

ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกลางร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและ
ระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

นางสาวผกาวิรี ผาติเวทย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2555
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

Legal Problems of restrictive conduct segmentation and authorization system
under section 27 of the Competition Act B.E.1999

Miss Phakawee Phatiwet

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 2012
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการณ์ตกลง
ร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตาม
มาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
พ.ศ.2542

โดย

นางสาวผกาวิริ์ ผาติเวทย์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.สิริกัญญา ไชวโลกุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์)

ผกาวิริ์ ผาติเวทย์ : ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อ
จำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (Legal Problems of restrictive conduct
segmentation and authorization system under section 27 of the
Competition Act B.E.1999) อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ศ. ดร.ศักดา ธนิตกุล,
241 หน้า.

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าพ.ศ.2542 มีหลักว่าพฤติกรรมการตลาดร่วมกันของ
ผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา27(5) คือ การแบ่งท้องที่หรือแบ่งลูกค้า
ที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือมาตรา 27(6)การกำหนดแบ่งท้องที่หรือ
แบ่งตัวผู้ประกอบการที่จะซื้อสินค้าหรือบริการ และมาตรา 27(7) การกำหนดปริมาณของสินค้า
หรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้
ต่ำกว่าความต้องการของตลาด พฤติกรรมที่กล่าวมานี้ตามกฎหมายไทยเป็นความผิด แต่อาจขอ
อนุญาตเพื่อกระทำได้ ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของพฤติกรรมแล้ว พฤติกรรมทั้ง 3 รูปแบบนี้
น่าจะถูกจัดอยู่ในส่วนของพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่อาจขออนุญาตได้ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวมี
ลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจน และในส่วนของพฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตได้
นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัตินี้จนถึงปัจจุบันยังไม่มีขออนุญาตแม้แต่รายเดียว จึงเป็นปัญหาที่
จะต้องนำมาแก้ไขปรับปรุงระบบของการขออนุญาตให้สามารถบังคับใช้ได้จริง

ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอแนะให้ในกรณีแรก พฤติกรรมตามมาตรา 27(5)-(7) ถูกกำหนดให้
อยู่ในกลุ่มของพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนทั้ง
ในทางเศรษฐศาสตร์ เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ และพิจารณาจากบริบทของประเทศไทย
ในกรณีที่สอง ระบบการขออนุญาตยังคงใช้บังคับอยู่โดยมีการกำหนดแนวปฏิบัติที่ละเอียดชัดเจน
พร้อมทั้งระบุขั้นตอนการขออนุญาตและเหตุผลในการพิจารณาอนุญาตอย่างเหมาะสม โดยมีการ
เพิ่มข้อยกเว้นให้การกระทำบางรูปแบบและระบุยกเว้นให้สำหรับผู้ประกอบการรายเล็กที่ตกลง
ร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยไม่ต้องขออนุญาต

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2555..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5386022734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : AUTHORIZATION / MARKET ALLOCATION / RESTRICT OUTPUT

PHAKAWEE PHATIWET : LEGAL PROBLEMS OF RESTRICTIVE CONDUCT
SEGMENTATION AND AUTHORIZATION SYSTEM UNDER SECTION 27 OF
THE COMPETITION ACT B.E.1999

ADVISOR : PROF. SAKDA THANITCUL, PH.D., 241 pp.

From The Competition Act B.E.1999, the collusions of undertakings to restrict the competition in section 27(5) allocation of market or customer for selling products or services, section 27(6) allocation of market or customer for buying products or services and section 27(7) restriction of output lower than the market demand are illegal but these collusions can be authorized from The Competition Commission. However, the nature of all these collusions is hard core and should not be authorized because these collusions are per se illegal conduct. About the authorization system, there is no application applying for authorization since the enactment of this Act, so this is the reason to improve the authorization system for efficiency enforcement.

Thus, my proposal is to suggest as follows: firstly, the collusions in section 27(5)-(7) should be hard core conduct and cannot be authorized by supporting reasons such as economical reason, foreign law comparison and Thailand economic context. Secondly, maintaining the authorization system by setting the detailed guideline with steps of procedure and appropriate reasons for Competition Commission to make the decision to authorize and set the criteria for exemption of the collusions of small size undertakings.

Field of Study :Laws..... Student's Signature

Academic Year :2012..... Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ข้าพเจ้ามีความซาบซึ้งใจเป็นอย่างยิ่งที่จะกล่าวว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วย ความกรุณาช่วยเหลือของบุคคลต่างๆซึ่งข้าพเจ้าขอแสดงความขอบพระคุณมา ณ ที่นี้

กราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ และขอบคุณน้องสาวและน้องชาย รวมถึง สมาชิกในครอบครัวของผู้เขียนทุกคนที่คอยเป็นกำลังแรงใจให้ผู้เขียนตลอดมาตั้งแต่เข้าศึกษาชั้นปริญญาโทจนจบจนทำวิทยานิพนธ์สำเร็จสมบูรณ์

กราบขอบพระคุณท่านศ.ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ที่ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและให้คำแนะนำที่มีคุณค่ายิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ตั้งแต่แรกเริ่มจนสำเร็จ

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียนในหลายวิชาทำให้ผู้เขียนได้เข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจอย่างลึกซึ้ง และได้สละเวลารับเป็นประธานกรรมการพิจารณาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งได้กรุณาชี้แนะแนวทางที่เป็นประโยชน์อย่างสูงต่อการทำวิทยานิพนธ์แก่ข้าพเจ้าด้วยความเมตตาอย่างยิ่ง

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์ ที่รับเป็นกรรมการพิจารณาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้โปรดให้คำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างดี ทำให้ข้าพเจ้าเข้าใจในข้อเท็จจริงได้อย่างลึกซึ้งมากยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณอาจารย์ ดร.สิริกัญญา โขวิไลกุล ที่รับเป็นกรรมการพิจารณาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้ให้คำแนะนำแก้ไขที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในหลายประเด็น

ขอขอบพระคุณอาจารย์ธิดาพร ศิริภาพร ที่กรุณาให้คำแนะนำในช่วงเริ่มทำวิทยานิพนธ์ และได้ชี้แนะแนวทางที่เหมาะสมให้แก่ข้าพเจ้า

ขอขอบพระคุณ คุณอร่ามศรี รุพันธ์ และเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทุกท่าน ที่ให้คำแนะนำและความช่วยเหลือเป็นอย่างดี

ขอขอบคุณพี่เจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตทุกท่านที่คอยอำนวยความสะดวกในขั้นตอนต่างๆของการทำวิทยานิพนธ์

และท้ายที่สุดขอขอบคุณเพื่อนหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมาย เอกชนและธุรกิจรุ่น 53 และเพื่อนสนิทที่นารักของข้าพเจ้าทุกคน ที่คอยให้กำลังใจกันตลอดมาเป็นมิตรภาพที่ซาบซึ้งใจและเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญภาพ.....	ฑ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	4
1.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย.....	4
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.5 สมมุติฐานการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
บทที่ 2 ความสำคัญของการแข่งขันในตลาดและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	6
2.1 ความสำคัญของการแข่งขันในตลาด.....	6
2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด.....	6
2.1.1.1 ความหมายและความสำคัญของการแข่งขัน.....	6
2.1.1.2 อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด.....	11
2.1.1.3 ความหมายของการผูกขาดและผลเสียที่เกิดจากการผูกขาด.....	13
2.1.2 หลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน.....	16
2.1.2.1 โครงสร้างตลาด.....	16
2.1.2.1.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์.....	17
2.1.2.1.2 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์.....	21
2.1.2.2 ขอบเขตตลาด.....	24

2.1.3.4 การยกเว้นให้มีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	50
2.1.3.4.1 การยกเว้นโดยระบบการขออนุญาต (Authorization).....	52
2.1.3.4.2 การยกเว้นโดยระบบการแจ้ง (Notification).....	52
2.1.3.4.3 การยกเว้นโดยการใช้ดุลยพินิจของศาลในการบังคับใช้ กฎหมาย.....	52
2.1.3.4.4 การยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้า.....	53
2.2 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเกี่ยวกับ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	53
2.2.1 ความเป็นมาของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.....	53
2.2.2 แนวคิดพื้นฐานของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.....	55
2.2.3 การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	59
2.2.3.1 การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ.....	59
2.2.3.2 การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน.....	62
2.2.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน..	62
2.2.4.1 การห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.....	62
2.2.4.1.1 พฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาด.....	66
2.2.4.1.1.1 มาตรา 27 (1).....	66
2.2.4.1.1.2 มาตรา 27 (2).....	68
2.2.4.1.1.3 มาตรา 27 (3).....	69
2.2.4.1.1.4 มาตรา 27 (4).....	70
2.2.4.1.2 พฤติกรรมที่อาจอนุญาตให้กระทำได้.....	71
2.2.4.1.2.1 มาตรา 27 (5).....	71
2.2.4.1.2.2 มาตรา 27 (6).....	71
2.2.4.1.2.3 มาตรา 27 (7).....	72

	หน้า
3.1.2.2 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวราบ.....	96
3.1.2.2.1 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา.....	96
3.1.2.2.2 การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาด.....	98
3.1.2.2.3 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิตและการ จำกัดการผลิตในรูปแบบต่างๆ.....	99
3.1.2.2.4 การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคาหรือการ ซื้อประมูล.....	100
3.1.2.2.5 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนด ต่างๆ.....	101
3.1.2.2.6 การตกลงร่วมกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูล.....	102
3.1.2.2.7 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดข้อจำกัดในการโฆษณา.....	103
3.1.2.3 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง.....	106
3.1.2.4 หลัก De minimis doctrine.....	108
3.1.2.5 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง.....	110
3.1.2.5.1 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา.....	111
3.1.2.5.2 การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาด.....	112
3.1.2.5.3 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิต.....	112
3.1.2.5.4 การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา.....	112
3.1.2.6 ผลของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่กฎหมายห้ามกระทำ	113
3.1.3 ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	114
3.1.3.1 ข้อยกเว้นตามมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนด อำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป.....	114
3.1.3.2 การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block exemption).....	121
3.1.3.2.1 ความเป็นมาของการอนุญาตแบบกลุ่ม.....	122

	หน้า
3.1.3.2.2 เงื่อนไขของการอนุญาตแบบกลุ่ม.....	128
3.1.3.2.3 การใช้บังคับกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม.....	132
3.1.4 การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	133
3.1.5 มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ.....	135
3.1.6 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	137
3.1.6.1 คดีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง.....	137
3.1.6.1.1 Zinc Producer Group.....	137
3.1.6.1.2 Sigma Technologie di Rivestimento Srl v Commission.....	138
3.1.6.1.3 Peroxygen products.....	141
3.1.6.1.4 Elevators and Escalators.....	144
3.1.6.2 คดีเกี่ยวกับการยกเว้นให้ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	146
3.1.6.2.1 Visa International-Multilateral Interchange Fee	146
3.1.6.2.2 GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission.....	148
3.2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย.....	149
3.2.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย.....	150
3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	153
3.2.3 ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	158
3.2.3.1 การขออนุญาต (Authorization).....	158
3.2.3.2 การมีหนังสือแจ้ง (Notification).....	163
3.2.4 การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	164
3.2.5 มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ.....	164
3.2.6 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	165

สารบัญภาพ

ภาพที่		หน้า
1	ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวราบ.....	36
2	ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวตั้ง.....	37
3	ตัวอย่างการจำกัดการแข่งขันโดยแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์.....	39

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี มีแนวคิดว่า หากมีการปล่อยให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจดำเนินไปโดยที่มีการแข่งขันกันอย่างเต็มที่ จะทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการจัดสรรทรัพยากร ดังนั้น การกระทำใดๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจึงไม่ควรเกิดขึ้น ประเทศต่างๆ ซึ่งมีแนวคิดเช่นนี้จึงได้ตรากฎหมายออกมาควบคุมการกระทำที่เป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในหลากหลายรูปแบบ ซึ่งการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่มีความสำคัญรูปแบบหนึ่ง คือ การกระทำที่ผู้ประกอบการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบการอื่น กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันที่ส่งผลให้เกิดการแข่งขันกันในตลาดน้อยหรืออาจไม่เกิดการแข่งขั้ระหว่างผู้ประกอบการ รวมทั้งจะสร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมและผู้บริโภค

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อควบคุมการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน และมีบทบัญญัติเฉพาะที่กล่าวถึงการห้ามผู้ประกอบการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบการอื่น กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ตามมาตรา 27 โดยมีการกำหนดพฤติกรรมออกเป็น 10 รูปแบบ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มพฤติกรรม ได้แก่

กลุ่มแรก มาตรา 27(1)-(4) เป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงและชัดเจนในตัวเอง ไม่อาจขออนุญาตเพื่อกระทำได้ อันได้แก่ (1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ (2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ (3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด (4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมวลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมวลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

กลุ่มที่สองคือ พฤติกรรมที่อาจได้รับอนุญาตให้กระทำได้ ตามมาตรา 27(5)-(10) ได้แก่ (5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดย

ผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน (6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ (7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด (8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือ ให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น (9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ประเด็นที่ 1 ปัญหาความไม่เหมาะสมของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรม

จากเหตุผลที่ระบุว่า การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่มีลักษณะพฤติกรรมอยู่ในกลุ่มแรกเป็นพฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาดเนื่องจากเป็นการกระทำที่ร้ายแรง ส่งผลกระทบโดยตรงต่อการแข่งขัน หากมีการกระทำแล้วจะเป็นความผิดทันที แต่พฤติกรรมในกลุ่มหลังเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายมองว่าเป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางอาจจำเป็นต้องทำ เนื่องจากต้องการให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายใหญ่ได้และกฎหมายต้องการให้พฤติกรรมทั้ง 6 กรณีถูกต้องความโดยยึดหยุ่น เพราะการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในบางกรณีนั้นอาจมีเหตุผลความจำเป็นทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ แต่อย่างไรก็ดี การแบ่งกลุ่มพฤติกรรมว่าพฤติกรรมใดเป็นการกระทำที่ร้ายแรงหรือไม่นั้นในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ยังมีความไม่เหมาะสมในบางกรณี ได้แก่ พฤติกรรมตามมาตรา 27(5) การกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือมาตรา 27(6) การกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ และมาตรา 27(7) การกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด พฤติกรรมที่กล่าวมาทั้ง 3 รูปแบบนี้ตามกฎหมายไทยเป็นพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตเพื่อกระทำได้ แต่หากพิจารณาจากลักษณะของพฤติกรรมแล้ว พฤติกรรมทั้ง 3 รูปแบบนี้น่าจะถูกจัดอยู่ในส่วนของพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่อาจขออนุญาตได้ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจน(Per se) หากผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการเหล่านี้ ในที่สุดก็จะนำไปสู่การกำหนดราคาซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงที่สุดได้ ส่งผลให้ราคาของสินค้าหรือบริการสูงขึ้นโดยไม่มีเหตุจำเป็น เพราะฉะนั้น พฤติกรรมที่กล่าวมานี้ควรจัดอยู่ในกลุ่มพฤติกรรมที่ไม่อาจขออนุญาตได้หรือไม่ โดยทำการศึกษาจากบริบททางเศรษฐศาสตร์ เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ และบริบทในทางเศรษฐกิจของประเทศไทย

ประเด็นที่ 2 ปัญหาการยกเว้นให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยวิธีการขออนุญาต

การขออนุญาตกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ต้องทำตามเงื่อนไขการขออนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด และจะเป็นอำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะพิจารณาว่าจะอนุญาตให้กระทำการนั้นได้หรือไม่ โดยผู้ขออนุญาตจะต้องระบุถึงเหตุผลและความจำเป็นในการกระทำ วิธีการดำเนินการ และกำหนดระยะเวลาที่จะดำเนินการ ตามที่กำหนดในมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะใช้แนวทางการพิจารณาตามที่ปรากฏในแนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ยังมีความไม่ชัดเจนในรายละเอียดของหลักเกณฑ์การอนุญาต อีกทั้งนับตั้งแต่ประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าจนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบการรายใดยื่นคำขออนุญาตตามมาตรา 35 นี้แม้แต่รายเดียว จึงเป็นประเด็นที่น่าจะนำมาวิเคราะห์ว่า เพราะเหตุใดจึงทำให้ระบบการขออนุญาตดังกล่าวนี้ไม่มีการใช้บังคับ ควรมีการปรับปรุงระบบนี้อย่างไร หรือควรยกเลิกระบบนี้แล้วไปใช้ช้อยกเว้นในรูปแบบอื่น รวมถึงอีกประเด็นที่กล่าวข้างต้น คือ การกำหนดว่าพฤติกรรมการตกลงร่วมกันในรูปแบบใดเป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรงที่ห้ามกระทำเด็ดขาด หรือเป็นพฤติกรรมที่ไม่ร้ายแรงซึ่งอาจยกเว้นให้กระทำได้ การแบ่งพฤติกรรมออกเป็น 2 กลุ่มนี้ในกฎหมายไทยยังมีความไม่เหมาะสมอยู่ในบางกรณี จึงเป็นประเด็นที่จะนำมาศึกษาว่าควรปรับเปลี่ยนหรือไม่อย่างไร โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหภาพยุโรป และประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้ สาเหตุของการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเนื่องจากสหภาพยุโรปมีพัฒนาการของกฎหมายในประเด็นเรื่องการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันมาอย่างยาวนาน อีกทั้งมีการออกกฎระเบียบและแนวปฏิบัติโดยละเอียด ทำให้การตีความและการดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปได้โดยคล่องตัว โดยแนวคิดของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงก็มีปรากฏชัดเจน รวมถึงหลักกฎหมายที่ยกเว้นให้สามารถกระทำการเพื่อจำกัดการแข่งขันก็มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและมีการออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการอนุญาตแบบกลุ่มซึ่งทำให้ผู้ประกอบการสามารถประเมินตนเองได้หากต้องการทำข้อตกลงที่จะได้รับยกเว้น ในส่วนของประเทศออสเตรเลียประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาตให้มีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันสำหรับพฤติกรรมบางประเภทมาบัญญัติเอาไว้ ซึ่งปัจจุบันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังคงมีการใช้ระบบการขออนุญาตอยู่ จึงมีความน่าสนใจที่จะนำมาศึกษาถึงพัฒนาการของการใช้บังคับระบบอนุญาตนี้ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางพัฒนากฎหมายไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. ศึกษาลักษณะของการกระทำ ขอบเขต วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของการที่กฎหมายห้ามการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อกระทำการใดๆที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน และข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่อนุญาตให้กระทำได้
2. ศึกษาหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาของต่างประเทศเกี่ยวกับการควบคุมการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อกระทำการใดๆที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน การพิจารณาว่าพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในรูปแบบใดเป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรงห้ามกระทำเด็ดขาด และข้อยกเว้นในกรณีที่อนุญาตให้กระทำได้
3. เพื่อเสนอแนะแนวทางการพิจารณาการกระทำตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้ มีขอบเขตในการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์การแบ่งกลุ่มพฤติกรรมที่ร้ายแรงที่ห้ามกระทำเด็ดขาดและพฤติกรรมที่ยกเว้นให้กระทำได้ในกรณีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน รวมถึงรูปแบบของการยกเว้น โดยทำการศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการของต่างประเทศ ได้แก่ สหภาพยุโรปตามสนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป ประเทศออสเตรเลียตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย เพื่อทราบแนวความคิด ความแตกต่าง ข้อดีข้อเสีย แล้วนำมาวิเคราะห์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้กับปัญหาของกฎหมายไทย

1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยโดยวิเคราะห์เอกสาร ในการวิเคราะห์เอกสารจะทำการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยค้นคว้าข้อมูลเหล่านี้จากห้องสมุดต่างๆ เช่น ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และห้องสมุดของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย รวมถึงค้นคว้าข้อมูลจากสื่ออินเทอร์เน็ต

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 27(5) (6) (7) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มีลักษณะเป็นความผิดเด็ดขาดไม่ควรกำหนดให้สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้ และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการขออนุญาตของพฤติกรรมตามมาตรา 27 (8) (9) (10) ยังไม่เหมาะสม ควรปรับปรุงแก้ไขเพื่อที่จะเป็นการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างแท้จริง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้สามารถจำแนกกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงและไม่ร้ายแรงได้อย่างเหมาะสม เพื่อเสนอแนะหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาแบ่งแยกพฤติกรรมการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อกระทำการจำกัดการแข่งขันที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาดและพฤติกรรมที่อาจได้รับยกเว้นให้กระทำได้
2. เพื่อเสนอแนะหลักเกณฑ์ในการยกเว้นให้ผู้ประกอบการรายเล็กที่ร่วมกันกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน พร้อมทั้งหลักเกณฑ์ยกเว้นให้สำหรับการตกลงร่วมกันบางประเภท
3. เพื่อเสนอแนะหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาอนุญาตสำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 27(8)(9)(10)

บทที่ 2

ความสำคัญของการแข่งขันในตลาดและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

2.1 ความสำคัญของการแข่งขันในตลาด

ในตลาดการค้า ไม่ว่าจะเป็นการค้าสินค้าหรือบริการ จะต้องมีการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ เพื่อเสนอทางเลือกที่ดีที่สุดให้แก่ผู้บริโภค ตลาดใดที่มีการแข่งขันสูง แนวโน้มของราคาสินค้าก็จะเป็นไปตามกลไกตลาด รวมถึงคุณภาพของสินค้าและบริการจะมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น การแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง และการกระทำในรูปแบบใดก็ตามที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจึงเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ ทั้งนี้ หลักการที่กล่าวมานี้ได้ส่งผลไปถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่จะนำมาศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด

2.1.1.1 ความหมายและความสำคัญของการแข่งขัน

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น ปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่ทำให้การผลิต การบริโภคและการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ คือ ระบบการแข่งขันเสรี คำว่า “การแข่งขัน” นี้ นักเศรษฐศาสตร์ได้ให้ความหมายไว้เป็นสองนัย มีความหมายแตกต่างกัน คือ¹

ก. ในความหมายแรก การแข่งขัน หมายถึง เสรีภาพในทางเศรษฐกิจที่ทุกคนมีเสรีภาพในการผลิตสินค้าหรือเสนอบริการใดๆขึ้นมาได้ โดยสามารถเลือกเทคนิควิธีที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งการแข่งขันในการขายสินค้าและบริการย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตเป็นผู้มีเสรีภาพที่จะส่งสินค้าเข้าตลาดได้โดยไม่จำกัดชนิดและปริมาณ อีกทั้งยังสามารถกำหนดราคาได้ตามใจชอบ และในขณะเดียวกันทางฝ่ายผู้ซื้อก็มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ พร้อมทั้งมีข้อมูลเพียงพอประกอบการตัดสินใจในการเลือกซื้อหรือไม่เลือกซื้อสินค้าและบริการนั้นก็ได้อีก และถ้าหากจะทำการซื้อก็อาจเลือกจำนวนหรือราคาที่ตนพอใจได้ การแข่งขันตามความหมายโดยนัยนี้จึงหมายถึง การมีเสรีภาพในการเลือกระหว่างวิธีกระทำในรูปแบบต่างๆโดยเลือกกระทำแต่เฉพาะวิธีที่ตนเห็นชอบ

¹ สุธีร์ ศุภนิติย์, กมลชัย รัตนสากววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, (2536), หน้า 22.

ข. ในความหมายที่สอง คำว่า การแข่งขัน หมายถึง การต่อสู้เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจซึ่งอาจอยู่ในรูปของกำไร อำนาจในการครองตลาด การเป็นผู้นำในทางธุรกิจ รวมทั้งหมายถึง การต่อสู้เพื่อการอยู่รอด โดยเป็นการแข่งขันที่กระทำระหว่างบุคคลหรือกลุ่มธุรกิจที่มุ่งถึงผลสำเร็จอย่างเดียวกัน คู่แข่งขันแต่ละฝ่ายถือเสมือนเป็นศัตรูซึ่งกันและกัน เป็นการแข่งขันที่ต่างฝ่ายต่างมีความพยายามที่จะหาวิธีที่จะทำให้คู่แข่งพ่ายแพ้ไปด้วยการใช้กลยุทธ์และวิธีการต่างๆ เช่น การขายสินค้าในราคาต่ำจนถึงกับขาดทุน เพื่อบีบบังคับให้คู่แข่งต้องลดราคาตาม และถ้าคู่แข่งมีทุนน้อยก็อาจต้องเลิกกิจการไป

หากจะแบ่งประเภทแนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันของนักเศรษฐศาสตร์ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 แนวคิด ได้แก่

(1) แนวคิดที่หนึ่ง มาจากพื้นฐานของความหมายของการแข่งขัน คือ การแข่งขันจะมีขึ้นเมื่อมีการแข่งกันของผู้ประกอบธุรกิจ (Rivalry among firms) โดยอ้างอิงจากคำกล่าวของศาสตราจารย์ริชาร์ด วิช* ที่กล่าวว่า “การแข่งขัน หมายถึง การต่อสู้หรือการช่วงชิงเพื่อให้เหนือกว่า และในโลกของการค้ำนี้หมายถึงการอยู่รอดของธุรกิจในตลาด” ซึ่งความหมายนี้จะเป็ประโยชน์เมื่อไม่มีความสับสนระหว่างวิธีการและเป้าหมาย โดยการแข่งกันของผู้ประกอบธุรกิจคือวิธีการ และเป้าหมายคือความต้องการประสงค์ของสังคม ตัวอย่างเช่น ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เสรีภาพทางเศรษฐกิจ หรือ ประโยชน์ของผู้บริโภค (Consumer Welfare) ที่จะได้รับ และในการที่จะตัดสินว่ามีการจำกัดการแข่งขันหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงการบรรลุถึงเป้าหมายของการแข่งขันมากกว่าการพิจารณาว่าธุรกิจเป็นคู่แข่งกันหรือไม่ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจย่อมคิดค้นหนทางใหม่ๆ ในการแข่งขันกันอยู่เสมอ²

(2) แนวคิดที่สอง การแข่งขันมีพื้นฐานมาจากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภค โดยนักเศรษฐศาสตร์เห็นด้วยกับแนวคิดนี้มากกว่าแนวคิดแรก เนื่องจาก 2 เหตุผล ได้แก่ เหตุผลแรก แนวคิดนี้เป็นการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานที่ใช้ได้จริงในการวัดความมีอยู่ของการแข่งขัน เหตุผลที่สอง คือ แนวคิดนี้มีความแม่นยำมากกว่า เนื่องจากในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจอาจเป็นคู่แข่งกันโดยปราศจากการแข่งขันก็ได้ เพราะฉะนั้น การจะพิจารณาว่ามีการ

* ศาสตราจารย์ริชาร์ด วิช (Professor Richard Whish) คือ ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัย King's College ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศอังกฤษ

² Giorgio Monti, *EC Competition Law*, (Cambridge, 2007), p. 22.

แข่งขันหรือไม่ จะไม่ได้พิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจเป็นคู่แข่งกัน แต่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำในตลาดนั้นทำให้เกิดประโยชน์ของผู้บริโภคหรือไม่อย่างไร³

(3) แนวคิดที่สามคือ การแข่งขันเป็นเสรีภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Freedom) ซึ่งมีรากฐานมาจากปรัชญาทางการเมือง คือ แนวคิดแบบเสรีนิยมธรรมชาติ (Ordoliberalism) ที่ถูกพัฒนาขึ้นในประเทศเยอรมันและมีอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมันในยุคหลังสงครามโลก โดยภายใต้แนวคิดแบบเสรีนิยมธรรมชาตินี้ เป้าหมายของนโยบายการแข่งขันทางการค้า คือ การปกป้องเสรีภาพทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคลที่จะกระทำการใดๆ ที่มีคุณค่าในตัวเอง และจำกัดการมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ไม่เหมาะสม⁴

ดังนั้น จากนิยามคำว่า “การแข่งขัน” ที่ใช้กันอยู่ในทางทฤษฎี รวมถึงแนวคิดของการแข่งขันที่กล่าวมาข้างต้น จะถือว่าตลาดมีการแข่งขันเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ⁵

(1) ไม่มีการกีดกันมิให้หน่วยผลิตใหม่เข้ามาทำการแข่งขัน (Entry) ในตลาด หรือออกจากการแข่งขัน (Exit)

(2) ไม่มีหน่วยผลิตหรือกลุ่มของกิจการใดๆ ที่มีขนาดและอิทธิพลเหนือตลาด หรือมีอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าและบริการในตลาด

(3) มีการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการต่างๆอย่างทั่วถึง

(4) ผู้บริโภคไม่รู้สึถึงความแตกต่างใดๆในการซื้อสินค้าและบริการจากหน่วยผลิตที่แข่งขันกันผลิตสินค้าหรือให้บริการที่เหมือนกัน (Identical)

(5) ราคาสินค้าและบริการจะถูกกำหนดโดยกลไกการทำงานของอุปสงค์และอุปทาน (Demand and supply)

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น เป็นลักษณะของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ซึ่งโดยหลักคือ กระบวนการในตลาดจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของอุปสงค์และอุปทาน โดยจะทำให้มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ปราศจากการแทรกแซงด้วยวิธีการใดๆ

³ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, p. 23.

⁴ Ibid.

⁵ สุธีร์ ศุภนิติย์, กมลชัย รัตนสากาววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรณนิจกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 23.

เมื่อมีการแข่งขัน ประโยชน์ทางเศรษฐกิจก็จะเกิดขึ้นโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ โดยผู้ประกอบการจะแสวงหาผลกำไรสูงสุดด้วยวิธีการทำตามความต้องการของผู้บริโภค สิ่งเหล่านี้จะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรที่ขาดแคลนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลาดจะล้มเหลวต่อเมื่อกระบวนการหากำไรของผู้ประกอบการไม่ได้เป็นไปเพื่อลดราคาและเพิ่มจำนวนการผลิต แต่กลับเป็นการจำกัดการผลิตและขึ้นราคา ซึ่งจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่โดยขาดประสิทธิภาพ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงต้องมีขึ้นเพื่อเยียวยาความล้มเหลวของตลาดและทำให้ตลาดกลับมามีการแข่งขันกัน ยิ่งไปกว่านั้น การแข่งขันจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร รวมไปถึงประสิทธิภาพในการผลิต ใน 3 ด้าน ได้แก่ ด้านแรก ภาวะกดดันทางการแข่งขันทำให้ธุรกิจต้องลดต้นทุนการผลิตเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกซื้อกิจการจากคู่แข่งอื่น ด้านที่สอง การแข่งขันเป็นหนทางในการเลือกผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าซึ่งจะสามารถดำรงอยู่ได้ และด้านที่สาม การแข่งขันกันคิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ เป็นจุดเริ่มต้นของการมีประสิทธิภาพในการผลิต ดังนั้น การแข่งขันจึงเป็นหนทางที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการคิดค้นพัฒนาอีกด้วย⁶

แม้ว่าในความเป็นจริง การแข่งขันสมบูรณ์จะเกิดขึ้นได้ยาก แต่ทว่า ในแนวทางการวิเคราะห์สภาพการแข่งขันที่เกิดขึ้นจริงนั้นมักมีจุดเริ่มต้นมาจากการแข่งขันที่สมบูรณ์ โดยมีการดัดแปลงให้สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันที่เกิดขึ้นและสามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้ เรียกว่า ลักษณะนิยามของการแข่งขันที่เป็นจริง (Effective competition) ซึ่งมีเงื่อนไขเบื้องต้นดังต่อไปนี้⁷

(1) มีจำนวนผู้ผลิตในตลาดมากพอเมื่อเทียบกับขนาดของตลาดและขนาดของอุปสรรคที่จะกีดกันมิให้ผู้ผลิตรายอื่นเข้ามาแข่งขัน โดยไม่สามารถกีดกันคู่แข่งหน้าใหม่ที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันเข้ามาทำการแข่งขันได้ อีกทั้งจะเป็นทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคได้เมื่อผู้บริโภคต้องการ

(2) ไม่มีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น การสมคบกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Collusion) การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory pricing)

(3) ผู้บริโภคมีข้อมูลข่าวสารประกอบการตัดสินใจเพียงพอที่จะเลือกซื้อสินค้าและบริการตามที่ต้องการ

⁶ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, p. 55.

⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, กมลชัย รัตนสากาววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 24.

(4) ผู้ผลิตสามารถขยายสัดส่วนของการครองตลาดได้ด้วยกลยุทธ์การดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพของตน กล่าวคือ หน่วยผลิตสามารถขยายสัดส่วนการครองตลาด และยกระดับกำไรด้วยการใช้กลยุทธ์ทางด้านราคาและคุณภาพของสินค้า ตลอดจนความสามารถในตลาดของตนเอง

(5) ระดับราคาสินค้าและบริการไม่แตกต่างจากต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยมากเกินไป และระดับของอัตรากำไรในระยะยาวสอดคล้องกับระดับของความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากกิจการนั้นๆ

จากลักษณะนิยามของการแข่งขันข้างต้นนี้ สามารถใช้เป็นเป้าหมายของการวางกติกากการแข่งขันทางธุรกิจได้ โดยมีการนำไปใช้เป็นแนวปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายในระบบทุนนิยมของทุกประเทศ โดยใช้เครื่องมือในรูปแบบของกฎหมาย ระเบียบปฏิบัติ และมาตรการเสริมในรูปแบบต่างๆ ทั้งนี้ เนื่องจากแต่ละประเทศต่างก็ตระหนักถึงประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการแข่งขันที่เป็นธรรม ประโยชน์ดังกล่าวนี้มีทั้งระดับเศรษฐกิจมวลรวมที่ถือว่าการแข่งขันในธุรกิจนำไปสู่การขยายตัวทางเศรษฐกิจให้สูงขึ้นและเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ก่อให้เกิดเสถียรภาพทั้งทางด้านราคา และที่สำคัญคือช่วยเสริมสร้างศักยภาพทางเศรษฐกิจของประเทศให้สามารถแข่งขันกับคู่แข่งรายอื่นๆในตลาดโลก รวมถึงการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย สำหรับหน่วยธุรกิจนั้น กลไกตลาดภายใต้ลักษณะของการแข่งขันอย่างเสรี ถือเป็นพลังผลักดันที่เสริมสร้างและชักจูงให้หน่วยผลิตทั้งหลายต้องดำเนินกิจการให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด⁸

จากการแข่งขันในปัจจุบันซึ่งเป็นยุคของโลกาภิวัตน์ ที่การติดต่อสื่อสารและการขนส่งเป็นไปอย่างเสรีและมีความสะดวกรวดเร็วเป็นอย่างสูง ผู้ผลิตต้องเผชิญกับการแข่งขันที่เกิดจากคู่แข่งทั้งในประเทศและคู่แข่งจากต่างประเทศ รวมทั้งการแข่งขันจากสินค้าและบริการประเภทใหม่ๆที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีที่เข้ามาทดแทนอีกด้วย ความแตกต่างทางด้านประสิทธิภาพระหว่างหน่วยผลิตด้วยกันเป็นปัจจัยชี้ขาดที่สำคัญในการกำหนดความสามารถในการทำกำไรที่แตกต่างกัน ผู้ผลิตที่มีความสามารถทางเทคโนโลยีต่ำและมีต้นทุนสูงกว่าคู่แข่งในธุรกิจประเภทเดียวกันย่อมตกเป็นผู้พ่ายแพ้ และในที่สุดจำต้องออกจากการแข่งขันไป ในส่วนของผู้บริโภคถือได้ว่าเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงที่เกิดจากการแข่งขัน กล่าวคือ การแข่งขันทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อหาสินค้าได้อย่างหลากหลาย ทั้งในด้านราคาและคุณภาพของสินค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ปัจจุบัน ประเทศต่างๆมีแนวคิดด้านการค้าเสรี ประกอบกับการปฏิวัติทางเทคโนโลยี

⁸ สุธีร์ ศุภนิติย์, กมลชัย รัตนสกววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 24.

ทางการสื่อสารและคมนาคม ที่ช่วยเอื้ออำนวยให้ขอบเขตตลาดขยายตัวไปมาก เช่น มีการซื้อขายสินค้าทางอินเทอร์เน็ต ที่ผู้ซื้อสามารถส่งคำสั่งซื้อข้ามทวีปได้ด้วยเวลาอันสั้น ดังนั้น ตลาดของผู้ผลิตและผู้บริโภคจึงไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะตลาดภายในประเทศอีกต่อไป ซึ่งเท่ากับเป็นการขยายโอกาสและสร้างทางเลือกของผู้บริโภคมากขึ้น

ประโยชน์ที่ได้รับจากการแข่งขันทั้งที่มีต่อเศรษฐกิจโดยรวมและที่มีต่อผู้ผลิตและผู้บริโภคทั้งในระยะสั้นและระยะยาวนี้เอง ทำให้สามารถกล่าวได้ว่า รูปแบบของการพัฒนากฎหมายป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันของประเทศต่างๆ ในปัจจุบันจึงมักมุ่งเน้นไปยังประเด็นของการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันทางธุรกิจเป็นสำคัญ⁹

2.1.1.2 อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

การแข่งขันจะมีขึ้นได้อย่างสมบูรณ์ จะต้องปราศจากอุปสรรคที่ผู้ประกอบการรายอื่นจะสามารถเข้าร่วมแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นได้ ดังนั้น การทำความเข้าใจถึงความหมายและลักษณะของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดจึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

นักเศรษฐศาสตร์คนแรกคือ Bain* ได้ให้ความหมายของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดว่า เป็นผลประโยชน์ของผู้ขายรายเดิมในอุตสาหกรรมนั้นที่มีอยู่เหนือผู้ขายรายอื่นที่จะเข้าสู่ตลาด ซึ่งมีผลสะท้อนไปถึงการที่ผู้ขายรายเดิมสามารถขึ้นราคาให้สูงกว่าระดับที่แข่งขันกันได้โดยปราศจากการดึงดูดให้ผู้ขายรายใหม่เข้าสู่อุตสาหกรรมนั้น¹⁰

นักเศรษฐศาสตร์คนที่สองคือ Stigler** ให้ความหมายของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดไว้ว่า หมายถึง ต้นทุนที่ธุรกิจจะต้องแบกรับหากต้องการเข้าสู่อุตสาหกรรมซึ่งแตกต่างจากธุรกิจที่อยู่ในอุตสาหกรรมนั้นแล้วที่ไม่ต้องแบกรับต้นทุนนั้น¹¹

⁹ สุธีร์ ศุภนิติย์, กมลชัย รัตนสากาววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 25.

*Joe S. Bain นักเศรษฐศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัย Berkeley ผู้เขียนหนังสือชื่อ Barriers to New Competition และได้นำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่ได้รับการยอมรับทั่วโลก

¹⁰ R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon, and Michael A. Williams, Economic and Antitrust Barriers to Entry [Online], 2003. Available from www.mcafee.cc/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf

**George Joseph Stigler นักเศรษฐศาสตร์ชาวสหรัฐอเมริกา เป็นผู้นำของแนวคิดสำนัก Chicago School หรือสำนักคิดเสรีนิยม และเคยได้รับรางวัลโนเบลสาขาเศรษฐศาสตร์ในปีคริสต์ศักราช 1982

¹¹ Ibid.

อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด อาจมองได้ใน 2 แง่มุม ได้แก่

(1) อุปสรรคในทางเศรษฐศาสตร์ คือ ต้นทุนที่ต้องเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่เข้ามาใหม่ซึ่งผู้ประกอบการรายเดิมไม่ต้องแบกรับ

(2) อุปสรรคในทางการแข่งขันทางการค้า คือ ต้นทุนที่ถ่วงการเข้าสู่ตลาดและลดสวัสดิการสังคม ที่เกี่ยวเนื่องกับมูลค่าของต้นทุนในการเข้าสู่ตลาด¹²

อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดในอีกแง่มุมหนึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

(1) อุปสรรคตามธรรมชาติ (Natural barrier) ที่มีส่วนสำคัญ คือ การประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) หมายถึง เมื่อมีปริมาณการผลิตเพิ่มมากขึ้นหรือมีปริมาณการผลิตอยู่ในระดับสูง ต้นทุนการผลิตจะลดต่ำลง ซึ่งหมายความว่า จะเกิดการประหยัดขึ้นเมื่อกิจการมีขนาดใหญ่ โดยในอุตสาหกรรมบางประเภทเมื่อเทียบกับขนาดของตลาดแล้ว อาจต้องการให้มีผู้ผลิตเพียงสองหรือสามรายเท่านั้น ส่งผลให้ผู้ผลิตรายใหม่ที่ต้องการจะเข้ามาแข่งขันในตลาดแต่มีขนาดการผลิตที่ไม่ใหญ่เพียงพอก็ไม่สามารถเข้ามาในตลาดได้ หรือจะถูกต่อต้านอย่างมากจากผู้ผลิตเดิม ซึ่งอาจมีแนวโน้มว่าอุตสาหกรรมนั้นควรมีผู้ผลิตรายเดียวที่ผูกขาดการผลิตสินค้า เช่น กิจการสาธารณสุขโลก¹³

(2) อุปสรรคอันเกิดจากการกระทำ (Artificial barrier) เป็นอุปสรรคที่ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการกระทำการขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขัน หรือเกิดจากการที่รัฐได้ออกกฎหมายหรือวางกฎเกณฑ์ที่กีดกันผู้ประกอบการรายใหม่¹⁴ ตัวอย่างเช่น การให้สัมปทานเฉพาะราย การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้สิทธิในการใช้เทคนิคหรือวิธีการผลิตที่ได้รับการคุ้มครองแต่เพียงผู้เดียว หรืออุปสรรคที่ผู้ประกอบการรายเดิมสร้างขึ้นเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาแข่งขัน เช่น การผูกขาดแหล่งวัตถุดิบ หรือการที่ผู้ผลิตเดิมสามารถคุมปัจจัยการผลิตที่สำคัญไว้ได้ ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถผลิตสินค้าที่ใช้ขบวนการผลิตและวัตถุดิบนั้นได้ หรือหากต้องการผลิตจะต้องใช้ต้นทุนที่สูงกว่า ซึ่งเป็นลักษณะของการกีดกันเนื่องจากความได้เปรียบด้านต้นทุน (Absolute cost barrier) และผู้ประกอบการเดิมอาจสร้างอุปสรรคที่ขัดขวางผู้ประกอบการรายใหม่โดยสร้างความนิยมในตัวสินค้าที่แตกต่างจากสินค้านำเข้า (Brand loyalty) เนื่องจากแม้ว่าสินค้าที่ผลิตจะเป็นสินค้าประเภทเดียวกันและใช้ทดแทนกันได้

¹² R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon, and Michael A. Williams, Economic and Antitrust Barriers to Entry [Online], 2003. Available from www.mcafee.cc/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf

¹³ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 31.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

แต่ความนิยมในสินค้านี้เองจะส่งผลทำให้ผู้ประกอบการบางรายมีอำนาจผูกขาด และสามารถกำหนดราคาสินค้าได้สูง

2.1.1.3 ความหมายของการผูกขาดและผลเสียที่เกิดจากการผูกขาด

การผูกขาด หมายถึง สภาวะของการที่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง มีอำนาจเหนือตลาด โดยสามารถที่จะบังคับหรือชักนำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจในแขนงที่ตนผูกขาดนั้นเป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนได้ อีกทั้งยังเป็นการปิดกั้นโอกาสของผู้ประกอบการอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดได้อย่างเสรี ซึ่งจะส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการในตลาดสูงขึ้นตามแต่ที่ผู้ผูกขาดจะกำหนดโดยจะมีจำนวนสูงกว่าราคาที่เหมาะสมที่มาจากการแข่งขัน รวมถึงจะส่งผลให้ไม่มีการพัฒนานวัตกรรมในการผลิตสินค้า ซึ่งในท้ายที่สุดก็จะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค¹⁵

หากจะกล่าวถึงผลเสียที่เกิดจากการผูกขาด มีทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การผลิตภายใต้สภาวะการผูกขาดนี้ นำไปสู่การใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นข้อกีดขวางที่สำคัญในการเสริมสร้างศักยภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยสรุปแล้ว ผลกระทบที่เกิดจากสภาวะการผูกขาดนั้น สามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ๆ คือ

ก. ผลที่มีต่อผู้บริโภค¹⁶

การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์โดยตรง เช่น ทางด้านราคา ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าและบริการได้ในราคาที่เป็นการสมควร ในราคาที่ผู้ผลิตแข่งขันกันเพื่อช่วงชิงตลาดเป็นของตน ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพดีและบริการที่หลากหลายตามระดับรายได้และรสนิยมของตน การแข่งขันทำให้ผู้ผลิตต้องหันมาสนใจปรับปรุงพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการ เพื่อให้ผลผลิตของตนเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอ หรือพยายามที่จะเสนอสินค้าและบริการใหม่ๆ เข้าสู่ตลาด ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้มักไม่มีหรือมีอยู่ไม่มากนักในตลาดที่มีการผูกขาดหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อยมาก ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับขาดหายไป

¹⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, 3rd ed. (Oxford, 2008), p. 2.

¹⁶ สุธีร์ ศุภนิติย์, กมลชัย รัตนสากววงศ์, วิชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, *รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย*, หน้า 26.

ข. ผลที่มีต่อผู้ผลิต

การผูกขาดทำให้เกิดข้อได้เปรียบและเสียเปรียบในทางธุรกิจ โดยผู้ผลิตที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดย่อมเป็นผู้ที่ได้เปรียบจากการแข่งขัน ทั้งๆที่ตนอาจไม่ได้เป็นผู้ผลิตที่มีความสามารถโดยแท้จริงอันเกิดจากการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้อื่น ซึ่งทางเศรษฐศาสตร์ถือว่า การแข่งขันจะทำให้ผู้ผลิตที่มีประสิทธิภาพเท่านั้นที่จะสามารถดำรงอยู่ได้ในระยะยาว หน่วยผลิตใดที่มีต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่ง จะถูกขบวนการทำงานของกลไกราคาบีบบังคับให้ออกจากการแข่งขันไปในที่สุด ซึ่งโดยสรุปแล้วสามารถกล่าวได้ว่า ตลาดที่มีการแข่งขันนั้นสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่หมู่ผู้ผลิตด้วยกันเอง และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตหน้าใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ ซึ่งสิ่งต่างๆเหล่านี้ จะไม่มีหรือมีน้อยมากในตลาดที่มีการผูกขาดหรือการแข่งขันน้อยราย¹⁷

ค. ผลที่มีต่อสังคม

สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาดที่ชัดเจน คือ การใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ การใช้ทรัพยากรไม่ได้เกิดประโยชน์สูงสุด และกำไรส่วนเกิน (Excess profit) ตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาด ส่งผลให้ประสิทธิภาพของการผลิตที่เกิดจากการแข่งขันนั้นได้สูญหายไป

ทั้งนี้ การผูกขาดก่อให้เกิดความสูญเสียในทางเศรษฐกิจหลายประการดังต่อไปนี้

(1) ความสูญเสียอันเกิดจากการถ่ายเทเงินได้ส่วนที่ควรจะเป็นของผู้บริโภคไปสู่ผู้มีอำนาจผูกขาด (Income Transfer or Transfer of Wealth)

ความสูญเสียในส่วนนี้เกิดจากการที่ส่วนหนึ่งของค่าราคาสินค้าซึ่งผู้บริโภคต้องจ่ายเพิ่มขึ้นจากการที่ผู้มีอำนาจผูกขาดลดปริมาณและขึ้นราคาสินค้าในตลาด ถ้าเป็นกรณีที่ตลาดมีการแข่งขันสมบูรณ์ ผู้บริโภคจะไม่มีภาระที่จะต้องจ่ายเงินค่าสินค้าในส่วนนี้ เพราะฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ามีการถ่ายเทความมั่งคั่งจากผู้บริโภคที่ควรมีไปยังผู้มีอำนาจผูกขาดอย่างไม่เป็นธรรม¹⁸

¹⁷ สุธีร์ ศุภนิธย์, กมลชัย รัตนสกววงศ์, วชิรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 27.

¹⁸ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), หน้า 25.

(2) Deadweight welfare loss

หมายถึง ความสูญเสียที่วัดจากมูลค่าของประโยชน์ส่วนเกินของผู้บริโภคที่เสียไป ซึ่งเป็นผลมาจากการขึ้นราคาสินค้า¹⁹ หรือเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจผูกขาดลดปริมาณและขึ้นราคาสินค้า ทำให้มีผู้บริโภคส่วนหนึ่งไม่ได้ซื้อสินค้าที่ผู้มีอำนาจผูกขาดผลิต เนื่องจากระดับคุณค่าที่ผู้บริโภคกลุ่มนี้ตั้งไว้สำหรับสินค้า (Reservation Price) นี้ต่ำกว่าระดับราคาที่มีอำนาจผูกขาดกำหนด และปริมาณสินค้าในตลาดเองก็ไม่เพียงพอต่อการที่จะจำหน่ายให้ผู้บริโภคกลุ่มนี้ได้ ทำให้ผู้บริโภคกลุ่มนี้จำเป็นต้องเปลี่ยนไปซื้อสินค้าชนิดอื่นมาใช้ทดแทนสินค้าที่ผู้มีอำนาจผูกขาดผลิต ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วผู้บริโภคกลุ่มนี้มีความต้องการสินค้าของผู้มีอำนาจผูกขาด และหากว่าสินค้ามีปริมาณเพียงพอ ดังเช่นสินค้าในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ผู้บริโภคกลุ่มนี้คงไม่ตัดสินใจซื้อสินค้าทดแทน ดังนี้ เป็นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากทรัพยากรส่วนหนึ่งถูกนำไปผลิตสินค้าทดแทนที่อาจไม่ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของผู้บริโภค²⁰

(3) การสูญเสียโอกาสที่จะพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิต

เนื่องจากการที่ผู้ผูกขาดไม่จำเป็นต้องเผชิญกับแรงกดดันที่เกิดจากการแข่งขันในตลาดที่มากพอจะทำให้ผู้ผูกขาดต้องพยายามพัฒนาปรับปรุงประสิทธิภาพในการผลิตของตนให้สูงขึ้น และลดต้นทุนในการผลิตให้ต่ำลงมากที่สุด เพราะถึงอย่างไรผู้บริโภคก็ไม่มีทางเลือกและจำต้องซื้อสินค้าของผู้ผูกขาด²¹ เช่นนี้จะส่งผลให้สังคมต้องสูญเสียทรัพยากรบางส่วนไปโดยไม่จำเป็น เพราะหากในตลาดมีการแข่งขันกันสูง ผู้แข่งขันต่างต้องพยายามพัฒนากระบวนการผลิตของตนให้มีประสิทธิภาพและลดการใช้ทรัพยากรลงด้วย²²

จากหลักการของการแข่งขันและการผูกขาดที่มีความสำคัญเป็นพื้นฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จะต้องมีการทำความเข้าใจถึงหลักเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันด้วย เนื่องจากการกระทำต่างๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้มีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งสิ้น

¹⁹ OECD, Glossary of industrial organization economics and competition law [Online], 1990. Available from www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf

²⁰ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวบรวมบทความ, หน้า 26.

²¹ เรื่องเดียวกัน

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

2.1.2 หลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นกฎหมายที่มีรากฐานมาจากแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ โดยการกระทำต่างๆที่อยู่ภายใต้กฎหมายนี้ล้วนแต่เป็นการกระทำหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ในการศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายนี้ด้วยเช่นกัน

จากความหมายและความสำคัญของการแข่งขันที่กล่าวมาข้างต้น หากมีการศึกษาถึงรูปแบบโครงสร้างตลาดในทางเศรษฐศาสตร์แล้วจะทำให้เข้าใจถึงแนวคิดของการแข่งขันได้อย่างลึกซึ้งมากยิ่งขึ้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่าโครงสร้างตลาดที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันมีลักษณะดังต่อไปนี้

2.1.2.1 โครงสร้างตลาด

ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คำว่า “ตลาด” อาจสรุปเป็นความหมายอย่างกว้าง โดยอิงหลักทางเศรษฐศาสตร์ได้ว่า “ตลาด” เป็นขอบเขตในการซื้อและขายสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งจากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคและผู้ขายสามารถติดต่อและทำความตกลงในการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้านั้นได้²³

ปัจจัยสำคัญที่มีผลกระทบต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลต่างๆในตลาด คือ โครงสร้างตลาด ซึ่งหมายถึง สภาพการแข่งขันที่เป็นอยู่ในตลาดว่ามีมากน้อยเพียงใด โดยผู้ผลิตอาจจะ มีพฤติกรรมอย่างหนึ่งในสภาวะของตลาดรูปแบบหนึ่ง แต่หากสภาวะนั้นเปลี่ยนแปลงไป ผู้ผลิตรายเดียวกันนั้นก็อาจจะเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนตามไปด้วย ดังนั้น การทำความเข้าใจรูปแบบหรือโครงสร้างของตลาดก็จะช่วยให้เข้าใจพฤติกรรมของบุคคลในตลาดนั้นได้

จากมุมมองของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า ปัจจัยที่ใช้พิจารณาโครงสร้างตลาดว่ามีลักษณะอย่างไรนั้นได้แก่²⁴

(1) จำนวนของหน่วยผลิต และลักษณะการกระจายของขนาดของหน่วยผลิตในตลาด

²³ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 4.

²⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 39.

(2) การกีดกันการเข้าสู่ตลาด หมายถึง อุปสรรคต่างๆที่จะขัดขวางการเข้าสู่ตลาดหรือการผลิตสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้ผลิตรายใหม่นั้นมีมาน้อยเพียงใด

(3) ลักษณะของสินค้าที่ขายกันในตลาด กล่าวคือ ความสามารถในการใช้ทดแทนกันของสินค้าในตลาดนั้น ซึ่งอาจจะเป็นสินค้าของผู้ผลิตต่างราย แต่สามารถใช้ทดแทนกันได้

(4) ความเป็นอิสระของผู้ขายในตลาด กล่าวคือ ผู้ขายในตลาดจะมีปฏิกิริยาต่อพฤติกรรมของกลุ่มแข่งขันรายอื่นหรือไม่ โดยเกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระในการเข้าหรือออกจากตลาดของผู้ขายแต่ละราย

จากปัจจัยที่ใช้พิจารณาโครงสร้างตลาดข้างต้น จึงแบ่งโครงสร้างตลาดออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ตามลักษณะโครงสร้าง ได้แก่

2.1.2.1.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly competitive market) คือ ตลาดในอุดมคติของระบบเศรษฐกิจแบบตลาด โดยเป็นตลาดที่มีลักษณะสำคัญดังนี้²⁵

(1) ผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดมีเป็นจำนวนมาก (Numerous buyers and sellers) จนกระทั่งไม่มีใครซื้อหรือผู้ขายรายใดสามารถกระทำที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าในตลาดได้ เพราะปริมาณการซื้อขายของผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละรายมีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนสินค้าที่มีการซื้อขายกันทั้งหมดในตลาด

(2) สินค้าของผู้ขายแต่ละรายที่วางขายในตลาดมีคุณสมบัติและลักษณะเหมือนกัน (Product homogeneity) ดังนั้น ผู้ซื้อสามารถเลือกซื้อสินค้าของผู้ขายรายใดก็ได้ตามแต่ความพึงพอใจ โดยอาจเลือกจากสินค้าของผู้ขายที่ขายในราคาถูกที่สุด เพราะสินค้าของผู้ขายแต่ละรายสามารถทดแทนกันได้

(3) ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต่างก็มีข้อมูลหรือความรู้เกี่ยวกับราคาสินค้าในตลาดและสินค้าที่วางขายเป็นอย่างดี (Knowledge on market price and nature of the goods)

(4) ผู้ขายรายใหม่มีอิสระอย่างเต็มที่ในการที่จะเข้ามาสู่ตลาดสินค้านี้ และผู้ขายที่อยู่ในตลาดอยู่แล้วก็มีอิสระอย่างเต็มที่ในอันที่จะออกจากตลาดสินค้านั้นไป โดยปราศจากอุปสรรคใดๆที่ถูกสร้างมา กีดกันในการที่จะขายสินค้านี้ (Freedom of entry and no artificial barriers)

²⁵ สรวีศ ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ,

ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์นี้ กระบวนการในตลาดจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของอุปสงค์และอุปทาน ซึ่งอุปสงค์ (Demand) หมายถึง ความต้องการสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคมีความต้องการที่จะซื้อและมีความสามารถที่จะจ่ายเงินซื้อสินค้านั้นได้ โดยอุปสงค์นี้ จะต้องพิจารณาไปพร้อมกับราคาสินค้า หากราคาสินค้าสูง ความต้องการสินค้านั้นจะน้อย แต่หากราคาลดต่ำลง ความต้องการซื้อสินค้าของผู้บริโภคก็จะสูงขึ้น และอุปทาน (Supply) หมายถึง จำนวนสินค้าที่ผู้ผลิตนำออกวางขายในท้องตลาด ซึ่งอุปทานจะมีมากหรือน้อยก็จะขึ้นอยู่กับระดับราคาสินค้านั้นในท้องตลาดเช่นเดียวกับกรณีของอุปสงค์

หลักการของอุปสงค์และอุปทานข้างต้นมีความสัมพันธ์กับหลักการของกลไกราคา (Price mechanism) โดยกลไกแห่งราคาเป็นกลไกในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตัวเอง ซึ่งมีหลักว่าสินค้าที่อยู่ภายใต้ความต้องการของผู้บริโภคย่อมนำมาซึ่งกำไรแก่ผู้ผลิต สินค้าใดที่อยู่เหนือความต้องการจะทำให้กำไรน้อยลง แต่หลักการนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ราคาที่กำหนดจะต้องไม่เป็นราคาที่ถูกลงเกินไปเป็นพิเศษ โดยจะพิจารณาถึงอุปสงค์และอุปทานประกอบกัน กล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นกลไกที่มีกระบวนการปรับสภาพในตัวเองโดยเป็นพลวัตเคลื่อนไหวอยู่ตลอดเวลา (Dynamic adjustment process) โดยเมื่อมีผู้ซื้อรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายมีความต้องการที่จะซื้อสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น หรือมากกว่าปริมาณสินค้าหรือบริการที่เสนอขายก็จะส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการสูงขึ้น ซึ่งจะเกิดแรงจูงใจให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายทำการผลิตหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น ทำให้ปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาดมีสูงขึ้น หรือการขึ้นราคาสินค้านั้นทำให้ผู้ซื้อบางรายไม่สามารถซื้อสินค้าหรือบริการที่เพิ่มขึ้นได้ จึงต้องหยุดการบริโภคสินค้าลงซึ่งจะส่งผลให้ราคาสินค้าดังกล่าวจะต้องลดราคาลงมา และในทางตรงกันข้ามหากปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาดมีมากกว่าความต้องการของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการบางส่วนแล้ว จะส่งผลให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายต้องลดราคาสินค้าหรือบริการของตนลงมา เพื่อจูงใจให้ผู้ซื้อหันมาซื้อสินค้าหรือบริการของตน หรือทำการลดปริมาณการผลิตหรือการเสนอขายสินค้าหรือบริการให้น้อยลงจนกระทั่งราคาสินค้าหรือบริการนั้นเข้าสู่ดุลยภาพ โดยอยู่ในระดับราคาที่ไม่สูงหรือไม่ต่ำจนเกินไป²⁶

เพราะฉะนั้น ราคาสินค้าในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมและตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์จะถูกกำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานของตลาด ในขณะที่อุปสงค์แสดงความสัมพันธ์ในทิศทางที่ตรงกันข้ามของปริมาณเสนอขายสินค้ากับราคาสินค้า อุปทานจะแสดงความสัมพันธ์ในทิศทางเดียวกันของปริมาณเสนอขายสินค้ากับราคาสินค้า เป็นไปตามกฎของอุปสงค์และอุปทาน ราคาดุลยภาพของสินค้าจะถูกกำหนดโดยอำนาจต่อรองของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย และจะเกิดขึ้น ณ จุดที่

²⁶ ภูษิต โมกขมรรคกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. รายงานการวิจัย, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543.

อุปสงค์และอุปทานเท่ากันพอดี กลไกราคาจะเข้ามาผลักดันให้ราคาสินค้าสูงขึ้น ถ้าเมื่อใดที่อุปสงค์มีมากกว่าอุปทาน และจะผลักดันให้ราคาสินค้าลดลงถ้าอุปทานมีมากกว่าอุปสงค์ ราคาสินค้าจึงคงอยู่ ณ จุดดุลยภาพเสมอตราบเท่าที่อุปสงค์และ/หรืออุปทานของตลาดไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งการปล่อยให้กลไกในระบบเศรษฐกิจดำเนินไปโดยอิสระนี้เป็นที่เชื่อกันว่าเป็นแนวทางการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพสูงสุด²⁷

ประโยชน์ของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ได้แก่²⁸

(1) ในตลาดประเภทนี้ อำนาจต่อรองจะเป็นของผู้ซื้อ ผู้ขายจะต้องยอมรับเอาราคาตลาดตามที่เป็นอยู่ (Price-Taker) เนื่องจากผู้ขายแต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาดน้อยมากจนไม่อาจทำการใดๆที่จะส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าได้

(2) ราคาสินค้าอยู่ในระดับต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

(3) การแข่งขันระหว่างผู้ขายหลายรายในตลาด ทำให้ผู้ผลิตต้องพัฒนาเทคโนโลยีตลอดเวลาเพื่อหาวิธีการลดต้นทุนการผลิตของตนให้ต่ำที่สุด (Cost Minimization) เพราะจะทำให้ผู้ผลิตนั้นสามารถดำรงอยู่ในตลาดได้

(4) ปริมาณสินค้าในตลาดมีเพียงพอกับความต้องการของผู้บริโภค

(5) การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากได้ถูกนำไปใช้ในการผลิตสินค้าที่ผู้บริโภคมีความต้องการอย่างแท้จริง

ในอีกแง่หนึ่ง การแข่งขันที่สมบูรณ์นั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพ 3 ด้าน ได้แก่

(1) ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative Efficiency²⁹)

เนื่องจากภายใต้การแข่งขันสมบูรณ์ ทรัพยากรทางเศรษฐกิจจะถูกจัดสรรท่ามกลางความแตกต่างระหว่างรูปแบบของสินค้าและบริการ ซึ่งจะต้องทำให้มีประสิทธิภาพดีกว่าคู่แข่งอื่น โดยจะทำให้เกิดประโยชน์ส่วนเกินต่อผู้บริโภค ในที่นี้หมายถึง ผลประโยชน์โดยรวมที่

²⁷ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, หลักเศรษฐศาสตร์: จุลเศรษฐศาสตร์ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 68.

²⁸ สรวิต ลิ้มปรีงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวบรวมทศวรรษ, หน้า 17.

²⁹ Richard Whish, Competition Law, 6th ed. (Oxford, 2009), p. 4.

ผู้บริโภคจะได้รับในขณะที่ซื้อสินค้า ซึ่งสินค้าและบริการจะถูกจัดสรรระหว่างผู้บริโภคโดยขึ้นอยู่กับราคาของผู้บริโภคตั้งไว้ และราคาก็จะไม่ขึ้นสูงเกินกว่าต้นทุนหน่วยสุดท้าย (Marginal cost) ของกระบวนการผลิต โดยประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรนี้จะบรรลุเป้าหมายได้จะต้องอยู่ภายใต้การแข่งขันที่สมบูรณ์ เนื่องจากผู้ผลิตที่ถูกสันนิษฐานว่าต้องการผลกำไรสูงสุดจะขยายการผลิตของตนตราบเท่าที่มีกำไรเกิดขึ้น จนในที่สุดหากต้นทุนหน่วยสุดท้ายเกินกว่าราคาของผู้ผลิตกำหนด ผู้ผลิตก็จะหยุดขยายการผลิต เพราะฉะนั้นในขณะที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ การลดจำนวนผลผลิตของผู้ผลิตจะไม่สามารถกระทบต่อราคาตลาด และแท้จริงแล้วก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะทำให้เกิดการลดจำนวนผลผลิตซึ่งหมายความว่า เกิดประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรแล้ว โดยที่ผู้บริโภคจะได้ซื้อสินค้าและบริการในราคาที่ตั้งไว้ และทรัพยากรก็จะถูกจัดสรรไปตามความต้องการของผู้บริโภค

(2) ประสิทธิภาพในการผลิต (Productive Efficiency³⁰)

นักเศรษฐศาสตร์ได้วิเคราะห์ว่า ภายใต้การแข่งขันสมบูรณ์ สินค้าและบริการจะถูกผลิตขึ้นภายใต้ราคาที่ต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งหมายความว่าต้นทุนที่ใช้ในการผลิตจะมีมูลค่าน้อยเพียงเท่าที่จำเป็น หากมีผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การแข่งขัน จะเป็นผู้ผลิตที่ใช้ต้นทุนสูง ดังนั้น การแข่งขันจึงเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิต ซึ่งการที่จะบรรลุถึงเป้าหมายเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิตได้ ผู้ผลิตจะต้องไม่สามารถขายเกินกว่าราคาตลาดได้ เนื่องจากผู้บริโภคก็จะปฏิเสธที่จะซื้อ และไม่สามารถขายต่ำกว่าราคาดังนั้นได้เช่นกันเนื่องจากจะไม่มีผลกำไร หากผู้ผลิตขึ้นราคาสินค้า คู่แข่งขันอื่นย่อมจะเข้ามาแข่งขันด้วยเพราะหวังผลกำไรที่จะได้รับและพวกเขาจะพยายามทำการผลิตให้มีประสิทธิภาพเพื่อที่จะได้รับกำไรเพิ่มมากขึ้น และในระยะยาว การแข่งขันที่เกิดขึ้นจะผลักดันให้ผู้ผลิตหาหนทางที่จะจำกัดต้นทุนให้ต่ำที่สุดเพื่อรักษาผลกำไรไว้ โดยในที่สุดจะเกิดดุลยภาพขึ้น คือ ราคาสินค้าและต้นทุนการผลิตโดยเฉลี่ยจะสอดคล้องกัน

(3) ประสิทธิภาพในการคิดค้นพัฒนา (Dynamic Efficiency³¹)

ประโยชน์ของการแข่งขันอีกข้อหนึ่งที่ยังไม่สามารถพิสูจน์ได้ในทางวิทยาศาสตร์ คือ ผู้ผลิตจะคิดค้นนวัตกรรม และพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ เพื่อที่จะดำรงอยู่ได้ในธุรกิจ ซึ่งการแข่งขันจะมีส่วนผลักดันให้มีการคิดค้น วิจัย และพัฒนาทางเทคโนโลยี

³⁰ Richard Whish, *Competition Law*, p. 5.

³¹ *Ibid.*

2.1.2.1.2 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly competitive market) แบ่งย่อยออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) ตลาดผูกขาดหรือตลาดผู้ขายรายเดียว (Pure Monopoly) เป็นประเภทของตลาดที่ตรงกันข้ามกับตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์³² โดยมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1.1) มีผู้ผลิตหรือผู้ขายเพียงรายเดียว (Single seller) เรียกว่าผู้ผูกขาด (Monopolist) ซึ่งสามารถครอบครองส่วนแบ่งตลาดได้ทั้งหมด

(1.2) สินค้าของผู้ผูกขาดมีลักษณะพิเศษจนกระทั่งผู้บริโภคไม่สามารถหาสินค้าอื่นที่มีคุณสมบัติใกล้เคียงกันมาทดแทนได้ ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากจะต้องซื้อสินค้านั้นจากผู้ผูกขาด

(1.3) มีอุปสรรคในการที่ผู้ขายรายใหม่จะเข้าสู่ตลาด (Barriers to Entry) โดยผู้ผลิตหรือผู้ขายรายเดิมสามารถกีดกันผู้อื่นไม่ให้เข้ามาแข่งขันกับตนได้

(1.4) ผู้ขายสามารถกำหนดราคา (Price maker) สามารถเลือกระดับราคาหรือระดับการผลิตที่จะทำให้หน่วยผลิตได้รับกำไรสูงสุด เนื่องจากไม่มีคู่แข่งทางการค้า ผู้ขายในอุตสาหกรรมผูกขาดจะกำหนดราคาอย่างไรก็ได้

ดังนั้น ในสภาวะของตลาดผูกขาดนี้ ผู้ขายที่ผูกขาดตลาดสามารถลดปริมาณสินค้าของตน ส่งผลให้ปริมาณสินค้าในตลาดหรือ “อุปทาน” ลดลงจนต่ำกว่าปริมาณความต้องการสินค้าของผู้บริโภคหรือ “อุปสงค์” ส่งผลให้ราคาของสินค้าเพิ่มสูงขึ้นกว่าระดับราคาที่ควรจะเป็นหากตลาดมีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์³³

(2) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดหรือตลาดผู้ขายมาราย (Monopolistic competition) มีลักษณะสำคัญ คือ

(2.1) มีผู้ขายและผู้ซื้อจำนวนมาก โดยผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าและออกจากตลาดได้อย่างเสรี

³² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 43.

³³ สุธีร์ ศุภินิตย์, กมลชัย รัตนสกววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 22.

(2.2) มีการผลิตสินค้าที่แตกต่างกันแต่ใช้แทนกันได้ โดยผู้ผลิตไม่สามารถตั้งราคาให้สูงมากเนื่องจากผู้บริโภคก็จะหันไปซื้อสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นทดแทน

(3) ตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (Oligopoly) เป็นตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ที่อยู่ระหว่างตลาดผูกขาดและตลาดผู้ขายมากมาย ซึ่งเป็นตลาดที่ยังคงมีการแข่งขันอยู่ในระดับหนึ่ง แต่มีผู้ประกอบการที่มีความสามารถในการแข่งขันในจำนวนเพียงเล็กน้อย³⁴ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(3.1) มีผู้ผลิตหรือผู้ขายจำนวนน้อยราย ซึ่งแต่ละรายจะขายสินค้าในปริมาณมากเมื่อเทียบกับปริมาณสินค้าทั้งหมดในตลาด โดยพฤติกรรมของผู้ขายแต่ละรายในตลาดจะมีส่วนสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน เนื่องจากมีผู้ขายจำนวนไม่มาก ดังนั้น ผู้ขายแต่ละรายจะมีส่วนแบ่งตลาดมากพอที่จะทำให้การกระทำของผู้ขายรายใดรายหนึ่งในตลาดส่งผลกระทบต่อผู้ขายรายอื่นได้ ซึ่งในการที่ผู้ขายรายหนึ่งจะกำหนดพฤติกรรมของตน เช่น กำหนดราคาสินค้าหรือกำหนดปริมาณสินค้าที่จะผลิต ผู้ขายจะคำนึงถึงพฤติกรรมในการกำหนดราคาและปริมาณการผลิตสินค้าของผู้ขายรายอื่นด้วย ในตลาดเช่นนี้ ผู้ขายจึงมักจะกำหนดพฤติกรรมของตนในลักษณะถ้อยทีถ้อยอาศัยกัน และอาจจะร่วมมือกันในการกำหนดพฤติกรรมต่างๆ ทั้งในแง่ของปริมาณและราคาสินค้า ซึ่งอาจจะทำให้เกิดปัญหาในแง่ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ เนื่องจากการร่วมมือกันจะทำให้การแข่งขันไม่ได้เป็นไปตามกลไกของตลาดอย่างแท้จริง

(3.2) สินค้าที่ผู้ผลิตในตลาดผู้แข่งขันน้อยรายผลิตอาจเป็นสินค้าที่แทบจะมีลักษณะเหมือนกันทุกประการ หรือเป็นสินค้าที่แตกต่างกันแต่ใช้ทดแทนกันได้

(3.3) การเข้ามาแข่งขันในตลาดทำได้ยาก ซึ่งอาจเกิดจากหลายสาเหตุ เช่น ต้องใช้ต้นทุนการผลิตสูงเนื่องจากมีเทคโนโลยีที่ยุ่่งยากซับซ้อน เป็นต้น

จากรูปแบบโครงสร้างตลาดข้างต้น มีอิทธิพลถึงพฤติกรรมของตลาด (Market Conduct) ซึ่งหมายถึง พฤติกรรมของบรรดาผู้ประกอบการในตลาดสินค้าและบริการในการกำหนดราคาสินค้าและปริมาณของสินค้าในตลาด³⁵ ส่งผลให้ผู้ประกอบการมีรายได้ ซึ่งรายได้ของผู้ประกอบการเป็นไปตามสภาวะของการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ พฤติกรรมของตลาดแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ พฤติกรรมในการกำหนดการแข่งขันด้านราคา (Price competition) และพฤติกรรมด้านอื่นที่ไม่ใช่ราคา (Non-price competition)

³⁴ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, 4th ed. (Oxford, 2003), p. 10.

