนต์ในประเทศไทยก็ยังคงเป็นอุตสาหกรรมประกอบเช่นเดียวกับอุตสาหกรรมรถยนต์ แต่มีการพัฒนาที่เร็วกว่าอุตสาหกรรมรถยนต์ การพึ่งพาวัตถุดิบและชิ้นส่วนอุปกรณ์จากต่างประเทศจึงมีความต้องการที่น้อยกว่าอุตสาหกรรมยานยนต์ วัตถุดิบและชิ้นส่วนโดยมากแล้วจะมีการนำเข้าจากประเทศญี่ปุ่นเพื่อนำมาประกอบเข้ากับส่วนประกอบที่ผลิตได้ในประเทศไทย แต่ถึงแม้จะมีการนำเข้าวัตถุดิบที่น้อยกว่าในอุตสาหกรรมรถยนต์ก็ตาม รัฐบาลก็ยังคงใช้

³ อภิรตา สุทธิธรรม, ความสามารถในการแข่งขันของไทยค้า และอีซูวในอุตสาหกรรมเพื่อการพาณิชย์ (รถกระบะ 1 คัน), (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์:2547), หน้า 21.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21

มาตรการกำหนดนโยบายการใช้ชิ้นส่วนในประเทศให้มีปริมาณมากขึ้น และห้ามการนำเข้ารถจักรยานยนต์สำเร็จรูปจากต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อลดการขาดดุลเช่นกัน⁵

ตลาดรถจักรยานยนต์ในประเทศไทย

อุตสาหกรรมรถจักรยานยนต์เริ่มต้นในปี 2507 โดยสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้มีการส่งเสริมการลงทุนแก่กิจการเพื่อประกอบรถจักรยานยนต์ โดยมีการจัดตั้งโรงงานประกอบรถจักรยานยนต์แห่งแรก คือ โรงงานของบริษัทสยามยามาฮา จำกัด และเริ่มดำเนินการในปี 2509 ซึ่งต่อมาก็มีการก่อตั้งบริษัทขึ้นอีกหลายบริษัทเช่นกัน⁶ ลักษณะการผลิตในระยะเริ่มแรกเป็นการนำเข้าชิ้นส่วนอุปกรณ์จากต่างประเทศโดยเฉพาะญี่ปุ่นในรูปแบบของอะไหล่ มาประกอบเข้ากับส่วนประกอบที่ผลิตได้ในประเทศ และโรงงานที่ผลิตได้เอง ได้แก่ ตัวถังรถ ซึ่งปัจจุบันมีโรงงานประกอบรถจักรยานยนต์จำนวน 5 โรงงานด้วยกัน⁷

4.1.1 โครงสร้างตลาดและการแข่งขันทางการตลาดของอุตสาหกรรมยานยนต์

โครงสร้างตลาดรถยนต์

เดิมก่อนปี พ.ศ. 2535 ตลาดอุตสาหกรรมรถยนต์ของไทยจะเน้นการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้าจึงทำให้ตลาดรถยนต์ในขณะนั้นถูกจำกัดอยู่เฉพาะตลาดภายในประเทศเท่านั้น แต่นับตั้งแต่ปี พ.ศ.2535 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน รัฐบาลได้เปลี่ยนยุทธศาสตร์การพัฒนาจากการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้ามาเป็นการส่งเสริมอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก (Export – Oriented Industrialization) ดังนั้น การผลิตรถยนต์ในระยะหลังจึงมุ่งที่จะจำหน่ายทั้งตลาดภายในประเทศและต่างประเทศด้วย⁸

⁵ ศิริกุล จงธนสารสมบัติ, สุชาย ปิยภินท์ และประวิทย์ จันทร์สว่าง, รายงานการศึกษาเรื่องอุตสาหกรรมยานยนต์ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 3.

⁶ ชูชาติ เพ็ชรอำไพ, การวิเคราะห์พฤติกรรมการแข่งขันและปัจจัยแห่งความสำเร็จของผู้แทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 2544), หน้า 6

⁷ <http://www.ftawatch.org> (dated 31 January 2006)

⁸ ศักดิ์ชัย ชนะวิชชรักษ์, "ผลกระทบของนโยบายรัฐบาลที่มีต่ออุตสาหกรรมรถยนต์ไทยในส่วนของผู้ประกอบการ." (เศรษฐศาสตร์มหานบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 46.

ในปี พ.ศ.2548 (มกราคม – ธันวาคม) มีปริมาณการจำหน่ายรถยนต์รวม 703,405 คัน โดยยี่ห้อที่สามารถขายได้เป็นอันดับหนึ่ง คือ โตโยต้า ขายได้จำนวน 277,955 คัน มีส่วนแบ่งการครองตลาด ร้อยละ 39.52 อันดับ 2 ได้แก่ ฮีลู่ มียอดขายทั้งสิ้น 176,718 คัน มีส่วนแบ่งการครองตลาด ร้อยละ 25.12 และอันดับ 3 ได้แก่ ฮอนด้า มียอดขายจำนวน 58,515 คัน มีส่วนแบ่งการครองตลาด ร้อยละ 8.32 ปะกฏฎรายละเจียด ดังนี้

ตารางส่วนแบ่งตลาดรถยนต์รวมแต่ละยี่ห้อ ปี พ.ศ.2548⁹

| อันดับ | บริษัท | จำนวน (คัน) | อัตราส่วน(%) |
|--------|------------|----------------|---------------|
| 1 | โตโยต้า | 277,955 | 39.52 |
| 2 | ฮีลู่ | 176,718 | 25.12 |
| 3 | ฮอนด้า | 58,515 | 8.32 |
| 4 | มิตซูบิชิ | 47,419 | 6.74 |
| 5 | นิสสัน | 40,602 | 5.77 |
| 6 | เซฟโรเล็ด | 33,939 | 4.82 |
| 7 | ฟอร์ด | 23,449 | 3.33 |
| 8 | อื่น ๆ | 44,808 | 6.37 |
| | รวม | 703,405 | 100.00 |

ที่มา : กลุ่มอุตสาหกรรมยานยนต์ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

จะเห็นได้ว่าแม้ในตลาดรถยนต์จะมีผู้ประกอบการหลายราย แต่จากส่วนแบ่งตลาดที่ปรากฏข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการแข่งขันที่แท้จริงจะตกอยู่แก่ผู้ประกอบการเพียง 2-3 รายเท่านั้น กล่าวคือ อันดับที่ 1 บริษัท โตโยต้า อันดับที่ 2 บริษัท ฮีลู่ และอันดับที่ 3 บริษัท ฮอนด้า ซึ่งส่วนแบ่งตลาดของบริษัท ฮอนด้า ค่อนข้างที่จะห่างจากสองอันดับแรกมาก ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าตลาดรถยนต์จัดอยู่ในโครงสร้างตลาดผู้ขายน้อยราย¹⁰ เนื่องจาก

⁹ สภาวะอุตสาหกรรมยานยนต์และชิ้นส่วนยานยนต์ปี 2549 (มกราคม – เมษายน)

(Available from <http://www.thaiauto.or.th> dated 24 June 2006)

¹⁰ อภิรดา สุทธิธรรม, ความสามารถในการแข่งขันของโตโยต้า และฮีลู่ในตลาดรถยนต์เพื่ออรรถาภิธานย์ (รถกระบะ 1 คัน), (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์:2547), หน้า 47-48.

ประการแรก คือ จำนวนผู้ประกอบการที่แข่งขันกันอย่างแท้จริงมีอยู่เพียง 2-3 รายเท่านั้น

ประการที่สอง คือ ลักษณะสินค้ารถยนต์ โดยสภาพของการใช้งานที่แท้จริงแล้วมีลักษณะเหมือนกัน แต่ในแง่ของผู้บริโภคอาจมีความแตกต่างเล็กน้อย เช่น ภาพพจน์ของรถยนต์ เอกลักษณะเฉพาะของรถยนต์ เป็นต้น ดังนั้น ในเรื่องสินค้ารถยนต์ไม่ว่าจะผลิตโดยผู้ผลิตโดยอ้อมสามารถใช้แทนกันได้¹¹

ประการที่สาม คือ ความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ ในตลาดรถยนต์ผู้ประกอบการจะเข้าสู่ตลาดได้ยาก เพราะมีอุปสรรคจากหลายปัจจัย ได้แก่

- เงินลงทุน การจัดตั้งโรงงานผลิตและประกอบรถยนต์ในประเทศไทย จะต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก นอกจากนั้นจะต้องมีโรงงานที่เป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนและอุปกรณ์สนับสนุนการผลิตด้วย

- เทคโนโลยีการผลิตจะต้องมีความก้าวหน้าและทันสมัยเพียงพอที่จะผลิตรถยนต์ให้มีคุณภาพและแข่งขันกับผู้ผลิตรายอื่นๆ ได้

- ปริมาณการผลิต การลงทุนผลิตรถยนต์เพื่อให้คุ้มกับต้นทุนที่เสียไป เนื่องจากการลงทุนการผลิตรถยนต์จะมีมูลค่าสูง ปริมาณการผลิตจึงต้องคุ้มค่าพอสําหรับการลงทุนที่เสียไป หากลงทุนไปแล้วปรากฏว่าปริมาณการผลิตมีน้อยไม่คุ้มกับปริมาณการลงทุนที่เสียไป ย่อมทําให้ผู้ประกอบการรายนั้นขาดทุน ดังนั้น ผู้ผลิตรายใหม่ที่ประสงค์จะเข้าสู่ตลาดจำเป็นต้องมีตลาดมารองรับเพื่อให้เพียงพอต่อปริมาณการผลิตระดับหนึ่ง

โครงสร้างตลาดรถจักรยานยนต์

ส่วนตลาดรถจักรยานยนต์นั้น รัฐบาลได้ให้การสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการผลิตรถจักรยานยนต์เพื่อทดแทนการนำเข้าตั้งแต่ปี พ.ศ.2507 โดยโรงงานประกอบรถจักรยานยนต์แห่งแรกคือ บริษัทสยามยามาฮ่า จำกัด ซึ่งต่อมาก็มีการจัดตั้งโรงงานประกอบขึ้นอีก เช่น โรงงานฮอนด้าและโรงงานไทยซูซูกิ ด้วยผลของการส่งเสริมการตั้งโรงงานประกอบดังกล่าวจึงทําให้ปริมาณการผลิตของโรงงานมีเกินกว่าปริมาณความต้องการบริโภคภายในประเทศ รัฐบาลจึงได้มีการส่งเสริมให้มีการส่งออกรถจักรยานยนต์ไปจำหน่ายยังต่างประเทศในเวลาต่อมา

¹¹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 181.

ในปี พ.ศ.2548 (มกราคม – ธันวาคม) ปริมาณการผลิตรถจักรยานยนต์มีจำนวนทั้งสิ้น 2,112,426 คัน โดยยี่ห้อที่สามารถจำหน่ายได้สูงที่สุด คือ ฮอนด้า จำนวน 1,407,733 คัน มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 69.71 อันดับ 2 คือ ยามาฮ่า จำนวน 394,164 คัน มีส่วนแบ่งการตลาดทั้งสิ้นร้อยละ 14.07 อันดับ 3 คือ ชูซูกิ จำนวน 195,689 คัน มีส่วนแบ่งการตลาดทั้งสิ้นร้อยละ 12.54 ปรากฏรายละเอียด ดังนี้

ตารางส่วนแบ่งตลาดรถจักรยานยนต์รวมแต่ละยี่ห้อ ปี พ.ศ.2548¹²

| อันดับ | บริษัท | จำนวน (คัน) | อัตราส่วน(%) |
|--------|------------|------------------|---------------|
| 1 | ฮอนด้า | 1,407,733 | 69.71 |
| 2 | ยามาฮ่า | 394,164 | 14.07 |
| 3 | ชูซูกิ | 195,689 | 12.54 |
| 4 | โทเกอ์ | 67,055 | 2.09 |
| 5 | คาวาซากิ | 27,973 | 1.23 |
| 6 | เจอาร์ดี | 12,018 | 0.58 |
| 7 | อื่นๆ | 7,794 | 0.08 |
| | รวม | 2,112,426 | 100.00 |

ที่มา : กลุ่มอุตสาหกรรมยานยนต์ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

จากสภาพของตลาดรถจักรยานยนต์ข้างต้นจะเห็นได้ว่าโครงสร้างตลาดรถจักรยานยนต์จะจัดอยู่ในโครงสร้างตลาดแบบผู้ขายน้อยรายด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับตลาดรถยนต์¹³ เพราะรถยนต์และรถจักรยานยนต์ต่างมีกระบวนการผลิต การจัดจำหน่าย การลงทุนที่ใกล้เคียงกันและวัตถุประสงค์การใช้สินค้าก็ไปในทิศทางเดียวกัน

¹² สภาวะอุตสาหกรรมยานยนต์และชิ้นส่วนยานยนต์ปี 2549 (มกราคม – เมษายน)

(Available from <http://www.thaiauto.or.th> dated 24 June 2006)

¹³ ชูชาติ เพ็ชรอำไพ, การวิเคราะห์พฤติกรรมการแข่งขันและปัจจัยแห่งความสำเร็จของผู้แทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 2544), หน้า 33.