³⁵ สุธีร์ ศุภนิติย์, *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542*, หน้า 27.

จากโครงสร้างของตลาดที่กล่าวมาข้างต้น อีกสิ่งหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกันในการวิเคราะห์ คือ ขอบเขตตลาด ว่ามีลักษณะเป็นอย่างไร

2.1.2.2 ขอบเขตตลาด แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

ก. ตลาดเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ (Product market) หมายถึง ลักษณะผลิตภัณฑ์ที่สามารถนำมาแลกเปลี่ยนทดแทนกันได้ การจำกัดขอบเขตของตลาดประเภทนี้จะคำนึงลักษณะของผลิตภัณฑ์เป็นเกณฑ์ กล่าวคือ ผลิตภัณฑ์ที่ทดแทนกันได้ (substitute product) โดยพิจารณาจากคุณลักษณะ (Characteristic) หรือ คุณภาพ (Quality) การใช้งาน (Use) และราคา (Price) ของผลิตภัณฑ์ว่าสามารถทดแทนกันได้ก็จัดอยู่ในตลาดเดียวกัน นอกจากนี้จะคำนึงถึงขอบเขตการใช้ทดแทนกันด้วยว่าผลิตภัณฑ์นั้นนำมาใช้ทดแทนกันได้เพียงใด (Reasonable interchange ability of use) หรืออีกนัยหนึ่งพิจารณาจากความยืดหยุ่นของการทดแทนกันระหว่างสินค้าหรือความยืดหยุ่นไขว้ (Cross elasticity of demand) ถ้าขอบเขตของการใช้ทดแทนกันมีมาก กล่าวคือ ผู้บริโภคสามารถนำผลิตภัณฑ์นั้นมาใช้ทดแทนกันด้วยความมุ่งหมายเดียวกันอย่างสมเหตุสมผล ก็ถือว่าผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่ถ้าขอบเขตการใช้ทดแทนกันไม่เป็นไปตามความมุ่งหมายเดียวกัน ผลิตภัณฑ์นั้นก็ถือว่าแยกออกไปคนละตลาด³⁷

ข. ตลาดตามภูมิศาสตร์ (Geographic market) หมายถึง บริเวณพื้นที่ที่ผู้ขายใช้สำหรับประกอบการค้า และผู้ซื้อสามารถหาซื้อสินค้าได้ในบริเวณพื้นที่ดังกล่าว ทั้งนี้ อาณาเขตของพื้นที่ดังกล่าวนี้อาจจะหมายถึง พื้นที่ทั้งประเทศหรือเฉพาะภาคใดภาคหนึ่งของประเทศหรือเฉพาะจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งเท่านั้น ปัจจัยในการพิจารณาอาณาเขตของพื้นที่ขึ้นอยู่กับบริเวณที่ตั้งของผู้ขายที่สามารถเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อจะได้รับความสะดวกสบายในการเลือกซื้อสินค้าจากพื้นที่ดังกล่าว สำหรับปัจจัยที่ใช้เป็นตัวกำหนดขอบเขตของตลาดทางภูมิศาสตร์ (Geographic boundaries) ได้แก่ ค่าขนส่งสินค้า (Cost of shipping) ความคงทนของสินค้า (The perishability of a product) สินค้าที่เสียหายได้เนื่องจากอายุสินค้ามีจำกัดทำให้คู่แข่งถูกจำกัดโดยพื้นที่ ความสะดวกในการเดินทาง พฤติกรรมของผู้จัดจำหน่าย หรือพฤติกรรมของผู้บริโภค เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ย่อมมีผลทำให้เกิดการกีดกันการแข่งขันได้³⁸

เมื่อมีความเข้าใจถึงขอบเขตตลาดแล้ว มีอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญมากในการพิจารณาถึงระบบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ สำนักคิดในการกำกับดูแลเศรษฐกิจ

³⁷ จันทรทอง เจริญศิริอุทัยยศ, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 10.

³⁸ เรื่องเดียวกัน

2.1.2.3 สำนักคิดในการกำกับดูแลเศรษฐกิจ

หลักทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่นำมาใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เกิดขึ้นมาจากแนวคิดที่เป็นข้อโต้แย้ง โต้เถียงของนักเศรษฐศาสตร์ และรวมไปถึงมุมมองทางการเมืองที่เป็นแรงขับเคลื่อนให้นำทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้ในแต่ละยุคสมัย ซึ่งทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นี้ มีความสอดคล้องกับนโยบายทางการเมือง โดยมีการเปลี่ยนแปลงพัฒนาภายใต้อิทธิพลของทฤษฎีหนึ่ง ไปสู่อีกทฤษฎีหนึ่ง และที่สำคัญคือจะต้องมีฐานทางความคิดเพื่อนำไปตัดสินว่าจะนำกระบวนการที่ศรัทธา เศรษฐกิจในรูปแบบใดมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า³⁹

การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ละสำนักคิดมีลักษณะที่แตกต่างกันโดยแสดงให้เห็นถึงการนำมาปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งโดยหลักแล้วมาจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา (US antitrust law) โดยแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่นำมาปรับใช้นั้นแบ่งได้ออกเป็น 3 สำนักคิดหลักๆ ได้แก่

2.1.2.3.1 สำนักคิดพหุนิยม

สำนักคิดพหุนิยมมีหลักการคือ โครงสร้างตลาด (Market structure) เป็นตัวกำหนดการกระทำ (Conduct) ของธุรกิจและการกระทำนั้นก็กำหนดประสิทธิภาพของตลาด (Market Performance) ตัวอย่างเช่น การทำกำไร ประสิทธิภาพด้านการผลิต การก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และการเจริญเติบโตของธุรกิจ แนวคิดนี้ กำหนดว่า โครงสร้างตลาดในรูปแบบหนึ่งจะนำไปสู่การกระทำในรูปแบบเฉพาะรูปแบบหนึ่งและนำไปสู่ประสิทธิภาพของตลาดในรูปแบบเฉพาะเช่นกัน และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในอุตสาหกรรมที่มีการกระจุกตัวกันสูง มักจะนำไปสู่การกระทำที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพของตลาดต่ำ เช่น การลดจำนวนผลผลิต และการผูกขาดด้านราคา⁴⁰

แนวคิดพหุนิยมนี้ มีบทบาทในปีคริสต์ศักราช 1950 และ 1960 โดยแนวคิดนี้ถูกพัฒนาขึ้นจากการศึกษาเชิงประจักษ์ของอุตสาหกรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา และเกิดความเชื่อที่ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรต้องตระหนักถึงการปรับปรุงแก้ไขโครงสร้างตลาดมากกว่าการแก้ไขทางพฤติกรรม ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายของรัฐสภาสหรัฐในขณะนั้นที่มุ่งเน้นไปถึงการปกป้องธุรกิจขนาดเล็ก

³⁹ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, p. 54.

⁴⁰ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 22.

แนวคิดนี้เสนอว่าเมื่อพิจารณาจากโครงสร้างของตลาด จะเกิดข้อสรุปขึ้น คือ การกระทำของธุรกิจ จะนำไปสู่การประเมินประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ บนพื้นฐานนี้ โครงสร้างตลาดในแต่ละรูปแบบถือเป็นสาเหตุของการกระทำที่จำกัดการแข่งขัน และนำไปสู่การลดต่ำลงของประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ⁴¹

คำว่า โครงสร้างตลาด เป็นคำที่ใช้เพื่อให้คำจำกัดความลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นของรูปแบบการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่กำหนด โดยหลักสำคัญของลักษณะเฉพาะที่จะนำมาพิจารณาคือ จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจและขนาดของผู้ประกอบธุรกิจนั้น รวมถึงอำนาจตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ และความสะดวกในการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะเข้ามาในตลาด หรือผู้ประกอบธุรกิจรายเก่าจะออกไปจากตลาด⁴²

คำว่า การกระทำ เป็นการอธิบายวิธีการดำเนินการของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น เกณฑ์ในการกำหนดราคา (กำหนดโดยตกลงร่วมกัน กำหนดอย่างอิสระ หรือกำหนดบนพื้นฐานของความต้องการของผู้บริโภค) หรือเกณฑ์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายสำหรับโฆษณาประชาสัมพันธ์และการวิจัยและพัฒนา⁴³

และคำว่า ประสิทธิภาพของตลาด เป็นหน่วยวัดการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ โดยหน่วยวัดพื้นฐานจะทำโดยการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเพิ่มประโยชน์ของผู้บริโภคหรือไม่ โดยทำการวัดถึงประสิทธิภาพในการผลิต ประสิทธิภาพในการจัดสรร และประสิทธิภาพในการคิดค้นพัฒนา⁴⁴

ทฤษฎีนี้ทำนายว่าการกระทำที่เข้าใกล้การมีอำนาจเหนือตลาดจะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันลดลง (เนื่องจากจากตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันจะเกิดขึ้นได้ง่ายหากมีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนน้อย) และการกระทำที่เข้าใกล้การแข่งขันที่สมบูรณ์จะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันดีขึ้น⁴⁵

ผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้ทำนายไว้ 2 กรณี คือ การกระจุกตัวกันทำให้ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะส่งผลให้เกิดพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน ระดับการกระจุกตัวเป็นตัวชี้วัดว่ามีจำนวนผู้ประกอบธุรกิจมากหรือน้อยในอุตสาหกรรมนั้น หากมีผู้ประกอบ

⁴¹ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, p. 57.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid., p. 58.

ธุรกิจจำนวนน้อย การกระจุกตัวก็จะมีมาก ดังนั้น ตลาดผูกขาดและตลาดผู้แข่งขันน้อยรายจะมีประสิทธิภาพน้อยกว่าโครงสร้างตลาดที่มีคู่แข่งจำนวนมาก และการทำนายกรณีที่สอง คือ ถ้าหากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดมีสูง ราคาและต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจจะเพิ่มขึ้น ข้อมูลนี้ถูกสนับสนุนโดยการศึกษาเชิงประจักษ์ซึ่งแสดงให้เห็นถึงจุดอ่อนที่สำคัญที่เชื่อมโยงระหว่างระดับของการกระจุกตัวและอัตรากำไร และการศึกษาายังแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงนั้นมีอัตราผลตอบแทนสูงกว่าผู้ประกอบธุรกิจในตลาดที่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำกว่า กล่าวโดยสรุปคือ การกระจุกตัวสูงจะนำไปสู่ความไม่มีประสิทธิภาพ ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดผูกขาดและตลาดผู้แข่งขันน้อยรายจะจำกัดผลผลิตและขึ้นราคา ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกีดกันไม่ให้เข้าแข่งขันเนื่องจากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูงจึงไม่มีแรงกระตุ้นในการผลิตให้มีประสิทธิภาพ และไม่มีแรงกระตุ้นในการคิดค้นพัฒนาเมื่อพฤติกรรมที่ไม่มีประสิทธิภาพก่อให้เกิดกำไรได้⁴⁶

การปรับใช้ทฤษฎีข้างต้นนี้ในกรณีนโยบายการแข่งขันทางการค้า ทำให้สามารถแยกแยะโครงสร้างตลาดในรูปแบบใดที่จะนำไปสู่การจำกัดการแข่งขัน และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันโครงสร้างตลาดที่มีความเกี่ยวข้องกับการลดต่ำลงของประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ อีกทั้งทฤษฎีนี้มีแนวคิดที่ควรให้ความสนใจไปยังโครงสร้างของตลาดที่อาจจะส่งผลทำให้ผลประโยชน์ของผู้บริโภคลดลง และเห็นว่าโครงสร้างของตลาดเป็นสาเหตุของความล้มเหลวของตลาด ดังนั้น วิธีการเยียวยาตามทฤษฎีนี้จะถูกออกแบบขึ้นเพื่อเปลี่ยนโครงสร้างตลาดและป้องกันการเพิ่มขึ้นของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดตามมาด้วยแนวคิดที่ว่าตลาดอุตสาหกรรมของธุรกิจขนาดเล็กสมควรได้รับการปกป้องจากธุรกิจขนาดใหญ่ โดยธุรกิจขนาดเล็กจำนวนมากทำให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากกว่าธุรกิจขนาดใหญ่จำนวนน้อย

2.1.2.3.2 สำนักคิดเสรีนิยม

สำนักความคิดเสรีนิยม (The Chicago School) เป็นแนวคิดของเศรษฐศาสตร์การเงินและเศรษฐศาสตร์แบบตลาดเสรี ซึ่งมาจากชื่อของมหาวิทยาลัยของผู้ริเริ่มแนวคิดนี้ คือ มหาวิทยาลัยชิคาโก โดยเน้นการวิเคราะห์การแข่งขันในทางทฤษฎีมากกว่าการศึกษาเชิงประจักษ์ ซึ่งแม้ว่าในขณะนั้นแนวคิดพหุนิยม จะถูกยึดถือเป็นแนวคิดหลัก แต่แนวคิดแบบเสรีนิยมนี้ก็ได้พยายามพัฒนารูปแบบที่เป็นทางเลือกที่อยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีราคานิโอบคลาสสิก* และแนวคิดนี้ได้ปฏิวัติความคิดเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า โดยทำให้ในระหว่างปีคริสต์ศักราช 1970 ถึง 1980 มีการเปลี่ยนแปลงการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้น

⁴⁶ Giorgio Monti, *EC Competition Law*, p. 59.

* ทฤษฎีนี้มีแนวคิดที่ว่า ราคาสินค้าจะสะท้อนความขาดแคลน (Scarcity) โดยราคาสินค้าจะปรับตัวขึ้นลงได้อย่างเสรีจนกระทั่งอุปสงค์และอุปทานของสินค้าเท่ากันในทุกตลาด ในที่สุดเศรษฐกิจจะอยู่ในภาวะดุลยภาพทั่วไป

หลักการสำคัญของแนวคิดแบบเสรีนิยม คือ การแสวงหาความมีประสิทธิภาพ ซึ่งหมายความว่า ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ควรเป็นเป้าหมายเดียวของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดนี้ไม่ได้สนับสนุนธุรกิจขนาดเล็ก โดยการแพ้หรือชนะในการแข่งขันในตลาดไม่ได้มีความสำคัญเทียบเท่ากับควมมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดมีอยู่เพียงเล็กน้อย อุตสาหกรรมนั้นก็จะได้ประโยชน์จากการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) และสามารถทำกำไรได้มากขึ้น อีกทั้งแนวคิดนี้มีความเชื่อในความสามารถของตลาดในการแก้ไขตัวเองและนำไปสู่ความมีประสิทธิภาพได้ด้วยตัวเองโดยปราศจากการแทรกแซงจากภาครัฐหรือจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า⁴⁷

จากแนวคิดของนักเศรษฐศาสตร์คือ Herbert Hovenkamp* ได้สรุปหลักการสำคัญของแนวคิดแบบเสรีนิยม ไว้ดังนี้⁴⁸

(1) มุ่งถึงความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ โดยการแสวงหาประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจเป็นเป้าหมายที่สำคัญที่สุดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งประกอบไปด้วย 2 ส่วนที่สำคัญ ได้แก่ ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรและประสิทธิภาพในการผลิต

(2) ตลาดส่วนใหญ่มีการแข่งขันสูง แม้ว่าจะมีผู้ขายอยู่น้อยรายก็ตาม

(3) การมีอยู่ของการผูกขาดมีแนวโน้มที่จะแก้ไขได้ด้วยตัวเอง หมายความว่า เมื่อผู้ผูกขาดมีกำไรสูงก็จะดึงดูดผู้แข่งขันรายใหม่เข้ามาในตลาด ส่งผลให้การผูกขาดลดลง

(4) อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดโดยธรรมชาติ โดยมากแล้วไม่มีในทางความเป็นจริง ซึ่งจากหลักการทั่วไปแล้วการลงทุนมักจะเข้ามาในตลาดที่มีผลตอบแทนสูงอยู่เสมอ

2.1.2.3.3 สำนักคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (The Post-Chicago School)

ภายหลังจากแนวคิดเสรีนิยม ได้มีแนวคิดอื่นๆเกิดขึ้น ซึ่งหลักการของเสรีนิยมแบบสุดขีดได้ถูกบรรเทาลงโดยแนวคิดใหม่ๆ โดยมีการยอมรับถึงความซับซ้อนของการกระทำมากขึ้น และมีส่วนช่วยให้เข้าใจถึงการกระทำที่จำกัดการแข่งขัน อีกทั้งมีความพยายามที่จะเชื่อมโยง

⁴⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 23.

* Professor Herbert Hovenkamp เป็นศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยไอโอวา ผู้มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴⁸ Ibid., p. 24.

ถึงความสำคัญของพลวัตของการแข่งขัน (Dynamic competition) ด้วย⁴⁹ ทั้งนี้แนวคิดทฤษฎีที่แสดงถึงความคิดที่เกิดขึ้นภายหลังแนวคิดเสรีนิยม ได้แก่

(1) ทฤษฎีเกม (Game theory) เป็นศูนย์กลางของทฤษฎีอุตสาหกรรมสมัยใหม่ ซึ่งได้สร้างแบบจำลองกลยุทธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ข้อโต้แย้งและการร่วมมือกัน เสมือนกับเป็นเกมที่ผู้ประกอบการแต่ละรายได้วางแผนของตนเอง เช่น การกำหนดราคาหรือปริมาณการผลิต และคาดการณ์ถึงกลยุทธ์ที่คู่แข่งจะนำมาใช้

(2) แนวคิด Contestable market แนวคิดนี้มุ่งเน้นถึงอิสระในการเข้าและออกจากตลาด และให้ความสำคัญในการไม่กำหนดโครงสร้างของตลาด

(3) แนวคิด Raising rivals' costs แนวคิดนี้อธิบายถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ถูกออกแบบมาเพื่อการเพิ่มราคาต้นทุนของคู่แข่ง รวมไปถึงการแทรกแซงการผลิตหรือกระบวนการขายของคู่แข่งเพื่อให้กระทบต่อต้นทุน ส่งผลให้ผู้บริโภคยากที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการของคู่แข่ง

(4) แนวคิด ต้นทุนทางธุรกรรม (Transaction Cost Economics) ต้นทุนทางธุรกรรม คือ ต้นทุนของผู้ประกอบการที่เกิดขึ้นจากการค้าขายกับบุคคลอื่น โดยผู้ประกอบการสามารถเลือกได้ว่าจะจัดการกระบวนการต่างๆด้วยตนเองหรือให้บุคคลอื่นทำ ซึ่งการที่จะเลือกวิธีการใดก็ขึ้นอยู่กับเปรียบเทียบถึงประสิทธิภาพของวิธีการนั้น⁵⁰

แนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอีกแนวคิดหนึ่งซึ่งมีอิทธิพลต่อพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คือ แนวคิดแบบเสรีนิยมธรรมชาติ (Ordoliberalism) ซึ่งมีหลักการในการเผชิญหน้าในความสัมพันธ์รูปแบบใหม่ระหว่างกฎหมายและระบบเศรษฐกิจ โดยมีแนวคิดว่าการแข่งขันนั้นมีความจำเป็นต่อความเจริญของเศรษฐกิจ และเสรีภาพทางเศรษฐกิจก็มีความจำเป็นต่อเสรีภาพทางการเมือง ซึ่งสนับสนุนหลักการที่ว่า การแข่งขันและเสรีภาพทางเศรษฐกิจได้ถูกกำหนดในกฎหมาย ดังนั้น จะไม่มีการแทรกแซงทางเศรษฐกิจจากรัฐ ทั้งนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรต้องสร้างและรักษาเงื่อนไขของการแข่งขัน และเป็นการแสดงให้เห็นว่าการแข่งขันนั้นมีค่าในตัวเองและไม่ใช่เพียงเป้าหมายทางเศรษฐกิจเท่านั้น โดยแนวคิดเสรีนิยม

⁴⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 31.

⁵⁰ Ibid., p. 32.

ธรรมชาตินี้จะนำไปสู่การปกป้องคู่แข่งและธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก รวมถึงส่งเสริมการมีเสรีภาพของประชาชนที่จะสามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้⁵¹

เมื่อพิจารณาถึงสำนักคิดเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกข้อหนึ่งที่ใช้ในการวิเคราะห์การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจ คือ ระบบการควบคุมการแข่งขัน ซึ่งเป็นผลมาจากแนวคิดที่กล่าวมาข้างต้น

2.1.2.4 ระบบการควบคุมการแข่งขัน

ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จะปรากฏมาตรการที่ใช้ควบคุมและคุ้มครองการแข่งขันอยู่ 3 รูปแบบ ได้แก่

2.1.2.4.1 ระบบการควบคุมโครงสร้างตลาด

ระบบการควบคุมโครงสร้างตลาด (Structural control) มีลักษณะเป็นการควบคุมการมีอำนาจเหนือตลาดและควบคุมการกระทำใดๆที่อาจเป็นการสร้างอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ซึ่งระบบนี้เชื่อว่าไม่อาจมีการควบคุมผลเสียที่เกิดจากการผูกขาดได้ ดังนั้น การมีอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งที่ดี (Per se rule) ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ และเป็นการสร้างความไม่เท่าเทียมกันในสังคม อำนาจเหนือตลาดจะเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้ผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจในตลาดดีกว่ากระทำการเอาเปรียบผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า จนในที่สุดความได้เปรียบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะผลักดันให้ผู้ประกอบการรายอื่นต้องออกไปจากการแข่งขัน และผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดจะกลายเป็นผู้ผูกขาดตลาดในที่สุด⁵²

อย่างไรก็ดี ระบบนี้ยังมีความบกพร่องและขาดประสิทธิภาพ เพราะเหตุว่าถ้าหากผู้ประกอบการมีการแข่งขันกันอย่างยุติธรรม แต่ท้ายที่สุดแล้วผู้ประกอบการที่มีความแข็งแกร่งมากที่สุดย่อมกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้เช่นกัน เพราะฉะนั้น การควบคุมโครงสร้างตลาดไม่ให้ธุรกิจใดมีการจำกัดการแข่งขันหรือมีอำนาจทางตลาดมากขึ้น จึงยอมเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจ เนื่องจากว่าธุรกิจทุกประเภทก็ย่อมมีเป้าหมายเพื่อสร้างกำไรสูงสุดและขยายฐานทางเศรษฐกิจของตนให้ได้มากที่สุด⁵³ รวมทั้งหากประเทศที่ใช้ระบบควบคุมโครงสร้าง

⁵¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 35.

⁵² สุเมธ นาควโรดม, “การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการทำมีให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 45.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

ตลาดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นประเทศกำลังพัฒนา กฎหมายนี้ก็จะขึ้นอุปสรรคต่อการพัฒนาธุรกิจของประเทศด้วย

เมื่อระบบการควบคุมการแข่งขันข้างต้นมีความบกพร่อง จึงเกิดระบบการควบคุมการแข่งขันอีกระบบหนึ่งขึ้น คือ ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด

2.1.2.4.2 ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด

ระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาด(Conduct control) มีแนวคิดว่าการจำกัดการแข่งขันในบางกรณี และการมีอำนาจเหนือตลาดไม่ได้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด เพราะการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในบางสถานการณ์เป็นสิ่งที่เหมาะสมและสมควรให้กระทำได้ โดยให้พิจารณาจากสภาพของตลาดและความจำเป็นที่จะกระทำ โดยใช้หลักแห่งเหตุผล (Rule of reason) เป็นหลักสำคัญในการพิจารณา ซึ่งในการพิจารณาภายใต้หลักแห่งเหตุผลนี้ หากผู้ประกอบการรายใดเพียงแต่มีอำนาจเหนือตลาดก็ยังมีได้หมายความว่าผู้ประกอบการรายนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตลาดทางการค้าแล้ว แต่ความเสียหายในตลาดจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด มากกว่าที่จะห้ามการมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น ดังนั้น การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางสถานการณ์จึงควรให้กระทำได้ หากว่าผลของการจำกัดการแข่งขันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ เพราะฉะนั้น จึงเป็นที่ยอมรับได้ว่าการอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางสถานการณ์ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะขึ้นได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข และพฤติกรรมแห่งเหตุผลเป็นกรณีๆไป⁵⁴

จากระบบการควบคุมพฤติกรรมนี้แสดงให้เห็นว่าไม่ได้มีการมุ่งเน้นให้ตลาดมีการแข่งขันแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังได้คำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับด้วย ดังนั้น พฤติกรรมรูปแบบใดนำมาซึ่งผลประโยชน์ต่อส่วนรวมแล้วพฤติกรรมนั้นก็อาจได้รับอนุญาตให้กระทำได้แม้ว่าอาจทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงก็ตาม อย่างไรก็ตามก็รัฐก็จะเข้ามาควบคุมดูแลพฤติกรรมเหล่านี้อย่างใกล้ชิด ซึ่งจะส่งผลให้เป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการให้อยู่ในขอบเขตและไม่ทำลายผลประโยชน์ของส่วนรวม⁵⁵

⁵⁴ สุ่มธ นาควโรตม, “การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 47.

⁵⁵ จันทร์ทอง เจริญศิริอุทัย, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 32.

2.1.2.4.3 ระบบผสม

ระบบผสม (Structure and conduct control) เป็นการเอาสองแนวทางมาใช้ร่วมกันในการควบคุมการผูกขาด เนื่องจากการที่จะใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการปกป้องการแข่งขันในตลาดได้⁵⁶

เมื่อศึกษาถึงระบบการควบคุมการแข่งขันแล้ว สิ่งที่จะนำมาพิจารณาต่อไปคือระบบเศรษฐกิจซึ่งมีความเกี่ยวข้องกันกับการแข่งขันในตลาด

2.1.2.5 ระบบเศรษฐกิจ

ระบบเศรษฐกิจเป็นการบริหารทรัพยากรของบุคคล ชุมชน ธุรกิจ และประเทศ โดยมุ่งที่จะเพิ่มผลผลิตหรือเป็นการบริการค่าใช้จ่าย การบริโภค การผลิต วัสดุ เงิน และปัจจัยการผลิตเพื่อให้เกิดการประหยัด หรือเป็นกลุ่มของการจัดสถาบันหรือกลไกการประสานงานเพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจให้เกิดการประหยัด⁵⁷ ทั้งนี้ความเกี่ยวข้องระหว่างครัวเรือนและธุรกิจในตลาดของระบบเศรษฐกิจสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) ตลาดปัจจัย (Factor Market) มีความเกี่ยวข้องระหว่างหน่วยธุรกิจกับครัวเรือน คือ ครัวเรือนจะเป็นเจ้าของการผลิต ประกอบด้วยทุน ที่ดิน แรงงาน ทรัพยากรธรรมชาติ และผู้ประกอบการหรือหน่วยธุรกิจ โดยจะเสนอขายปัจจัยเหล่านี้ให้แก่หน่วยธุรกิจ ในทางกลับกันหน่วยธุรกิจต้องจ่ายค่าจ้าง เงินเดือน ดอกเบี้ย และค่าเช่าให้กับครัวเรือน ส่วนกำไรจะเป็นผลตอบแทนกลับคืนไปสู่หน่วยธุรกิจ สิ่งเหล่านี้จะเป็นต้นทุนการผลิตของหน่วยธุรกิจ ซึ่งจะกลายเป็นรายได้ของครัวเรือน⁵⁸

(2) ตลาดผลิตภัณฑ์หรือตลาดสินค้า (Product Market) มีความเกี่ยวข้องกันระหว่างหน่วยธุรกิจและครัวเรือน คือ หน่วยธุรกิจจะผลิตสินค้าและบริการขั้นสุดท้ายเพื่อขายให้กับครัวเรือน และครัวเรือนจะซื้อสินค้าเพื่อการบริโภค ค่าใช้จ่ายของครัวเรือนจะเป็นรายได้ของหน่วยธุรกิจ⁵⁹

⁵⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 63.

⁵⁷ อาทิตย คุรุศากยวงศ์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม (กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2553), หน้า 28.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน

ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ เกิดจากความต้องการใช้ทรัพยากรมีมากกว่า ทรัพยากรที่มีอยู่ ก่อให้เกิดปัญหาการขาดแคลนและต้องตัดสินใจเลือกใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ไปในทางใด ทางหนึ่ง ทำให้เกิดต้นทุนและค่าเสียโอกาส⁶⁰ ซึ่งปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ ได้แก่

(1) ปัญหาว่าจะผลิตอะไร (What) คือ จะผลิตอะไร จำนวนเท่าใด เนื่องจาก ความขาดแคลนที่เกิดขึ้น ทำให้ระบบเศรษฐกิจไม่สามารถผลิตสินค้าทุกชนิดที่ทุกคนต้องการได้ ระบบ เศรษฐกิจต่างๆจึงจะต้องกำหนดว่าจะผลิตสินค้าชนิดใดบ้างเป็นจำนวนเท่าใด

(2) ปัญหาว่าจะผลิตเพื่อใคร (Who) เป็นการกำหนดกลุ่มเป้าหมายสำหรับการ ผลิต โดยจะจำหน่ายสินค้าและบริการที่ผลิตขึ้นให้กับเจ้าของปัจจัยการผลิตเอง หรือให้กับผู้มีส่วน ร่วมในการผลิต ซึ่งหากจัดจำหน่ายให้กับคนกลุ่มนี้จะส่งผลกระทบต่อผู้ที่ไม่ใช่ปัจจัยการผลิตและไม่มี ส่วนร่วมในการผลิต อาจทำให้มีคนยากจนในสังคมมากขึ้น หรือหากจำหน่ายสินค้าและบริการให้กับ บุคคลที่มีความจำเป็นต้องบริโภคทั้งๆที่ไม่มีส่วนร่วมในการผลิต ก็อาจทำให้เกิดการขาดแรงจูงใจใน การทำงาน ส่งผลให้ผลผลิตรวมของระบบเศรษฐกิจลดลงได้ อย่างไรก็ตาม ระบบเศรษฐกิจต่างๆได้ พยายามหาวิธีการที่จะทำให้ผู้มีส่วนร่วมในการผลิตได้รับสินค้าตามกำลังการผลิต และแบ่งสรรให้กับ ผู้ด้อยโอกาสด้วย

(3) ปัญหาว่าจะผลิตอย่างไร (How) ต้องกำหนดวิธีการผลิต เพื่อจัดสรรปัจจัย การผลิตไปสู่กระบวนการผลิต โดยเลือกสรรวิธีการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิตมากที่สุด ใช้ต้นทุนในการผลิตต่ำที่สุด และนำเทคโนโลยีเข้ามาช่วยเพื่อให้ได้ผลผลิตจำนวนมากที่สุด ซึ่งจะ มุ่งเน้นไปที่ปัจจัยการผลิตรูปแบบใดเป็นหลักนั้นขึ้นอยู่กับปริมาณและคุณภาพของปัจจัยการผลิตที่ ระบบเศรษฐกิจมีอยู่

(4) ปัญหาว่าจะสร้างความเจริญเติบโตของระบบเศรษฐกิจอย่างไร (How for the Growth) โดยหลักแล้วระบบราคาเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างความเติบโตของระบบ เศรษฐกิจ เช่นการใช้กลไกราคาโดยเพิ่มอัตราดอกเบี้ย จะจูงใจให้ผู้ออมเงินเปลี่ยนแปลงระดับการ บริโภค ขณะที่การสะสมทุนและการปรับปรุงเทคโนโลยีได้รับอิทธิพลจากความคาดหวังในกำไรที่จะ ได้รับ หรือในอีกแง่หนึ่ง กลไกของรัฐบาลก็สามารถสร้างการเจริญเติบโตได้ เช่น การมีนโยบายลดภาษี การสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศ หรือการสนับสนุนธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เป็นต้น⁶¹

⁶⁰ อาทิ ครุฑากยวงศ์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 29.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน

(5) ปัญหาว่าจะกำหนดปริมาณการผลิตที่เหมาะสมในแต่ละช่วงเวลาอย่างไร (How to Quantity) โดยทั่วไปแล้วระบบเศรษฐกิจจะจัดสรรปริมาณสินค้าต่างๆโดยอาศัยกลไกราคา⁶² เช่น ราคาขางพาราได้รับอิทธิพลจากผู้ซื้อและผู้ขาย ปีใดราคาดี เกษตรกรจะหันมาปลูกขางพารากันเป็นจำนวนมาก แต่เมื่อถึงฤดูเก็บเกี่ยวแล้วเกิดปัญหาผลผลิตล้นตลาด ซึ่งจะกระทบต่อปริมาณการปลูกขางพาราในปีถัดไปที่มีแนวโน้มลดลง เกิดปัญหาว่าในแต่ละช่วงเวลาควรมีผลผลิตเป็นปริมาณเท่าใดจึงจะเหมาะสม

หากการตัดสินใจของหน่วยธุรกิจในระบบเศรษฐกิจสามารถแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นได้ ก็จะสามารถบรรลุถึงเป้าหมายในการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ

2.1.2.6 พฤติกรรมในทางเศรษฐกิจ

ในระบบเศรษฐกิจที่กล่าวมาแล้ว มีการกระทำต่างๆของบุคคลที่เป็นส่วนหนึ่งของระบบตลาด ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่จะต้องนำมาพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) พฤติกรรมในการแสวงหากำไรสูงสุดขององค์กรธุรกิจ⁶³ (Profit Maximizing Behavior of the Firms)

องค์กรธุรกิจทุกรูปแบบที่มีขึ้นในตลาดมีเป้าหมายเดียวกันคือ การแสวงหาผลกำไรจากการประกอบธุรกิจให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยอาจเกิดจากความต้องการของผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของกิจการที่ต้องการได้ผลตอบแทนสำหรับเงินที่ลงทุนไปให้มากที่สุด และสาเหตุสำคัญที่สุดในการผลักดันให้องค์กรธุรกิจพยายามแสวงหากำไรคือ การที่องค์กรธุรกิจนั้นต้องแข่งขันกับองค์กรธุรกิจอื่นในตลาดเดียวกัน ซึ่งชัยชนะในการแข่งขันในตลาดนั้นสามารถวัดได้โดยการเปรียบเทียบผลกำไรที่แต่ละองค์กรธุรกิจได้รับในแต่ละปี โดยในการประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหาผลกำไรสูงสุดนั้น องค์กรธุรกิจจะต้องพยายามทำให้การผลิตสินค้าและบริการของตนมีประสิทธิภาพมากที่สุด เช่น แสวงหาวัตถุดิบราคาถูกมาทดแทนวัตถุดิบเดิม แสวงหาแรงงานที่มีค่าจ้างต่ำ หรือการปรับปรุงเทคโนโลยีและกระบวนการผลิตให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น⁶⁴

⁶² อาทิ ครุฑทากยวงค์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 30.

⁶³ สรวิต ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 5.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

(2) พฤติกรรมในทางเศรษฐกิจของผู้บริโภค (Economic Behavior of Consumers)

ในทางเศรษฐศาสตร์ ความต้องการสินค้าหรือ “อุปสงค์” (Demand) ของผู้บริโภค หมายถึง ความต้องการสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งซึ่งผู้บริโภคมีความเต็มใจที่จะซื้อและมีความสามารถที่จะจ่ายเงินซื้อสินค้านั้นได้⁶⁵ ซึ่งอุปสงค์ของผู้บริโภคจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับราคาสินค้า เนื่องจากอุปสงค์จะเปลี่ยนแปลงไปตามระดับราคาสินค้าในตลาด และราคาของสินค้าเองอาจกล่าวได้ว่าเป็นเครื่องแสดงถึงประโยชน์ของสินค้าที่มีต่อผู้บริโภคด้วย⁶⁶

(3) พฤติกรรมในทางเศรษฐกิจของผู้ผลิต

จำนวนสินค้าที่ผู้ผลิตนำออกวางขายในท้องตลาดเรียกว่า “อุปทาน” จะมีมากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับระดับราคาสินค้านั้นในท้องตลาด คือ หากราคาสินค้าในตลาดอยู่ในระดับต่ำแล้วจำนวนสินค้าที่ผู้ผลิตนำออกสู่ตลาดจะน้อยตามไปด้วย แต่ถ้าราคาสินค้าอยู่ในระดับที่สูงขึ้นผู้ผลิตก็จะนำสินค้าออกสู่ตลาดมากขึ้นเช่นกัน

จากหลักการของการแข่งขันและหลักการทางเศรษฐศาสตร์เบื้องต้นที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ทำให้ทราบว่า การแข่งขันในตลาดเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะฉะนั้น การกระทำใดๆ ที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด จึงจำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ซึ่งในที่นี้จะมุ่งถึงเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันเท่านั้น

2.1.3 การควบคุมการกระทำในรูปแบบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ก่อนจะกล่าวถึงการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในตลาดก่อนเป็นเบื้องต้น ซึ่งความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในตลาด จะมีลักษณะดังต่อไปนี้

2.1.3.1 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในตลาด

คำว่าผู้ประกอบการในที่นี้หมายถึง ตั้งแต่ ผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่าย ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก เป็นต้น โดยแบ่งความสัมพันธ์ออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ ความสัมพันธ์ในแนวราบ และความสัมพันธ์ในแนวตั้ง

⁶⁵ สรรวิศ ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวบรวมบทความ, หน้า 8.

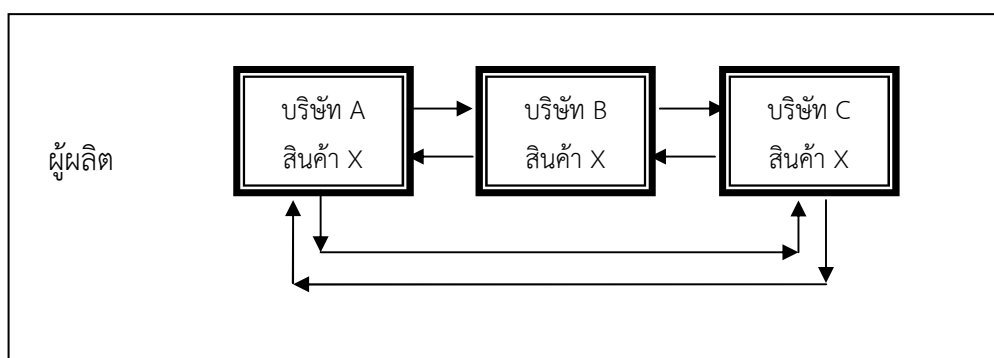
⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

2.1.3.1.1 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวนอน

ความสัมพันธ์ในแนวนอน (Horizontal) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการที่ตามปกติต้องแข่งขันซึ่งกันและกัน ในอันที่จะต่อสู้แย่งชิงลูกค้าและส่วนแบ่งตลาด เพื่อที่จะให้ได้จำนวนลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ตามปกติการแข่งขันในตลาด หากผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งสามารถทำให้ส่วนแบ่งการตลาดของตนเพิ่มมากขึ้นแล้ว ก็จะมีผลทำให้ส่วนแบ่งการตลาดของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งลดน้อยลง หรือในกรณีของการประมูลเพื่อทำโครงการใดโครงการหนึ่ง หากผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งชนะการประมูลนั้น ก็จะทำให้ผู้ประกอบการอื่นที่มีความสัมพันธ์ในแนวนอนเดียวกันและเข้าร่วมแข่งขันในการประมูลไม่ได้รับผลประโยชน์จากการประมูลรายนั้น⁶⁷ เป็นต้น

ตัวอย่าง เช่น บริษัท A บริษัท B และบริษัท C ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันคือสินค้า X และทำการขายสินค้าในพื้นที่เดียวกัน จึงเกิดการแข่งกันระหว่างผู้ประกอบการทั้งสามราย ในแนวนอน

รูปแบบความสัมพันธ์จากข้อเท็จจริงข้างต้น แสดงได้ตามแผนภูมिนี้



ภาพที่ 1 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวนอน

2.1.3.1.2 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวตั้ง

ความสัมพันธ์ในแนวตั้ง (Vertical) เป็นความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ประกอบการที่ตามปกติไม่ได้แข่งขันซึ่งกันและกัน แต่จะมีส่วนเกี่ยวพันในการประกอบธุรกิจระหว่างกัน โดยอาจจะอยู่ในรูปของผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ค้าปลีก โดยอาจจะกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้เป็นคู่ค้าซึ่งกันและกัน และมีหน้าที่ในวงจรทางเศรษฐกิจคนละส่วนกัน ดังนั้น ในระหว่าง

⁶⁷ สรวีศ ลิ้มปรีงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 118.

ผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในแนวดิ่งเหล่านี้โดยหลักจึงไม่ได้มีการแข่งขันกัน แต่การทำหน้าที่ของผู้ประกอบการแต่ละรายอาจจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอื่นที่อยู่ในแนวดิ่งเดียวกัน เช่น หากผู้ค้าปลีกไม่ได้ทำการขายสินค้าอย่างมีประสิทธิภาพให้แก่ผู้บริโภค ก็จะทำให้จำนวนสินค้าที่ผู้ขายส่งสามารถขายให้แก่ผู้ค้าปลีกลดน้อยลงตามไปด้วย และจะส่งผลกระทบเป็นลูกโซ่ต่อไปยังผู้ผลิตที่เป็นผู้อยู่บนยอดของความสัมพันธ์ในแนวดิ่งนี้⁶⁸

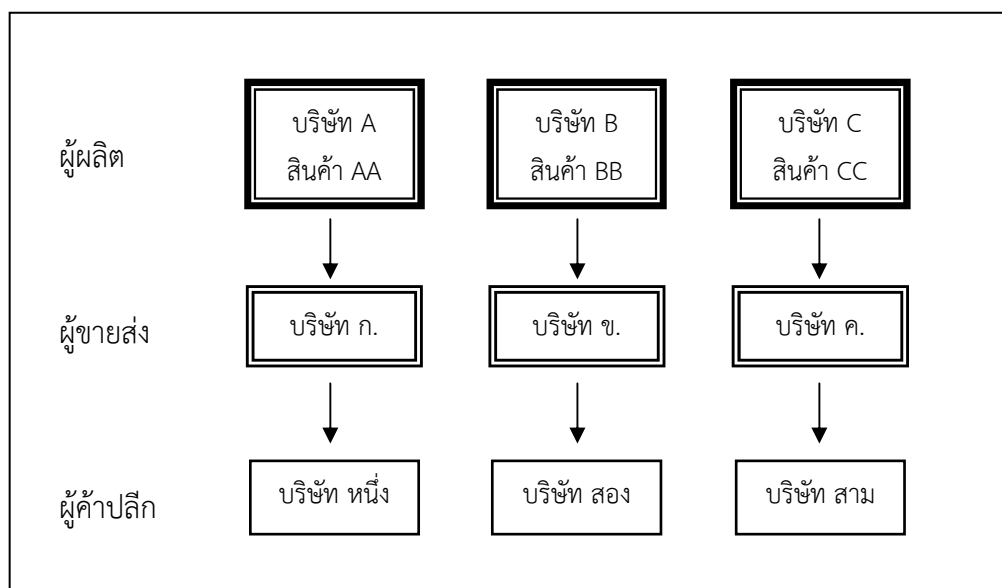
ตัวอย่าง คือ ในตลาดของสินค้าชนิดหนึ่ง มีผู้ประกอบการ ได้แก่

(1) บริษัท A ผลิตสินค้ายี่ห้อ AA มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท ก. และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัทหนึ่ง

(2) บริษัท B ผลิตสินค้ายี่ห้อ BB มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท ข. และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัทสอง

(3) บริษัท C ผลิตสินค้ายี่ห้อ CC มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท ค. และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัทสาม

รูปแบบความสัมพันธ์จากข้อเท็จจริงข้างต้น แสดงได้ตามแผนภูมिนี้



ภาพที่ 2 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวดิ่ง

⁶⁸ สรวิศ ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 119.

จากแผนภูมิข้างต้นอธิบายได้ว่า บริษัท A บริษัท B และบริษัท C มีความสัมพันธ์กันในแนวนราบ ซึ่งต้องมีการแข่งขันระหว่างกันในการจำหน่ายสินค้าที่ห่อที่ตนผลิตให้ได้มากที่สุด เช่นเดียวกันกับ บริษัท ก. ข. ค. และบริษัท หนึ่ง สอง สาม ที่อยู่ในระนาบเดียวกัน⁶⁹

ในทางตรงกันข้าม ความสัมพันธ์ของบริษัท A บริษัท ก. และบริษัท หนึ่ง เป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง ซึ่งต้องเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน กล่าวคือ บริษัท A เป็นผู้ผลิตสินค้า และขายให้บริษัท ก. ที่ทำหน้าที่กระจายสินค้าไปตามพื้นที่ต่างๆ และบริษัท หนึ่ง ก็จะเป็นผู้ซื้อสินค้าไปเพื่อขายให้กับผู้บริโภคเป็นขั้นตอนสุดท้าย หากบริษัทหนึ่งสามารถขายสินค้าได้เป็นจำนวนมาก ก็จะสร้างผลประโยชน์เพิ่มขึ้นให้กับทั้งบริษัท A และบริษัท ก. โดยความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับความสัมพันธ์ของบริษัท B บริษัท ข. บริษัท สอง และความสัมพันธ์ของบริษัท C บริษัท ค. และบริษัทสาม⁷⁰

2.1.3.2 รูปแบบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

จากความสัมพันธ์ทั้งสองรูปแบบที่กล่าวมา จะเกิดการจำกัดการแข่งขันขึ้นได้สองรูปแบบเช่นเดียวกัน ได้แก่ การจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ และการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

2.1.3.2.1 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ

การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนราบ (Horizontal restraint of trade) เกิดจากการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันในตลาด ซึ่งเป็นการกระทำที่ส่วนใหญ่แล้วมีความร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างยิ่ง โดยกระทำได้หลายรูปแบบดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดราคา (Price fixing)

หมายถึง การกระทำใดๆที่เป็นการร่วมกันกำหนดราคา หรือตรึงราคา สินค้าหรือบริการในการพาณิชย์กรรมในตลาด โดยพิจารณาจากข้อตกลงในการกำหนดราคานี้ว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพทางการค้าหรือไม่ ซึ่งการร่วมกันกำหนดราคานี้เป็นการแทรกแซงกลไกราคาอย่างชัดเจน ทำให้ราคาสินค้าและบริการในตลาดไม่เป็นไปตามหลักของอุปสงค์และอุปทานที่แท้จริง ซึ่งจะส่งผลเสียต่อผู้บริโภค

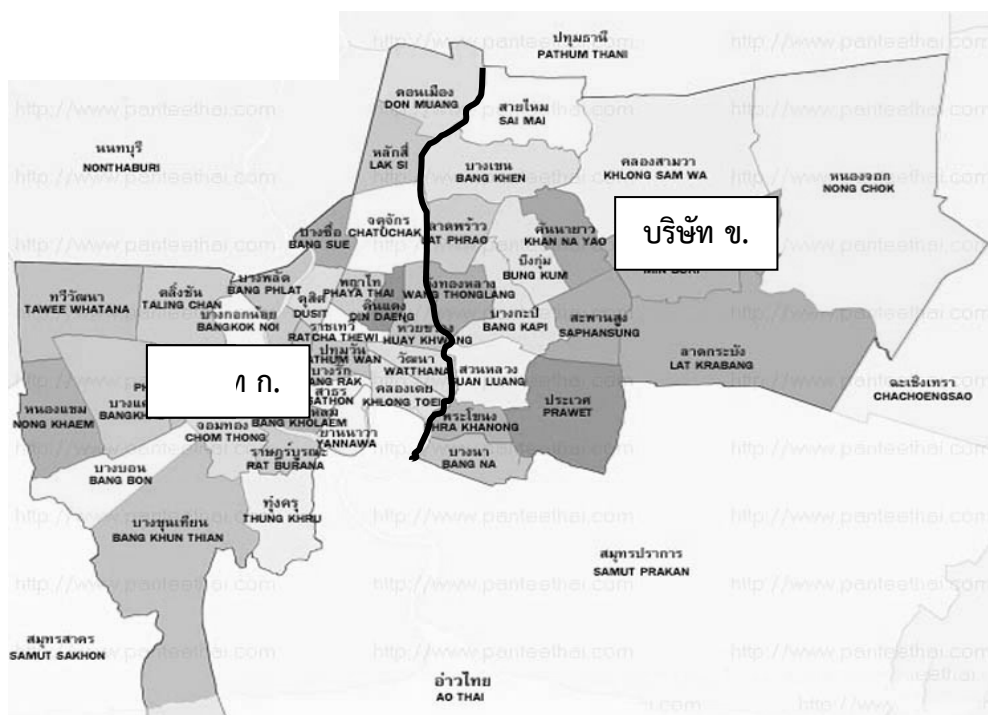
⁶⁹ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 120.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน

การกำหนดราคาไม่จำเป็นที่คู่แข่งจะต้องตกลงกันที่จะกำหนดราคาเท่ากันทุกรายหรือไม่จำเป็นที่คู่แข่งทุกรายในอุตสาหกรรมนั้นจะเข้าร่วมในการตกลง ทั้งนี้ การกำหนดราคาปรากฏได้ในหลายรูปแบบ และข้อตกลงไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตามที่เป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาก็เป็นการละเมิดกฎหมาย⁷¹

(2) การแบ่งเขตตลาด (Market division)

หมายถึง ข้อตกลงใดๆของผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบการเกี่ยวกับการขายสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกันในการแบ่งเขตตลาดการค้าหรือร่วมกันกำหนดผลประโยชน์ของตลาด⁷² โดยการตกลงในการแบ่งเขตตลาดนั้นมีอยู่หลายรูปแบบ เช่น การแบ่งตามภูมิศาสตร์ โดยให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งขายในเขตภาคเหนือและอีกรายหนึ่งขายในเขตภาคใต้ หรือให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งขายในเขตภาคตะวันออกและอีกรายหนึ่งขายในเขตภาคตะวันตก หรือการแบ่งเขตของตลาดโดยแบ่งตามชนิดของลูกค้า เช่น ผู้ประกอบการรายหนึ่งขายให้แก่ผู้ค้าส่งและอีกรายหนึ่งขายให้แก่ผู้ค้าปลีก หรือแบ่งโดยประเภทของการผลิตสินค้า เป็นต้น



ภาพที่ 3 ตัวอย่างการจำกัดการแข่งขันโดยแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์

⁷¹ US Department of Justice, Price fixing, bid rigging and market allocation schemes: what they are and what to look for [Online], Available from www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf

⁷² ภูษิต โมกขมรรคกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, รายงานการวิจัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2543.

(3) การรวมกลุ่มกันต่อต้านหรือการรวมกลุ่มกันคว่ำบาตร (Group boycotts)

การรวมกลุ่มกันต่อต้านหรือการรวมกลุ่มกันคว่ำบาตร เป็นการกระทำที่เป็นการตกลงกันระหว่างกลุ่มผู้ประกอบการด้วยกันเอง ที่จะกันให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่พวกตนออกไป โดยการรวมกลุ่มกันต่อต้านนี้โดยมีจุดมุ่งหมายโดยตรงที่จะจำกัดหรือกันไม่ให้คู่แข่งรายอื่นๆเข้ามา หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการตกลงร่วมกันที่จะปฏิเสธหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลบางประเภทซึ่งปกติมักจะเป็นคู่แข่งกันของพวกตนนั่นเอง⁷³

การที่มีข้อตกลงระหว่างคู่แข่งกันเพื่อจะไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นการรวมกลุ่มกันคว่ำบาตร โดยเฉพาะกลุ่มของคู่แข่งกันที่มีอำนาจเหนือตลาด ทั้งนี้ การรวมกลุ่มกันคว่ำบาตรอาจใช้เป็นเครื่องมือในการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันด้านราคา ซึ่งในสถานการณ์นี้คู่แข่งกันจะตกลงกันที่จะไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นยกเว้นผู้ประกอบการที่เข้าตกลงร่วมกัน โดยในที่สุดก็จะส่งผลให้เกิดการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ⁷⁴

(4) การรวมหัวกันประมูล (Bid rigging)

การรวมหัวกันประมูล คือ การรวมตัวกันระหว่างผู้เข้าร่วมประมูลที่ตกลงกันในกระบวนการประมูลซึ่งมีแนวโน้มเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการรวมหัวกันประมูลนี้ปรากฏได้ในหลายรูปแบบ แต่รูปแบบที่ปรากฏบ่อยครั้งคือการที่คู่แข่งกันตกลงกันล่วงหน้าว่าผู้ประกอบการรายใดจะเป็นผู้ชนะการประมูล ตัวอย่างเช่น คู่แข่งขันต่างตกลงกันที่จะเสนอราคาประมูลที่สูง หรือเสนอเงื่อนไขที่ผู้จัดการประมูลไม่สามารถยอมรับได้⁷⁵ เป็นต้น

(5) การจำกัดปริมาณการผลิต (Restrict output)

เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ผลิตเพื่อจำกัดปริมาณการผลิตสินค้าออกสู่ตลาด ซึ่งในที่สุดก็จะมีแนวโน้มเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคา เนื่องจากเมื่อมีปริมาณสินค้าในตลาดน้อย อุปสงค์ในตลาดสูง จะทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นได้

⁷³ ภูชิต โมกขมรรคกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, รายงานการวิจัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2543.

⁷⁴ Federal Trade Commission, An FTC guide to dealing with competitions: group boycotts [Online], Available from www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf

⁷⁵ Federal Trade Commission, An FTC guide to The Antitrust Laws: the three core federal antitrust laws [Online], Available from www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf

2.1.3.2.2 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง (Vertical restraint of trade) เป็นรูปแบบของการร่วมมือกันของผู้ประกอบการในธุรกิจอย่างเดียวกัน แต่มีสถานะต่างกัน โดยดำเนินการสืบทอดต่อกันในกระบวนการของธุรกิจนั้น (Stage of production) และได้ร่วมกันก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจขึ้น⁷⁶

ในกรณีที่ผู้ผลิตจะจำหน่ายสินค้าและบริการให้แก่ผู้บริโภคนั้น อาจขายได้โดยตรงไปยังผู้บริโภค หรือโดยอ้อม ด้วยการจำหน่ายผ่านตัวแทนจำหน่าย ได้แก่ ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากผู้ผลิตที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ครองตลาด และต้องการรักษากำไรสูงสุดของตนไว้ ผู้ผลิตอาจจะดำเนินนโยบายที่ก่อให้เกิดการจำกัดการจำหน่ายสินค้าโดยการกระทำดังต่อไปนี้⁷⁷

(1) การกำหนดราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) เป็นการที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายได้ขายสินค้าให้กับผู้ซื้อ โดยกำหนดราคาให้ผู้ซื้อจะนำสินค้านั้นไปขายต่อ การกำหนดราคาขายปลีกอาจเป็นการกำหนดราคาขั้นต่ำหรือขั้นสูงที่ผู้ซื้อจะนำไปขายต่อได้ การที่ผู้ผลิตกำหนดราคาขายปลีกเช่นนี้ ทำให้การแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้ค้าปลีกสินค้านั้นสิ้นสุดลง อันเป็นการแทรกแซงการทำงานของกลไกราคาหรือจำกัดการแข่งขันทางด้านราคา ไม่ว่าจะเป็นการขึ้นราคาสินค้า การลดราคาสินค้า หรือการรักษาระดับราคาสินค้าไว้ก็ตาม และการกำหนดราคาขายปลีกนั้น อาจทำได้ต่อเมื่อสินค้านั้นไม่มีสินค้าอื่นทดแทน หรือสินค้าทดแทนมีราคาสูงกว่าสินค้าของผู้ผลิต ทั้งนี้ การกำหนดราคาขายปลีกแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) การกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำ

การกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำ (Minimum resale price) เป็นการกำหนดราคาขาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ขายปลีกแต่ละรายทำการขายตัดราคาตัวเองให้ต่ำกว่าราคาของผู้ประกอบการได้กำหนดไว้เพื่อรักษาระดับราคาสินค้าที่จะขายให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งการกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำนี้ จะส่งผลให้ผู้บริโภคต้องจ่ายเงินซื้อสินค้าในราคาที่สูงขึ้น เนื่องจากการกำหนดราคาขั้นต่ำดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกำหนดราคาสูงสุดที่จะขายได้ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการได้รับกำไรส่วนเกินเพิ่มมากขึ้น

⁷⁶ วรวัฒน์ กุสกลางกูรวัฒน์, “ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537), หน้า 11.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

(1.2) การกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูง

การกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูง (Maximum resale price) เป็นการห้ามมิให้ผู้ขายปลีกขายสินค้าในราคาที่สูงเกินกว่าราคาที่ผู้ประกอบการได้กำหนดไว้เนื่องจากต้องการเพิ่มปริมาณยอดขายในตลาดให้สูงขึ้น ดังนั้น กำไรที่ได้นั้นก็จะน้อยลงกว่าเดิม

(2) การทำสัญญาผูกมัด (Tying Contract) เป็นกรณีที่มีการตกลงระหว่างผู้ซื้อ หรือผู้เช่าสินค้าของผู้ผลิตซึ่งมักเป็นสินค้าที่ได้รับการจดสิทธิบัตร โดยผู้ซื้อหรือผู้เช่าต้องซื้อสินค้าอื่นรวมไปกับสินค้าที่ตนไม่ต้องการ หรือวัตถุดิบซึ่งสามารถซื้อได้จากแหล่งอื่นในราคาที่ถูกลงกว่าของผู้ผลิต ซึ่งเรียกว่าเป็น “สินค้าผูกมัด” ทำให้ผู้ซื้อไม่มีการต่อรองชำระราคาเกินปกติ⁷⁸

(3) การทำข้อตกลงเฉพาะราย (Exclusive Contract) ได้แก่ ข้อตกลงในเรื่องต่อไปนี้

(3.1) ผู้ขายส่งสินค้าเสนอขายสินค้าต่อผู้ขายปลีก โดยกำหนดเงื่อนไขว่า ผู้ขายปลีกจะต้องไม่รับสินค้าจากคู่แข่งของผู้ขายส่งมาขายด้วย

(3.2) ผู้ขายส่งสินค้าเสนอส่วนลดพิเศษให้แก่ผู้ขายปลีก โดยมีเงื่อนไขว่า ลูกค้านั้นจะไม่ขายสินค้าต่อไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามที่ตกลงกันไว้ หรือในเขตท้องที่ใดท้องที่หนึ่งตามที่ตกลงกันไว้⁷⁹

(3.3) ผู้ขายส่งสินค้าปฏิเสธขายสินค้าแก่ผู้ขายปลีกของตนด้วยเหตุที่ว่า ผู้ขายปลีก ได้ซื้อ หรือไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ซื้อสินค้าจากผู้แข่งขันของผู้ขายส่ง หรือได้ขายต่อ หรือไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ขายต่อซึ่งสินค้าที่ซื้อจากผู้ขายส่งไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือไปที่ใดที่หนึ่ง

(3.4) ผู้ขายปลีกสินค้าตกลงรับซื้อ หรือจะรับซื้อจากผู้ขายส่ง โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ขายส่งจะต้องไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือที่ใดที่หนึ่ง⁸⁰

(3.5) ผู้ขายส่งตกลงขายสินค้า หรือให้ส่วนลดพิเศษแก่ผู้ขายปลีกของตน โดยกำหนดเงื่อนไขว่า ผู้ขายปลีกผู้นั้นจะต้องรับซื้อสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งจากผู้ขายด้วย

⁷⁸ วรวัฒน์ กุศลกลางกูรวัฒน์, “ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537), หน้า 12.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

(4) การกำหนดราคาโดยการเลือกปฏิบัติ (Price Discrimination) เป็นการกำหนดราคาโดยการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ซื้อต่างรายกันในสินค้าที่มีคุณภาพเหมือนกัน ซึ่งเป็นผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้า⁸¹

จากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันหลากหลายรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นส่วนใหญ่แล้วเป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่มีความสำคัญที่จะต้องกล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงซึ่งจะอธิบายได้ดังต่อไปนี้

2.1.3.3 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

องค์กรด้านการแข่งขันทางการค้าทั่วโลกมีแนวคิดตรงกันเกี่ยวกับข้อตกลงที่เป็น การจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงว่ามีผลกระทบที่รุนแรงต่อการแข่งขันและกฎหมายควร จะเข้ามา ควบคุมการกระทำนี้เป็นหลัก ดังนี้ จึงมีการเข้าร่วมกันของประเทศต่างๆทั่วโลกจำนวนทั้งสิ้น 18 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย บราซิล แคนาดา สหภาพยุโรป เยอรมัน ฮังการี ไอร์แลนด์ ญี่ปุ่น เกาหลี เม็กซิโก นิวซีแลนด์ รัสเซีย แอฟริกาใต้ สเปน สวิตเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และเวเนซุเอลา เพื่อกำหนดแนวทางและความหมายที่ชัดเจนของการตกลงร่วมกันเพื่อ จำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง⁸² โดยปรากฏในการประชุมกันขององค์กรเพื่อความร่วมมือทาง เศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ OECD*

⁸¹ วิไลพรรณ เจษะวะ, กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกีดกันทางการค้า ศึกษากรณี: ข้อตกลงที่เป็นการจำกัด การแข่งขันในแนวตั้ง [ออนไลน์], 2554. แหล่งที่มา weelaipanlabourlaw.blogspot.com/2011/04/competition-law-case-study-on-vertical.html

⁸² International competition network, Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online], 2005. Available from www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf

* องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ OECD ย่อมาจาก Organisation for Economic Co-operation and Development เป็นองค์การระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่ยอมรับระบอบประชาธิปไตยและ เศรษฐกิจการค้าเสรี ซึ่งคณะมนตรีของ OECD หรือ OECD Council เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจสูงสุดในองค์กร ประกอบด้วยผู้แทน จากประเทศสมาชิกและผู้แทนจากสหภาพยุโรป ทั้งนี้ ในปัจจุบัน OECD ประกอบด้วยสมาชิกทั้งสิ้น 34 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา ชิลี สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ ไอร์แลนด์ อิสราเอล อิตาลี ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี ลักเซมเบิร์ก เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ โปแลนด์ โปรตุเกส สโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ตุรกี สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา และ 1 องค์กร คือ สหภาพยุโรป

2.1.3.3.1 ความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง หมายถึง ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในรูปแบบต่างๆ 4 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

- (1) การกำหนดราคา
- (2) การจำกัดปริมาณการผลิต
- (3) การแบ่งเขตตลาด
- (4) การรวมหัวกันประมุข

การกระทำที่อยู่ภายใต้การจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงข้างต้นสามารถปรากฏขึ้นได้ในหลากหลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น

การกำหนดราคา คือข้อตกลงใดๆระหว่างคู่แข่งกันเพื่อขึ้นราคา กำหนดราคาตายตัว หรือรักษาระดับราคาสินค้าและบริการ รวมไปถึงการกำหนดราคาขั้นต่ำ การห้ามให้ส่วนลด หรือการกำหนดวิธีการมาตรฐานในการคำนวณราคา เป็นต้น

การจำกัดปริมาณการผลิต ได้แก่ ข้อตกลงในการจำกัดปริมาณการผลิต ปริมาณการขาย หรือร้อยละของการเติบโตของตลาด

การแบ่งเขตตลาด ได้แก่ ข้อตกลงที่คู่แข่งกันแบ่งเขตตลาดระหว่างกัน หรือแบ่งกลุ่มหรือประเภทของลูกค้า รวมถึงการแบ่งประเภทของสินค้าที่จะขายด้วย

การรวมหัวกันประมุข คู่แข่งกันจะตกลงที่จะหมุนเวียนกันเป็นผู้ชนะการประมูล หรือแบ่งกันประมูลต่างราย หรือคู่แข่งกันบางรายตกลงว่าจะจะเสนอราคาประมูลที่สูงเกินสมควร หรือในอีกแง่หนึ่ง คู่แข่งกันตกลงที่จะจำกัดหรือขจัดการแข่งขันสำหรับธุรกิจบางประเภท ไม่ว่าจะเป็นการขาย การทำสัญญา หรือโครงการต่างๆ⁸³

⁸³ International competition network, Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online], 2005. Available from www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf

อย่างไรก็ตาม คำว่า “การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง” ยังไม่ได้เป็นคำเฉพาะอย่างเป็นทางการที่มีความหมายเดียวกันทั้งหมด ในองค์กรด้านการแข่งขันทางการค้าแต่ละองค์กรก็จะกำหนดความหมายอื่นๆ ด้วยนอกเหนือจากความหมายที่ปรากฏในกฎหมาย หรือมีการกำหนดไว้เพื่ออธิบายเป้าหมายหรือพฤติกรรมที่ต้องห้ามต่างๆ ซึ่งสิ่งเหล่านี้หมายความว่ารวมถึงการกำหนดความหมายที่ปรากฏในคำตัดสิน คำบรรยาย แนวปฏิบัติ หรือสิ่งพิมพ์ที่ยังไม่ได้เผยแพร่ และคู่มือการกำหนดนโยบายอีกด้วย

ในปีคริสต์ทศวรรษ 1998 เพื่อเป็นการรองรับฉันทามติร่วมกันของนานาประเทศ ทางคณะมนตรีขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD Council) ได้ออกข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกระทำที่มีประสิทธิภาพเพื่อต่อต้านการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (The Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels) เพื่อเสนอแนะให้ประเทศสมาชิกสร้างความแน่นอนเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในประเทศเพื่อป้องกันการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและจัดให้มีกระบวนการและองค์กรที่เหมาะสมในการลงโทษการกระทำเหล่านี้ ทั้งนี้ ในข้อเสนอแนะดังกล่าวว่า

“การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างรุนแรงที่สุด”

อีกทั้งในข้อเสนอแนะยังได้กระตุ้นให้มีการร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยข้อเสนอแนะฉบับนี้เป็นเอกสารฉันทามติระหว่างประเทศฉบับแรกเกี่ยวกับการบังคับการสำหรับการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและยังคงเป็นการกำหนดนิยามร่วมกันของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่มีอิทธิพลมากที่สุด นับจนถึงปัจจุบัน⁸⁴

ในข้อเสนอแนะฉบับนี้ได้ระบุถึงการกระทำทั้ง 4 ประเภทที่ตกอยู่ภายใต้ความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง⁸⁵ โดยระบุว่า

⁸⁴ International competition network, Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online], 2005. Available from www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf

⁸⁵ OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [Online], 1998. Available from <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>

“การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง หมายถึง ข้อตกลง เพื่อจำกัดการแข่งขัน การกระทำการร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน หรือการจัดให้มีการจำกัดการแข่งขัน โดยคู่แข่งกัน เพื่อที่จะกำหนดราคา รวมทั้งกำไรประมูล จำกัดปริมาณผลผลิตหรือกำหนดโควตา การแบ่งเขตตลาดหรือแบ่งกลุ่มลูกค้า ตัวแทนจำหน่าย หรือสายการจัดจำหน่าย”

ข้อเสนอแนะนี้เป็นผลมาจากการเจรจาและยกร่างที่อยู่ภายใต้ฉันทามติ ร่วมกันของประเทศสมาชิกขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อความในข้อเสนอแนะนี้จะนำไปตามฉันทามติ แต่ข้อเสนอแนะนี้เองก็ได้สะท้อนให้เห็นถึงความยากลำบากบางประการในการวิเคราะห์ถึงการกระทำที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงของการตกลง ร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงด้วย⁸⁶

ทั้งนี้ ในข้อเสนอแนะได้ระบุว่า คำจำกัดความที่กล่าวมาข้างต้นไม่รวมถึง ข้อตกลงที่มีลักษณะดังต่อไปนี้⁸⁷

- (1) ข้อตกลงที่มีเพื่อการลดต้นทุนหรือการเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต ที่อยู่ภายใต้กฎหมาย และเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล หรือ
- (2) ข้อตกลงที่ได้รับการยกเว้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากกฎหมาย ภายในของประเทศสมาชิก หรือ
- (3) ข้อตกลงที่ได้รับการอนุญาตภายใต้กฎหมายภายในของประเทศ สมาชิกนั้น

อย่างไรก็ดี ข้อยกเว้นและการอนุญาตทั้งหมดที่เกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงจะต้องโปร่งใสและควรอยู่ภายใต้การพิจารณาตามกำหนด ระยะเวลาเพื่อที่จะวิเคราะห์ว่าการกระทำนั้นมีความจำเป็นหรือไม่และต้องไม่เป็นการขยายขอบเขตที่ กว้างจนเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อไปถึงเป้าหมายของนโยบายการแข่งขัน

⁸⁶ International competition network, Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online], 2005. Available from www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf

⁸⁷ OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [Online], 1998. Available from <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>

ในข้อห้ามของกฎหมายเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันมีขอบเขตกว้างขวางเพียงพอที่จะครอบคลุมถึงการจำกัดการแข่งขันทั้งในแนวราบระหว่างคู่แข่งและการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับกัน ยิ่งไปกว่านั้น ในกฎหมายของบางประเทศ การกระทำบางอย่าง เช่น การบังคับมิให้ผู้ค้าปลีกขายสินค้าของคู่แข่ง การกำหนดราคาขายต่อ การขายพ่วง หรือการแบ่งพื้นที่ในแนวตั้งนั้นได้ถูกระบุในประเภทเดียวกันกับข้อห้ามการตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวราบ เช่น การกำหนดราคา หรือการแบ่งเขตตลาดระหว่างคู่แข่ง⁸⁸

2.1.3.3.2 หลักการใช้พิจารณาการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

ประเด็นที่ทำนายสำหรับการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอีกประเด็นหนึ่ง คือ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงควรถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดในตัวเอง (Per se illegality) หรือไม่ หรือควรพิจารณาภายใต้การคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นด้วย ทั้งนี้ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดในตัวเองเพื่อพิจารณาการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงนี้มุ่งเฉพาะว่ามีการตกลงร่วมกันเกิดขึ้นหรือไม่ ถ้ามีก็จะเป็นความผิดทันที ซึ่งในหลายประเทศการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงเป็นความผิดในตัวเองเนื่องจากการกระทำที่มีผลกระทบรุนแรงต่อการแข่งขันและไร้ซึ่งการรักษามูลค่าทางเศรษฐกิจ อีกทั้งหลักความผิดในตัวเองนี้ไม่ได้กำหนดให้องค์กรที่ดูแลการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันและไม่เปิดโอกาสให้คู่แข่งอ้างถึงความมีประสิทธิภาพเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์แต่อย่างใด โดยข้อตกลงบางประเภทถูกสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลและผิดกฎหมายทันทีโดยปราศจากการสอบสวนข้อมูลโดยละเอียดเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นและปราศจากการกล่าวอ้างทางธุรกิจใดๆ เพราะฉะนั้น ภายใต้หลักความผิดในตัวเองนี้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสมเหตุสมผลของการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างหรือความจำเป็นในการกระทำการนั้นๆ ได้ ตัวอย่างเช่น การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคาไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงความถูกต้องโดยอ้างว่ามีความจำเป็นเพื่อ

⁸⁸ OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [Online], 1998. Available from <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>

หลีกเลี่ยงการถูกตัดราคาได้ หรือไม่สามารถอ้างได้ว่าผลของการตกลงก่อให้เกิดราคาที่สมเหตุสมผล⁸⁹ เป็นต้น

ในอีกกลุ่มประเทศหนึ่ง การพิจารณาความผิดจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบหลากหลายรูปแบบที่จะเกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง นอกเหนือไปจากการพิจารณาว่าการกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อห้ามได้เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ในบางประเทศ มีการกำหนดว่าต้องแสดงให้เห็นถึงการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรืออนุญาตให้มีการอ้างถึงความมีประสิทธิภาพของการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้ ในบางประเทศยังมีการผสมผสานระหว่างหลักความผิดในตัวเองและหลักการพิจารณาถึงผลกระทบของการกระทำ* ตัวอย่างเช่น กรณีการกำหนดราคาและการรวมหัวกันประมุขจะใช้หลักความผิดในตัวเองมาพิจารณา แต่กรณีการจำกัดผลผลิตและการแบ่งเขตตลาดจะใช้หลักการพิจารณาผลกระทบ อย่างไรก็ตามหลักการพิจารณาผลกระทบที่อนุญาตให้มีการพิสูจน์ถึงความถูกต้องของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงมีแนวโน้มเป็นการขัดต่อฉันทามติร่วมกันที่ระบุว่าการกระทำดังกล่าวปราศจากประโยชน์ต่อการแข่งขัน⁹⁰

2.1.3.3.3 ผลกระทบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

สิ่งที่สำคัญที่จะต้องมุ่งเน้นคือ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนี้เป็นการกระทำที่ส่งผลเสียอย่างร้ายแรงต่อผู้บริโภคและมีผลกระทบอย่างมากต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เนื่องจากผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากการแข่งขันต่อเมื่อราคาสินค้าลดลงและคุณภาพของสินค้าและบริการเพิ่มมากขึ้น หากคู่แข่งตกลงกันที่จะจำกัดการแข่งขัน ผู้บริโภคก็จะเสียประโยชน์ในหลายรูปแบบ ทั้งนี้ กระบวนการการแข่งขันจะดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพเมื่อคู่แข่งแต่ละรายสามารถกำหนดราคาได้อย่างเป็นอิสระต่อกัน การทำข้อตกลงเพื่อร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างลับๆเป็นการทำลายหลักการการแข่งขันทางการค้าโดยตรงและมีการยอมรับกันทั่วโลกว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับจำกัดการแข่งขันในรูปแบบ

⁸⁹ International competition network, Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online], 2005. Available from www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf

* ประเทศไทยปัจจุบันใช้หลักการแบบผสม

⁹⁰ Ibid.