4.1.2 รูปแบบการจัดจำหน่ายสินค้าในอุตสาหกรรมยานยนต์

การจัดจำหน่ายรถยนต์¹⁴

ในการจำหน่ายรถยนต์จะมีบริษัทจัดจำหน่ายทำหน้าที่ทางการตลาดให้โดยเฉพาะ โดยเมื่อโรงงานประกอบได้ดำเนินการประกอบรถยนต์สำเร็จรูปขึ้นแล้ว บริษัทจัดจำหน่ายจะเป็นผู้รับสินค้าไปจากโรงงานและทำการกระจายสินค้าไปยังศูนย์การจำหน่ายหรือตัวแทนจำหน่ายที่อยู่ตามจังหวัดใหญ่ๆ ทั่วประเทศหรือแม้แต่บริษัทจัดจำหน่ายจำหน่ายให้แก่ผู้ใช้โดยตรง

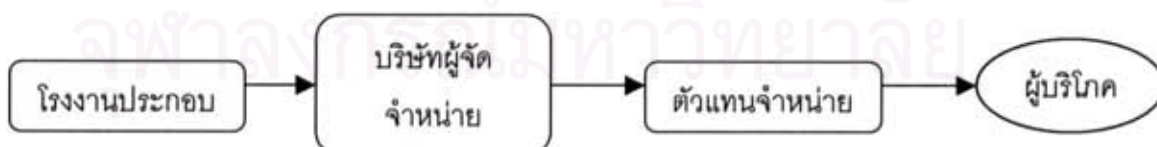
แผนภาพแสดงรูปแบบการจัดจำหน่ายรถยนต์



การจัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์¹⁵

การจัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์จะจำหน่ายผ่านตัวแทนจำหน่ายซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัด โดยโรงงานประกอบรถจักรยานยนต์จะส่งให้บริษัทผู้จัดจำหน่ายผ่านทางตัวแทนจำหน่ายไปสู่ผู้ใช้

แผนภาพแสดงรูปแบบการจัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์



¹⁴ สิริกุล จงธนสาร, สมบัติ สุขาย ปิยะกันต์ และประวิทย์ จันทร์สว่าง, รายงานการศึกษาเรื่องอุตสาหกรรมยานยนต์ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 30.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ความแตกต่างในการจำหน่ายรถยนต์และรถจักรยานยนต์จากบริษัทจัดจำหน่ายไปยังตัวแทนจำหน่าย อยู่ตรงที่ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์จะถูกกำหนดให้ต้องมีการตั้งโชว์รูม (Showroom) และศูนย์บริการหลังการขาย เพื่อขายสินค้าและให้บริการให้แก่ลูกค้า แต่ตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์โดยทั่วไปแล้วจะไม่ถูกกำหนดให้ต้องมีการตั้งโชว์รูมหรือศูนย์บริการหลังการขายแต่อย่างใด เนื่องจากรถจักรยานยนต์เป็นสินค้าขนาดเล็กและมีราคาไม่สูงมากนัก อีกทั้งการดูแลทางด้านเครื่องยนต์และประสิทธิภาพต่างๆ ก็ไม่มีความยุ่งยากเท่ากับสินค้าประเภทรถยนต์

4.1.3 กลยุทธ์ในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยานยนต์

ในภาวะเศรษฐกิจที่ซบเซาประกอบกับตลาดอุตสาหกรรมยานยนต์ภายในประเทศมีลักษณะแคบและไม่มีการขยายตัวเท่าที่ควร อีกทั้งกำลังซื้อของประชาชนลดลง จึงทำให้การประหยัดเป็นเรื่องที่สำคัญที่เข้ามามีส่วนในการตัดสินใจเลือกซื้อรถยนต์มากขึ้น ความซบเซาของตลาดและปริมาณการซื้อรถที่มีขนาดต่ำกว่ากำลังการผลิตของอุตสาหกรรมยานยนต์ในประเทศทำให้ผู้ประกอบการต้องแข่งขันกันด้วยกลยุทธ์ต่างๆ เพื่อเพิ่มยอดขาย หรืออย่างน้อยก็เพื่อรักษาระดับส่วนแบ่งตลาดของตนไว้ให้ได้ ซึ่งกลยุทธ์ที่ใช้ในการแข่งขันสามารถจำแนกได้ 2 รูปแบบด้วยกัน

(ก) ตัวสินค้า

สำหรับรถยนต์ญี่ปุ่นจะเน้นการแข่งขันด้านรูปแบบมาก เพื่อดึงดูดความสนใจของผู้ซื้อ โดยมีการออกรุ่นใหม่ๆ ซึ่งปัจจุบันจะเน้นไปที่รถที่มีขนาดเล็กกระทัดรัด เพื่อตอบสนองความต้องการของกลุ่มผู้บริโภควัยเริ่มทำงานที่มีกำลังซื้อรถยนต์ได้ในราคาปานกลาง หรือมีการเปลี่ยนแปลงส่วนประกอบเล็กๆ น้อยๆ เพื่อดึงดูดใจของผู้ซื้อ เป็นต้น ส่วนรถยนต์ยุโรปนั้นไม่ค่อยมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบมากนัก แต่จะเน้นการสร้างค่านิยมว่าเป็นรถที่มีคุณภาพเน้นให้เกิดความเชื่อถือในยี่ห้อ ส่วนรถจักรยานยนต์จะมีการแข่งขันกันออกรุ่นใหม่ เพื่อขายความแปลกใหม่ของรูปแบบรถ¹⁶

¹⁶ จิรายุส บงกชมาศ, "การปรับตัวของอุตสาหกรรมรถยนต์ไทยภายใต้ภาวะวิกฤติเศรษฐกิจ" (เศรษฐศาสตร์มหานับชนิด คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 50.

(ข) การขาย

ในด้านตัวแทนจำหน่าย ได้มีการเพิ่มจำนวนศูนย์บริการให้มีจำนวนมากและกระจายทั่วประเทศ เช่น ศูนย์อะไหล่ ศูนย์การจำหน่าย รวมถึงการให้รางวัลพิเศษแก่ตัวแทนจำหน่ายเมื่อสามารถจำหน่ายสินค้าได้เกินเป้าที่กำหนด นอกจากนี้ยังมีการล่อใจลูกค้าด้วยการแจกของแถมติดรถยนต์ หรือขายสินค้าโดยมีเงื่อนไขพิเศษ เช่น การขายเงินผ่อนระยะยาวสูงสุดถึง 72 เดือน หรือการขายโดยไม่มีการวางเงินดาวน์ เป็นต้น

(ค) การโฆษณา

ผู้ประกอบการจะเน้นการโฆษณาทางสื่อต่างๆ มากขึ้น เช่น ทางหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ โรงภาพยนตร์ หรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ โดยจะเน้นการประหยัดน้ำมัน หรือชี้ให้เห็นว่าผู้ซื้อจะได้รับอะไรเป็นพิเศษเพิ่มขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เป็นที่น่าสังเกตว่าบริษัทที่ใช้งบการโฆษณาส่วนใหญ่แล้วจะเป็นบริษัทญี่ปุ่น ทั้งนี้อาจเป็นเพราะบริษัทเหล่านี้ได้ครองส่วนแบ่งตลาดรถยนต์และรถจักรยานยนต์อยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงพยายามรักษาส่วนแบ่งตลาดของตนไว้¹⁷

4.1.4 พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

ในประเทศไทยนั้น พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์มักเกิดขึ้นในช่วงของบริษัทผู้จัดจำหน่าย (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "ผู้ผลิต") ที่ขายสินค้ายานยนต์ไปยังตัวแทนจำหน่ายรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "ผู้จัดจำหน่าย") ซึ่งพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนี้จะมีลักษณะทั้งแบบสมัครใจและแบบบีบบังคับให้อีกฝ่ายกระทำตามข้อตกลง โดยห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งของตน ทั้งนี้ฝ่ายใดจะเป็นผู้มีอำนาจบีบบังคับนั้นขึ้นอยู่กับอำนาจต่อรอง (bargaining power) ที่แต่ละฝ่ายพึงมี

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

* หมายเหตุ ข้อมูลในส่วนนี้ได้รับจากการสัมภาษณ์จากผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยานยนต์หลายรายทั้งที่เป็นผู้ผลิตและตัวแทนจำหน่าย

** ในอุตสาหกรรมยานยนต์ โรงงานประกอบรถยนต์กับบริษัทผู้จัดจำหน่ายตามที่ปรากฏในแผนภาพแสดงการจำหน่ายรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ในความเป็นจริง คือ บริษัทในเครือเดียวกัน โดยบริษัทผู้จัดจำหน่ายจะเป็นผู้รับสินค้าจากโรงงานประกอบแต่เพียงผู้เดียว จากนั้นจึงมีหน้าที่จำหน่ายสินค้าให้แก่ตัวแทนจำหน่ายรายอื่นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง บริษัทผู้จัดจำหน่ายก็คือ ผู้ผลิต นั่นเอง

จากการศึกษาพบว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยสามารถสรุปได้ ดังนี้

4.1.4.1 กรณีการกำหนดข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งกรณีทั่วไป

กรณีการกำหนดข้อตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยทั่วไป หมายถึง การที่ผู้ผลิตยานยนต์กำหนดเงื่อนไขให้แก่ผู้จัดจำหน่ายในการห้ามซื้อสินค้ารถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่น นอกเหนือจากสินค้าของผู้ผลิตเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติพฤติกรรมการตกลงดังกล่าวจะเป็นที่รู้จักกันเฉพาะระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายว่าหากผู้จัดจำหน่ายซื้อหรือจำหน่ายสินค้าของคู่แข่งแล้ว ผู้ผลิตจะปฏิเสธไม่ทำการติดต่อค้าขายกับผู้จัดจำหน่ายรายนั้น ซึ่งพฤติกรรมลักษณะนี้มีลักษณะเป็นประเพณีปฏิบัติในธุรกิจอุตสาหกรรมยานยนต์อยู่แล้ว

4.1.4.2 กรณีการที่ผู้ผลิตได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้จัดจำหน่ายบางประการ

กรณีที่ผู้ผลิตได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้จัดจำหน่ายบางประการพร้อมกับกำหนดเงื่อนไขข้อตกลงการห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นเข้าทำธุรกิจกับผู้ผลิตรายอื่นๆ ที่เป็นคู่แข่งของตน หรือกระทำการบีบบังคับโดยทางอ้อมซึ่งมีผลให้คู่แข่งไม่สามารถเสนอขายสินค้าแก่ผู้จัดจำหน่ายได้ กรณีนี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งสำหรับผู้จัดจำหน่ายที่ประสงค์เข้าสู่สนามการค้าในอุตสาหกรรมยานยนต์ แต่ยังขาดความพร้อมทั้งทางด้านเงินทุนและด้านอื่นๆ จึงต้องยอมรับความช่วยเหลือจากผู้ผลิตพร้อมทั้งเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ห้ามมิให้ทำธุรกิจกับผู้ผลิตรายอื่นด้วย ฉะนั้น เมื่อยอมรับความช่วยเหลือจากผู้ผลิตแล้วย่อมต้องผูกพันกับข้อตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันนี้ไปโดยปริยาย ลักษณะข้อตกลงที่ปรากฏในกรณีนี้ ได้แก่

การให้สินเชื่อในการทำธุรกิจยานยนต์¹⁸

เป็นกรณีที่ผู้จัดจำหน่ายมีความประสงค์ที่จะจำหน่ายสินค้ายานยนต์ของผู้ผลิต แต่ปราศจากเงินทุนจึงติดต่อกับผู้ผลิตเพื่อขอสินเชื่อ เนื่องจากธุรกิจอุตสาหกรรมยานยนต์เป็นธุรกิจที่ต้องใช้ทุนหมุนเวียนเป็นจำนวนมากทำให้ผู้จัดจำหน่ายไม่สามารถสั่งซื้อสินค้าในปริมาณที่เพียงพอกับความต้องการของตนที่จะขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค ฉะนั้น หากผู้จัดจำหน่ายไม่มีเงินทุนที่มากพอจะ

¹⁸ ผู้จัดการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดปรีชาพาณิชย์ร้อยเอ็ด. สัมภาษณ์. 31 มกราคม 2549

เป็นการเสียโอกาสของตัวผู้จัดจำหน่ายและตัวผู้ผลิตเองที่จะจำหน่ายสินค้าได้ในปริมาณที่มากขึ้น ด้วยเหตุนี้ผู้ผลิตจึงตกลงที่จะให้ความช่วยเหลือแก่ผู้จัดจำหน่ายโดยการให้สินเชื่อเพื่อเพิ่มขีดความสามารถให้แก่ผู้จัดจำหน่ายในการซื้อสินค้าขายยนต์จากผู้ผลิต ในทางปฏิบัติการให้สินเชื่อดังกล่าวจะมาพร้อมกับข้อผูกมัดที่เรียกว่า "ข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง" ด้วย แต่การตกลงนี้อาจจะปรากฏโดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ได้

การหุ้มสินค้าขายยนต์¹⁹

คือ กรณีที่ผู้ผลิตลงทุนตกแต่งร้านค้าหรือสถานประกอบการให้กลายเป็นโชว์รูม (Showroom) และให้ความช่วยเหลือด้านสินค้าที่จะวางจำหน่ายแก่ผู้จัดจำหน่ายที่ไม่มีเงินลงทุนที่เพียงพอ แต่มีเพียงสถานประกอบการเท่านั้น ซึ่งในการตกแต่งร้านค้าดังกล่าว จะเป็นไปในลักษณะที่ถูกบีบบังคับจากผู้ผลิตให้จำหน่ายเฉพาะสินค้าของผู้ผลิตเท่านั้น²⁰ เนื่องจากพื้นที่การโชว์สินค้าและการนำเสนอขายสินค้าจะถูกตกแต่งเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการขายสินค้าขายยนต์ของผู้ผลิตแต่เพียงยี่ห้อเดียวเท่านั้น ผู้จัดจำหน่ายจะไม่สามารถนำสินค้าขายยนต์จากผู้ผลิตรายอื่นมาวางจำหน่ายในร้านหรือโชว์รูมของตนได้ ซึ่งมีผลเป็นการกีดกันห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

4.1.4.3 การมอบหมายให้เป็นผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว

พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในกรณีนี้เป็นลักษณะของการตกลงให้ผู้จัดจำหน่ายที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจำหน่ายสินค้าขายยนต์ของผู้ผลิตซึ่งอาจกำหนดในเขตใดเขตหนึ่ง (Exclusive distribution) โดยที่ผู้ผลิตตกลงที่จะไม่จำหน่ายสินค้าให้แก่บุคคลอื่นภายในอาณาบริเวณที่ได้ให้สิทธิแก่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นไว้แล้ว ซึ่งถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ห้ามมิให้ผู้ผลิตเสนอสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นอันเป็นการกีดกันการแข่งขันโดยเสรี และยังเป็นผลให้ผู้บริโภคจะต้องผูกขาดการซื้อสินค้าจากผู้จัดจำหน่ายรายดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว อีกทั้งยังเป็นการสร้างอำนาจการผูกขาดให้เกิดขึ้นในตลาดในอีกนัยหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี ในการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ข้างต้นนั้น ผู้ผลิตมักจะอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าผู้จัดจำหน่ายอยู่แล้ว ดังนั้น ก่อนการทำข้อตกลง

¹⁹ นายเสริมพันธ์ เหมะสิริณฑกะ. ผู้อำนวยการฝ่ายขาย. บริษัท ห้างไทยธาดา (1971) จำกัด. สัมภาษณ์. 25 มกราคม 2549

²⁰ ผู้จัดการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดนครมอเดิร์น. สัมภาษณ์. 30 มกราคม 2549

ห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ผู้ผลิตย่อมมีโอกาสที่จะคำนึงถึงผลดีและผลเสียก่อนแล้ว ฉะนั้น ในแง่ของความสูญเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการตกลงดังกล่าวย่อมเป็นไปได้ว่าความเสียหายและความเสียหายจะเกิดแก่ผู้จัดจำหน่าย

4.1.5 ลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์

ปัจจัยหนึ่งที่จะนำไปสู่การพิจารณาถึงการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งว่าควรมีการอนุญาตให้กระทำหรือไม่นั้น ควรที่จะพิจารณาถึงลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์ที่มีความแตกต่างกับลักษณะสินค้าอื่นประกอบด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์ที่ใช้เป็นข้อประกอบพิจารณาถึงการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมี ดังนี้

4.1.5.1 การบริการหลังการขาย (After sale service)