อื่นๆ⁹¹ ทั้งนี้ ผู้บริโภคอาจเลือกที่จะไม่จ่ายค่าราคาสินค้าที่สูงกว่าปกติสำหรับสินค้าที่เกิดจากการตกลงร่วมกันกำหนดราคาของผู้ขายหรืออาจเลือกที่จะจ่ายในราคาที่เกิดจากการตกลงร่วมกันของผู้ขายโดยหาวิธีไม่ว่าเป็นการถ่ายโอนความมั่งคั่งไปยังผู้ขายเหล่านั้น ทั้งนี้ การตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันเป็นการปกป้องผู้เข้าร่วมตกลงจากการถูกบีบบังคับของตลาด ลดความกดดันในการควบคุมราคาและการคิดค้นนวัตกรรม ซึ่งผลกระทบที่เกิดขึ้นเหล่านี้เป็นผลร้ายต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจของตลาด⁹²

การระบุถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจะต้องมีขั้นตอนคือ ต้องมีการเปรียบเทียบสถานการณ์ที่แท้จริงของตลาดที่อยู่ภายใต้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและสถานการณ์ของตลาดที่สมมุติว่ามีการแข่งขันกัน โดยที่องค์กรด้านการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องมีการคำนวณในรูปแบบใดๆ⁹³

2.1.3.3.3 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

(1) The Global Lysine Cartel⁹⁴

คดีนี้เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันด้านราคาของสินค้าประเภทlysine โดยได้มีการตกลงร่วมกันเพื่อขึ้นราคาของlysineเป็นสองเท่าทั่วโลกมีกำหนดเวลาทั้งสิ้นสามปี ซึ่งได้ปรากฏให้เห็นถึงระบบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงอย่างที่สุดผ่านคำกล่าวของสมาชิกที่ทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน คือ

“คู่แข่งคือเพื่อนของเรา แต่ลูกค้าคือศัตรู”

คำกล่าวนี้ไม่ได้เป็นเพียงการใช้วาทศิลป์ เนื่องจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันด้านราคาครั้งนี้ปรากฏชัดเจนว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สมาชิกของการตกลงร่วมกันทั้งห้าบริษัท และสร้างความเสียหายต่อลูกค้าจำนวนหลายล้านรายทั่วโลก

⁹¹ International competition network, Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online], 2005. Available from www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf

⁹² OECD, Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes [Online], 2002. Available from www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/1841891.pdf

⁹³ Ibid.

⁹⁴ OECD, Reports: Hard Core Cartels [Online], 2000. Available from www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2752129.pdf

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันด้านราคานี้ประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวนห้าบริษัทซึ่งเป็นผู้ผลิตlysineรายใหญ่ของโลก ซึ่งมีฐานการผลิตอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส ฮังการี อินโดนีเซีย อิตาลี ญี่ปุ่น เกาหลี เม็กซิโก และประเทศไทย โดยได้ประสบความสำเร็จในการกำหนดราคาขั้นต่ำ (0.01 เหรียญสหรัฐต่อปอนด์) และกำหนดโควตาการขายทั่วโลก เมื่อนับรวมระยะเวลาของการสมคบคิดกันทั้งหมด กลุ่มของผู้ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันได้ขึ้นราคาสินค้าไปเป็นมูลค่ารวม 1,400,000,000,000 เหรียญสหรัฐ

(2) The Global Vitamins Cartel⁹⁵

คดีนี้เกิดจากรธุรกิจวิตามินขนาดใหญ่และมีความซับซ้อนหลายรายได้ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยได้เสียค่าใช้จ่ายจำนวนหลายล้านเหรียญสหรัฐและใช้แรงงานลูกจ้างเป็นพันคนเพื่อดำเนินการและปกปิดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นเพื่อที่จะกำหนดราคา และจัดสรรส่วนแบ่งตลาดการขายวิตามิน ซึ่งประสบความสำเร็จในการจำกัดการแข่งขันเป็นเวลาสามสิบปี ค่าปรับในคดีนี้ของสหรัฐอเมริกา มีจำนวนเกินกว่า 1,000,000,000,000 เหรียญสหรัฐ

2.1.3.4 การยกเว้นให้มีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยทั่วไปจะมีการระบุข้อยกเว้นสำหรับการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ เนื่องจากการกระทำบางรูปแบบไม่ได้มีความร้ายแรง และอาจเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องทำเพื่อความอยู่รอดทางธุรกิจ อีกทั้งการกระทำนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในบางรูปแบบอาจเกิดขึ้นโดยมีความจำเป็นทางเศรษฐกิจบางประการ และสามารถก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้ เพราะฉะนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีบทบัญญัติที่ยกเว้นให้มีการกระทำการจำกัดการแข่งขันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การยกเว้นให้มีการจำกัดการแข่งขันจะมีหลักเกณฑ์ รูปแบบ และวิธีการพิจารณาที่แตกต่างกันไป โดยผลของความแตกต่างกันนี้จะขึ้นอยู่กับลักษณะการบัญญัติกฎหมายและความเข้มงวดในการควบคุมของแต่ละประเทศ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายจะถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพตลาดการค้าของแต่ละประเทศ ประกอบกับเหตุผลความจำเป็นแต่ละกรณี เพราะแต่ละประเทศย่อมมีสภาพตลาดการค้า ความเติบโตทางเศรษฐกิจ นโยบายทางเศรษฐกิจ

⁹⁵ OECD, Reports: Hard Core Cartels [Online], 2000. Available from www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2752129.pdf

ที่แตกต่างกัน อีกทั้งยังมีดุลพินิจในการคุ้มครองการแข่งขันในระดับความยืดหยุ่นที่แตกต่างกัน เพราะฉะนั้น รูปแบบของการยกเว้นให้กระทำจึงมีความแตกต่างกัน⁹⁶

โดยหลักแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรใช้บังคับกับธุรกิจในทุกแขนง และผู้ประกอบการในทุกรูปแบบที่มีส่วนร่วมในทางเศรษฐกิจการค้า ในทางปฏิบัติข้อยกเว้นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีขึ้นจากเหตุผลทางสังคม เศรษฐกิจ และนโยบายทางการเมือง การกำหนดข้อยกเว้นไม่ได้เป็นการทำให้การแข่งขันลดน้อยลง ยิ่งไปกว่านั้นยังเป็นสิ่งจำเป็นที่ส่งเสริมการไปถึงเป้าหมายของการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย⁹⁷

ภาพรวมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลากหลายประเทศทั่วโลกแสดงให้เห็นว่ามีความเหมือนมากกว่าความแตกต่างเกี่ยวกับการกำหนดข้อยกเว้น ขณะที่ระบบเศรษฐกิจบางรูปแบบ เช่น สหภาพยุโรป ได้อธิบายถึงเงื่อนไขทั่วไปสำหรับการให้การยกเว้น ระบบเศรษฐกิจอื่นมีแนวโน้มจะระบุจำเพาะเจาะจงมากกว่าโดยการกำหนดรายการการกระทำเฉพาะอย่าง เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ทั้งนี้ กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับยกเว้นโดยทั่วไปแล้วจะมีขึ้นเนื่องมาจากเหตุผล 4 ประการ⁹⁸ ดังต่อไปนี้

- (1) ข้อยกเว้นที่มีเป้าหมายในการสร้างความสมดุลในทางเศรษฐกิจหรืออำนาจต่อรอง
- (2) ข้อยกเว้นที่มีเป้าหมายในการระบุดังปัญหาเกี่ยวกับข้อมูล ต้นทุนทางธุรกรรม หรือปัญหาเกี่ยวกับความเป็นสาธารณะ (Collective action problem)
- (3) ข้อยกเว้นเพื่อลดความเสี่ยงและความไม่แน่นอน
- (4) ข้อยกเว้นสำหรับกิจการบางประเภท

ทั้งนี้ การยกเว้นให้มีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ ได้แก่ การยกเว้นโดยระบบการขออนุญาต (Authorization) การยกเว้นโดยระบบการแจ้ง (Notification) การยกเว้นโดยการใช้ดุลพินิจของศาลในการบังคับใช้กฎหมาย และการยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

⁹⁶ สุเมธ นาควโรดม, “การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากฎหมายห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 47.

⁹⁷ UNCTAD, Application of competition law: exemptions and exceptions [Online], 2002. Available from http://unctad.org/EN/docs/ditclpmisc25_en.pdf

⁹⁸ Ibid.

2.1.3.4.1 การยกเว้นโดยระบบการขออนุญาต (Authorization)

การยกเว้นให้ทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ในลักษณะของการขออนุญาตเป็นวิธีการควบคุมดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยกฎหมายจะให้อำนาจแก่หน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งในการควบคุมดูแลและพิจารณาอนุญาตการจำกัดการแข่งขันในตลาดการค้าได้⁹⁹ ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องยื่นคำขออนุญาตไปยังหน่วยงานนั้น ตามเงื่อนไขของกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ระบุไว้ และทางหน่วยงานอาจมีอำนาจทั้งในการพิจารณาถึงการกระทำและการออกคำสั่งซึ่งเป็นบทลงโทษด้วย ตัวอย่างประเทศที่ใช้การยกเว้นโดยระบบการขออนุญาต เช่น ประเทศออสเตรเลียและประเทศไทย

ทั้งนี้ การที่จะขออนุญาตได้จะผู้ประกอบการจะต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

2.1.3.4.2 การยกเว้นโดยระบบการแจ้ง (Notification)

ระบบนี้ทางผู้ประกอบการต้องมีหนังสือแจ้งแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ทราบถึงการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน และผลแห่งการแจ้งนั้นจะทำให้ผู้แจ้งสามารถระทำการจำกัดการแข่งขันได้โดยไม่ต้องรอให้มีการอนุญาต และกระทำได้จนกว่าจะมีคำสั่งไม่อนุญาต ซึ่งระบบแจ้งนี้สามารถสร้างความคล่องตัวให้ผู้ประกอบการได้ คือ เพียงแค่แจ้งถึงการกระทำนั้นโดยไม่ต้องรอผลการอนุญาตก็สามารถดำเนินการได้ทันที

2.1.3.4.3 การยกเว้นโดยการใช้ดุลยพินิจของศาลในการบังคับใช้กฎหมาย

ในกรณีนี้ส่วนใหญ่เกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นไว้โดยตรง ดังนั้น การจะได้รับการยกเว้นจะต้องอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของศาล โดยศาลจะนำทฤษฎีหรือหลักเกณฑ์ต่างๆมาพิจารณาเพื่อยกเว้นให้มีการจำกัดการแข่งขันได้และจะปรากฏในรูปแบบของคำพิพากษาของศาล แสดงให้เห็นว่าศาลจะเข้ามามีบทบาทในการสร้างความเป็นธรรม ซึ่งประเทศที่ใช้การพิจารณาในลักษณะนี้ได้สร้างทฤษฎีต่างๆขึ้นเป็นจำนวนมาก คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยปรากฏในคำพิพากษาในคดีต่างๆที่มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแต่ละกรณี¹⁰⁰

⁹⁹ สุเมธ นาควโรดม, “การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 47.

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

2.1.3.4.4 การยกเว้นโดยบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศจะมีการกำหนดเงื่อนไขที่เป็นข้อยกเว้นสำหรับการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยบัญญัติไว้ในกฎหมายนั้นโดยตรง โดยส่วนใหญ่จะระบุว่าจะต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ ก่อให้เกิดผลประโยชน์ตามสมควรต่อผู้บริโภค และการกระทำนั้นไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำนั้นมีน้ำหนักมากกว่าผลเสีย เป็นต้น

ที่กล่าวมาข้างต้น เป็นการแสดงให้เห็นว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้ามิใช่ทุกกรณีที่จะสร้างความเสียหายเท่านั้น แต่ในบางสภาพตลาดหรือบางสถานการณ์ การจำกัดการแข่งขันก็เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมให้เกิดขึ้นได้ ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆ จึงสร้างหลักการที่ยอมให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการจำกัดการแข่งขันได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดของการแข่งขันทางการค้าและหลักการทางเศรษฐศาสตร์รวมถึงการควบคุมพฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่กล่าวมาข้างต้น ก็จะพบว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าทำให้เกิดผลกระทบในหลายด้าน เพราะฉะนั้น นานาประเทศจึงได้ออกกฎหมายมาเพื่อควบคุมการกระทำเหล่านี้เพื่อเป็นการธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดอย่างเสรี ทั้งนี้ประเทศไทยเองก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามการจำกัดการแข่งขันทางการค้าไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

2.2 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

2.2.1 ความเป็นมาของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีพัฒนาการมาจาก พระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร พ.ศ.2480 พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่2) พ.ศ.2517 และพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 จนมาถึงกฎหมายฉบับปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งมีการยกร่างกฎหมายในสมัยของรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ที่มีนโยบายส่งเสริมการแข่งขันในตลาดและยกเลิกกลไกที่บิดเบือนการแข่งขัน พร้อมทั้งมีนโยบายส่งเสริมให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการสาธารณูปโภค โดยการให้สัมปทานแก่

เอกชน ทั้งนี้ การตรากฎหมายฉบับนี้มีความสอดคล้องกับนโยบายการค้าเสรี และแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 8 รวมถึงมีความสอดคล้องกับความเป็นจริงของสภาพตลาดสินค้าและบริการของประเทศ ซึ่งในขณะนั้นสภาพตลาดของประเทศไทยอยู่ในรูปของตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด และเป็นตลาดที่มีผู้ประกอบการน้อยราย จึงมีแนวโน้มที่จะเกิดการผูกขาดในธุรกิจหลายประเภท ดังนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีแนวทางสำคัญในการควบคุมการผูกขาด โดยจะควบคุมมิให้ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจตลาด (Market power) ใช้อำนาจที่มีอยู่บิดเบือนตลาดและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคและผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดเดียวกัน โดยวิธีการที่ใช้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้จะช่วยรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการเปิดรับคู่แข่งใหม่ๆ ได้ตลอดเวลา และเนื่องจากตลาดในประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องขยายให้ใหญ่ขึ้น กฎหมายนี้จึงมุ่งเน้นให้ไม่เกิดอุปสรรคต่อการขยายตัวของผู้ประกอบการ เพื่อประโยชน์ในทางการค้าและเศรษฐกิจโดยรวม โดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 นี้ในการพิจารณาการป้องกันหรือการห้ามกระทำความผิดบางส่วนเป็นการห้ามกระทำโดยเด็ดขาด (Per se) และบางส่วนจะต้องใช้หลักเหตุผล (Rule of reason) เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างเหมาะสมแก่สภาพเศรษฐกิจและโครงสร้างของประเทศต่อไป¹⁰¹

หลักการและเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้ระบุไว้ดังต่อไปนี้¹⁰²

“โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด รวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี จึงจำต้องเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้”

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มีสาระสำคัญคือ

¹⁰¹ ภูชิต โมกขมรรคกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. รายงานการวิจัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543.

¹⁰² สภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุม ชุดที่ 20 ปีที่ 2 ครั้งที่ 11-12 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เล่ม 10 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2541, หน้า 250 อ้างถึงใน ชัชวาล โตเหมือน วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2549, หน้า 30.

- (1) ปรับเปลี่ยนการดูแลจากเดิมให้เป็นหลักสากล เดิมนั้นต้องประกาศให้ธุรกิจที่ผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันเป็นธุรกิจควบคุมก่อน และความผิดที่เกิดขึ้นได้นั้น สินค้านั้นจะต้องเป็นสินค้าควบคุมด้วย ทำให้การจำกัดการผูกขาดแคบมาก จึงไม่เอื้ออำนวยต่อเรื่องของเศรษฐกิจการค้า
- (2) กำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมพฤติกรรมทางเศรษฐกิจการค้ากับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดและควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันประกอบธุรกิจอันมิชอบไว้ชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการแข่งขันทางการค้าและเพื่อประโยชน์ต่อผู้บริโภคด้วย
- (3) ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจหยุดการกระทำที่ผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขัน เพื่อยับยั้งผลเสียหายต่อเศรษฐกิจการค้าได้
- (4) ให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผูกขาดหรือถูกจำกัดการแข่งขันโดยมิชอบ ฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้ ทั้งนี้ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รักษากฎหมายร่วมกันกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เฉพาะที่เกี่ยวกับการผูกขาดทางธุรกิจการเงินด้วย

2.2.2 แนวคิดพื้นฐานของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ถูกสร้างขึ้นโดยข้าราชการของกระทรวงพาณิชย์และนักวิชาการไทย โดยพยายามดึงจุดเด่นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจากหลายประเทศมาผสมผสานกันให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ซึ่งจากเดิมที่ประเทศไทยมีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดอยู่ในฉบับเดียวกัน ต่อมาจึงได้แยกส่วนของการป้องกันการผูกขาดออกมาเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเป็นการเฉพาะ เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำใดๆอันเป็นการผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม

ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้านี้ ใช้ระบบควบคุมพฤติกรรม (Conduct control) ซึ่งเน้นการควบคุมพฤติกรรมของหน่วยธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยไม่ได้มองว่าการมีอำนาจเหนือตลาดเป็นความผิดในตัวเองตามระบบควบคุมโครงสร้าง (Structural control) ซึ่งไม่เหมาะสมแก่การใช้บังคับในทางปฏิบัติ หากจะกล่าวโดยละเอียด คือ กฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ยาก ก่อให้เกิดสภาพตลาดที่มีการผูกขาดโดยธุรกิจขนาดใหญ่ และทำให้ผู้ประกอบการขนาดใหญ่มีอำนาจชี้นำตลาด มีการร่วมกันกำหนดกติกาทางการค้าอันไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้ามาในตลาดอันเป็นการจำกัดการแข่งขันและมีผลทำให้การแข่งขันลดลง และธุรกิจมีการขยายกิจการในลักษณะที่ธุรกิจมากกว่าหนึ่งเข้ามารวมเป็นธุรกิจเดียวกันหรือรวมการควบคุมการใช้นโยบาย

การบริหาร เพื่อสร้างความได้เปรียบในการแข่งขันซึ่งทำให้การแข่งขันลดลง¹⁰³ นอกจากนี้ มีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจส่วนรวม จึงได้เปลี่ยนมาใช้แนวทางควบคุมพฤติกรรมผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดแทน โดยมีหลักการที่ว่า การที่ผู้ใดมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งนั้นจะไม่เป็นความผิดทางกฎหมาย แต่จะมีความผิดเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการใช้อำนาจตลาดดังกล่าวโดยมิชอบเท่านั้น ซึ่งวิธีการนี้จะรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการนั้นๆ เปิดกว้างอยู่ตลอดเวลาพร้อมที่จะให้มีผู้ประกอบการอื่นๆ เข้ามาแข่งขันได้โดยสะดวก¹⁰⁴

จากการศึกษาพบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มี 4 ประการ¹⁰⁵ ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อสร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันที่เป็นธรรม

เนื่องจากในสภาวะการณ์ปัจจุบันมีการเปิดเสรีด้านการค้าการลงทุนเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้มีการลงทุนจากต่างชาติเข้ามาในประเทศเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างขนาดของธุรกิจเพิ่มมากขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องมีการกำหนดกติกาเพื่อการแข่งขันที่เป็นธรรม และคุ้มครองมิให้ผู้ประกอบการรายเล็กถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการรายใหญ่

(2) เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

นอกจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมขึ้นแล้ว ยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องสิทธิของผู้บริโภคให้ได้บริโภคสินค้าและได้รับบริการอย่างเป็นธรรม

(3) เป็นเครื่องมือในการสนับสนุนนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคม

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะต้องเป็นเครื่องมือสำคัญในการตรวจสอบนโยบายของรัฐมิให้รัฐกำหนดนโยบายใดๆ ที่นำไปสู่การผูกขาดและจำกัดการแข่งขัน

¹⁰³ จันทรทอง เจริญหรือยั้งยศ, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 62.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁵ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, “รายงานการบรรยายทางวิชาการ Trade and competition,” ใน รายงานการบรรยายทางวิชาการ, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 4.

(4) เพื่อลดการแทรกแซงจากรัฐบาล

เนื่องจากรัฐจะต้องปล่อยให้มีการแข่งขันโดยเสรีระหว่างผู้ประกอบการโดยที่รัฐต้องไม่เข้าไปแทรกแซงด้วยวิธีการกำหนดนโยบายในรูปแบบใดก็ตาม¹⁰⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 คือ การส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดทางการค้าและจำกัดการแข่งขัน เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพ (Efficiency) ในการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด และการที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าเกิดจากแนวความคิดที่เชื่อมั่นว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีการแข่งขันเป็นระบบเศรษฐกิจที่ดีที่สุด กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงทำหน้าที่เสมือนเป็นเครื่องค้ำประกันให้กับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีดำรงอยู่ได้ ดังนั้นการกระทำในรูปแบบใดก็ตามที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด จึงมีมาตรการทางกฎหมายออกมากควบคุม

การควบคุมการจำกัดการแข่งขันในกฎหมายไทยมีหลายรูปแบบ โดยหลักแล้ว คือ มาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25-29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 25¹⁰⁷ เป็นการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant position) เพื่อป้องกันมิให้ใช้อำนาจบิดเบือนตลาด (Abuse of market dominant position) และทำให้ตลาดเปิดกว้างอยู่ตลอดเวลา ซึ่งตลาดในที่นี้หมายถึงตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market) โดยห้ามกำหนดราคาสินค้าและบริการที่ไม่เป็นธรรม ห้ามการใช้อำนาจตลาดที่มีต่อผู้ประกอบการอื่นที่เป็นลูกค้าของตนโดยการวางข้อกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เหมาะสมหรือ

¹⁰⁶ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, “รายงานการบรรยายทางวิชาการ Trade and competition,” ใน รายงานการบรรยายทางวิชาการ, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 4.

¹⁰⁷ มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม

(2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(3) ระบุ ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้าภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ไม่เป็นธรรมอันเป็นผลให้คู่ค้าของตนถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้า หรือขายสินค้า การได้รับ หรือในการจัดสินเชื่อจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น¹⁰⁸

(2) มาตรการควบคุมการควบกิจการ (Merger control) ตามมาตรา 26¹⁰⁹ เป็นการห้ามการควบกิจการทั้งในแนวนอนและแนวตั้ง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะพิจารณาจากจำนวนขั้นต่ำของส่วนแบ่งตลาด ยอดขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้นและจำนวนสินทรัพย์ที่ต้องไม่เกินกว่าที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนด โดยต้องคำนึงถึงว่าการควบกิจการดังกล่าวจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจโดยรวม ตัวอย่างเช่น การควบกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก ที่เป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของธุรกิจนั้น

(3) มาตรการควบคุมพฤติกรรมของบรรดาผู้ประกอบการไม่ให้ตกลงกันยุติการแข่งขัน ตามมาตรา 27 เป็นการห้ามผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการลดการแข่งขันหรือผูกขาดการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการชนิดเดียวกัน เช่น การตกลงด้านราคา (Price fixing) การตกลงเพื่อแบ่งตลาด การร่วมมือกันในการประมูล (Bid rigging) หรือการร่วมมือกันที่ทำให้ปริมาณสินค้าในตลาดลดลง ส่งผลให้เป็นการทำลายการแข่งขันและเอาเปรียบผู้บริโภค เป็นต้น ทั้งนี้ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นถึงประเด็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 27 นี้ และจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไป

¹⁰⁸ จันทร์ทอง เจริญศิริยิ่งยศ, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 64.

¹⁰⁹ มาตรา 26 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การประกาศกำหนดของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุว่าให้บังคับแก่การรวมธุรกิจที่มีผลให้มีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ไม่น้อยกว่าจำนวนเท่าใด

การรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึง

(1) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้จำหน่าย หรือผู้บริการรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่งสิ้นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น

(2) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ

(3) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการบริหารธุรกิจ การอำนวยการ หรือการจัดการ

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35

(4) มาตรการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 28¹¹⁰ เป็นการห้ามผู้ประกอบธุรกิจในประเทศซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศไม่ให้กระทำการตกลงโดยสัญญา นโยบายการเป็นหุ้นส่วนกัน หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดในทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้ผู้บริโภคในประเทศถูกจำกัดการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศกีดกันไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดที่อยู่ในประเทศสามารถติดต่อซื้อสินค้าโดยตรงกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกประเทศซึ่งมีความสัมพันธ์กับตน¹¹¹

(5) มาตรการควบคุมไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดทำการแข่งขันในระหว่างกัน ตามมาตรา 29¹¹² เป็นการห้ามผู้ประกอบธุรกิจในตลาดกระทำการใดๆ ที่เกินขอบเขตวิสัยทางการค้าปกติ โดยไม่เป็นไปเพื่อการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ทำให้เกิดผลกระทบซึ่งเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

2.2.3 การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้มีการแบ่งการบังคับใช้กฎหมายออกเป็น 2 ทาง ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ (Public enforcement) และการบังคับใช้กฎหมายโดยภาคเอกชน (Private enforcement)

2.2.3.1 การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ

ผู้รักษาการพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เว้นแต่ในส่วนที่เป็นกิจการทางการเงิน ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการร่วมกัน และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติและออกประกาศตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ¹¹³

¹¹⁰ มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดในทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง

¹¹¹ จันทรทอง เจริญศิริอุทัย, “สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 72.

¹¹² มาตรา 29 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

¹¹³ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

ในการบังคับใช้กฎหมาย มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งประกอบด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธาน กรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดิน มีจำนวนไม่น้อยกว่าแปดคนแต่ไม่เกินสิบสองคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ ทั้งนี้ปรากฏว่ามีผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากสภาหอการค้าและสภาอุตสาหกรรมและภาคธุรกิจเอกชนเข้ามาเป็นกรรมการจำนวนมาก ดังปรากฏว่าในช่วงปี พ.ศ.2553-2555 มีจำนวนกรรมการที่มาจากภาคธุรกิจเอกชนแปดคนจากคณะกรรมการทั้งหมดสิบหกคน¹¹⁴

คณะกรรมการเหล่านี้มีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย¹¹⁵ และในการดำเนินงานให้คณะกรรมการตั้งคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้อง เช่น นิติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ เกษศาสตร์ เกษตรศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบัญชี หรือการบริหารธุรกิจ เพื่อพิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการตามที่คณะกรรมการมอบหมายในเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาด การรวมธุรกิจ การลดหรือการจำกัดการแข่งขัน การพิจารณาคำขออนุญาตให้มีการรวมธุรกิจ การลดหรือจำกัดการแข่งขัน และเรื่องอื่นๆที่คณะกรรมการขอให้พิจารณา¹¹⁶ ในการสอบสวนการกระทำความผิดให้คณะกรรมการตั้งคณะอนุกรรมการสอบสวนที่ประกอบด้วยผู้มีความรู้และประสบการณ์ทางคดีอาญา และผู้มีความรู้และประสบการณ์ทางเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ เกษตรศาสตร์ หรือการบัญชี ซึ่งอนุกรรมการสอบสวนมีอำนาจหน้าที่สืบสวนและสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำความผิดและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาต่อไป¹¹⁷

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้มีบทกำหนดโทษทางอาญา ในการจะดำเนินคดี กฎหมายได้ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีอาญาหรือใช้กระบวนการทางปกครองแก่ผู้กระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองวิธีขึ้นอยู่กับว่าวิธีการใดที่เหมาะสมในการแก้ปัญหา โดยหากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องการดำเนินคดีอาญาก็จะทำการส่งสำนวนสอบสวนการกระทำผิดให้แก่พนักงานอัยการ

¹¹⁴ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัดและการปฏิรูป,” ใน รายงานที่ตีพิมพ์ (กรุงเทพฯ), หน้า 12.

¹¹⁵ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

¹¹⁶ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

¹¹⁷ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

ในการดำเนินการฟ้องร้องโดยตรง โดยไม่ต้องผ่านเจ้าหน้าที่ตำรวจ เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคณะกรรมการสอบสวนมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับ พนักงานสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และหากศาลได้มีคำพิพากษาว่าผู้ประกอบการ ใดมีความผิดและลงโทษแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการนั้น ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง การกระทำดังกล่าวด้วย ซึ่งจะเป็นผลดีในการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นและแก้ไขความไม่ถูกต้อง ในตลาดสินค้าและบริการได้โดยตรง¹¹⁸

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยโดยภาครัฐตั้งแต่ อดีตจนถึงปัจจุบันยังมีปัญหาอยู่เป็นจำนวนมาก เนื่องจากบุคคลที่เข้ามาเป็นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีความเกี่ยวข้องกับภาคการเมืองและภาคธุรกิจ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายฉบับ นี้ซึ่งกระทบกับธุรกิจโดยตรงไม่ค่อยเกิดผล อีกทั้งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นองค์กรที่ดำเนินกระบวนการต่างๆเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก่อนส่งเรื่องไปยัง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นก็เป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้กระทรวงพาณิชย์ ทำให้การ ปฏิบัติงานขาดความเป็นอิสระ รวมถึงจำนวนเจ้าหน้าที่มีไม่มาก ขาดแคลนบุคลากรที่มีความรู้ความ เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จึงเป็นอุปสรรคของสำนักงานในการปฏิบัติหน้าที่

จากการศึกษาพบว่าลักษณะขององค์กรการแข่งขันทางการค้า ควรจะต้องเป็น องค์กรอิสระ และมีคุณลักษณะที่สำคัญดังนี้¹¹⁹

- (1) มีความเป็นอิสระ ปราศจากแรงกดดันทางการเมืองในการสืบหาข้อเท็จจริง และการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสม
- (2) มีหลักการ กฎเกณฑ์ และกระบวนการในการดำเนินงานที่ชัดเจน โปร่งใส และเปิดเผยต่อสาธารณชน อีกทั้งควรมีการตีพิมพ์เผยแพร่หลักการและเหตุผลของการใช้ดุลยพินิจใน การตัดสินแต่ละคดี
- (3) มีระบบการตรวจสอบและคานอำนาจในการพิจารณาคดี
- (4) มีอำนาจทางกฎหมายในการแทรกแซงหน่วยงานกำกับดูแลเฉพาะเรื่อง
- (5) มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศที่จะมีผลกระทบต่อโครงสร้างการแข่งขันในตลาด

¹¹⁸ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 23.

¹¹⁹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัด และการปฏิรูป,” ใน รายงานที่ตีอาร์ไอ (กรุงเทพฯ), หน้า 10.

จากคุณลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีคุณลักษณะตามข้อ (3) เท่านั้น ยังขาดความเป็นองค์กรอิสระที่ไม่เชื่อมโยงกับการเมือง และขาดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนการใช้บังคับกฎหมายอย่างโปร่งใส ซึ่งความอิสระขององค์กรเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดในบรรดาคุณลักษณะทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้ หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศที่มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-judiciary) เช่น ประเทศเยอรมัน มี Federal Cartel Office (Bundeskartellamt) ประเทศสหรัฐอเมริกา มี Federal Trade Commission ในกรณีของประเทศญี่ปุ่น มี Japan Fair Trade Commission เป็นหน่วยงานอิสระแต่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นต้น¹²⁰

2.2.3.2 การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน

ในเบื้องต้นเอกชนมีส่วนในการบังคับใช้กฎหมายคือสามารถร้องเรียนไปยังคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าโดยระบุถึงการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือเอกชนผู้ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้กระทำความผิดได้โดยตรง โดยอาจมอบให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนได้

2.2.4 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

2.2.4.1 การห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

การที่บรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นคู่แข่งกัน ละเว้นที่จะแข่งขัน โดยหันมาตกลงกระทำการร่วมกัน หรือร่วมมือกัน หรือรวมหัวกัน หรือสมคบกัน (Collusion) เพื่อยุติการแข่งขันด้านราคาไม่ว่าจะเป็นราคาขายหรือราคาซื้อ หรือการแบ่งตลาดสินค้าหรือบริการ หรือการเข้าครอบครองหรือควบคุมตลาดร่วมกันเพื่อควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดอันเป็นการสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดร่วมกัน ทำให้ตลาดสินค้าและบริการนั้นตกอยู่ในมือของผู้ประกอบการเหล่านั้น ย่อมเป็นการสร้างความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่ไม่มีโอกาสที่จะเลือกซื้อสินค้าในราคาที่ถูกลง ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าควบคุมกำกับพฤติกรรมของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการไม่ให้เกิดการแข่งขันระหว่างกัน ไม่ว่าจะนำไปเพื่อการสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดร่วมกัน หรือกระทำการใดอันเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือลดการแข่งขันระหว่างกัน เพื่อให้การแข่งขันดำรงอยู่ในตลาดสินค้าและบริการได้

¹²⁰ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัดและการปฏิรูป,” ใน รายงานที่ตีอาร์ไอ (กรุงเทพฯ), หน้า 12.

มาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งวางหลักไว้ดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

(2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

(4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

(5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

(6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

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

ทางสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า ได้ออกแนวปฏิบัติเรื่องการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ไว้ ซึ่งในเริ่มแรกจะอธิบายถึงนิยามศัพท์เพื่อใช้ในการพิจารณาการกระทำตามมาตรา 27 ดังต่อไปนี้

การผูกขาด หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ตกลงร่วมกันมีอำนาจในการกำหนดบางสิ่งของ ทั้งตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เช่น กำหนดราคาซื้อหรือขายในตลาดได้จำกัด หรือควบคุมปริมาณที่ซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดพื้นที่และ/หรือกำหนดลูกค้าที่จะซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ทำให้ผู้ตกลงร่วมกันได้รับผลประโยชน์ตามที่ตกลงกัน เพื่อให้ได้กำไร หรือผลตอบแทนเท่าเดิมหรือสูงกว่าที่เคยได้รับในช่วงที่ตลาดมีการแข่งขัน

การลดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ซื้อ หรือผู้ขาย มีทางเลือกในการซื้อหรือขายหรือทำธุรกรรมด้วยลดลง เมื่อเทียบกับช่วงเวลาก่อนการตกลงร่วมกัน เช่น ทำให้รายการหรือปริมาณสินค้าหรือบริการที่ออกสู่ตลาดลดลง ทำให้จำนวนผู้ขาย/ผู้ซื้อในแต่ละพื้นที่ตลาด หรือตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งลดลง

การจำกัดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่สมาชิกไม่สามารถแข่งขัน หรือเข้าสู่ตลาดได้ เช่น ทำให้คู่แข่งไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ตามปกติหรือมียอดขายลดลง ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก หรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้

จากบทบัญญัติมาตรา 27 ข้างต้น จะสามารถแบ่งพฤติกรรมออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ พฤติกรรมตามมาตรา 27 (1)-(4) เป็นพฤติกรรมที่ถือเป็นความผิดร้ายแรงและเป็นความผิดในตัวเอง (Per se illegality) ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาด และมาตรา 27 (5)-(10) เป็นพฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตก่อนกระทำได้ ซึ่งเป็นการให้นำหลักเหตุผล (Rule of Reason) มาใช้พิจารณาการอนุญาต

หลักการทั้งสองที่กล่าวมาข้างต้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

ก. หลักความผิดเด็ดขาด (Per se illegality) เป็นกรณีที่กฎหมายถือว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นความผิดเด็ดขาดในตัวเอง เพียงแต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ประกอบการกระทำการนั้นก็เกิดเป็นความผิดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ผลกระทบของการกระทำนั้นต่อการแข่งขัน

ในตลาดอีก และไม่ต้องคำนึงว่า การกระทำนั้นจะจำกัดการแข่งขันในตลาดพอสมควรแก่เหตุหรือไม่¹²¹ เนื่องจากการกระทำบางอย่างนั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาด โดยผลดีที่อาจจะเกิดจากการกระทำนั้นมีเพียงเล็กน้อยและไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความชอบธรรมสำหรับการกระทำนั้นได้

ข. หลักเหตุผล (Rule of reason) เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยหากวิเคราะห์ปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องแล้ว พบว่าการกระทำนั้นมุ่ง ก่อ หรือส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดมากยิ่งขึ้นเป็นหลัก แม้ว่าการกระทำนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดบ้าง หากผลกระทบนั้นพอสมควรแก่เหตุ ก็จะไม่ถือว่า การกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า¹²² ซึ่งปัจจัยที่จะต้องใช้ในการวิเคราะห์ผลกระทบดังกล่าว เช่น ข้อเท็จจริงเฉพาะของธุรกิจนั้นๆ สภาพของธุรกิจก่อนและหลังจากที่มีการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ลักษณะของการกระทำนั้น และผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น รวมถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอื่นๆ

ข้อดีของหลักเหตุผล คือ มีความยืดหยุ่นในการปรับให้เข้ากับสถานการณ์และข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เพราะการกระทำรูปแบบหนึ่ง หากกระทำในสถานการณ์หนึ่งหรือเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหนึ่ง อาจจะเป็นการมุ่งหรือส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นก็ได้ แต่หากนำไปใช้ในอีกสถานการณ์หนึ่ง อาจจะเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดก็ได้ และสิ่งที่สำคัญคือเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายในการแทรกแซงการแข่งขันประกอบธุรกิจในตลาดเฉพาะกับการกระทำที่ส่งผลกระทบในด้านลบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมากเท่านั้น ส่วนการกระทำใดที่แม้จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดบ้าง แต่เป็นผลกระทบที่เล็กน้อย ในขณะที่วัตถุประสงค์หรือผลกระทบหลักนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นในตลาด กฎหมายก็ไม่ควรเข้าไปแทรกแซง และควรปล่อยให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้เลือกเองว่าสมควรจะดำเนินธุรกิจแบบใดจึงจะมีประสิทธิภาพมากที่สุด¹²³

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักเหตุผลจะมีข้อดี แต่ก็มีข้อเสียบางประการเช่นกัน คือ การที่จะค้นหาผลกระทบที่แท้จริงของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ จะต้องใช้เวลา ทรัพยากร และเสียค่าใช้จ่าย และแม้ว่าจะมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น แต่หลักเกณฑ์เหล่านั้น

¹²¹ สรวิต ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 98.

¹²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 96.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

ก็เป็นเพียงการวางแนวทางอย่างกว้าง ผู้ที่พิจารณาจะไม่สามารถตัดสินได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำอย่างหนึ่งจะขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ จนกว่าจะได้มีการวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนแล้ว ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินธุรกิจ รวมทั้งการวิเคราะห์ผลกระทบ และตัดสินว่าการกระทำขัดต่อกฎหมายหรือไม่ภายใต้หลักเกณฑ์นี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของหน่วยงานที่มีอำนาจรับผิดชอบ ซึ่งในกรณีประเทศไทย คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

และจากการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมออกเป็น 2 รูปแบบ สามารถนำมาอธิบายโดยแยกกลุ่มได้ดังต่อไปนี้

2.2.4.1.1 พฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาด

พฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาด คือ พฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันที่เป็นความผิดร้ายแรงและชัดเจนในตัวเอง ตามมาตรา 27(1)-(4) โดยองค์ประกอบความผิดมาตรา 27(1)-(4) มี 3 องค์ประกอบ ได้แก่

- (1) เป็นการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป
- (2) ต้องมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด
- (3) พฤติกรรมที่กระทำนั้นเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง¹²⁴

พฤติกรรมตามมาตรา 27 อธิบายได้โดยละเอียดเรียงมาตราได้ดังต่อไปนี้

2.2.4.1.1.1 มาตรา 27 (1)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการ เป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (1) ได้แก่

การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หมายถึง ลักษณะพฤติกรรม เช่น การกำหนดราคาขายเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

¹²⁴ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการขึ้นราคาขาย การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการลดราคาขาย การกำหนดช่วงราคาขาย การกำหนดราคาขายต่ำสุดหรือสูงสุด การกำหนดสูตรคำนวณราคาขาย การกำหนดส่วนลด หรือส่วนลดตามเป้าหมาย การกำหนดระยะเวลาชำระเงิน (Credit term) การกำหนดโครงสร้างหรือองค์ประกอบของราคาขาย

การจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ หมายถึง ลักษณะพฤติกรรม เช่น กำหนดปริมาณขายตามที่ตกลงกัน เพิ่ม หรือ คงไว้ หรือ ลดปริมาณขายตามที่ตกลงกัน¹²⁵

พฤติกรรมในรูปแบบแรกนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีหลักของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) เนื่องจากโดยหลักแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายผู้ขายมักจะเป็นฝ่ายที่สามารถรวมตัวกันจนแทรกแซงกลไกราคาในตลาดได้ ซึ่งการห้ามกำหนดราคาหรือจำกัดปริมาณการขาย มาจากหลักการที่ว่า ผู้ประกอบการทั้งหลายที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการย่อมมีอิสระที่จะกำหนดราคาขายและปริมาณสินค้าที่จะขาย อันจะทำให้มีการแข่งขันด้านราคาเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคในการที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ตนพอใจ การที่มีการตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามราคาที่ตั้งตกลงกัน หรือการกำหนดร่วมกันในการจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ นอกจากจะทำให้ไม่มีการแข่งขันแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวจัดได้ว่าเป็นการรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจร่วมกันอันนำไปสู่การมีอำนาจผูกขาดได้¹²⁶ และผู้ประกอบการเองไม่อาจอ้างได้ว่า ราคาขายที่ตนร่วมกันกำหนดขึ้นนั้น เป็นราคาที่ยุติธรรมแล้ว เพราะเหตุว่าราคาที่พิจารณาว่าเหมาะสมในวันนี้ อาจไม่เหมาะสมในวันข้างหน้าได้ เพราะราคาของสินค้าเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกลไกตลาด หากปล่อยให้มีการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการแล้ว กลไกตลาดก็จะช่วยให้ราคาสินค้าอยู่ในระดับที่เหมาะสมกับปริมาณความต้องการสินค้าของผู้บริโภค

อย่างไรก็ตามการที่ราคาขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการเป็นราคาเดียวกัน อาจเกิดจากการที่ผู้ประกอบการต่างต้องการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการให้เหมือนกันโดยที่ปราศจากการตกลงร่วมกัน เช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิด เพราะเหตุว่า การที่จะเป็นความผิดตามอนุमतรานี้ได้นั้น ต้องเกิดจากการพิสูจน์ได้ว่าการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการ เช่น การประชุมร่วมกันของผู้ประกอบการ เป็นต้น

¹²⁵ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า. แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.

¹²⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์, กมลชัย รัตนสากววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 10.

และกรณีการร่วมกันกำหนดปริมาณสินค้าหรือบริการที่จะขาย แม้ว่าจะไม่ได้เป็นการกำหนดราคาขายสินค้าโดยตรง แต่การกำหนดปริมาณก็จะส่งผลกระทบต่อราคาสินค้า โดยส่วนใหญ่ เนื่องจากการที่ปริมาณสินค้าในตลาดมีมากหรือน้อยจะส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า กล่าวคือ หากปริมาณสินค้าในตลาดมีน้อย ไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภค โดยผู้บริโภคต่างต้องการซื้อสินค้านั้น ราคาสินค้าก็จะสูงขึ้น ตามหลักการของอุปสงค์และอุปทาน เพราะฉะนั้น กฎหมายจึงห้ามการกำหนดปริมาณสินค้าและบริการเช่นเดียวกับห้ามการกำหนดราคา

2.2.4.1.1.2 มาตรา 27 (2)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (2) มีลักษณะดังนี้

การกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หมายถึง ลักษณะพฤติกรรม เช่น การกำหนดราคาซื้อเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการขึ้นราคาซื้อ การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการลดราคาซื้อ การกำหนดช่วงราคาซื้อ การกำหนดราคาซื้อสูงสุดหรือต่ำสุด การกำหนดสูตรคำนวณราคาซื้อ การกำหนดส่วนลด หรือส่วนลดตามเป้าหมาย การกำหนดระยะเวลาชำระเงิน (Credit term) การกำหนดโครงสร้างหรือองค์ประกอบของราคาซื้อ และรวมถึงการจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ ซึ่งหมายถึง ลักษณะพฤติกรรมเช่น กำหนดปริมาณซื้อตามที่ตกลงกัน เพิ่ม หรือ คงไว้ หรือลดปริมาณซื้อตามที่ตกลงกัน¹²⁷

การกำหนดราคาซื้อหรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้า เป็นกรณีที่ผู้ซื้อสามารถสร้างอำนาจตลาดของผู้ซื้อ เพื่อเป็นการควบคุมราคาที่จะต้องจ่าย หรือเป็นการจำกัดปริมาณการซื้อจากผู้ขายหรือจากผู้จำหน่าย อันจะทำให้สามารถลดราคาซื้อสินค้ารวมทั้งวัตถุดิบที่จะต้องใช้ในการผลิตด้วย เช่น บรรดาผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตสินค้าตกลงร่วมกันกำหนดราคาซื้อวัตถุดิบเพื่อใช้ในการผลิต หรือบรรดาผู้จัดจำหน่าย (ผู้ขายส่ง) รวมตัวกันกำหนดราคาซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการที่เป็นผู้จัดส่งสินค้า¹²⁸

¹²⁷ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹²⁸ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 88.

การตกลงร่วมกันหรือกระทำการร่วมกันของผู้ซื้อในการกำหนดราคาซื้อหรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าเป็นความผิด เนื่องจากกฎหมายต้องการให้ผู้รับซื้อแต่ละคนระยามีความเป็นอิสระในการกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการ รวมทั้งปริมาณการรับซื้อสินค้าและบริการด้วย อันเป็นไปตามกลไกตลาด โดยไม่ต้องการให้บรรดาผู้ซื้อที่อยู่ในตลาดยุติการแข่งขันเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดทางด้านผู้ซื้อ ซึ่งจะสามารถควบคุมราคาซื้อและปริมาณสินค้าได้

2.2.4.1.1.3 มาตรา 27 (3)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นทำความตกลงร่วมกัน เพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (3) คือ การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด หมายถึง การที่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งในระดับเดียวกัน (Horizontal) หรือต่างระดับกัน (Vertical) ตกลงร่วมกันกระทำการใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าครอบครองตลาด ในลักษณะพฤติกรรม เช่น การวางแผนการตลาดร่วมกันเพื่อครอบครองตลาด หรือกรณีพฤติกรรมการร่วมกันควบคุมตลาด เช่น การกำหนดตัวผู้มีส่วนประกอบธุรกิจ ตลอดจนการร่วมกันกำหนดรายการสินค้าหรือบริการที่จะจำหน่ายในตลาด รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขใดๆ ที่เป็นการครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาดอันเป็นการบิดเบือนกลไกตลาด¹²⁹

การทำความตกลงเพื่อครอบครองหรือควบคุมตลาดมิได้หลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจต่างๆในตลาดทำความตกลงเพื่อที่จะทำการค้าร่วมกัน โดยรวมกันเป็นองค์กรธุรกิจในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (Joint venture) ซึ่งพฤติกรรมของการประกอบกิจการค้าร่วมกันย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้ประกอบการเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะเข้าครอบครองหรือควบคุมตลาดร่วมกันได้¹³⁰ หรือการที่ผู้ประกอบการสองรายได้ตกลงกันให้ผู้ประกอบการรายหนึ่งขายเฉพาะสินค้าที่ตนขายอยู่เท่านั้น ไม่ขายสินค้าชนิดอื่นที่เหมือนกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งเพื่อที่จะไม่ต้องแข่งขันกัน การตกลงเช่นนี้ย่อมจะส่งผลให้ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถครอบครองหรือควบคุมตลาดสินค้าชนิดที่ตนขายได้

¹²⁹ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹³⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 89.

2.2.4.1.1.4 มาตรา 27 (4)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันเสนอราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27(4) กรณีการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หมายถึง ลักษณะพฤติกรรม เช่น การร่วมกันกำหนดตัวผู้ชนะการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ โดยสมาชิกมีการตกลงกันที่จะไม่เข้าร่วมประมูลหรือประกวดราคาแข่งขัน หรือ แสร้งเสนอราคาการประมูลที่สูงกว่า เพื่อให้สมาชิกที่ถูกกำหนดตัวเป็นผู้ชนะการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ การสมรู้ร่วมคิดกันกำหนดราคาที่ชนะการประมูลหรือการประกวดราคาให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าราคาที่มีการแข่งขันกันตามปกติเพื่อให้สมาชิกที่ถูกกำหนดตัวเป็นผู้ชนะการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ การหมุนเวียนผู้ชนะการประมูล โดยสมาชิกมีการตกลงกันในลักษณะสมรู้ร่วมคิดผลัดเปลี่ยนกัน เป็นผู้ชนะการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ การตกลงร่วมกันเพื่อขัดขวางมิให้ผู้ประกอบธุรกิจบางรายเข้าร่วมในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ¹³¹

โดยหลักแล้ว การจัดประมูลหรือประกวดราคาสินค้ามีขึ้นเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีการแข่งขันเข้าสู่ราคากันอย่างเสรี โดยเปิดเผยและเป็นธรรม ซึ่งจะทำให้ผู้ที่จัดการประมูลหรือประกวดราคาได้ราคาที่เหมาะสมกับที่ตนต้องการ โดยเลือกจากผู้ที่เสนอราคาต่ำที่สุด แต่ทว่า หากผู้เข้าเสนอราคาร่วมสมคบกันในการประมูลโดยไม่ได้แข่งขันกันอย่างแท้จริง ราคาที่ผู้จัดประมูลได้รับก็จะสูง ซึ่งอาจจะสูงกว่าราคาในท้องตลาด ทำให้ได้รับความเสียหายอย่างไม่สมควร

อย่างไรก็ตามในกรณีการตกลงร่วมกันในลักษณะของการฮั้วประมูลกับหน่วยงานภาครัฐ ยังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานรัฐ พ.ศ.2542 เป็นเครื่องมือกำกับดูแลโดยตรง โดยมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เป็นผู้ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายและมีบทลงโทษที่หนักกว่าโทษตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542¹³²

¹³¹ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹³² เรื่องเดียวกัน

จากพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบข้างต้นซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาด ต่อไปนี้จะกล่าวถึงพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตให้กระทำได้

2.2.4.1.2 พฤติกรรมที่อาจอนุญาตให้กระทำได้

พฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ที่อาจได้รับยกเว้นให้กระทำการได้ ตามมาตรา 27(5)-(10) มีรูปแบบดังต่อไปนี้

2.2.4.1.2.1 มาตรา 27 (5)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดแบ่งท้องที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

ลักษณะพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (5) หมายถึง ลักษณะพฤติกรรม เช่น การแบ่งพื้นที่เพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือการแบ่งพื้นที่ผลัดเปลี่ยนการเข้าสู่ตลาดในเวลาที่ไม่พร้อมกัน หรือการแบ่งหรือจัดสรรลูกค้าเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการ¹³³ เป็นต้น

ตัวอย่างของการแบ่งพื้นที่เพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการ คือ การที่ผู้ประกอบจำนวนสองรายตกลงร่วมกันแบ่งพื้นที่การจำหน่ายสินค้าในเชียงใหม่ออกเป็นสองส่วน พื้นที่ทางตะวันออกให้ผู้ประกอบการรายหนึ่ง ทางตะวันตกให้ผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง ทำให้ผู้ประกอบการทั้งสองรายมีพื้นที่การขายสินค้าและบริการของตนเป็นการเฉพาะ¹³⁴ ไม่ต้องแข่งขันกันส่งผลให้ผู้ประกอบการแต่ละพื้นที่มีอำนาจตลาดเป็นของตนเอง โดยผู้ประกอบการแต่ละรายจะไม่เข้าไปค้าขายแข่งขันข้ามเขตที่ตกลงกัน

2.2.4.1.2.2 มาตรา 27 (6)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดแบ่งท้องที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

¹³³ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹³⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 91.

ลักษณะพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (6) หมายถึง ลักษณะพฤติกรรม เช่น การแบ่งพื้นที่เพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ การแบ่งพื้นที่ผลัดเปลี่ยนการเข้าซื้อสินค้าหรือบริการในเวลาที่ไม่พร้อมกัน เพื่อสร้างอำนาจตลาดการซื้อสินค้าหรือบริการ การแบ่งหรือจัดสรรลูกค้าเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ¹³⁵

กรณีการกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการ ปรากฏในหลายลักษณะ แต่ที่เกิดขึ้นมาก ได้แก่ กรณีที่บรรดาผู้ประกอบการร่วมกันปฏิเสธที่จะซื้อสินค้าจากผู้ขายบางรายหรือผู้ขายที่อยู่ในบางพื้นที่เพื่อให้ผู้ขายเหล่านั้นไม่มีทางเลือกหรือมีทางเลือกที่จะขายจำกัด¹³⁶ หากผู้ประกอบการที่ตกลงร่วมกันปฏิเสธที่จะซื้อ

2.2.4.1.2.3 มาตรา 27 (7)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

ลักษณะการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (7) กรณีการกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการ หมายถึง การที่ผู้ประกอบการจะทำความตกลงร่วมกันลดการผลิต ซื้อ หรือ ขายสินค้าหรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด โดยมีเจตนาที่จะกำหนดราคาไม่เป็นไปตามกลไกตลาดปกติ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบราคาและผู้บริโภค¹³⁷

พฤติกรรมรูปแบบนี้ เป็นการร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจโดยจะทำให้ปริมาณสินค้าที่มีอยู่ในตลาดไม่เพียงพอต่อความต้องการซื้อของผู้บริโภคในตลาดและเกิดภาวะขาดแคลนสินค้า ซึ่งจะมีผลให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้นตามไปด้วย โดยภาวะขาดแคลนสินค้าที่เกิดขึ้นนี้ไม่ได้เป็นไปตามกลไกตลาดปกติ แต่เกิดจากการเข้าไปแทรกแซงและบิดเบือนกลไกตลาดของผู้ประกอบการ ทั้งที่ผู้ประกอบการอาจจะผลิตหรือจำหน่ายสินค้าให้เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภคในตลาดได้

ความแตกต่างของการจำกัดปริมาณสินค้าและบริการตามมาตรา 27(1) และ 27(2) กับมาตรา 27(7) คือ ในสองมาตราแรกเป็นการตกลงจำกัดปริมาณเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์กับราคาสินค้าที่มีการตกลงกันไว้แล้ว โดยเป็นการรักษาผลประโยชน์ที่ควรได้รับของ

¹³⁵ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹³⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 92.

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน

ผู้ประกอบการแต่ละรายที่ได้เข้าร่วมกันกำหนดราคาสินค้า แต่ไม่ถึงระดับที่เป็นการจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการโดยมุ่งให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณสินค้าและบริการให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาดส่งผลให้เกิดอำนาจผูกขาดและสามารถควบคุมปริมาณสินค้าและบริการทั้งหมดในตลาดได้¹³⁸

2.2.4.1.2.4 มาตรา 27 (8)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

ลักษณะการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (8) การลดคุณภาพ หมายถึง การที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำความตกลงร่วมกันลดคุณภาพหรือมาตรฐานของสินค้าหรือบริการให้ต่ำลง โดยอาจมุ่งหวังให้ต้นทุนลดลง แต่ยังคงขายในราคาเท่าเดิมหรือสูงขึ้น¹³⁹

2.2.4.1.2.5 มาตรา 27 (9)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน

ลักษณะการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (9) การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้เป็นผู้จำหน่ายแต่ผู้เดียว หมายถึง การที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ซึ่งดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกันได้ตกลงร่วมกันแต่งตั้งหรือมอบหมายบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงรายเดียวให้เป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงร่วมกัน หรือ การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งในกลุ่มที่ตกลงร่วมกันเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการทั้งหมดของผู้ที่ตกลงร่วมกันนั้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ทำให้โอกาสและทางเลือกของผู้บริโภคลดลง¹⁴⁰

ในกรณีนี้ หากพิจารณาเพียงลักษณะการกระทำอาจจะไม่ได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้าโดยตรง แต่หากยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายสามารถร่วมกันแต่งตั้งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้จำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว ก็จะทำให้ผู้จำหน่ายสินค้านั้นสามารถควบคุมและกำหนดราคาขายสินค้าได้ และหากผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันแต่งตั้งผู้จำหน่ายสินค้านั้น ครอบครองส่วนแบ่งตลาดได้มาก ก็จะทำให้ผู้จำหน่ายสินค้าสามารถผูกขาดตลาดสินค้านั้นได้ทันที

¹³⁸ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 93.

¹³⁹ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน

2.2.4.1.2.6 มาตรา 27 (10)

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดเงื่อนไข หรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

ลักษณะการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27(10) การกำหนดเงื่อนไขการซื้อหรือการจำหน่าย หมายถึง การกระทำความตกลงร่วมกันกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติทางการค้าในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ เช่น กำหนดระยะเวลาในการชำระราคา ระยะเวลาในการรับประกันคุณภาพสินค้า การให้ของสมนาคุณ การบริการหลังการขาย หรือส่วนลดพิเศษในการซื้อสินค้าชนิดอื่นของผู้ประกอบธุรกิจนั้น เป็นต้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อ การลดหรือการจำกัดการแข่งขัน¹⁴¹

กรณีการร่วมกันกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติในระหว่างผู้ประกอบธุรกิจก็ถือเป็นการแทรกแซงกลไกตลาดโดยไม่สมควรอีกประการหนึ่ง เพราะการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะเสนอเงื่อนไขในการขายสินค้าหรือบริการอย่างไร ควรจะเป็นอิสระที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะเห็นสมควรกำหนดขึ้นเอง โดยตามปกติผู้ประกอบธุรกิจจะพยายามแข่งขันกันที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติในการขายสินค้าหรือบริการที่สามารถสนองความต้องการของลูกค้าและผู้บริโภคมากที่สุด เพื่อที่จะแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคมีหนทางเลือกมากขึ้นที่จะซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่เสนอเงื่อนไขที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับความต้องการของคนได้มากที่สุด ผู้บริโภคอาจจะเลือกซื้อสินค้าที่มีราคาแพงกว่าแต่มีเงื่อนไขประกอบอย่างอื่นมากกว่า หรืออาจจะพอใจกับสินค้าที่มีราคาถูก แต่ไม่มีเงื่อนไขหรือบริการพิเศษเพิ่มเติมก็ได้ นอกจากนี้ การร่วมกันกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติ อาจจะเป็นส่วนหนึ่งของการร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณสินค้าก็ได้ เนื่องจากหากตกลงกันแต่เพียงราคาและปริมาณสินค้า อาจจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นสมาชิกของกลุ่มเปลี่ยนไปแข่งขันในด้านอื่นนอกเหนือจากราคา (Non-price competition) และทำให้ข้อตกลงกำหนดราคาและปริมาณสินค้าไม่สัมฤทธิ์ผลทางธุรกิจ การสร้างเครือข่ายในการให้บริการร่วมกัน เป็นต้น

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดถึงข้อห้ามมิให้กระทำการร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ต่อไปจะกล่าวถึงรายละเอียดของการยกเว้นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นการยกเว้นให้โดยใช้ระบบการอนุญาต

¹⁴¹ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

2.2.4.2 การยกเว้นให้ทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

2.2.4.2.1 แนวคิดของการยกเว้นให้ทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ในบางกรณีก็เป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องทำและไม่ได้กระทบถึงการแข่งขันในตลาด ตัวอย่างเช่น การตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการขนาดเล็กที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยเมื่อเทียบกับขนาดของตลาดทั้งหมด หรือการตกลงกระทำการบางอย่างร่วมกันของผู้ประกอบการที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งและไมก่อให้เกิดผลเสียต่อเศรษฐกิจ โดยรูปแบบของการยกเว้นให้ทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 คือ การยกเว้นโดยระบบการขออนุญาต ซึ่งต้องกระทำโดยการยื่นคำขอไปยังสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.2.4.2.2 การยกเว้นโดยระบบการขออนุญาตเพื่อทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ในวรรคท้ายของมาตรา 27 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

ซึ่งมาตรา 35 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบการใดประสงค์จะขออนุญาตกระทำการตามมาตรา 26 หรือมาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ให้ยื่นคำขออนุญาตตามแบบหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

คำขออนุญาตอย่างน้อยต้อง

- (1) มีเหตุผลและความจำเป็นในการกระทำ
- (2) ระบุวิธีดำเนินการ
- (3) กำหนดระยะเวลาที่จะดำเนินการ”

บรรทัดฐานในการพิจารณาอนุญาตปรากฏในมาตรา 37 คือ

“เมื่อคณะกรรมการได้สอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่าคำขออนุญาตตามมาตรา 35 ของผู้ประกอบการใดมีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม ให้คณะกรรมการสั่งอนุญาตเป็นหนังสือให้แก่ผู้ประกอบการนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการมีคำสั่งไม่อนุญาตให้แจ้งคำสั่งเป็นหนังสือไปยังผู้ประกอบการนั้นโดยไม่ชักช้า

ในการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใดๆ ให้ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตปฏิบัติได้ และเมื่อเห็นว่าภาวะเศรษฐกิจ ข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ที่คณะกรรมการอาศัยเป็นหลักในการพิจารณาอนุญาตเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการจะแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้

ผู้ประกอบการซึ่งได้รับคำสั่งของคณะกรรมการและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 46”

จากแนวปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้ระบุขั้นตอนการยื่นคำขออนุญาต กรณีผู้มายื่นคำขออนุญาตกระทำการตกลงร่วมกันตามมาตรา 27 (5)-(10) ดังต่อไปนี้

ก. การยื่นคำขออนุญาต¹⁴²

(1) เป็นผู้ประกอบธุรกิจทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไม่ว่าจะอยู่ในฐานะเป็น ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่ายหรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อ ซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการในธุรกิจ

(2) เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ที่กระทำการตกลงร่วมกันผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10)

(3) ยื่นคำขออนุญาตตามแบบ สข.02 ซึ่งต้องระบุข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ต้องการขออนุญาต เหตุผลความจำเป็น วิธีการ ระยะเวลาที่ตกลงร่วมกัน ฯลฯ

¹⁴² สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

ข. การตรวจสอบเอกสารหลักฐาน

เจ้าหน้าที่จะตรวจสอบเอกสารหลักฐานประกอบการยื่นคำขออนุญาตให้ครบถ้วน ถูกต้องและเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แบบ หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการยื่นคำขออนุญาตกระทำการตกลงร่วมกันผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2543 และเมื่อลงรับคำขออนุญาตแล้ว จะดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

ค. ผู้มายื่นขออนุญาตต้องรอผลการพิจารณาของคณะกรรมการก่อนดำเนินการได้

ง. ระยะเวลาการพิจารณา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จะต้องดำเนินการพิจารณาคำขออนุญาตให้แล้วเสร็จ ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอ หรือ ในกรณีที่ไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด สามารถขยายเวลาออกไปได้อีกไม่เกิน 15 วัน

จ. ผลการพิจารณาของคณะกรรมการ มีดังนี้

(1) กรณีอนุญาตให้ดำเนินการได้

อนุญาตโดยไม่มีเงื่อนไข เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า มีเหตุผล ความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม เช่น มีนวัตกรรมใหม่ที่เพิ่มคุณค่าหรือคุณภาพในตัวสินค้าและบริการ เกิดการประหยัดต่อขนาด ที่ช่วยลดต้นทุนที่เหมือนกัน ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ มีทางเลือกมากขึ้น ได้รับการตอบสนองอย่างรวดเร็ว รวมทั้งมีการแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ เพื่อการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูง ช่วยส่งผลดีต่อเศรษฐกิจ และเกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภค

อนุญาตโดยมีเงื่อนไข กรณีที่คณะกรรมการเห็นว่า การกระทำการตกลงร่วมกันนั้น แม้มีผลเสียอยู่บ้าง แต่ไม่มีผลเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง หรือไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม¹⁴³

¹⁴³ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

คณะกรรมการจะอนุญาตให้ดำเนินการได้ โดยกำหนดระยะเวลาและ/หรือมีเงื่อนไข ทั้งนี้เมื่อพ้นกำหนดเวลาและ/หรือเงื่อนไขที่อนุญาตแล้ว หากมีข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่คณะกรรมการอาศัยเป็นหลักในการพิจารณาอนุญาตเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกระยะเวลา และ/หรือ เงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้

(2) กรณีไม่อนุญาต เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่าคำขออนุญาตนั้น มีผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขัน เศรษฐกิจ และกระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม

ผู้ประกอบการซึ่งได้รับคำสั่งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งของคณะกรรมการ¹⁴⁴

การที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตเอาไว้ เนื่องจากเหตุผลที่ผู้ประกอบการนั้นมีความจำเป็นทางธุรกิจที่จะต้องกระทำการร่วมกัน เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง รวมถึงไม่กระทบประโยชน์ของผู้บริโภคส่วนรวมที่ควรมีควรได้ การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสามารถประเมินออกมาได้ตามที่กฎหมายกำหนด ทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีความจำเป็นที่จะต้องได้รับข้อมูลทางการตลาดอย่างละเอียดเพื่อที่จะสามารถนำมาวิเคราะห์ในการประเมินการขออนุญาต เพราะฉะนั้น กระบวนการในการพิจารณาอนุญาตนั้นจะต้องเก็บรายละเอียดข้อมูลเกี่ยวกับตลาดสินค้าและบริการอย่างถูกต้องครบถ้วน เช่น รายละเอียดเกี่ยวกับสถานะทางเศรษฐกิจในขณะนั้น โครงสร้างตลาด พฤติกรรมของตลาด แนวโน้มความเสียหายทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นหากมีการอนุญาตให้กระทำการร่วมกัน และที่สำคัญจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคอีกทั้งประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการอนุญาตจะเพียงพอต่อการที่ตลาดสินค้าหรือบริการนั้นต้องลดหรือจำกัดการแข่งขันหรือเกิดการผูกขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมธุรกิจ เช่น การกระทำการร่วมกันนั้น อาจส่งผลให้ต้นทุนทางธุรกิจลดลง หรือส่งผลให้ลูกค้าที่ซื้อสินค้าเพื่อการไปขายต่อในราคาต่อหน่วยต่ำลง หรือในที่สุดจะส่งผลให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าในราคาที่ถูกลงได้¹⁴⁵

¹⁴⁴ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542,”

¹⁴⁵ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 98.

ในประเด็นเรื่องความเสียหายทางเศรษฐกิจ หากมีการกระทำการร่วมกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันนี้โดยทั่วไปแล้วย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างแน่นอนในด้านของประสิทธิภาพ ประสิทธิผลทางเศรษฐกิจ เนื่องจากถ้าผู้ประกอบการในตลาดทำการแข่งขันกันอย่างเป็นอิสระจะทำให้สังคมได้ประโยชน์ เช่น ประโยชน์ในด้านราคา ปริมาณ ทางเลือกและการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ หากมีการกระทำการร่วมกันเกิดขึ้นราคาสินค้าจะสูงเกินกว่าสภาพของตลาดที่มีการแข่งขัน ทำให้สูญเสียประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จึงต้องทำการพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนว่าความเสียหายทางเศรษฐกิจจะเป็นอย่างไร เป็นความเสียหายที่ร้ายแรงหรือไม่ เพราะหากเป็นการกระทำการร่วมกันที่สร้างความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าคงไม่อนุญาตให้กระทำการร่วมกันได้

สำหรับการพิจารณาผลกระทบต่อผู้บริโภคนั้น ผลจากการกระทำร่วมกัน ต้องไม่กระทบถึงผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของผู้บริโภคส่วนรวม ซึ่งประโยชน์ที่สำคัญของผู้บริโภคในตลาดที่มีการแข่งขันกันของผู้ประกอบการคือราคาสินค้าถูกลง และมีทางเลือกให้ผู้บริโภคหลากหลาย รวมถึงสินค้าที่มีให้เลือกเป็นสินค้าคุณภาพดี ดังนั้นหากผู้แข่งขันในตลาดได้ยุติการแข่งขันระหว่างกัน ย่อมกระทบถึงผู้บริโภคอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะฉะนั้นการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะประเมินถึงการไม่กระทบถึงประโยชน์ของผู้บริโภคจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ทั้งนี้โดยทั่วไปต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของผู้บริโภคโดยส่วนรวม ไม่ใช่ของผู้บริโภคกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง¹⁴⁶

2.2.4.3 ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

การฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 27 ที่ห้ามการร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่กล่าวมาข้างต้น มีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาดังต่อไปนี้คือ

มาตรา 40 “ให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือ มาตรา 29 มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้นได้

ในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภค หรือสมาชิกของสมาคมได้ แล้วแต่กรณี”

¹⁴⁶ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 99.