สินค้ายานยนต์เป็นสินค้าที่จำเป็นต้องมีการบริการหลังการขายเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากสินค้ายานยนต์จะประกอบด้วยอะไหล่และชิ้นส่วนหลายชิ้นที่มีกลไกการผลิตที่สลับซับซ้อน หากเกิดการสึกหรอก็จำเป็นต้องมีการซ่อมแซมตลอดจนต้องมีการบำรุงรักษาเมื่อมีการใช้งานไปได้ระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งในบางครั้งก็จำเป็นที่จะต้องนำเครื่องมือหรืออุปกรณ์เทคโนโลยีขั้นสูงที่มีลักษณะเฉพาะมาใช้เพื่อการซ่อมแซมและบำรุงรักษาดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าสินค้ายานยนต์เป็นสินค้าที่ต้องได้รับการดูแล บำรุงรักษาและซ่อมแซมอย่างสม่ำเสมอ²¹ ฉะนั้น การบริการหลังการขายตลอดอายุการใช้งานจึงเป็นลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของสินค้าประเภทนี้

4.1.5.2 ความสำคัญของอะไหล่หรือชิ้นส่วนยานยนต์บางประเภท

เนื่องจากสินค้ายานยนต์แต่ละคันย่อมประกอบด้วยอะไหล่และชิ้นส่วนหลายประเภท ซึ่งชิ้นส่วนเหล่านั้นต่างก็มีลักษณะเฉพาะสำหรับรถยนต์รุ่นนั้น ซึ่งในขั้นตอนของการผลิตอะไหล่และชิ้นส่วนยานยนต์ย่อมต้องผ่านการทดสอบ วิเคราะห์ทางด้านวิศวกรรมทางวิทยาศาสตร์ (Scientific engineering) ตลอดจนมีการทดลองใช้มาก่อนแล้ว ก่อนที่จะมีการนำออกจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภค ฉะนั้น ในแง่ของอะไหล่หรือชิ้นส่วนย่อมต้องมีลักษณะเฉพาะและมีคุณภาพมาตรฐานตามที่ได้มีการวิเคราะห์มา การนำอะไหล่หรือชิ้นส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกันแต่ไม่ได้มาตรฐานตามหลักทางวิศวกรรมมาใช้ย่อมอาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยหรือความเสียหายแก่ผู้ใช้ ดังนั้น อะไหล่หรือ

²¹ Peart , Lee, "Block exemption Is Europe about to undergo an auto retailing revolution" (www.worldmarketsanalysis.com/infocus2002/articles/westrope_blockexempt.html dated 7 January 2006)

ขึ้นส่วนบางประเภท จึงจำเป็นที่จะต้องสงวนไว้เฉพาะอะไหล่หรือชิ้นส่วนยานยนต์ที่ผลิตจากผู้ผลิตเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะแตกต่างจากสินค้าโดยทั่วไป

ในสภาพตลาดอะไหล่หรือชิ้นส่วนยานยนต์จะประกอบด้วยกันสามประเภท คือ อะไหล่แท้ อะไหล่เทียม และอะไหล่ปลอม ซึ่งทั้งสามประเภทนี้จะมีคุณภาพที่แตกต่างกันมาก และผู้จัดจำหน่ายส่วนใหญ่จะจัดเตรียมอะไหล่หรือชิ้นส่วนทั้งสามประเภทนี้ไว้ เพื่อให้ผู้บริโภคได้ตัดสินใจเลือกซื้อในราคาที่ตนพอใจ โดยมีได้คำนึงถึงความสูญเสียหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้สินค้าที่ขาดคุณภาพนั้น²² เพราะฉะนั้น การปล่อยให้มีการเลือกใช้อะไหล่หรือชิ้นส่วนที่ไม่ได้คุณภาพ โดยที่ผู้บริโภคไม่ได้มีความรู้ที่เพียงพออาจก่อให้เกิดความเสียหายตามมาได้

4.1.5.3 เทคโนโลยีและบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ

ในการผลิตสินค้ายานยนต์ย่อมต้องมีกระบวนการและขั้นตอนการผลิตที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงซึ่งรวมถึงกลไกต่างๆ ที่จะต้องมีการตรวจสอบเพื่อรองรับการใช้งานในทุกส่วน ดังนั้น หากเกิดความเสียหายหรือการสึกหรอในส่วนที่สำคัญ เทคโนโลยีขั้นสูงก็จำเป็นที่จะต้องถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบซ่อมแซมหรือแก้ไขสินค้ายานยนต์นั้นให้กลับสู่สภาพปกติเหมาะสมแก่การใช้งานเช่นเดิม ฉะนั้น ความต้องการทางด้านเทคโนโลยีขั้นสูงจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในสินค้ายานยนต์

นอกจากนั้นเพื่อรองรับเทคโนโลยีขั้นสูงที่เกิดขึ้น บุคคลที่จะนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาปรับใช้ก็จำเป็นที่จะต้องได้รับการอบรม ฝึกฝน เพื่อให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญต่อสินค้ายานยนต์นั้น ซึ่งจะเป็นผลให้การดูแล ตรวจสอบ หรือซ่อมแซม เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด ดังนั้น บุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญจึงเป็นข้อแตกต่างจากสินค้าประเภทอื่นด้วยเช่นกัน

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์แล้ว จะเห็นได้โดยสภาพของตัวสินค้าเองว่ามีความแตกต่างจากสินค้าประเภทอื่นหลายประการ ดังนั้น ในแง่ของการพิจารณาว่าควรหรือไม่ที่จะมีการอนุญาตให้มีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์จึงเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญยิ่งประการที่จะนำมาประกอบการพิจารณา

²² ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, "รายงานวิจัยโครงการแนวโน้มธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในเขตกรุงเทพและปริมณฑล" (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : มกราคม 2540), หน้า 22.

4.2 การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ต่อการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

4.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของไทย คือ พระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 เนื่องจากผลพวงของสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงทำให้เศรษฐกิจทั่วโลกตกต่ำและอยู่ในภาวะชบเซาอันส่งผลให้สินค้าอุปโภคบริโภคต่างๆ ที่จำเป็นแก่การครองชีพขาดแคลน เกิดการกักตุนสินค้า กอปรกับผู้ประกอบการหลายรายในขณะนั้นเอารัดเอาเปรียบโดยฉวยโอกาสตั้งราคาสินค้าสูงกว่าปกติ ตลอดจนมีการรวมกลุ่มทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนอย่างหนัก รัฐจึงได้เข้าแทรกแซงโดยตรากฎหมายพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 ขึ้นเพื่อควบคุมราคาสินค้าและป้องกันการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้า กฎหมายฉบับดังกล่าวได้ให้ความสำคัญและเน้นเรื่องการควบคุมการผลิตหรือจำหน่ายหรือสั่งห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควรเท่านั้น โดยมีได้มีมาตรการการควบคุมการผูกขาดและการจำกัดทางธุรกิจการค้า (Restraint of trade)²³ แต่อย่างไร

เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวยังคงขาดประสิทธิภาพเท่าที่ควร ต่อมาใน พ.ศ. 2490 รัฐจึงได้ยกเลิกพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 ทั้งหมดและได้ตรากฎหมายใหม่ขึ้นใช้แทน คือ พระราชบัญญัติการป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 แต่อย่างไรก็ดีในช่วงระยะเวลาที่พระราชบัญญัติการป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ใช้บังคับนั้น สภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยและต่างประเทศเริ่มมีความเจริญรุดหน้าอย่างรวดเร็ว โดยมีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรมในหลายประเภทจึงเป็นผลให้พระราชบัญญัติการป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 เกิดความล้าหลัง ไม่เหมาะสมกับอุตสาหกรรมที่อยู่ระหว่างการพัฒนา ต่อมารัฐจึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ขึ้นเพื่อควบคุมการกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรม ป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายที่มีลักษณะควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural control) โดยพิจารณาถึงการใช้อำนาจการผูกขาดอย่างเคร่งครัด ไม่ยอมให้มีการใช้อำนาจผูกขาดไม่ว่าในกรณีใดๆ ทั้งสิ้น

²³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายกับการพัฒนา, เอกสารวิจัยใช้ประกอบการสัมมนา ปัญหาการพัฒนาชนบทและการพัฒนาทรัพยากรเพื่อการพัฒนาตนเอง, จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, 27 สิงหาคม 2524, หน้า 2

ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมที่เข้มงวดมากเกินไปจนทำให้ธุรกิจเกือบจะทุกประเภทเป็นธุรกิจควบคุม จึงทำให้กฎหมายฉบับดังกล่าวมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายควบคุมราคาสินค้าเท่านั้น²⁴

ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2542 กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงถูกยกเลิกและได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้เปลี่ยนหลักการจากการควบคุมโครงสร้าง (Structural control) มาเป็นมาตรการการควบคุมพฤติกรรม (Conduct control) แทน ซึ่งได้วางหลักการควบคุมไว้ 2 ประการด้วยกัน คือ หลักการควบคุมโครงสร้างตลาดและหลักการควบคุมพฤติกรรม อันเป็นหลักสากลที่นานาอารยประเทศได้ใช้บังคับในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และด้วยผลของหลักการควบคุมพฤติกรรมนี้เองจึงนำมาซึ่งระบบการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน (Authorisation) ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อว่าการกระทำจำกัดการแข่งขันบางประเภทสามารถสร้างประโยชน์และประสิทธิภาพให้เกิดขึ้น ดังนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 จึงเริ่มมีการยอมรับการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางกรณีแล้ว

4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับมาตรการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ จะพบว่าพฤติกรรมดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติที่สำคัญใน 3 มาตรา คือ มาตรา 27, 37 และ 51 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดยจะขอกล่าวเป็นลำดับดังนี้

มาตรา 27 "ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะ ใดๆ โดยอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

²⁴ จันทรวง เจริญยิ่งยศ, "สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," (คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 38.

(1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ ตกลงกัน หรือจำกัด ปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

(2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ ตกลงกัน หรือจำกัด ปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

(4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่ง ได้รับการประมูลหรือ ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่ง เข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคา สินค้าหรือบริการ

(5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลด การจำหน่ายสินค้าหรือ บริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการ ธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้ โดยผู้ประกอบการธุรกิจอื่นจะ ไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

(6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือ บริการได้ หรือกำหนดตัว ผู้ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละราย จะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการ ของตลาด

(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดย จำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้า หรือให้บริการอย่างเดียวกั นหรือประเภทเดียวกัน

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่าย สินค้าหรือการบริการเพื่อ ให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใด ระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการที่ยื่น คำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตาม มาตรา 35"

ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยอมรับว่าพฤติกรรมการจำกัด การแข่งขันบางกรณีสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นได้จึงมีการบัญญัติมาตรการขออนุญาตกระทำ การจำกัดการแข่งขันขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการกลั่นกรองว่าการกระทำในลักษณะใดควรอนุญาตหรือ

ไม่ควรอนุญาตให้กระทำ จากการศึกษาที่ผ่านมาในบทที่ 2 และ 3 จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมกำกวม การแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถก่อให้เกิดประโยชน์ได้เช่นกัน

วัตถุประสงค์ของมาตรา 27²⁵

วัตถุประสงค์ของมาตรา 27 คือ การป้องกันการแข่งขันและกระบวนการแข่งขัน²⁶ โดยถือว่า ตลาดที่มีการแข่งขัน คือ วิถีทางที่ดีที่สุดของการส่งเสริมประสิทธิภาพในด้านเศรษฐกิจและก่อให้เกิด การพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวม ซึ่งผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากการกำหนดราคาสินค้าที่มี ประสิทธิภาพมากขึ้น²⁷ โดยมาตรา 27 มุ่งที่จะห้ามมิให้ผู้ประกอบการกระทำการร่วมกันโดยการสมคบ หรือสมรู้ร่วมคิดกัน (Collusion) เพื่อประกอบกิจกรรมหรือกระทำการใดๆ อันนำไปซึ่งผลประการใด ประการหนึ่งหรือทั้งหมดดังต่อไปนี้

- การผูกขาดปรากฏตามมาตรา 27(3)
- ลดปริมาณการแข่งขันปรากฏตามมาตรา 27(1)(2)(4) หรือ
- การจำกัดการแข่งขันปรากฏตามมาตรา 27(5)(6)(7)(8)(9)(10)

“การผูกขาด” หมายถึง การเกิดสถานการณ์ซึ่งมีผู้ขายรายเดียวในตลาด²⁸

“การลดการแข่งขัน” หมายถึง การทำให้ไม่มีการแข่งขันในตลาด หรือ การแข่งขัน ลดน้อยลง โดยจะพิจารณาจากพฤติกรรมเป็นรายกรณีๆ ไป เช่น กรณีบริษัท ก ตกลงกับบริษัท ข ว่า บริษัท ก จะขายสินค้าในท้องที่กรุงเทพ สมุทรปราการ บริษัท ข ขายสินค้าชนิดเดียวกันในท้องที่ นนทบุรี ปทุมธานี โดยจะไม่เข้ามาขายแข่งกัน²⁹

²⁵ กรมการค้าภายใน, หลักเกณฑ์ฯ ต่างในมาตรา 27 แห่งพ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : การสมรู้ร่วมคิดกัน.

หน้า 2

²⁶ การป้องกันการแข่งขันและกระบวนการแข่งขันมิได้หมายถึงการปกป้องคู่แข่งจนเกินไป

²⁷ ราคาสินค้าที่มีประสิทธิภาพ คือ ราคาที่เป็นไปตามต้นทุนที่แท้จริงและให้สัญญาณที่ถูกต้องแก่ผู้ผลิตในการกำหนด ทรัพยากรในลักษณะที่ให้ผลผลิตทั้งหมดรวมภายในประเทศบรรลุผลสูงสุด

²⁸ <http://www.dit.go.th/aboutdetail.asp> (dated 12 June 2006)

²⁹ กรมการค้าภายใน, เอกสารประกอบการประชุมหารือ ประเด็นข้อกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ากับ ภาคเอกชน ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2543 เวลา 9.30-12.00 นาฬิกา ณ ห้องประชุม 101 กรมการค้าภายใน, หน้า 12.