จากมาตรา 40 นี้ ผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 27 อาจถูกฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ต่อศาลถึงความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น

และผู้ฝ่าฝืนมาตรา 27 มีความรับผิดชอบทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51

มาตรา 51 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 หรือ มาตรา 29 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ”

จากบทบัญญัติข้างต้นหมายความว่า หากมีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในรูปแบบใดๆตามมาตรา 27 หากกระทำลงแล้วจะเป็นความผิดทันที และกรณีการกระทำที่สามารถขออนุญาตให้กระทำได้ตามอนุมาตรา (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) หากไม่ขออนุญาต หรือขออนุญาตแล้วถูกปฏิเสธ เมื่อได้กระทำลงจะเป็นความผิดทันทีเช่นเดียวกัน

2.2.5 ปัญหาของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของประเทศไทย

2.2.5.1 ปัญหาของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรม

การที่มาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้แบ่งประเภทพฤติกรรมออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรก อนุมาตรา (1)-(4) กำหนดให้เป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรง เป็นความผิดในตัวเอง และพฤติกรรมในกลุ่มที่สอง ในอนุมาตรา (5)-(10) เป็นพฤติกรรมที่ไม่ร้ายแรง สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้ยังไม่เหมาะสมเนื่องจาก

(1) มาตรา 27(5) ระบุห้ามการกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น การกำหนดตลกค่าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้น แข่งขัน

(2) มาตรา 27(6) ห้ามการกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งตัวผู้ประกอบการธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ

(3) และมาตรา 27(7) ห้ามการกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อมาจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

พฤติกรรมที่กล่าวมาทั้ง 3 รูปแบบนี้ตามกฎหมายไทยเป็นพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตเพื่อกระทำได้ แต่หากพิจารณาจากลักษณะของพฤติกรรมแล้ว พฤติกรรมทั้ง 3 รูปแบบนี้น่าจะถูกจัดอยู่ในส่วนของพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่อาจขออนุญาตได้ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวหากศึกษาจากรูปแบบของพฤติกรรมและศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศจะพบว่า พฤติกรรมเหล่านี้ถูกจัดให้อยู่ในลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจน (Per se) หากผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการเหล่านี้ ในที่สุดก็จะนำไปสู่การกำหนดราคาซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงที่สุดได้ ส่งผลให้ราคาของสินค้าหรือบริการสูงขึ้นโดยไม่มีความเป็นเพราะฉะนั้นการกระทำที่กล่าวมานี้ควรจัดอยู่ในกลุ่มการกระทำที่ไม่อาจขออนุญาตได้

ประเด็นความไม่เหมาะสมในการแยกประเภทพฤติกรรมจึงเป็นปัญหาที่จะนำมาศึกษาว่าจากสภาพของพฤติกรรมเหล่านี้มีลักษณะร้ายแรงที่ควรนำมาจัดกลุ่มเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดเด็ดขาดหรือไม่อย่างไร รวมถึงศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศด้วย

2.2.5.2 ปัญหาของการยกเว้นในรูปแบบการขออนุญาต

การที่ตามมาตรา 27 วรรคท้ายระบุให้พฤติกรรมตามอนุมาตรา (5)-(10) สามารถยื่นขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยระบุเหตุผลที่จะขอยกเว้นได้นั้น นับจนถึงปัจจุบันยังไม่มีผู้ประกอบการรายใดขออนุญาตตามมาตรา 27 นี้เลยแม้แต่รายเดียว จึงเป็นปัญหาที่จะนำมาพิจารณาว่าเกิดจากสาเหตุใด ซึ่งจากการสันนิษฐานเบื้องต้นพบว่าอาจเกิดจากสาเหตุทั้ง 3 ประการดังนี้

(1) ความไม่รู้กฎหมายของผู้ประกอบการ ซึ่งอาจเกิดกับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กที่ไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ทำให้ไม่ทราบว่ามีการใช้บังคับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ากับการกระทำของตนด้วย หรืออาจเกิดจากความไม่แพร่หลายของกฎหมาย เนื่องจากมีผู้ศึกษากฎหมายนี้เฉพาะบางกลุ่มเท่านั้น

(2) ผู้ประกอบการทั้งหลายไม่ได้กระทำการที่เป็นการตกลงร่วมกันที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ จึงไม่ได้ทำการขออนุญาต

(3) ผู้ประกอบการบางส่วนมีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันซึ่งเป็นความผิดแต่กระทำโดยไม่เปิดเผย และพยายามร่วมกันปิดบังเนื่องจากไม่ต้องการรับโทษตามกฎหมายและไม่ต้องการถูกตรวจสอบหากทำการขออนุญาต

สาเหตุที่สำคัญนอกเหนือไปจากข้อสันนิษฐานข้างต้น คือ แม้ว่าจะมีการกำหนดแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการขออนุญาตกรณีพฤติกรรมตามมาตรา 27(5)-(10) แต่แนวปฏิบัติดังกล่าวยังไม่ชัดเจน โดยมีการกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนและความล่าช้า เกิดผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจ โดยแนวปฏิบัติระบุเหตุผลในการให้การอนุญาตไว้อย่างกว้าง ไม่มีการกำหนดรายละเอียดการวิเคราะห์ที่ชัดเจนไว้ทำให้ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งทางด้านผู้บังคับใช้กฎหมายคือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่ต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาเป็นกรณีไป และผู้ประกอบการเอกชนที่ถูกควบคุมภายใต้กฎหมายเนื่องจากยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนของแนวปฏิบัติ จึงอาจเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ผู้ประกอบการไม่มีความมั่นใจในการขออนุญาตเพื่อกระทำการจำกัดการแข่งขัน

จากสาเหตุเบื้องต้นที่กล่าวมานี้ จึงอาจส่งผลให้ไม่มีการขออนุญาตทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ทำให้การบัญญัติข้อยกเว้นในรูปของการขออนุญาตนี้ใช้ไม่ได้จริง และเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้พฤติกรรมตามมาตรา 27 (5)-(10) ถูกตีความโดยยืดหยุ่น ก็จะไม่บรรลุผล จึงเป็นประเด็นที่จะนำมาใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศเพื่อหาแนวทางแก้ไขปรับปรุงเกี่ยวกับวิธีการกำหนดข้อยกเว้นตามกฎหมายไทย โดยกฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาเปรียบเทียบเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปและประเทศออสเตรเลีย

บทที่ 3

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

ที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

3.1 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีขึ้นเพื่อป้องกันการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี¹ ซึ่งหมายถึง ระบบเศรษฐกิจที่การจัดสรรทรัพยากรถูกกำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานในตลาดและไม่อยู่ภายใต้การแทรกแซงจากกฎระเบียบของภาครัฐ โดยพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนั้นมุ่งเน้นถึงการมีประสิทธิภาพของการจัดสรรทรัพยากร² การซื้อขายในราคาที่เหมาะสม และการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ ทั้งนี้ มีการยึดมั่นในความเชื่อที่ว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรีมีความเกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับนโยบายการแข่งขันทางการค้ารวมถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้านี้มีขึ้นเพื่อสนับสนุน “การแข่งขัน” ในตลาด อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจและการสนับสนุนการแข่งขันอย่างเสรีด้วย

3.1.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

ในยุคแรกเริ่มมีการก่อตั้งประชาคมยุโรป (European Community) ในปี ค.ศ.1957³ เป็นการรวมตัวกันของประเทศในทวีปยุโรป เพื่อสร้างเสถียรภาพทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในภูมิภาค โดยมีแนวคิดในการสร้างให้เกิดสันติภาพในยุโรปภายหลังสงครามโลกและสงครามระหว่างประเทศในภูมิภาค ในช่วงแรกเป็นความร่วมมือด้านเศรษฐกิจเพื่อพัฒนาให้เกิดตลาดเดียว (Single Market) ซึ่งทำให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (Economy of scale) เพิ่มความสามารถในการแข่งขันและจุดประสงค์ที่สำคัญคือการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์และการมีตลาดร่วมกันในประชาคม

สหภาพยุโรป (European Union) พัฒนามาจากประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community – ECSC) ซึ่งจัดตั้งขึ้นใน พ.ศ. 2495 เพื่อร่วมกันบริหารยุทธปัจจัยสำคัญและส่งเสริมสันติภาพในยุโรป มีสมาชิกที่ร่วมก่อตั้ง 6 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส

¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 1.

² *Ibid.*, p. 2.

³ *Ibid.*, p. 94.

เยอรมนี อิตาลี เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม และลักเซมเบิร์ก ต่อมาวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2500 กลุ่มประเทศทั้ง 6 ได้ลงนามในสนธิสัญญากรุงโรม (Treaties of Rome) ซึ่งถือเป็นจุดกำเนิดของการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และได้พัฒนามาเป็นสหภาพยุโรปในปัจจุบัน โดยสหภาพยุโรปเป็นองค์กรความร่วมมือระหว่างประเทศซึ่งมีโครงสร้างผสมผสานระหว่างความร่วมมือแบบเหนือรัฐ (Supranationalism) และความร่วมมือระหว่างรัฐ (Intergovernmentalism) มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ กรุงบรัสเซลส์ ประเทศเบลเยียม

การรวมตัวของสหภาพยุโรป เน้นถึงหลักการตลาดเดียว (Single Market) หมายถึง การค้าที่สามารถเคลื่อนย้ายบุคคล สินค้า บริการ และทุนได้อย่างเสรีภายในตลาดเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภค โดยเฉพาะด้านของผู้ประกอบการที่จะสามารถพัฒนาและเข้าถึงตลาดของประเทศอื่นๆในสหภาพยุโรปได้ง่ายขึ้น⁴ ทั้งนี้ การสร้างตลาดเดียวขึ้นมาได้จะต้องอาศัยการรวมตัวกันอย่างสร้างสรรค์ และลดอุปสรรคที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมายโดยวิธีการตกลงร่วมกันของประเทศสมาชิก⁵

เมื่อปีค.ศ. 2009 สนธิสัญญาของสหภาพยุโรปฉบับใหม่ได้มีผลใช้บังคับ คือ สนธิสัญญา ลิสบอน (Treaty of Lisbon) และเป็นการบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union - TFEU) ขึ้น โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันถูกบัญญัติในมาตรา 101

สถาบันหลักที่มีบทบาทในการดำเนินงานของสหภาพยุโรป มีทั้งสิ้น 4 สถาบัน ได้แก่ สภายุโรป คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป คณะกรรมาธิการยุโรป และศาลยุติธรรมแห่งยุโรป

(1) สภายุโรป (European Parliament)

สมาชิกสภายุโรปอยู่ในวาระครั้งละ 5 ปี มาจากการเลือกตั้งโดยตรงในรัฐสมาชิก โดยภารกิจหลักของรัฐสภายุโรปคือ การตัดสินใจร่วมกับคณะมนตรีในประเด็นต่างๆ⁶ เช่น การพิจารณา ร่างกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งริเริ่มโดยคณะกรรมาธิการยุโรป โดยในบางเรื่องสภายุโรปจะมีบทบาทเพียงให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะมนตรีและคณะกรรมาธิการยุโรปจะรับฟังข้อคิดเห็นของสภายุโรปตามหลักประชาธิปไตย

⁴ Marcel Canoy, Roger Liddle and Peter Smith, The Single Market: Yesterday and tomorrow [Online], Available from http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/single_market_yesterday_and_tmorrow_en.pdf

⁵ Paul Craig and Grainne De Burca, *EU Law: Text, cases and materials*, 4th ed. (Oxford 2008).

⁶ ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, *สหภาพยุโรปโฉมใหม่และ 27 ประเทศสมาชิก*, หน้า 5.

(2) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union)

สมาชิกคณะมนตรีประกอบด้วยรัฐมนตรีหรือผู้แทนรัฐบาลจากทุกประเทศสมาชิก โดยเป็นองค์กรตัดสินใจหลักของสหภาพยุโรป ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐสมาชิกทั้งหมดและมีหน้าที่พิจารณาร่างกฎระเบียบของสหภาพยุโรปและอนุมัติงบประมาณ (ร่วมกับสภายุโรป) และเป็นเวทีสำคัญในการประสานงานด้านนโยบายเศรษฐกิจ นโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคง ตลอดจนกำกับดูแลการทำงานของคณะกรรมการการยุโรป และประสานงานเรื่องอื่นๆ ระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งนี้ ในด้านการแข่งขันทางการค้า คณะมนตรีได้ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายที่สำคัญ คือ ได้ออกกฎหมายที่แบ่งอำนาจหน้าที่ไปยังคณะกรรมการยุโรปเพื่อใช้บังคับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า⁷

(3) คณะกรรมการการยุโรป (European Commission: EC)

คณะผู้บริหารคณะกรรมการการยุโรปประกอบด้วยประธานคณะกรรมการการยุโรป 1 คน และกรรมการการอีก 26 คน (ตามจำนวนรัฐสมาชิก 27 ประเทศ) และข้าราชการประจำประมาณ 25,000 คน โดยมีภารกิจหลักคือ การเสนอร่างกฎหมาย รวมทั้งการดูแลการปรับใช้กฎหมายในรัฐสมาชิก นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ดูแลการบริหารงบประมาณของสหภาพยุโรป ซึ่งกรรมการแต่ละคนมีหน้าที่รับผิดชอบคนละด้าน แต่ละคนมีเจ้าหน้าที่และองค์กรย่อยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตน โครงสร้างภายในของคณะกรรมการแบ่งออกเป็นกรม (Directorate: DG) ต่างๆ ซึ่งหน่วยงานที่ดูแลเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าคือ คณะกรรมการการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้า (Directorate General for Competition)⁸

การบังคับใช้กฎหมายและกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าจะอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป คณะกรรมการการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้า มีบทบาทสำคัญมากในเรื่องกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพราะเป็นผู้มีอำนาจริเริ่มคดี (Initiate) ตรวจสอบหรือไต่สวน (Investigate) และออกคำตัดสิน (Adjudicate) โดยคำตัดสินของคณะกรรมการการยุโรปสามารถนำไปอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ได้ และที่สำคัญคือ ในกรณีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartels) คณะกรรมการการยุโรปยังสามารถริเริ่มการเข้าตรวจสอบกลุ่มกิจการต้องสงสัยได้อีกด้วย

⁷ Richard Whish, *Competition Law*, p. 53.

⁸ Michelle Cini and Lee McGowan, *Competition policy in the European Union* (New York: Palgrave Macmillan, 2009), p. 1.

(4) ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice)

องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วยผู้พิพากษาจากแต่ละประเทศสมาชิกรวม 27 คนและผู้ช่วยผู้พิพากษาอีก 8 คน โดยหน้าที่หลักของศาลคือการบังคับใช้และการพิจารณาตีความกฎหมายเพื่อชี้ขาดว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้รับการปรับใช้เหมือนกันในทุกประเทศสมาชิกหรือไม่

ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป แต่อย่างไรก็ตามประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปแต่ละประเทศจะมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนเอง โดยจะมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป รวมทั้งจะมีหน่วยงานผู้รับผิดชอบเรื่องการแข่งขัน คือ National Competition Authorities (NCAs) หรือหมายถึงองค์กรการแข่งขันทางการค้าระดับชาติ ซึ่งสามารถบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เช่นกัน โดยจะประสานงานใกล้ชิดกับคณะกรรมการยุโรป และเมื่อปีค.ศ.2004 (พ.ศ.2547) สหภาพยุโรปได้จัดตั้ง European Competition Network (ECN) เพื่อประสานความร่วมมือระหว่างคณะกรรมการยุโรปและหน่วยงานผู้รับผิดชอบในเรื่องการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิก⁹ ด้วย

เป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยหลักแล้วคือ การคุ้มครองการแข่งขันในตลาด และรวมถึงเป้าหมายอื่นๆดังต่อไปนี้¹⁰

(1) การคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer protection) เป็นปัจจัยสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะคุ้มครองปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบในปลายทางการแข่งขัน

(2) การคุ้มครองการจัดสรรปันส่วน (Redistribution) โดยขจัดการมีอำนาจทางเศรษฐกิจและทำการจัดสรรปันส่วนความมั่งคั่ง เนื่องจากหากปล่อยให้มีการกระจุกตัวของทรัพยากรในมือของผู้มีอำนาจผูกขาด หรือเหล่าบริษัทข้ามชาติ จะเป็นการคุกคามต่อการดำรงอยู่ของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

⁹ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป [ออนไลน์], 2550. แหล่งที่มา www.dtn.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=7268%3A2011-10-12-18-13-32&catid=239%3Adtn-policy-briefs&Itemid=166&lang=th

¹⁰ Richard Whish, *Competition Law*, p. 2.

(3) การปกป้องผู้แข่งขัน (Protecting competitors) เมื่อมีการคุ้มครองการจัดสรรปันส่วนแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังใช้บังคับเพื่อปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กจากคู่แข่งที่มีอำนาจมากกว่า โดยผู้ประกอบการรายเล็กจะมีความเชื่อมั่นว่าจะสามารถประสบความสำเร็จในธุรกิจได้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ยังคงมีการถกเถียงกันอยู่พอสมควร เนื่องจากฝ่ายหนึ่งมองว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรให้ความสำคัญคุ้มครองการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการแข่งขันที่เท่าเทียมกันซึ่งโดยมากแล้วผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพสูงก็จะเอาชนะคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพน้อยกว่าได้¹¹

(4) หลักการตลาดเดียว (The Single Market imperative) กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทสำคัญเพื่อนำไปสู่เป้าหมายของการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว ซึ่งเป็นการหลายอุปสรรคในเรื่องการค้าและทำให้การเคลื่อนย้ายคน ทุน สินค้าและบริการเป็นไปอย่างเสรี รวมถึงผู้ประกอบการธุรกิจจะมีโอกาสเติบโตขยายกิจการได้กว้างขึ้นจากตลาดภายในประเทศ โดยสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ขยายขอบข่ายครอบคลุมไปทั่วทั้งสหภาพยุโรป ทั้งนี้จากการเพิ่มจำนวนประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ทำให้หลักการตลาดเดี่ยวยังมีบทบาทอย่างสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันรวมถึงอนาคตข้างหน้า¹²

อย่างไรก็ดี กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีทั้งบทบาททางบวกและทางลบต่อการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว โดยบทบาททางบวก ได้แก่ เป็นการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศสมาชิกทำให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม (Leveling the playing field) และสนับสนุนการเกิดธุรกรรมข้ามชาติ ในทางตรงกันข้าม บทบาททางลบ ได้แก่ การขัดขวางความพยายามที่จะรักษาการค้ารายอยู่เฉพาะตัวของตลาดภายใน

ในปัจจุบันสหภาพยุโรปได้มีสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) ซึ่งมีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้

(1) มีบทบัญญัติห้ามการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันหรือ “Cartel” ซึ่งเป็นความตกลงร่วมกันที่มีเป้าหมาย (Object) หรือผลกระทบ (Effect) เพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยทั่วไปจะเกิดจากความตกลงของคู่แข่ง เช่น การกำหนดราคา การแบ่งพื้นที่ผู้ประกอบการ หรือการจำกัดปริมาณการผลิต โดยเฉพาะกรณีการตกลงร่วมกันในแนวนอน (Horizontal agreement) ที่มีการลงโทษอย่างรุนแรง หรือการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการที่อยู่คนละระดับการแข่งขัน (Different level of the market) หรือเรียกว่ามีความสัมพันธ์กันในแนวตั้ง (Vertical agreement)

¹¹ Richard Whish, *Competition Law*, p. 2.

¹² Ibid., p. 3.

ก็อาจถูกควบคุมได้เช่นกันหากว่ามีผลเสียต่อการแข่งขัน¹³ ตัวอย่างเช่น ผู้จัดจำหน่ายสินค้ามีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ขายปลีกขายสินค้าต่ำกว่าราคาที่กำหนด หรือที่เรียกว่า การกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)

(2) มีการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ หรือ “Abuse of Dominant Position” ซึ่งหมายถึง การที่ผู้ประกอบการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่มากในตลาดไปเอาเปรียบเป็นผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันในตลาดได้¹⁴ ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดลดราคาสินค้าของตนต่ำกว่าราคาสินค้าในตลาดเพื่อขับไล่ให้คู่แข่งออกไปจากตลาดหรือเพื่อกันมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาแข่งขัน จนในที่สุดจะสามารถขึ้นราคาสินค้าให้สูงขึ้นเป็นอย่างมากได้ เนื่องจากไม่มีคู่แข่งรายอื่นอยู่ในตลาด ซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบของการจำกัดการแข่งขันที่จะต้องถูกตรวจสอบอย่างเคร่งครัด

(3) มีการควบคุมการดำเนินการจัดโครงสร้างขององค์กรทางธุรกิจที่อาจมีผลนำไปสู่การได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด เช่น การควบรวมธุรกิจ (Mergers) หรือการเข้าซื้อกิจการ เพื่อป้องกันผลกระทบทางลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวนั้น¹⁵ เช่น ทำให้ราคาสูงขึ้น ลดทางเลือกของผู้บริโภค และไม่กระตุ้นนวัตกรรม เนื่องจากหากมีการควบรวมกิจการแล้วส่งผลให้เหลือผู้ประกอบการรายใหญ่เพียงรายเดียว ผู้บริโภคก็จะขาดทางเลือกในการซื้อสินค้าหรือบริการ และราคาของสินค้าหรือบริการก็จะสูงขึ้น ดังนั้น ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศจึงกำหนดไว้ว่า การจะควบรวมกิจการในบางกรณีจะต้องผ่านการอนุมัติของหน่วยงานที่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าก่อนจึงจะดำเนินการได้อย่างสมบูรณ์

(4) มีการควบคุมการช่วยเหลือของภาครัฐ หรือ “State Aid” โดยห้ามการช่วยหรือหรือการแทรกแซงของรัฐที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน¹⁶ เพื่อเป็นการยืนยันว่าการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเป็นไปอย่างยุติธรรม โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป จะมีผลครอบคลุมถึงรัฐวิสาหกิจด้วยและห้ามมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงตลาดเพื่อสนับสนุนกิจการใดกิจการหนึ่งไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใดๆ ที่ส่งผลให้กิจการใดกิจการหนึ่งอยู่ในสถานะได้เปรียบเหนือคู่แข่งอื่นๆ อย่างไรก็ตาม ได้มีการกำหนดถึงกรณียกเว้นที่ประเทศสมาชิกสามารถให้ความช่วยเหลือแก่ภาครัฐกิจได้ในบางกรณี

¹³ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 39.

¹⁴ Kristy Middleton, Barry Rodger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway, *Case & Materials on UK&EC Competition Law*, 2nd ed. (Oxford 2009), p. 369.

¹⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 855.

¹⁶ European Commission, State Aid Control [Online], 2012. Available from ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (TFEU) มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอยู่ในมาตรา 101¹⁷ ซึ่งมีเป้าหมาย คือ เพื่อป้องกันการแข่งขันในตลาด โดยเป็นการพัฒนาคุณภาพความเป็นอยู่ของผู้บริโภคและเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ทั้งนี้ ได้กำหนดเป็นข้อห้ามการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งการตกลงกันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันในแนวนอน (Horizontal) คือ ความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งเป็นคู่แข่งกันหรือมีโอกาสแข่งขันกันได้ และการตกลงกันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันในแนวตั้ง (Vertical) ซึ่งหมายถึง ความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจต่างระดับกัน เช่น ความตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย เป็นต้น

3.1.2.1 มาตรา 101 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป

จากบทบัญญัติของ มาตรา 101(1)¹⁸ ได้บัญญัติว่าการกระทำต่างๆดังต่อไปนี้ถูกห้ามไม่ให้กระทำหากขัดแย้งกับตลาดภายใน คือ การทำข้อตกลง (Agreement) ระหว่างองค์กรทางธุรกิจ การตัดสินใจของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ (Decision by association of undertakings) และการกระทำการร่วมกัน (Concerted practices) ระหว่างองค์กรทางธุรกิจ ที่อาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป และมีเป้าหมายหรือผลกระทบเพื่อการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำดังต่อไปนี้

¹⁷ อดีตคือมาตรา 81 ของ Treaty on European Union หรือ TEU

¹⁸ Treaty on the Functioning of the European Union

Article 101

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal 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.

- (ก) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่นๆ
- (ข) การจำกัดหรือการควบคุมผลผลิต ตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน
- (ค) การแบ่งส่วนของตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ
- (ง) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่น ซึ่งจะทำให้คู่ค้านั้นเสียผลประโยชน์ในการแข่งขัน
- (จ) การทำข้อสรุปของสัญญาภายใต้การยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติหรือในทางการค้าไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับเป้าหมายของสัญญาใดๆ

คำว่า “องค์กรทางธุรกิจ” หรือ Undertaking ได้มีการให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน บริษัท ทรัสต์ องค์กรการกุศล สหกรณ์ รัฐวิสาหกิจที่แสวงหากำไร รวมถึงองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร และอาจรวมไปถึงองค์กรภาครัฐในการกระทำการบางกรณี ทั้งนี้ศาลยุติธรรมยุโรปในคดี *Hofner and Elser v Macrotron GmbH* ได้อธิบายไว้ว่า¹⁹ “ในบริบทของกฎหมายแข่งขันทางการค้า คำว่าองค์กรทางธุรกิจ หมายความว่า องค์กรทุกรูปแบบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือแหล่งที่มาของเงินทุนขององค์กรนั้น”

คำว่า องค์กรทางธุรกิจ ได้มุ่งเน้นไปถึงธรรมชาติของการกระทำที่เกิดขึ้นโดยองค์กรนั้น โดยเป็นแนวคิดที่มองว่าในการกระทำรูปแบบหนึ่งองค์กรนั้นจะถูกจัดเป็นองค์กรทางธุรกิจที่อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่หากเป็นการกระทำรูปแบบอื่นอาจไม่ถูกจัดอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ ซึ่งในแต่ละกรณีนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องจำแนกรูปแบบการกระทำที่มีลักษณะจำเพาะเจาะจง²⁰ ดังนั้น เมื่อมุ่งเน้นไปที่การกระทำขององค์กรจึงสื่อให้เห็นว่าองค์กรนั้นจะมีสถานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายหรือไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะฉะนั้น บุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือองค์การภาครัฐก็มีโอกาสที่จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายนี้ได้ ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงหลักการนี้คือ คดีเกี่ยวกับฟุตบอลโลกในปีค.ศ. 1990 ทางคณะกรรมการยุโรปได้ตัดสินว่าสมาคมด้านการกีฬา ซึ่งได้แก่ สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) สหพันธ์ฟุตบอลแห่งอิตาลี (FIGC) และคณะกรรมการท้องถิ่น ซึ่งดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เป็น “องค์กรทางธุรกิจ” ที่อยู่ภายใต้

¹⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 39.

²⁰ *Ibid.*, p. 129.

ความหมายของมาตรา 81²¹ (ปัจจุบันคือ มาตรา 101 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป)

องค์กรใดๆก็ตามไม่ว่าจะเป็นองค์กรเอกชนหรือองค์กรมหาชน ซึ่งกระทำหน้าที่ในรูปแบบของการกระทำของรัฐ โดยใช้อำนาจรัฐ จะไม่ตกอยู่ภายใต้ นิยามของคำว่า องค์กรทางธุรกิจ และจะได้รับความคุ้มกันจากการใช้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม การจะจำแนกว่าองค์กรใดมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือกระทำการโดยใช้อำนาจรัฐนั้นขึ้นอยู่กับว่าการเสนอสินค้าหรือบริการไปสู่ตลาดเป็นไปเพื่อการแสวงหากำไรเข้าสู่องค์กรนั้นหรือไม่ หากไม่ใช่ก็จะไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ ตัวอย่างเช่น ในคดีเกี่ยวกับองค์กรส่วนท้องถิ่นองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่ทางปกครองและได้รับอนุญาตให้ดำเนินการด้านการบริการพิธีฝังศพ ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้เน้นถึงว่ามาตรา 101 จะไม่ใช่บังคับกับการกระทำของท้องถิ่นในฐานะองค์กรสาธารณะ²²

แม้ว่าปัจเจกบุคคลจะสามารถอยู่ในฐานะผู้กระทำการทางเศรษฐกิจและตกอยู่ภายใต้ความหมายขององค์กรทางธุรกิจได้ แต่ในกรณีของลูกจ้างที่กระทำการในฐานะที่เป็นลูกจ้างจะไม่ใช่องค์กรทางธุรกิจตามความหมายของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้ว่าการกระทำของลูกจ้างจะเป็นไปเพื่องานของนายจ้างก็ตาม เนื่องด้วยลูกจ้างที่อยู่ในความสัมพันธ์ของการจ้างแรงงานนั้นไม่ต้องแบกรับภาระความเสี่ยงทางการเงินของธุรกิจ และทำงานภายใต้คำสั่งของนายจ้างเท่านั้น²³

ธุรกิจที่อยู่ในกลุ่มเดียวกันซึ่งมีฐานะเป็นบริษัทแม่และบริษัทลูก (Parent and subsidiary) อาจมีฐานะความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน แต่ทว่าศาลยุติธรรมแห่งยุโรปในคดี *Consten and Grundig* มีคำพิพากษาว่า มาตรา 101 จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับองค์กรภายในของธุรกิจ ซึ่งมีความมุ่งหมายไปถึงกรณีที่บริษัทลูกไม่มีอิสระในการดำเนินการทางเศรษฐกิจและไม่มีเสรีภาพในการตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบริษัทแม่และบริษัทลูกนั้นก็ถือว่าเป็นองค์กรเดียวกันในทางเศรษฐกิจ และในคดี *Vihov Europe BV v. Commission* ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ยืนยันว่าเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทแม่ถือหุ้นจำนวนร้อยละ 100 ในบริษัทลูก บริษัททั้งสองจะถือเป็นองค์กรเดียวกันในทางเศรษฐกิจ เพราะฉะนั้นข้อตกลงระหว่างสองบริษัทนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

²¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 130.

²² *Ibid.*, p. 133.

²³ *Ibid.*, p. 139.

คำว่า “ข้อตกลง” หรือ Agreement นั้นหมายความถึงทั้งข้อตกลงด้วยวาจาและข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะมีเจตนาทำให้มีผลผูกพันในทางกฎหมายหรือไม่ โดยหมายความถึงข้อตกลงที่ไม่เป็นทางการด้วย และกรณีข้อตกลงของสมาคมทางการค้าก็จะถูกถือว่าเป็นข้อตกลงของสมาชิก ดังนั้น เพียงแต่การแสดงออกในการตกลงร่วมกันขององค์กรทางธุรกิจเกี่ยวกับการกระทำที่กฎหมายกำหนด ก็เข้าข่ายการกระทำที่เป็นข้อตกลงในรูปแบบนี้แล้ว ทั้งนี้ องค์กรทางธุรกิจเองจะไม่สามารถพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ละเมิดกฎหมายโดยอ้างว่าถูกบังคับจากคู่ค้าให้ทำข้อตกลง²⁴ เพราะฉะนั้น ข้อตกลงที่เกิดขึ้นโดยไม่เต็มใจ อาจเป็นเพียงปัจจัยที่ทำให้ทางคณะกรรมการลดค่าปรับหรือยกเว้นค่าปรับหรือไม่ทำการเริ่มดำเนินการเอาผิดได้

โดยหลักแล้วข้อตกลงจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ การมีเจตนา ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในการดำเนินนโยบาย การกระทำไปสู่เป้าหมายหรือการปรับใช้แนวทางการประกอบธุรกิจในตลาดร่วมกัน และการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงจะต้องปรากฏถึงการมีเจตนา ร่วมกันไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อมของผู้ประกอบการธุรกิจในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งรูปแบบของการตกลงนั้นไม่ใช่สาระสำคัญ แม้ว่าจะเกิดเป็นสัญญาตามกฎหมายของประเทศนั้นหรือไม่ หรือมีเจตนาให้มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม²⁵

คำว่าข้อตกลงที่กล่าวมาข้างต้นนี้ใช้บังคับกับทั้งข้อตกลงในแนวนราบ (Horizontal agreement) และข้อตกลงในแนวตั้ง (Vertical agreement) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ เคยมีการโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายเรื่องการห้ามการจำกัดการแข่งขันกับข้อตกลงในแนวตั้ง โดยมีผู้เสนอความเห็นที่ไม่ควรใช้มาตรา 101 กับข้อตกลงที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่ดำเนินการอยู่ต่างระดับกันในทางเศรษฐกิจ เพราะมองว่าองค์กรเหล่านั้นไม่ใช่คู่แข่งกัน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ปฏิเสธแนวคิดนี้ และยืนยันว่ามาตรา 101 ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวตั้งด้วย เนื่องจากถ้อยคำในบทบัญญัติไม่ได้มีการแบ่งแยกระหว่างข้อตกลงทั้งสองรูปแบบ²⁶

คำว่า สมาคมขององค์กรทางธุรกิจ หรือ Association of undertaking คือ องค์กรที่เกิดจากการรวมกลุ่มขององค์กรทางธุรกิจ ซึ่งเป็นที่พบปะของกลุ่มคู่แข่งในธุรกิจรูปแบบเดียวกัน เพื่อทำการตกลงร่วมกันและเพื่อเจรจาในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกัน²⁷ โดยเป็นองค์กรที่สำคัญในการร่วมมือกันขององค์กรทางธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ตัวสมาคมเองนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมีเป้าหมายในทางการค้าหรือมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด ทั้งนี้ “การตัดสินใจโดยสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ” หรือ Decision by associations of undertakings

²⁴ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 99.

²⁵ *Ibid.*, p. 149.

²⁶ *Ibid.*, p. 150.

²⁷ *Ibid.*, p. 36.

สมาคมเหล่านี้มักจะมีบทบาทสำคัญในกรณีที่เกิดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันขององค์กรธุรกิจขนาดใหญ่²⁸ โดยในที่สุดแล้ว การตัดสินใจของตัวสมาคมเองก็จะเป็นความผิดตามกรณีนี้ นอกจากนี้ ระเบียบข้อบังคับ (Constitution) ของสมาคมก็ถือเป็นการตัดสินใจรูปแบบหนึ่ง และข้อตกลงที่กระทำขึ้นโดยสมาคมก็ถือเป็นการตัดสินใจเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพียงแต่ข้อเสนอแนะ (Recommendation) ของทางสมาคมก็อาจถือเป็นการตัดสินใจได้ทั้งที่ตามความเป็นจริงแล้ว ข้อเสนอแนะนั้นอาจไม่ได้มีผลผูกพันองค์กรที่เป็นสมาชิกก็ตาม

เหตุผลเบื้องหลังในการกำหนดถึงการกระทำของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ เพราะต้องการที่จะป้องกันกรณีที่องค์กรทางธุรกิจหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยร่วมมือกันเป็นสมาคม และเพื่อยืนยันหลักการนี้ให้มีประสิทธิภาพในมาตรา 101 จึงได้ครอบคลุมไม่เฉพาะตัวองค์กรทางธุรกิจแต่รวมไปถึงสมาคมขององค์กรทางธุรกิจเหล่านั้นด้วย โดยรูปแบบของการรวมตัวกันเป็นสมาคมจะประกอบไปด้วยองค์กรทางธุรกิจประเภทเดียวกันและมีความรับผิดชอบในการเป็นตัวแทนและเรียกร้องผลประโยชน์ร่วมกันต่อองค์กรทางเศรษฐกิจอื่น รวมถึงองค์กรภาครัฐอื่นๆด้วย ดังนั้น หลักการนี้จึงใช้บังคับกับสมาคมทางการค้าที่อาจจัดการประชุมสำหรับคู่แข่งในอุตสาหกรรมอย่างเดียวกันเพื่อดำเนินการไปในทิศทางเดียวกันและเจรจาในผลประโยชน์ร่วมกัน รวมถึงมีการร่วมกันตัดสินใจเพื่อใช้วิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการทำการค้า²⁹

การตัดสินใจของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ เกิดขึ้นเนื่องจากสมาคมขององค์กรทางธุรกิจเป็นสื่อกลางในองค์กรธุรกิจทั้งหลายได้มาพบปะกัน และนำไปสู่การตกลงร่วมกัน ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นคือ มีข้อตกลงเกิดขึ้นระหว่างสมาชิกของสมาคมทางการค้าสมาคมหนึ่ง ซึ่งต้องการที่จะควบคุมตลาดการค้าหลังคา โดยสมาชิกต่างเห็นพ้องกันที่จะกำหนดราคาสินค้าเป็นราคาเดียวกัน และกำหนดโควตาการจำหน่ายสินค้าในตลาด โดยที่ข้อตกลงได้ผ่านมติที่ประชุมของสมาคม และสมาคมได้มีส่วนร่วมในการดำเนินการนี้ในหลายรูปแบบ³⁰

คำว่า “การกระทำการร่วมกัน” หรือ Concerted practices หมายถึง การกระทำหรือการประพฤติปฏิบัติ ซึ่งแม้ว่าจะไม่อยู่ในความหมายของ ข้อตกลง หรือ การตัดสินใจ ก็อาจเป็นความผิดได้ โดยกรณีนี้ถูกกำหนดขึ้นอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำหลากหลายรูปแบบขององค์กรทางธุรกิจ โดยมีลักษณะเป็นความเข้าใจร่วมกันอย่างไม่เป็นทางการเพื่อจำกัดการแข่งขัน ซึ่งยังไม่ถึงขั้นของการเป็นข้อตกลง อย่างไรก็ตามการกระทำการร่วมกันที่เกิดขึ้นจะต้องถูกนำมาปฏิบัติหรือนำมาใช้จริงในตลาด โดยการพิสูจน์ว่ามีการกระทำการร่วมกันเกิดขึ้นหรือไม่ จะต้องพิสูจน์ทั้งการร่วมกันกระทำและพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงในกระบวนการที่มีผลกระทบต่อการกระทำการร่วมกัน

²⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 36.

²⁹ *Ibid.*, p. 146.

³⁰ *Ibid.*, p. 171.

ด้วย หากว่ามีการคบคิดกันวางแผนเพื่อที่จะกระทำการร่วมกันแต่ไม่ได้กระทำการนั้นขึ้นจริงในตลาดก็ จะไม่ใช่การกระทำการร่วมกันอย่างแท้จริง เพราะฉะนั้นแนวคิดของการกระทำการร่วมกันจึงต้องมี องค์ประกอบทั้งการร่วมกันกระทำขององค์กรทางธุรกิจและเกิดการกระทำจริงตามมาในตลาดด้วย

ถ้าหากผู้เข้าร่วมกระทำการ (ไม่ว่าจะมีขึ้นอย่างเป็นทางการหรือไม่) ได้ตกลงกันที่จะ ให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงแผนการทางธุรกิจในอนาคตของตน เหตุการณ์เช่นนี้มีแนวโน้มที่จะเป็นการ กระทำการร่วมกันที่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากแนวคิดนี้ ต้องการที่จะจัดการติดต่อไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างคู่แข่งซึ่งมีเป้าหมายหรือมีผลกระทบที่ มีอิทธิพลต่อการกระทำในตลาด ทั้งนี้เนื่องจากว่าความมุ่งหมายของมาตรา 101 มีขึ้นเพื่อยืนยันว่า องค์กรทางธุรกิจแต่ละองค์กรนั้นมีการดำเนินการที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน ดังนั้นเจตนารมณ์ ของการแข่งขันจึงได้รับการสนับสนุนให้เกิดขึ้นในตลาด ซึ่งเป็นการแน่นอนว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูล ต่างๆ เช่นข้อมูลในด้านราคา จะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 101 แต่ในทางตรงกันข้าม มาตรา 101(1) ไม่ได้ต้องการจำกัดการตัดสินใจฝ่ายเดียวขององค์กรทางธุรกิจ ตัวอย่างเช่น การตัดสินใจใน การส่งข้อมูลด้านราคาให้สื่อมวลชนเพื่อเผยแพร่ หรือการเลือกกระทำการไปในทิศทางเดียวกันกับ คู่แข่งโดยปราศจากการสมคบคิดกัน³¹ ทั้งนี้ ปัญหาที่มักเกิดขึ้นคือ องค์กรทางธุรกิจที่ร่วมกันจำกัดการ แข่งขันมักจะทำทุกวิถีทางเพื่อทำลายหลักฐานที่จะถูกเอาผิด เช่น เอกสารที่ใช้ในการประชุม โทรสาร จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ซึ่งทางคณะกรรมการยุโรปมีความพยายามที่จะค้นหาหลักฐานที่ชี้ ว่ามีการทำข้อตกลงหรือมีการกระทำการร่วมกัน อย่างไรก็ตาม การสืบหาหลักฐานในกรณีนี้ทาง คณะกรรมการยุโรปเองจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวัง เนื่องจากอาจมีกรณีที่องค์กรทางธุรกิจกระทำการ ไปในแนวทางเดียวกันโดยปราศจากการตกลงกันล่วงหน้า ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด

ในส่วนของ การกระทำที่กล่าวมาทั้ง 3 รูปแบบข้างต้น ได้แก่ การทำข้อตกลง การตัดสินใจโดยสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ และการกระทำการร่วมกัน จะต้องมีโอกาสที่จะส่งผล กระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก (may affect trade between Member States) ซึ่ง หมายถึง จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยอนุมาณ ได้ว่าจะต้องมีความเป็นไปได้ที่จะคาดการณ์ในระดับที่เพียงพอของความน่าจะเป็นที่อยู่บนพื้นฐานของ ปัจจัยทางภาวะวิสัยของกฎหมายหรือข้อเท็จจริงว่าข้อตกลงหรือการปฏิบัตินั้นอาจมีอิทธิพลไม่ว่า ทางตรงหรือทางอ้อมหรือมีโอกาสเป็นไปได้ที่จะมีอิทธิพลต่อรูปแบบการค้าของประเทศสมาชิกของ

³¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 178.

สหภาพยุโรป ทั้งนี้ ในการพิจารณาจะใช้หลักการภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งถ้าหากมีหลักฐานปรากฏว่าผู้ประกอบการมีความตั้งใจที่จะก่อให้เกิดผลกระทบขึ้นแล้วก็จะมีความผิด³²

ส่วนหนึ่งที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาคือ ในบทบัญญัติมาตรา 101 ได้กล่าวว่าการกระทำทั้งหลายจะต้องมีเป้าหมายหรือมีผลกระทบเพื่อการกีดกัน การจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน (The object or effect of preventing, restricting or distorting competition) ซึ่งคำว่า “เป้าหมาย” และ “ผลกระทบ” ต้องพิจารณาแยกออกจากกัน โดยต้องเริ่มพิจารณาจากว่าเป้าหมายของความตกลงคืออะไร หากไม่ปรากฏเป้าหมายที่ชัดเจน จึงจะมาพิจารณาต่อไปว่าความตกลงนั้นมีผลกระทบอย่างไร จากคำตัดสินของศาลพบว่า มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของความตกลงเป็นสิ่งแรก³³ โดยอ้างอิงถึงบทบัญญัติที่ชัดเจนในความตกลงนั้น รวมถึงพิจารณาบริบททางเศรษฐกิจ เมื่อไม่ปรากฏว่าเป้าหมายของความตกลงนั้นเป็นการจำกัดการแข่งขัน จึงไปพิจารณาถึงผลกระทบของความตกลง ซึ่งการพิจารณาผลกระทบนั้นมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ ความตกลงนั้นส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ โดยเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบของความตกลงนั้นกับการดำรงอยู่ของการแข่งขันเมื่อถูกจำกัด ทั้งนี้ ต้องพิจารณาประกอบกับเหตุผลเบื้องหลังทางเศรษฐกิจด้วย

หากจะกล่าวโดยละเอียด คำว่า “เป้าหมาย” ของการห้ามการกีดกัน การจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน หมายถึง ความตั้งใจในทางภาวะวิสัยและวัตถุประสงค์ของความตกลงในบริบทของเศรษฐกิจที่นำมาใช้ ซึ่งหากความตกลงนั้นมีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน จะไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิสูจน์อีกว่าความตกลงนั้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่³⁴ ส่วนคำว่า “ผลกระทบ” จะนำมาพิจารณาเมื่อการตกลงนั้นไม่ได้มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน จึงต้องแสดงให้เห็นว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันแทน

มาตรา 101 ถูกแปลความโดยแบ่งแยกรูปแบบการตกลงที่ร้ายแรงที่มีแนวโน้มจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์ของผู้บริโภคให้จัดอยู่ในประเภทความตกลงที่มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน แต่อย่างไรก็ดี ผู้ที่ทำความตกลงสามารถพิสูจน์ถึงข้อยกเว้นซึ่งอยู่ในมาตรา 101(3) ได้ โดยตัวอย่างของความตกลงที่มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขันที่ถูกกล่าวถึงในคดี *European Night Services v Commission* ได้แก่ ความตกลงที่เป็นกรรวมตัวกันกำหนดราคา การแบ่งเขตตลาด หรือการควบคุมปริมาณการผลิต เป็นต้น

³² Commission Notice, Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty [Online], 2004. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

³³ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 96.

³⁴ Richard Whish, *Competition Law*, 6th ed. (New York: Oxford university press, 2009), p. 117.

ข้อจำกัดที่ระบุในสัญญา มักถูกสันนิษฐานเป็นเบื้องต้นว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยเป็นที่ชัดเจนว่า รูปแบบของความตกลงที่ถูกบัญญัติไว้ใน ข้อ ก. – จ. ของมาตรา 101(1) จะถูกจัดว่าเป็นความตกลงที่จำกัดการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม รูปแบบของความตกลงดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น หากจะพิจารณาโดยละเอียดก็จะแบ่งได้เป็นประเภทความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal Restrictions) และการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical Restrictions)

3.1.2.2 ความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน

ความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน หมายถึง การที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันหรือมีแนวโน้มจะเป็นคู่แข่งกัน หันมาทำความตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งการกระทำโดยมากจะเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้แก่ การกำหนดราคา การแบ่งเขตตลาด การจำกัดปริมาณการผลิต การรวมตัวกันประกวดราคา การกำหนดเงื่อนไขทางการค้า การแลกเปลี่ยนข้อมูล หรือการจำกัดการโฆษณา เป็นต้น

3.1.2.2.1 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา (Horizontal price fixing) เป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์มากที่สุดในประเภทของการรวมตัวกันจำกัดการแข่งขันทั้งหมด โดยการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ ปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ในมาตรา 101(1)(ก) ที่ห้ามการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งจากคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิการยุโรปได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ห้ามร่วมกันกำหนดราคาไม่เฉพาะการรวมตัวกระทำอย่างชัดแจ้ง แต่รวมไปถึงการกระทำที่ส่งผลเป็นการร่วมกันกำหนดราคาคด้วย

ตัวอย่างในคดี *IFTRA Rules on Glass Containers* คณะกรรมการสิทธิการยุโรปได้ลงโทษสมาคมผู้ผลิตภาชนะแก้วที่มีการรวมตัวกันลดการแข่งขันด้านราคาโดยการกำหนดหน้าที่ให้สมาชิกต้องไม่ทำการลดราคา ต้องเปิดเผยข้อมูลระหว่างกัน มีการใช้กระบวนการทางบัญชีที่เหมือนกัน และต้องกำหนดราคาขนส่งเป็นรูปแบบเดียวกัน ในคำตัดสินนี้ คณะกรรมการได้ชี้ชัดเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า ในตลาดสินค้าชนิดเดียวกันโอกาสของการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคามีน้อย เพราะฉะนั้นการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันด้านราคาที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก³⁵ และข้อตกลงที่จะไม่ยอมลดราคาก็เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายเช่นเดียวกัน

³⁵ Richard Whish, *Competition Law*, p. 507.

คำตัดสินจำนวนมากได้ลงโทษข้อตกลงที่อาจจะเป็นการกำหนดระดับราคา ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม หรือการปรึกษากันด้านราคาโดยมีการให้คำมั่นสัญญาว่าจะไม่ส่งใบเสนอราคาจนกว่าจะได้ร่วมปรึกษากันก่อน รวมถึงการห้ามความตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขในการจำกัดการแข่งขันด้านราคา การกำหนดราคาสูงสุด หรือการกำหนดราคาขายต่อ ในคดี *British Sugar* ทางคณะกรรมการยุติการยุโรปไม่พบว่าราคาของน้ำตาลมีการกำหนดกันอย่างชัดเจน แต่การตัดสินใจของผู้เข้าร่วมในการตกลงทุกรายจะต้องอยู่ภายใต้การตัดสินใจของผู้เข้าร่วมตกลงรายอื่นๆ เพื่อที่จะบรรลุถึงกลยุทธ์ในการร่วมมือกันรักษาระดับราคาให้สูงขึ้นภายใต้ความเชื่อมั่นซึ่งกันและกัน³⁶ ก็เข้าข่ายเป็นการรวมตัวกันกำหนดราคารูปแบบหนึ่ง

การรวมตัวกันกำหนดราคาที่เกิดขึ้นในรูปแบบอื่นๆ ที่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมาย ได้แก่ การกำหนดราคาภายใต้กลยุทธ์ในการแบ่งแยกตลาดภายในประเทศ ข้อตกลงเพื่อกำหนดราคาระหว่างผู้จัดจำหน่ายหรือข้อตกลงระหว่างผู้ผลิต ข้อตกลงที่มีผลกระทบเพื่อที่จะรักษาความแตกต่างของราคาระหว่างตลาดทางภูมิศาสตร์ที่ต่างกัน การมีตัวแทนจำหน่ายร่วมกันที่นำไปสู่การร่วมกันกำหนดราคา หรือการกำหนดราคานำเข้าไปยังสหภาพยุโรป เป็นต้น

การรวมตัวกันกำหนดราคาในภาคบริการก็ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) เช่นกัน ตัวอย่างคดี คือ *Eurocheque: Helsinki Agreement* ทางคณะกรรมการยุติการยุโรปได้กำหนดค่าปรับเป็นจำนวน 6,000,000 ยูโร เมื่อธนาคารในประเทศฝรั่งเศสได้ตกลงร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมที่ใช้กับลูกค้า อย่างไรก็ตามในที่สุดแล้วคำตัดสินได้ถูกยกเลิกไปบางส่วนและค่าปรับก็ถูกลดลง³⁷ และในคดี *Belgian Architects* ซึ่งเป็นกรณีภาคการบริการวิชาชีพที่สมาคมสถาปนิกแห่งประเทศเบลเยียมได้ร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมขั้นต่ำของค่าวิชาชีพ ทางคณะกรรมการได้ลงโทษโดยกำหนดค่าปรับเป็นจำนวนเงิน 100,000 ยูโร

การห้ามรวมตัวกันกำหนดราคาไม่ได้ใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายผู้ขายเท่านั้น กฎหมายห้ามการรวมตัวกันกำหนดราคาของทางฝ่ายผู้ซื้อด้วยเช่นกัน ในคดี *Spanish Raw Tobacco* และ *Italian Raw Tobacco* มีข้อเท็จจริงคือ ทางฝ่ายผู้แปรรูปยาสูบถูกกล่าวหาจากทางคณะกรรมการยุติการยุโรปว่าร่วมกันกำหนดราคารับซื้อยาสูบจากผู้ปลูกยาสูบและพ่อค้าคนกลาง และแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อกำหนดรูปแบบการรับซื้อร่วมกัน โดยทางคณะกรรมการพิจารณาว่าการกระทำเช่นนี้มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน แม้ว่าจะเป็นข้อตกลงที่จะชำระราคาต่ำกว่าที่ควรจะเป็นซึ่งอาจจะนำไปสู่การลดต่ำลงของราคาเมื่อไปถึงผู้บริโภคก็ตาม แนวคิดของทางคณะกรรมการ

³⁶ Richard Whish, *Competition Law*, p. 508.

³⁷ *Ibid.*, p. 510.

คือ การรวมตัวกันกำหนดราคาซื้อขายเป็นการขัดขวางความมีอิสระในการตัดสินใจและขัดขวางการแข่งขันระหว่างกัน³⁸

3.1.2.2.2 การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาด

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาด (Horizontal market sharing) ปรากฏในมาตรา 101(1)(ค) ที่กล่าวถึงการแบ่งส่วนของตลาด ซึ่งหมายถึง การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างองค์กรทางธุรกิจ ตัวอย่างเช่น บริษัทจำนวน 3 บริษัทในประเทศอังกฤษ ตกลงกันว่าแต่ละบริษัทจะมีสิทธิพิเศษในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่กำหนด และบริษัทอื่นจะไม่เข้าไปรุกล้ำในเขตนั้น หรือการแบ่งเขตตลาดโดยแยกประเภทของลูกค้า ตัวอย่างเช่น บริษัทหนึ่งจะทำการค้ากับพ่อค้าคนกลางเท่านั้น อีกบริษัทหนึ่งจะทำการค้ากับผู้ค้าปลีก และอีกบริษัทหนึ่งจะทำการค้ากับองค์กรภาครัฐ เป็นต้น ซึ่งการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์อาจมีประสิทธิภาพต่อผู้ที่ตกลงร่วมกันมากกว่าการรวมตัวกันกำหนดราคา เนื่องจากความยากลำบากและค่าใช้จ่ายในการกำหนดราคาจะไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ผลที่เกิดขึ้นก็เป็นการจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาเช่นเดียวกัน อีกทั้งการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์ในด้านของผู้บริโภคก็เป็นข้อห้าม เนื่องจากเป็นการทำให้ทางเลือกของผู้บริโภคลดลง โดยการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดในบริบทของสหภาพยุโรปนี้ถูกนำมาพิจารณาอย่างจริงจัง เนื่องจากทำให้เกิดผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างชัดเจนและเป็นการชะลอกระบวนการรวมกันเป็นตลาดเดียวซึ่งเป็นเป้าหมายที่สำคัญอย่างยิ่งของสหภาพยุโรป³⁹

ในบางกรณีมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับข้อตกลงแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์ว่า ควรได้รับการอนุญาตให้ทำได้หากเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการจัดจำหน่าย อย่างไรก็ตาม ข้อถกเถียงนี้ไม่ได้ได้รับการยอมรับ เนื่องจากไม่ได้มีการอธิบายว่าเพราะเหตุใดผลประโยชน์ที่เรียกร้องจึงเกิดขึ้นได้ภายใต้ข้อตกลงในแนวราบ หากว่าผู้ผลิตพบว่าการขายสินค้านอกอาณาเขตที่ตกลงหรือนอกเหนือจากกลุ่มลูกค้าที่ตกลงกันจะก่อให้เกิดกำไรมากขึ้น ทางผู้ผลิตก็จะยอมรับให้มีค่าใช้จ่ายในการจัดจำหน่าย ซึ่งจะไม่บรรลุเป้าหมายที่กล่าวมาข้างต้น และทำให้เกิดการยกเว้นการแข่งขันโดยมีผลกระทบไปถึงประโยชน์ของผู้บริโภค โดยในที่สุดก็จะเกิดการจำกัดจำนวนผลผลิตและขึ้นราคาสินค้า⁴⁰

มีความเป็นไปได้ในบางกรณีที่การแบ่งเขตตลาดจะก่อให้เกิดประโยชน์ได้ โดยการแบ่งเขตตลาดอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้วยการทำให้ธุรกิจขนาดเล็กสามารถแข่งขันกับธุรกิจขนาดใหญ่ได้ ตัวอย่างเช่น ผู้ค้าปลีกขนาดเล็กจำนวนมากอาจตัดสินใจเข้าร่วมกันเพื่อโฆษณาตราสินค้าของตนเองเพื่อร่วมมือกันในการบริหารจัดการจำหน่าย เนื่องจากหากดำเนินการเพียงลำพังก็จะไม่

³⁸ Richard Whish, *Competition Law*, p. 511.

³⁹ *Ibid.*, p. 513.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 514.

สามารถรองรับค่าใช้จ่ายจำนวนมากที่เกิดขึ้น แต่หากดำเนินการร่วมกันหลายรายก็จะสามารถรับมือได้ เพราะฉะนั้นการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดในบางกรณีก็ควรได้รับการอนุญาต⁴¹

มีค่าตัดสินจำนวนมากที่เกิดขึ้นภายใต้มาตรา 101(1)(ค) ซึ่งเกี่ยวกับการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาด โดยมีเหตุผลหลักอยู่ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก การแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์สามารถเกิดขึ้นได้อย่างง่ายดายภายในสหภาพยุโรป เนื่องจากมีหลายวิธีในการแบ่งแยกตลาดภายในประเทศออกจากตลาดอื่นเมื่อเป้าหมายความเป็นตลาดเดียวกันอยู่ระหว่างการดำเนินการประเด็นทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศยังคงเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ ประการที่สอง คือ นโยบายของทางคณะกรรมการการยุโรปมีเพื่อที่จะป้องกันการกระทำที่ขัดขวางการรวมตลาด ดังนั้น จึงอาจเกิดความคาดหวังว่าการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดในแนวราบนี้จะถูกลงโทษเพิ่มมากขึ้นในอนาคต ตัวอย่างในคดี *Peroxygen Products* ที่ทางคณะกรรมการการได้ตัดสินลงโทษปรับจำนวน 9,000,000 ยูโร ต่อบริษัทผู้ผลิต 5 รายที่ทำการแบ่งเขตตลาดภายในสหภาพยุโรป ซึ่งส่งผลให้ราคาสินค้ามีความแตกต่างกันอย่างมากระหว่างตลาดทางภูมิศาสตร์แต่ละพื้นที่ หรือคดี *Gas Insulated Switchgear* ที่ถูกปรับไปเป็นจำนวนเงิน 750,000,000 ยูโร เนื่องจากทำการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาดสินค้าในพื้นที่ทั่วโลก⁴²

3.1.2.2.3 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิตและการจำกัดการผลิตในรูปแบบต่างๆ

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิตและการจำกัดการผลิตในรูปแบบต่างๆ (Quotas and other restriction on production) ปรากฏในมาตรา 101(1)(ข) โดยห้ามการจำกัดหรือการควบคุมผลผลิต เนื่องจากเมื่อเกิดการจำกัดปริมาณผลผลิต ราคาของสินค้าก็จะสูงขึ้น เพราะสินค้านั้นน้อยกว่าความต้องการของตลาด ตัวอย่างเช่น การรวมตัวกันของกลุ่ม OPEC ที่ไม่ได้ร่วมกันกำหนดราคา แต่รวมตัวกันกำหนดปริมาณการส่งออกน้ำมันของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ส่งผลให้ราคาน้ำมันสูงขึ้นเมื่อมีการส่งออกน้ำมันจำนวนน้อย เพราะฉะนั้น การรวมตัวกันจำกัดปริมาณการผลิตเป็นสิ่งที่ควรต้องจับตามองอย่างเต็มที่ เนื่องจากการผลิตสินค้าจำนวนมากเกินกำหนดของผู้ผลิตบางรายในกลุ่มผู้ผลิตที่รวมตัวกันจะส่งผลให้ราคาสินค้าลดต่ำลง อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการรวมตัวกันจำกัดปริมาณการผลิตแล้ว จะมีการกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันการฉ้อโกงระหว่างกัน เช่น กำหนดให้ต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดการผลิตและการขายสินค้า ซึ่งหากผู้เข้าร่วมรายใดรายหนึ่งฝ่าฝืนข้อตกลงโดยทำการผลิตสินค้าเกินจำนวนที่จัดสรรกันไว้จะถูกลงโทษโดยต้องเสียค่าปรับให้ผู้เข้าร่วมตกลงรายอื่นๆ เพื่อเป็นบทเรียนที่ฉ้อโกงบุคคลอื่น ส่งผลให้ผู้ถูกลงโทษนั้นจำเป็นต้องขายสินค้าใน

⁴¹ Richard Whish, *Competition Law*, p. 514.

⁴² Ibid., p. 515.

ราคาสูงขึ้นกว่าปกติเพราะต้องการได้กำไรและนำไปจ่ายค่าปรับ ซึ่งในที่สุดผู้ที่ได้รับความเสียหายในเหตุการณ์นี้คือผู้บริโภค⁴³ ที่ต้องแบกรับราคาสินค้าที่สูงขึ้น

อย่างไรก็ดี ข้อตกลงที่เป็นการรวมตัวกันกำหนดข้อจำกัดการผลิตอาจก่อให้เกิดประโยชน์ได้บางกรณี เช่น ข้อตกลงเพื่อร่วมกันผลิต (Joint production) ข้อตกลงร่วมกันวิจัยและพัฒนา (Research and development agreements) หรือข้อตกลงเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้า (Standardisation agreements) ซึ่งข้อตกลงเหล่านี้ในบางครั้งอาจเข้าช้อยกเว้นให้กระทำได้

จากมาตรา 101(1)(ข) ที่ห้ามการจำกัดหรือการควบคุมผลผลิต ตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน ได้ใช้บังคับกับข้อตกลงที่ส่วนใหญ่เกี่ยวกับการจำกัดผลผลิตในหลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Associated Lead Manufacturers Ltd (White Lead)* ผู้ประกอบธุรกิจที่ผลิตตะกั่วในประเทศอังกฤษ เยอรมัน และเนเธอร์แลนด์ได้ตกลงกันที่จะแบ่งให้ผู้ผลิตแต่ละรายผลิตตะกั่วจำนวนหนึ่งในสามเพื่อส่งออกไปยังประเทศนอกสหภาพยุโรป โดยทำการสร้างสำนักงานส่วนกลางเพื่อรวบรวมข้อมูลในการขนส่งสินค้า รวมถึงข้อมูลในการส่งออก ซึ่งทางคณะกรรมการยุโรปได้ตัดสินว่าการกระทำเช่นนี้มีแนวโน้มที่จะเป็นความพยายามที่จะจำกัดและควบคุมตลาด⁴⁴ ที่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของมาตรา 101(1)(ข) หรือในคดี *Zinc Phosphate* คณะกรรมการยุโรปได้พิจารณาว่า สิ่งสำคัญของการตกลงร่วมกันในคดีนี้คือการแบ่งสรรโควตาการขาย อีกทั้งพบว่ามีข้อตกลงกำหนดราคาขั้นต่ำและกำหนดแบ่งสรรกลุ่มลูกค้าด้วย⁴⁵

3.1.2.2.4 การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคาหรือการฮั้วประมูล

การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา (Collusive Tendering) เป็น การกระทำที่เกิดขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจตกลงระหว่างกันเองเพื่อที่จะสมรู้ร่วมคิดกันในการเข้าประมูล ซึ่งโดยมากจะเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมวิศวกรรมและการก่อสร้างที่มีการแข่งขันกันเพื่อให้ได้ทำสัญญามูลค่ามหาศาล โดยผู้จัดการประมูลมักจะมีอำนาจต่อรองสูง ดังนั้นผู้เข้าประมูลจึงต้องการร่วมมือกันเพื่อสร้างอำนาจต่อรองของฝ่ายตน ทั้งนี้จากมุมมองของผู้เข้าประมูล การสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อทำการประมูลจะก่อให้เกิดประโยชน์หลายด้านเพิ่มขึ้นจากโอกาสในการกำหนดราคาให้สูงขึ้น ซึ่งหมายความว่าผู้เข้าประมูลจำนวนน้อยรายที่จะต้องรับภาระในด้านราคาและเป็นผู้เข้าทำสัญญาที่แท้จริง เพราะฉะนั้นผู้เข้าประมูลบางรายจะเข้าทำการประมูลโดยรู้อยู่แล้วว่าจะไม่ชนะ เนื่องจากมีการตกลงกันไว้ล่วงหน้าแล้วว่าผู้เข้าประมูลรายหนึ่งจะเข้าประมูลด้วยราคาที่ต่ำกว่า ดังนั้นเป็นการชี้ให้เห็นว่ายังมีผลประโยชน์เกิดขึ้นอยู่และในที่สุดจะไม่มีการแข่งขันระหว่างผู้เข้าประมูล ซึ่งหมายความว่า ผู้เข้าประมูลที่เข้า

⁴³ Richard Whish, *Competition Law*, p. 517.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 518.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 519.

ทำสัญญาจะสามารถดำเนินธุรกิจและรักษาฐานลูกค้าของตนไว้ได้โดยปราศจากการแย่งชิงจากผู้ประกอบการรายอื่น

ตัวอย่างการตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคาซึ่งตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของ มาตรา 101(1) และทางคณะกรรมการยุโรปได้ลงโทษได้แก่ คดี *Building and Construction Industry in the Netherlands* คณะกรรมการยุโรปปรับเป็นจำนวนเงิน 22,500,000 ยูโร สำหรับการรวมตัวกันกำหนดราคาและเข้าประกวดราคาในอุตสาหกรรมก่อสร้างของประเทศ เนเธอร์แลนด์ เนื่องจากสมาคมผู้ประกอบการได้ร่วมกันก่อตั้งองค์กรที่มีระบบราคาเป็นมาตรฐานที่จะมีผลผูกพันสมาชิกทั้งหมดขององค์กรและกฎเกณฑ์ขององค์กรนี้มีผลในการจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากสมาชิกจะทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันก่อนทำการประมูลและร่วมกันสมคบคิดในการเสนอราคาประมูลโดยที่ผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกรายหนึ่งจะมีสิทธิชนะการประมูลและได้เข้าทำสัญญา อีกทั้งข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐบาลของประเทศเนเธอร์แลนด์ได้รับรองกระบวนการประมูลที่เกิดขึ้นก็ไม่ได้เป็นการป้องกันจากความผิดตามมาตรา 101(1) แต่อย่างใด⁴⁶ และในคดี *Elevators and Escalators* ทางคณะกรรมการยุโรปได้ลงโทษปรับจำนวน 992,000,000 ยูโร ในการรวมตัวกันฮั้วประมูล การกำหนดราคา การแบ่งเขตตลาด และการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการติดตั้งและดูแลรักษาลิฟต์และบันไดเลื่อนในประเทศเบลเยียม เยอรมัน ลักเซมเบิร์ก และเนเธอร์แลนด์ ซึ่งคณะกรรมการได้กล่าวว่าผู้ประกอบการได้รวมตัวกันเพื่อแจ้งข้อมูลการประมูลเพื่อกำหนดโควตาและแบ่งผลประโยชน์ระหว่างกันที่จะนำไปสู่ผลประโยชน์สูงสุดของธุรกิจนั้น⁴⁷

3.1.2.2.5 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ (Agreements relating to terms and conditions) ต่อลูกค้าอาจเกิดผลเป็นการจำกัดการแข่งขันและทำกำไรให้ผู้ประกอบการได้มากกว่าปกติ ตัวอย่างเช่น การทำข้อตกลงร่วมกันที่จะไม่ลดราคาสินค้าจะส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันด้านราคา หรือการทำข้อตกลงที่จะไม่ให้สินเชื่อ หรือเงื่อนไขบางรูปแบบในตลาดที่เป็นการแข่งขันที่ไม่ใช่ด้านราคาซึ่งมีความสำคัญเพราะเป็นการจำกัดโอกาสในด้านอื่นๆ เช่น การที่ผู้ประกอบการสามารถเสนอการบริการหลังการขายที่ดีกว่าหรือมีการรับประกันหรือบริการส่งสินค้าโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตามการแข่งขันในการกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆเป็นส่วนสำคัญในกระบวนการแข่งขัน และเป็นความจริงเช่นกันที่จะกล่าวว่าในบางสถานการณ์การกำหนดมาตรฐานของเงื่อนไขและข้อกำหนดจะทำให้เกิดประโยชน์ขึ้นได้ เนื่องจากจะเกิดผลคือเป็นการเพิ่มความโปร่งใสในด้านราคา เพราะเหตุว่าลูกค้าจะสามารถเปรียบเทียบราคาที่แท้จริงของสินค้าหรือบริการได้

⁴⁶ Richard Whish, *Competition Law*, p. 520.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 521.

ง่ายขึ้นเมื่อไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับความแตกต่างของเงื่อนไขและข้อกำหนดของสินค้าหรือบริการนั้น อีกทั้งทางสมาคมทางการค้ามักจะมีความรู้และความเชี่ยวชาญในการร่างข้อสัญญามาตรฐานที่เหมาะสมต่อความต้องการของสมาชิกแต่ละราย ในขณะที่หากกระทำการเป็นส่วนตัวสมาชิกรายนั้นจะไม่สามารถเจรจาเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อกำหนดที่เหมาะสมต่อเป้าหมายของตนได้ ทั้งนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้สอดส่องดูแลการดำเนินการของสมาคมทางการค้าเหล่านี้อย่างใกล้ชิดเพื่อที่จะยืนยันว่าสมาคมทางการค้าจะไม่เป็นสื่อกลางในการจำกัดการแข่งขัน⁴⁸

มาตรา 101(1) (ง) กำหนดห้ามการทำข้อตกลงที่เป็นการกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่น ซึ่งจะทำให้คู่ค้านั้นเสียผลประโยชน์ในการแข่งขันโดยรวมไปถึงการตัดสินใจของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ ตัวอย่างคดีที่ทางคณะกรรมการสิทธิการยุโรปได้ลงโทษ ได้แก่ คดี *Publishers' Association: Net Book Agreements* ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับกับเงื่อนไขมาตรฐานของการขายต่อและมาตรการนี้ถูกตัดสินว่าเป็นความผิด เนื่องจากมีการตัดสิทธิของผู้ขายต่อในโอกาสที่จะกำหนดราคาขายต่อได้เอง และในคดี *TACA* ทางคณะกรรมการได้ลงความเห็นว่ายข้อตกลงที่ห้ามสมาชิกของชุมนุมสายเรือเดินสมุทรไม่ให้เข้าทำสัญญาบริการด้วยตนเองในราคาที่ตกลงกันระหว่างผู้ขนส่งทางเรือและสายเรือเดินสมุทรแต่ละรายนั้นละเมิดมาตรา 81(1) โดยภายใต้ข้อตกลงนี้สมาชิกได้รับอนุญาตให้เสนอรูปแบบสัญญาบริการมาตรฐานเฉพาะในเงื่อนไขที่ทางเลขาธิการของชุมนุมสายเรือเดินสมุทรได้ทำการเจรจาไว้แล้ว ซึ่งนำไปสู่การกีดกันความสามารถในการแข่งขันระหว่างกัน

ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิการยุโรปได้ยอมรับถึงประโยชน์ของการที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถร่างเงื่อนไขและข้อกำหนดมาตรฐานที่เหมาะสมในบางกรณี และได้ชี้แนะแนวทางการดำเนินการที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของมาตรา 101 เกี่ยวกับการกำหนดราคามาตรฐานหรือเงื่อนไขการขาย และทางคณะกรรมการได้เคยให้การอนุญาตเป็นรายบุคคลต่อภาคการประกันภัยที่ทำข้อตกลงระหว่างบริษัทประกันภัยในการใช้เงื่อนไขและข้อกำหนดมาตรฐานของสมาคมทางการค้าที่ไม่แสวงหากำไรด้วย⁴⁹

3.1.2.2.6 การตกลงร่วมกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูล

ข้อสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าคือประเด็นที่ว่า การกระทำของผู้ประกอบการละเมิดมาตรา 101 หรือไม่ หากว่ามีการกระทำตกลงร่วมกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลบางอย่างระหว่างกัน (Information agreements) ประเด็นนี้ถูกนำมาพิจารณาโดยคณะกรรมการสิทธิการยุโรปมาเป็นเวลายาวนาน และมีคดีเกิดขึ้นมากมายที่ทางคณะกรรมการได้ตัดสิน

⁴⁸ Richard Whish, *Competition Law*, p. 522.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 523.

ลงโทษว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันนั้นเป็นความผิด⁵⁰ ตัวอย่างเช่น ขณะที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้ทำการตกลงร่วมกันในเรื่องต่างๆก็จะมี การคิดค้นกระบวนการเพื่อสร้างความเชื่อมั่นว่าผู้ประกอบการแต่ละรายจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ร่วมกันกำหนดขึ้นและการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันก็เป็นส่วนสำคัญในกระบวนการนี้ ในบางครั้งมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลพื้นฐานระหว่างกัน หรือในบางสถานการณ์มีการเก็บรวบรวม เผยแพร่ข้อมูลผ่านทางสมาคมทางการค้า เนื่องจากหากทำการศึกษาคำตัดสินของคณะกรรมการกิจการเกี่ยวกับคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่ผ่านมาในช่วงหลายปีนี้จะพบว่าข้อตกลงที่ผิดกฎหมายส่วนใหญ่จะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลสำคัญทางธุรกิจรวมอยู่ด้วย

ตัวอย่างที่สำคัญสำหรับการอธิบายในประเด็นนี้ ได้แก่ คดี *Gas Insulated Switchgear* ซึ่งคณะกรรมการยุโรปได้ลงโทษปรับต่อการรวมตัวกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการในสหภาพยุโรปและญี่ปุ่นที่ทำการแบ่งเขตตลาดทางภูมิศาสตร์และแบ่งสรรโควตาระหว่างกัน จุดสำคัญในคดีนี้คือมีการเก็บข้อมูลและเผยแพร่ข้อมูลระหว่างกันเกี่ยวกับโครงการที่จะทำในอนาคตและนำไปสู่การเจรจาว่าผู้ประกอบการรายใดต้องการเข้าทำสัญญากับลูกค้า ขณะที่ผู้ประกอบการรายอื่นที่เข้าตกลงด้วยจะเข้าร่วมประมูลเพื่อสร้างการแข่งขันที่เป็นเท็จขึ้น และในที่สุดผู้ประกอบการรายหนึ่งก็จะชนะการประมูลไปโดยปราศจากการแข่งขันที่แท้จริง และในคดี *Fasteners and Attaching Machines* คณะกรรมการได้ลงโทษปรับเป็นจำนวน 328,000,000 ยูโร แก่ผู้ประกอบการที่ร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยรวมตัวกันขึ้นราคาสินค้า กำหนดราคาขั้นต่ำ แบ่งสรรกลุ่มลูกค้า และทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลสำคัญรวมถึงข้อมูลที่เป็นความลับระหว่างกัน⁵¹

ข้อพิจารณาอีกเรื่องหนึ่งสำหรับประเด็นการรวมตัวกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูล คือ การเจรจาระหว่างคู่แข่งกันเกี่ยวกับการกำหนดราคาในปัจจุบันและอนาคตของตน ซึ่งมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การเพิ่มสูงขึ้นของการตกลงร่วมกันกำหนดราคาที่มีเป้าหมายเป็นการจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ ผู้ประกอบการแต่ละรายไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตกลงอย่างชัดเจนในการขึ้นราคา จากข้อเท็จจริงเพียงแค่มีกการให้ข้อมูลแก่ผู้ประกอบการรายอื่นเกี่ยวกับพฤติกรรมด้านราคาหรือให้ข้อมูลบางอย่างก็มีแนวโน้มที่เป็นการเพียงพอต่อการเกิดขึ้นของข้อตกลงเกี่ยวกับราคาแล้ว และการที่ผู้ประกอบการเพียงแต่เข้าร่วมในการประชุมที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาแต่ไม่ได้แสดงความคิดเห็นของตนออกมาก็ไม่ได้เป็นข้อแก้ตัวว่าตนไม่ได้ตกลงด้วย ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมประชุมถือเป็นผู้มีส่วนร่วมในข้อตกลงกำหนดราคา เว้นเสียแต่ว่าได้บอกจากการประชุมและกระทำการที่เป็นการต่อต้านและแยกตัวออกมาจากพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำ อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการแยกตัวออกมาจากการ

⁵⁰ Richard Whish, *Competition Law*, p. 523.