“การจำกัดการแข่งขัน” หมายถึงการทำให้ผู้อื่นเข้ามาแข่งขันในตลาดยากหรือเสียโอกาสที่จะเข้าสู่ตลาด โดยจะพิจารณาจากพฤติกรรมเป็นรายกรณีไป เช่น บริษัท ก เป็นผู้ผลิตรถยนต์ จะขายรถยนต์ให้แก่บริษัท ข ก็ต่อเมื่อบริษัท ข ตกลงที่จะไม่ซื้อรถยนต์ของผู้ผลิตอื่นมาขาย³⁰

ตามมาตรา 27 ข้างต้น สามารถแยกการพิจารณาการกระทำออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้
ส่วนแรก คือ พฤติกรรมการกระทำการจำกัดการแข่งขันที่กฎหมายเชื่อว่าการกระทำระหว่างผู้ประกอบการมีแนวโน้มที่จะสร้างผลเสียมากกว่าประสิทธิภาพที่เกิดขึ้น กฎหมายจึงบัญญัติในลักษณะที่เป็นการห้ามโดยเด็ดขาด โดยปรากฏตามมาตรา 27 (1) - (4)

ส่วนที่สอง คือ พฤติกรรมการกระทำการจำกัดการแข่งขันที่กฎหมายยอมรับว่ามีแนวโน้มที่จะสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นจึงมีการพิจารณาอนุญาตให้กระทำได้ โดยปรากฏตามมาตรา 27(5) - (10)

เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มิได้กำหนดความหมายของการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไว้อย่างชัดเจนว่าอยู่ภายใต้บังคับอนุมาตราใดของมาตรา 27 แต่จากการศึกษาจากคำจำกัดความของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศออสเตรเลียนั้น จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง คือ การตกลงใดๆ อันมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อมิให้คู่แข่งของตนที่อยู่ในโครงสร้างต่างระดับกันทำธุรกิจกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกับตนไม่ว่าการตกลงนั้นจะมีการจำกัดอาณาบริเวณหรือไม่ และไม่ว่าการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะเกิดขึ้นในลักษณะใด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทมาตรา 27 ประกอบกับความหมายดังกล่าวที่ผู้เขียนได้ศึกษาข้างต้นแล้วจะเห็นว่า พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะตกอยู่ภายใต้ มาตรา 27(6) (9) และ (10) ดังนี้

มาตรา 27(6)³¹ บัญญัติว่า “...กำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้...”

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

มาตรา 27(9) บัญญัติว่า "...แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน..."

มาตรา 27(10)³² บัญญัติว่า "...กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน..."

หากผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายร่วมกันกระทำการโดยมีลักษณะหนึ่งลักษณะใดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27(6) (9) หรือ (10) และมี "...ผลเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง..." แล้ว ย่อมถือว่าเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 27 แล้ว

อย่างไรก็ดี แม้การกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวจะถือว่าเข้าองค์ประกอบความผิดทั้งหมดแล้วก็ตาม แต่ไม่ใช่ว่าจะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ตามมาตรา 27(6) (9) หรือ (10) สามารถขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันได้ ดังนั้น หากผู้ประกอบการรายใดต้องการที่จะห้ามอีกฝ่ายหนึ่งมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง และการกระทำของผู้ประกอบการดังกล่าวเข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นย่อมสามารถดำเนินการขออนุญาตได้ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ในการพิจารณาอนุญาต เมื่อผู้ประกอบการรายใดยื่นคำขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

มาตรา 37 "เมื่อคณะกรรมการได้สอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่าคำขอ อนุญาตตามมาตรา 35 ของผู้ประกอบการใดมีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการ

³¹ สรวัด ลิ้มปริงยี, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง", บทบัณฑิตย 58.2 (มี.ย. 2545), หน้า 63

³² สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ฉบับที่ 2, หน้า 3-13.

ประกอบธุรกิจไม่เกิดความเสียหาย ต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมี ควรได้ ของผู้บริโภคร่วม ให้คณะกรรมการสั่งอนุญาตเป็นหนังสือให้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจนั้น แต่ถ้า คณะกรรมการมีคำสั่งไม่อนุญาตให้แจ้งคำสั่งเป็น หนังสือไปยังผู้ประกอบธุรกิจนั้นโดยไม่ชักช้า

ในการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจกำหนดระยะเวลา หรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตปฏิบัติได้ และเมื่อเห็นว่าภาวะเศรษฐกิจ ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่ คณะกรรมการอาศัยเป็นหลัก ในการพิจารณาอนุญาตเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการจะแก้ไขเพิ่มเติม หรือ ยกเลิกระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้

ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งได้รับคำสั่งของคณะกรรมการและไม่เห็นด้วยกับ คำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้ตาม มาตรา 46"

ซึ่งมาตรา 37 นี้ได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาทั้งสิ้น 3 ประการด้วย ดังนี้

- (1) มีความจำเป็นอันควรทางธุรกิจและเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ
- (2) ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และ
- (3) ไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคร่วม

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 37 เป็นการบัญญัติถ้อยคำอย่างกว้างเพื่อสร้างความยืดหยุ่นในการตีความและเปิดโอกาสให้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเพื่อให้สอดคล้องกับระบบ เศรษฐกิจที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องนั่นเอง

หากผู้ประกอบธุรกิจรายใดกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 27 โดยมีได้รับ อนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ผู้ประกอบธุรกิจนั้นย่อมได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ ในมาตรา 51

มาตรา 51 "ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 หรือ ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้ง ปรับ และในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ"

4.2.3 ศึกษาแนวคำวินิจฉัยพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับ คู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ในประเทศไทย

เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่เคยมีผู้ประกอบการรายใดยื่นขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 27 ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ประกอบกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเองก็ยังไม่มีความปฏิบัติที่ชัดเจน จึงทำให้ปัจจุบันยังไม่มีกรณีใดๆ ที่จะสามารถนำมาศึกษาเป็นแนวทางการอนุญาตในประเด็นนี้ได้ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อประมาณปี พ.ศ.2544 ปรากฏว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ ได้แก่

คดีบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด³³

³³ หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน ฉบับลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2546 "ยื่นฟ้องศาลพิน 'ฮอนด้า' ผิดกม. แข่งขันมาตรา 29", หน้า 1-2.

หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2546 "บอร์ดแข่งขันฯ เชือดฮอนด้ายื่นฟ้องศาล กัดกันคู่แข่ง", หน้า 1,4.

หนังสือพิมพ์ประชาชาติธุรกิจ ฉบับลงวันที่ 5-7 พฤษภาคม 2546 "ลงดาบจยย. ฮอนด้าใช้อำนาจเหนือตลาด พาณิชย์ หอบหลักฐานชาย 3 หมื่นล./ปียื่นศาล", หน้า 29.

หนังสือพิมพ์ประชาชาติธุรกิจ ฉบับลงวันที่ 15-18 พฤษภาคม 2546 "จุดๆแบะท่าจุ่มสองล้อ'ฮอนด้า' บีอำนาจเหนือตลาดกระทบบ้าเสวี", หน้า 1-2.

หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน ฉบับลงวันที่ 2 มิถุนายน 2546 "อติศัยยันฮอนด้าผิดกม. แข่งขัน โป๊ยไปแก้ต่างเขาเองในชั้นศาล", หน้า 1-3.

หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับลงวันที่ 11 มิถุนายน 2546 "กก. แข่งขันทางการค้าเรียกเอ.พี. ฮอนด้า รับข้อกล่าวหา", หน้า 31.

หนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 "พาณิชย์ยันเอาผิดฮอนด้าได้แน่ เล็งฟันโรงหนัง-ซูเปอร์มาร์เก็ตต่อไป", หน้า 1-2.

หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 "พาณิชย์ยันหลักฐานแน่นเรียกสอบเอ.พี. ฮอนด้าวันนี้", หน้า 31.

หนังสือพิมพ์ฐานเศรษฐกิจ ฉบับลงวันที่ 25-28 เมษายน 2547 "เรื่องฮอนด้าผิดกฎหมายเจียบสนธิท", หน้า 45.

หนังสือพิมพ์โพสทูเดย์ ฉบับลงวันที่ 1 ธันวาคม 2548 "ฟ้องเอพีฮอนด้าเขาเปรียบคู่แข่ง", หน้า บี-3.

เมธี ศรีอนุสรณ์, "เอ.พี. ฮอนด้า ผูกขาดการค้าคืดแรก? หรือจะเป็นหมัน," วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 1, 7 (กรกฎาคม 2546): 42-43.

เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2544 บริษัทผู้จัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์ ได้แก่ บริษัท ไทย ซูซูกิ มอเตอร์ จำกัด บริษัท ไทย ยามาฮา จำกัด และบริษัท คาวาซากิ มอเตอร์ ซึ่งมีสัดส่วนตลาดน้อยกว่า บริษัท ฮอนด้าในขณะนั้น ได้ร้องเรียนต่อกรมการค้าภายในว่า บริษัท เอ พี ฮอนด้า จำกัด ในฐานะผู้จัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์ ยี่ห้อฮอนด้า กระทำการบีบบังคับไม่ให้ตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ทำการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่น มิฉะนั้นจะไม่ขายจักรยานยนต์ฮอนด้าซึ่งมียอดขายสูงกว่ายี่ห้ออื่นให้ และถ้าผู้จัดจำหน่ายรายใดยอมทำตามข้อตกลงก็จะมีผลตอบแทนเป็นพิเศษให้แก่รายนั้น อันส่งผลให้สภาพการแข่งขันมิได้เกิดขึ้นอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งในเรื่องนี้บริษัท เอ พี ฮอนด้าเองได้ยอมรับกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าในการจำหน่ายสินค้า บริษัท เอ พี ฮอนด้า ได้จัดแบ่งประเภทของผู้จัดจำหน่ายออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) ผู้จัดจำหน่ายเฉพาะรถจักรยานยนต์ฮอนด้าเท่านั้น และ (2) ผู้จัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์หลายยี่ห้อ หากผู้จัดจำหน่ายรายใดจำหน่ายเฉพาะสินค้าของฮอนด้าเพียงอย่างเดียว ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นจะได้รับประโยชน์ตอบแทน เช่น ค่าโฆษณา ค่าอุปกรณและสิทธิพิเศษอื่น แต่ถ้าเป็นผู้จัดจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่นด้วยก็จะไม่ได้รับประโยชน์พิเศษดังกล่าว

ต่อมากรมการค้าภายในได้นำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตั้งอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องทำการสอบสวนข้อเท็จจริงและพิจารณาความผิดโดยใช้เวลารวม 2 ปี จนในวันที่ 30 เมษายน 2546 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงได้มีมติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวว่าพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของบริษัท เอ พี ฮอนด้า จำกัด ถือเป็นความผิดตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

มาตรา 29 "ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบ ธุรกิจอื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ"

กรณีของบริษัท เอพี ฮอนด้า จำกัด ถือเป็นความผิดตามมาตรา 29 เพราะเหตุว่าข้อเท็จจริงปรากฏในชั้นการพิจารณาว่าการบีบบังคับตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ให้ทำการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ของฮอนด้ายี่ห้อเดียวนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัด

การประกอบธุรกิจของบริษัทคู่แข่ง ประกอบกับมิใช่เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามความในมาตรา 27 ดังนั้น การกระทำของฮอนด้าจึงมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมในตลาดการค้า

กรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนี้มีได้เป็นที่เปิดเผยอย่างชัดแจ้งต่อสาธารณชน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์บนพื้นฐานข้อมูลที่มี โดยขอหยิบยกแง่มุมของการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในกรณีนี้ขึ้นมาพิจารณาประกอบกับมาตรา 27 ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่บริษัท เอพี ฮอนด้า จำกัด กระทำการใดเพื่อไม่ให้ตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ทำการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่น มิฉะนั้นจะไม่ขายจักรยานยนต์ฮอนด้าซึ่งมียอดขายสูงกว่ายี่ห้ออื่นให้นั้น เห็นว่าบริษัท เอพี ฮอนด้า จำกัด อาจดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากระทำการดังกล่าว โดยตั้งอยู่บนเหตุแห่งการตกลงร่วมกันระหว่างบริษัท เอพี ฮอนด้า จำกัด และตัวแทนจำหน่ายในการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) ที่อยู่ภายใต้มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้

จากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งสามารถกระทำได้ หากการตกลงนั้นเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลและก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้นมากกว่าความเสียหายที่จะได้รับ เช่น เพื่อป้องกันปัญหาการขวยโอกาสของผู้ประกอบการรายอื่น (Free riding) กรณีการลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในธุรกรรมจำหน่ายสินค้า และกรณีประโยชน์จากการคุ้มครองด้านเงินลงทุน เป็นต้น

ความแตกต่างระหว่างมาตรา 29 และมาตรา 27

ตามมาตรา 29 เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะอย่างกว้าง โดยมุ่งคุ้มครองการกระทำใดๆ อันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้น โดยมีได้จำกัดลักษณะของการกระทำตามที่กำหนดในมาตรา 27 ซึ่งแตกต่างกับบทบัญญัติมาตรา 27 ที่มุ่งคุ้มครองมิให้มีการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการอันมีผลเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด โดยลักษณะความผิดตามมาตรา 27 จะจำกัดเฉพาะลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน (1) – (10) เท่านั้น นอกจากนี้ความแตกต่างอีกประการหนึ่ง คือ มาตรา 27 จะบัญญัติให้การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้นจะต้องเกิดจากการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งหมายความถึงการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป แต่ถ้าหากเป็นการกระทำของผู้ประกอบการ

เพียงรายเดียวโดยปราศจากการตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น เช่น ทำการซื้อเชิญให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าร่วมทำความตกลงกัน และการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นย่อมเป็นการกระทำที่อาจมีความผิดตามมาตรา 29 เท่านั้น และไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 27 อีกแต่อย่างใด

มีข้อนำสังเกตว่า ความผิดตามมาตรา 29 เป็นการบัญญัติในลักษณะกว้างๆ เพื่อคุ้มครองการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่อาจเกิดขึ้นทุกรูปแบบ โดยไม่มีการบัญญัติลักษณะการกระทำไว้อย่างเช่น มาตรา 27 ซึ่งพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 27 (6) (9) หรือ (10) ก็ถือได้ว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 เช่นกัน

ฉะนั้น หากบริษัท เอ พี ฮอนด้า จำกัด ยื่นขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 27 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของบริษัท เอ พี ฮอนด้า จำกัด ในขอบข่ายที่ได้รับความคุ้มครองนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดแต่อย่างใด

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่าหากในช่วงเวลานั้นมีการยื่นขออนุญาตตามบทบัญญัติของกฎหมาย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพร้อมที่จะดำเนินการพิจารณาคำขออนุญาตได้หรือไม่อย่างไร และจะใช้แนวทางการพิจารณาอย่างไร เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 27 ยังคงขาดความชัดเจนและยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

แม้พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 จะได้รับความคุ้มครองให้กระทำได้โดยวิธีการขออนุญาตก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีความคุ้มครองดังกล่าวก็ยังคงไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในปัจจุบัน สาเหตุหนึ่งก็เนื่องมาจากปัญหาถ้อยคำและแนวทางการบังคับใช้ซึ่งยังขาดความชัดเจนในหลายประเด็น ประกอบกับยังไม่มีแนวทางการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันได้ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

4.3.1 ปัญหาถ้อยคำและการตีความ

ประการแรก ถ้อยคำตามมาตรา 27 และความหมายของพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง

เนื่องจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing) อาจเกิดขึ้นได้ทั้ง 2 ลักษณะ คือ ข้อตกลงโดยชัดแจ้ง และข้อตกลงโดยอ้อม เช่น การตกลงกำหนดปริมาณสินค้า ข้อตกลงเงื่อนไขเกี่ยวกับส่วนลด ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการสนับสนุนสินค้า และพื้นที่การตั้งโชว์สินค้า เป็นต้น ซึ่งในกรณีของอุตสาหกรรมยานยนต์ก็ปรากฏในหลายลักษณะเช่นกัน และหากนำพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในหลายลักษณะมาพิจารณาตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2452 แล้ว จะพบว่าพฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งอาจอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 27(6)³⁴ (9)³⁵ หรือ (10)³⁶ แล้วแต่กรณี ขึ้นอยู่กับว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันนั้นจะอยู่ในลักษณะใด

อย่างไรก็ดี แม้พฤติกรรมที่มีลักษณะตาม (6) (9) หรือ (10) จะถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้ากับคู่แข่ง หรือ Exclusive dealing ก็ตาม แต่บางครั้งพฤติกรรมในบางลักษณะก็มีความกำกวมในการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ ไม่สามารถตีความได้ชัดเจนว่าจะตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุมาตราใด

ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการรายหนึ่งใช้พฤติกรรมการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในรูปแบบของการกำหนดปริมาณสินค้า (Requirement contract) ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่ากรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็นความผิดตามอนุมาตราใด หากพิจารณาว่าข้อตกลงการกำหนดปริมาณสินค้าเป็น "...การกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้..." โดยอ้อมก็ย่อมตกอยู่ภายใต้บทมาตรา

³⁴ มาตรา 27(6) บัญญัติว่า "...กำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้"

³⁵ มาตรา 27(9) บัญญัติว่า "แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้า หรือให้บริการอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน"

³⁶ มาตรา 27(10) บัญญัติว่า "กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่าย สินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน."