⁵¹ Ibid., p. 524.

เข้าประชุมแต่ได้ทำการติดต่อกับผู้ประกอบการรายอื่นอยู่และทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคา ระหว่างกันก็ยังมีแนวโน้มเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101 อยู่เช่นกัน⁵²

การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อ ผู้แข่งขัน ผู้บริโภค และกระบวนการแข่งขัน โดยผู้แข่งขันไม่สามารถทำการแข่งขันกันได้โดยปราศจาก ข้อมูลใดๆ ทั้งนี้ การมีข้อมูลมากเท่าใดเกี่ยวกับตลาด ปริมาณของอุปสงค์ ระดับการแข่งขันในภาค ธุรกิจนั้น และแผนการลงทุนของคู่แข่ง จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถตัดสินใจได้อย่างมีเหตุผลและมี ประสิทธิภาพเกี่ยวกับกระบวนการผลิตและกลยุทธ์การตลาดของตน คู่แข่งขันจะได้รับประโยชน์โดยไม่ ทำลายกลุ่มลูกค้าของตนโดยทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางบัญชี การจัดการ คลังสินค้า และการกำหนดบุคคลที่ทำการร่างสัญญามาตรฐาน เมื่อผู้ประกอบการที่รวมตัวกันนั้นทำ การประเมินประสิทธิภาพการดำเนินงานธุรกิจของตนภายใต้ข้อปฏิบัติของธุรกิจนั้นอาจเป็นการผลักดันให้ มีการพัฒนาประสิทธิภาพให้เพิ่มมากขึ้น จะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีรูปแบบใหม่ๆ รวมถึงผลสรุปของโครงการวิจัยและพัฒนาที่สร้างขึ้น โดยการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยี ดังนั้น ข้อตกลงในการแลกเปลี่ยนข้อมูลสามารถช่วยเพิ่มจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสามารถในตลาดขึ้น ได้ ในส่วนของผู้บริโภคก็เช่นกัน ผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากการมีข้อมูลเพิ่มมากขึ้น โดยการ รู้ข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์และราคาจะทำให้ง่ายต่อการตัดสินใจเลือกสินค้าและบริการได้ตามความ พอใจ ยิ่งไปกว่านั้น การแข่งขันที่สมบูรณ์จะขึ้นอยู่กับการที่ผู้บริโภครับรู้ข้อมูลที่สมบูรณ์เกี่ยวกับตลาด ซึ่งความโปร่งใสของตลาดก็จะเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ เหตุผลของการที่ตลาดไม่สามารถดำเนินงานได้อย่าง สมบูรณ์สำหรับผู้บริโภคส่วนหนึ่งมาจากการที่ผู้บริโภคได้รับข้อมูลอย่างไม่เพียงพอและเป็นข้อมูลที่ ก่อให้เกิดความสับสน และในบางตลาดพบว่าข้อมูลจำนวนมากเกินกว่าที่ผู้บริโภคจะตัดสินใจเลือก ได้⁵³

การวิเคราะห์ข้อตกลงเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลในที่นี้จะพิจารณาจาก ผลกระทบที่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาอย่างลึกซึ้งถึงบริบทแวดล้อมในการ แลกเปลี่ยนข้อมูล ตัวอย่างในคดี *Asnef-Equifax* ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้อธิบายในคำตัดสินไว้ว่า “ความเกี่ยวข้องกันของระบบในการแลกเปลี่ยนข้อมูลขึ้นอยู่กับเงื่อนไขทางเศรษฐศาสตร์ของตลาด นั้นๆและอยู่บนพื้นฐานของลักษณะเฉพาะของระบบตลาดที่นำมาพิจารณา โดยจะต้องมุ่งพิจารณา เกี่ยวกับเป้าหมายและเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลและการมีส่วนร่วมในข้อมูลนั้น เช่นเดียวกับประเภท ของข้อมูลที่มีการแลกเปลี่ยนกันนั้นเป็นข้อมูลที่เผยแพร่ต่อสาธารณะชนหรือเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ เป็นข้อมูลโดยสรุปหรือโดยละเอียด เป็นข้อมูลในปัจจุบันหรืออดีต และความสำคัญของข้อมูลนั้นที่ เกี่ยวกับการร่วมกันกำหนดราคา ปริมาณการผลิตหรือเงื่อนไขการบริการว่ามีความเกี่ยวข้องเพียงใด”

⁵² Richard Whish, *Competition Law*, p. 525.

⁵³ *Ibid.*, p. 526.

ซึ่งเป้าหมายในการวิเคราะห์ข้อมูลเหล่านี้คือเพื่อนำมาพิจารณาว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกิดขึ้นเป็นการลดความไม่แน่นอนในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการจนทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือไม่⁵⁴

ข้อสำคัญอีกกรณีหนึ่งที่จะนำมาพิจารณาคือประเภทหรือคุณภาพของข้อมูลที่น่ามาแลกเปลี่ยนกัน อนึ่ง การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนแล้วไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101(1) แต่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องประเด็นในด้านราคา ต้นทุน หรือความสามารถในการจัดจำหน่ายเป็นข้อมูลที่มีอิทธิพลเป็นอย่างยิ่งต่อการค้า ดังนั้นการแลกเปลี่ยนข้อมูลเหล่านี้จึงมีแนวโน้มที่จะละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายได้ หรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลเฉพาะรายของผู้ประกอบธุรกิจอาจก่อให้เกิดปัญหามากกว่าข้อมูลที่ไม่เฉพาะเจาะจง และระยะเวลาของข้อมูลก็เป็นส่วนสำคัญ หรือข้อมูลเหล่านั้นส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำนายพฤติกรรมของคู่แข่งได้หรือไม่ เพราะฉะนั้นข้อมูลในอดีตอาจมีความสำคัญน้อยกว่าข้อมูลในปัจจุบัน⁵⁵

การที่จะละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101(1) ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องตกลงกันในการแลกเปลี่ยนข้อมูล การได้รับข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจระหว่างกันผ่านทางสื่อหรือการพูดคุยกับลูกค้ายังไม่เพียงพอต่อการที่จะเป็นข้อตกลงที่ละเมิดกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในคดี *Wood Pulp* ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ตัดสินว่า การประกาศต่อลูกค้าว่าจะขึ้นราคาสินค้าก่อนการขึ้นราคาจริง ตัวการกระทำเองไม่ได้นำไปสู่การละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101(1) และในทางตรงกันข้าม การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่ได้มีผลผูกพันระหว่างกันถึงขั้นเป็นสัญญาอาจจะตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ได้ หากมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขัน⁵⁶

3.1.2.2.7 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดข้อจำกัดในการโฆษณา

หลักการเกี่ยวกับการห้ามตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดข้อจำกัดในการโฆษณา (Advertising restriction) เกิดขึ้นเนื่องจากการโฆษณาเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในกระบวนการแข่งขัน หากผู้บริโภคไม่ทราบถึงตัวสินค้าและบริการที่มีในตลาดหรือไม่ทราบถึงราคาของสินค้าและบริการนั้น ผู้บริโภคก็จะไม่สามารถเลือกซื้อได้ซึ่งจะส่งผลให้การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตลดน้อยลง ทั้งนี้ คำว่าการแข่งขันในแง่มุมหนึ่งหมายถึงการดึงดูดให้ธุรกิจและส่วนประกอบอื่นที่สำคัญทำการโฆษณาสินค้าของตน เพราะฉะนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าควรจะสนับสนุนให้ไม่มีการจำกัดการโฆษณา ยิ่งไปกว่านั้นควรจะกำหนดให้ธุรกิจมีหน้าที่ในการโฆษณาราคา เงื่อนไขและข้อกำหนดหรือรายละเอียดของคุณภาพสินค้าเพื่อที่จะให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคที่จะส่งเสริมให้ผู้บริโภคตัดสินใจได้อย่างมีเหตุผล อย่างไรก็ตาม

⁵⁴ Richard Whish, *Competition Law*, p. 527.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., p. 531.

ก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการประชาสัมพันธ์ถึงราคาอย่างไม่ถูกต้องนั้นมีแนวโน้มที่จะผลักดันให้เกิดการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย ซึ่งประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งคือ การโฆษณาประชาสัมพันธ์นั้นต้องมีกระบวนการที่ทำให้มั่นใจได้ว่าเป็นข้อมูลที่แท้จริง

ในบางสถานการณ์การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการแต่ละรายในการโฆษณาไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้าย ตัวอย่างเช่น กลุ่มผู้ผลิตขนาดเล็กอาจตัดสินใจที่จะขายสินค้าภายใต้ตราสินค้าเดียวกันและตกลงกันเกี่ยวกับรายละเอียดและการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าชนิดนั้น ซึ่งผู้ประกอบการเหล่านี้ต่างร่วมกันให้เงินอุดหนุนสำหรับต้นทุนการโฆษณา โดยการกระทำเช่นนี้จะทำให้สามารถนำเสนอภาพลักษณ์ของตราสินค้าที่เข้มแข็งที่จะส่งผลให้เกิดความสามารถในการแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดได้ แม้ว่าการกระทำส่วนใหญ่จะเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน ก็มีความจำเป็นที่จะต้องทำให้มั่นใจว่าไม่มีข้อความใดในข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การรวมตัวกันกำหนดราคาหรือการแบ่งเขตตลาด อนึ่ง ความสำคัญของการโฆษณาต่อนโยบายการแข่งขันทางการค้ามีผลข้างเคียงเกิดขึ้นที่สำคัญคือ สื่อโฆษณาเองต้องดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นอิสระจากพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่จะเป็นการลดโอกาสของการโฆษณาด้วย⁵⁷

มาตรา 101(1) ใช้บังคับกับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการโฆษณาที่มีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งคำตัดสินของทางคณะกรรมการสิทธิการยุโรปจำนวนมากได้กล่าวว่ามีข้อจำกัดต่างๆ อาจมีผลกระทบที่สำคัญต่อพฤติกรรมการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ในบางคำตัดสินนั้น คณะกรรมการได้เปิดเผยถึงข้อดีของการจำกัดการโฆษณาที่อาจเป็นการส่งเสริมภาพลักษณ์ของสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งโดยที่ไม่ได้เป็นการบั่นทอนการแข่งขันอย่างรุนแรง แต่อย่างไรก็ตาม ในคดี *Belgian Roofing Felt* คณะกรรมการได้ตัดสินลงโทษการเข้าร่วมกันโฆษณาสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกันที่นำไปสู่การมีภาพลักษณ์เหมือนกันของสินค้า ซึ่งหากมีการโฆษณาแยกกันอย่างเป็นอิสระจะทำให้เกิดความแตกต่างและเกิดการแข่งขันขึ้นได้ดีกว่า⁵⁸

3.1.2.3 ความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

ความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง หมายถึง ความตกลงที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการที่ดำเนินธุรกิจอยู่คนละระดับกันในตลาด ตัวอย่างเช่น ความตกลงระหว่างผู้ผลิตสินค้าและผู้ค้าปลีก เป็นต้น ทั้งนี้ ความตกลงระหว่างคู่แข่งในแนวดิ่งมีลักษณะพิเศษและปรากฏอยู่ในกระบวนการจัดจำหน่ายโดยในบางครั้งก่อให้เกิดประโยชน์ที่สำคัญต่อการดำเนินงานของ

⁵⁷ Richard Whish, *Competition Law*, p. 533.

⁵⁸ Ibid.

ตลาด จึงอาจเป็นการกระทำที่ไม่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ในบางรูปแบบ⁵⁹

ความตกลงระหว่างคู่แข่งในแนวตั้งสามารถก่อให้เกิดผลทั้งในทางบวกและลบ ตัวอย่างเช่น การจำกัดการแข่งขันภายในตราสินค้าเดียวกัน ซึ่งมีความสำคัญโดยจัดอยู่ในประเภทการจัดจำหน่ายแบบผูกขาด (Exclusive distribution) ที่จะนำไปสู่การลดทางเลือกของผู้บริโภคและทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นก่อให้เกิดผลในทางลบ อย่างไรก็ตาม ความตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งสามารถกระตุ้นการแข่งขันระหว่างคู่แข่งในแนวราบได้ (การแข่งขันระหว่างสินค้าเดียวกันแต่ต่างตราสินค้ากัน) และเป็นการส่งเสริมให้มีการเข้าสู่ตลาดของผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ รวมถึงเพิ่มประโยชน์ของผู้บริโภคด้วย⁶⁰

ความตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งดังต่อไปนี้มีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขัน

(1) การแข่งขันภายในตราสินค้าเดียวกัน (Intra-brand competition)

โดยหลักแล้วความตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งมีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าตกลงกันนั้นมีอำนาจเหนือตลาด⁶¹ เช่น บริษัท A ทำความตกลงกับผู้ค้าปลีกว่าจะต้องซื้อสินค้าของตนเท่านั้นและจะไม่ซื้อสินค้าจากบริษัทอื่นๆที่เรียกว่าข้อตกลงตราสินค้าเดี่ยว (Single branding agreement)

(2) การจำกัดการจัดจำหน่าย (Limited distribution)

เป็นข้อตกลงที่มีสาระสำคัญว่าผู้ผลิตจะขายสินค้าให้เฉพาะผู้ซื้อรายเดียวหรือเฉพาะจำนวนจำกัด⁶²

(3) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale price maintenance)

เป็นข้อตกลงที่กำหนดราคาขั้นต่ำ ราคาคงที่ หรือราคาสูงสุดสำหรับขายสินค้าต่อ ซึ่งผลกระทบต่อด้านลบที่สำคัญคือการลดการแข่งขันภายในตราสินค้า และกระตุ้นให้มีการตกลงจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่าย⁶³

⁵⁹ Kristy Middleton, Barry Rodger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway, *Case & Materials on UK&EC Competition Law*, p. 292.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 293.

⁶¹ Richard Whish, *Competition Law*, p. 613.

⁶² *Ibid.*, p. 615.

⁶³ *Ibid.*

จาก European Commission Guidelines on Vertical Restraints ระบุว่า มาตรา 101 ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวตั้งที่อาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปและมีเป้าหมายหรือผลกระทบเพื่อการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด ซึ่งเป้าหมายของมาตรา 101 มีขึ้นเพื่อเป็นการยืนยันว่าองค์กรทางธุรกิจทั้งหลายจะไม่ใช้ข้อตกลงโดยในที่นี้คือ ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งเพื่อสร้างความเสียหายต่อการแข่งขันซึ่งในที่สุดก็จะกระทบไปถึงผู้บริโภค⁶⁴

3.1.2.4 หลัก De minimis doctrine

หลักการที่สำคัญอีกหลักหนึ่งที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาประกอบกับมาตรา 101 คือ หลัก de minimis doctrine ซึ่งหากการกระทำใดเป็นไปตามหลักการนี้ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101 เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยหลัก de minimis doctrine นี้ถูกยกขึ้นมากล่าวถึงครั้งแรกในคดี *Volk v Vervaecke* ที่ระบุว่า “ข้อตกลงจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของมาตรา 81(1)⁶⁵ เมื่อไม่มีผลกระทบต่อตลาด และไม่บิดเบือนการแข่งขันที่บุคคลใดจะพิจารณาถึงผลิตภัณฑ์และตลาดนั้น” ทั้งนี้ หลักการนี้ใช้บังคับกับทั้งการตกลงที่มีเป้าหมายหรือมีผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยหมายความถึงทั้งการจำกัดการแข่งขันในแนวราบและแนวตั้ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการกระทำที่ตกอยู่ภายใต้หลักการนี้ทางคณะกรรมการยุโรป ก็จะไม่เริ่มดำเนินคดีกับผู้ประกอบการแต่อย่างใด อนึ่ง ทางคณะกรรมการได้ออกประกาศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาหลักการ de minimis doctrine ที่มีชื่อว่า “Commission Notice on agreement of minor importance” ซึ่งระบุถึงจำนวนส่วนแบ่งตลาด (Market share) ที่จะใช้ตัดสินว่าการตกลงของผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดเท่าใดที่จะไม่ต้องห้าม หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือประกาศนี้ได้กำหนด “safe harbour” ไว้สำหรับข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ โดยใช้บังคับครอบคลุมไปถึงการตัดสินใจโดยสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ (decisions by associations of undertakings) และการกระทำร่วมกัน (concerted practices) ด้วย

จาก Commission Notice on agreement of minor importance หรือประกาศของคณะกรรมการยุโรปเกี่ยวกับข้อตกลงที่มีความสำคัญเล็กน้อย ทางคณะกรรมการมีประกาศนี้ขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตของส่วนแบ่งการตลาดขององค์กรทางธุรกิจ ที่จะไม่ละเมิดหลักเกณฑ์การร่วมกันกระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101 อย่างไรก็ตาม การตกลงร่วมกัน

⁶⁴ European Commission, Commission Notice: Guidelines on Vertical Restraints [Online], 2010. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

⁶⁵ ปัจจุบันคือ มาตรา 101(1)

ที่มีสัดส่วนของส่วนแบ่งการตลาดเกินกว่าที่กำหนดในประกาศนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1)⁶⁶ ทุกกรณี

เมื่อข้อตกลงภายใต้ประกาศนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101(1) ดังนั้นทางคณะกรรมการยุโรปจะไม่เริ่มดำเนินคดีกับองค์กรทางธุรกิจไม่ว่าจะได้รับการแจ้งหรือริเริ่มคดีเอง ในขณะที่องค์กรทางธุรกิจถูกสันนิษฐานว่ากระทำการโดยสุจริตและสอดคล้องกับประกาศนี้ คณะกรรมการก็จะไม่ลงโทษปรับ อย่างไรก็ตาม ประกาศนี้ไม่ได้มีผลผูกพัน เพียงแต่เป็นการให้คำแนะนำแก่ศาลและองค์กรกำกับดูแลของประเทศสมาชิกในการปรับใช้มาตรา 101 เท่านั้น⁶⁷

รายละเอียดของประกาศนี้คือ ทางคณะกรรมการมีแนวคิดที่ข้อตกลงระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่มีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกไม่ได้เป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้ความหมายของมาตรา 101(1) เมื่อมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

ก. หากส่วนแบ่งการตลาดรวมของคู่สัญญาในข้อตกลงทุกราย ไม่เกิน 10% ของตลาดทั้งหมดที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง ขณะที่ข้อตกลงเกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันตามความเป็นจริงหรือมีแนวโน้มเป็นคู่แข่งกันในอนาคต (ข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง)

ข. หากส่วนแบ่งการตลาดของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในข้อตกลงนั้น ไม่เกิน 15% ของตลาดทั้งหมดที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง ขณะที่ข้อตกลงเกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งกันตามความเป็นจริงหรือไม่มีแนวโน้มเป็นคู่แข่งกันในอนาคต (ข้อตกลงระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่ง)

หากเกิดกรณีที่ไม่สามารถแบ่งแยกข้อตกลงที่เป็นข้อตกลงระหว่างคู่แข่งหรือข้อตกลงระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่ง สัดส่วนของส่วนแบ่งการตลาดที่จะนำมาใช้คือ 10%

คณะกรรมการยังได้มีแนวคิดที่ข้อตกลงจะไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันถ้าส่วนแบ่งการตลาดในสัดส่วนที่กำหนดข้างต้นทั้งกรณี 10% หรือ 15% ในระหว่างสองปีต่อเนื่องกันไม่เพิ่มขึ้นจนเกินกว่า 2%

⁶⁶ European Commission, Commission Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community [Online], 2004. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

⁶⁷ Ibid.

ในการคำนวณส่วนแบ่งการตลาดเพื่อพิจารณาในหลักการนี้ มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดตลาดที่จะพิจารณาก่อน ซึ่งหมายถึงตัวตลาดทางผลิตภัณฑ์และตลาดทางภูมิศาสตร์ โดยเมื่อได้กำหนดตลาดแล้ว จะคำนวณส่วนแบ่งตลาดบนพื้นฐานของข้อมูลเกี่ยวกับมูลค่าการขายหรือข้อมูลเกี่ยวกับมูลค่าการซื้อ หากข้อมูลเกี่ยวกับมูลค่าไม่ปรากฏ จะต้องทำการประมาณบนพื้นฐานของข้อมูลตลาดที่น่าเชื่อถือ รวมไปถึงข้อมูลทางปริมาณด้วย⁶⁸

3.1.2.5 การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hard Core Cartel) เป็นการตกลงที่ไม่เป็นธรรมอันมีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่สุด ในลักษณะที่เป็นการกีดกันขัดขวางและทำลายระบบการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมรวมทั้งทำให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคและเศรษฐกิจของประเทศที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำเหล่านี้ในวงกว้าง

จาก Commission Notice on agreement of minor importance ที่กล่าวถึงหลักการ De minimis ได้มีการระบุถึงการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง โดยได้กำหนดว่าการกระทำขององค์กรทางธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดที่ระบุในประกาศฉบับนี้ ไม่ใช่บังคับกับการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hard Core restrictions) ดังต่อไปนี้

(1) การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่ง ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าจะแยกจากกันหรือรวมกันกับปัจจัยอื่นภายใต้การควบคุมของคู่สัญญารายอื่น ซึ่งมีเป้าหมายคือ⁶⁹

- ก. การกำหนดราคา เมื่อขายสินค้าให้แก่บุคคลที่สาม
- ข. การจำกัดปริมาณการผลิตหรือการขาย
- ค. การแบ่งเขตตลาดหรือแบ่งส่วนลูกค้า

(2) การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่ง ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าจะแยกจากกันหรือรวมกันกับปัจจัยอื่นภายใต้การควบคุมของคู่สัญญารายอื่น ซึ่งมีเป้าหมายคือ

⁶⁸ European Commission, Commission Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community [Online], 2004. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

⁶⁹ Ibid.

- ก. การจำกัดความเป็นไปได้ของผู้ซื้อในการตัดสินใจเกี่ยวกับราคาขาย โดยปราศจากการพิจารณาความเป็นไปได้ของราคาขายที่สูงที่สุดที่กำหนดโดยตัวแทนจำหน่าย หรือการแนะนำราคาขาย โดยไม่ได้เป็นการกำหนดราคาหรือการกำหนดราคาขายขั้นต่ำ
- ข. การจำกัดเขตแดนที่จะเข้าไปดำเนินการ หรือจำกัดกลุ่มลูกค้าที่ผู้ซื้อจะขายสินค้าหรือบริการที่ตกลงกัน
- ค. การจำกัดการขายไปยังกลุ่มลูกค้ากลุ่มสุดท้าย (End user) โดยสมาชิกของระบบการจัดจำหน่าย ซึ่งปราศจากการห้ามสมาชิกในการดำเนินการนอกเขตพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต
- ง. การจำกัดการส่งสินค้าระหว่างผู้จัดจำหน่ายภายในระบบการจัดจำหน่ายเดียวกัน
- จ. การจำกัดความสามารถของตัวแทนจำหน่ายในการขายส่วนประกอบสินค้าต่อลูกค้ากลุ่มสุดท้าย⁷⁰

จากการศึกษาพบว่า การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงโดยสรุปแล้วมี 4 กรณี ได้แก่ การกำหนดราคา การแบ่งเขตตลาด การจำกัดปริมาณผลผลิตและการตกลงร่วมกันเข้าประกวดราคา เหล่านี้เป็นการกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการแข่งขัน⁷¹ โดยอธิบายได้ดังนี้

3.1.2.5.1 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา

ดังรายละเอียดที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.1.2.2.1 ในมาตรา 101(1) ได้ระบุห้ามความตกลงที่เป็นการกำหนดราคาซื้อหรือขายไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ระบุว่า ในกระบวนการของการแข่งขันด้านราคา ต้องเป็นไปเพื่อที่จะทำให้ราคาลดลงต่ำสุดเท่าที่จะเป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตต่างก็มีอิสระที่จะกำหนดราคาของตน และสามารถประเมินถึงการกำหนดราคาของคู่แข่งได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในการไม่เข้าร่วมกันกำหนดราคาที่จะนำไปสู่การขึ้นราคาและขจัดอุปสรรคหรือความไม่แน่นอนระหว่างคู่แข่ง⁷²

⁷⁰ European Commission, "Commission Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community,"

⁷¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 799.

⁷² *Ibid.*, p. 803.

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ถูกระบุว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101(1) อย่างชัดแจ้ง ซึ่งแทบเป็นไปได้เลยที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101(3) เนื่องจากการกระทำที่ไร้ประโยชน์ต่อผู้บริโภค⁷³

3.1.2.5.2 การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาด

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาดมีผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นอย่างมากโดยเฉพาะในการแบ่งพื้นที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า โดยส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถมีอำนาจเหนือตลาดในพื้นที่นั้นได้และจะไม่มีการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้เข้าร่วมตกลง ซึ่งในกรณีของสหภาพยุโรปจะเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดของตลาดเดียว เนื่องจากโดยมากแล้วจะเป็นการแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจของแต่ละประเทศโดยที่ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศนั้นๆ ก็จะได้รับประโยชน์จะเห็นได้ว่าเป้าหมายโดยตรงของการกระทำนี้คือการจัดการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพ⁷⁴

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาดนี้ไม่อาจมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดการแข่งขันตามมาตรา 101(3) เนื่องจากโดยหลักการแล้วข้อตกลงแบ่งเขตตลาดเป็นการจัดคู่แข่งกันออกจากตลาด ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน จึงไม่อาจเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของผู้บริโภค⁷⁵

3.1.2.5.3 การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดปริมาณการผลิต

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดปริมาณการผลิตจะทำให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทานโดยอัตโนมัติซึ่งจะทำให้เกิดการขึ้นราคา และในบางคดีการจำกัดปริมาณเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการร่วมกันกำหนดราคาแต่นำไปสู่ผลคือการขึ้นราคาเช่นเดียวกัน⁷⁶

การกระทำเช่นนี้โดยหลักแล้วจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา 101 เว้นแต่บางกรณีที่เป็นการตกลงที่จำเป็นสำหรับการวิจัยและพัฒนาหรือความเชี่ยวชาญบางรูปแบบ⁷⁷

⁷³ Richard Whish, *Competition Law*, p. 512.

⁷⁴ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 811.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 818.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 808.

⁷⁷ Richard Whish, *Competition Law*, p. 519.

3.1.2.5.4 การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา

การตกลงเข้าร่วมกันเพื่อประกวดราคาเกิดขึ้นเมื่อองค์กรทางธุรกิจรวมตัวกันเสนอราคาประมูลที่ส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้เข้าร่วมตัวกันแทนที่จะเกิดการแข่งขันกันเสนอราคาต่ำที่สุด โดยการรวมตัวกันเช่นนี้เป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101 เนื่องจากราคาที่ถูกลงเสนอประมูลนั้นไม่เป็นไปตามต้นทุนที่แท้จริง⁷⁸

3.1.2.6 ผลของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่กฎหมายห้ามกระทำ

จากที่กล่าวมาข้างต้น หากข้อตกลงหรือการตัดสินใจร่วมกันขององค์กรทางธุรกิจใดๆ เข้าองค์ประกอบตามที่ระบุในมาตรา 101(1) การกระทำเหล่านั้นจะมีผลเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ⁷⁹ ตามมาตรา 101(2) ซึ่งจะส่งผลให้การตกลงหรือการตัดสินใจดังกล่าวบังคับไม่ได้ (Unenforceable)

ทั้งนี้ หากเนื้อหาในส่วนใดไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ละเมิดกฎหมาย เนื้อหาในส่วนนั้นก็ยังคงใช้บังคับได้ หมายความว่า ข้อตกลงอาจไม่ได้เสียไปทั้งหมด⁸⁰

3.1.3 ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

3.1.3.1 ข้อยกเว้นตามมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป

ข้อยกเว้นในมาตรา 101(3)⁸¹ บัญญัติถึงรูปแบบการกระทำที่ทำให้ข้อตกลงระหว่างองค์กรทางธุรกิจมีผลสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นการยกเว้นจากมาตรา 101(1) โดยมีเงื่อนไขที่ต้องพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบสี่ประการต่อไปนี้ คือ

⁷⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 813.

⁷⁹ Treaty on the Functioning of the European Union Article 101

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

⁸⁰ Kristy Middleton, Barry Rodger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway, *Case & Materials on UK&EC Competition Law*, p. 234.

⁸¹ Treaty on the Functioning of the European Union Article 101

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:

- (1) ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ
- (2) ข้อตกลงนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ตามสมควรต่อผู้บริโภค
- (3) ข้อตกลงทางธุรกิจที่จัดทำขึ้นนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้ เพื่อให้วัตถุประสงค์ตามที่ได้กล่าวมาบรรลุผลได้อย่างสมบูรณ์
- (4) ข้อตกลงนั้นจะต้องไม่เปิดโอกาสให้มีการขจัดการแข่งขันให้หมดไป

จากบทบัญญัติในมาตรา 101(3) นี้ องค์กรทางธุรกิจทั้งหลายจะต้องทำการประเมินตนเอง (Self-assessment) ว่าการกระทำของตนนั้นตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นนี้หรือไม่

การประเมินตามมาตรา 101(3) เป็นการพิจารณาผลกระทบในด้านบวกที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งเป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามุ่งถึงการปกป้องการแข่งขันในตลาดที่เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการเพิ่มประโยชน์ของผู้บริโภคและทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันสามารถมีผลกระทบก่อให้เกิดการส่งเสริมการแข่งขันได้ในทางหนึ่งโดยทำให้เกิดความมีประสิทธิภาพขึ้น ซึ่งความมีประสิทธิภาพจะก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มโดยทำให้ต้นทุนในการผลิตสินค้าต่ำลง เพิ่มคุณภาพในการผลิตหรือสร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์รูปแบบใหม่ เมื่อผลที่เกิดขึ้นในการส่งเสริมการแข่งขันมีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ข้อตกลงนั้นจะเป็นการสร้างสมดุลของการส่งเสริมการแข่งขันและสอดคล้องกับเป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผลกระทบทั้งหมดที่เกิดขึ้นของแต่ละข้อตกลงคือการส่งเสริมสาระสำคัญของกระบวนการแข่งขัน และกล่าวได้ว่าเป็นการได้ฐานลูกค้าไปเนื่องจากการมีผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพดีกว่าหรือราคาดีกว่าคู่แข่ง ดังนั้นจึงสรุปได้ว่ามาตรา 101(3) เป็นการยกเว้นให้กับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่สามารถสร้างเป้าหมายที่เป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้เมื่อมีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบในด้านลบจากการจำกัดการแข่งขัน⁸²

มาตรา 101(3) ปรากฏเงื่อนไข 4 ข้อประกอบกัน ซึ่งเป็นเงื่อนไขทางบวก 2 เงื่อนไข และเงื่อนไขทางลบ 2 เงื่อนไข โดยจะอธิบายในรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

(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.

⁸² European Commission, “Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty,”

องค์ประกอบที่ 1 ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ ซึ่งองค์ประกอบนี้แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่เป็นประโยชน์ เป็นข้อเท็จจริงที่กำหนดอย่างกว้าง โดยอนุญาตให้สามารถกระทำการนั้นได้แม้ว่าความเป็นจริงแล้วข้อตกลงนั้นจะเป็นการจำกัดการแข่งขันก็ตาม⁸³

คำว่า “การพัฒนา” หรือ “ความก้าวหน้า” จะต้องเกิดขึ้นจากการผลิตหรือการดำเนินการขององค์กรทางธุรกิจ ซึ่งอาจแสดงให้เห็นโดยการมีมูลค่าเพิ่มของสินค้า หรือมีการเพิ่มระดับของการดำเนินการ ซึ่งคำว่า พัฒนา อาจรวมไปถึงการกระทำใดๆที่เกิดประโยชน์ต่อการดำเนินการผลิตของอุตสาหกรรมหรือการค้า รวมไปถึงการจัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด การเพิ่มปริมาณผลผลิต ขณะที่ต้นทุนคงเดิม หรือการขยายประเภทของผลิตภัณฑ์ที่มาจากวัตถุดิบเดิม⁸⁴ เป็นต้น

การจำกัดการแข่งขันที่จะได้รับยกเว้นต้องเป็นการกระทำที่มีประโยชน์ โดยประโยชน์ในที่นี้หมายถึงคุณค่าทางวัตถุวิสัยที่เกิดขึ้นต่อประชาคมทั้งหมด ไม่ใช่เฉพาะประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การกระทำที่เป็นการประหยัดต้นทุนโดยการใช้อำนาจตลาด เช่น การกำหนดราคา หรือการแบ่งเขตตลาดนั้นจะไม่อยู่ในขอบเขตนี้ ทั้งนี้ การอ้างถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงต้องมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยทางคณะกรรมการจะปฏิเสธที่จะยอมรับข้อตกลงที่ทำให้เกิดการพัฒนาระบบแต่ผลกระทบของข้อตกลงเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้สัดส่วนในตลาด⁸⁵

เป้าหมายขององค์ประกอบที่ 1 นี้มีขึ้นเพื่อกำหนดประเภทของการกระทำที่มีประสิทธิภาพที่นำไปสู่การพิจารณาองค์ประกอบข้อ 2 และ 3 ซึ่งวัตถุประสงค์คือเพื่อที่จะสืบหาประโยชน์ที่เกิดจากข้อตกลงและแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขัน⁸⁶

ข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันนั้นต้องก่อให้เกิดประสิทธิภาพและสร้างมูลค่าสำหรับผลิตภัณฑ์รูปแบบใหม่หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการปรับปรุงพัฒนาขึ้น โดยจะต้องมีการตกลงที่เป็นการพัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า หรือส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ ตัวอย่างเช่น การดำเนินการเพื่อลดต้นทุน หรือการพัฒนาคุณภาพและเสนอทางเลือกใหม่ๆ สำหรับสินค้าและบริการ⁸⁷

⁸³ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 242.

⁸⁴ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 121.

⁸⁵ Richard Whish, *Competition Law*, p. 151.

⁸⁶ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

⁸⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 243.

มีกรณีที่ยกเว้นสำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญเฉพาะ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่นำไปสู่การประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) และประสิทธิภาพในรูปแบบอื่นๆ โดยคณะกรรมการยุโรปได้พิจารณาว่าข้อตกลงนี้จะทำให้เกิดการปรับปรุงพัฒนาการผลิตสินค้า และยกเว้นให้สำหรับข้อตกลงในโครงการร่วมกันวิจัยและพัฒนา ซึ่งจะนำไปสู่ความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ หรือการยกเว้นให้ข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งระหว่างตัวแทนจำหน่ายและผู้จัดจำหน่ายมักจะอยู่ภายใต้หัวข้อของการพัฒนากระบวนการจัดจำหน่าย โดยทางคณะกรรมการได้ยอมรับถึงการมีเครือข่ายการจัดจำหน่ายที่นำไปสู่ความก้าวหน้าทางเทคนิคและเศรษฐกิจที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์⁸⁸ หรือกรณีการตกลงทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) สามารถประสบผลสำเร็จได้บนพื้นฐานของการสร้างผลิตภัณฑ์ใหม่หรือการทำให้ผลิตภัณฑ์มีคุณภาพดีขึ้นและการร่วมมือกันทำให้ผู้ร่วมทำกิจการสามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็วประหยัดค่าใช้จ่ายและเป็นการแบ่งสรรความเสี่ยงและต้นทุนผ่านการมีผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคหรือทำให้มีการพัฒนาทางการเงินได้⁸⁹

ทั้งนี้ การพิสูจน์ถึงควมมีประสิทธิภาพจะต้องพิจารณาเงื่อนไข 4 ประการ ดังนี้

- (1) ลักษณะของควมมีประสิทธิภาพที่อ้างถึง
- (2) ความเชื่อมโยงระหว่างข้อตกลงกับควมมีประสิทธิภาพ
- (3) ความเป็นไปได้และความสำคัญของควมมีประสิทธิภาพที่อ้างถึง
- (4) ควมมีประสิทธิภาพจะบรรลุผลได้เมื่อไรและอย่างไร⁹⁰

ต่อมาจะกล่าวถึงองค์ประกอบที่ 3 ที่ระบุว่าข้อตกลงทางธุรกิจที่จัดทำขึ้นนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้ เพื่อให้วัตถุประสงค์ตามที่ได้กล่าวมาบรรลุผลได้อย่างสมบูรณ์

องค์ประกอบข้อนี้จะต้องถูกนำมาพิจารณาก่อนการพิจารณาองค์ประกอบข้อที่ 2 เนื่องจากข้อเท็จจริงในองค์ประกอบข้อที่ 2 คือการก่อให้เกิดประโยชน์ตามสมควรแก่ผู้บริโภคจะไม่อาจถูกหยิบยกขึ้นมาหากการจำกัดการแข่งขันในข้อตกลงนั้นไม่ใช่การกระทำที่ขาดไม่ได้⁹¹

เงื่อนไขที่ปรากฏในองค์ประกอบข้อนี้ จะต้องใช้หลักการ 2 เรื่องในการพิจารณา ได้แก่ หลักการแรก คือ ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจะต้องมีความจำเป็นสำหรับการบรรลุถึง

⁸⁸ Richard Whish, *Competition Law*, p. 152.

⁸⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 243.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid., p. 157.

ความมีประสิทธิภาพ และหลักการที่สอง คือ การจำกัดการแข่งขันเฉพาะบุคคลที่เกิดจากข้อตกลงนี้ จะต้องมีความจำเป็นสำหรับการบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพเช่นกัน ทั้งนี้ ปัจจัยหลักที่ใช้ในการพิจารณา คือ ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันและการจำกัดการแข่งขันเฉพาะบุคคลสามารถทำให้เกิดการกระทำที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการไม่มีการจำกัดการแข่งขันหรือไม่และที่สำคัญคือการพิจารณาว่าความมีประสิทธิภาพได้เกิดขึ้นภายใต้ข้อตกลงนี้หรือไม่⁹²

จากหลักการข้อแรก ความมีประสิทธิภาพที่กล่าวถึงได้มุ่งเฉพาะเจาะจงไปยังข้อตกลงที่เกิดขึ้นในประเด็นที่จะต้องปราศจากความเหมาะสมต่อการประหยัดในรูปแบบอื่นและจะต้องมีการจำกัดการแข่งขันที่น้อยที่สุดเพื่อไปถึงเป้าหมายของประสิทธิภาพ และจากหลักการข้อที่สอง จะต้องมีการพิจารณาว่าในสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจง ผู้ที่เข้าร่วมในข้อตกลงนั้นสามารถบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพโดยวิธีการจำกัดการแข่งขันรูปแบบอื่นหรือไม่ และถ้าสามารถทำได้ เมื่อใดที่จะสามารถบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพนั้น รวมถึงมีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบว่าผู้เข้าร่วมการตกลงสามารถบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพได้ด้วยตนเองอีกด้วย⁹³

ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจะขาดไม่ได้ก็ต่อเมื่อถ้าไม่มีข้อตกลงนั้นจะไม่สามารถจัดหรือลดความมีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงนั้นได้ ในการพิจารณาถึงทางออกของเรื่องนี้จะต้องพิจารณาทั้งการพัฒนาอย่างแท้จริงและความเป็นไปได้ในการพัฒนาปรับปรุงการแข่งขัน โดยการขจัดหรือจำกัดการแข่งขันหรือการเลือกใช้หนทางที่จำกัดการแข่งขันน้อยกว่า ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาด้วยว่าข้อตกลงใดที่ดำเนินการแล้วเป็นการรองรับโครงสร้างของตลาด พิจารณาถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับข้อตกลงนั้น และแรงจูงใจของผู้เข้าร่วมตกลง ยิ่งมีความไม่แน่นอนของการเกิดผลสำเร็จของผลิตภัณฑ์ภายใต้ข้อตกลงมากขึ้นเท่าใด การจำกัดการแข่งขันจะมีมากขึ้นเท่านั้น⁹⁴

ต่อมาต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่ 2 คือ ข้อตกลงนั้นจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ตามสมควรต่อผู้บริโภค

แนวคิดของเรื่องการก่อให้เกิดผลประโยชน์ตามสมควร (Fair share) แสดงให้เห็นเป็นนัยว่าจะต้องมีการส่งผ่านผลประโยชน์เพื่อเป็นการตอบแทนความเสียหายของผู้บริโภคที่เกิดจากผลกระทบไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากการจำกัดการแข่งขันที่อยู่ภายใต้มาตรา 101(1) หากผู้บริโภคไม่ได้รับประโยชน์อย่างใดทั้งสิ้นจากการจำกัดการแข่งขัน ก็จะไม่เข้าช้อยกเว้นให้ทำการจำกัดการ

⁹² European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

แข่งขันได้เนื่องจากขาดองค์ประกอบข้อ 2 นี้ ทั้งนี้ ผลกระทบด้านบวกของข้อตกลงจะต้องสร้างความสมดุลและชดใช้ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับจึงจะเข้าข่ายยกเว้น⁹⁵

คำว่า “ผู้บริโภค” ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงเฉพาะผู้บริโภคสุดท้ายเท่านั้น แต่มีความหมายกว้างโดยครอบคลุมถึงบุคคลที่ได้รับสินค้าในทอดใดก็ตามของกระบวนการจัดจำหน่าย ไม่ว่าจะนำมาเพิ่มมูลค่าหรือนำสินค้านั้นมาใช้สำหรับวัตถุประสงค์ใดก็ตาม⁹⁶ และไม่ว่าจะเป็นผู้บริโภคทางตรงหรือทางอ้อมของผลิตภัณฑ์ภายใต้ข้อตกลงนั้น รวมไปถึงผู้ผลิตที่นำผลิตภัณฑ์ไปใช้เป็นวัตถุดิบ ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีกก็รวมอยู่ด้วย⁹⁷

คำว่า “ประโยชน์” ก็มีความหมายกว้างเช่นเดียวกัน คือ ไม่จำกัดเฉพาะการลดลงของราคาขาย แต่ยังรวมถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจในรูปแบบอื่นที่ผู้บริโภคจะได้รับ ตัวอย่างเช่น การเพิ่มขึ้นของจำนวนหรือคุณภาพของสถานที่จำหน่ายสินค้า การรับประกันสินค้าที่ดีขึ้น การให้บริการที่มีคุณภาพ การส่งสินค้าอย่างรวดเร็ว หรือระบบการจัดจำหน่ายที่มีประสิทธิภาพ โดยข้อตกลงที่เกิดขึ้นเพียงแต่สามารถทำให้เกิดประโยชน์บางประการที่กล่าวมาในทางค่าปกติ⁹⁸ ก็จะอยู่ในความหมายนี้ได้

ปัจจัยที่ใช้ในการตัดสินถึงผลกระทบทั้งหมดคือต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อผู้บริโภคสำหรับสินค้าภายในตลาดใดตลาดหนึ่ง ไม่ใช่เฉพาะผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น และในบางกรณีการกำหนดระยะเวลาก็เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อนำมาพิจารณาก่อนจะพิจารณาความมีประสิทธิภาพที่จะปรากฏขึ้น ซึ่งในบางกรณีภายในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งข้อตกลงนี้อาจก่อให้เกิดเพียงแต่ผลกระทบทางด้านลบ แต่ในภายหลังเกิดเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคก็อาจได้รับการยกเว้น⁹⁹ อย่างไรก็ดี ระยะเวลาที่เกิดขึ้นภายหลังหากเป็นระยะเวลานานก็อาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการชดใช้ความเสียหายต่อผู้บริโภคมากขึ้นไปอีก

ถ้าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงเป็นการจำกัดการแข่งขันแต่มีประสิทธิภาพที่สำคัญเกิดขึ้น จะมีแนวโน้มที่ประโยชน์ตามสมควรของผู้บริโภคในการประหยัดค่าใช้จ่ายจะถูกส่งผ่านไปยังผู้บริโภค ในทางตรงกันข้าม หากผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันมีความสำคัญแต่การประหยัดเป็นสิ่งไม่สำคัญ จะเป็นไปไม่ได้ที่จะบรรลุลองค์ประกอบข้อ 2 นี้ ทั้งนี้ ผลกระทบของการจำกัด

⁹⁵ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

⁹⁶ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 123.

⁹⁷ Richard Whish, *Competition Law*, p. 158.

⁹⁸ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 123.

⁹⁹ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

การแข่งขันจะเป็นไปตามความรุนแรงของการกระทำและระดับของการแข่งขันที่ยังคงมีอยู่ในข้อตกลงนั้น¹⁰⁰

หากข้อตกลงสามารถก่อให้เกิดทั้งผลกระทบที่สำคัญในการจำกัดการแข่งขันและเป็นการส่งเสริมการแข่งขันด้วยในเวลาเดียวกัน ข้อตกลงนี้จะต้องถูกพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ โดยในการพิจารณาถึงความสมดุลในแต่ละกรณีจะต้องนำมาใช้เป็นพื้นฐานว่าการแข่งขันเป็นแรงขับระยะยาวที่สำคัญต่อความมีประสิทธิภาพและการเกิดนวัตกรรมใหม่ๆ องค์กรทางธุรกิจใดก็ตามที่ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดการแข่งขัน ก็จะมีแรงกระตุ้นที่น้อยกว่าในการดำรงรักษาหรือสร้างความมีประสิทธิภาพให้เกิดขึ้น ถ้ามีผลกระทบที่เกิดจากข้อตกลงจำกัดการแข่งขันมากเท่าใด ก็มีแนวโน้มที่ผู้บริโภคจะได้รับผลเสียในระยะยาวมากขึ้นเท่านั้น¹⁰¹

ความจำเป็นอีกกรณีหนึ่งที่จะต้องพิจารณาคือ การสร้างความสมดุลของสองสิ่งที่ตรงข้ามกัน ซึ่งได้แก่ การจำกัดการแข่งขันและประสิทธิภาพด้านต้นทุน (Cost efficiency) โดยในด้านหนึ่ง การเพิ่มขึ้นของอำนาจตลาดที่เป็นผลมาจากการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันจะทำให้ องค์กรทางธุรกิจมีความสามารถและแรงจูงใจในการขึ้นราคา แต่อีกด้านหนึ่ง ความมีประสิทธิภาพด้านต้นทุนจะทำให้องค์กรทางธุรกิจมีแรงจูงใจในการลดราคา ทั้งนี้ ผลกระทบของสองสิ่งนี้จะต้องถูกทำให้สมดุล เมื่อข้อตกลงทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างรุนแรง การสร้างความมีประสิทธิภาพจะต้องเกิดขึ้นเพื่อให้เพียงพอต่อการส่งผ่านไปยังผู้บริโภค¹⁰²

กรณีสุดท้ายที่ต้องพิจารณาคือ องค์กรประกอบที่ 4 ที่ระบุว่าข้อตกลงนั้นจะต้องไม่เปิดโอกาสให้มีการขจัดการแข่งขันให้หมดไป

เงื่อนไขในองค์กรประกอบข้อนี้เกี่ยวข้องกับผลกระทบภายนอกของข้อตกลงและได้แสดงให้เห็นว่าหากจะใช้บังคับมาตรา 101 ทางคณะกรรมการธิการจะต้องมีการวิเคราะห์ตลาด ทั้งตลาดผลิตภัณฑ์และตลาดทางภูมิศาสตร์และพิจารณาถึงธรรมชาติของตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจจะ เป็นตลาดทั้งหมดของสหภาพยุโรป หรือตลาดภายในประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่งหรือกลุ่มประเทศสมาชิกก็ได้ ทั้งนี้ ขนาดที่แท้จริงของผู้ประกอบธุรกิจ รวมไปถึงส่วนแบ่งตลาดในสินค้านั้นๆ จะต้องถูกนำมาพิจารณาด้วย ทางคณะกรรมการธิการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้ามักจะให้ความสนใจว่าแนวโน้มของตลาดเป็นการส่งเสริมการแข่งขันหรือไม่ และมีความจำเป็นที่จะต้องรู้ข้อมูลว่า

¹⁰⁰ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

การแข่งขันโดยการส่งเสริมการขายหรือการคิดค้นนวัตกรรมใหม่มีขึ้นหรือไม่ เพราะอาจได้รับความเสียหายจากข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน¹⁰³

จากองค์ประกอบนี้ ข้อตกลงที่เกิดขึ้นจะต้องไม่สนับสนุนให้องค์กรทางธุรกิจสามารถจัดการแข่งขันได้ภายใต้การเป็นส่วนสำคัญของกระบวนการผลิต ซึ่งผลสุดท้ายแล้วการปกป้องการต่อสู้และการแข่งขันจะต้องให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพในการส่งเสริมการแข่งขันที่จะเกิดขึ้น โดยเงื่อนไขในข้อนี้ได้อบรมรับข้อเท็จจริงที่ว่า การต่อสู้แข่งขันระหว่างองค์กรทางธุรกิจเป็นส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจรวมไปถึงประสิทธิภาพในการคิดค้นพัฒนาในรูปแบบของการสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ ในอีกแง่หนึ่ง เป้าหมายสูงสุดของมาตรา 101 คือการปกป้องกระบวนการแข่งขัน เมื่อการแข่งขันถูกจำกัด กระบวนการของการแข่งขันจะถูกนำไปสู่การสิ้นสุดและประสิทธิภาพที่เกิดในระยะสั้นจะถูกเอาชนะด้วยความสูญเสียในระยะยาวจากค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อรักษาสถานภาพโดยมีการจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่ถูกต้องและมีการลดลงของการคิดค้นนวัตกรรมรวมถึงการขึ้นราคาสินค้าอีกด้วย¹⁰⁴

แนวคิดของมาตรา 101(3) เกี่ยวกับการจัดการแข่งขันเป็นแนวคิดที่เป็นอิสระที่เกิดขึ้นจากมาตรานี้ อย่างไรก็ตามในการปรับใช้แนวคิดนี้มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 101 และมาตรา 102* โดยที่ทั้งสองมาตรานี้ได้ดำเนินการเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาด และมาตรา 101(3) จะถูกแปลความโดยป้องกันข้อตกลงที่จะนำไปสู่การมีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่เกิดจากองค์กรทางธุรกิจไม่จำเป็นที่จะต้องนำไปสู่การมีอำนาจเหนือตลาดในทุกกรณี

การแข่งขันจะถูกจำกัดหรือไม่นั้นในความหมายขององค์ประกอบข้อสุดท้ายนี้ขึ้นอยู่กับระดับของการแข่งขันที่มีอยู่ก่อนที่จะมีข้อตกลงเกิดขึ้นและขึ้นอยู่กับผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันนั้น ตัวอย่างเช่น การลดลงของการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงที่กระทำขึ้นนั้น หากการลดลงของการแข่งขันยิ่งมาก ความเป็นไปได้ที่แข่งขันจะถูกจำกัดออกไปยิ่งมีเพิ่มขึ้น¹⁰⁵

การปรับใช้เงื่อนไขในองค์ประกอบข้อนี้ต้องการการวิเคราะห์ในข้อเท็จจริงของแหล่งที่มาของการแข่งขัน ระดับการจำกัดแข่งขันที่นำมาใช้กับผู้เข้าร่วมตกลงและผลกระทบของ

¹⁰³ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 126.

¹⁰⁴ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

* มาตรา 102 ของ Treaty on the functioning of the European Union มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

¹⁰⁵ Ibid.

ข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้จะต้องพิจารณาทั้งในทางข้อเท็จจริงและการแข่งขันที่เป็นไปได้ในอนาคตด้วย¹⁰⁶

การจำกัดการแข่งขันที่มาตรา 101(1) ใช้บังคับจะต้องถูกวิเคราะห์ภายใต้ข้อเท็จจริงแวดล้อมในตลาด ทั้งในตลาดผลิตภัณฑ์และตลาดทางภูมิศาสตร์ รวมถึงบทบาทหน้าที่และลำดับขั้นตอนของข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันนั้น ซึ่งการดำเนินงานของทางคณะกรรมการจะต้องคำนึงถึงความสำคัญในการแบ่งแยกระหว่างการจำกัดการแข่งขันที่นำไปสู่เป้าหมายที่ถูกต้องในทางการค้าและการจำกัดการแข่งขันในรูปแบบอื่นที่มีการสร้างมาตรการเพื่อผ่อนคลายจากความเคร่งครัดของการต่อสู้แข่งขันที่รุนแรง¹⁰⁷

ข้อยกเว้นตามมาตรา 101(3) นี้ สามารถใช้บังคับกับทั้งข้อตกลงทั่วไปหรือประเภทของข้อตกลงที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของการอนุญาตแบบกลุ่ม (Block Exemption Regulations) หากข้อตกลงใดอยู่ภายใต้เกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มแล้ว คู่สัญญาภายใต้ข้อตกลงนั้นจะไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์ภายใต้ข้อ 2 ของ Council Regulation 1/2003* ในกรณีที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นเข้าเงื่อนไขของมาตรา 101(3) อย่างไรก็ดีจะต้องมีการพิสูจน์ว่าข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันนั้นเข้าเงื่อนไขของการอนุญาตแบบกลุ่ม ซึ่งการใช้บังคับมาตรา 101(3) กับประเภทของการตกลงที่ได้รับยกเว้นตามกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มนั้นอยู่บนพื้นฐานของการสันนิษฐานว่าข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้ได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบทั้ง 4 ข้อของมาตรา 101(3) แล้ว

3.1.3.2 การอนุญาตแบบกลุ่ม (Block exemption)

การอนุญาตแบบกลุ่มนี้ยกเว้นให้แก่ข้อตกลงในบางลักษณะและกำหนดแบ่งแยกตามประเภท (Category) ของการตกลง ซึ่งหากการกระทำใดอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการอนุญาตแบบกลุ่ม การกระทำนั้นก็ไม่จำเป็นต้องแจ้งแก่คณะกรรมการยุโรปและสามารถทำการตกลงได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตโดยเฉพาะ (Specific authorization) แต่อย่างไรก็ตาม

ทั้งนี้ การอนุญาตในลักษณะเช่นนี้ได้สร้างความแน่นอนให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจและในทางปฏิบัติก็จะเป็นผลดีต่อการร่างข้อตกลงที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมายได้

¹⁰⁶ European Commission, Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online], 2011. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

¹⁰⁷ Ibid.

* Council Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการตามมาตรา 81 และ 82 ซึ่งปัจจุบันหมายถึงมาตรา 101 และ 102 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป

3.1.3.2.1 ความเป็นมาและแนวคิดของการอนุญาตแบบกลุ่ม

เดิมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยออกเป็นกฎเกณฑ์กำหนดให้แจ้งขออนุญาตเป็นรายบุคคล หรือ Individual exemption ซึ่งระบุอยู่ใน Council Regulation 17/62* โดยทางคณะกรรมการยุโรปมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวที่จะให้การอนุญาตกับข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขในมาตรา 81(3)** ซึ่งอำนาจที่มีอยู่นี้ส่งผลให้คณะกรรมการสามารถพัฒนานโยบายที่จะใช้กับข้อตกลงในรูปแบบต่างๆได้ในระยะเวลาหนึ่ง¹⁰⁸ แต่กฎเกณฑ์เช่นนี้ได้นำไปสู่การยื่นคำร้องขออนุญาตจำนวนมากเกินกว่าที่คณะกรรมการยุโรปจะสามารถจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁰⁹ ทางคณะกรรมการไม่มีเจ้าหน้าที่เพียงพอในการพิจารณาข้อตกลงที่ได้รับแจ้งมาจำนวนมากโดยต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากในการดำเนินการ รวมถึงกระบวนการในการอนุญาตมีหลายขั้นตอน เช่น ต้องมีการจัดเตรียมคำคัดค้าน มีการรับฟังความคิดเห็น เป็นต้น ทำให้การทำคำอนุญาตแต่ละครั้งใช้เวลานาน¹¹⁰ เกิดผลเสียอย่างมากต่อผู้ประกอบการที่จะต้องรอเวลาเพื่อยืนยันความถูกต้องตามกฎหมายของข้อตกลงที่ตนทำขึ้น อีกทั้งข้อตกลงส่วนใหญ่ก็ไม่ได้มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขัน และที่สำคัญคือทำให้คณะกรรมการมีความสามารถลดน้อยลงในการจับตามองการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงซึ่งมีผลเสียต่อประโยชน์สาธารณะอย่างมาก ส่งผลให้ในที่สุดคณะกรรมการได้จัดทำกฎเกณฑ์ของการอนุญาตแบบกลุ่มขึ้น โดยเป็นกฎเกณฑ์ที่ระบุประเภทของข้อตกลงที่จะเข้าเงื่อนไขในการยกเว้นให้ตามกฎหมาย

ในครั้งเริ่มแรกได้ออกกฎเกณฑ์ คือ Council Regulation 19/65*** ซึ่งมีแนวคิดเป็นการระบุเงื่อนไขการยกเว้นให้กับข้อตกลงในรูปแบบกลุ่ม ทั้งนี้ ได้มีการเสนอร่างจากเจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้าซึ่งได้รับคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายรวมถึงมีการปรึกษากับองค์กรที่มีส่วนได้เสียทั่วทั้งสหภาพยุโรป¹¹¹ ต่อมาจึงส่งไปยังสภายุโรปให้พิจารณา จนในที่สุดเมื่อมีการแก้ไขโดยคณะกรรมการยุโรปแล้ว คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปจึงออกกฎเกณฑ์นี้ได้อย่างสมบูรณ์ โดยกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มในช่วงแรกได้ยกเว้นให้กับความตกลงในบางรูปแบบ เช่น การตกลงผูกขาดการจัดจำหน่าย (ซึ่งในระยะเวลาก่อนที่จะใช้ระบบการ

* Council Regulation 17/62 Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty

** ปัจจุบันคือ มาตรา 101(3)

¹⁰⁸ Richard Whish, *Competition Law*, p. 162.

¹⁰⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 243.

¹¹⁰ D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 47.

*** Council regulation 19/65 on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices

¹¹¹ Ibid., p. 115.

อนุญาตแบบกลุ่มได้มีการยื่นขออนุญาตมามากที่สุด) หรือ ข้อตกลงให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่ง ข้อตกลงเหล่านี้มีลักษณะเป็นการส่งเสริมการแข่งขันและแม้เป็นการจำกัดการแข่งขันก็ตกอยู่ภายใต้ ข้อยกเว้นในมาตรา 101(3)¹¹²

รูปแบบของเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มมีลักษณะ คือ มีการกล่าวถึงการ พิจารณานโยบายการแข่งขันซึ่งนำไปสู่มาตรการป้องกันการจำกัดการแข่งขันและกล่าวถึงเงื่อนไข พื้นฐานของการยกเว้น โดยในยุคแรกของการมีเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้มีการกำหนดรายการของ พฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ หรือที่เรียกว่า “White list” และตามมาด้วยรายการของพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ เกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม หรือที่เรียกว่า “Black list” แต่ต่อมากฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้มี เฉพาะรายการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นซึ่งไม่สามารถนำเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มไปใช้บังคับได้¹¹³ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้ระบุรายละเอียดทั้งประเภทของความตกลง ขอบเขตส่วนแบ่งการตลาดขององค์กรทางธุรกิจที่จะได้รับการยกเว้น รวมถึงความตกลงที่เป็นการ จำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่ไม่ได้รับการยกเว้นอีกด้วย¹¹⁴

เนื้อหาของกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มตามปกติแล้วจะต้องอยู่ภายใต้ แนวคิดที่เกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรี (Free movement of goods) ระหว่างประเทศ สมาชิกของสหภาพยุโรปและการดำรงอยู่ของการแข่งขัน รวมถึงมีข้อสังเกตว่ากฎเกณฑ์การอนุญาต แบบกลุ่มจะมีข้อจำกัดด้านเวลา คือ จะมีผลใช้บังคับอยู่ประมาณ 10 ปี และมากที่สุด 15 ปี ผู้ที่จะใช้ เกณฑ์นี้จะต้องคำนึงถึงระยะเวลาที่เกณฑ์มีผลใช้บังคับด้วยเพื่อจะได้เลือกใช้อย่างถูกต้อง โดยทาง คณะกรรมาธิการยุโรปเองก็ต้องมีการทบทวนถึงเนื้อหาในเกณฑ์นั้นเพื่อนำมาปรับปรุงให้เหมาะสมกับ เหตุการณ์ หากว่ากระบวนการร่างเกณฑ์ฉบับใหม่ไม่ทันวันสิ้นอายุของฉบับเก่าก็อาจมีการขยาย ระยะเวลาการบังคับใช้ออกไปอีก 1-2 ปี¹¹⁵

นอกจากเหตุผลในการลดภาระการทำงานของคณะกรรมาธิการยุโรป การ มีกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้สร้างประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ประกอบการ เนื่องจาก ผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแจ้งไปยังคณะกรรมาธิการเกี่ยวกับข้อตกลงที่เป็นไปตาม กฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม ดังนั้น คู่สัญญาสามารถหลีกเลี่ยงความล่าช้าและความไม่แน่นอนของ กระบวนการอนุญาตรายบุคคลได้ ทั้งนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องประเมินตนเอง (Self assessment)

¹¹² D.G.Goyder, *EC Competition Law*, p. 47.

¹¹³ *Ibid.*, p. 116.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 117.

¹¹⁵ *Ibid.*

ในการใช้บังคับกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม¹¹⁶ และผลของการประเมินตนเองภายใต้กฎเกณฑ์นี้ทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นเองสามารถตัดสินใจว่าข้อตกลงที่ตนทำขึ้นเป็นไปตามกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มหรือไม่ หรือในบางกรณีอาจใช้เพื่อแก้ต่างให้ตนเองต่อองค์กรการแข่งขันทางการค้าระดับชาติของแต่ละประเทศ (National Competition Authorities: NCAs) หรือศาลยุติธรรมภายในประเทศตนได้ และเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเขียนข้อตกลงที่จะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของคณะกรรมการได้หากเข้าข้อยกเว้นที่ระบุไว้ในกฎเกณฑ์ข้างต้น

การอนุญาตแบบกลุ่มในแต่ละรูปแบบถูกระบุอยู่ในกฎเกณฑ์แต่ละฉบับ ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมาย ถ้าหากข้อตกลงใดอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม ก็จะได้รับคุ้มครองโดยได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา 101(3) และคู่สัญญาที่อยู่ในข้อตกลงก็จะสามารถกำหนดเงื่อนไขในข้อตกลงให้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ระบุในกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้อีกทั้งเป็นการเพิ่มความมั่นใจว่าข้อตกลงไม่ได้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี หากมีคดีขึ้นสู่ศาล ทางศาลสหภาพยุโรปจะแปลความข้อตกลงที่อยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มอย่างจำกัด¹¹⁷ ซึ่งถ้าหากข้อตกลงใดไม่เข้าตามเงื่อนไขที่ระบุในเกณฑ์นี้อย่างครบถ้วนชัดเจนแล้วก็จะไม่ได้รับการยกเว้นแต่อย่างใด

กฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยหลักแล้วแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง และกฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวราบดังต่อไปนี้

ก. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

(1) Council Regulation (EEC) No 19/65 of 2 March 1965 on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices

เป็นกฎของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 85(3) กับข้อตกลงและการกระทำร่วมกันบางประเภท

(2) Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

¹¹⁶ Richard Whish, *Competition Law*, p. 163.

¹¹⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, p. 845.

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกับประเภทของข้อตกลงและการกระทำการร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

ข. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ

(1) Council Regulation (EEC) No 2821/71 of 20 December 1971 on application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of agreements, decisions and concerted practices

เป็นกฎของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 85(3) กับข้อตกลง การตัดสินใจและการกระทำการร่วมกันบางประเภท

(2) Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกับข้อตกลงเกี่ยวกับการวิจัยและพัฒนาบางประเภท

(3) Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกับข้อตกลงเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญพิเศษ

กฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเฉพาะนอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้นมีดังต่อไปนี้

ก. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงให้ใบอนุญาตในการส่งผ่านเทคโนโลยี (Licensing agreements for the transfer of technology)

Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 81(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกับข้อตกลงเกี่ยวกับการส่งผ่านเทคโนโลยี

ข. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจประกันภัย

(1) Council Regulation (EEC) No 1534/91 of 31 May 1991 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector

เป็นกฎของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 85(3) กับข้อตกลง การตัดสินใจ และการกระทำร่วมกันบางประเภทในธุรกิจประกันภัย

(2) Commission Regulation (EU) No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกับข้อตกลง การตัดสินใจ และการกระทำร่วมกันในธุรกิจประกันภัย

ค. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับอุตสาหกรรมยานยนต์

Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกับประเภทของข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งและการกระทำร่วมกันในอุตสาหกรรมยานยนต์

ง. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจการขนส่งทางอากาศ (Air transport)

Council Regulation (EC) No 487/2009 of 25 May 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices in the air transport sector

เป็นกฎของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 81(3) กับข้อตกลงและการกระทำร่วมกันบางประเภทในธุรกิจการขนส่งทางอากาศ

จ. กฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจการขนส่งทางเรือ (Maritime transport)

(1) Council Regulation (EC) No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies

เป็นกฎของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 81(3) กับข้อตกลง การตัดสินใจและการกระทำร่วมกันบางประเภทระหว่างบริษัทสายการเดินเรือ

(2) Commission Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia)

เป็นกฎของคณะกรรมการยุโรป เกี่ยวกับการใช้บังคับมาตรา 81(3) กับข้อตกลง การตัดสินใจและการกระทำร่วมกันบางประเภทระหว่างบริษัทสายการเดินเรือ

กฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มซึ่งออกโดยทั้งคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป และคณะกรรมการยุโรปนั้นมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในหลายปีที่ผ่านมา ซึ่งทางคณะกรรมการยุโรปได้อธิบายว่าการมีกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าเช่นนี้จะเป็นการเพิ่มเสรีภาพในการทำสัญญา โดยเฉพาะกับธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็กและสำหรับธุรกิจที่ปราศจากอำนาจเหนือตลาดด้วยเช่นกัน

เดิมภายใต้ Council Regulation 17/62 ทางคณะกรรมการยุโรปมีอำนาจในการให้การอนุญาตเฉพาะราย (individual exemption) ได้ แต่ต่อมาระบบของการแจ้งต่อคณะกรรมการเพื่อให้มีการอนุญาตเฉพาะรายไม่มีการนำมาใช้อีกต่อไปโดยมีผลเมื่อวันที่

1 พฤษภาคม ค.ศ.2004 จาก Council Regulation 1/2003 ซึ่งนับแต่นั้นมา มาตรา 101(3) ก็ถูกนำมาปรับใช้โดยตรงผ่านทางคณะกรรมการและมีการกระจายอำนาจไปยังองค์กรการแข่งขันทางการค้าระดับชาติของแต่ละประเทศสมาชิกรวมถึงศาลภายในประเทศนั้น¹¹⁸

3.1.3.2.2 เงื่อนไขของการอนุญาตแบบกลุ่ม

กฎเกณฑ์ของการอนุญาตแบบกลุ่มได้ให้การยกเว้นสำหรับข้อตกลงในบางรูปแบบ โดยกฎเกณฑ์หลักที่แบ่งออกเป็นกฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งและกฎเกณฑ์การอนุญาตสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน มีรายละเอียดที่กล่าวถึงได้ดังต่อไปนี้

ก. เงื่อนไขของกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

จาก Commission Regulation 330/2010 ได้ระบุว่า ในกฎเกณฑ์นี้ได้ให้การยกเว้นสำหรับข้อตกลงในแนวดิ่ง¹¹⁹ ซึ่งหมายถึง ข้อตกลง หรือการกระทำร่วมกันที่กระทำลงโดยองค์กรทางธุรกิจสององค์กรขึ้นไปที่ดำเนินการอยู่คนละระดับการผลิตหรือระดับการจัดจำหน่าย และมีความเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขที่ผู้เข้าร่วมตกลงจะซื้อ ขาย หรือขายต่อสำหรับสินค้าและบริการ

ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง หมายถึง การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 101(1) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป

ข้อยกเว้นที่ระบุในกฎเกณฑ์นี้โดยสรุป คือ ภายใต้มาตรา 101(3)และบทบัญญัติในกฎเกณฑ์นี้ มาตรา 101(1) จะไม่ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวดิ่ง¹²⁰ รวมถึงข้อตกลงใน

¹¹⁸ Richard Whish, *Competition Law*, p. 149.

¹¹⁹ European Commission, Regulation No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [Online], 2010. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

Article 1

(a) ‘vertical agreement’ means an agreement or concerted practice entered into between two or more undertakings each of which operates, for the purposes of the agreement or the concerted practice, at a different level of the production or distribution chain, and relating to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services

¹²⁰ European Commission, Regulation No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [Online], 2010. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

แนวดิ่งที่กระทำขึ้นระหว่างสมาคมขององค์กรทางธุรกิจและองค์กรทางธุรกิจที่เป็นสมาชิก หรือระหว่างสมาคมและตัวแทนจำหน่าย เมื่อสมาชิกของสมาคมนั้นเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าทั้งหมด หรือถ้าไม่มีสมาชิกของสมาคมนั้นรวมไปถึงองค์กรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกันมีรายรับประจำปีรวมเกินกว่า 50,000,000 ยูโร และข้อตกลงในแนวดิ่งที่กระทำขึ้นโดยสมาคมทางธุรกิจต่างๆจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้¹²¹ ทั้งนี้ มีการกำหนดขอบเขตของส่วนแบ่งการตลาดว่าช้อยกเว้นจะใช้บังคับในเงื่อนไขที่ว่าตัวแทนจำหน่ายรายนั้นๆจะต้องมีส่วนแบ่งการตลาดไม่เกินร้อยละ 30 ของตลาดที่ทำการขายสินค้าและบริการทั้งหมด และส่วนแบ่งการตลาดของผู้ซื้อจะต้องไม่เกิน ร้อยละ 30 ของตลาดที่ทำการซื้อสินค้าและบริการเช่นกัน¹²²

ในกฎนี้มีการกำหนดเกี่ยวกับรูปแบบการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้รับประโยชน์จากการยกเว้นภายใต้กฎการอนุญาตแบบกลุ่มด้วย คือ การจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore restrictions) โดยมีการระบุรายละเอียดว่าการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงประเภทใดบ้างที่จะไม่ได้รับการยกเว้น ตัวอย่างเช่น การจำกัดความสามารถของผู้ซื้อในการตัดสินใจเกี่ยวกับราคาขายของตน หรือการจำกัดเขตพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าที่จะขายสินค้าหรือบริการ เป็นต้น

หากความตกลงใดเข้าเงื่อนไขของข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่กล่าวมาข้างต้นจะได้รับการสันนิษฐานว่าเพียงพอที่จะเข้าเงื่อนไขของช้อยกเว้นตามมาตรา 101(3) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปแล้ว

Article 2

1. Pursuant to Article 101(3) of the Treaty and subject to the provisions of this Regulation, it is hereby declared that Article 101(1) of the Treaty shall not apply to vertical agreements.

¹²¹ Article 2

2. The exemption provided for in paragraph 1 shall apply to vertical agreements entered into between an association of undertakings and its members, or between such an association and its suppliers, only if all its members are retailers of goods and if no individual member of the association, together with its connected undertakings, has a total annual turnover exceeding EUR 50 million. Vertical agreements entered into by such associations shall be covered by this Regulation without prejudice to the application of Article 101 of the Treaty to horizontal agreements concluded between the members of the association or decisions adopted by the association.

¹²² Article 3

1. The exemption provided for in Article 2 shall apply on condition that the market share held by the supplier does not exceed 30 % of the relevant market on which it sells the contract goods or services and the market share held by the buyer does not exceed 30 % of the relevant market on which it purchases the contract goods or services.

ข. เงื่อนไขของกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวนราบส่วนใหญ่แล้วก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการแข่งขัน ตัวอย่างเช่น มีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันด้านราคา จำกัดปริมาณของผลผลิตหรือแบ่งเขตตลาด โดยการร่วมมือกันทำให้สามารถรักษาอำนาจเหนือตลาดหรือทำให้มีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น ซึ่งส่งผลให้เกิดผลกระทบในด้านลบต่อการแข่งขันโดยเฉพาะในเรื่องราคา ผลผลิต คุณภาพของสินค้า ความแตกต่างของสินค้าและการคิดค้นนวัตกรรม¹²³ แต่ในทางตรงกันข้าม การตกลงร่วมกันในแนวนราบบางประเภทสามารถนำไปสู่การมีประโยชน์อย่างสำคัญในทางเศรษฐกิจ เมื่อมีการร่วมมือกันเกี่ยวกับทักษะต่างๆ หรือมีการแบ่งส่วนทรัพย์สิน ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันในแนวนราบนี้อาจหมายถึงการแบ่งปันความเสี่ยง ช่วยลดต้นทุน เพิ่มการลงทุน แบ่งปันความรู้ เพิ่มคุณภาพของผลิตภัณฑ์ทำให้สร้างนวัตกรรมใหม่ๆ ที่หลากหลายได้อย่างรวดเร็ว

จากกฎของคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปและคณะกรรมการการยุโรปที่กล่าวถึงเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มสำหรับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ มีการระบุถึงประเภทความตกลงที่จะได้รับการยกเว้น ซึ่งในที่นี้จะอธิบายเพียงหลักการเบื้องต้นไม่ได้ระบุถึงรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

(1) ความตกลงเพื่อการแลกเปลี่ยนข้อมูล

การแลกเปลี่ยนข้อมูล (Information exchange) สามารถปรากฏได้ในหลายรูปแบบ โดยรูปแบบแรก คือ การแบ่งปันข้อมูลระหว่างคู่แข่ง รูปแบบที่สอง คือ การเปิดเผยข้อมูลที่มีอยู่ผ่านตัวกลางโดยทางอ้อม เช่น ทำผ่านสมาคมทางการค้า หรือทำผ่านบุคคลที่สาม เช่น องค์กรที่สำรวจข้อมูลการตลาดหรือทำผ่านตัวแทนจำหน่ายหรือผู้จัดจำหน่าย¹²⁴

การแลกเปลี่ยนข้อมูลนี้เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในการดำเนินธุรกิจโดยปกติทั่วไปในตลาดที่มีการแข่งขันและเป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพได้หลากหลายรูปแบบ เป็นการแก้ปัญหาการมีข้อมูลที่ไม่เท่าเทียมกันซึ่งจะทำให้ตลาดเกิดความมีประสิทธิภาพ ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ประกอบธุรกิจอาจจะต้องพยายามพัฒนาความมีประสิทธิภาพภายในองค์กรของตนเพื่อให้เทียบเท่ากับองค์กรอื่น ดังนั้น การแบ่งปันข้อมูลอาจเป็นการช่วยผู้ประกอบธุรกิจ

¹²³ European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements [Online], 2010. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

¹²⁴ Ibid.

ในการประหยัดต้นทุนโดยลดขั้นตอนการผลิต หรือส่งเสริมให้สามารถส่งสินค้าได้รวดเร็วยิ่งขึ้น เป็นต้น รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลนี้อาจเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยเป็นการลดต้นทุนในการแสวงหาข้อมูล¹²⁵

(2) ความตกลงเพื่อการวิจัยและพัฒนา

ความตกลงเพื่อการวิจัยและพัฒนา (Research and development agreements) ปรากฏขึ้นได้ในหลายรูปแบบ โดยนับตั้งแต่ทำการจ้างให้ทำการวิจัยและพัฒนาเฉพาะเรื่องจากบุคคลภายนอกไปถึงการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อปรับปรุงเทคโนโลยีที่มีอยู่และการร่วมมือกันเกี่ยวกับการวิจัย การพัฒนาและการตลาดของผลิตภัณฑ์ใหม่

(3) ความตกลงเพื่อการผลิต

ความตกลงเพื่อการผลิต (Production agreements) ปรากฏได้ในหลายรูปแบบเช่นเดียวกัน โดยการผลิตเกิดขึ้นได้จากผู้ผลิตรายเดียว สองราย หรือหลายราย ซึ่งสามารถร่วมทำการผลิตโดยทำในลักษณะกิจการร่วมค้า (Joint venture) ที่เป็นการร่วมกันควบคุมเครื่องมือเครื่องใช้ในการผลิตขึ้นเดียวหรือหลายชิ้นหรือทำเป็นสัญญาว่าจ้างผลิต (Subcontracting agreements) โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมอบความรับผิดชอบในการผลิตให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง

(4) ความตกลงเพื่อการซื้อสินค้า

ความตกลงเพื่อการซื้อสินค้า (Purchasing agreements) เป็นการร่วมกันซื้อสินค้าโดยอยู่ในรูปแบบของการเข้าร่วมกันควบคุมองค์กรธุรกิจหนึ่ง หรือองค์กรธุรกิจหลายรายได้เข้าร่วมหุ้นกัน หรือโดยทำสัญญาร่วมกัน ซึ่งความตกลงรูปแบบนี้มักจะมีเป้าหมายเพื่อสร้างอำนาจต่อรองของผู้ซื้อที่จะนำไปสู่การลดราคาหรือการมีผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพดีขึ้น ทั้งนี้ ความตกลงเพื่อการซื้อสินค้าที่พบได้ทั่วไปจะอยู่ในรูปของการเข้าร่วมเป็นพันธมิตรกัน (Alliance) หรืออยู่ในรูปของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจที่ตั้งขึ้นโดยกลุ่มของผู้ค้าปลีก¹²⁶

(5) ความตกลงเพื่อการค้า

ความตกลงเพื่อการค้า (Agreements on Commercialisation) หมายถึง ความตกลงระหว่างคู่แข่งชั้นที่เกี่ยวกับการร่วมมือกันเพื่อการขาย การจัดจำหน่าย หรือการส่งเสริมการ

¹²⁵ European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements [Online], 2010. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

¹²⁶ Ibid.

ขายสำหรับผลิตภัณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งความตกลงนี้สามารถมีขอบเขตที่กว้างขวางขึ้นอยู่กับว่าจะนำมาใช้กับกระบวนการขั้นตอนใดของการค้า¹²⁷

(6) ความตกลงกำหนดมาตรฐาน

ความตกลงกำหนดมาตรฐาน (Standardisation agreements) เป็นความตกลงที่มีเป้าหมายขั้นต้นเป็นการกำหนดความหมายทางเทคนิคหรือองค์ประกอบพื้นฐานเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในปัจจุบันหรืออนาคต หรือกระบวนการผลิตที่จะต้องปฏิบัติตามที่กำหนด โดยความตกลงกำหนดมาตรฐานนี้ครอบคลุมไปได้หลากหลายกรณี เช่น การกำหนดมาตรฐานของระดับคุณภาพ หรือขนาดของผลิตภัณฑ์หรือลักษณะเฉพาะทางเทคนิคในตลาดสินค้าและบริการให้สอดคล้องกัน¹²⁸

(7) ความตกลงเพื่อถ่ายทอดเทคโนโลยี

ความตกลงเพื่อถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology transfer agreements) ให้ความสำคัญกับการให้ใบอนุญาตเกี่ยวกับเทคโนโลยี โดยความตกลงนั้นจะก่อให้เกิดการพัฒนาประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและส่งเสริมการแข่งขันเนื่องจากจะเป็นการลดการซ้ำซ้อนกันของการวิจัยและพัฒนา เกิดการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ และเป็นการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดผลิตภัณฑ์¹²⁹

ความตกลงในรูปแบบต่างๆที่กล่าวมาในข้างต้น ถูกระบุอยู่ในกฎเกณฑ์ของการอนุญาตแบบกลุ่มโดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ รายละเอียดต่างๆ เช่น หลักเกณฑ์การพิจารณาตลาด การกำหนดส่วนแบ่งการตลาด เป็นต้น ซึ่งเนื้อหาจะปรากฏในประกาศของการอนุญาตแบบกลุ่มในเรื่องอื่นๆ และเป็นที่น่าสนใจได้ว่าความตกลงที่ได้รับการยกเว้นเหล่านี้เป็นความตกลงที่ทำแล้วเป็นการส่งเสริมการแข่งขันมากกว่าการจำกัดการแข่งขัน

3.1.3.2.3 การใช้บังคับกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม

การใช้บังคับกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มอยู่บนพื้นฐานของการประเมินตนเองของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องนำข้อตกลงที่ตนได้ทำขึ้นมาพิจารณาว่าเข้าเงื่อนไขในกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มฉบับใดหรือไม่ หากเนื้อหาในข้อตกลงอยู่ภายใต้เงื่อนไขเช่นนั้นก็จะได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย

¹²⁷ European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements [Online], 2010. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตที่สำคัญ คือ คณะกรรมาธิการยุโรปสามารถเพิกถอนประโยชน์ที่เกิดจากข้อยกเว้นตามกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้ เมื่อทางคณะกรรมาธิการพบว่าในบางกรณีการทำข้อตกลงระหว่างองค์กรทางธุรกิจ การตัดสินใจของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ หรือการกระทำร่วมกันระหว่างองค์กรทางธุรกิจ ก่อให้เกิดผลกระทบบางประการที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 101(3)¹³⁰

3.1.4 การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเมื่อมีการกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ซึ่งละเมิดบทบัญญัติของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป ตามมาตรา 101 นี้ เริ่มต้นมาจากกรณีแรกคือ มีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นต่อคณะกรรมาธิการยุโรปว่ามีการกระทำความผิดทางคณะกรรมาธิการจะสามารถเริ่มทำการตรวจสอบค้นหาข้อเท็จจริงได้ ทั้งในส่วนของประเภทของความตกลงที่เกิดขึ้น ลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจที่น่าจะมีส่วนเกี่ยวข้อง การถูกกำหนดตายตัวของราคา หรือสถานการณ์รูปแบบอื่นที่แสดงให้เห็นว่ามีแนวโน้มจะเกิดการกระทำที่เป็นการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ กฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศให้สามารถบังคับใช้มาตรา 101 ได้เช่นกัน¹³¹

กรณีที่สองคือ มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปหรือบุคคลธรรมดาที่มีส่วนได้เสียสามารถเสนอไปยังคณะกรรมาธิการให้มีคำตัดสินว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ แม้ว่าในทางความเป็นจริงแล้วทางคณะกรรมาธิการเองสามารถเริ่มสืบหาข้อเท็จจริงได้เอง อย่างไรก็ตาม คณะกรรมาธิการไม่ได้มีหน้าที่ต้องสืบหาข้อเท็จจริงในทุกกรณีที่ได้รับการร้องเรียนมา แต่หากทางคณะกรรมาธิการได้ตัดสินใจว่าจะเริ่มทำการไต่สวนหาข้อเท็จจริงก็ต้องกระทำไปด้วยความระมัดระวังและด้วยความรู้ความสามารถที่มีเพื่อที่จะประเมินองค์ประกอบของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย¹³²

หลังจากที่คณะกรรมาธิการได้เริ่มทำการสืบหาข้อเท็จจริงแล้ว การประเมินข้อเท็จจริงภายใต้มาตรา 101จะเกี่ยวข้องกับประเด็นที่สำคัญ 2 เรื่อง ได้แก่ เรื่องแรก คือ ประเด็นทางข้อเท็จจริงที่มีเพื่อพิสูจน์ถึงการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101 และเรื่องที่ 2 คือ ข้อมูลที่ต้องนำไปใช้ในการดำเนินการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิด¹³³ ทั้งนี้ การกระทำใดที่ตกอยู่ภายใต้เกณฑ์ของ

¹³⁰ John Fairhurst, *Law of the European Union*, 7th ed. (Pearson education 2010), p. 716.

¹³¹ *Ibid.*, p. 744.

¹³² *Ibid.*, p. 745.

¹³³ European Commission, *Council Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty* [Online], 2003. Available from ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf

De minimis คือการกระทำที่มีความสำคัญเล็กน้อยที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขัน ซึ่งเป็นไปตามที่ระบุใน Commission Notice on agreement of minor importance ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101(1) และหากความตกลงใดที่เข้าเงื่อนไขของกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่ม ก็จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 101(3) แต่ทว่าคณะกรรมการก็ยังมียอำนาจเพิกถอนประโยชน์ที่เกิดจากข้อยกเว้นตามกฎเกณฑ์การอนุญาตแบบกลุ่มได้หากพบว่าความตกลงนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่สอดคล้องกับข้อยกเว้นตามกฎหมาย¹³⁴

ในการประเมินข้อเท็จจริง ทางคณะกรรมการจะต้องได้รับข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นในการสืบค้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยคณะกรรมการสามารถเรียกเอาข้อมูลจากรัฐบาล องค์กรการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิก และมีอำนาจเรียกข้อมูลจากองค์กรทางธุรกิจหรือสมาคมขององค์กรทางธุรกิจให้จัดหาข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นให้ด้วย¹³⁵

คณะกรรมการมีอำนาจในการตรวจสอบข้อเท็จจริง โดยจะต้องทำการตรวจสอบข้อมูลทุกอย่างเกี่ยวกับองค์กรทางธุรกิจและสมาคมขององค์กรทางธุรกิจที่สงสัยว่ากระทำความผิด ซึ่งองค์กรการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกจะต้องให้ความร่วมมือกับคณะกรรมการในการดำเนินการเหล่านี้ หากว่าองค์กรทางธุรกิจปฏิเสธที่จะให้ตรวจสอบ ทางประเทศสมาชิกจะต้องให้ความช่วยเหลือคณะกรรมการโดยหาวิธีการที่เหมาะสม เช่น ขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับการตามกฎหมาย¹³⁶

เมื่อคณะกรรมการรวบรวมข้อมูลได้ครบถ้วนเพียงพอแล้ว ก็จะมีคำตัดสินออกมา ซึ่งคำตัดสินนี้จะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลพื้นฐานสนับสนุนและมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ถูกต้อง เมื่อคณะกรรมการตัดสินว่าความตกลงนั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติของมาตรา 101 ก็จะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ โดยมีอำนาจที่จะกำหนดโทษให้ชำระเงินตามระยะเวลาที่กระทำความผิดและกำหนดโทษปรับได้ด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี หากผู้ถูกตัดสินลงโทษต้องการอุทธรณ์ สามารถอุทธรณ์ไปยัง Court of First Instance (CFI) และขั้นตอนต่อไปคืออุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) ได้¹³⁷

¹³⁴ John Fairhurst, *Law of the European Union*, p. 753.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 754.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 764.

¹³⁷ John Fairhurst, *Law of the European Union*, p. 775.

3.1.5 มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการยุโรป มีมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency program) ซึ่งเป็นมาตรการที่ช่วยให้การสืบเสาะหาพยานหลักฐานแห่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ¹³⁸ โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ ต้องการให้ผู้ร่วมกระทำความผิดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันยอมเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดในฐานะพยานเพื่อแลกกับการยกเว้นหรือบรรเทาการรับโทษ

มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษนี้ใช้กับองค์กรทางธุรกิจที่มีส่วนร่วมกับการทำความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งองค์กรเหล่านี้จะมีหลักฐานและข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวกับการทำความตกลง โดยจะได้รับประโยชน์ในการยกเว้นโทษปรับทั้งหมดหรือได้รับการลดค่าปรับที่ทางคณะกรรมการยุโรปจะกำหนด ทั้งนี้ในอีกแง่หนึ่งการมีมาตรการนี้เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำงานของคณะกรรมการ เนื่องจากทำให้สามารถล่วงรู้ความลับในการดำเนินการร่วมกันจำกัดการแข่งขันและทำให้ได้ข้อมูลภายในขององค์กรทางธุรกิจเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย ยิ่งไปกว่านี้ มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษมีผลเป็นการยับยั้งการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันเพราะเป็นการสร้างความไม่ไว้วางใจกันระหว่างองค์กรธุรกิจที่เข้าร่วมกันนั่นเอง¹³⁹

ในกรณีที่ต้องการได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ องค์กรทางธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันจะต้องเป็นรายแรกที่เข้ามาแจ้งต่อทางคณะกรรมการเกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นและยังไม่ได้ถูกดำเนินคดี โดยจะต้องเสนอข้อมูลที่เพียงพอสำหรับคณะกรรมการในการนำไปตรวจสอบองค์กรทางธุรกิจที่ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนร่วมในการจำกัดการแข่งขัน ถ้าหากทางคณะกรรมการได้รับข้อมูลต่างๆอย่างเพียงพอแล้ว ในกระบวนการต่อไปองค์กรทางธุรกิจที่อยู่ภายใต้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษก็จะต้องให้ความร่วมมือกับทางคณะกรรมการไปตลอดระยะเวลาของการดำเนินคดี ซึ่งหมายถึงการให้ข้อมูลที่มีอยู่ทั้งหมดที่จะนำไปสู่การพิจารณาว่ามีการกระทำที่ละเมิดกฎหมายเกิดขึ้น โดยการร่วมมือกันระหว่างองค์กรทางธุรกิจและคณะกรรมการนี้ก็แสดงได้เป็นนัยว่าการดำเนินการเอาผิดจะไม่ถูกเปิดเผยไปยังองค์กรทางธุรกิจอื่นๆที่เข้าร่วมกระทำความผิดได้¹⁴⁰

¹³⁸ วารสารจับกระแสแข่งขันทางการค้า “มาตรการผ่อนผันโทษ Leniency Program: เครื่องมือในการเปิดเผยพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกัน”

¹³⁹ European Commission, Leniency Program [Online], 2012. Available from ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html

¹⁴⁰ Ibid.

องค์กรทางธุรกิจที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตราลดหย่อนผ่อนโทษอาจได้รับประโยชน์ในส่วนที่เป็นการลดค่าปรับหากว่าได้เปิดเผยถึงหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าเป็นหลักฐานที่มีคุณค่าอย่างสำคัญเพิ่มขึ้นจากหลักฐานที่ทางคณะกรรมการมีอยู่และเป็นการบริหารจัดการมีส่วนร่วมขององค์กรทางธุรกิจนั้นนอกจากการร่วมจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ หลักฐานใดจะเป็นหลักฐานที่เพิ่มคุณค่าอย่างสำคัญนั้นจะต้องพิจารณาจากการที่หลักฐานนั้นมีส่วนช่วยให้สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายได้ โดยองค์กรทางธุรกิจรายแรกที่เข้าเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะได้รับการลดค่าปรับร้อยละ 30-50 หากเป็นรายที่สองจะได้รับการลดค่าปรับร้อยละ 20-30 และในรายถัดมาจะได้รับการลดค่าปรับไม่เกินร้อยละ 20¹⁴¹

ข้อมูลที่ทางคณะกรรมการยุโรปกำหนดให้องค์กรทางธุรกิจที่ต้องการได้รับประโยชน์จากมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษส่งมอบให้มีเป็นจำนวนมากและเป็นข้อมูลเชิงลึกซึ่งอาจเป็นการลดจำนวนองค์กรธุรกิจที่จะเข้ามาเปิดเผยข้อมูล แต่ในเวลาเดียวกัน ผลประโยชน์ที่องค์กรธุรกิจเหล่านั้นจะได้รับหากเข้าร่วมในมาตรการนี้ก็มีสูงเช่นเดียวกัน และองค์กรทางธุรกิจขนาดใหญ่มักมีความพยายามในการเก็บรวบรวมข้อมูลหลักฐานเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการมากกว่าจะต้องเผชิญความเสี่ยงต่อการถูกตรวจพบการกระทำผิดและถูกลงโทษปรับเป็นจำนวนมหาศาล¹⁴²

นับตั้งแต่มีการใช้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปในเรื่องการร่วมกันจำกัดการแข่งขันมาจนถึงปัจจุบัน ได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากในการแสวงหาการกระทำที่เป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขันรวมถึงเป็นการส่งเสริมศักยภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย ทั้งนี้ องค์กรทางธุรกิจหลายรายได้ถือเอาประโยชน์จากมาตรการนี้ โดยได้รับการยกเว้นหรือลดค่าปรับแม้ว่าจะได้กระทำการละเมิดกฎหมาย¹⁴³

มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษนี้เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างยิ่งต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งหากประเทศไทยได้นำมาตรการนี้มาใช้ก็จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น

¹⁴¹ European Commission, Leniency Program [Online], 2012. Available from ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html

¹⁴² European Legal Forum, The Fight against Hard-core Cartels and the New EU Leniency Notice [Online], 2007. Available from www.simons-law.com/library/pdf/e/686.pdf

¹⁴³ Ibid.

3.1.6 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

การกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในสหภาพยุโรป ดังนั้นจึงมีคดีที่ไปยังคณะกรรมการยุโรปและศาลยุติธรรมแห่งยุโรปปรากฏขึ้นบ่อยครั้ง ซึ่งในที่นี้จะยกตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงและคดีที่ได้รับการยกเว้นให้ทำการจำกัดการแข่งขันได้ โดยในแต่ละคดีส่วนที่มีประโยชน์ในการศึกษาคือการพิจารณาถึงหลักกฎหมายที่นำมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละเรื่อง

3.1.6.1 คดีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

3.1.6.1.1 Zinc Producer Group

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนี้ คือ บริษัทขนาดใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับการทำเหมืองแร่และการถลุงแร่สังกะสี ได้แก่ บริษัท UM, MG, PAG, Penaroya และ RTZ ได้ตกลงกันเพื่อจะรวมกลุ่มผู้ผลิตสังกะสี (Zinc Producer Group) โดยภายใต้ข้อตกลงนี้ สมาชิกของกลุ่มผู้ผลิตสังกะสีได้ร่วมกันกำหนดราคาผลิตสังกะสีที่ใช้ในการทำสัญญากับผู้บริโภค ซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถหลีกเลี่ยงราคาสังกะสีที่สูงขึ้นได้ เนื่องจากมีทั้งการกำหนดราคาและจำกัดปริมาณสินค้า ทำให้ราคาสินค้าไม่เป็นไปตามราคาที่แท้จริงของตลาด รวมถึงคุณภาพของสังกะสีก็มีคุณภาพต่ำอีกด้วย¹⁴⁴

ข้อตกลงที่เกิดขึ้นข้างต้นนี้ เป็นการจำกัดความเป็นอิสระของแต่ละบริษัทที่จะไปเจรจาเกี่ยวกับราคาของสังกะสีและจำกัดการตั้งราคาสังกะสี ซึ่งเป็นข้อตกลงที่มีเป้าหมายและผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาภายในสหภาพยุโรป โดยราคาที่ได้ร่วมกันตกลงนั้นถูกนำไปใช้เป็นพื้นฐานสำหรับการตั้งราคาของสังกะสีทั้งหมด และข้อตกลงที่ห้ามไม่ให้ผู้ซื้อสังกะสีนำไปขายต่อรวมถึงการแบ่งสรรโควตาการขายก็เป็นการจำกัดการแข่งขันเช่นเดียวกัน โดยเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้กับผู้ผลิตที่จะต้องจำกัดการแข่งขันของตน เพราะฉะนั้น การกระทำทั้งหมดที่กล่าวมานี้จึงเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตรา 81(1)¹⁴⁵

ข้อสังเกตที่เกิดขึ้นคือ ทางคณะกรรมการยุโรปในคดีนี้มีความเห็นว่าแม้มีเพียงความตั้งใจให้เกิดการจำกัดการแข่งขันก็เป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 81(1) แล้ว โดยไม่จำเป็นว่าการจำกัดการแข่งขันจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ก็ตาม¹⁴⁶

¹⁴⁴ Ioannis Kokkoris, *Competition cases from the European Union*. 2nd Ed (London: Sweet&Maxwell, 2010), p. 2.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

3.1.6.1.2 Sigma Technologie di Rivestimento Srl v Commission

คณะกรรมการการยุโรปลงโทษปรับ 10 บริษัท รวมเป็นเงิน 92,210,000 ECU* ในการร่วมกันแบ่งส่วนการตลาด กำหนดราคาพร้อมกัน และรวมหัวกันประมูลท่อที่ใช้ในระบบ การทำความร้อนแบบรวมศูนย์ รวมถึงมีการกระทำเพื่อไม่ให้เกิดการแข่งขันในตลาด ซึ่ง ABB ถูกปรับ เป็นจำนวน ECU 70,000,000, Løgstør ECU 8,900,000, Henss/Isoplus ECU 4,950,000, Tarco ECU 3,000,000, Pan-Isovit ECU 1,500,000, Dansk Rør ECU 1,475,000, Brugg ECU 925,000, KWH ECU 700,000, Sigma ECU 400,000 and Ke-Kelit ECU 360,000 การทำ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน เริ่มขึ้นในช่วงปลายปี ค.ศ.1990 ที่ประเทศเดนมาร์กแล้วขยายไปสู่ เยอรมนี จนถึงปี 1994 ก็ขยายเข้าไปสู่ตลาดของประเทศอื่นๆในสหภาพยุโรป โดยตลาดท่อน้ำร้อนนี้มี มูลค่าตลาดรวม 400,000,000 ECU ทั้งนี้ในประเทศเดนมาร์กและเยอรมนี เป็นตลาดที่ใหญ่ที่สุด โดย เหล่าผู้ผลิตได้ทำการตกลงร่วมกันกำหนดราคาประมูล โดยผู้เหมาะสม(ที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว)จะถูกเสนอ เพื่อให้ชนะการประมูล และผู้ผลิตที่เหลือจะร่วมประมูลโดยยื่นเสนอราคาสูงไปเพื่อให้คนที่ถูกเลือก แล้วได้รับชนะการประมูลไป นอกจากนี้ยังพบการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งได้กระทำ ต่อเนื่องไปอีก 9 เดือน หลังจากที่คณะกรรมการได้พบหลักฐานจากการตรวจสอบในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1995¹⁴⁷

ระบบการทำความร้อนแบบรวมศูนย์นี้พบเห็นได้ทั่วไปในยุโรปทางเหนือ และตะวันออก แม้กระทั่งประเทศกรีซ และโปรตุเกส โดยแทนที่แต่ละบ้านจะมีเครื่องทำความร้อน แต่ จะมีส่วนกลางสำหรับทำความร้อนแล้วส่งต่อความร้อนผ่านท่อน้ำร้อนไปยังบ้านต่างๆแทน โดยปกติจะใช้ เครื่องกำเนิดพลังงานและพลังงานที่เหลือจะถูกใช้เพื่อใช้ทำความร้อน

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนี้เกิดขึ้นในส่วนของผลิตภัณฑ์ เหล็กภายในท่อน้ำร้อน พลาสติกหุ้มด้านนอก และแผ่นโฟมกั้นกลาง ลูกค้าส่วนใหญ่เป็นประชาชน และรัฐบาลท้องถิ่น ซึ่งสัญญาที่สร้างขึ้นต้องอยู่ภายใต้พื้นฐานของการแข่งขันกันประมูลและโครงการ ขนาดใหญ่จะต้องปฏิบัติตามกฎการจัดซื้อสาธารณะของสหภาพยุโรปด้วย โดยกฎเกณฑ์เหล่านี้ถูกละเมิดโดยกลุ่มผู้ทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ยิ่งไปกว่านั้นมีการแบ่งสรรโควตาการตลาด ให้กับสมาชิกที่ร่วมทำการตกลงและยังร่วมกันกำหนดราคาท่อน้ำอีกด้วย

* ECU คือ สกุลเงินของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ก่อนมีการใช้เงินสกุลยูโร

¹⁴⁷ European Commission, Commission imposes heavy fines for price fixing and bid-rigging in district heating pipe cartel [Online], 1998. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

คณะกรรมการก็ยังได้พบว่าผู้เข้าร่วมการตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน ได้มีการพยายามกำจัดคู่แข่งให้ออกจากธุรกิจ คือ บริษัท Powerpipe of Sweden ซึ่งไม่ยอมเข้าร่วมการตกลง โดยบริษัท Powerpipe นี้ได้ให้ข้อมูลแก่คณะกรรมการว่าปฏิเสธร่วมทำการตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน ทำให้บริษัทเหล่านั้น (ที่ร่วมกันทำการตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน) ได้ร่วมกันกลั่นแกล้ง เมื่อบริษัท Powerpipe ชะงักการประมูลโครงการขนาดใหญ่ในประเทศเยอรมัน ซึ่งประเทศเยอรมันมีการทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างกว้างขวาง โดยบริษัท ABB, Henss/Isoplus และ Pan-Isovit และเหล่าผู้ผลิตอื่นๆร่วมกันคว่ำบาตรไม่ขายสินค้าให้บริษัท Powerpipe และกีดกันไม่ให้เข้าถึงแหล่งวัตถุดิบอีกด้วย

ในการกำหนดโทษปรับ คณะกรรมการต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในด้านธรรมชาติของการกระทำ ความร้ายแรงในการฝ่าฝืน และระยะเวลาการกระทำผิด ซึ่งจากหลักเกณฑ์ต่างๆคณะกรรมการได้กำหนดค่าปรับสำหรับการละเมิดที่ร้ายแรงไว้ 20,000,000 ECU นอกจากนี้หลักเกณฑ์ยังระบุไว้ถึงความแตกต่างในการกำหนดโทษปรับโดยขึ้นกับความรับผิดชอบในการละเมิดกฎ หากบริษัทใดที่ปฏิเสธการรับผิดจะยิ่งโดนปรับมากขึ้นเท่านั้น แต่ทั้งนี้คณะกรรมการยังสามารถลดค่าปรับ 10-50% ได้ หากบริษัทใดสามารถให้ข้อมูลหลังจากมีการตรวจสอบไปแล้ว

หนึ่งในคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้า คือ Karel Van Miert ให้ความเห็นว่า กลุ่มธุรกิจรายใหญ่ที่ร่วมกันทำ cartel ไม่ควรจะถูกจำกัดค่าปรับเพียงแค่นี้ไม่เกิน 10% ของรายได้ทั้งหมด ซึ่งในกรณีนี้ควรจะมีการปรับที่เหมาะสมเพื่อให้บริษัทเหล่านั้นสำนึก เพราะผู้ผลิตหลักพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งที่ไม่เข้าร่วมตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขัน และยังได้ละเมิดกฎการจัดซื้อสาธารณะของสหภาพยุโรปโดยทำการรวมหัวกันประมูล ซึ่งคล้ายกับเป็นการฉ้อโกง และยังมีการดำเนินการต่อมาถึง 9 เดือนหลังจากมีการถูกจับได้ว่ากระทำความผิด ซึ่งการกระทำนี้สมควรถูกลงโทษปรับที่เหมาะสม ทั้งนี้ ค่าปรับของบริษัท ABB นั้นมีจำนวนสูง เพราะมีเจ้าหน้าที่ระดับสูงผู้หนึ่งเป็นผู้อยู่เบื้องหลังและมีอำนาจตัดสินใจในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนี้ โดยการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันสำหรับบริษัทลูกของ ABB ก็ล้วนเกิดจากการตัดสินใจของผู้บริหารระดับสูง ซึ่งกรรมการ Van Miert เน้นย้ำว่าคณะกรรมการมีความมุ่งมั่นที่จะกำจัดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน และการบิดเบือนการแข่งขันตามความเป็นจริง และจะนำทุกมาตรการที่จำเป็นมาใช้ในการพิจารณา พร้อมทั้งติดตามในการกระทำผิดส่วนบุคคล (Personal responsibilities) สำหรับผู้บริหารที่เพิ่งลาออกเนื่องจากเป็นผู้บริหารที่ประสานงานในการทำการจำกัดการแข่งขันด้วย¹⁴⁸

¹⁴⁸ European Commission, Commission imposes heavy fines for price fixing and bid-rigging in district heating pipe cartel [Online], 1998. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

คณะกรรมการกิจการได้เข้าตรวจสอบผู้ผลิตรายใหญ่ทุกราย ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1995 โดยได้หลักฐานจำนวนมากที่สามารถนำมาฟ้องร้องจากเกือบทุกบริษัทที่ไปทำการตรวจสอบ โดยการพบหลักฐานสำคัญนี้ถูกคาดหวังว่าจะหยุดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันได้ แต่บริษัทเหล่านั้นก็ยังคงมีการทำความผิดต่อเนื่องมาถึง 9 เดือนหลังจากคณะกรรมการได้ขอข้อมูลซึ่งทำให้เกิดการยุติการตกลงและสมาชิกในการตกลงร่วมกันบางบริษัทหันมาให้ความร่วมมือในการสอบสวน โดยบริษัทส่วนใหญ่ไม่ได้ปฏิเสธข้อกล่าวหา และบริษัทเหล่านี้ส่วนใหญ่อ้างขอผลประโยชน์จากมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษอีกด้วย

ในการสอบสวนมีการเปิดเผยถึงการร่วมมืออย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะตั้งแต่ช่วงปลายค.ศ. 1990 ในกลุ่มของผู้ผลิตของประเทศเดนมาร์ก โดยมีการร่วมมือกันทั้งด้านการส่งออกและตลาดภายในประเทศและขยายไปถึงตลาดต่างประเทศ รวมถึงได้ดึงผู้ผลิตประเทศเยอรมันคือ บริษัท Henss/Isoplus และ Pan-Isovit ซึ่งผู้บริหารของทั้ง 6 บริษัทได้จัดประชุมลับอย่างสม่ำเสมอหลังการประชุมการค้าต่างๆ โดยกลุ่ม 6 บริษัทเรียกตัวเองว่า “The Popes”

ช่วงแรกของการตกลงร่วมกันเกิดขึ้นในเดนมาร์ก ที่มีการฮั้วราคาประมูลอยู่แล้ว รวมทั้งมีระบบการจ่ายค่าเสียหาย คือ หากมีบริษัทที่ชนะการประมูลได้มูลค่างานที่เกินโควตาที่กำหนดไว้ จะต้องจ่ายเงินให้แก่บริษัทภายในกลุ่มด้วย ต่อมามีการรวมกลุ่มเพื่อร่วมกันจำกัดการแข่งขันขึ้นในช่วงกลางปีค.ศ.1994 เพื่อที่จะทำการจำกัดการแข่งขันทั่วทั้งสหภาพยุโรป รวมทั้งนอกสหภาพยุโรปด้วย ทั้งนี้ มีการจัดทำแบบใหม่โดยแบ่งตามโควตาไม่เพียงเฉพาะในสหภาพ แต่มีการแบ่งโควตาสำหรับตลาดต่างประเทศด้วย โดยหากมีผู้เสนอราคาประมูลต่ำกว่าบริษัทที่ตกลงกันได้จะถูกกดดันให้ถอนตัวจากการประมูล หรือให้เพิ่มราคาเพื่อให้บริษัทที่ตกลงไว้แล้วชนะการประมูลไป

หลังจากที่คณะกรรมการเริ่มมีการสอบสวนในช่วงท้ายเดือนมิถุนายน ค.ศ.1995 กลุ่มผู้บริหารในกลุ่มการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันได้ตัดสินใจกระทำการจำกัดการแข่งขันต่อไปแต่เพิ่มความระมัดระวังมากขึ้น เช่น จัดประชุมนอกกันนอกสหภาพยุโรป โดยส่วนใหญ่จัดที่เมืองซูริค (ซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของบริษัท ABB) และสมาชิกที่อยู่ในเดนมาร์กเดินทางไปประชุมโดยเครื่องบินส่วนตัวของบริษัท Løgstør ต่อมาปลายเดือนตุลาคม ค.ศ.1995 บริษัท ABB ได้ส่งโทรสารตารางโควตาปี 1995 ของแต่ละบริษัทให้บริษัท KWH พร้อมทั้งมีหมายเหตุว่าให้ทำลายข้อมูลทิ้ง และระบุว่าสถานการณ์ในสหภาพยุโรปไม่ดี ต้องระมัดระวังมากขึ้น โดยแม้บริษัทเหล่านี้จะรู้ดีว่าทางคณะกรรมการรู้ถึงการกระทำความผิดนี้แล้ว แต่ก็ยังจัดการประชุมเพื่อหาทางหลีกเลี่ยงเพื่อจะทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันต่อไป¹⁴⁹

¹⁴⁹ European Commission, Commission imposes heavy fines for price fixing and bid-rigging in district heating pipe cartel [Online], 1998. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

แต่ภายหลังจากขอความร่วมมือจากหลายบริษัท (Løgstør, Tarco, KWH) และทางคณะกรรมการได้รับเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ทำให้บริษัท ABB ได้แจ้งความประสงค์ที่จะให้ข้อมูลต่างๆแก่คณะกรรมการ ทั้งนี้ บริษัท ABB ถูกลงโทษปรับสูงสุดเนื่องจากเป็นตัวหลักในการจัดทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ข้อพิจารณาทางกฎหมายที่ปรากฏในคดีนี้ คือ องค์กรทางธุรกิจที่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยการกระทำนั้นอยู่ในขอบเขตนิยามของข้อตกลงหรือการกระทำการร่วมกันที่มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 81(1) และมีความมุ่งหมายที่จะละเมิดกฎหมาย อาจต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำขององค์กรทางธุรกิจอื่นที่เข้าร่วมกันภายในระยะเวลาที่ร่วมกันกระทำความผิด เมื่อถูกพิสูจน์ได้ว่าองค์กรทางธุรกิจนั้นทราบถึงการกระทำขององค์กรธุรกิจอื่นหรืออาจเล็งเห็นถึงการกระทำนั้นได้และได้มีการเตรียมการเพื่อรับความเสี่ยงไว้แล้ว¹⁵⁰

3.1.6.1.3 Peroxygen products

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ทางคณะกรรมการยุโรปได้รวบรวมหลักฐานตั้งแต่เดือนมกราคม ค.ศ.1971 ถึงสิ้นปีค.ศ.1999 ได้แสดงว่ากลุ่มผู้ผลิตสารเปอร์ออกไซด์อินทรีย์หลักในยุโรป ได้วางแผนลับๆเพื่อจะเพิ่มราคา และแบ่งเขตตลาดสำหรับสารเปอร์ออกไซด์อินทรีย์หรือออกซิเจนสายคู่ของผลิตภัณฑ์เคมีอินทรีย์สำหรับสินค้าพลาสติกและยาง โดยตลาดนี้มีมูลค่าถึง 250,000,000 ยูโรต่อปี ในส่วนของตลาดในประเทศเศรษฐกิจยุโรป¹⁵¹

ข้อตกลงในการร่วมกันจำกัดการแข่งขันเริ่มแรกทำโดยบริษัท Akzo, Luperox และ Peroxid Chemie หลังจากนั้น บริษัท Peroxidos Organicos (Perorsa) แห่งประเทศสเปน ได้เข้าร่วมการจำกัดการแข่งขันในปีค.ศ.1975 และ บริษัท Laporte เข้าร่วมในปี ค.ศ.1992 โดยการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนี้กินเวลาถึง 29 ปีก่อนที่จะถูกเปิดเผยโดยคณะกรรมการ

บริษัท AC Treuhand เป็นบริษัทที่ปรึกษาที่มีบทบาทสำคัญในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันครั้งนี้โดยเริ่มตั้งแต่ปีค.ศ.1992 ในการจัดการการประชุมโดยส่วนใหญ่จัดที่เมือง Zurich โดยมีการตกลงส่วนแบ่งการตลาดของแต่ละบริษัทซึ่งต้องเป็นไปตามที่ได้ร่วมตกลงกัน

¹⁵⁰ Ariel Ezrachi, *EC Competition law: An analytical guide to the leading cases*, p. 96.

¹⁵¹ European Commission, Commission fines members of organic peroxides cartel [Online], 2003. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

คณะกรรมการได้พบว่าการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนี้ละเมิด
บทบัญญัติมาตรา 81(1) ของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป และลงโทษโดยกำหนดค่าปรับตามจำนวน
ดังต่อไปนี้

(1) Atofina S.A.	43.47 ล้านยูโร
(2) Peroxid Chemie GmbH & Co KG.	8.83 ล้านยูโร
(3) Degussa UK Holdings Ltd.	
และ Peroxid Chemie GmbH & Co KG	16.73 ล้านยูโร
(4) Peroxidos Organicos S.A (Perorsa)	0.5 ล้านยูโร
(5) AC Treuhand AG	1,000 ล้านยูโร
(6) Akzo	ไม่ถูกลงโทษปรับ

ในการคำนวณค่าปรับนั้น พิจารณาจากความรุนแรงในการฝ่าฝืน
กฎหมาย พิจารณาจากระยะเวลา หรือหลักฐานในการทำให้ระดับเกิดความเสียหายต่อภาพรวม และ
ยังรับผิดชอบในระดับที่บริษัทสัมพันธ์กับตลาดรวม แต่ค่าปรับนั้นจะต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของรายรับรวม
ต่อปีของบริษัทนั้น โดยค่าปรับสำหรับ Atofina, Degussa UK Holdings and Peroxid Chemie นั้น
มีจำนวนสูง เพราะไม่ได้เป็นครั้งแรกที่ถูกลงโทษในการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน
ต่างจากบทลงโทษของ AC Treuhand ที่โดนปรับเป็นจำนวนน้อย เนื่องจากได้กระทำเป็นครั้งแรก แต่
มีการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการเป็นผู้จัดให้มีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน แม้ไม่ได้เป็นผู้
ที่เข้าร่วมการตกลง ก็ต้องได้รับโทษ ซึ่งหากยังมีการทำผิดอีกจะได้รับโทษเพิ่มมากขึ้น

Akzo Nobel Chemicals เป็นบริษัทแรกที่เข้ามาแจ้งคณะกรรมการ
พร้อมกับข้อมูลการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นจึงไม่ต้องรับ
โทษปรับ เนื่องจากได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency program)
นอกจากนี้ Atochem (Atofina) ได้เข้ามาพบกับคณะกรรมการพร้อมทั้งข้อมูลที่สำคัญ แต่ไม่ได้รับความ
คุ้มครองเต็มที่เนื่องจากไม่ใช่รายแรกที่มา แต่ก็ได้รับการลดหย่อนโทษปรับสำหรับการให้ความ
ร่วมมือในการตรวจสอบของคณะกรรมการ¹⁵²

¹⁵² European Commission, Commission fines members of organic peroxides cartel [Online],
2003. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

โดยสรุปคือ คณะกรรมาธิการยุโรป ได้มีมติสั่งปรับมีมูลค่าประมาณ 70,000,000 ยูโร ต่อบริษัท Atofina, Peroxid Chemie, Laporte Perorsa และ AC Treuhand AG เนื่องจากมีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันสำหรับสินค้าประเภทสารเปอร์ออกไซด์อินทรีย์ซึ่งใช้ในอุตสาหกรรมพลาสติก โดยทางคณะกรรมาธิการได้เปิดเผยการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ได้มีการตกลงกันมานานแล้ว โดยบริษัท Akzo ได้สารภาพและจะได้รับความคุ้มครอง เพราะสารภาพเป็นรายแรกว่ามีการตกลงร่วมกันในการจำกัดการแข่งขันด้านราคา และ AC Treuhand บริษัทที่ให้การรักษาจากประเทศสวิส มีบทบาทสำคัญในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตั้งแต่ช่วงปีค.ศ.1993 โดยจัดการให้มีการประชุม และการปิดบังหลักฐานในการฟ้องร้อง ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมายของสหภาพยุโรป

ข้อพิจารณาจากคำตัดสินของคณะกรรมาธิการยุโรปพบว่า ทางคณะกรรมาธิการไม่ยอมรับว่าการแบ่งเขตตลาดของสารเปอร์ออกไซด์อินทรีย์เกิดจากแรงผลักดันโดยธรรมชาติของตลาดหรือเกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระทางการค้าของผู้ผลิต แต่พบว่าเกิดจากการตกลงกันหรือความเข้าใจร่วมกันเป็นระยะเวลายาวนานระหว่างผู้ผลิต โดยอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับหลักการตลาดภายใน (Home market principle) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าตลาดภายในประเทศควรถูกสงวนไว้สำหรับผู้ผลิตภายในประเทศเท่านั้น¹⁵³

การพิจารณาถึงการร่วมมือกันหรือการกระทำการร่วมกันจะต้องอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การแข่งขันจะต้องเกิดจากส่วนต่างๆของระบบเศรษฐกิจที่ต้องมีการตัดสินใจได้อย่างอิสระเกี่ยวกับนโยบายที่ตนจะกระทำภายในตลาด ซึ่งในคดีนี้จากหลักฐานพบว่า การตัดสินใจโดยผู้ผลิตแต่ละรายในตลาดไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระทางการค้า แต่อยู่ภายใต้หลักการตลาดภายในที่ถูกระบุอย่างชัดเจนและปรากฏขึ้นบ่อยครั้งและถูกใช้เป็นพื้นฐานของการกระทำของแต่ละบริษัท¹⁵⁴

การแบ่งเขตตลาดทั้งหมดและการทำข้อสัญญาที่ครอบคลุมถึงเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์และขอบเขตตลาดของผลิตภัณฑ์ รวมถึงการค้าทั้งหมดของผลิตภัณฑ์และผู้ผลิตรายใหญ่ของตลาดในสหภาพยุโรป เป็นการนำหลักการตลาดภายในมาใช้โดยแบ่งแยกเขตแดนที่ผู้ผลิตแต่ละรายจะทำการค้า ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างอิสระภายในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป และในที่สุดจะก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันและทำลายเป้าหมายที่ต้องการให้มีตลาดร่วมยุโรปขึ้น¹⁵⁵

¹⁵³ Ariel Ezrachi, *EC Competition law: An analytical guide to the leading cases*, p. 100.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid.

3.1.6.1.4 Elevators and Escalators

คณะกรรมการการยุโรป สั่งปรับบริษัท Otis, KONE, Schindler และ ThyssenKrupp groups จำนวน 992,000,000 ยูโร สำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในการติดตั้งลิฟต์ และการบริการซ่อมบำรุงลิฟต์ ในประเทศเบลเยียม เยอรมนี ลักเซมเบิร์ก และ เนเธอร์แลนด์ เนื่องจากฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันค้าของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป ในมาตรา 81 โดยในการตัดสิน ได้ระบุรายชื่อ 17 บริษัทลูก ของกลุ่มบริษัทที่ได้กล่าวถึงก่อนหน้านี้ รวมถึง Mitsubishi Elevator Europe B.V. ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันใน เนเธอร์แลนด์¹⁵⁶

ลิฟต์และบันไดเลื่อน มีส่วนสำคัญในสังคมเมืองปัจจุบัน บริษัท Otis ได้ประมาณการว่าประชากรส่วนใหญ่ใช้ลิฟต์และบันไดเลื่อนในทุกๆ 9 วัน ตั้งแต่ปีค.ศ.1995 -2004 บริษัทติดตั้งลิฟต์เหล่านี้ได้มีการเตรียมการตั้งแต่การรวมหัวกันประมูลในสัญญาการจัดซื้อ การร่วมกันกำหนดราคา การแบ่งส่วนตลาดของแต่ละบริษัท และการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางการค้าและข้อมูลสำคัญ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ส่งผลกระทบมากกว่า 25-50 ปีแล้ว เนื่องจากผู้ซ่อมแซมบำรุงลิฟต์มักจะเป็นผู้ติดตั้งที่เป็นคนติดตั้งลิฟต์นั้น ทำให้ตลาดถูกปิดเป็นไปจากความเป็นจริง

บริษัทลูกของ KONE ได้รับการยกเว้นจากการถูกกำหนดโทษปรับนี้ ภายใต้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในประเทศเบลเยียม และ ลักเซมเบิร์ก เพราะเป็นบริษัทแรกที่มาเปิดเผยข้อมูลให้แก่คณะกรรมการ ในทำนองเดียวกัน Otis (เนเธอร์แลนด์) ก็ได้รับการยกเว้นจากการลงโทษปรับจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ในเนเธอร์แลนด์ แต่บริษัท ThyssenKrupp ถูกปรับเพิ่มขึ้นร้อยละ 50 เนื่องจากการกระทำผิดซ้ำ ซึ่งเป็นการปรับจำนวนมากที่สุดของคณะกรรมการในการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

Neelie Kroes หนึ่งในคณะกรรมการการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้าได้กล่าวว่า “มันเป็นเรื่องไม่สมควรที่ต้นทุนในการก่อสร้างตึกต่างๆ รวมทั้งสถานพยาบาลสูงขึ้นเพราะผลกระทบจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยเหล่าพวกผู้บริหารของกลุ่มบริษัทติดตั้งและซ่อมบำรุงลิฟต์และบันไดเลื่อนนี้ตระหนักดีว่าสิ่งที่ทำนี้ไม่ถูกต้อง แต่ก็ยังกระทำต่อพร้อมทั้งหาทางปกปิดการกระทำของตน ผลเสียของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันนี้จะมีผลไปนานหลายปี เพราะไม่ได้เป็นการจำกัดเฉพาะอุปทาน(supply)ในเบื้องต้น แต่เป็นการจำกัดวิธีการดูแลรักษาในการติดตั้งและซ่อมบำรุงลิฟต์และบันไดเลื่อนในภายหลังด้วย สำหรับบริษัทเหล่านี้การถูกลงโทษปรับจะเป็นบทเรียนไปอีกเป็นเวลานาน”

¹⁵⁶ European Commission, Competition: Commission fines members of lifts and escalators cartels over €990 million [Online], 2007. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

คณะกรรมการการเริ่มการตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยอิงจากข้อมูลที่ได้รับมา ซึ่งได้นำไปสู่การค้นพบที่น่าประหลาดใจในเดือน มกราคม ค.ศ.2004 จากหลักฐานของเหล่าผู้ผลิต ลิฟต์ในยุโรปต่างๆ ผลการตรวจสอบทำให้หลายบริษัทได้รับสิทธิคุ้มครองและรอดพ้นจากการถูกปรับ หรือได้รับการลดค่าปรับภายใต้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ โดยหลักฐานที่รวบรวมจากการตรวจสอบ ได้แสดงให้เห็นว่ามีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศ เบลเยียม เยอรมนี ลักเซมเบิร์ก และเนเธอร์แลนด์ นอกจากนี้ยังมีเอกสารยืนยันจำนวนมากจากผู้เข้าร่วมมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ โดยพบว่าบริษัทเหล่านี้จัดสรรการยื่นประมูลและสัญญาต่างๆ สำหรับการซื้อ การติดตั้ง การซ่อมบำรุง และการตกแต่งลิฟต์และบันไดเลื่อน เพื่อกำหนดส่วนแบ่ง การตลาด และกำหนดราคาให้เป็นไปตามที่ตั้งไว้ ซึ่งข้อมูลลับทางธุรกิจและข้อมูลการประมูลรวมถึง ราคาได้ถูกแลกเปลี่ยนระหว่างบริษัทที่ร่วมทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

การแบ่งสรรโครงการของแต่ละบริษัทที่ร่วมทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัด การแข่งขันใน 4 ประเทศสมาชิกนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยบริษัทเหล่านี้จะแจ้งบริษัทอื่นเมื่อจะมีการเสนอราคาในแต่ละโครงการเพื่อทำการตกลงว่าใครจะเสนอประมูลในราคาที่ตกลงกันได้ โดยจะทำการประมูลเท็จโดยให้บริษัทที่ไม่ได้รับโครงการนี้เสนอราคาที่สูงมากๆ เพื่อให้อีกบริษัทหนึ่งชนะการประมูล ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้เกิดขึ้นหมุนเวียนสลับเปลี่ยนกันไปในแต่ละบริษัทในประเทศ เบลเยียม เยอรมนี และลักเซมเบิร์ก ในกรณีประเทศเยอรมนีและเนเธอร์แลนด์ ส่วนใหญ่จะแบ่งส่วนกันโดยคำนึงถึงฐานลูกค้าที่มีระดับความสัมพันธ์อันดีกับบริษัทนั้นๆ ซึ่งในที่นี้จะกระทำภายใต้หลักการของการรักษาฐานลูกค้าเดิม

ในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันมีเหล่าผู้บริหารระดับสูงใน บริษัทต่างๆ ได้แก่ กรรมการบริหาร ผู้จัดการฝ่ายขายและบริการ รวมถึงผู้จัดการฝ่ายบริการลูกค้า ทำ การประชุมและหารือกัน พร้อมทั้งมีหลักฐานว่าบริษัทเหล่านั้นต่างตระหนักดีว่าการกระทำเช่นนี้ผิด กฎหมายพร้อมทั้งพยายามกลบเกลื่อนเพื่อไม่ให้ตรวจสอบพบ โดยส่วนมากจะจัดการประชุมตาม ร้านอาหารและบาร์ตามชนบทหรือต่างประเทศ

การกระทำนี้เป็นการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ สหภาพยุโรปอย่างร้ายแรง ค่าปรับจะขึ้นอยู่กับขนาดของส่วนแบ่งการตลาดของผลิตภัณฑ์ของแต่ละ บริษัท ระยะเวลาในการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน และขนาดของบริษัทที่เข้าร่วมการจำกัด การแข่งขัน โดยบริษัท ThyssenKrupp รวมทั้งบริษัทที่มีส่วนร่วมถูกปรับเพิ่มร้อยละ 50 เพราะเป็น การกระทำผิดซ้ำ¹⁵⁷

¹⁵⁷ European Commission, Competition: Commission fines members of lifts and escalators cartels over €990 million [Online], 2007. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

3.1.6.2 คดีเกี่ยวกับการยกเว้นให้ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

3.1.6.2.1 Visa International-Multilateral Interchange Fee

คณะกรรมการการยุโรปได้ยกเว้นให้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยไม่ให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปสำหรับการร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคาร (Multilateral interchange fee: MIF) ในการชำระเงินระหว่างประเทศด้วยการใช้บัตร Visa หลังจากที่บริษัท Visa ได้จัดการเปลี่ยนระบบครั้งใหญ่ ส่งผลให้ค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารลดลงและมีการจำกัดระดับที่เหมาะสมกับต้นทุนอย่างมีนัยสำคัญในภาพรวมของร้านค้าปลีกและผู้บริโภค¹⁵⁸

Multilateral interchange fee หรือ “MIF” คือ การจ่ายเงินค่าธรรมเนียมระหว่างธนาคารสำหรับธุรกรรมผ่านบัตร (บัตรเครดิต บัตรเดบิต)

ในระบบของ Visa นั้น ธนาคารของร้านค้าเป็นผู้ชำระเงินค่าธรรมเนียมแลกเปลี่ยนให้แก่ธนาคารของผู้ถือบัตร ซึ่งปกติแล้วจะตกเป็นภาระของร้านค้าที่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมในแต่ละครั้งที่มีการรับเงินผ่านบัตร ค่าธรรมเนียม MIF ที่ใช้เรียกเก็บโดยทั่วไปจะมาจากคณะกรรมการของ Visa ที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการแล้ว หรือตามแต่ที่ธนาคารทั้ง 2 ฝ่ายจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

หลังจากที่ทางคณะกรรมการหารือกับ Visa รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว รูปแบบของ MIF ที่ทาง Visa เสนอมาเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 81(3) ของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป โดยทาง Visa จะกระทำการดังต่อไปนี้

(1) เริ่มจาก Visa จะลดอัตรา MIF สำหรับบัตรประเภทต่างๆ ทั้งบัตรเครดิต และเดบิตนั้น ค่าเฉลี่ย MIF จะลดลง 0.7% ในปีค.ศ.2007 และ เดบิตการ์ดจะนำ อัตรา MIF แบบ flat-rate ที่ 0.28 ยูโร ต่อธุรกรรมทันที

(2) ขั้นตอนที่สอง คือ MIF จะถูกลดลงตามต้นทุนของแต่ละบริการของธนาคารผู้ออกบัตร ซึ่งในมุมมองของคณะกรรมการนั้นมองว่าจะส่งผลดีต่อร้านค้าที่ต้องจ่าย MIF ระหว่างประเทศ ซึ่งบริการเหล่านั้นได้แก่ การดำเนินการด้านธุรกรรม การประกันการชำระเงิน ซึ่งพิจารณาจากการศึกษาต้นทุนของ Visa ก่อน และต้องผ่านการตรวจสอบโดยผู้สอบบัญชีอิสระด้วย

¹⁵⁸ European Commission, Commission exempts multilateral interchange fees for cross-border Visa card payments [Online], 2002. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

(3) นอกจากนี้ Visa อนุญาตให้ธนาคารที่เป็นสมาชิกของ Visa เปิดเผยข้อมูลระดับ MIF และสัดส่วนของต้นทุนของต้นทุนทั้งสามหมวดหมู่ (ซึ่งตอนนี้ยังถือว่าเป็นความลับของธุรกิจอยู่) ให้แก่ร้านค้าหากมีการขอมมา

การยกเว้นนี้มีผลเฉพาะกับธุรกรรมจ่ายเงินระหว่างประเทศ ผ่านบัตร Visa ณ ร้านค้าภายในสหภาพยุโรป ซึ่งมีจำนวนธุรกรรมประมาณ 10% ของบัตร Visa ทั้งหมด โดยการยกเว้นนี้ไม่ได้มีผลกับ MIF ในการใช้บัตรภายในประเทศสมาชิก รวมทั้งบัตร Visa ขององค์กรธุรกิจ

การประเมินเพื่อการยกเว้นให้กับโครงการ MIF ของ Visa กระทำโดยคณะกรรมการภายใต้สาระสำคัญที่ว่าเป็นธุรกรรมการชำระเงินของบัตร Visa ระหว่างประเทศเท่านั้น ส่วนการประเมิน MIF สำหรับการชำระเงินภายในประเทศ หรือระบบการจ่ายเงินแบบอื่นนั้น Visa ต้องพิจารณาให้เหมาะสมในแต่ละสถานการณ์ซึ่งแตกต่างกันไป

นโยบายของทางคณะกรรมการเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารของ Visa นี้ แสดงให้เห็นว่า การกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารที่เป็นคู่แข่งกันได้นำไปสู่การจำกัดการแข่งขัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ทำการพิจารณาแล้ว เกิดข้อสรุปที่ว่า การกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารสามารถนำไปสู่ความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจได้ภายใต้เครือข่ายของการชำระเงิน และสามารถได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นของกฎหมาย แต่จะต้องกำหนดขึ้นภายใต้การกระทำที่สมเหตุสมผลและยุติธรรม¹⁵⁹

จากข้อยกเว้นของการกระทำร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในมาตรา 101(3) การกระทำที่จะได้รับการยกเว้นต้องเข้าเงื่อนไขใน 4 องค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ
- (2) ข้อตกลงนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ตามสมควรต่อผู้บริโภค
- (3) ข้อตกลงทางธุรกิจที่จัดทำขึ้นนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้ เพื่อให้วัตถุประสงค์ตามที่ได้กล่าวมาบรรลุผลได้อย่างสมบูรณ์
- (4) ข้อตกลงนั้นจะต้องไม่เปิดโอกาสให้มีการขจัดการแข่งขันให้หมดไป

¹⁵⁹ European Commission, Commission exempts multilateral interchange fees for cross-border Visa card payments [Online], 2002. Available from europa.eu/rapid/pressReleasesAction

จากองค์ประกอบข้อที่ 1 คณะกรรมาธิการได้ยอมรับมุมมองของทาง Visa ที่เกี่ยวกับโครงการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารนี้ว่าเป็นการก่อให้เกิดเครือข่ายที่มีประสิทธิภาพและส่งเสริมการจัดจำหน่ายให้กว้างขวางขึ้น ดังนั้นโครงการกำหนดค่าธรรมเนียมนี้จึงสอดคล้องกับเงื่อนไขในองค์ประกอบที่ 1 ของมาตรา 101 เนื่องจากเป็นการนำไปสู่การดำรงอยู่ของเครือข่ายการชำระเงินระหว่างประเทศขนาดใหญ่¹⁶⁰

จากองค์ประกอบข้อที่ 2 เครือข่ายของ Visa ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายภายนอกจะก่อให้เกิดอรรถประโยชน์เพิ่มมากขึ้นต่อผู้ใช้ในแต่ละประเภท ยิ่งจำนวนผู้ใช้มีมากก็จะมีผู้ค้าเพิ่มมากขึ้นตาม และส่งผลให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ถือบัตร Visa ในที่สุด¹⁶¹

จากองค์ประกอบข้อที่ 3 คณะกรรมาธิการได้พิจารณาว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคาร เป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้ เนื่องจากว่าหากไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมนี้ให้เป็นรูปแบบเดียวกัน ผู้ถือบัตร Visa จะไม่สามารถเรียกคืนค่าบริการจากร้านค้าที่เป็นประโยชน์ของร้านค้านั้นเอง ซึ่งจะนำไปสู่ผลที่เป็นทางลบ เกิดความเสียหายต่อระบบทั้งหมด รวมไปถึงผู้ใช้บริการทั้งหมดด้วย¹⁶²

จากองค์ประกอบข้อที่ 4 โครงการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารไม่ได้เป็นการจัดการแข่งขันระหว่างผู้ถือบัตร Visa เนื่องจากผู้ถือบัตรแต่ละรายยังคงมีอิสระที่จะกำหนดราคาค่าธรรมเนียมต่อลูกค้าได้เอง¹⁶³

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำของ Visa เข้าองค์ประกอบทั้ง 4 ข้อของมาตรา 101(3) จึงได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมาย

3.1.6.2.2 GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ บริษัท GlaxoSmithKline ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตยา ได้จัดทำเอกสารกำหนดเงื่อนไขทั่วไปสำหรับการขายให้สำหรับบริษัทผู้ค้าส่งของสเปน โดยในเอกสารมีการระบุถึงกระบวนการกำหนดราคาคู่ขนาน (Dual pricing mechanism) ที่ส่งผลให้เกิดความแตกต่างระหว่างราคาของผู้ค้าส่งยาที่ขายภายในประเทศและการขายส่งออกนอกประเทศที่มีราคาสูงกว่า ทางคณะกรรมาธิการยุโรปพบว่า การกำหนดราคาเช่นนี้มีทั้งเป้าหมายและผลกระทบที่เป็นการ

¹⁶⁰ Ariel Ezrachi, *EC Competition law: An analytical guide to the leading cases*, p. 85.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid., p. 86.

จำกัดการแข่งขันโดยการจำกัดการค้าภายในประเทศสเปนและการค้าต่อประเทศสมาชิกอื่นในสหภาพยุโรป ดังนั้นการกระทำของบริษัท GlaxoSmithKline จึงไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา 81(3) ของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป¹⁶⁴

ในคดีนี้คณะกรรมการได้มีคำตัดสินออกมาเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมาย คือ มีการระบุว่า ผู้ที่จะอ้างถึงข้อยกเว้นตามมาตรา 81(3) จะต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของตนเข้าเงื่อนไขขององค์ประกอบทั้ง 4 ข้อของกฎหมาย ซึ่งทางคณะกรรมการจะเป็นผู้ตรวจสอบถึงข้อโต้แย้งและหลักฐานต่างๆ โดยภายใต้องค์ประกอบที่ 1 ของมาตรา 81(3) ข้อตกลงที่สร้างขึ้นจะต้องมีเป้าหมายในการก่อให้เกิดประโยชน์ที่เหมาะสม ทางคณะกรรมการจะตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นแสดงให้เห็นได้หรือไม่ว่าได้ก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้น ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่าประโยชน์ในที่นี้จะต้องมีขึ้นไม่เฉพาะแต่ในตลาดที่เกิดการกระทำนั้นแต่รวมไปถึงตลาดอื่นๆด้วย และเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการที่จะประเมินว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นนั้นอยู่เหนือกว่าผลเสียใดๆ¹⁶⁵

อย่างไรก็ดี เมื่อได้ทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงและหลักฐานต่างๆของบริษัท GlaxoSmithKline ก็พบว่าไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงการมีเป้าหมายในการก่อให้เกิดประโยชน์ที่เหมาะสมได้ การกระทำที่เกิดขึ้นจึงไม่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย

3.2 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพประเทศหนึ่ง และมีพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเรื่อยมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยประเทศไทยเองก็ได้รับเอาหลักการบางส่วนของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียมาบัญญัติในกฎหมายไทยด้วย ซึ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการห้ามกระทำการร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ไทยรับมาคือ ระบบการขออนุญาตเพื่อกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ดังนั้น การศึกษาถึงรายละเอียดของกฎหมายของประเทศออสเตรเลียจึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยเพื่อนำมาปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹⁶⁴ Ariel Ezrachi, *EC Competition law: An analytical guide to the leading cases*, p. 86.

¹⁶⁵ *Ibid.*

3.2.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของประเทศออสเตรเลีย มีชื่อว่า The Australian Industries Preservation Act ซึ่งตราขึ้นโดยได้รับอิทธิพลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่มีปัญหาในการบังคับใช้เป็นอย่างมากในช่วงต้น ต่อมาในปี 1965 จึงได้มีการตรากฎหมายใหม่มีชื่อว่า The Trade Practices Act (TPA) เป็นกฎหมายที่ใช้แนวทางแก้ปัญหาการผูกขาดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าและการพาณิชย์กรรมของประเทศออสเตรเลีย โดยมีวัตถุประสงค์โดยชัดแจ้ง 2 ประการ คือ¹⁶⁶

- (1) เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันที่เข้มแข็งของวิสาหกิจเอกชนในหลายระดับของการผลิตและการจำหน่ายในสินค้าอุตสาหกรรมและในสินค้าสำหรับผู้บริโภคและบริการ
- (2) เพื่อให้สถานะของผู้บริโภคมีความเข้มแข็งขึ้นต่อบรรดาผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคและเพื่อประโยชน์ของกระบวนการแข่งขัน เพราะผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายจะทำการแข่งขันในด้านราคาและคุณภาพมากขึ้น

ต่อมาในปี 2010 มีการออกกฎหมายฉบับใหม่ คือ The Competition and Consumer Act 2010 โดยเป็นการรวมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเข้าด้วยกัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีเจตนารมณ์ให้ผู้ประกอบธุรกิจแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ผู้ประกอบธุรกิจสามารถตัดสินใจทางธุรกิจได้ด้วยตนเองโดยไม่ถูกเงื่อนไขบังคับจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น รวมถึงให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้หน่วยงานที่เป็นผู้บังคับกฎหมายและดูแลกระบวนการต่างๆเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย คือ คณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค หรือ Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) เป็นองค์กรอิสระ ซึ่งมีบทบาทหน้าที่ในการคุ้มครองผู้บริโภค กำกับดูแลการแข่งขัน ส่งเสริมความเป็นธรรมในธุรกิจ รวมถึงการนำคดีขึ้นสู่ศาล¹⁶⁷

การกระทำที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยถือว่าเป็นความผิด โดยหลักคือ พฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขัน (Anti-competitive practices) ซึ่งในหมวดที่ 4 ของ The Competition and Consumer Act 2010 ได้บัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันครอบคลุมการกระทำหลักๆ ดังต่อไปนี้

¹⁶⁶ S g corones, *Competition Law in Australia*, 4th ed. (Sydney: Lawbook, 2006), p. 85.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 90.

(1) การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel)

บัญญัติไว้โดยเฉพาะในส่วนที่ 1 ของหมวดที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 44ZZRA - 44ZZRV โดยห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในรูปแบบต่างๆ เช่น การร่วมกันกำหนดราคา การร่วมกันประมูล การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ และการจำกัดปริมาณผลผลิตของสินค้า เป็นต้น

(2) การตกลงในลักษณะต่างๆของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (Contracts, arrangements or understandings that restrict dealings or affect competition)

การตกลงข้างต้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 45 โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการร่วมกันในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกัน (Contracts)หรือดำเนินการร่วมกัน (Arrangements) หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน (Understandings) โดยมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก (Substantially lessen competition) หรือเพื่อจำกัดหรือปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ (Exclusionary provisions) ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการวางหลักที่มีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมถึงการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกันในเรื่องใดๆที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก หรือที่เป็นการปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น

(3) ข้อตกลงที่กระทบต่อการแข่งขัน (Covenants affecting competition) เป็นบัญญัติในมาตรา 45B โดยระบุว่าข้อตกลงดังกล่าวที่เป็นการให้สิทธิหรือประโยชน์ หรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจ จะไม่มีผลบังคับหากมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก

(4) การกระทำของบุคคลหนึ่งร่วมกับอีกบุคคลหนึ่งในการกีดกันบุคคลที่สาม (Secondary boycott) บัญญัติในมาตรา 45D โดยห้ามการกีดกันบุคคลที่สามจากการขายสินค้าหรือบริการให้กับธุรกิจ การซื้อสินค้าหรือบริการจากธุรกิจ การจำกัดการค้าขาย ซึ่งรวมถึงการจำกัดการซื้อขายสินค้าระหว่างออสเตรเลียและต่างประเทศ

(5) การทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกัน อันมีผลกระทบต่อการจัดหาหรือได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น (Prohibition of contracts, arrangements or understandings affecting the supply or acquisition of goods or services) โดยบัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวไว้ในมาตรา 45E

(6) การใช้อำนาจตลาดในทางมิชอบ (Misuse of market power)

มาตรา 46 ได้บัญญัติห้ามผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาด ใช้อำนาจดังกล่าวในทางมิชอบ ได้แก่ การใช้อำนาจตลาดเพื่อจำกัดหรือทำความเสียหายอย่างมากแก่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง (Eliminating or substantially damaging a competitor) การกีดกันบุคคลอื่นมิให้เข้ามาประกอบการในตลาด (Preventing the entry of a person into any market) หรือหน่วงเหนี่ยวหรือขัดขวางบุคคลอื่นจากการแข่งขันในตลาด (Deterring or preventing a person from engaging in competitive conduct in any market)

การพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมในแต่ละกรณี โดยจะพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการในตลาดนั้นๆ และพฤติกรรมของผู้ประกอบการคู่แข่ง หรือผู้ประกอบการที่อาจจะเป็นคู่แข่งได้ (Potential competitor) และผู้ที่จะถูกควบคุมตามมาตรา นี้ จะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตลาดเป็นอย่างมาก (A substantial degree power in a market) หมายถึง การมีอำนาจตลาดอย่างเพียงพอต่อการที่จะสามารถใช้อำนาจที่มีอยู่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันได้

(7) การจำกัดการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้อื่น หรือการบังคับมิให้ผู้ค้าปลีกขายสินค้าของคู่แข่ง (Exclusive dealings) บัญญัติไว้ในมาตรา 47 โดยห้ามการวางเงื่อนไขจำกัดการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้อื่นที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดลง หรืออีกนัยหนึ่งคือการห้ามบุคคลหนึ่งซื้อขายสินค้ากับผู้อื่นโดยวางข้อจำกัดอันทำให้ผู้อื่นไม่มีอิสระในการเลือกสินค้าได้ ซึ่งเป็นการตัดโอกาสของผู้ประกอบการอื่น

(8) การกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)

ในมาตรา 48 บัญญัติห้ามมิให้ใช้วิธีการกำหนดราคาขายปลีก โดยห้ามกำหนดราคาที่ต่ำจนเกินไปทำให้ผู้ค้าปลีกไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ เนื่องจากหากมีการกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำไว้แล้ว จะเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาในตลาด รวมถึงเป็นการรักษาระดับราคาที่สูงเอาไว้ด้วย

(9) การควบรวมกิจการ (Acquisitions)

ในมาตรา 50 บัญญัติห้ามการควบรวมกิจการที่อาจทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมาก (Prohibition of acquisitions that would result in a substantial lessening of competition) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม ด้วยการเข้าถือเอาหุ้นเรือนหุ้นของบริษัทอื่น หรือเข้าถือเอาสินทรัพย์ของผู้อื่น ซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบการรายเล็กถูกจำกัดโอกาสในการเลือกสินค้าและบริการในราคาและเงื่อนไขที่ต้องการ

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) ถูกบัญญัติเพิ่มขึ้นจากบทบัญญัติที่มีอยู่เดิมของ The Trade Practices Act โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2009 และปัจจุบันได้ปรากฏอยู่ในหมวดที่ 4 ส่วนที่ 1 ของกฎหมาย The Competition and Consumer Act 2010 โดยระบุไว้ในมาตรา 44ZZRA-44ZZRV ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 44ZZRA¹⁶⁸ บัญญัติว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกัน จะต้องไม่กระทำการหรือก่อให้เกิดผลกระทบ ในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกัน หรือดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน ที่เป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน โดยมีรูปแบบดังนี้

- (ก) การกำหนดราคา หรือ
- (ข) การจำกัดปริมาณการผลิต หรือ
- (ค) การแบ่งส่วนลูกค้า ตัวแทนจำหน่ายหรือพื้นที่การประกอบธุรกิจ หรือ
- (ง) การร่วมมือกันในการเสนอประมูล

ซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้ที่เป็นหรือมีแนวโน้มที่จะเป็นคู่แข่งกัน

ความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 44ZZRD¹⁶⁹ ซึ่งมีลักษณะ คือ

¹⁶⁸ The Competition and consumer act 2010

Section 44ZZRA Simplified outline

The following is a simplified outline of this Division:

This Division sets out parallel offences and civil penalty provisions relating to cartel conduct.