27(6) แต่หากตีความโดยเคร่งครัด โดยไม่ถือว่าข้อตกลงการกำหนดปริมาณสินค้าเป็นลักษณะกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้โดยอ้อม พฤติกรรมดังกล่าวก็ควรอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 27(10) ฉะนั้น จากการศึกษาที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงคำจำกัดความของคำว่า "พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง (Exclusive dealing)" ไว้เป็นการเฉพาะ จึงทำให้มีปัญหาความไม่ชัดเจนในการปรับบทกฎหมายกับกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้น

ประการที่สอง บทบัญญัติมาตรา 27 แห่งพ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มีความครอบคลุมถึงการกระทำที่เกิดผลเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันแค่นั้น เพียงใด

การที่ผู้ประกอบการรายใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการที่มีลักษณะตามทีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) – (10) นั้น จะมีความผิดก็ต่อเมื่อมีผลให้เกิดการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดเท่านั้น ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่ามาตรา 27 มุ่งคุ้มครองถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในตลาด เพราะแม้ผู้ประกอบการรายใดจะร่วมมือกับผู้ประกอบการรายอื่นกระทำการจำกัดการแข่งขันก็ตาม แต่หากไม่มีผลกระทบดังที่ระบุไว้ในมาตรา 27 เกิดขึ้นแล้ว ย่อมไม่มีความผิดแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อตลาดและควรได้รับความคุ้มครองนั้นควรหรือไม่ที่จะจำกัดอยู่เฉพาะความเสียหายในระดับที่ร้ายแรงหรือเกิดผลกระทบต่อตลาดอย่างมากเท่านั้น ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 3 แห่ง Clayton Act หรือมาตรา 47 แห่ง Trade Practice Act 1974 ซึ่งประเด็นนี้อาจแบ่งได้ออกเป็น 2 ความเห็น ดังนี้

ความเห็นแรก เห็นว่ามาตรา 27 ควรที่จะจำกัดอยู่เฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายในระดับที่ร้ายแรงหรือเกิดผลกระทบต่อตลาดอย่างมากเท่านั้น เพราะเหตุว่าในบางกรณีการจำกัดการแข่งขันบางอย่างที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดนั้นเกิดขึ้นน้อยมากจนแทบจะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ผลิตรายอื่นหรือผู้บริโภคเลย จึงไม่น่าจะอยู่ในขอบข่ายที่จะต้องขออนุญาตกระทำตามมาตรา 27

ตัวอย่างเช่น หากผู้ผลิตกำหนดเงื่อนไขให้ผู้จัดจำหน่ายต้องซื้อสินค้าจากผู้ผลิตแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ห้ามซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นที่เป็นคู่แข่ง โดยข้อเท็จจริงปรากฏด้วยว่าผู้ผลิตรายนี้เป็นผู้ผลิตรายใหม่ที่มีขนาดเล็กประกอบกับเพิ่งเริ่มประกอบการจึงไม่มีอำนาจตลาดแต่อย่างใด หากพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 27 แล้ว จะต้องถือว่าการกระทำของผู้ผลิตเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 27 แล้ว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตให้กระทำจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ความเห็นที่สอง เห็นว่าไม่ควรที่จะจำกัดการบังคับใช้มาตรา 27 เฉพาะความเสียหายในระดับที่ร้ายแรงหรือเกิดผลกระทบต่อตลาดอย่างมากเท่านั้น เพราะเหตุว่าการกำหนดในลักษณะดังกล่าวจะสร้างปัญหาต่อไปอีกว่า ความเสียหายในระดับที่ร้ายแรงหรือเกิดผลกระทบต่อตลาดอย่างมากนั้น มีความหมายแคไหน เพียงไร ซึ่งเมื่อขาดความชัดเจนตรงจุดนี้แล้ว ปัญหาการบังคับใช้ก็ยังคงมีอยู่และไม่ได้รับการแก้ไขแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง เนื่องจากการกำหนดถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นให้จำกัดเฉพาะความเสียหายในระดับที่ร้ายแรงหรือเกิดผลกระทบต่อตลาดอย่างมากย่อมเป็นการยากที่จะกำหนดตายตัวให้เห็นได้ชัดว่ากรณีใดถือว่าร้ายแรงหรือเกิดผลกระทบต่อตลาดอย่างมาก การกำหนดเช่นนี้ย่อมเป็นการนำไปสู่ปมปัญหาต่อไป จึงควรที่จะตัดปัญหาดังกล่าวโดยบังคับใช้มาตรา 27 กับทุกกรณี แต่จะต้องสร้างความพร้อมให้แก่หน่วยงานที่เป็นผู้พิจารณาเนื่องจากการกำหนดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปริมาณการพิจารณาคำขออนุญาตที่มากขึ้น ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นที่สองเป็นแนวทางการบังคับใช้ที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าความเห็นแรก

4.3.2 ปัญหาแนวทางการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน

| | |
|------------------|---|
| ประการแรก | ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จะสามารถขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อกระทำการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 27 ได้หรือไม่ |
|------------------|---|

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 27 แล้วจะพบว่าไม่ปรากฏถ้อยคำใดที่บ่งชี้ให้เห็นว่าหากผู้ประกอบการที่จะดำเนินการขออนุญาตกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว ผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นจะยังคงสามารถดำเนินการขออนุญาตได้หรือไม่ เนื่องจากผู้ประกอบการทั่วไปจะมีความแตกต่างกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดตรงที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะสามารถควบคุมกำหนดปริมาณสินค้าหรือผลผลิต (Production) และกำหนดราคาสินค้าหรือค่าบริการต่างๆ ได้โดยอิสระปราศจากแรงกดดันจากการแข่งขันในตลาด แต่กรณีกลับกันหากผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด เมื่อกระทำการโดยยอมได้รับแรงกดดันจากตลาดกลับมา ผลจากการกระทำของผู้ประกอบการทั่วไปกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดจึงมีความแตกต่างกัน ดังนั้น ประเด็นจึงควรมีการพิจารณาว่าหากเกิดพฤติกรรมก้ำกืดการแข่งขันกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว กรณีควรหรือไม่ที่จะเปิดโอกาสให้มีการขออนุญาตได้ตามมาตรานี้

จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยได้บัญญัติควบคุมการกระทำของบุคคลที่มีอำนาจเหนือตลาดไว้เป็นการเฉพาะแล้วในมาตรา 25 หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้กำหนดเงื่อนไขห้ามอีกฝ่ายหนึ่งมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยอ้อม การกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นยอมเข้าเงื่อนไขความผิดตามมาตรา 25 (2) แล้ว ดังนั้น จึงถือว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่น่าจะขออนุญาตกระทำการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 27 ได้อีก นอกจากนั้นกฎหมายได้กำหนดคำนิยามของคำว่า "ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด" ไว้อย่างชัดเจนแล้ว หากกฎหมายประสงค์ให้มาตรา 27 ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดก็ควรที่จะมีการบัญญัติถ้อยคำไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ดี มีบางฝ่ายเห็นว่ามาตรา 27 ควรที่จะบังคับใช้กับทุกกรณี รวมถึงผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดด้วย เนื่องจากในท้ายที่สุดแล้วการกระทำใดๆ ของผู้มีอำนาจเหนือตลาดยอมจะถูกกลั่นกรองอีกชั้นหนึ่ง โดยระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ก่อนว่าผลกระทบจากการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะเป็นอย่างไร ดังนั้น หากการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ก่อให้เกิดผลกระทบมาก ผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายนั้นยอมไม่ได้รับการอนุญาตให้กระทำ นอกจากนี้หากจำกัดว่ามาตรา 27 ไม่ใช้กับผู้มีอำนาจเหนือตลาดแล้วก็จะเป็นการสร้างภาระให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้นอีก เนื่องจากจะต้องมีการพิสูจน์ในเบื้องต้นก่อน

ว่าผู้นั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาว่าบุคคลใดมีอำนาจเหนือตลาดนั้น ก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายและยังใช้เวลาในการตรวจสอบค่อนข้างสูงอีกด้วย

ประการสอง **ทฤษฎีที่ปรับใช้และเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง**

เนื่องจากในปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่เคยมีคำวินิจฉัยใดๆ ที่จะแสดงให้เห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยึดถือทฤษฎีหรือเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตอย่างใดเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขัน แต่อย่างไรก็ดีหากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายแล้วอาจถือได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้นำทฤษฎีทั้ง 3 ทฤษฎีมาบังคับใช้ คือ ทฤษฎีความผิดเด็ดขาด (Per-se Rule) ทฤษฎีหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) และทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public Benefit)

ทฤษฎีความผิดเด็ด จะปรากฏในมาตรา 27 (1) – (4) ที่เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักความผิดเด็ดขาดนั่นเอง โดยถือว่าหากผู้ประกอบการรายใดร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งกระทำการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27(1) – (4) แล้วย่อมถือเป็นความผิดโดยทันที โดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น

ส่วนทฤษฎีหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) และทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public Benefit) จะเห็นได้ว่ากฎหมายตามมาตรา 27 ได้เปิดช่องให้กระทำได้หากสามารถพิสูจน์ได้ว่ากรณีดังกล่าวมีความจำเป็นทางธุรกิจ ส่วนทฤษฎีประโยชน์สาธารณะจะปรากฏในมาตรา 37 กล่าวคือหากพิจารณาจากถ้อยคำแล้วจะเห็นได้ว่าจะต้องการอนุญาตจะต้องเป็นกรณีที่ "...มีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจไม่เกิดความเสียหาย ต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมิควรได้ ของผู้บริโภคส่วนรวม..." ซึ่งมีลักษณะเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ในส่วนเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งจะพบว่าเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตทุกประเทศมีล้วนตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานแห่ง

ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทั้งสิ้น โดยมีเงื่อนไขที่แตกต่างกันในการอนุญาต ซึ่งตามกฎหมายประเทศไทยยังไม่ปรากฏว่ามีเกณฑ์พิจารณาและเงื่อนไขอย่างไร

ประการที่สาม การอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ควรมีเกณฑ์เฉพาะในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่

ในการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์นั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าบางประเทศก็ได้บัญญัติหลักการพิจารณาอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ แต่บางประเทศก็ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตเช่นเดียวกับกรณีทั่วไป ซึ่งในประเด็นปัญหาดังกล่าวสามารถนำมาพิจารณาได้ ดังนี้

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศออสเตรเลีย จะพบว่าไม่มีกฎหมายของกลุ่มประชาคมยุโรปเท่านั้นที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะกับกรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายการแข่งขันประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียที่ไม่ได้มีกฎเกณฑ์เฉพาะแต่อย่างใด

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้กลุ่มประชาคมยุโรป ต้องกำหนดเกณฑ์สำหรับการขออนุญาตสำหรับยานยนต์ไว้เป็นการเฉพาะ คือ ลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์ โดยเฉพาะในเรื่องการดูแลและซ่อมแซมสินค้าจากผู้มีความเชี่ยวชาญ และการบริการหลังการขาย (After sale service) เป็นต้น ประกอบกับตลาดอุตสาหกรรมยานยนต์ของกลุ่มประชาคมยุโรปเป็นตลาดที่มีผู้ผลิตและผู้บริโภคจำนวนมาก ดังนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงได้ถูกกำหนดขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อธำรงไว้ซึ่งสภาพของตลาดการแข่งขันที่แท้จริงในอุตสาหกรรมยานยนต์และการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีมากนั่นเอง

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้มีการออกกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะสำหรับสินค้ายานยนต์ก็ตาม แต่เหตุผลที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในสินค้ายานยนต์ เห็นได้ว่าศาลแห่งสหรัฐอเมริกาก็ได้ยอมรับถึง

ความมีลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์ไว้เช่นกัน โดยปรากฏในคดี Pick MFG Co., v General Motors Corporation ซึ่งศาลได้ให้ความคุ้มครองแก่อะไหล่สินค้ายานยนต์ที่มีความแตกต่างจากสินค้าอื่นอันควรที่จะมีการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันได้

4.4 บทสัมภาษณ์ของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยานยนต์ต่อพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

จากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการที่เป็นตัวแทนจำหน่ายรถยนต์และรถจักรยานยนต์หลายยี่ห้อต่อพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