A corporation must not make, or give effect to, a contract, arrangement or understanding that contains a cartel provision.

A cartel provision is a provision relating to:

- (a) price-fixing; or
- (b) restricting outputs in the production and supply chain; or
- (c) allocating customers, suppliers or territories; or
- (d) bid-rigging;

by parties that are, or would otherwise be, in competition with each other.

¹⁶⁹ 44ZZRD Cartel provisions

(1) For the purposes of this Act, a provision of a contract, arrangement or understanding is a *cartel provision* if:

- (a) either of the following conditions is satisfied in relation to the provision:

(1) การกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันโดยการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน จะเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) เมื่อ

ก. ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้ทั้งหมด

1) เงื่อนไขของเป้าหมายหรือผลกระทบเป็นไปตามที่ระบุในข้อ (2)

2) เงื่อนไขของเป้าหมายเป็นไปตามที่ระบุในข้อ (3) และ

ข. ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของการแข่งขันที่ระบุในข้อ (4)

(2) การกระทำจะเป็นไปตามเงื่อนไขของเป้าหมายหรือผลกระทบ ต่อเมื่อการกระทำนั้นมีเป้าหมายหรือมีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อ

ก. การกำหนด ควบคุม หรือรักษา หรือ

ข. การจัดให้มีการกำหนด ควบคุม หรือรักษา สำหรับราคา ส่วนลด ส่วนแบ่ง เงินคืน หรือสินเชื่อที่เกี่ยวข้อง

ค. สินค้าหรือบริการที่จัดให้มีขึ้น หรือมีแนวโน้มว่าจะจัดให้มีขึ้น โดยผู้เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

ง. สินค้าหรือบริการที่ได้รับ หรือมีแนวโน้มว่าจะได้รับจากผู้เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

(i) the purpose/effect condition set out in subsection (2);

(ii) the purpose condition set out in subsection (3); and

(b) the competition condition set out in subsection (4) is satisfied in relation to the provision.

(2) The purpose/effect condition is satisfied if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, of directly or indirectly:

(a) fixing, controlling or maintaining; or

(b) providing for the fixing, controlling or maintaining of; the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to:

(c) goods or services supplied, or likely to be supplied, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(d) goods or services acquired, or likely to be acquired, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(3) การกระทำที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขของเป้าหมาย¹⁷⁰ คือ การกระทำที่มีเป้าหมายโดยตรงหรือโดยอ้อมเพื่อ

ก. การป้องกัน กีดกัน หรือจำกัด

1) การผลิตหรือการมีแนวโน้มที่จะผลิตสินค้าโดยผู้ใดก็ตามที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

2) ความสามารถในการผลิตหรือแนวโน้มของความสามารถในการผลิตของผู้ใดก็ตามที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

3) การจัดหาหรือแนวโน้มการจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับบุคคลหรือระดับของบุคคลโดยผู้ใดก็ตามที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

ข. การแบ่งสรรระหว่างบุคคลใดก็ตามที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันเกี่ยวกับ

1) บุคคลหรือระดับของบุคคลที่จะได้รับหรือมีแนวโน้มว่าจะได้รับสินค้าหรือบริการจากบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน

2) บุคคลหรือระดับของบุคคลที่จะจัดหาหรือมีแนวโน้มว่าจะจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน

¹⁷⁰ 44ZZRD Cartel provisions

(3) The purpose condition is satisfied if the provision has the purpose of directly or indirectly:

(a) preventing, restricting or limiting:

(i) the production, or likely production, of goods by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(ii) the capacity, or likely capacity, of any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding to supply services; or

(iii) the supply, or likely supply, of goods or services to persons or classes of persons by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(b) allocating between any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding:

(i) the persons or classes of persons who have acquired, or who are likely to acquire, goods or services from any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(ii) the persons or classes of persons who have supplied, or who are likely to supply, goods or services to any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

3) พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการจัดหาหรือมีแนวโน้มว่าจะมีการจัดหาสินค้าหรือบริการ โดยบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน¹⁷¹ หรือ

4) พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการได้รับหรือมีแนวโน้มว่าจะมีการได้รับสินค้าหรือบริการ จากบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

ค. การยืนยันว่าเมื่อมีการประมูลที่เกี่ยวกับการจัดหาหรือการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการแล้ว

1) ผู้เข้าร่วม 1 รายหรือหลายรายในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่ผู้เข้าร่วม 1 รายหรือหลายรายอื่นจะไม่กระทำด้วย หรือ

2) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล โดยผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายที่เข้าประมูลนั้นมีแนวโน้มว่าจะประสบความสำเร็จมากกว่ารายอื่น หรือ

3) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล โดยผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายอื่นจะไม่ดำเนินการประมูลจนกว่าจะมีการสิ้นสุดกระบวนการประมูล หรือ

¹⁷¹ 44ZZRD Cartel provisions

(iii) the geographical areas in which goods or services are supplied, or likely to be supplied, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(iv) the geographical areas in which goods or services are acquired, or likely to be acquired, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(c) ensuring that in the event of a request for bids in relation to the supply or acquisition of goods or services:

(i) one or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but one or more other parties do not; or

(ii) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but at least 2 of them do so on the basis that one of those bids is more likely to be successful than the others; or

(iii) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but not all of those parties proceed with their bids until the suspension or finalisation of the request for bids process; or

4) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล โดยผู้เข้าร่วมอย่างน้อย 2 รายนั้นจะดำเนินการประมูล บนพื้นฐานว่าอีกรายหนึ่งมีแนวโน้มว่าจะประสบความสำเร็จมากกว่ารายอื่น¹⁷² หรือ

5) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่สาระสำคัญของผู้เข้าร่วมอย่างน้อยหนึ่งรายจะดำเนินการได้

(4) การกระทำที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขของการแข่งขัน คือ ผู้เข้าร่วมอย่างน้อย 2 ราย ในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน

ก. ได้กระทำหรือมีแนวโน้มว่าจะกระทำ หรือ

ข. ในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน

มีการแข่งขันระหว่างแต่ละราย

การกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในลักษณะข้างต้นนี้ ผู้กระทำอาจ ต้องรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและอาญาตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย

ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันบางรูปแบบมีข้อยกเว้นให้สามารถกระทำได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด

¹⁷² 44ZZRD Cartel provisions

(iv) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid and proceed with their bids, but at least 2 of them proceed with their bids on the basis that one of those bids is more likely to be successful than the others; or

(v) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but a material component of at least one of those bids is worked out in accordance with the contract, arrangement or understanding.

(4) The competition condition is satisfied if at least 2 of the parties to the contract, arrangement or understanding:

(a) are or are likely to be; or

(b) but for any contract, arrangement or understanding, would be or would be likely to be in competition with each other

3.2.3 ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียบัญญัติขึ้นเพื่อส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและมีความเชื่อว่าการแข่งขันจะนำไปสู่การมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและเพิ่มพูนความเป็นอยู่ที่ดีของผู้บริโภค¹⁷³ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การสนับสนุนการแข่งขันแต่อย่างเดียวย่อมอาจไม่ทำให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภค กฎหมายจึงต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ ซึ่งใน The Competition and consumer Act 2010 ได้มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นสำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ใน 2 รูปแบบหลัก ได้แก่ การขออนุญาต (Authorization) และการแจ้ง (Notification) โดยอำนาจในการพิจารณาอนุญาตและรับแจ้งเป็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค (ACCC) ของออสเตรเลีย

3.2.3.1 การขออนุญาต (Authorization)

ระบบการขออนุญาตนี้มีขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งในตลาดสินค้าหรือบริการ อาจเกิดประโยชน์สาธารณะได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากว่าประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าผลเสียของการแข่งขัน¹⁷⁴

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้ มีบัญญัติไว้ในมาตรา 44ZZRM¹⁷⁵ โดยระบุว่า การกระทำข้อตกลงที่จะไม่ต้องรับโทษปรับทางอาญา ตามมาตรา 44ZZRF และโทษทางแพ่งตามมาตรา 44ZZRJ คือ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ระบุในมาตรา 44ZZRD ที่ได้กล่าวในรายละเอียดมาแล้วข้างต้น ซึ่งได้ทำสัญญาโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เนื้อหาในสัญญาจะไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าจะได้รับการอนุญาตให้สัญญานั้นมีผลได้ และบริษัทผู้เข้าร่วมทำสัญญาได้ยื่นคำขออนุญาตภายใน 14 วันนับตั้งแต่ได้ทำสัญญา ทั้งนี้ การขออนุญาตเพื่อที่จะได้รับยกเว้นสำหรับการกระทำที่มีโทษทางแพ่ง ผู้ขออนุญาตจะต้องมีการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบที่จะได้รับการยกเว้นด้วย

¹⁷³ S g corones, *Competition Law in Australia*, p. 25.

¹⁷⁴ Ibid., p. 236.

¹⁷⁵ 44ZZRM Cartel provision subject to grant of authorisation

(1) Sections 44ZZRF and 44ZZRJ do not apply in relation to the making of a contract that contains a cartel provision if:

(a) the contract is subject to a condition that the provision will not come into force unless and until the corporation is granted an authorisation to give effect to the provision; and

(b) the corporation applies for the grant of such an authorisation within 14 days after the contract is made.

(2) A person who wishes to rely on subsection (1) in relation to a contravention of section 44ZZRJ bears an evidential burden in relation to that matter.

อำนาจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในการอนุญาต ฎกระบุในมาตรา 88 คือ ทางคณะกรรมการอาจจะให้การอนุญาตกับผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อที่จะทำสัญญาหรือข้อตกลงต่างๆที่อาจเป็นลักษณะของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันได้

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศ ออสเตรเลีย จะมีอำนาจในการอนุญาตให้ผู้ประกอบการกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน หากว่าการกระทำนั้นไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำนั้นมีน้ำหนัก มากกว่าผลเสีย¹⁷⁶ ซึ่งจะพิจารณาโดยเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการกระทำนั้นและผลเสียที่จะเกิดขึ้นว่าน้ำหนักของผลประโยชน์มีมากกว่าผลเสียหรือไม่ หรือที่เรียกว่า หลักผลประโยชน์สุทธิ (Net benefit test¹⁷⁷) ทั้งนี้ ทางคณะกรรมการจะพิจารณาทั้งผลกระทบที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันและหลักฐานที่แสดงถึงการส่งเสริมประสิทธิภาพการแข่งขันเป็นลำดับไป

คำว่า ผลเสียต่อสาธารณะ (Public detriment) มีการให้ความหมายไว้ว่า คือ การลดคุณค่าในรูปแบบใดๆต่อสาธารณะ หรือความร้ายแรงเสียหายต่อเป้าหมายของสังคม รวมไปถึง ความเสียหายต่อหลักการที่เป็นสาระสำคัญในการมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ¹⁷⁸

คำว่า ประโยชน์สาธารณะ (Public benefit) หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่มีมูลค่าต่อ สาธารณะ ซึ่งนำไปสู่เป้าหมายที่สังคมยอมรับ และเป็นหนึ่งในองค์ประกอบสำคัญในการบรรลุถึง เป้าหมายที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ การพิจารณาถึงความมี ประสิทธิภาพนี้จะต้องมาจากมุมมองของสังคมโดยรวม นั่นคือการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์ สูงสุด¹⁷⁹

การดำเนินการขออนุญาตต้องเป็นไปตามขั้นตอนซึ่งระบุอย่างละเอียดชัดเจนใน แนวปฏิบัติการขออนุญาตที่ออกโดยคณะกรรมการ (ACCC Guide to Authorisation) โดยทาง ผู้ยื่นคำขออนุญาตจะสามารถใช้แนวปฏิบัตินี้เป็นแนวทางในการยื่นขออนุญาตได้ ทั้งนี้ ทาง คณะกรรมการได้ให้คำมั่นว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคำขออนุญาตอย่างรวดเร็ว สม่าเสมอ และ โปร่งใส เพราะฉะนั้นประชาชนจะได้รับประโยชน์จากกระบวนการอนุญาตที่มีประสิทธิภาพ¹⁸⁰

¹⁷⁶ Australian Competition & Consumer Commission, Authorising and notifying cartel conduct [Online], 2010. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/656029

¹⁷⁷ S g corones, *Competition Law in Australia*, p. 179.

¹⁷⁸ Ibid., p. 180.

¹⁷⁹ Australian Competition & Consumer Commission, Guide to Authorisation [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/788405

¹⁸⁰ Ibid.

กระบวนการที่ระบุในแนวปฏิบัติการขออนุญาตโดยหลัก ได้แก่

(1) การแจ้งความประสงค์ที่จะยื่นขออนุญาตก่อนยื่นคำขอ

ทางคณะกรรมการต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจได้มาแจ้งความประสงค์ของตนก่อนยื่นขออนุญาต เนื่องจากจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ขออนุญาตได้รับข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาต และสามารถขอคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับข้อสงสัยหรือความไม่แน่นอนต่างๆของรูปแบบคำขอ และคำแนะนำเกี่ยวกับขั้นตอนต่างๆในการพิจารณาคำขออนุญาต ทั้งนี้ ทางเจ้าหน้าที่จะให้คำแนะนำเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อมูลที่ยื่นคำขอควรระบุในคำขอนั้น¹⁸¹

(2) การยื่นคำขออนุญาต โดยมีการระบุแบบฟอร์มคำขอไว้หลากหลายรูปแบบ

(3) การชำระค่าธรรมเนียม

(4) การจัดหาข้อมูลเพื่อสนับสนุนคำขออนุญาต

ผู้ยื่นคำขออนุญาตจะต้องแสดงต่อคณะกรรมการว่าคำขอที่ยื่นมานั้นสมควรที่จะได้รับอนุญาต โดยจัดหาข้อมูลเพื่อสนับสนุนว่าเพราะเหตุใดจึงควรได้รับอนุญาต ซึ่งประเด็นที่ควรระบุได้ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติอย่างชัดเจน¹⁸² ได้แก่

1) ลักษณะของตลาดสินค้าหรือบริการในธุรกิจนั้น

2) ส่วนแบ่งตลาดของผู้อยู่ในตลาดแต่ละราย

3) ผู้ที่เข้าร่วมกระทำการที่จะขออนุญาตรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องอื่นๆในตลาด

4) วิธีการดำเนินการในทางปฏิบัติ

5) การกระทำนั้นจะมีผลกระทบอย่างไรต่อผู้เข้าร่วมกระทำการและผู้อื่นในตลาดเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการแข่งขัน

6) การกระทำนั้นจะลดผลเสียต่อสาธารณะอย่างไร

7) ผลประโยชน์สาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

8) ระยะเวลาที่ต้องการได้รับอนุญาตและเพราะเหตุใดระยะเวลานั้นจึงมี

ความเหมาะสม

¹⁸¹ Australian Competition & Consumer Commission, Guide to Authorisation [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/788405

¹⁸² Ibid.

กระบวนการพิจารณาอนุญาตจะเริ่มขึ้นเมื่อคำขออนุญาตนั้นครบถ้วนสมบูรณ์ รวมถึงมีการให้ข้อมูลสนับสนุนและมีการชำระค่าธรรมเนียมเรียบร้อยแล้ว โดยคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าจะสามารถดำเนินการได้ดังต่อไปนี้¹⁸³

- (1) เชิญผู้ที่มีส่วนได้เสียมาให้ข้อมูลไม่ว่าโดยทางวาจาหรือลายลักษณ์อักษร เกี่ยวกับคำขออนุญาตและข้อมูลสนับสนุนที่ได้รับมาจากผู้ยื่นคำขออนุญาต
- (2) ประชุมหารือกับผู้ยื่นคำขออนุญาตและผู้มีส่วนได้เสีย
- (3) เชิญชวนให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตยื่นข้อมูลสนับสนุนเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อโต้ตอบข้อมูลที่มาจากผู้มีส่วนได้เสีย
- (4) ดำเนินการสำรวจตลาดด้วยตนเองและทำการค้นคว้าข้อมูลภายหลังได้หารือกับผู้มีส่วนได้เสีย
- (5) ออกร่างคำตัดสิน

ทางคณะกรรมการจะออกร่างคำตัดสินโดยระบุว่าจะให้การอนุญาตสำหรับคำขอนั้นหรือไม่ โดยในทางปฏิบัติ ร่างคำตัดสินจะประกอบไปด้วยรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) เหตุผลของคณะกรรมการในการออกคำตัดสิน ซึ่งระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำที่จะอนุญาต สรุปข้อมูลที่ได้รับจากผู้ยื่นคำขออนุญาตและผู้มีส่วนได้เสีย สรุปแนวทางหลักการพิจารณาอนุญาต การประเมินประโยชน์สาธารณะและผลเสียต่อสาธารณะจากการกระทำที่ขออนุญาตว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลในด้านใดมากกว่ากัน

2) เนื้อหาของร่างคำตัดสินว่าให้การอนุญาตหรือไม่อนุญาต

(6) เชิญชวนให้ผู้ยื่นคำขอและผู้มีส่วนได้เสียส่งข้อมูลสนับสนุนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อร่างคำตัดสิน และจัดการประชุมหารือหากมีการร้องขอ

เมื่อคณะกรรมการได้ออกร่างคำตัดสินก็จะทำการส่งสำเนาของร่างไปยังผู้ยื่นคำขออนุญาตและผู้มีส่วนได้เสีย โดยร่างคำตัดสินจะมีการเปิดเผยต่อสาธารณะและปรากฏบนเว็บไซต์ของคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งผู้ยื่นคำขอและผู้มีส่วนได้เสียสามารถส่งข้อมูลสนับสนุนมายังคณะกรรมการและร้องขอให้จัดการประชุมหารือได้ และทางคณะกรรมการจะกำหนดวันที่จะจัดการประชุมไว้อย่างชัดเจน โดยกระบวนการต่างๆต้องเป็นไปตามที่กำหนดในแนวปฏิบัติ

¹⁸³ Australian Competition & Consumer Commission, Guide to Authorisation [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/788405

(7) ออกคำตัดสินสุดท้ายสำหรับคำขออนุญาต

ภายหลังกระบวนการพิจารณาเปิดเผยร่างคำตัดสิน คณะกรรมการจะออกคำตัดสินสุดท้าย ซึ่งโครงสร้างโดยทั่วไปของคำตัดสินสุดท้ายจะมีลักษณะเดียวกับร่างคำตัดสิน โดยคณะกรรมการจะส่งสำเนาของคำตัดสินไปยังผู้ยื่นคำขออนุญาตและผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมด ทั้งนี้ สำเนาของคำตัดสินจะมีการลงทะเบียนเผยแพร่ต่อสาธารณะและมีการตีพิมพ์เผยแพร่ด้วย ซึ่งคำตัดสินจะมีผลในวันที่ที่ระบุไว้¹⁸⁴

จากข้อมูลข้างต้น จะพบว่าเมื่อมีการยื่นคำขอแล้วทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคจะมีการลงทะเบียนไว้และรวบรวมเอกสารหลักฐานที่ส่งมาเพื่อประกอบการพิจารณาอนุญาต โดยในกระบวนการพิจารณาอนุญาตจะต้องเป็นไปอย่างโปร่งใสและมีการรับฟังข้อมูลจากสาธารณะ ซึ่งจะมีการเชิญบุคคลที่เกี่ยวข้องที่มีแนวโน้มจะได้รับผลกระทบ เช่น ผู้บริโภค คู่แข่งขัน ผู้จัดจำหน่าย หน่วยงานภาครัฐ องค์กรผู้บริโภคและสมาคมทางการค้า มามีส่วนร่วมในการให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับคำขออนุญาตที่มีขึ้นด้วย เพราะฉะนั้นการจะอนุญาตหรือไม่นั้นไม่ใช่อำนาจของคณะกรรมการแต่เพียงผู้เดียวแต่ยังเปิดโอกาสในการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย¹⁸⁵

ในประเด็นเรื่องการลงทะเบียนสาธารณะซึ่งแนวปฏิบัติกำหนดให้ต้องกระทำภายหลังมีร่างคำตัดสินและคำตัดสินสุดท้าย เนื่องจากเหตุผลที่ว่ากระบวนการอนุญาตจะต้องเป็นไปโดยเปิดเผยมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น ผู้ที่มีส่วนได้เสียจึงมีโอกาสที่จะได้แสดงความคิดเห็นโดยข้อมูลที่ต้องเปิดเผย เช่น เอกสารคำขออนุญาต บันทึกการประชุม ร่างคำตัดสิน คำตัดสินสุดท้าย เป็นต้น และกรณีที่ข้อมูลของผู้ยื่นคำขอหรือผู้มีส่วนได้เสียเป็นความลับ ผู้ยื่นคำขอหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอให้กันข้อมูลส่วนนั้นออกจากการเปิดเผยต่อสาธารณะได้ ซึ่งข้อมูลที่มีลักษณะเป็นความลับ เช่น สูตรหรือกระบวนการลับ ต้นทุนของการผลิตสินค้าหรือบริการ เป็นต้น

ในประเด็นเรื่องระยะเวลา จากแนวปฏิบัติได้มีการระบุถึงขั้นตอนและระยะเวลาที่คณะกรรมการจะพิจารณาคำขออนุญาตไว้อย่างละเอียด โดยได้กำหนดระยะเวลาสูงสุดในการพิจารณาคำขอ คือ ไม่เกินกว่า 6 เดือน (Six-month time limit) โดยเริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่คำขออนุญาตมีผล ซึ่งผู้ยื่นคำขอควรตรวจสอบคำขออนุญาตของตนเองให้ชัดเจน ทั้งนี้ทางคณะกรรมการได้เปิดโอกาสให้ผู้ยื่นคำขอได้ติดต่อมายังคณะกรรมการเพื่อที่จะได้รับทราบข้อมูลที่จำเป็นในการยื่นคำขอ หากมีการยื่นมาแล้วเนื้อหายังไม่ครบถ้วนทางคณะกรรมการจะรีบแจ้งไปยังผู้ยื่นคำขอภายใน

¹⁸⁴ Australian Competition & Consumer Commission, Guide to Authorisation [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/788405

¹⁸⁵ Ibid.

5 วันเพื่อทำการแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง โดยในแนวปฏิบัติจะปรากฏตารางเวลาที่แบ่งออกเป็นสัปดาห์ว่าคณะกรรมการจะดำเนินการอย่างไรภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อสร้างความชัดเจนในการดำเนินการ¹⁸⁶

หลักการในการพิจารณาคำขออนุญาตเป็นหลักการของประโยชน์สาธารณะและผลเสียต่อสาธารณะซึ่งได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยทางคณะกรรมการจะไม่ให้การอนุญาตกับสัญญาหรือการตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันที่อาจจะทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญ เว้นแต่การกระทำนั้นจะมีแนวโน้มเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าผลเสีย ทั้งนี้ การพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะในด้านเศรษฐศาสตร์นั้นจะต้องเป็นการก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจเพิ่มมากขึ้น โดยประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจในที่นี้ หมายถึง ประสิทธิภาพในการผลิต ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรและประสิทธิภาพในการคิดค้นพัฒนา¹⁸⁷

จากกระบวนการขั้นตอนที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการขออนุญาตเพื่อทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของประเทศออสเตรเลียมีความชัดเจนแน่นอนและโปร่งใส ทำให้ระบบการขออนุญาตสามารถนำมาใช้บังคับได้จริง

3.2.3.2 การมีหนังสือแจ้ง (Notification)

ผู้ประกอบการสามารถใช้วิธีการแจ้งต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของออสเตรเลียได้ โดยจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้ให้ใช้วิธีการแจ้งสำหรับกรณีการร่วมเจรจาต่อรอง (Collective Bargaining) โดยมีรายละเอียดตามมาตรา 93AB

เหตุผลที่มีการยกเว้นให้กับการร่วมเจรจาต่อรองเนื่องจากในบางอุตสาหกรรมการเข้าร่วมกันของผู้ประกอบการรายเล็กจะสามารถต่อรองกับผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ ซึ่งหากผู้ประกอบการรายเล็กจะขาดอำนาจต่อรอง ทั้งนี้ การร่วมเจรจาต่อรองในระดับหนึ่งอาจเป็นการลดการแข่งขัน แต่ในอีกระดับหนึ่งสำหรับกรณีที่การต่อรองไม่มากจนเกินไป จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กสามารถเจรจากับผู้ประกอบการรายใหญ่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น¹⁸⁸

¹⁸⁶ Australian Competition & Consumer Commission, Guide to Authorisation [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/788405

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Caron Beaton-Wells and Brent Fisse, *Australian Cartel Regulation* (New York: Cambridge University press, 2011), p. 297.

3.2.4 การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งเป็นการผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียมีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา ดังนั้น ผู้กระทำผิดอาจต้องถูกดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและอาญาคู่ขนานกันไป หรือถูกดำเนินคดีอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ องค์กรที่ใช้บังคับกฎหมายมี 2 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค (ACCC) และสำนักงานอัยการสูงสุด (Commonwealth Director of Public Prosecutions: CDPP) โดยทางสำนักงานอัยการสูงสุด มีหน้าที่ดำเนินคดีอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง และทางคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค มีหน้าที่รับผิดชอบในการค้นหาการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและรวบรวมหลักฐาน และระบุถึงพฤติกรรมร้ายแรงเพื่อส่งไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินคดีอาญา โดยอำนาจในการดำเนินคดีแพ่งก็ตกเป็นของคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค¹⁸⁹

3.2.5 มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ

คณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลียได้มีการออกนโยบายเกี่ยวกับมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษเพื่อเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจได้เปิดเผยข้อมูลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยเป็นมาตรการที่ช่วยลดภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งมาตรการนี้มีนัยสำคัญในการเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจได้เปิดเผยพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายและเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันได้ ทั้งนี้ แม้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษจะไม่ได้มีการให้รางวัลแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ดี แต่เป็นเครื่องมือในการส่งผ่านผลประโยชน์ไปยังผู้บริโภคโดยทำการค้นหาและขัดขวางพฤติกรรมที่ร้ายแรงและละเมิดกฎหมาย¹⁹⁰

¹⁸⁹ Caron Beaton-Wells and Brent Fisse, *Australian Cartel Regulation* (New York: Cambridge University press, 2011), p. 342.

¹⁹⁰ Australian Competition & Consumer Commission, ACCC Leniency policy for cartel conduct [Online], 2003. Available from www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/459479

3.2.6 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

(1) International Air Cargo cartel¹⁹¹

ในปีค.ศ.2006 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้บุกเข้าไปในสำนักงานของสายการบินในสหรัฐอเมริกาและยุโรปพร้อมๆกัน เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวหาว่าสายการบินหลักหลายสายได้ตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการกำหนดค่าธรรมเนียมน้ำมัน ซึ่งสายการบิน Lufthansa ได้แจ้งต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับข้อตกลงที่ผิดกฎหมายนี้ก่อนจึงได้รับการคุ้มครองจากการดำเนินคดี ในคดีนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของออสเตรเลียได้ลงโทษสายการบินทั้งสายการบินท้องถิ่น รวมถึงสายการบินของยุโรปและเอเชียที่ร่วมกันกำหนดราคาในการขนส่งสินค้าทางอากาศในคดีนี้ ซึ่งศาลของประเทศออสเตรเลียได้ลงโทษปรับเป็นจำนวน 58 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อสายการบิน Qantas, British Airways, Japan Airlines และ Korean Airlines

(2) Power Transformers Cartel¹⁹²

ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายหม้อแปลงไฟฟ้ารายใหญ่ของประเทศออสเตรเลีย ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดราคา รวมทั้งกันประมูล และแบ่งเขตตลาดภายในประเทศซึ่งมีมูลค่าตลาดรวมกว่า 160,000,000 เหรียญสหรัฐต่อปี โดยลูกค้าต่างได้รับผลกระทบจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในครั้งนี้รวมถึงบริษัทจัดส่งไฟฟ้าขนาดใหญ่ทั่วทั้งประเทศออสเตรเลีย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นบริษัทของสาธารณะ จึงส่งผลให้ผู้บริโภคชาวออสเตรเลียต้องจ่ายค่าไฟฟ้าในราคาที่สูงขึ้น โดยการตกลงร่วมกันนี้กระทำโดยเหล่าผู้บริหารใหญ่ของบริษัทต่างๆที่มีการประชุมอย่างลับๆในโรงแรมสนามบิน และที่พักส่วนตัวในหลายพื้นที่ทั่วทั้งประเทศออสเตรเลีย ซึ่งการประชุมนี้ได้ก่อให้เกิดสัญญามูลค่าหลายล้านเหรียญสหรัฐ โดยมีการรวมหัวกันประมูลอย่างน้อย 27 ครั้งในระหว่างปีค.ศ.1993-1999 ทั้งนี้จากการศึกษาของมหาวิทยาลัยแห่งชาติออสเตรเลียพบว่า การตกลงร่วมกันในคดีนี้ได้รับผลประโยชน์เพิ่มเติมจากปกติเป็นจำนวนกว่า 80,000,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินลงโทษปรับมูลค่ากว่า 35,000,000 เหรียญสหรัฐกับบริษัทที่เข้าร่วมการตกลงและผู้บริหารบางส่วน ทั้งนี้ มีการลงโทษปรับผู้บริหารรายใหญ่เป็นรายบุคคลอีกจำนวนรวมกว่า 1,000,000 เหรียญสหรัฐ

¹⁹¹ Australian Competition & Consumer Commission, Price fixing cases [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au

¹⁹² Australian Competition & Consumer Commission, Bid-rigging cases [Online], 2011. Available from www.accc.gov.au

(3) Marine Hose Cartel

คดีนี้มีการตกลงร่วมกันกำหนดราคา รวมหัวกันประมูล และแบ่งเขตตลาดระหว่างบริษัทต่างประเทศที่เป็นผู้จำหน่ายท่ออย่างที่ใช้ส่งน้ำมันและก๊าซจากแหล่งผลิตไปยังเรือบรรทุกน้ำมันนอกชายฝั่งทะเล ซึ่งบริษัทที่เกี่ยวข้องรวมทั้งสิ้น 4 บริษัทได้ร่วมกันแบ่งงานและรวมหัวกันประมูลในแต่ละงานโดยบริษัทเหล่านี้ต่างใช้รหัสลับเรียกขานระหว่างกันเพื่อปิดบังการกระทำของตน ในคดีนี้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันเป็นไปในระดับนานาชาติและการประชุมครั้งสำคัญก็ได้จัดขึ้นในต่างประเทศ แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลมีขึ้นได้ในประเทศออสเตรเลียซึ่งได้รับผลกระทบจากการตกลงร่วมกันครั้งนี้หลังจากมีการดำเนินคดีจากองค์การการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และญี่ปุ่นแล้ว ในปีค.ศ.2010 ศาลยุติธรรมแห่งประเทศออสเตรเลียได้มีคำสั่งให้บริษัทที่ร่วมกันกระทำความผิดห้ามทำซ้ำอีกและลงโทษปรับเป็นจำนวน 8,00,000 เหรียญสหรัฐ¹⁹³

¹⁹³ Australian Competition & Consumer Commission, market sharing cases [Online], 2011.

บทที่ 4

วิเคราะห์รูปแบบของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมและการขออนุญาตตาม

มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

4.1 ปัญหาการแบ่งกลุ่มพฤติกรรม

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 ได้บัญญัติห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการที่เป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน โดยมีการแบ่งพฤติกรรมออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มแรก มาตรา 27(1)-(4) กำหนดให้เป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรง เป็นความผิดในตัวเอง และพฤติกรรมในกลุ่มที่ 2 ในมาตรา 27 (5)-(10) เป็นพฤติกรรมที่ไม่ร้ายแรง สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้ เนื่องจากมองว่าพฤติกรรมตามมาตรา 27(1)-(4) ได้แก่ (1) การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกันหรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ (2) การกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ (3) การทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด (4) การกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูล หรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการมีความร้ายแรง กระทำแล้วจะเป็นความผิดอย่างเด็ดขาด ไม่สามารถยกเว้นได้ จึงใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด หรือ Per se illegality มาบังคับกับการกระทำเหล่านั้น ดังนั้นเพียงแต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการกระทำการนั้นก็เกิดเป็นความผิดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ผลกระทบของการกระทำนั้นต่อการแข่งขันในตลาดอีก และไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นจะจำกัดการแข่งขันในตลาดพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เนื่องจากว่าการกระทำบางอย่างนั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยว่า การกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาด โดยผลดีที่อาจจะเกิดจากการกระทำนั้นมีเพียงเล็กน้อยและไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความชอบธรรมสำหรับการกระทำนั้นได้

ในทางกลับกันพฤติกรรมตามมาตรา 27(5)-(10) ได้แก่ (5) การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้นหรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน (6) การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ (7) การกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด (8) การลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคย

ผลิต จำหน่าย หรือ ให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น (9) การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน (10) การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน โดยมองว่าพฤติกรรมเหล่านี้เป็นพฤติกรรมที่ไม่ร้ายแรง จึงต้องการให้ถูกตีความอย่างยืดหยุ่น หากผู้ประกอบการกระทำไปโดยมีเหตุผล เช่น มีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม เป็นต้น ซึ่งการที่ผู้ประกอบการจะสามารถกระทำการตามมาตรา 27(5)-(10) ได้หรือไม่นั้นจะต้องทำการขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้พิจารณาอนุญาต

4.1.1 พฤติกรรมที่ควรถูกจัดอยู่ในกลุ่มห้ามกระทำเด็ดขาด

เมื่อมีการแบ่งพฤติกรรมออกเป็น 2 กลุ่มข้างต้น จากการศึกษาพบว่าพฤติกรรมบางประเภทที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มพฤติกรรมที่ขออนุญาตเพื่อกระทำได้ กลับเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะร้ายแรง เป็นความผิดเด็ดขาด ได้แก่ พฤติกรรมตามมาตรา 27(5) การกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือมาตรา 27(6) การกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งตัวผู้ประกอบการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ และมาตรา 27(7) การกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด หากพิจารณาจากลักษณะของพฤติกรรมแล้ว พฤติกรรมทั้ง 3 รูปแบบนี้น่าจะถูกจัดอยู่ในส่วนของพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่อาจขออนุญาตได้ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจน (Per se) หากผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการเหล่านี้ ในที่สุดก็จะนำไปสู่การกำหนดราคาซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงที่สุดได้

4.1.1.1 ข้อพิจารณากรณีการแบ่งพื้นที่และแบ่งกลุ่มบุคคลในการประกอบธุรกิจ

การร่วมกันกำหนดแบ่งพื้นที่ที่ผู้ประกอบการจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการ หรือแบ่งลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้นี้ จากแนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หมายถึง ลักษณะพฤติกรรมซึ่งได้แก่ การแบ่งพื้นที่เพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือการแบ่งพื้นที่ผลัดเปลี่ยนการเข้าสู่ตลาดในเวลาที่ไม่พร้อมกัน การแบ่งพื้นที่เพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ การแบ่งพื้นที่ผลัดเปลี่ยนการเข้าซื้อสินค้าหรือบริการในเวลาที่ไม่พร้อมกันเพื่อสร้างอำนาจตลาดการซื้อสินค้าหรือบริการ หรือการแบ่งหรือจัดสรรลูกค้าเพื่อจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการ เป็นต้น

ข้อพิจารณาทางเศรษฐศาสตร์

หากพิจารณาจากหลักการของการแข่งขัน เมื่อมีการแข่งขันกันในตลาด ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจะเกิดขึ้นโดยผู้ประกอบการจะทำการหาผลกำไรสูงสุดด้วยวิธีการทำตามความต้องการของผู้บริโภค นำไปสู่การใช้ทรัพยากรที่ขาดแคลนได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ตลาดจะล้มเหลวต่อเมื่อกระบวนการหากำไรของผู้ประกอบการไม่ได้เกิดจากการแข่งขันกัน แต่กลับเป็นการจำกัดการแข่งขันและขึ้นราคาซึ่งจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่โดยขาดประสิทธิภาพ ซึ่งจะเห็นได้ว่า จากลักษณะของพฤติกรรมการแบ่งพื้นที่และแบ่งกลุ่มบุคคลในการประกอบธุรกิจที่กล่าวมาข้างต้น เป็นพฤติกรรมที่นำไปสู่การจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง เนื่องจากเมื่อมีการแบ่งส่วนกันแล้วผู้ประกอบการแต่ละรายที่เข้าร่วมตกลงกันก็จะประกอบธุรกิจอยู่ในส่วนที่ได้กำหนดไว้ จะไม่เข้าไปแข่งขันเพื่อประกอบธุรกิจในส่วนอื่น รวมถึงมีการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาประกอบธุรกิจในส่วนของตนด้วย ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์จะมีแนวโน้มทำให้เกิดเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด โดยในที่นี้เป็นอุปสรรคอันเกิดจากการกระทำ (Artificial barrier) คือ อุปสรรคที่ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการกระทำการขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขัน โดยผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจในแต่ละพื้นที่หรือแต่ละกลุ่มลูกค้าจะสร้างขึ้นเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาแข่งขันด้วย เช่น พยายามผูกขาดแหล่งวัตถุดิบ หรือการที่ตนเป็นผู้ผลิตที่สามารถคุมปัจจัยการผลิตที่สำคัญไว้ได้ทั้งหมด ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถผลิตสินค้าที่ใช้กระบวนการผลิตและวัตถุดิบนั้นได้ หรือหากต้องการผลิตจะต้องใช้ต้นทุนที่สูงกว่า ซึ่งเป็นลักษณะของการกีดกันเนื่องจากความได้เปรียบด้านต้นทุน (Absolute cost barrier) และผู้ประกอบการที่ทำการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งพื้นที่หรือแบ่งกลุ่มบุคคลในการประกอบธุรกิจนั้นอาจสร้างอุปสรรคที่ขัดขวางผู้ประกอบการรายใหม่โดยสร้างความนิยมในตัวสินค้าที่แตกต่างจากสินค้ายี่ห้ออื่น (Brand loyalty) เนื่องจากแม้ว่าสินค้าที่ผลิตจะเป็นสินค้าประเภทเดียวกันและใช้ทดแทนกันได้แต่ความนิยมในสินค้านี้เองจะส่งผลทำให้ผู้ประกอบการบางรายมีอำนาจผูกขาด

หากมีการผูกขาดแล้วผู้ผูกขาดจะสามารถบังคับหรือชักนำให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจในแขนงที่ตนผูกขาดนั้นเป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนได้ อีกทั้งยังเป็นการปิดกั้นโอกาสของผู้ประกอบการอื่นไม่ให้เข้าสู่ตลาดได้อย่างเสรี ซึ่งจะส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการในตลาดสูงขึ้นตามแต่ที่ผู้ผูกขาดจะกำหนดโดยจะมีจำนวนสูงกว่าราคาที่แท้จริงที่มาจากการแข่งขัน และภายใต้สภาวะการผูกขาดนี้ จะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นข้อกีดขวางที่ร้ายแรงในการเสริมสร้างศักยภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงจะส่งผลให้ไม่มีการพัฒนานวัตกรรมในการผลิตสินค้า ซึ่งในท้ายที่สุดก็จะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่ไม่เป็นธรรม ผู้บริโภคไม่อาจเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพดีและบริการที่หลากหลายตามระดับรายได้และรสนิยมของตนได้ เพราะเมื่อไม่มีการแข่งขัน ผู้ผลิตส่วนใหญ่จะไม่ได้ปรับปรุงพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการของตนแต่อย่างใด

จากข้อมูลที่ทำการศึกษาทำให้พบว่า การรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดอาจมีผลดีต่อผู้ที่ตกลงร่วมกันมากกว่าการรวมตัวกันกำหนดราคา เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการกำหนดราคาจะไม่เกิดขึ้น เพราะไม่ต้องมาพิจารณาว่าจะกำหนดราคาเท่าใดจึงจะเหมาะสม และที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งคือ ผลที่เกิดขึ้นสุดท้ายแล้วก็เป็นการกำจัดการแข่งขันทางด้านราคาเช่นเดียวกัน เพราะเมื่อแบ่งพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าแล้ว ผู้ประกอบการแต่ละรายจะกำหนดราคาเท่าใดก็ได้ โดยอาจไม่ต้องคำนึงว่าจะมีผู้ประกอบการรายอื่นมาขายในราคาต่ำกว่า อีกทั้งการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดก็เป็นสาเหตุที่ทำให้ทางเลือกของผู้บริโภคลดลงอีกด้วย

ข้อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาหลักการของต่างประเทศพบว่า องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ OECD ได้มีการออกข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกระทำที่มีประสิทธิภาพเพื่อต่อต้านการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง หรือ The Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels ซึ่งได้มีการระบุให้การแบ่งเขตตลาดหรือการแบ่งกลุ่มลูกค้าเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง โดยมีการระบุด้วยว่าการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างรุนแรงที่สุด

ในกรณีกฎหมายของสหภาพยุโรป จากสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป มาตรา 101(1) ได้ระบุห้ามการกระทำการรวมกันที่เป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด ในข้อ (ค) คือ การแบ่งส่วนของตลาด โดยมีการอธิบายว่าหมายถึง การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างองค์กรทางธุรกิจ ตัวอย่างเช่น บริษัทจำนวน 3 บริษัทในสหภาพยุโรป ตกลงกันว่าแต่ละบริษัทจะมีสิทธิพิเศษในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่กำหนด และบริษัทอื่นจะไม่เข้าไปทำธุรกิจในเขตพื้นที่นั้น เป็นต้น หรือการแบ่งเขตตลาดโดยแยกประเภทของลูกค้า ตัวอย่างเช่น บริษัทหนึ่งจะทำการค้ากับพ่อค้าคนกลางเท่านั้น อีกบริษัทหนึ่งจะทำการค้ากับผู้ค้าปลีกและอีกบริษัทหนึ่งจะทำการค้ากับองค์กรภาครัฐ เป็นต้น ทั้งนี้ จาก Commission Notice on agreement of minor importance ได้มีการระบุให้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งที่มีเป้าหมายเป็นการแบ่งเขตตลาดหรือแบ่งส่วนลูกค้า และการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่งที่มีเป้าหมายคือการจำกัดเขตแดนที่จะเข้าไปดำเนินการหรือจำกัดกลุ่มลูกค้าที่ผู้ซื้อจะขายสินค้าหรือบริการที่ตกลงกัน ให้เป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hard Core restrictions) ที่ไม่อาจอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามกฎหมายได้ ดังนั้น หากมีการกระทำการเหล่านี้ผู้เข้าร่วมกระทำจะมีความผิดทางกฎหมายทันที

จากตัวอย่างคดี *Peroxygen products* ที่เกิดขึ้นจริงในสหภาพยุโรป เมื่อพิจารณาคำตัดสินของคณะกรรมการยุโรปพบว่า การร่วมมือกันหรือการกระทำการใดๆจะต้องอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ การแข่งขันจะต้องเกิดจากส่วนต่างๆของระบบเศรษฐกิจที่ต้องมีการตัดสินใจได้อย่างอิสระเกี่ยวกับนโยบายที่ตนจะกระทำภายในตลาด ซึ่งในคดีนี้จากหลักฐานพบว่ามี การตกลงกันแบ่งเขตตลาดทั้งหมดและทำข้อสัญญาที่ครอบคลุมถึงเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์และขอบเขตตลาดของผลิตภัณฑ์ รวมถึงการค้าทั้งหมดของผลิตภัณฑ์และผู้ผลิตรายใหญ่ของตลาดในสหภาพยุโรป เป็นการนำหลักการตลาดภายในประเทศมาใช้โดยแบ่งแยกเขตแดนที่ผู้ผลิตแต่ละรายจะทำการค้า ทำให้การตัดสินใจโดยผู้ผลิตแต่ละรายในตลาดไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระทางการค้า ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างอิสระภายในตลาดร่วมของสหภาพยุโรป และในที่สุดจะก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันและทำลายเป้าหมายที่ต้องการให้มีตลาดร่วมยุโรปขึ้น เพราะฉะนั้นการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งพื้นที่หรือแบ่งกลุ่มลูกค้าในการประกอบธุรกิจ อาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถมีอำนาจเหนือตลาดในพื้นที่นั้นได้ และจะไม่มีการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้เข้าร่วมตกลง ซึ่งในกรณีของสหภาพยุโรปจะเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดของตลาดเดียวที่เป็นหัวใจของการร่วมกลุ่มของสหภาพยุโรป

หากจะพิจารณาจากข้อยกเว้นของกฎหมายของสหภาพยุโรป กรณีการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งเขตตลาดนี้ไม่เข้าข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 101(3) เนื่องจากโดยหลักการแล้วข้อตกลงแบ่งเขตตลาดเป็นการจัดคู่แข่งกันออกจากตลาด จึงไม่อาจเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของผู้บริโภค

ข้อพิจารณาจากบริบทของประเทศไทย

เมื่อนำมาพิจารณากับบริบทของประเทศไทย หากผู้ประกอบการในธุรกิจใดตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งพื้นที่หรือแบ่งกลุ่มลูกค้า ตัวอย่างเป็นกรณีสมมุติ เช่น บริษัทค้าปลีกรายใหญ่ A ตกลงกับบริษัทค้าปลีกรายใหญ่ B แบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจกัน โดยบริษัท A จะทำการค้าในแถบภาคเหนือทั้งหมด และบริษัท B จะทำการค้าในแถบภาคใต้ โดยจะไม่ทำการค้าข้ามพื้นที่กัน จะเห็นได้ว่า เมื่อเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ในตลาดของประเทศไทยซึ่งมีจำนวนผู้ค้าปลีกขนาดใหญ่อยู่น้อยราย หากมีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันแล้วจะก่อให้เกิดผลเสียหายได้อย่างร้ายแรงเป็นการลดการแข่งขันในตลาดและส่งผลให้ราคาสินค้าสูงขึ้นได้ โดยผู้ค้าปลีกแต่ละรายอาจกำหนดราคาสินค้าของตนสูงกว่าที่ควรจะเป็นเพราะไม่มีคู่แข่งรายใหญ่มาเข้าแข่งขันด้านราคา ทั้งนี้ เมื่อนำมาวิเคราะห์กับเงื่อนไขการขออนุญาตที่กำหนดในกฎหมาย ซึ่งระบุว่าต้องเป็นพฤติกรรมที่เกิดจากความจำเป็นตามควรทางธุรกิจเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวมแล้ว การตกลงร่วมกันแบ่งพื้นที่หรือ

แบ่งกลุ่มลูกค้านี้จึงไม่อาจเข้าใจกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเห็นได้ชัดว่าพฤติกรรมเหล่านี้ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงและกระทบถึงประโยชน์ของผู้บริโภค เพราะฉะนั้นพฤติกรรมการแบ่งพื้นที่และแบ่งกลุ่มลูกค้าเพื่อประกอบธุรกิจตามมาตรา 27(5) และ 27(6) จึงสมควรจัดอยู่ในกลุ่มพฤติกรรมที่ห้ามกระทำเด็ดขาด ไม่สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้

4.1.1.2 ข้อพิจารณากรณีการจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

การกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ชื่อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ตามมาตรา 27 (7) จากแนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หมายถึง กรณีที่ผู้ประกอบการทำความตกลงร่วมกันลดการผลิต ชื่อ หรือขายสินค้าหรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด โดยมีเจตนาที่จะกำหนดราคาไม่ให้เป็นไปตามกลไกตลาดปกติ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบราคาและผู้บริโภค

จากการศึกษาพบว่าพฤติกรรมรูปแบบนี้ เป็นการร่วมมือกันของผู้ประกอบการที่จะทำให้ปริมาณสินค้าที่มีอยู่ในตลาดไม่เพียงพอต่อความต้องการซื้อของผู้บริโภคและเกิดภาวะขาดแคลนสินค้า ซึ่งจะมีผลให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้นตามไปด้วย โดยภาวะขาดแคลนสินค้าที่เกิดขึ้นนี้ไม่ได้เป็นไปตามกลไกตลาดปกติ แต่เกิดจากการเข้าไปแทรกแซงและบิดเบือนกลไกตลาดของผู้ประกอบการ ทั้งที่ผู้ประกอบการอาจจะผลิตหรือจำหน่ายสินค้าให้เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภคในตลาดได้

ข้อพิจารณาทางเศรษฐศาสตร์

การจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาดจะส่งผลให้เกิดความไม่สมดุลของอุปสงค์และอุปทาน โดยอุปสงค์หมายถึงความต้องการสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคมีความต้องการที่จะซื้อและมีความสามารถที่จะจ่ายเงินซื้อสินค้านั้นได้ เมื่อมีอุปสงค์เกิดขึ้นในตลาด แต่ผู้ประกอบการได้จำกัดปริมาณของสินค้า ซึ่งคือการจำกัดจำนวนอุปทาน เมื่ออุปสงค์มีมาก แต่อุปทานมีน้อย จึงไม่เกิดความเป็นดุลยภาพ ทั้งนี้หากพิจารณาตามหลักการของกลไกราคาแล้ว กลไกแห่งราคาเป็นกลไกในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตัวเอง ซึ่งมีหลักว่าสินค้าที่อยู่ภายใต้ความต้องการของผู้บริภคย่อมนำมาซึ่งกำไรแก่ผู้ผลิต สินค้าใดที่อยู่เหนือความต้องการจะทำให้กำไรน้อยลง แต่หลักการนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ราคาที่กำหนดจะต้องไม่เป็นราคาที่ถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษ โดยจะพิจารณาถึงอุปสงค์และอุปทานประกอบกัน เมื่อมีผู้ซื้อรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายมีความต้องการที่จะซื้อสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น หรือมากกว่าปริมาณสินค้าหรือบริการที่เสนอขายก็จะส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการสูงขึ้น ซึ่งจะเกิดแรงจูงใจให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายทำการผลิตหรือเสนอขายสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น ทำให้ปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาดมีสูงขึ้น หรือการขึ้น

ราคาสินค้านั้นทำให้ผู้ซื้อบางรายไม่สามารถซื้อสินค้าหรือบริการที่เพิ่มขึ้นได้ จึงต้องหยุดการบริโภคสินค้าลงซึ่งจะส่งผลให้ราคาสินค้าดังกล่าวจะต้องลดราคาลงมา และในทางตรงกันข้ามหากปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาดมีมากกว่าความต้องการของผู้ซื้อสินค้าหรือบริการบางส่วนแล้ว จะส่งผลให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายต้องลดราคาสินค้าหรือบริการของตนลงมา เพื่อจูงใจให้ผู้ซื้อหันมาซื้อสินค้าหรือบริการของตน หรือทำการลดปริมาณการผลิตหรือการเสนอขายสินค้าหรือบริการให้น้อยลงจนกระทั่งราคาสินค้าหรือบริการนั้นเข้าสู่ดุลยภาพ โดยอยู่ในระดับราคาที่ไม่สูงหรือไม่ต่ำจนเกินไป อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่า กลไกของราคานั้นจะเป็นไปตามอุปสงค์อุปทานที่แท้จริง แต่หากมีการลดจำนวนการผลิตทำให้อุปทานลดลงต่ำกว่าอุปสงค์และในที่สุดจะขึ้นราคาสินค้านั้น เป็นการบิดเบือนกลไกตลาดทำให้เกิดผลเสียเพราะผู้บริโภคต้องแบกรับภาระราคาสินค้าที่สูงขึ้น

การจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาดในอีกแง่หนึ่งอาจจะก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดซึ่งทำให้มีความสูญเสียในทางเศรษฐกิจ ได้แก่

(1) ความสูญเสียอันเกิดจากการถ่ายเทเงินได้ส่วนที่ควรจะเป็นของผู้บริโภคไปสู่ผู้มีอำนาจผูกขาด ซึ่งความสูญเสียในส่วนนี้เกิดจากการที่ส่วนหนึ่งของราคาสินค้าซึ่งผู้บริโภคต้องจ่ายเพิ่มขึ้นจากการที่ผู้มีอำนาจผูกขาดลดปริมาณและขึ้นราคาสินค้าในตลาด ถ้าเป็นกรณีที่ตลาดมีการแข่งขันสมบูรณ์ ผู้บริโภคจะไม่มีภาระที่จะต้องจ่ายเงินค่าสินค้าในส่วนนี้ เพราะฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ามีการถ่ายเทความมั่งคั่งจากผู้บริโภคที่ควรมีไปยังผู้มีอำนาจผูกขาดอย่างไม่เป็นธรรม

(2) ความสูญเสียที่วัดจากมูลค่าของประโยชน์ส่วนเกินของผู้บริโภคที่เสียไปซึ่งเป็นผลมาจากการที่ผู้มีอำนาจผูกขาดลดปริมาณและขึ้นราคาสินค้า ทำให้มีผู้บริโภคส่วนหนึ่งไม่ได้ซื้อสินค้าที่ผู้มีอำนาจผูกขาดผลิต เนื่องจากระดับคุณค่าที่ผู้บริโภคกลุ่มนี้ตั้งไว้สำหรับสินค้านี้ต่ำกว่าระดับราคาที่มีอำนาจผูกขาดกำหนด และปริมาณสินค้าในตลาดเองก็ไม่เพียงพอต่อการที่จะจำหน่ายให้ผู้บริโภคกลุ่มนี้ได้ ทำให้ผู้บริโภคกลุ่มนี้จำเป็นต้องเปลี่ยนไปซื้อสินค้าชนิดอื่นมาใช้ทดแทนสินค้าที่ผู้มีอำนาจผูกขาดผลิต ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วผู้บริโภคกลุ่มนี้มีความต้องการสินค้าของผู้มีอำนาจผูกขาดส่งผลให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากทรัพยากรส่วนหนึ่งถูกนำไปผลิตสินค้าทดแทนที่อาจไม่ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของผู้บริโภค

(3) การสูญเสียโอกาสที่จะพัฒนาประสิทธิภาพในการผลิต เนื่องจากการที่ผู้ผูกขาดไม่จำเป็นต้องเผชิญกับแรงกดดันที่เกิดจากการแข่งขันในตลาดที่มากพอจะทำให้ผู้ผูกขาดต้องพยายามพัฒนาปรับปรุงประสิทธิภาพในการผลิตของตนให้สูงขึ้นและลดต้นทุนในการผลิตให้ต่ำลงมากที่สุด เพราะถึงอย่างไรผู้บริโภคก็ไม่มีทางเลือกและจำต้องซื้อสินค้าของผู้ผูกขาด เช่นนี้จะส่งผลให้สังคมต้องสูญเสียทรัพยากรบางส่วนไปโดยไม่จำเป็น

ข้อพิจารณาเปรียบเทียบกัฏภพหมยต่งประเทศ

จากข้อเสนอนณะเกยวักกับการกระทำที่มีประสิทธิภพเพือต่งด้านการตกลงร่วมกันเพือจำกัดการแข่งชันอย่างร้ายแรงขององค์การเพือความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ได้ระบุให้การจำกัดปริมาณผลผลิตเป็นหนึ่งในการจำกัดการแข่งชันอย่างร้ายแรงซึ่งควรต่งระมัดระวังไม่ให้มีขึ้น

จากกฎหมยการแข่งชันทางการค้ำของสหภพยุโรปได้ระบุห้ามการตกลงร่วมกันเพือจำกัดปริมาณการผลิตและการจำกัดการผลิตในรูปแบบต่งต่ง (Quotas and other restriction on production) ตามมาตรา 101(1)(ข) โดยมีข้อห้ามการจำกัดหรือการควบคุมผลผลิตให้ต่งกว่าความต้องการของตลาด เนื่องจกเมือเกิดการจำกัดปริมาณผลผลิต ราคาของสินค้าก็จะมีแนวโน้มที่สูงขึ้น เพราะฉะนั้น การรวมตัวกันจำกัดปริมาณการผลิตเป็นสิ่งที่ควรต่งจับตามองอย่างเต็มที่ และจาก Commission Notice on agreement of minor importance ที่กล่าวถึงหลักการ De minimis ได้มีการระบุถึงการทำที่เป็นการจำกัดการแข่งชันอย่างร้ายแรง โดยได้กำหนดว่าการตกลงร่วมกันเพือจำกัดการแข่งชันระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่งชัน ซึ่งมีเป้าหมายคือการจำกัดการส่งสินค้าระหว่างผู้จัดจำหน่ายภายในระบบการจัดจำหน่ายเดียวกัน และการตกลงร่วมกันเพือจำกัดการแข่งชันระหว่างคู่แข่งชัน ซึ่งมีเป้าหมายคือการจำกัดปริมาณการผลิต เป็นการจำกัดการแข่งชันอย่างร้ายแรง (Hard Core restrictions) เพราะฉะนั้นการกระทำเช่นนี้โดยหลักแล้วจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบแต่อย่างใด

ข้อพิจารณาจากบริบทของประเทศไทย

การที่ในพระราชบัญญัติการแข่งชันทางการค้ำมาตรา 27(1) และ (2) กำหนดให้พฤติกรรมการจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าและบริการหรือจำกัดการขายให้เป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรงไม่อาจขออนุญาตเพือกระทำได้ แต่ทว่าได้กำหนดให้พฤติกรรมตามมาตรา 27(7) คือ การกำหนดปริมาณการซื้อหรือขายให้ต่งกว่าความต้องการของตลาดเป็นพฤติกรรมที่ไม่ร้ายแรง สามารถขออนุญาตเพือกระทำได้นั้น เมือพิจารณาแล้วมีความไม่เหมาะสม เนื่องจกพฤติกรรมเหล่านี้มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และมีความร้ายแรงที่จะก่อให้เกิดการขึ้นราคาของสินค้าได้ ดังนั้นจึงควรจัดให้พฤติกรรมตามมาตรา 27(7) เป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรงเช่นเดียวกับพฤติกรรมการจำกัดปริมาณตามมาตรา 27(1) และ (2)

4.1.2 ผลของการกำหนดเพิ่มพฤติกรรมที่ห้ามกระทำเด็ดขาดและการบังคับใช้

การกำหนดให้พฤติกรรมตามมาตรา 27 (5)(6)(7) เป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่อาจขออนุญาตเพื่อกระทำได้แล้วนั้น จะต้องนำเอาหลักความผิดเด็ดขาด (Per se illegality) มาบังคับใช้ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายถือว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นความผิดเด็ดขาดในตัวเอง เพียงแต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจกระทำการนั้นก็เกิดเป็นความผิดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ผลกระทบของการกระทำนั้นต่อการแข่งขันในตลาดอีก และไม่ต้องคำนึงว่า การกระทำนั้นจะจำกัดการแข่งขันในตลาดพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เนื่องจากว่าการกระทำนั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยว่า การกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาด โดยผลดีที่อาจจะเกิดจากการกระทำนั้นมีเพียงเล็กน้อยและไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความชอบธรรมสำหรับการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงเป็นความผิดในตัวเองเนื่องจากเป็นการกระทำที่มีผลกระทบรุนแรงต่อการแข่งขันและไร้ซึ่งการรักษามูลค่าทางเศรษฐกิจ อีกทั้งหลักความผิดในตัวเองนี้ไม่ได้กำหนดให้องค์กรที่ดูแลการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันและไม่เปิดโอกาสให้คู่แข่งอ้างถึงความมีประสิทธิภาพเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์แต่อย่างใด เพราะฉะนั้น ภายใต้หลักความผิดในตัวเองนี้ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสมเหตุสมผลของการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างหรือความจำเป็นในการกระทำการนั้นๆได้

ทั้งนี้ เมื่อกำหนดให้พฤติกรรมตามมาตรา 27(5)(6)(7) เป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้แล้ว จึงยังคงเหลือพฤติกรรมที่กำหนดให้สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้อยู่ 3 กรณี ได้แก่

- 1) มาตรา 27 (8) การห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- 2) มาตรา 27 (9) การห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน
- 3) มาตรา 27 (10) การห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

กรณีมาตรา 27(10) เมื่อศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปพบว่า การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ (Agreements relating to terms and conditions) ในบาง

สถานการณ์การกำหนดมาตรฐานของเงื่อนไขและข้อกำหนดจะทำให้ประโยชน์ขึ้นได้ เนื่องจากจะเกิดผลคือเป็นการเพิ่มความโปร่งใสในด้านราคา เพราะเหตุว่าผู้บริโภคจะสามารถเปรียบเทียบราคาที่แท้จริงของสินค้าหรือบริการได้ง่ายขึ้นเมื่อไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับความแตกต่างของเงื่อนไขและข้อกำหนดของสินค้าหรือบริการนั้น โดยคณะกรรมการยุโรปได้ยอมรับถึงประโยชน์ของการที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถร่างเงื่อนไขและข้อกำหนดมาตรฐานที่เหมาะสมในบางกรณี เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยจะพบว่ามีความสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันโดยเป็นพฤติกรรมที่สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความมีประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ต่อผู้บริโภคส่วนรวม

จากการศึกษาพบว่าพฤติกรรมทั้ง 3 รูปแบบข้างต้นนี้แม้ว่าจะเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ก็ไม่ได้เกิดผลร้ายแรง อาจได้รับการยกเว้นให้กระทำได้หากมีเหตุผลความจำเป็น โดยนำหลักเหตุผล (Rule of reason) มาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ว่า การกระทำเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบการหรือไม่ โดยหากวิเคราะห์ปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่าการกระทำนั้นมุ่ง ก่อ หรือส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดมากยิ่งขึ้นเป็นหลัก แม้ว่าการกระทำนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดบ้าง หากผลกระทบนั้นพอสมควรแก่เหตุ ก็จะไม่ถือว่าการกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากข้อดีของหลักเหตุผล คือ มีความยืดหยุ่นในการปรับให้เข้ากับสถานการณ์และข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เพราะการกระทำรูปแบบหนึ่งหากกระทำในสถานการณ์หนึ่งหรือเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหนึ่ง อาจจะเป็นการมุ่งหรือส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นก็ได้ แต่หากนำไปใช้ในอีกสถานการณ์หนึ่ง อาจจะเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดก็ได้ และสิ่งที่สำคัญคือ เป็นการจำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายในการแทรกแซงการประกอบธุรกิจในตลาดเฉพาะกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างมากเท่านั้น ส่วนการกระทำใดที่แม้จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดบ้าง แต่เป็นผลกระทบที่เล็กน้อย ในขณะที่วัตถุประสงค์หรือผลกระทบหลักนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นในตลาด กฎหมายก็ไม่ควรเข้าไปแทรกแซง และควรปล่อยให้ผู้ประกอบการเป็นผู้เลือกเองว่าสมควรจะดำเนินธุรกิจแบบใดจึงจะมีประสิทธิภาพมากที่สุด

4.2 ปัญหาการขออนุญาตเพื่อกระทำการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน

4.2.1 ข้อบกพร่องของรูปแบบการขออนุญาต

การที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 กำหนดให้พฤติกรรมตามมาตรา 27(5)-(10) อาจถูกยกเว้นให้กระทำได้โดยวิธีการขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ที่เป็นปัญหาคือ นับตั้งแต่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้มาเป็นระยะเวลากว่า 10 ปี ยังไม่มีกรณี

ผู้ประกอบการรายใดยื่นคำขออนุญาตเพื่อกระทำการดังกล่าวข้างต้นแม้แต่รายเดียว จึงเป็นประเด็นที่จะมาพิจารณาถึงสาเหตุของการไม่มีผู้ขออนุญาตและแนวทางการแก้ไข

4.2.1.1 ข้อพิจารณาถึงสาเหตุของการไม่มีผู้ขออนุญาต

จากการศึกษาพบว่า การไม่มีผู้มาขออนุญาตเกิดจากสาเหตุทั้ง 4 ประการดังนี้

(1) ความไม่รู้กฎหมายของผู้ประกอบการ เนื่องจากหากเป็นผู้ประกอบการรายเล็กอาจไม่ได้ศึกษากฎหมายอย่างรอบด้าน หรือแม้แต่เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่แต่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากเท่าที่ควรอาจเพราะเห็นว่าไม่ใช่กฎหมายหลักที่ใช้บังคับกับธุรกิจของตน

ปัญหาข้อนี้จะต้องแก้ไขโดยการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเด็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ซึ่งมีหลากหลายวิธีในการดำเนินการ เช่น จัดอบรมความรู้ให้แก่ผู้ประกอบการ ทำเอกสารเผยแพร่ทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่เข้าถึงได้ง่ายและเปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องสามารถซักถามข้อสงสัยต่างๆ ได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว

(2) ผู้ประกอบการทั้งหลายไม่ได้กระทำการที่เป็นการตกลงร่วมกันที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ จึงไม่ได้ทำการขออนุญาต ซึ่งเกิดขึ้นได้ในบางกรณี

(3) ผู้ประกอบการบางส่วนมีการตกลงร่วมกันซึ่งเป็นความผิด แต่กระทำโดยไม่เปิดเผย และพยายามร่วมกันปิดบังเนื่องจากไม่ต้องการรับโทษตามกฎหมายและไม่ต้องการถูกตรวจสอบหากทำการขออนุญาต เพราะผู้ประกอบการเกรงว่าจะมีปัญหาตามมาอีกหลายประการ ซึ่งสาเหตุในข้อนี้จะต้องถูกแก้ไขโดยการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยมีการดำเนินการทางกฎหมายอย่างจริงจัง

(4) ความไม่ชัดเจนของแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เกี่ยวกับการขออนุญาต เนื่องจากระบุเหตุผลในการให้การอนุญาตไว้อย่างกว้าง ไม่มีการกำหนดรายละเอียดการวิเคราะห์ที่ชัดเจนไว้ ทำให้ยากต่อการปฏิบัติ ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่กล้ายื่นขออนุญาตเพราะยังมีความไม่แน่นอน ซึ่งน่าจะเป็นสาเหตุที่สำคัญเป็นหลักใหญ่ หากได้รับการแก้ไขแล้ว อาจมีการขออนุญาตเกิดขึ้นได้

ทั้งนี้ตามกฎหมายแล้ว หากได้กระทำพฤติกรรมที่เป็นความผิดที่อาจขออนุญาตเพื่อกระทำได้ แต่ไม่ได้ขออนุญาต ก็จะถูกลงโทษเนื่องจากกระทำการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรง เพราะฉะนั้น หากมีการแก้ไขปรับปรุงขั้นตอนกระบวนการขออนุญาตก็จะทำให้สามารถนำหลักเหตุผลมาพิจารณาอนุญาตได้อย่างแท้จริงสมกับความมุ่งหมายของกฎหมาย

4.2.1.2 ข้อพิจารณาถึงความไม่ชัดเจนของแนวปฏิบัติของการขออนุญาต

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่าสาเหตุของความไม่ชัดเจนในแนวปฏิบัติการขออนุญาต น่าจะเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่มีการขออนุญาตเกิดขึ้น โดยจากแนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดนิยาม

“การผูกขาด หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ตกลงร่วมกันมีอำนาจในการกำหนดบางสิ่งของทั้งตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เช่น กำหนดราคาซื้อหรือขายในตลาดได้ จำกัดหรือควบคุมปริมาณที่ซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดพื้นที่และ/หรือกำหนดลูกค้าที่จะซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ทำให้ผู้ตกลงร่วมกันได้รับผลประโยชน์ตามที่ตกลงกัน เพื่อให้ได้กำไร หรือผลตอบแทนเท่าเดิมหรือสูงกว่าที่เคยได้รับในช่วงที่ตลาดมีการแข่งขัน”

“การลดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ซื้อ หรือผู้ขาย มีทางเลือกในการซื้อหรือขายหรือทำธุรกรรมด้วยลดลง เมื่อเทียบกับช่วงเวลาก่อนการตกลงร่วมกัน เช่น ทำให้รายการหรือปริมาณสินค้าหรือบริการที่ออกสู่ตลาดลดลง ทำให้จำนวนผู้ขาย/ผู้ซื้อในแต่ละพื้นที่ตลาด หรือตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งลดลง”

“การจำกัดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่สมาชิกไม่สามารถแข่งขัน หรือเข้าสู่ตลาดได้ เช่น ทำให้คู่แข่งไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ตามปกติหรือมียอดขายลดลง ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก หรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้”

การกำหนดนิยามของคำว่า การผูกขาด ลดการแข่งขัน และจำกัดการแข่งขันนี้มีความชัดเจนอยู่พอสมควร แต่เมื่อศึกษาแล้วพบว่าหากต้องการคุ้มครองผู้ประกอบการรายเล็กโดยมีแนวคิดที่ว่าเมื่อผู้ประกอบการรายเล็กได้ร่วมกันกระทำการข้างต้นนี้แล้วไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขันของตลาดจะไม่เป็นความผิด ควรมีการระบุถึงจำนวนส่วนแบ่งของตลาดของผู้ประกอบการรายเล็กที่ชัดเจนเพื่อให้เป็นข้อยกเว้นไม่ต้องมีความรับผิด เนื่องจากหากไม่มีระบุไว้ในถ้อยคำอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันแม้กระทำโดยผู้ประกอบการรายเล็กที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อตลาดก็จะเป็นความผิดได้ ซึ่งไม่เหมาะสมกับจุดมุ่งหมายที่ต้องการลงโทษผู้ที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันอย่างแท้จริง

ตัวอย่างเช่น การตกลงร่วมกันแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ หากเกิดจากการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กเพื่อต่อสู้กับผู้ประกอบการรายใหญ่ หากผู้ประกอบการรายเล็กเหล่านั้นมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันแล้วไม่เกินเกณฑ์ที่กำหนด ก็ควรได้รับการยกเว้นให้ไม่เป็นการละเมิดกฎหมาย เนื่องด้วยการกระทำที่เกิดขึ้นในที่สุดแล้วไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขันที่ร้ายแรง

การกำหนดส่วนแบ่งตลาดที่จะได้รับการยกเว้นจะต้องมีการออกมาเป็นแนวปฏิบัติที่ชัดเจน โดยแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาส่วนแบ่งตลาด ซึ่งต้องมีการกำหนดขอบเขตตลาดที่จะพิจารณาสำหรับสินค้าหรือบริการในแต่ละกรณี

หากศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหภาพยุโรปพบว่า มีหลักการ de minimis doctrine ซึ่งหากการกระทำใดเป็นไปตามหลักการนี้ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101 เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยหลักการนี้มีแนวคิดที่ว่า ข้อตกลงจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมาย เมื่อไม่มีผลกระทบที่สำคัญต่อตลาด และไม่บิดเบือนในการที่บุคคลใดจะพิจารณาถึงผลิตภัณฑ์และตลาดนั้น ทั้งนี้ หลักการนี้ใช้บังคับกับทั้งการตกลงที่มีเป้าหมายหรือมีผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยหมายความถึงทั้งการจำกัดการแข่งขันในแนวนอนและแนวตั้ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการกระทำที่ตกอยู่ภายใต้หลักการนี้ทางคณะกรรมการยุโรปก็จะไม่เริ่มดำเนินคดีกับผู้ประกอบการ โดยทางคณะกรรมการยุโรปได้ออกประกาศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาหลักการนี้ที่มีชื่อว่า “Commission Notice on agreement of minor importance” ซึ่งระบุถึงจำนวนส่วนแบ่งตลาดที่จะใช้ตัดสินว่าการตกลงของผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดเท่าใดที่จะไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย

จาก Commission Notice on agreement of minor importance หรือประกาศของคณะกรรมการยุโรปเกี่ยวกับข้อตกลงที่มีความสำคัญเล็กน้อย ทางคณะกรรมการยุโรปมีประกาศนี้ขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตของส่วนแบ่งการตลาดขององค์กรทางธุรกิจ ที่จะไม่ละเมิดหลักเกณฑ์การร่วมกันกระทำการจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101 อย่างไรก็ตาม การตกลงร่วมกันที่มีสัดส่วนของส่วนแบ่งการตลาดเกินกว่าที่กำหนดในประกาศนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ทุกกรณี

เมื่อข้อตกลงภายใต้ประกาศนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101(1) ดังนั้นทางคณะกรรมการยุโรปจะไม่เริ่มดำเนินคดีกับองค์กรทางธุรกิจไม่ว่าจะได้รับการแจ้งหรือริเริ่มคดีเอง ในขณะที่องค์กรทางธุรกิจถูกสันนิษฐานว่ากระทำการโดยสุจริตและสอดคล้องกับประกาศนี้ คณะกรรมการก็จะไม่ลงโทษปรับ

ในกฎหมายของสหภาพยุโรปได้กำหนดส่วนแบ่งการตลาดที่จะได้รับการยกเว้นให้ คือ ส่วนแบ่งการตลาดรวมของคู่สัญญาในข้อตกลงทุกราย ไม่เกิน 10% ของตลาดทั้งหมดที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง ในกรณีที่ข้อตกลงเกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันตามความเป็นจริงหรือมีแนวโน้มเป็นคู่แข่งกันในอนาคต และส่วนแบ่งการตลาดของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในข้อตกลงนั้น ไม่เกิน 15% ของตลาดทั้งหมดที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง ในกรณีที่ข้อตกลงเกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งกันตามความเป็นจริงหรือไม่มีแนวโน้มเป็นคู่แข่งกันในอนาคต

(2) การกำหนดลักษณะพฤติกรรม เมื่อศึกษาแล้วมีความชัดเจนในรายละเอียดพอสมควร แต่ควรจัดกลุ่มพฤติกรรมใหม่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.1.1

(3) การกำหนดเหตุผลของการอนุญาต ในแนวปฏิบัติระบุตามหลักการมาตรา 37 คือ

“คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจ เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม เช่น มีนวัตกรรมใหม่ที่เพิ่มคุณค่า/คุณภาพในตัวสินค้าและบริการ เกิดการประหยัดต่อขนาด ที่ช่วยลดต้นทุนที่เหมือนกัน ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ มีทางเลือกมากขึ้น ได้รับการตอบสนองอย่างรวดเร็ว รวมทั้งมีการแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ เพื่อการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูง ช่วยส่งผลดีต่อเศรษฐกิจและเกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภค”

ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุผลของการอนุญาตมีการกำหนดไว้กว้างแต่ไม่ได้อธิบายในรายละเอียด ซึ่งเหตุผลที่กำหนดไว้ควรจะต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ด้วยข้อมูลที่ชัดเจน ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวปฏิบัติการขออนุญาตของประเทศออสเตรเลียพบว่ามีการระบุเพียงแค่ประเด็นเดียวคือการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลเสียที่จะเกิดต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความสำคัญมากที่สุดต่อเป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในมุมมองของประเทศออสเตรเลีย เพราะฉะนั้น หากประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าผลเสียแล้ว พฤติกรรมนั้นก็ควรได้รับอนุญาตให้กระทำได้ โดยในแนวปฏิบัติการขออนุญาตเพื่อทำการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันของประเทศออสเตรเลียระบุว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย จะมีอำนาจในการอนุญาตให้ผู้ประกอบการกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน หากว่าการกระทำนั้นไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำนั้นมีน้ำหนักมากกว่าผลเสีย ซึ่งจะพิจารณาโดยเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการกระทำนั้นและผลเสียที่จะเกิดขึ้นว่าน้ำหนักของผลประโยชน์มีมากกว่าผลเสียหรือไม่ หรือที่เรียกว่า

หลักผลประโยชน์สุทธิ (Net benefit test) ทั้งนี้ ทางคณะกรรมการจะพิจารณาทั้งผลกระทบที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขันและหลักฐานที่แสดงถึงการส่งเสริมประสิทธิภาพการแข่งขันเป็นลำดับไป ทั้งนี้ คำว่า ผลเสียต่อสาธารณะ (Public detriment) มีการให้ความหมายไว้ว่า คือ การลดคุณค่าในรูปแบบใดๆต่อสาธารณะ หรือความร้ายแรงเสียหายต่อเป้าหมายของสังคม รวมไปถึงความเสียหายต่อหลักการที่เป็นสาระสำคัญในการมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และคำว่า ประโยชน์สาธารณะ (Public benefit) หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่มีมูลค่าต่อสาธารณะ ซึ่งนำไปสู่เป้าหมายที่สังคมยอมรับ และเป็นหนึ่งในองค์ประกอบสำคัญในการบรรลุถึงเป้าหมายที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ การพิจารณาถึงความมีประสิทธิภาพนี้จะต้องมาจากมุมมองของสังคมโดยรวม นั่นคือการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด

(4) ขั้นตอนการอนุญาต

จากแนวปฏิบัติของกฎหมายไทยระบุเพียงว่าผู้ประกอบการธุรกิจต้องยื่นคำขออนุญาตตามแบบ สข.02 ซึ่งต้องระบุข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ต้องการขออนุญาต เหตุผลความจำเป็น วิธีการ ระยะเวลาที่ตกลงร่วมกัน ฯลฯ และเจ้าหน้าที่จะตรวจสอบเอกสารหลักฐานประกอบการยื่นคำขออนุญาตให้ครบถ้วน ถูกต้อง และเมื่อลงรับคำขออนุญาตแล้ว จะดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ ผู้มายื่นขออนุญาตต้องรอผลการพิจารณาของคณะกรรมการก่อนดำเนินการได้ ซึ่งเป็นการระบุขั้นตอนที่ยังไม่มีความชัดเจน

หากเปรียบเทียบการดำเนินการขออนุญาตของประเทศออสเตรเลียนั้น จะต้องเป็นไปตามขั้นตอนซึ่งระบุอย่างละเอียดชัดเจนในแนวปฏิบัติการขออนุญาต โดยทางคณะกรรมการได้ให้คำมั่นว่าจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาคำขออนุญาตอย่างรวดเร็ว สม่่าเสมอ และโปร่งใส เพราะฉะนั้นประชาชนจะได้รับประโยชน์จากกระบวนการอนุญาตที่มีประสิทธิภาพ โดยกระบวนการที่ระบุในแนวปฏิบัติการขออนุญาตโดยหลัก ได้แก่

- 1) การแจ้งความประสงค์ที่จะยื่นขออนุญาตก่อนยื่นคำขอ
- 2) การยื่นคำขออนุญาต โดยมีการระบุแบบฟอร์มคำขอไว้หลากหลายรูปแบบ
- 3) การชำระค่าธรรมเนียม
- 4) การจัดหาข้อมูลเพื่อสนับสนุนคำขออนุญาต

กระบวนการพิจารณาอนุญาตจะเริ่มขึ้นเมื่อคำขออนุญาตนั้นครบถ้วนสมบูรณ์ รวมถึงมีการให้ข้อมูลสนับสนุนและมีการชำระค่าธรรมเนียมเรียบร้อยแล้ว โดยคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าจะสามารถดำเนินการได้ คือ

- 1) เชิญผู้ที่มีส่วนได้เสียมาให้ข้อมูล
- 2) ประชุมหารือกับผู้ยื่นคำขออนุญาตและผู้มีส่วนได้เสีย
- 3) เชิญชวนให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตยื่นข้อมูลสนับสนุน
- 4) ดำเนินการสำรวจตลาดด้วยตนเองและทำการค้นคว้าข้อมูลภายหลังได้หารือกับผู้มีส่วนได้เสีย
- 5) ออกร่างคำตัดสิน
- 6) เชิญชวนให้ผู้ยื่นคำขอและผู้มีส่วนได้เสียส่งข้อมูลสนับสนุนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อร่างคำตัดสิน และจัดการประชุมหารือหากมีการร้องขอ
- 7) ออกคำตัดสินสุดท้ายสำหรับคำขออนุญาต

จะเห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาอนุญาตจะต้องเป็นไปอย่างโปร่งใสและมีการรับฟังข้อมูลจากสาธารณะ ซึ่งจะมีการเชิญบุคคลที่เกี่ยวข้องที่มีแนวโน้มจะได้รับผลกระทบ เช่น ผู้บริโภค คู่แข่งขัน ผู้จัดจำหน่าย หน่วยงานภาครัฐ องค์กรผู้บริโภคและสมาคมทางการค้า มามีส่วนร่วมในการให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับคำขออนุญาตที่มีขึ้นด้วย เพราะฉะนั้นการจะอนุญาตหรือไม่นั้นไม่ใช่อำนาจของคณะกรรมการแต่เพียงผู้เดียวแต่ยังเปิดโอกาสในการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย

ภายหลังจากมีร่างคำตัดสินและคำตัดสินสุดท้าย จะต้องมีการเผยแพร่ต่อสาธารณะ เนื่องจากเหตุผลที่ว่ากระบวนการอนุญาตจะต้องเป็นไปโดยเปิดเผยมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น ผู้ที่มีส่วนได้เสียจึงมีโอกาสที่จะได้แสดงความคิดเห็นได้ด้วย โดยข้อมูลที่ต้องเปิดเผย เช่น เอกสารคำขออนุญาต บันทึกการประชุม ร่างคำตัดสิน คำตัดสินสุดท้าย เป็นต้น

(5) ระยะเวลาการพิจารณาอนุญาต

แนวปฏิบัติของประเทศไทยระบุให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องดำเนินการพิจารณาคำขออนุญาตให้แล้วเสร็จ ภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอ หรือในกรณีที่ไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด สามารถขยายเวลาออกไปได้อีกไม่เกิน 15 วัน โดยไม่มีการระบุให้ชัดเจนว่าภายในระยะเวลา 90 วันนี้คณะกรรมการจะดำเนินการตามขั้นตอนใดบ้าง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของประเทศออสเตรเลียจะพบว่าได้มีการระบุถึงขั้นตอนและระยะเวลาที่คณะกรรมการจะพิจารณาคำขออนุญาตไว้อย่างละเอียด โดยได้กำหนดระยะเวลาสูงสุดในการพิจารณาคำขอ คือ ไม่เกินกว่า 6 เดือน โดยเริ่มนับระยะเวลาตั้งแต่คำขออนุญาตมีผล ซึ่งผู้ยื่นคำขอควรตรวจสอบคำขออนุญาตของตนเองให้ชัดเจน

ทั้งนี้ทางคณะกรรมการได้เปิดโอกาสให้ผู้ยื่นคำขอได้ติดต่อมายังคณะกรรมการ เพื่อที่จะได้รับทราบข้อมูลที่เป็นในการยื่นคำขอ หากมีการยื่นมาแล้วแต่ยังไม่ครบถ้วนทางคณะกรรมการจะรีบแจ้งไปยังผู้ยื่นคำขอภายใน 5 วันเพื่อทำการแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง โดยในแนวปฏิบัติจะปรากฏตารางเวลาที่แบ่งออกเป็นสัปดาห์ว่าคณะกรรมการจะดำเนินการอย่างไรภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อสร้างความชัดเจนในการดำเนินการ

จากกระบวนการขั้นตอนที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการขออนุญาตเพื่อทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของประเทศออสเตรเลียมีความชัดเจนแน่นอนและโปร่งใส ทำให้ระบบการขออนุญาตสามารถนำมาใช้บังคับได้จริง ต่างจากประเทศไทยซึ่งไม่ปรากฏการขออนุญาต เพราะฉะนั้นหากมีการปรับปรุงแนวปฏิบัติการขออนุญาตของประเทศไทยให้มีลำดับขั้นตอนที่ชัดเจน ง่ายต่อการปฏิบัติ จะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้ามาขออนุญาตเพื่อกระทำการตามมาตรา 27(8)(9)(10) ได้

อย่างไรก็ดี กระบวนการขออนุญาตเพียงอย่างเดียวอาจยังไม่เพียงพอ จากการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปพบว่ามีกรออกแนวปฏิบัติเพื่อยกเว้นให้การตกลงร่วมกันในบางประเภท หรือที่เรียกว่าการอนุญาตแบบกลุ่ม (Block exemption) โดยการอนุญาตแบบกลุ่มนี้ยกเว้นให้แก่ข้อตกลงในบางลักษณะและกำหนดแบ่งแยกตามประเภท (Category) ของการตกลง ซึ่งหากการกระทำใดอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการอนุญาตแบบกลุ่ม การกระทำนั้นก็ไม่จำเป็นต้องแจ้งแก่คณะกรรมการการยุโรปและสามารถทำการตกลงได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตโดยเฉพาะ (Specific authorization) แต่อย่างไรก็ดี ทั้งนี้ คณะกรรมการการยุโรปได้ออกประกาศเกี่ยวกับการอนุญาตแบบกลุ่มที่ยกเว้นให้กับข้อตกลงในหลายประเภท โดยข้อตกลงประเภทหนึ่งที่ได้รับการยกเว้นที่สามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้ คือ การตกลงร่วมกันกำหนดมาตรฐาน (Standardization agreements) เป็นความตกลงที่มีเป้าหมายขึ้นต้นเป็นการกำหนดความหมายทางเทคนิคหรือองค์ประกอบพื้นฐานเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในปัจจุบันหรืออนาคต หรือกระบวนการผลิตที่จะต้องปฏิบัติตามที่กำหนด โดยความตกลงกำหนดมาตรฐานนี้ครอบคลุมไปได้หลากหลายกรณี เช่น การกำหนดมาตรฐานของระดับคุณภาพ หรือขนาดของผลิตภัณฑ์หรือลักษณะเฉพาะทางเทคนิคในตลาดสินค้าและบริการให้สอดคล้องกัน ซึ่งในปัจจุบันถูกห้ามอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 27(10) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน หากเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า การตกลงร่วมกันในบางกรณีมีผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าผลเสีย ก็ควรได้รับยกเว้นได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เป็นการลดภาระเรื่องการขออนุญาตได้อีกกรณีหนึ่ง

4.3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย

จากการศึกษาเรื่องปัญหาการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาต ทำให้พบว่ามีประเด็นที่น่าสนใจในการนำมาพิจารณาประกอบการวิเคราะห์คือ ปัญหาในการใช้บังคับกฎหมาย ซึ่งองค์ประกอบหนึ่งที่เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตไม่เกิดผลเท่าที่ควร คือ ปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ไม่มีความเป็นอิสระ

จากข้อเท็จจริงคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาประเด็นต่างๆของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและการอนุญาต มีบางส่วนที่เป็นบุคคลภายนอกซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจ และอาจไม่มีความรู้ความเข้าใจในหลักการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่าที่ควร ดังนั้นเมื่อมีคดีไปสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า คดีจึงอาจยุติลงไปทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดประสิทธิภาพ

ในส่วนของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร ทำให้การดำเนินงานขาดความเป็นอิสระไม่สามารถกำกับดูแลตนเองได้ ส่งผลให้อาจถูกแทรกแซงทางการเมือง จนในที่สุดก็จะทำให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างเหมาะสม

จากปัญหาและบทวิเคราะห์ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะนำไปสู่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการจัดกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและการปรับปรุงระบบการขออนุญาตซึ่งจะกล่าวถึงในบทต่อไป

บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากประเด็นปัญหาที่ 1 คือ ความไม่เหมาะสมของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรม เมื่อศึกษาโดยพิจารณาจากหลักเศรษฐศาสตร์ เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ และพิจารณาตามบริบทกฎหมายไทยแล้วสรุปได้ว่า พฤติกรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 27(5) คือ การกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งลูกค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือ มาตรา 27(6) การกำหนดแบ่งท้องที่หรือแบ่งตัวผู้ประกอบการธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการ และมาตรา 27(7) การกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด หากพิจารณาจากลักษณะของพฤติกรรมแล้ว พฤติกรรมทั้ง 3 รูปแบบนี้ควรถูกจัดอยู่ในส่วนของพฤติกรรมที่ร้ายแรง ไม่อาจขออนุญาตได้ เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเองอย่างชัดเจน (Per se) หากผู้ประกอบการร่วมกันกระทำการเหล่านี้ ในที่สุดก็จะนำไปสู่การกำหนดราคาซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงที่สุด

เหตุผลเนื่องจากกรณีการร่วมกันกำหนดแบ่งพื้นที่ที่ผู้ประกอบการจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการ หรือแบ่งลูกค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือ กำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้นั้น ในทางเศรษฐศาสตร์พบว่าเป็นพฤติกรรมที่นำไปสู่การจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง เนื่องจากเมื่อมีการแบ่งส่วนกันแล้วผู้ประกอบการแต่ละรายที่เข้าร่วมตกลงกันก็จะประกอบธุรกิจอยู่ในส่วนที่ได้กำหนดไว้ จะไม่เข้าไปแข่งขันเพื่อประกอบธุรกิจในส่วนอื่น รวมถึงมีการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาประกอบธุรกิจในส่วนของตนด้วย ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์จะมีแนวโน้มทำให้เกิดเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการกระทำการขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขัน โดยผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจในแต่ละพื้นที่หรือแต่ละกลุ่มลูกค้าจะสร้างขึ้นเพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาแข่งขันด้วย และการรวมตัวกันแบ่งเขตตลาดจะมีผลต่อผู้ที่ตกลงร่วมกันมากกว่าการรวมตัวกันกำหนดราคา เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการกำหนดราคาจะไม่เกิดขึ้น เพราะไม่ต้องมาพิจารณาว่าจะกำหนดราคาเท่าใดจึงจะเหมาะสม และที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งคือ ผลที่เกิดขึ้นสุดท้ายแล้วก็เป็น การจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาเช่นเดียวกัน เพราะเมื่อแบ่งพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าแล้ว ผู้ประกอบการแต่ละรายจะกำหนดราคาเท่าใดก็ได้

เมื่อพิจารณาหลักการของต่างประเทศพบว่า องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ได้ระบุให้การแบ่งเขตตลาดหรือการแบ่งกลุ่มลูกค้าเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง โดยมีการระบุด้วยว่าการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างรุนแรงที่สุด และในกรณีกฎหมายของสหภาพยุโรป จากสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป มาตรา 101(1) ได้ระบุห้ามการกระทำการร่วมกันที่เป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด ในข้อ (ค) คือ การแบ่งส่วนของตลาด ทั้งนี้ จาก Commission Notice on agreement of minor importance ได้มีการระบุให้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งแข่งขันที่มีเป้าหมายเป็นการแบ่งเขตตลาดหรือแบ่งส่วนลูกค้า และการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่งแข่งขันที่มีเป้าหมายคือการจำกัดเขตแดนที่จะเข้าไปดำเนินการ หรือจำกัดกลุ่มลูกค้าที่ผู้ซื้อจะขายสินค้าหรือบริการที่ตกลงกัน ให้เป็นการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hard Core restrictions) ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามกฎหมาย

กรณีการกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ชื่อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด จากการศึกษาพบว่า พฤติกรรมรูปแบบนี้ เป็นการร่วมมือกันของผู้ประกอบการธุรกิจที่จะทำให้ปริมาณสินค้าที่มีอยู่ในตลาดไม่เพียงพอต่อความต้องการซื้อของผู้บริโภคและเกิดภาวะขาดแคลนสินค้า ซึ่งจะมีผลให้ราคาสินค้าเพิ่มสูงขึ้นตามไปด้วย โดยภาวะขาดแคลนสินค้าที่เกิดขึ้นนี้ไม่ได้เป็นไปตามกลไกตลาดปกติ แต่เกิดจากการเข้าไปแทรกแซงและบิดเบือนกลไกตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจ ทั้งที่ผู้ประกอบการอาจจะผลิตหรือจำหน่ายสินค้าให้เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภคในตลาดได้ ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ การจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาดจะส่งผลให้เกิดความไม่สมดุลของอุปสงค์และอุปทานก่อให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ และจากหลักกฎหมายของต่างประเทศ คือ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ได้ระบุให้การจำกัดปริมาณการผลิตเป็นหนึ่งในการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงซึ่งควรต้องระมัดระวังไม่ให้มีขึ้น และจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้ระบุห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิตและการจำกัดการผลิตในรูปแบบต่างๆ (Quotas and other restriction on production) ตามมาตรา 101(1)(ข) โดยมีข้อห้ามการจำกัดหรือการควบคุมการผลิตให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด เนื่องจากเมื่อเกิดการจำกัดปริมาณการผลิต ราคาของสินค้าก็จะมีแนวโน้มที่สูงขึ้น และจาก Commission Notice on agreement of minor importance ได้มีการระบุถึงการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง โดยได้กำหนดว่า การจำกัดปริมาณการผลิต เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hard Core restrictions) เมื่อกระทำแล้วจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดแต่อย่างใด

จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น พฤติกรรมตามมาตรา 27(5)(6)(7) จึงสมควรถูกจัดอยู่ในกลุ่มพฤติกรรมที่ร้ายแรงที่ไม่อาจขออนุญาตเพื่อกระทำได้

ในประเด็นปัญหาที่ 2 คือ ปัญหาการยกเว้นให้ผู้ประกอบการสามารถกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยวิธีการขออนุญาต ซึ่งไม่มีการขออนุญาตแม้แต่รายเดียว จากการศึกษาพบว่าประเด็นปัญหาหลักคือ ความไม่ชัดเจนของแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการขออนุญาต เนื่องจากระบุเหตุผลในการให้การอนุญาตไว้อย่างกว้าง ไม่มีการกำหนดรายละเอียดการวิเคราะห์ที่ชัดเจนไว้ ทำให้ยากต่อการปฏิบัติ ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่กล้ายื่นขออนุญาตเพราะยังมีความไม่แน่นอน จึงควรมีการปรับปรุงแนวปฏิบัติการขออนุญาตในส่วนนี้ให้มีความละเอียดชัดเจนและปฏิบัติตามได้ง่าย

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในประเด็นการแบ่งกลุ่มพฤติกรรม ควรระบุให้พฤติกรรมตามมาตรา 27(5)(6)(7) เป็นพฤติกรรมที่ไม่อาจขออนุญาตได้ โดยแก้ไขในวรรคท้ายของมาตรา 27 เป็นว่า

“ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

จะเห็นได้ว่าเป็นการตัดทอนมาตรา 27(5)(6)(7) ออกจากวรรคนี้

ในกรณีการขออนุญาต ควรเพิ่มเติมในหลายประเด็นได้แก่

(1) การกำหนดนิยาม

ควรมีการเพิ่มรายละเอียดจากนิยามของคำว่า การลด การผูกขาด การจำกัดการแข่งขัน เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการรายเล็กโดยมีแนวคิดที่ว่าเมื่อผู้ประกอบการรายเล็กได้ร่วมกันกระทำการข้างต้นนี้แล้วไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขันของตลาดจะไม่ใช่ความผิด โดยมีการระบุถึงจำนวนส่วนแบ่งของตลาดของผู้ประกอบการรายเล็กที่ชัดเจนเพื่อให้เป็นข้อยกเว้นไม่ต้องมีความรับผิดชอบ หากไม่มีระบุไว้ในถ้อยคำอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันแม้กระทำโดยผู้ประกอบการรายเล็กที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อตลาดก็จะเป็นความผิดได้ ซึ่งไม่เหมาะสมกับจุดมุ่งหมายที่ต้องการลงโทษผู้ที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันอย่างแท้จริง

ทั้งนี้ หากส่วนแบ่งการตลาดรวมของผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าตกลงร่วมกันไม่เกินกว่าเกณฑ์ส่วนแบ่งการตลาดที่กำหนด เมื่อมีการตกลงร่วมกันก็จะเป็นการละเมิดกฎหมาย

(2) การกำหนดเหตุผลของการอนุญาต ตามที่บัญญัติในมาตรา 37

ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุผลของการอนุญาตมีการกำหนดไว้กว้างแต่ไม่ได้อธิบายในรายละเอียด ซึ่งเหตุผลที่กำหนดไว้ควรจะต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ด้วยข้อมูลที่ชัดเจน ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวปฏิบัติการขออนุญาตของประเทศออสเตรเลียพบว่ามีกระบวนการระบุเพียงแค่ประเด็นเดียวคือการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลเสียที่จะเกิดต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความสำคัญมากที่สุดต่อเป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในมุมมองของประเทศออสเตรเลีย เพราะฉะนั้น หากประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าผลเสียแล้ว พฤติกรรมนั้นก็ควรได้รับอนุญาตให้กระทำได้ ดังนั้นหากประเทศไทยดำเนินตามแนวทางของประเทศออสเตรเลียก็จะเกิดประโยชน์ต่อการพิจารณาอนุญาตได้

(3) ขั้นตอนการอนุญาต

ผู้วิจัยเสนอแนะให้ควรปรับปรุงแนวปฏิบัติการดำเนินการขออนุญาตตามแบบของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นไปตามขั้นตอนซึ่งระบุอย่างละเอียดชัดเจนในแนวปฏิบัติการขออนุญาต โดยทางคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีการให้คำมั่นว่าจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาคำขออนุญาตอย่างรวดเร็ว สม่ำเสมอ และโปร่งใส เพราะฉะนั้นประชาชนจะได้รับประโยชน์จากกระบวนการอนุญาตที่มีประสิทธิภาพ โดยกระบวนการที่ระบุในแนวปฏิบัติการขออนุญาตโดยหลัก ได้แก่

- 1) การแจ้งความประสงค์ที่จะยื่นขออนุญาตก่อนยื่นคำขอ
- 2) การยื่นคำขออนุญาต โดยมีการระบุแบบฟอร์มคำขอไว้หลากหลายรูปแบบ
- 3) การชำระค่าธรรมเนียม
- 4) การจัดหาข้อมูลเพื่อสนับสนุนคำขออนุญาต

กระบวนการพิจารณาอนุญาตจะเริ่มขึ้นเมื่อคำขออนุญาตนั้นครบถ้วนสมบูรณ์ รวมถึงมีการให้ข้อมูลสนับสนุนและมีการชำระค่าธรรมเนียมเรียบร้อยแล้ว โดยคณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าจะสามารถดำเนินการได้ คือ

- 1) เชิญผู้ที่มีส่วนได้เสียมาให้ข้อมูล
- 2) ประชุมหารือกับผู้ยื่นคำขออนุญาตและผู้มีส่วนได้เสีย
- 3) เชิญชวนให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตยื่นข้อมูลสนับสนุน
- 4) ดำเนินการสำรวจตลาดด้วยตนเองและทำการค้นคว้าข้อมูลภายหลังได้หารือกับผู้มีส่วนได้เสีย

- 5) ออกร่างคำตัดสิน
- 6) เชิญชวนให้ผู้ยื่นคำขอและผู้มีส่วนได้เสียส่งข้อมูลสนับสนุนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อร่างคำตัดสิน และจัดการประชุมหารือหากมีการร้องขอ
- 7) ออกคำตัดสินสุดท้ายสำหรับคำขออนุญาต

ภายหลังจากมีร่างคำตัดสินและคำตัดสินสุดท้าย จะต้องมีการเผยแพร่ต่อสาธารณชนด้วย

(4) ระยะเวลาการพิจารณาอนุญาต

ควรระบุถึงขั้นตอนและระยะเวลาที่คณะกรรมการจะพิจารณาคำขออนุญาตไว้อย่างละเอียด โดยได้กำหนดระยะเวลาสูงสุดในการพิจารณาคำขอ และในแนวปฏิบัติควรจะระบุตารางเวลาที่แบ่งออกเป็นสัปดาห์ว่าคณะกรรมการจะดำเนินการอย่างไรภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อสร้างความชัดเจนในการดำเนินการ

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อมีการจัดกลุ่มพฤติกรรมที่ร้ายแรงและพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตได้ และมีการเสนอแนะว่าควรระบุแบบของการขออนุญาตไว้โดยกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้ เพื่อให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้อย่างดีขึ้น ผู้วิจัยจึงเสนอให้เพิ่มการยกเว้นให้การตกลงร่วมกันตามมาตรา 27(10) ด้วย เมื่อพิจารณาแล้วมีการตกลงร่วมกันที่ไม่กระทบต่อการแข่งขัน โดยไม่ต้องทำการขออนุญาตอีก

ในส่วนประเด็นเสนอแนะเพิ่มเติมคือ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ควรกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจ แต่ควรกำหนดให้เป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริง รวมไปถึงมีการกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นองค์กรอิสระเพื่อบังคับใช้กฎหมายได้โดยไม่ถูกแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร ซึ่งในที่สุดการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเด็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันจะมีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- จันทร์ทอง เจริญศิริอุทัยยศ. สภาพตลาดในประเทศไทยกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- เจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กรม. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป [ออนไลน์]. 2550. แหล่งที่มา: http://www.dtn.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=7268%3A2011-10-12-18-13-32&catid=239%3Adtn-policy-briefs&Itemid=166&lang=th [2555, มิถุนายน 23]
- ชัชวาล โตเหมือน. เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. Trade and competition. ใน รายงานการบรรยายทางวิชาการ, หน้า 3-13. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- นราทิพย์ ชุตินวงศ์. หลักเศรษฐศาสตร์: จุลเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- ภูชิต โมกขมรรคกุล. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. ใน รายงานการวิจัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543.
- วรวัฒน์ กุศลกลางกุศลวัฒน์. ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537.
- วรานนท์ อมรธำรง. การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- วีไลพรรณ เจสสะวะ. กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกีดกันทางการค้า ศึกษากรณี: ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง [ออนไลน์]. 2554. แหล่งที่มา weelaipanlabourlaw.blogspot.com/2011/04/competition-law-case-study-on-vertical.html [2555, มิถุนายน 23]
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. สหภาพยุโรปโฉมใหม่และ27ประเทศสมาชิก.
กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542:
ข้อจำกัดและการปฏิรูป. ใน รายงานที่ตีอาร์ไอ, กรุงเทพมหานคร, 2554.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่
เกี่ยวข้องกับพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย
ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย. กรุงเทพมหานคร, 2546.

สภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุม ชุดที่ 20 ปีที่ 2 ครั้งที่ 11-12 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เล่ม 10,
อ้างถึงใน ชัชวาล โตเหมื่อน. เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยการบังคับใช้พระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะเศรษฐศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

สรวิศ ลิมปั้งชี. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวม
บทความ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543.

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า. แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่ง
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.

สุธีร์ ศุภนิตย์, กมลชัย รัตนสกววงศ์, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. รายงานวิจัยเรื่อง
แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร:
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2536.

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.
กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

สุเมธ นาควโรดม. การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับ
คู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

อาทิ ครุศากยวงศ์. เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม. กรุงเทพมหานคร: ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2553.

ภาษาอังกฤษ

Australian Competition&Consumer Commission. Authorising and notifying cartel
conduct [Online]. 2010. Available from: [http://www.accc.gov.au/content/
index.phtml/itemId/656029](http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/656029) [2012, August 12]

- Australian Competition & Consumer Commission. Guide to Authorisation [Online]. 2011. Available from: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/788405> [2012, August 13]
- Beaton-Wells, C. ,and Fisse, B. Australian Cartel Regulation New York: Cambridge University press, 2011.
- Canoy, M., Liddle, R. ,and Smith, P. The Single Market: Yesterday and tomorrow. [Online]. Available from http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/single_market_yesterday_and_tomorrow_en.pdf [2012, January 20]
- Cini, K. ,and McGowan, L. Competition policy in the European Union New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- Corones, S g. Competition Law in Australia. 4th Ed. Sydney: Lawbook. 2006.
- Craig, P., and De Burca,G. EU Law: Text,cases and materials. 4th Ed. Oxford, 2008.
- European Commission. Commission exempts multilateral interchange fees for cross-border Visa card payments [Online]. 2002. Available from: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction> [2012, June 10]
- European Commission. Commission fines members of organic peroxides cartel [Online]. 2003. Available from: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction> [2012, June 9]
- European Commission. Commission imposes heavy fines for price fixing and bid-rigging in district heating pipe cartel [Online]. 1998. Available from: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction> [2012, June 9]
- European Commission. Commission Notice Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty [Online]. 2004. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 15]
- European Commission. Commission Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community [Online]. 2004. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 29]

European Commission. Commission Notice: Guidelines on Vertical Restraints [Online]. 2010. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, June 23]

European Commission. Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements [Online]. 2010. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 29]

European Commission. Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements [Online]. 2010. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 29]

European Commission. Competition: Commission fines members of lifts and escalators cartels over €990 million [Online]. 2007. Available from: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction> [2012, June 9]

European Commission. Council Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [Online]. 2003. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 29]

European Commission. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements [Online]. 2010. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 18]

European Commission. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty [Online]. 2011. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 18]

European Commission. Leniency Program [Online]. 2012. Available from: <http://www.ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html> [2012, July 22]

- European Commission. Regulation No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [Online]. 2010. Available from: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf [2012, July 13]
- European Commission. State Aid Control [Online]. 2012. Available from http://www.ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html [2012, May 15]
- European Legal Forum. The Fight against Hard-core Cartels and the New EU Leniency Notice [Online]. 2007. Available from <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/686.pdf> [2012, July 15]
- Ezrachi, A. EC Competition law: An analytical guide to the leading cases, 2009.
- Fairhurst, F. Law of the European Union, 7th ed. Pearson education, 2010.
- Federal Trade Commission. An FTC guide to dealing with competitions: group boycotts [Online]. Available from: <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf> [2012, July 28]
- Federal Trade Commission. An FTC guide to The Antitrust Laws: the three core federal antitrust laws [Online]. Available from: <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf> [2012, July 29]
- Goyder, D.G. EC Competition Law. 4th Ed. Oxford, 2003.
- Incardona, R. The Fight against Hard-core Cartels and the New EU Leniency Notice. [Online]. 2007. Available from: <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/686.pdf>
- International competition network. Defining hardcore cartel conduct: effective institutions: effective penalties [Online]. 2005. Available from: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf> [2012, July 11]
- Jones, A. and Sufrin, B. EC Competition Law: Text Cases and Materials, 3rd Ed. Oxford, 2008.

- Kokkoris, I. Competition cases from the European Union. 2nd Ed. London: Sweet& Maxwell, 2010.
- Middleton, K., Rodger B., Macculloch, A. ,and Galloway, J. Case &Materials on UK&EC Competition Law, 2nd ed. Oxford, 2009.
- Monti, G. EC Competition Law. Cambridge, 2007.
- OECD. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes [Online]. 2002. Available from: <http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/1841891.pdf> [2012, July 18]
- OECD. Glossary of industrial organization economics and competition law [Online]. 1990. Available from: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf> [2012, July 8]
- OECD. Reccommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels [Online]. 1998. Available from <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False> [2012, July 10]
- OECD. Reports: Hard Core Cartels [Online]. 2000. Available from <http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2752129.pdf> [2012, May 24]
- R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon, and Michael A. Williams Economic and Antitrust Barriers to Entry. [Online]. 2003. Available from: [http:// www.mcafee.cc/Papers/PDF/ Barriers2Entry.pdf](http://www.mcafee.cc/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf) [2012, July 1]
- UNCTAD. Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions [Online]. 2002. Available from http://unctad.org/EN/docs/ditcclpmisc25_en.pdf [2012, February 24]
- US Department of Justice. Price fixing, bid rigging and market allocation schemes: what they are and what to look for. [Online]. Available from: <http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/antitrustlawsguide.pdf> [2012, July 27]
- Whish,R. Competition Law. 6th Ed. Oxford, 2009.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*)⁽¹⁾

(2001/C 368/07)

(Text with EEA relevance)

I

1. Article 81(1) prohibits agreements between undertakings 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. The Court of Justice of the European Communities has clarified that this provision is not applicable where the impact of the agreement on intra-Community trade or on competition is not appreciable.
2. In this notice the Commission quantifies, with the help of market share thresholds, what is not an appreciable restriction of competition under Article 81 of the EC Treaty. This negative definition of appreciability does not imply that agreements between undertakings which exceed the thresholds set out in this notice appreciably restrict competition. Such agreements may still have only a negligible effect on competition and may therefore not be prohibited by Article 81(1)⁽²⁾.
3. Agreements may in addition not fall under Article 81(1) because they are not capable of appreciably affecting trade between Member States. This notice does not deal with this issue. It does not quantify what does not constitute an appreciable effect on trade. It is however acknowledged that agreements between small and medium sized undertakings, as defined in the Annex to Commission Recommendation 96/280/EC⁽³⁾, are rarely capable of appreciably affecting trade between Member States. Small and medium sized undertakings are currently defined in that recommendation as undertakings which have fewer than 250 employees and have either an annual turnover not exceeding EUR 40 million or an annual balance sheet total not exceeding EUR 27 million.
4. In cases covered by this notice the Commission will not institute proceedings either upon application or on its own initiative. Where undertakings assume in good faith that an agreement is covered by this notice, the Commission will not impose fines. Although not binding on them, this notice also intends to give guidance to the courts and authorities of the Member States in their application of Article 81.
5. This notice also applies to decisions by associations of undertakings and to concerted practices.
6. This notice is without prejudice to any interpretation of Article 81 which may be given by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities.

II

7. The Commission holds the view that agreements between undertakings which affect trade between Member States do not appreciably restrict competition within the meaning of Article 81(1):
 - (a) if the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are actual or potential competitors on any of these markets (agreements between competitors)⁽⁴⁾; or
 - (b) if the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are not actual or potential competitors on any of these markets (agreements between non competitors).

In cases where it is difficult to classify the agreement as either an agreement between competitors or an agreement between non competitors the 10 % threshold is applicable.

⁽¹⁾ This notice replaces the notice on agreements of minor importance published in OJ C 372, 9.12.1997.

⁽²⁾ See, for instance, the judgment of the Court of Justice in Joined Cases C 215/96 and C 216/96 *Bagnasco (Carlos) v Banca Popolare di Novara and Casa di Risparmio di Genova e Imperia* (1999) ECR I 135, points 34-35. This notice is also without prejudice to the principles for assessment under Article 81(1) as expressed in the Commission notice 'Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements', OJ C 3, 6.1.2001, in particular points 17-31 inclusive, and in the Commission notice 'Guidelines on vertical restraints', OJ C 291, 13.10.2000, in particular points 5-20 inclusive.

⁽³⁾ OJ L 107, 30.4.1996, p. 4. This recommendation will be revised. It is envisaged to increase the annual turnover threshold from EUR 40 million to EUR 50 million and the annual balance sheet total threshold from EUR 27 million to EUR 43 million.

⁽⁴⁾ On what are actual or potential competitors, see the Commission notice 'Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements', OJ C 3, 6.1.2001, paragraph 9. A firm is treated as an actual competitor if it is either active on the same relevant market or if, in the absence of the agreement, it is able to switch production to the relevant products and market them in the short term without incurring significant additional costs or risks in response to a small and permanent increase in relative prices (immediate supply side substitutability). A firm is treated as a potential competitor if there is evidence that, absent the agreement, this firm could and would be likely to undertake the necessary additional investments or other necessary switching costs so that it could enter the relevant market in response to a small and permanent increase in relative prices.

8. Where in a relevant market competition is restricted by the cumulative effect of agreements for the sale of goods or services entered into by different suppliers or distributors (cumulative foreclosure effect of parallel networks of agreements having similar effects on the market), the market share thresholds under point 7 are reduced to 5 %, both for agreements between competitors and for agreements between non competitors. Individual suppliers or distributors with a market share not exceeding 5 % are in general not considered to contribute significantly to a cumulative foreclosure effect⁽¹⁾. A cumulative foreclosure effect is unlikely to exist if less than 30 % of the relevant market is covered by parallel (networks of) agreements having similar effects.
9. The Commission also holds the view that agreements are not restrictive of competition if the market shares do not exceed the thresholds of respectively 10 %, 15 % and 5 % set out in point 7 and 8 during two successive calendar years by more than 2 percentage points.
10. In order to calculate the market share, it is necessary to determine the relevant market. This consists of the relevant product market and the relevant geographic market. When defining the relevant market, reference should be had to the notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law⁽²⁾. The market shares are to be calculated on the basis of sales value data or, where appropriate, purchase value data. If value data are not available, estimates based on other reliable market information, including volume data, may be used.
11. Points 7, 8 and 9 do not apply to agreements containing any of the following hardcore restrictions:
- (1) as regards agreements between competitors as defined in point 7, restrictions which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object⁽³⁾:
- (a) the fixing of prices when selling the products to third parties;
- (b) the limitation of output or sales;
- (c) the allocation of markets or customers;
- (2) as regards agreements between non competitors as defined in point 7, restrictions which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object:
- (a) the restriction of the buyer's ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier imposing a maximum sale price or recommending a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties;
- (b) the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, the buyer may sell the contract goods or services, except the following restrictions which are not hardcore:
- the restriction of active sales into the exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer, where such a restriction does not limit sales by the customers of the buyer,
 - the restriction of sales to end users by a buyer operating at the wholesale level of trade,
 - the restriction of sales to unauthorised distributors by the members of a selective distribution system, and
 - the restriction of the buyer's ability to sell components, supplied for the purposes of incorporation, to customers who would use them to manufacture the same type of goods as those produced by the supplier;
- (c) the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment;
- (d) the restriction of cross supplies between distributors within a selective distribution system, including between distributors operating at different levels of trade;

⁽¹⁾ See also the Commission notice 'Guidelines on vertical restraints', OJ C 291, 13.10.2000, in particular paragraphs 73, 142, 143 and 189. While in the guidelines on vertical restraints in relation to certain restrictions reference is made not only to the total but also to the tied market share of a particular supplier or buyer, in this notice all market share thresholds refer to total market shares.

⁽²⁾ OJ C 372, 9.12.1997, p. 5.

⁽³⁾ Without prejudice to situations of joint production with or without joint distribution as defined in Article 5, paragraph 2, of Commission Regulation (EC) No 2658/2000 and Article 5, paragraph 2, of Commission Regulation (EC) No 2659/2000, OJ L 304, 5.12.2000, pp. 3 and 7 respectively.

- (e) the restriction agreed between a supplier of components and a buyer who incorporates those components, which limits the supplier's ability to sell the components as spare parts to end users or to repairers or other service providers not entrusted by the buyer with the repair or servicing of its goods;
- (3) as regards agreements between competitors as defined in point 7, where the competitors operate, for the purposes of the agreement, at a different level of the production or distribution chain, any of the hardcore restrictions listed in paragraph (1) and (2) above.
12. (1) For the purposes of this notice, the terms 'undertaking', 'party to the agreement', 'distributor', 'supplier' and 'buyer' shall include their respective connected undertakings.
- (2) 'Connected undertakings' are:
- (a) undertakings in which a party to the agreement, directly or indirectly:
- has the power to exercise more than half the voting rights, or
 - has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, board of management or bodies legally representing the undertaking, or
- has the right to manage the undertaking's affairs;
- (b) undertakings which directly or indirectly have, over a party to the agreement, the rights or powers listed in (a);
- (c) undertakings in which an undertaking referred to in (b) has, directly or indirectly, the rights or powers listed in (a);
- (d) undertakings in which a party to the agreement together with one or more of the undertakings referred to in (a), (b) or (c), or in which two or more of the latter undertakings, jointly have the rights or powers listed in (a);
- (e) undertakings in which the rights or the powers listed in (a) are jointly held by:
- parties to the agreement or their respective connected undertakings referred to in (a) to (d), or
 - one or more of the parties to the agreement or one or more of their connected undertakings referred to in (a) to (d) and one or more third parties.
- (3) For the purposes of paragraph 2(e), the market share held by these jointly held undertakings shall be apportioned equally to each undertaking having the rights or the powers listed in paragraph 2(a).
-

ภาคผนวก ข



Guide to
Authorisation

Australian Competition and Consumer Commission 23 Marcus Clarke Street, Canberra, Australian Capital Territory, 2601

First published by the ACCC 2007.

This revised edition published by the ACCC January 2011.

10 9 8 7 6 5 4 3 2

© Commonwealth of Australia 2010

This work is copyright. Apart from any use as permitted under the *Copyright Act 1968*, no part may be reproduced without prior written permission from the Commonwealth available through the Australian Competition and Consumer Commission. Requests and inquiries concerning reproduction and rights should be addressed to the Director Publishing, Australian Competition and Consumer Commission, GPO Box 3131, Canberra ACT 2601 or by email to publishing.unit@accg.gov.au.

Disclaimer

This publication has been updated to refer to the *Competition and Consumer Act 2010* which replaces the *Trade Practices Act 1974* on 1 January 2011. For more information on the Australian Consumer Law changes see www.consumerlaw.gov.au

The information contained in this publication is not legal advice and should not be relied on as such. All care has been taken in its preparation but readers should note that it is intended to provide a general understanding of the subject matter only. Please also note that it reflects the law and legislation as it stands at the date of publication.

Businesses should consider obtaining their own professional legal advice. Businesses intending to lodge an application for authorisation are encouraged to contact the ACCC.

ISBN 978 1 921887 26 0

ACCC 12/10_26546_188

www.accc.gov.au

Foreword

A key objective of the *Competition and Consumer Act 2010* is to prevent anti-competitive conduct to encourage competition and efficiency in business and result in a greater choice for consumers in price, quality and service.

However, in certain circumstances the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) can grant immunity from legal action for conduct that might otherwise raise concerns under the competition provisions of the Act. One way in which parties may obtain immunity is to apply for what is known as an 'authorisation'.

Broadly, the ACCC may grant an authorisation when it is satisfied that the public benefit from the conduct outweighs any public detriment. The ACCC conducts a comprehensive public consultation process and issues a draft determination before making a decision to grant or deny authorisation.

The ACCC has prepared this guide to help people better understand the approach it takes when considering authorisation matters. The guide is designed to help applicants prepare applications for authorisation and for interested parties to better understand and participate in the authorisation process.

The ACCC is committed to assessing applications for authorisation promptly, consistently and transparently so that Australians can benefit from an effective and efficient authorisation process.

This guide replaces the 1995 *ACCC guide to authorisations and notifications* and reflects a natural evolution in the ACCC's approach, based on its experience and determinations of the Australian Competition Tribunal.

1. Introduction

What is authorisation?

- 1.1 Authorisation is a process under which the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), in response to an application, can grant immunity¹ on public benefit grounds against action under the competition provisions of the *Competition and Consumer Act 2010* (the Act).
- 1.2 Authorisation may be sought in relation to any of the competition prohibitions under Part IV of the Act except for misuse of market power. A description of the types of conduct that can be authorised is set out in chapter 2.
- 1.3 Generally, the ACCC can grant immunity from the application of the competition provisions in the Act if it is satisfied that the public benefit from the conduct outweighs any public detriment.
- 1.4 The process for when and how to apply for authorisation, along with a description of the authorisation process and when the ACCC will grant authorisation, is set out in the following chapters.
- 1.5 In addition to authorisation, immunity for exclusive dealing conduct and collective bargaining arrangements can be achieved by lodging notifications with the ACCC. The ACCC has separate guides for exclusive dealing and collective bargaining notifications which are available online at www.accc.gov.au.

The Australian Competition and Consumer Commission

- 1.6 The ACCC is an independent statutory authority set up by the Australian Government in 1995 to protect the rights of consumers and business. In addition to enforcing the Competition and Consumer Act and other laws, the ACCC encourages vigorous competition in the marketplace, regulates markets where competition is less effective, and educates and informs consumers and business about the laws it administers.
- 1.7 The Act helps to create an environment of certainty for all businesses by preventing any business, large or small, from gaining an unfair advantage over its competitors by engaging in any misleading or anti-competitive behaviour.
- 1.8 The ACCC has an important role in promoting fair trade to bring about greater competition and informed markets through the administration of the Act.
- 1.9 To undertake its role, the ACCC is structured into various divisions and branches, one of which is the Adjudication Branch.

¹ In this guide, the term immunity is used to describe the effect of having an authorisation in force—that is, that the relevant provisions of Part IV of the Act are not contravened by the conduct the subject of the authorisation.

Adjudication Branch

- 1.10 The Adjudication Branch considers applications for authorisation, reviews authorisations previously granted and evaluates notifications of exclusive dealing (including third line forcing conduct) and collective bargaining arrangements.
- 1.11 The work of the branch also includes assessing the rules for the use of certification trade marks under the *Trade Marks Act 1995* and the receipt of particulars of export agreements under s. 51(2)(g) of the Act.
- 1.12 The branch has an educative role, informing potential applicants, interested parties, and the general community about the ACCC's adjudication processes. It issues guidelines, holds seminars, gives speeches, and meets various groups to increase understanding of the ACCC's adjudication processes for authorisations and notifications.
- 1.13 The branch has extensive experience in conducting public benefit analysis. It has developed considerable expertise in specific industries like finance and banking, insurance, aviation, the professions, the health sector, resources and the rural sector.

Mergers and energy matters

- 1.14 Authorisation applications for mergers are considered by the Australian Competition Tribunal (the tribunal).
- 1.15 Applications for authorisation relating to the electricity and gas industries will often be considered by the Australian Energy Regulator. The AER is an independent national body responsible for economic regulation in Australian energy markets and compliance with the electricity and gas rules at a national level. It has been established under the Act as a constituent part of the ACCC. For energy-related (gas and electricity) authorisations, the AER provides advice to the ACCC, which is the decision-making body. As such, applicants and interested parties may deal with ACCC staff from the AER. Further information about the AER is available from its website (www.aer.gov.au).

The commission

- 1.16 Decisions by the ACCC (e.g. to grant authorisations) are made by the commission. The commission comprises a chairperson, two deputy chairpersons and other full-time members (usually referred to as commissioners) appointed by the Governor-General.

2. When to apply for authorisation

2.1 Generally, persons may apply for authorisation when the conduct they propose to engage in might constitute conduct prohibited by the competition provisions of the *Competition and Consumer Act 2010*. They may also apply for authorisation for conduct they are already engaging in. However, an authorisation can only provide protection from court action from the date it commences—the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) cannot authorise conduct retrospectively (see paragraph 3.28).

What can the ACCC authorise?

2.2 The ACCC may, if the relevant test is met (see chapter 5), authorise conduct that might constitute the making and/or giving effect to:

- a cartel provision² (including agreement as to price³)
- an anti-competitive agreement⁴
- a secondary boycott⁵
- exclusive dealing⁶
- resale price maintenance⁷
- an acquisition that occurs outside Australia.⁸

2.3 The ACCC is not able to authorise conduct that might constitute a misuse of market power.⁹ However, in some cases, obtaining an authorisation for conduct that might breach one of the prohibitions listed above also protects the parties from court action for misusing market power.¹⁰

2.4 Applying a public benefit test similar to the one applied by the ACCC, the Australian Competition Tribunal may authorise a merger that might substantially lessen competition.

² Section 88 (1A). Relevantly, a cartel provision relates to price fixing, restricting outputs in the production and supply chain, allocating customers, suppliers or territories, or bid rigging.

³ In this guide, the term price agreement is used to describe a contract, arrangement or understanding between competitors that contains a provision that, directly or indirectly, has the purpose or effect of fixing, controlling or maintaining prices.

⁴ Section 88(1). The ACCC may also authorise covenants which substantially lessen competition—see s. 88(5). Anti-competitive covenants are prohibited by ss. 45B and 45C. In this guide, the term agreement is used to describe a contract, arrangement or understanding consistent with the meanings given to them under the Act.

⁵ Sections 88(7) and 88(7A).

⁶ Section 88(8).

⁷ Section 88(8A).

⁸ Section 88(9). Not discussed further in this guide.

⁹ Section 46.

¹⁰ Section 46(6). In particular, if conduct that might constitute an anti-competitive agreement, exclusive dealing, a merger that substantially lessens competition or a covenant affecting competition is authorised, that conduct is also protected from court action for misusing market power

Exclusive dealing

- 2.11 Exclusive dealing occurs when a person trading with another imposes restrictions on the other's freedom to choose with whom, or in what or where they deal.
- 2.12 There are several forms of exclusive dealing. For example, the Act prohibits:
- supplying goods or services on condition that the purchaser will not acquire goods or services from a competitor of the supplier¹⁷
 - supplying goods or services on condition that the purchaser acquire goods or services from a third party—this is often known as 'third line forcing'.¹⁸
- 2.13 Other examples of exclusive dealing conduct are described in detail in the ACCC's *Guide to exclusive dealing notifications* publication.
- 2.14 Other than third line forcing, exclusive dealing is prohibited only when it substantially lessens competition.¹⁹

Resale price maintenance

- 2.15 Resale price maintenance occurs when suppliers (e.g. manufacturers or wholesalers) specify a minimum price below which goods or services may not be resold or advertised for resale. This practice is prohibited regardless of its effect on competition.²⁰

Who decides if conduct might breach the Act?

- 2.16 The Act provides that the ACCC may authorise conduct that might breach a prohibition on anti-competitive conduct. The ACCC applies the approach of the Australian Competition Tribunal, which is that:
- ... where an applicant believes on what appeared to him to be good grounds, that his conduct (if not authorised) may be in breach of the Act and he applies for authorisation accordingly, the Tribunal's duty, on an application for review, is to decide the application on the public benefit grounds spelt out in the Act and that it is not one of those grounds that the application might appear to be unnecessary.²¹
- 2.17 However, the Federal Court of Australia has added that the test:
- ... is not purely subjective, but has an objective element. As a matter of basic principle, the power conferred on the ACCC to grant an authorisation could not have been intended to be used in circumstances where that body concluded that there was clearly no risk of any contravention.²²
- 2.18 Therefore, unless it is clear that there is no risk that conduct will breach the Act, the ACCC will consider the application for authorisation.

¹⁷ Section 47(2)(d).

¹⁸ Sections 47(6), 47(7), 47(8)(c) and 47(9)(d).

¹⁹ Section 47.

²⁰ Section 48. See also ss. 96 to 100.

²¹ *G and M Stephens Cartage Contractors Pty Ltd* (1977), ATPR 40-042 at 17,478. See also *Australasian Performing Right Association* (1999), ATPR 41-701 at 42,937; and *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012 at 17,241.

²² *Jones v Australian Competition and Consumer Commission* (2002), FCA 1054 at paragraph 50. The Full Court of the Federal Court of Australia in *Jones* reproduced this passage without suggesting it was wrong (2003), ATPR 41-950 at 47,430-31.

3. How to apply for authorisation

3.1 Four key steps in applying for authorisation are:

- discussing the proposed application with the ACCC before lodging it
- lodging a valid application
- paying the required fee
- providing a comprehensive submission in support of the application.

Before lodging an application—discussions with the ACCC

3.2 The ACCC encourages applicants to discuss their applications with it before lodgment. In particular, applicants are encouraged to contact the Adjudication Branch or, where relevant, the Australian Energy Regulator (see ACCC contacts).

3.3 These discussions enable applicants to outline their proposals to the ACCC and to obtain further information about the authorisation process. Applicants can seek advice from ACCC staff if they are uncertain about aspects of the application form, what their supporting submissions should cover, or about the various steps in the ACCC process of assessing the application.

3.4 ACCC staff are not able to suggest arguments in support of an application. What they can do is explain in general terms the issues that supporting submissions should address (e.g. public benefit, public detriment, market definition and so on—see chapter 5). They can also point out where the ACCC would expect claims to be backed by evidence.

Lodging an application

Forms

3.5 The *Competition and Consumer Act 2010* requires that applications for authorisation be made in writing using the prescribed forms.²³

3.6 As discussed in chapter 2, the Act allows the ACCC to authorise conduct that might breach one of the prohibitions on anti-competitive conduct in the Act. There are different application forms for each prohibition. These are:

- Form A: exclusionary provisions and associated cartel provisions (often referred to as primary boycotts)
- Form B: agreements affecting competition or incorporating related cartel provisions (including agreements as to price)
- Form C: covenants affecting competition
- Form D: secondary boycotts
- Form DA: agreements affecting the supply or acquisition of goods or services

²³ Section 89(1).

- Form E: exclusive dealing
- Form EA: resale price maintenance
- Form FA: application for minor variation
- Form FB: application for revocation
- Form FC: application for revocation and substitution.

3.7 The forms are similar. Generally, they require applicants to provide the following information:

- name and address of applicant
- short description of business, activity or occupation of applicant
- description of the conduct for which authorisation is sought
- public benefit claims
- description of the markets likely to be affected by the conduct for which authorisation is sought
- detriments to the public resulting or likely to result from the conduct for which the authorisation is sought
- reasons in support of application and facts relied upon
- identification/description of other parties that may be affected by the conduct.

3.8 Applicants must precisely describe the relevant conduct on the form. Alternatively, if the conduct is complex, it can be outlined on the application form, with a cross-reference to a more comprehensive description in the applicant's supporting submission. As the tribunal has stated:

... conduct must be capable of sufficiently precise description for the Tribunal to be able to apply the authorisation "test".²⁴

3.9 The application forms are set out in the Competition and Consumer Regulations and are available on the ACCC website (www.accc.gov.au).

Applying on behalf of other people

3.10 Someone may apply for authorisation on behalf of another person for conduct that the other person is to engage in. The Federal Court of Australia has stated that:

... although the expression "on behalf of" lacks precision, it requires a degree of formal connection, and of obligation, which, in general, precludes a party from acting on behalf of another when that party acts contrary to the express wishes of that other.

I accept that there are circumstances in which a person may be said to act on behalf of another without the consent of the other. For example, a person may act on behalf of another who lacks legal capacity. Similarly, it might be said that a person acts on behalf of another as an agent, where the doctrine of ostensible authority applies.²⁵

3.11 Consequently, the ACCC will usually expect persons applying on behalf of others to provide written evidence that the others consent to the application. Exceptions would include, for example, industry or professional associations applying on behalf of their members, when their members might be presumed to consent to the application. However, if members were to state to the ACCC that they did not consent to the application, the application would not be made on their behalf (although the Act provides other mechanisms to extend authorisation to these persons in certain circumstances—see paragraphs 3.33 and 3.39).

²⁴ *Re Tooth & Co Ltd* (1978), ATPR 40-065 at 18,200.

²⁵ *Jones v Australian Competition and Consumer Commission* (2002), FCA 1054 (27 August 2002) at paragraphs 56–57.

Applying under the Competition Code

3.12 Part IV of the Competition and Consumer Act generally applies to corporations.²⁶

3.13 However, each state has enacted competition code legislation essentially mirroring the Act. Consequently, all unincorporated entities as well as individuals are now subject to the prohibitions on anti-competitive conduct in the Act (outlined in chapter 2). They may also apply to the ACCC for authorisation to obtain immunity from these prohibitions.

Complex conduct

3.14 Complex conduct is conduct that has several, possibly interrelated, elements.

3.15 For example, industry codes of conduct might regulate quite different types of conduct by industry members. The code might therefore contain more than one breach of a particular prohibition in the Act. For example, the parts of a code regulating advertising and price setting might constitute separate agreements affecting competition.

3.16 Alternatively, different parts of the code might breach different prohibitions in the Act. For example, if, in addition to regulating advertising and price-setting, a code prohibits industry members from dealing with suppliers who do not meet particular standards, this part of the code might constitute an exclusionary provision.

3.17 The issue is then how many applications would be needed to ensure that authorisation, if granted, would fully protect industry members agreeing to comply with the code from court action under the Act.

3.18 Before considering this issue, applicants should try to identify the specific elements of the conduct that might breach the Act. Generally, authorisation should only be sought for these elements. However, occasionally the elements of an arrangement are so closely interrelated that it is not practically possible to separate out the elements that might breach the Act.

3.19 When different elements of an arrangement might breach different prohibitions in the Act, applicants should lodge separate forms for each element of the arrangement.

3.20 For example, in 2002 Qantas and Air New Zealand sought authorisation to coordinate certain activities (e.g. on scheduling and pricing) and for Qantas to buy an equity interest in Air New Zealand. Qantas and Air New Zealand lodged separate application forms for the equity purchase (then Form F) and the other conduct (forms A and B).²⁷

3.21 When different elements of an arrangement might each breach the same prohibition, the ACCC will often accept one application form for the whole arrangement. For example, the Royal Australasian College of Surgeons sought authorisation for its processes to:

- select, train and examine basic surgical trainees and advanced surgical trainees
- accredit hospitals and hospital training posts as suitable for training surgeons
- assess the qualifications of overseas trained practitioners who wish to work as surgeons in Australia

in each of the nine surgical sub-specialities within the college. The ACCC accepted a single application (Form A) covering all elements of the conduct.²⁸

²⁶ The *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (United Kingdom) gives the Australian Parliament the power to regulate corporations. See s. 51(xx.) of the Constitution Act.

²⁷ *Acquisition by Qantas Airways Limited of ordinary shares in Air New Zealand Limited and cooperative arrangements between Qantas, Air New Zealand and Air Pacific Limited* (A30220, A30221, A30222, A90862 and A90863).

²⁸ *Royal Australasian College of Surgeons* (A90765), final determination, 30 June 2003.

- 3.22 However, sometimes the elements of an arrangement may be so different that, in reality, authorisation is being sought for two arrangements. Applicants should then lodge two or more applications.
- 3.23 The same element of an arrangement might breach more than one prohibition. Applicants should then consider lodging applications for each potential breach.
- 3.24 For example, Port Waratah Coal Services sought authorisation for a system for allocating coal loading capacity at the port of Newcastle between Hunter Valley coal producers. It lodged three applications to cover the system. The ACCC understands that this reflected a concern that the system might be construed as:
- a contract, arrangement or understanding that might constitute an exclusionary provision
 - a contract, arrangement or understanding that might substantially lessen competition
 - a secondary boycott.²⁹
- 3.25 A reduced fee is payable for additional related applications—see paragraph 3.41.

Anti-competitive agreements

- 3.26 Additional rules apply to applications for authorisation relating to contracts, arrangements or understandings that might contain cartel provisions, substantially lessen competition or constitute exclusionary provisions.
- 3.27 The Act allows persons to seek authorisation to make³⁰ or give effect³¹ to contracts, arrangements or understandings that might contain cartel provisions, substantially lessen competition or constitute exclusionary provisions.
- 3.28 The Act does not allow the ACCC to authorise persons to make a contract, arrangement or understanding when that contract, arrangement or understanding has already been entered into.³² However, the ACCC may grant authorisation to give effect to provisions of a contract, arrangement or understanding that has already been entered into. The Australian Competition Tribunal has stated that:
- The legislature was concerned that, if the Commission's power to grant authorisation could be exercised with respect to the making of an agreement or arrangement or the arriving at an understanding so as to have retroactive effect, it would render nugatory the consequences of previous or existing breaches of provisions of Pt IV of the Act which may have occurred after the making of the relevant agreements or arrangements or the arriving at the relevant understanding. Subsection (12) does not therefore prevent authorisation being given to a corporation's future conduct which takes place pursuant to a contract or arrangement or understanding the making of which may itself be outside the jurisdiction of the Commission to authorise.³³
- 3.29 The ACCC cannot authorise an existing contract, arrangement or understanding retrospectively.
- 3.30 When people apply for authorisation to make a contract, arrangement or understanding, authorisation (if granted) automatically allows the persons to give effect to the contract, arrangement or understanding.³⁴

²⁹ *Port Waratah Coal Services* (A9090–8), final determination, 9 July 2004.

³⁰ Section 88(1)(a).

³¹ Section 88(1)(b).

³² Section 88(12).

³³ *Re John Dee (Export) Pty Ltd* (1989), ATPR 40-938 at 50,209.

³⁴ Section 88(1)(c).

3.31 In practice, persons should apply to make a contract, arrangement or understanding when they have not formally agreed to begin acting in accordance with the relevant contract, arrangement or understanding. The application would effectively be for a contract, arrangement or understanding that the parties propose to act in accordance with if authorisation is granted.

3.32 Applicants should apply to give effect to a contract, arrangement or understanding when they have already formally agreed to act in accordance with the relevant contract, arrangement or understanding.³⁵

Future and other parties

3.33 Applications for authorisation to make or give effect to contracts, arrangements or understandings that might substantially lessen competition or constitute exclusionary provisions may be expressed to extend to:

- persons who become party to the contract, arrangement or understanding at some time in the future³⁶
- persons named in the authorisation as being a party or proposed party to the contract, arrangement or understanding.³⁷

3.34 Authorisation (if granted) would extend to these persons.

Contracts, arrangements or understandings in similar terms

3.35 Applications to authorise proposed or existing contracts, arrangements or understandings may be expressed to extend to other contracts, arrangements or understandings that are in similar terms.³⁸

3.36 Applications must state the names of the parties to existing 'similar terms' contracts for which authorisation is sought and the names of parties to proposed similar terms contracts when these names are known to the applicant.³⁹

3.37 The ACCC may grant a single authorisation covering all the contracts, arrangements and understandings, including those in similar terms. Alternatively, it may grant separate authorisations for any one or more of them.⁴⁰

3.38 If an authorisation is granted for a proposed contract when not all the parties are known to the applicant, it is deemed to be subject to a condition that any party to the contract will provide the ACCC with the names of all the parties to the contract, if requested.⁴¹ This is to ensure it can be known with certainty who has immunity at any one time.

³⁵ However, s. 45(9) provides that the making of a contract that might substantially lessen competition or contain an exclusionary provision does not breach s. 45(2) of the Act if it is subject to a condition preventing the relevant provisions from taking effect unless and until authorisation is granted, and an application is made for authorisation within 14 days of making the contract.

³⁶ Section 88(10).

³⁷ Section 88(6).

³⁸ Sections 88(13) and 88(15)(a). These sections also apply to applications for exclusive dealing when the exclusive dealing conduct is required or permitted under a contract, arrangement of understanding.

³⁹ Section 88(14)(a).

⁴⁰ Section 88(13).

⁴¹ Section 88(14)(b).

Exclusive dealing

- 3.39 Applications for authorisation to engage in exclusive dealing when the conduct is expressly required or permitted under a contract, arrangement, understanding or industry code of practice, may be expressed to extend to:
- persons who become party to the contract, arrangement, understanding or code after authorisation is granted⁴²
 - persons named or referred to in the application as being a party or proposed party to the contract, arrangement, understanding or code.⁴³
- 3.40 Authorisation (if granted) would extend to these persons.

Fees

- 3.41 The fee for non-merger authorisation applications is \$7500.⁴⁴ A concessional fee of \$1500 is payable for additional applications if:
- there are reasonable grounds for the ACCC to believe that the first application and the additional application relate to conduct in the same market (or closely related markets)
 - each additional application is lodged with the ACCC within 14 days of the first application.⁴⁵
- 3.42 The fee for an application for revocation and substitution is \$2500.
- 3.43 The ACCC prefers fees to be paid by cheque.

Fee waivers

- 3.44 The Act has been amended to provide the ACCC with the discretion to waive, in whole or in part, the lodgment fee for applications for non-merger authorisations. A fee of \$2500 is likely to apply should the ACCC decide to waive a lodgment fee in part.
- 3.45 Requests for the ACCC to waive a lodgment fee should be made in writing to the ACCC before an application for authorisation is lodged. The request must include information about the nature of the proposed application for authorisation and set out arguments supporting the waiving of fees.
- 3.46 The Competition and Consumer Regulations provide that the ACCC may waive a lodgment fee if it is satisfied that the imposition of the entire fee would impose an unduly onerous burden on an applicant.
- 3.47 In considering the request, the ACCC will take into account all relevant information, including factors such as:
- Given the applicant's income, liabilities and assets, will the payment of the fee cause the applicant financial hardship?
 - Is the prospective applicant a not-for-profit organisation?
 - If the application is to be lodged on behalf of a number of parties, is it possible for each of these parties to contribute towards the fee?
 - Does one applicant intend to lodge a number of applications for authorisation?

⁴² Section 88(8AA)(d).

⁴³ Section 88(8AA)(c).

⁴⁴ Schedule 1B, Competition and Consumer Regulations 1974.

⁴⁵ Clause 28(6), Competition and Consumer Regulations 1974.

- 3.48 If the ACCC decides to waive a lodgment fee (in whole or in part), it will advise the applicant in writing. The applicant may rely on this advice for a period of three months.
- 3.49 The full lodgment fee will apply if an application for authorisation is not accompanied by a copy of the ACCC's written confirmation that it will waive (in whole or in part) the lodgment fee.
- 3.50 The full lodgment fee will apply if an application for authorisation is accompanied by advice from the ACCC which has expired.

Invalid applications

- 3.51 An application may be invalid if:
- it is not made on the required form
 - the required fee has not been paid
 - required information has not been provided.
- 3.52 If the ACCC believes an application is invalid, it will write to the applicant informing it that the application is invalid and provide reasons and guidance as to how it may be remedied.
- 3.53 If an application is assessed as invalid within five days of it being received, the ACCC will return the lodgment fee.

Supporting submission

- 3.54 Applicants must satisfy the ACCC that their application should be granted. It is therefore important that, when applying for authorisation, an applicant also provides a supporting submission comprehensively explaining why the application should be granted. Matters that should be addressed in this submission are discussed in detail in chapter 5. Further guidance is provided in the form of a checklist at the end of this chapter.
- 3.55 An electronic copy of the supporting submission should be provided along with a hard copy.

Confidential information

- 3.56 Applicants may request that confidential information provided in support of an application be excluded from the public register. This process is discussed in paragraph 4.60.

How to lodge an application for authorisation

- 3.57 Applications and supporting submissions may be lodged in person at any office of the ACCC or by mail (see ACCC contacts).
- 3.58 The ACCC encourages applications to be lodged at its Canberra office because this enables the ACCC to assess the validity of applications as soon as possible. The ACCC prefers fees to be paid by cheque, made out to the Australian Competition and Consumer Commission. Applications may also be lodged by email adjudication@acc.gov.au or faxed to (02) 6243 1211. Applications lodged by email should be supported by a covering letter that includes details of how and when the lodgment fee will be paid. Applications will not be considered as validly lodged until the relevant fee has been paid.

Withdrawing applications

3.59 Applicants may withdraw their applications by writing to the ACCC at any time before the ACCC makes its final determination.⁴⁶

3.60 There is no provision to refund fees if an application is withdrawn.

3.61 The ACCC is required to keep withdrawn applications on a public register.

Checklist for supporting submissions

Submissions in support of an application for authorisation should be comprehensive and include discussion on:

- relevant market characteristics
- market shares of various market participants
- the parties engaging in the conduct for which authorisation is sought and other relevant stakeholders in the market
- how the conduct operates or is likely to operate in practice
- market and/or other relevant circumstances that would develop with, and without, the conduct
- how the conduct affects the ability of the parties engaging in the conduct and others in the market to behave competitively
- how the conduct has been framed to minimise the public detriment
- the public benefits which result or are likely to result from the proposed conduct
- the beneficiaries of the conduct and how the benefits are to be distributed
- the period for which authorisation is sought and why this period is considered appropriate
- any prospective need for changes to the detail of the conduct.

Matters that should be addressed in a supporting submission are discussed in greater detail in chapter 5.

4. The authorisation process

- 4.1 The authorisation process allows the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) to assess applications in an informed, objective and transparent manner.
- 4.2 Given that authorisation provides immunity from the law (effectively a licence to engage in anti-competitive conduct), the authorisation process is necessarily a thorough and rigorous one. Applicants should not expect the granting of authorisation to be a mere formality.