4.4.1 ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ Chevrolet³⁷

“ผมคิดว่าพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมิได้มีผลกระทบกับบริษัทผู้จัดจำหน่ายมากมายแต่อย่างใด เพราะว่าตัวบริษัทของเราเองชอบที่จะจำหน่ายสินค้าภายใต้แบรนด์เดียว ในการจำหน่ายสินค้าภายใต้แบรนด์เดียวนี้อาจเกิดจากความจำเป็นหลายประการแต่มิได้หมายความว่าเกิดจากการบีบบังคับของผู้ผลิตแต่อย่างใด เหตุผล คือ การจำหน่ายหลายแบรนด์อาจก่อให้เกิดความสับสนในคุณสมบัติของสินค้า เพราะรถยนต์เป็นยานยนต์ที่มีคุณสมบัติพิเศษในหลายลักษณะ ดังนั้น การเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภค ผู้เสนอขายสินค้าจำเป็นต้องมีความรู้ถึงลักษณะพิเศษของสินค้าเป็นอย่างดีเพื่ออธิบายและชักจูง ผู้บริโภคให้สามารถซื้อสินค้าดังกล่าวได้ อีกเหตุผลหนึ่ง คือ เรื่องของศูนย์ดูแลบริการหลังการขาย เพราะหากมีการจำหน่ายสินค้าหลายแบรนด์ ก็จำเป็นที่จะต้องจ้างช่างที่มีความรู้ความสามารถในแต่ละแบรนด์เป็นผู้ดูแลแก้ไข ซึ่งก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นในระดับหนึ่ง โดยสรุป บริษัทผมเลือกที่จะขายแบรนด์เดียว”

4.4.2 ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ Ford³⁸

“ความคิดเห็นเกี่ยวกับพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ในมุมมองของบริษัท ผมเห็นว่าพฤติกรรมก้าวมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งไม่น่าจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้น ในกรณีของบริษัทที่ผมทำงานอยู่ ผู้ผลิต Ford เป็นผู้ลงทุนตกแต่งโชว์รูมต่างๆ ให้ โดยบริษัทเพียงแต่ทำหน้าที่จำหน่ายสินค้า Ford ส่วน

³⁷ ทศพล บุญเชย, ผู้จัดการฝ่ายบริการ, บริษัท เอ็ม.เค.เอช.โอโต้เซ็นเตอร์ จำกัด, สัมภาษณ์, 24 มกราคม 2549

³⁸ พิรณัย แซ่เบ๊, ผู้จัดการฝ่ายขาย, บริษัท นิโอ เซลส์แอนด์เซอร์วิส จำกัด, สัมภาษณ์, 20 มกราคม 2549

ด้านตกแต่งบริษัทไม่ต้องลงทุนอย่างใดเลย ดังนั้น บริษัทยินดีที่จะผูกมัดในการจำหน่ายเฉพาะสินค้าของ Ford อีกทั้งตัวแบรนด์ Ford เองก็สามารถจำหน่ายได้เรื่อยๆ อยู่แล้ว”

4.4.3 ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ Mitsubishi³⁹

“การห้ามมิให้ซื้อสินค้าจากยี่ห้ออื่นก็เป็นสิ่งดีอยู่แล้ว เพราะในแง่ของการขายรถยนต์ หากมีหลายแบรนด์อยู่ในโชว์รูมเดียวกัน การเสนอขายสินค้าจะถูกชักจูงไปสู่แบรนด์ที่ผู้จัดจำหน่ายมีกำไรหรือผลประโยชน์มากเท่านั้น สินค้ารถยนต์แบรนด์ใดมีกำไรหรือประโยชน์น้อย แม้จะมีคุณภาพมากกว่าก็ตาม แต่การเสนอขายสินค้าของผู้จัดจำหน่ายย่อมคำนึงถึงผลกำไรเป็นหลัก ดังนั้น ปัญหาการห้ามซื้อขายกับผู้ผลิตรายอื่นก็เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค”

4.4.4 ตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ Kawasaki และ Honda⁴⁰

“เท่าที่ผมเจอมาไม่ปรากฏว่ามีกรณีการห้ามมิทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดขึ้น แต่หากมีการบังคับจริง ผมคิดว่ามันก็ขึ้นอยู่กับเราที่จะเลือกขายสินค้ายี่ห้อไหนมากกว่า โดยดูจากผลตอบแทนเป็นหลักว่าคุ้มหรือไม่ หากขายรถจักรยานยนต์ฮอนด้าน่าจะมีกำไรมากกว่ารถดวาวาซากิ ผมก็ยอมที่จะขายฮอนด้าอย่างเดียว”

4.4.5 ตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ Yamaha⁴¹

“กรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง ผมเห็นว่าเจ้าของสินค้าแต่ละแบรนด์ย่อมสามารถที่จะเลือกกำหนดคุณสมบัติของตัวแทนจำหน่ายได้และเป็นการถูกต้องแล้ว เพราะแบรนด์สินค้านั้นมีค่ามาก เช่น หากเป็นกรณีรถยนต์ยี่ห้อ BMW ผมเห็นว่าคงต้องมีการพิจารณาบุคคลที่จะเป็นตัวแทนจำหน่ายว่ามีศักยภาพเพียงใด นอกจากนั้นกรณีที่ตัวแทนขายรถยนต์ก็ดี รถจักรยานยนต์ก็ดี ตกลงที่จะขายยี่ห้อเดียวก็เป็นสิ่งที่ควรกระทำ เพราะถือเป็นการให้เกียรติยี่ห้อนั้นๆ ด้วย ในแง่ของยอดขายจำหน่าย จากประสบการณ์ที่ผ่านมาการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้อเดียวหรือหลายยี่ห้อไม่ได้มีผลต่อปริมาณการจำหน่ายมากหรือน้อยแต่อย่างใด เพราะขายได้ในระดับที่ไล่เลี่ยกัน สำหรับผม ผมเห็นว่าการขายยี่ห้อเดียวยังเป็นประโยชน์แก่ลูกค้าที่มาซื้ออีกด้วย เพราะลูกค้าย่อมเลือกได้ง่ายในการที่จะ

³⁹ นายเสริมพันธ์ เหมะสิริณทกะ. ผู้อำนวยการฝ่ายขาย. บริษัทห้างไทยธาดา (1971) จำกัด. สัมภาษณ์. 25 มกราคม 2549

⁴⁰ ผู้จัดการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดบริษัทพานิชยวิชัยเอ็ด. สัมภาษณ์. 31 มกราคม 2549

⁴¹ ผู้จัดการ. บริษัท กิจรุ่งเรืองตากสิน (1993) จำกัด. สัมภาษณ์. 26 มิถุนายน 2549

เข้ามาในร้านเพื่อเลือกซื้อสินค้าที่เราขายอยู่เพียงยี่ห้อเดียว เนื่องจากลูกค้าต้องตัดสินใจตั้งแต่แรกแล้วว่า จะเลือกซื้อรถจักรยานยนต์ยี่ห้อไหน ก่อนที่จะเดินทางมาที่ร้านเพื่อดูสินค้า สำหรับผมเลือกที่จะขายแบรนด์เดียวเพราะดีกว่า”

4.4.6 ตัวแทนจำหน่ายรถจักรยานยนต์ Suzuki⁴²

“ผมเห็นว่าการตกลงห้ามจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้ออื่นมีข้อดีตรงที่ ความรู้ความชำนาญเกี่ยวกับสภาพและกลไกการทำงานของรถจักรยานยนต์จะมีสูงกว่าการจำหน่ายหลายยี่ห้อ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ผลิตแต่ละยี่ห้อก็ไม่ควรที่จะมาบังคับตัวแทนจำหน่าย เพราะเป็นการเอาเปรียบกันเกินไป แต่ผมยอมรับนะว่าการจำหน่ายรถจักรยานยนต์ยี่ห้อเดียวน่าจะมีประโยชน์มากกว่า เช่น ในเรื่องของบริการหลังการขายจะเห็นข้อดีได้ชัดเจนมาก เพราะความชำนาญในตัวสินค้า ความพร้อมในเรื่องอะไหล่ที่จะต้องมีการเปลี่ยนเพราะการจำหน่ายยี่ห้อเดียวย่อมมีทุนที่ซื้ออะไหล่มาสำรองไว้มากกว่าการจำหน่ายหลายยี่ห้อ เป็นต้น”

จากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมยานยนต์ข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้ประกอบการทั้งหกรายต่างก็ยอมรับถึงข้อดีและประโยชน์ของการจำหน่ายยานยนต์ยี่ห้อเดียวที่อาจเกิดขึ้นจากปัจจัยหลายด้าน โดยเฉพาะปัจจัยทางด้านความเชี่ยวชาญในตัวสินค้า ด้านต้นทุนที่จะต้องลงทุน นอกจากนั้นผู้ประกอบการหลายรายยังได้สังเกตเห็นถึงประโยชน์ที่เกิดแก่ตัวผู้บริโภคอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาถึงผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนี้ยังคงต้องพิจารณาถึงพฤติกรรมและสภาพตลาดเป็นกรณีๆ ไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴² ผู้จัดการ, บริษัท วรรณกาญจนามอเตอร์ จำกัด, สัมภาษณ์, 26 มิถุนายน 2549

บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและเสนอแนะ

5.1 สรุปผลการศึกษา

จากการศึกษาเรื่องการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป และประเทศออสเตรเลียแล้วพบว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเป็นสิ่งที่กฎหมายทั้งสามประเทศยอมรับว่าเป็นพฤติกรรมที่สามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นได้ เช่น ประโยชน์จากการลดต้นทุนที่เกิดขึ้นทางด้านช่องทางการจัดจำหน่าย ประโยชน์ในการแก้ปัญหา Free rider และประโยชน์ในการคุ้มครองชื่อเสียงทางการค้า เป็นต้น แม้ว่าในขณะเดียวการจำกัดการแข่งขันนั้นจะสร้างผลเสียด้วยก็ตาม และด้วยประโยชน์ที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันนี้เอง จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศมีหลักการยืดหยุ่นที่ยอมให้การจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้

ซึ่งในการพิจารณาอนุญาตให้การจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนี้ พบว่ามีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องอยู่ 3 ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีความผิดเด็ดขาด (Per-se rule) ทฤษฎีหลักแห่งเหตุและผล (Rule of reason) และทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public benefit/Public interest)

หลักการสำคัญของทฤษฎีหลักความผิดเด็ดขาด (Per-se rule) มองว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าบางลักษณะจะถูกห้ามโดยเด็ดขาด เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเกิดผลเสียมากกว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นเสมอ ดังนั้น จึงไม่ควรอนุญาตให้กระทำ แต่ด้วยความเด็ดขาดของทฤษฎีนี้จึงเกิดข้อบกพร่องขึ้น เพราะการจำกัดการแข่งขันบางอย่าง แท้จริงแล้วสามารถสร้างประโยชน์ให้เกิดขึ้นได้มากกว่าผลเสียที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันนั้น แต่กลับถูกห้ามมิให้กระทำโดยทฤษฎีความผิดเด็ดขาด ดังนั้น ด้วยความบกพร่องนี้จึงนำไปสู่การเกิดอีกทฤษฎีหนึ่งขึ้น คือ ทฤษฎีหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) ทฤษฎีนี้จะให้ความสำคัญในทุกแง่มุม (Full-blown analysis) ของการกระทำโดยรับฟังเหตุผลทุกประการที่มีแล้วนำมาตัดสินว่าพฤติกรรมนั้นควรให้กระทำหรือไม่ จึง

ทำให้การพิจารณาภายใต้ทฤษฎีนี้มีความถูกต้องแม่นยำกว่าการใช้ทฤษฎีความผิดเด็ดขาด แต่อย่างไรก็ดี ในบางครั้งการใช้ทฤษฎีนี้ก็กลับเป็นการสิ้นเปลืองเกินไป เนื่องจากโดยสภาพของปัญหาเรื่องการกระทำการจำกัดการแข่งขัน การค้นหาข้อเท็จจริงบางอย่างบางเรื่องเป็นสิ่งที่ยากและไม่คุ้มค่างับต้นทุนที่เสียไป รวมถึงค่าใช้จ่ายและเวลาที่ต้องใช้ เพื่อหาข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ดังนั้น การนำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้กับทุกข้อเท็จจริงย่อมไม่เกิดประโยชน์เท่าที่ควร ทั้งยังเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่คุ้มค่า ทฤษฎีสุดท้าย คือ ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ (Public benefit/Public interest) หลักการสำคัญของทฤษฎีนี้ คือ การคำนึงถึงผลได้ผลเสียที่มีต่อสาธารณะเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะการจำกัดการแข่งขันนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์เพียงใด แต่หากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่สมควรที่จะได้รับอนุญาตให้กระทำได้

เมื่อทราบถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันแล้ว ประการสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ รูปแบบการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติถึงมาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาชั้นศาล ดังนั้น การพิจารณาว่าพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันใด ควรจะได้รับการอนุญาตหรือไม่ จึงอยู่ในรูปแบบการอนุญาตโดยการใช้ดุลยพินิจของศาลในการบังคับใช้กฎหมาย

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปในเรื่องการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันนั้น จะอยู่ในมาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม โดยบทมาตราดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขแห่งประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นว่าจะต้องมีลักษณะใด จึงจะอนุญาตให้กระทำได้ โดยรูปแบบการอนุญาตของกลุ่มประชาคมยุโรปจะแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block/Group exemption) และการอนุญาตตามมาตรา 81(3) โดยลักษณะการอนุญาตแบบกลุ่มจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขเป็นการเฉพาะว่าผู้ที่จะกระทำการจำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดจึงจะได้รับอนุญาตให้กระทำ แต่อย่างไรก็ดี หากผู้นั้นไม่ได้รับอนุญาตจากเงื่อนไขของการอนุญาตแบบกลุ่มแล้ว ผู้นั้นก็อาจได้รับอนุญาตตามเงื่อนไขของมาตรา 81(3) ซึ่งเป็นหลักการใหญ่อีกชั้นหนึ่ง

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียจะมีการบัญญัติมาตรการการขอ อนุญาตไว้โดยตรง ซึ่งหากเป็นการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้วจะ สามารถดำเนินการขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขันได้ 2 วิธีด้วยกัน คือ การยื่นขออนุญาต (Authorisation) และการมีหนังสือแจ้ง (Notification) ต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัด การแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งควรจะทำได้ต่อเมื่อผลสุดท้ายของการกระทำนั้นก่อให้เกิด ประโยชน์ขึ้น โดยศาลจะพิจารณาถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นภายใต้หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) เป็นกรณีๆ ไป ประโยชน์ที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับ ได้แก่ กรณีความคุ้มครองจากปัญหาการขวยโอกาสของผู้ประกอบการรายอื่น (Free riding) กรณีการ ลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในธุรกรรมการจำหน่ายสินค้า ความสามารถในการควบคุมปริมาณการผลิตความ สามารถในการควบคุมราคาซื้อหรือขายสินค้าแล้วแต่กรณี และความสามารถในการวางแผนธุรกิจ เป็นต้น ส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประชาคมยุโรปซึ่งมีมาตรการอนุญาตให้กระทำ การจำกัดการแข่งขันโดยบทยกเว้นของกฎหมายยอมรับความมีประโยชน์ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดใน การอนุญาตแบบกลุ่มและการอนุญาตแบบเฉพาะรายตามมาตรา 81(3) จากแนวทางการพิจารณาที่ ผ่านมาปรากฏว่าประโยชน์ที่เป็นที่ยอมรับมีอยู่ 2 กรณี คือ ประโยชน์ด้านต้นทุน (Cost efficiency) และประโยชน์เชิงคุณภาพ (Qualitative efficiency) ส่วนตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ ประเทศออสเตรเลียซึ่งมีระบบในเรื่องการขออนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันโดยตรง (Authorisation) ยอมรับถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นใน 2 กรณี คือ ประโยชน์จากประสิทธิภาพในเชิง เศรษฐกิจ (Economic efficiency) และประโยชน์ในเชิงทั่วไป (Non-economic benefits)

ดังนั้น หากพฤติกรรมกรรมการกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งใด สามารถสร้างประโยชน์ดังกล่าวให้เกิดขึ้นก็สมควรที่จะมีการพิจารณาอนุญาต หากการตกลงห้ามมิให้ ทำธุรกิจกับคู่แข่งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายเกินควร โดยคำนึงถึงสภาพตลาดและสังคมในขณะนั้น

ในกรณีอุตสาหกรรมยานยนต์ พบว่ามาตรการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมีระดับการพิจารณาที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละประเทศต่ออุตสาหกรรมยานยนต์

กรณีกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปเกี่ยวกับพฤติกรรมกระทำการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์จะมีการบัญญัติเงื่อนไขของกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ เนื่องจากกลุ่มประชาคมยุโรปยอมรับว่าสินค้ายานยนต์นั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสินค้าอื่น อีกทั้งตลาดอุตสาหกรรมยานยนต์ในกลุ่มประชาคมยุโรปประกอบด้วยผู้ผลิตรายใหญ่มากมายและผู้บริโภคก็มีปริมาณที่มาก ประกอบกับภายใต้เจตนารมณ์ที่จะให้เกิดตลาดร่วม (Common market) ในกลุ่มประชาคมยุโรป ฉะนั้น กลุ่มประชาคมยุโรปจึงมีการออกเกณฑ์เฉพาะเพื่อพิจารณาการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมยานยนต์ ซึ่งแตกต่างกับกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียที่ยังคงใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปเช่นเดียวกับอุตสาหกรรมประเภทอื่น ในการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันในอุตสาหกรรมยานยนต์ แต่อย่างไรก็ดีตามแนวคำวินิจฉัยของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ได้ยอมรับถึงความมีลักษณะพิเศษของสินค้ายานยนต์อันควรอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันไว้เช่นกัน ถึงแม้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะมีได้บัญญัติเกณฑ์เฉพาะไว้ก็ตาม

สำหรับประเทศไทย ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ตั้งแต่ พ.ศ. 2542 แต่จวบจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการบังคับใช้ในเรื่องของการอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขันแต่ประการใด เพราะเหตุว่ากฎหมายยังคงไม่ชัดเจนและยังขาดแนวทางการพิจารณาในหลายประเด็น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ทั้งในแง่ของปัญหาถ้อยคำและการตีความและปัญหาแนวทางการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวดังนี้

5.2.1 นิยามความหมาย

จากปัญหาความไม่ชัดเจนในการปรับบทดังกล่าว จึงควรที่จะแก้ไขเพื่อให้เกิดความถูกต้อง และชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากในขั้นตอนของการมีคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา จำเป็นต้องแสดงเหตุผล และปรับบทกฎหมายเพื่อวินิจฉัยพฤติกรรมการกระทำให้เกิดความถูกต้อง ประกอบกับพฤติกรรมการ ห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็เป็นพฤติกรรมหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ ดังนั้น จึงควรมีการให้นิยามความหมาย คำว่า "การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง" (Exclusive dealing) ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และบัญญัติด้วยคำลงในอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งเพื่อให้พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งเกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นและมีการปรับบทกฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

5.2.2 กำหนดขอบเขตผลกระทบตามมาตรา 27

จากความไม่ชัดเจนของกฎหมายในส่วนของขอบเขตการใช้บังคับต่อการกระทำการจำกัดการแข่งขันว่ามีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด

ผู้เขียนเสนอแนะว่าควรที่จะบังคับใช้มาตรา 27 กับทุกกรณี หากมีการร่วมกันตกลงระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ซึ่งก่อให้เกิดการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือการจำกัดการแข่งขัน และไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อตลาดเป็นอย่างมากเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อขจัดปัญหาในการตีความว่า "ความเสียหายหรือผลกระทบต่ออย่างมาก" นั้น ว่าจะมีความหมายครอบคลุมเพียงใด แต่อย่างไรก็ดี การใช้บังคับมาตรา 27 แก่ทุกกรณีอาจจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพและล่าช้า กล่าวคือ จะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่หน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณา เนื่องจากปริมาณคำขออนุญาตที่มีมากนั่นเอง ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งสำคัญที่จะต้องเร่งแก้ไขประการเพื่อรองรับการบังคับใช้กฎหมายในแง่มุมดังกล่าว คือ การพัฒนาหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตตามมาตรา 27 ให้มีศักยภาพเพียงพอในการพิจารณาคำขออนุญาตให้ทันท่วงทีและรวดเร็วเหมาะสมกับภาวะเศรษฐกิจ

5.2.3 แนวทางการพิจารณาอนุญาตให้กระทำการจำกัดการแข่งขัน

ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการพิจารณาที่เป็นหลักสำคัญในการอนุญาตเป็นลำดับ ดังต่อไปนี้

5.2.3.1 การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นก่อให้เกิดประโยชน์อย่างไร และประโยชน์นั้นต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สาธารณะด้วย

5.2.3.2 เมื่อทราบถึงประโยชน์แล้วจะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งในการพิจารณานี้สามารถแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ

5.2.3.2.1 หากลักษณะการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นเป็นกรณีที่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสียหายและไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ ตัวอย่างกรณี Third line forcing ที่มีเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตที่เข้มงวด โดยจะอนุญาตให้กระทำได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะอันควรได้รับการอนุญาตภายใต้ดุลยพินิจของหน่วยงานที่มีอำนาจที่พิจารณาว่าประโยชน์นั้นเหมาะสมแล้วหรือไม่ที่จะเกิดขึ้น โดยประโยชน์ที่เกิดขึ้นจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ในทุกสภาพตลาด กรณีนี้จะไม่ได้ใช้วิธีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียแต่อย่างใด แต่จะพิจารณาว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นประโยชน์ที่ควรอนุญาตภายใต้ดุลยพินิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือไม่

5.2.3.2.2 หากลักษณะการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นมีขักรณีเช่นข้อ 5.2.3.2.1 ระดับการพิสูจน์ก็ควรที่จะน้อยกว่า ซึ่งเห็นว่าควรที่จะใช้วิธีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียโดยพิสูจน์ให้เห็นเพียงว่าการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้น (benefit would outweigh the detriment to the public constituted by any lessening of competition) จึงจะสามารถกระทำได้

5.2.4. เกณฑ์เฉพาะสำหรับการจำกัดการแข่งขันในอุตสาหกรรมยานยนต์

ผู้เขียนขอเสนอแนะว่าประเทศไทยควรมีการกำหนดเกณฑ์เฉพาะขึ้นเพื่อพิจารณาถึงกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ขึ้นเป็นการเฉพาะ เนื่องจากอุตสาหกรรมยานยนต์ในประเทศไทยนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย มักจะเกิดขึ้นในรูปแบบของการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน หรือเงินลงทุน ตลอดจนให้การช่วยเหลือในด้านการตกแต่งร้านค้าและส่งเสริมการขายยนต์ให้ผู้จัดจำหน่าย ทั้งนี้ ก็เพราะผู้ผลิตมุ่งหวังที่จะให้ผู้จัดจำหน่ายที่ตนลงทุนให้นั้นขายสินค้าเฉพาะของตนเพียงอย่างเดียว เพื่อให้คุ้มค่ากับที่ตนได้ลงทุนไป ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่ของการคุ้มครองการลงทุนให้แก่ผู้ผลิตแล้ว จึงควรที่จะมีการกำหนดเกณฑ์เฉพาะสำหรับอุตสาหกรรมยานยนต์ได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับคดีที่เกี่ยวข้องกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์แล้ว เห็นว่าทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ดี กลุ่มประชาคมยุโรปที่ดี ได้มีการยอม

รับถึงความมีลักษณะพิเศษดังกล่าวของสินค้ายานยนต์อันควรอนุญาต ประกอบกับโดยสภาพของสินค้ายานยนต์ที่ได้ศึกษาย่อมเป็นที่ปรากฏว่าเป็นสินค้าที่มีลักษณะพิเศษและมีความสำคัญต่อผู้บริโภคด้วย จึงควรที่จะมีการออกเกณฑ์ที่พิจารณาถึงเหตุที่ควรอนุญาต

ผู้เขียนขอเสนอเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตกับกรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ ดังนี้

5.2.4.1 กำหนดส่วนแบ่งตลาด (Market share)

การกำหนดส่วนแบ่งตลาดจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่สามารถควบคุมผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อตลาดได้ เพราะหากผู้ประกอบการที่กระทำการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งมีส่วนแบ่งตลาดที่ค่อนข้างมากแล้ว ผลกระทบหรือความเสียหายที่มีต่อตลาดย่อมมีมากขึ้นตามลำดับซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดส่วนแบ่งตลาดนี้ควรกำหนด ดังนี้

- หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 10 ผู้ประกอบการรายนั้นย่อมสามารถกระทำการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งได้โดยไม่เป็นความผิดเลย (Safe harbors)
- หากผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 10 แต่ไม่เกินร้อยละ 30 หากมีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งย่อมสามารถกระทำได้ แต่ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบ

5.2.4.2 วัตถุประสงค์ของการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์

การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ควรที่จะกระทำได้หากการตกลงนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ภายใต้วัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

5.2.4.2.1 เพื่อคุ้มครองความมีประสิทธิภาพในด้านอะไหล่สินค้าหรือชิ้นส่วนบางประเภท โดยจำกัดเฉพาะอะไหล่หรือชิ้นส่วนยานยนต์ที่ต้องการมาตรฐานในระดับสูงเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภค

5.2.4.2.2 เพื่อประโยชน์ในการนำเทคโนโลยีขั้นสูงที่จำเป็นต่อการดูแล ตรวจสอบ บำรุงรักษา หรือซ่อมแซมสินค้ายานยนต์แต่ละชนิด

5.2.4.2.3 เพื่อพัฒนาบุคลากรของผู้จัดจำหน่ายให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ เฉพาะสินค้ายานยนต์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภค

5.2.4.2.4 เพื่อคุ้มครองยี่ห้อของสินค้า (Brand protection) เฉพาะในส่วนที่ อาจทำให้ชื่อเสียงของยี่ห้อสินค้านั้นขาดความน่าเชื่อถือและการยอมรับในด้านคุณภาพจากผู้บริโภค ในระยะยาว (long-term)

5.2.4.3 ควรมีการกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับข้อตกลงการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับ คู่แข่งไว้ด้วย ซึ่งผู้เขียนเสนอว่าควรที่จะตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในระยะเวลา 1 ปีเท่านั้น

5.2.4.4 การตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์ จะต้องไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในส่วนสำคัญของตลาด

จากการเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งหมด เมื่อมองในภาพรวมจะเห็นว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเสมือนดาบสองคม หากมีการบังคับใช้ที่เข้มงวดมากเกินไป กฎหมายก็เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ แต่หากการบังคับใช้ผ่อนปรนมากเกินไป อาจก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบในตลาดการค้าขึ้น และในที่สุดก็จะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค ในตลาดได้ การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็เป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันอย่างหนึ่งที่สามารถสร้าง ประโยชน์ให้เกิดได้ เพราะบางกรณีการตกลงห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็เป็นสิ่งจำเป็นและสมเหตุ สมผล เมื่อมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้เปิดโอกาสให้การขออนุญาตสามารถกระทำได้ ประกอบกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน กรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับ คู่แข่งก็สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ ดังนั้น การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งก็ควรที่จะได้รับพิจารณา อนุญาตให้กระทำภายใต้พฤติกรรมเป็นกรณีๆ ไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กุลธิดา เดชโยธิน. ปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดราคาครุภัณฑ์ในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

กรมการค้าภายใน. หลักเกณฑ์ฯ ต่างในมาตรา 27 แห่งพ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : การ
สมรู้ร่วมคิดกัน.

กรมการค้าภายใน. เอกสารประกอบการประชุมหารือ ประเด็นข้อกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยการแข่ง
ขันทางการค้ากับภาคเอกชน ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2543 เวลา 9.30-12.00
นาฬิกา ณ ห้องประชุม 101 กรมการค้าภายใน.

จิรายุส บงกขมาศ. การปรับตัวของอุตสาหกรรมรถยนต์ไทยภายใต้ภาวะวิกฤติเศรษฐกิจ. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

จันทร์ทอง เจริญทรัพย์ยิ่งยศ. สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วิทยา
นิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

ชูชาติ เพ็ชรอำไพ. การวิเคราะห์พฤติกรรมกรรมการแข่งขันและปัจจัยแห่งความสำเร็จของผู้แทนจำหน่ายรถ
จักรยานยนต์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
, 2544.

ธงชัย สันติวงษ์. พฤติกรรมผู้บริโภคทางการตลาด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ประชุม
ช่าง จำกัด, 2546.

ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์. การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้
มีอำนาจเหนือตลาดประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย. วิทยา
นิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

นราทิพย์ ชูติวงษ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลง
กรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

บดินทร์ อัครวานิชย์ และรัฐไกร ลิมศิริตระกูล. แนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย 10, 59 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2544) : 78-79.

พัชรี สิโรต. การเมืองว่าด้วยการลงทุนของญี่ปุ่นและการกำหนดนโยบาย : วิเคราะห์อุตสาหกรรมประกอบรถยนต์ในประเทศไทย. วารสารเศรษฐศาสตร์ธรรมศาสตร์ 11, 4 (ธันวาคม 2536) : 57-83.

พัลลภ รัตนจันทร์. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย. วารสารจุฬาลงกรณ์ 12, 46 (มกราคม-มีนาคม 2543) : 16-26.

ภูชิต โมกขมรรคกุล. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. รายงานการวิจัย. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543.

เมธี ศรีอนุสรณ์. เอ.พี.ฮอนด้า ผูกขาดการค้าคิตีแรก? หรือจะเป็นหมัน. วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 1, 7 (กรกฎาคม 2546) : 42-43.

ยุทธนา คุ่มมี. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ศึกษาเฉพาะกรณีธุรกิจโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกยูบีซี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544.

รัตนา สายคณิต และชลดา จามรกุล. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์, 2544.

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

วาสนา เวชกุลศิลป์. มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าขายเฉพาะราย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

วิจิต มันทาภรณ์. นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป. วารสารนิติศาสตร์ 13 (มีนาคม 2526) : 122-149.

- วิบูลย์ ตั้งกิตติภากรณ์. การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- วิโรจน์ พูนสุวรรณ และพิชิตพล เขี่ยมมงคลชัย. คู่มือการซื้อขายและฟื้นฟูกิจการ. กรุงเทพมหานคร : โรง
พิมพ์สยาม เอ็ม แอนด์ บี พับลิชชิง จำกัด, 2541.
- วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์. อำนาจการผูกขาด. วารสารกฎหมาย 22, 1 (กรกฎาคม 2546) : 181-214.
- วรวัฒน์ กุศลกลางกูรวัฒน์. ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขัน
ทางการค้าในแนวตั้ง. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจ
บัณฑิตย์, 2537.
- วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. “โครงสร้างตลาด” เอกสารการสอนชุดวิชาเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม และ
ทฤษฎีดั้งทุน (Industrial Economics and Cost Theory), หน่วยที่ 1-8. กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538.
- ศักดิ์ชัย ชนะรัชชรักษ์. ผลกระทบของนโยบายรัฐบาลที่มีต่ออุตสาหกรรมรถยนต์ไทยในส่วนของผู้
ประกอบการ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2547.
- ศิริกุล จงธนสารสมบัติ สุขาย ปิยภัณฑ์ และประวิทย์ จันทร์สว่าง. รายงานการศึกษาเรื่องอุตสาหกรรม
ยานยนต์. กรุงเทพมหานคร : บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, 2529.
- ศิริพล ยอดเมืองเจริญ. การพัฒนาการป้องกันการผูกขาดทางธุรกิจเพื่อประสิทธิภาพกลไกการตลาดและ
เศรษฐกิจ. กรุงเทพมหานคร : กรมการค้าภายใน, 2535.
- ศิริวรรณ เสรวิรัตน์ และปริญญา ลักษิตานนท์. กลยุทธ์การตลาดและการบริหารการตลาด. กรุงเทพ : พัฒนา
ศึกษา, 2538.
- ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. โครงการแนวโน้มธุรกิจ
ขนาดกลางและขนาดย่อมในเขตกรุงเทพและปริมณฑล. รายงานวิจัย.
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2540.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ
สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย. กรุงเทพมหานคร, 2542.

สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ฉบับที่ 2. กรุงเทพมหานคร, 2542.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย. กรุงเทพมหานคร, 2546.

สมเกียรติ ดอกไม้ศรีจันทร์. กรณีศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้า : พฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544.

สรวิศ ลิ้มปริงซี. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2543.

สรวิศ ลิ้มปริงซี. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : ปัญหาเกี่ยวกับการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่ง. บทบัณฑิตย 58,2 (มิถุนายน 2545) : 41-68.

สุทธิพันธ์ จิราธิวัฒน์, ศักดา ธนิตกุล และ คุณาธิป แสงฉาย. การสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแข่งขันเสรีที่เป็นธรรม. ใน กนกศักดิ์ แก้วเทพ และนวนลน้อย ตีรรัตน์, แนวนโยบายแห่งรัฐ: 5 ปี รัฐธรรมนูญไทย, 246. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ศึกษาเศรษฐศาสตร์การเมือง คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

สุธีร์ ศุภนิตย. การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด. วารสารนิติศาสตร์ 21, 4 (ธันวาคม 2534) : 506-513.

สุธีร์ ศุภนิตย. กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ : มุมมองด้านผู้บริโภค, วารสารกฎหมาย 19, 2 (พฤษภาคม 2542) : 71-84.

สุธีร์ ศุภนิตย. กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย. วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 16, 1 (มีนาคม 2529) : 69-88.

สุรภัช บุนนาค และวันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น (จุลภาค). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2529.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2543.

สอนชัย สิริวริยกุล. หลักกฎหมายความลับทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า. บทบัญญัติ
58, 4 (ธันวาคม 2545) : 56-119.

สำนักงานรัฐมนตรี สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, วิชา มหาคุณ,
ไชยยศ เหมะรัชตะ และรุ่งโรจน์ รื่นเรืองวงศ์. กฎหมายกับการพัฒนา. กรุงเทพมหานคร, 2524.

อดุลย์ จากตรงกุล และตลยา จากตรงกุล. พฤติกรรมผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โรง
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

อนันต์ จันทร์โอภากร. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วารสารนิติศาสตร์ 29,
3 (กันยายน 2542) : 336-389.

อภิญา เลื่อนจวี. กฎหมายสหภาพยุโรป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

อภิรดา สุทธิธรรม. ความสามารถในการแข่งขันของโตโยต้า และอู่ซู่ในตลาดรถยนต์เพื่อการพาณิชย์
(รถกระบะ 1 คัน). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะเศรษฐศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (เศรษฐ
ศาสตร์ธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

ภาษาอังกฤษ

Areeda, Phillip. Antitrust analysis problem, text, cases. Second edition. Boston :
Little brown and company, 1974.

Bekner, C. Frederick, III and Steven C. Salop. Decision Theory and Antitrust Rules. Antitrust Law Journal 67 (January 1999) : 41 -76.

Bork, Robert H. The antitrust paradox : a policy at war with itself. New York : Free
press, 1993.

Cantor, Arthur I. Tying, exclusive dealing, and franchising issues. 45th Annual
Antitrust Law Institute Practising Law Institute New York City May 13-14
(2004).

Carstensen, Peter C. The competitive dynamics of distribution restraints : the
efficiency hypothesis versus the rent-seeking, strategic alternatives. Antitrust
Law Journal 69 (November 2001) : 569-609.

Clarkson, Kenneth W. and Muris, Timothy J. The Federal Trade Commission since
1970 Economic regulation and bureaucratic behavior. Cambridge :
Cambridge University press, 1981.

- Clough, Daniel. Law and Economic of Vertical Restraints in Australia. Melbourne University Law Review 25, 3 (December 2001) : 551-648.
- Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), Official Journal of the European Union . (Available from <http://europa.eu.int>)
- Commission of The European Communities Com(1992) 166 final Brussels, 8 May 1992 (Available from <http://europa.eu.int>)
- Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints (200/c 291/01) (Available from <http://europa.eu.int>)
- Commission of the European Communities, First Report on Competition Policy (1972) (Available from <http://europa.eu.int>)
- Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03). (Available from <http://europa.eu.int>)
- Commission Regulation 1475/95 of 28 June 1995 on the application of article 85(3) of the Treaty to certain category of motor vehicle distribution and servicing agreements. (Available from <http://europa.eu.int>)
- Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector (Available from <http://europa.eu.int>)
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas. Law and economics. Fourth edition. New York : Pearson addison welsey, 2003.
- Curran, K. J. Exclusive dealing and public policy. The Journal of Marketing 15 (October 1950) : 133-144.
- Donald, Bruce G and Heydon, John Dyson. Trade practices law : restrictive trade practices, deceptive conduct and consumer protection. Sydney : Law book, 1978.
- Duns B, John, Stapledon, GP and Clough, Daniel. The Law of Australia : 30 Restrictive Trade Practices. 2003.
- European Commission, white paper on Modernization of the rules implementing Article 85 and 86 of the EC treaty, 1999, p19-20 (Available from <http://europa.eu.int>)
- Fels, Allan. Looking back on ten years of Australian Competition law. Competition & Consumer Law Journal 11 (October 2003): 15- 22.

- Fels, Allan. The Future of Competition Law. School of Government (December 2003) : 1-17.
- Fels Ao, Allan and Grimwade, Tim. Authorisation : Is it still relevant to Australian competition. Competition & Consumer Law Journal 11 (October 2003) : 19-51.
- Frasco, Gregg. Exclusive dealing a comprehensive case study. University Press of America : 1957.
- Furse, Mark. Competition Law of UK and EC. Oxford : Oxford university press, 2002.
- Gavrielsen, Tommy Staahi. The foreclosure Argument for exclusive dealing : the case of differentiated retailers. Journal of Economics 63 (1996) : 25-40.
- Gellhorn, Ernest, Kovacic, William E. and Calkins, Stephen. Antitrust law and economics. Fifth edition. USA : West, 2004.
- Goetz, Charles J. and McChesney, Fred. Antitrust Law Interpretation and Implementation. Second edition. Newark, N.J. : Lexisnexis, 2002.
- Goyder, Joanna. Eu distribution law. Third edition. Bembridge [England] : Palladian Law publishing, 2002.
- Greenless, Patrick and Reitman, David. Distinguish competitive and exclusionary uses of loyalty discounts. Antitrust Bulletin 50 (Fall 2005) : 441-463.
- Green paper on Vertical Restraint, COM(96)721 final, [1997] 4 CMLR 519 (Available from <http://europa.eu.int>)
- Guild, Wayne. Development in Trade Practices Law in Australia 1999-2001, An analysis of Part IV of the Trade Practices Act 1974. Journal of Law and Financial Management, 1, 1 (May 2003) : 24-33.
- Heydon, John Dyson. Trade Practices Law : Restrictive Trade Practices Deceptive Conduct and Consumer Protection. Volume 1. Sydney : Law Book Co., 1978.
- Hylton, Keith N. Antitrust law economic theory&common law evolution. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.
- Hovenkamp, Herbert. Economics and federal antitrust law. St paul, Minnesota : West Publishing Co, 1948.
- Iglesias, Victor and Vazquez, Rodolfo. The moderating effects of exclusive dealing agreement on distributor satisfaction. Journal of strategic marketing 9 (September 2001) : 215-231.

- Jonathan M. Jacobson. Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm. Antitrust Law Journal 70 (March 2002) : 311-369.
- Kerse, C.S. E.C.Antitrust Procedure. Fourth edition. London : Sweet&Maxwell,1998.
- Khemani, R. Shyam. Application of competition law : exemptions and exceptions. New York : United Nations, 2002.
- Klein, Benjamin. Exclusive dealing as competition for distribution "on the merits". George Mason Law Review 12 (Fall 2003) : 119-162.
- Kolasky, J. William, Andrew R. Dick. The Merger Guidelines and the integration of efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers. Antitrust Law Journal 71 (March 2003) : 207-251.
- Kovaleff, Theodore P. The antitrust impulse: an economic, historical, and legal analysis. Armonk, New York : M.E. Sharpe,1994.
- Nagarajan, Vijaya. Working paper evaluating the public benefit test project : an assessment of the public benefit test in authorization determinations by the ACCC. September 2005.
- Nalpantidou, Sonia. Law and Economics of the block exemption regulation on car distribution and servicing agreements. European Master in Law and Economics, 2003.
- Neale, Alan Derrett. The antitrust laws of the United States of America. Cambridge : University press, 1960.
- Opinion of the Economic and Social committee on the 'Evaluation Report' on motor-vehicle distribution and sales and after-sales service in accordance with Regulation (EC) no. 1475/95 (Available from <http://europa.eu.int>)
- Pitofsky, Robert, Harvery J. Goldschmid and Diane P. Wood. Trade Regulation Cases and Materials. Fifth edition. New york : Foundation Press, 2003.
- Philip F, Zeidman. Legal aspect of selling & buying. Cororado Springs, Colo. : Shepard'd/Mcgraw-hill, 1983.
- Posner, Richard A. Economic Analysis of law. Fourth edition. Boston : Little, Brown, 1992.
- Roth, P.M. Qc. European Community Law of Competition. Fifth edition. London : Sweet&Maxwell, 2001.
- Sullivan, Lawrence A and Grimes, Warren S. The law of antitrust: an integrated handbook. St. paul, Minn : West group, 2000.
- Sullivan, Lawrence Anthony. Hand book of the law of antitrust. St. paul, Minn : West group, 1977.

Summers, Lawrence. Competition Policy in the New Economy. Antitrust Law Journal 69 (September 2001) : 353-359.

Taperell, G Q, Vermeesch, R M and Harland D J. Trade practices and consumer protection : a commentary on the Trade Practices Act 1974. Sydney : Butterworths, 1978.

Theodore Reginald de Jonk. Exclusive dealing under trade practices act and its application to the Australian automotive industry. Monash University, 1980.

Tom, Willard K., Balto, David A and Averitt, Neil W. Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing. Antitrust Law Journal 67 (January 2000) : 615-638.

Verouden, Vincent. Vertical agreements and article 81(1) EC : the evolving role of economic analysis. Antitrust Law Journal 71 (September 2003) : 525-575.

Wish, Richard. Competition Law. Fifth edition. London : Butterworths, 2003.

ข้อมูลบนระบบอินเทอร์เน็ต

<http://europa.eu.int>

<http://www.usdoj.gov>

<http://www.ftc.gov>

<http://curia.eu.int>

<http://www.worldmarketsanalysis.com>

<http://www.ncc.gov.au>

<http://www.globalcompetitionreview.com>

<http://www.unisa.edu.au>

<http://www.ftawatch.org>

<http://www.dit.go.th>

<http://www.thaiauto.or.th>

<http://www.dit.go.th>

บทสัมภาษณ์

ผู้จัดการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดปรีชาพาณิชย์ร้อยเอ็ด. สัมภาษณ์, 31 มกราคม 2549.

ผู้จัดการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดปรีชาพาณิชย์ร้อยเอ็ด. สัมภาษณ์, 31 มกราคม 2549.

ผู้จัดการ. บริษัท กิจรุ่งเรืองตาสิน (1993) จำกัด. สัมภาษณ์. 26 มิถุนายน 2549.

ผู้จัดการ. บริษัท วรรณกาญจนามอเตอร์ จำกัด. สัมภาษณ์. 26 มิถุนายน 2549.

ผู้อำนวยการฝ่ายขาย. บริษัท ห้างไทยธาดา (1971) จำกัด. สัมภาษณ์, 25 มกราคม 2549.

ผู้จัดการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดธนตรมอเตอร์. สัมภาษณ์, 30 มกราคม 2549.

ผู้จัดการฝ่ายบริการ. บริษัท เอ็ม.เค.อโต้เซ็นเตอร์ จำกัด. สัมภาษณ์, 24 มกราคม 2549.
ผู้จัดการฝ่ายขาย. บริษัท นีโอ เซลส์แอนด์เซอร์วิส จำกัด. สัมภาษณ์, 20 มกราคม 2549.
ผู้อำนวยการฝ่ายขาย. บริษัท ห้างไทยธาดา (1971) จำกัด. สัมภาษณ์, 25 มกราคม 2549.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนจบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนอัสสัมชัญธนบุรี และเข้าศึกษาต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ (ABAC) จนกระทั่งสำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิตในปี พ.ศ.2545 ต่อมาในปี พ.ศ.2546 ผู้เขียนจึงได้เข้าศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และในขณะเดียวกันผู้เขียนได้เข้าศึกษากฎหมายที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาจนสำเร็จเป็นเนติบัณฑิตไทยในสมัยที่ 58



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย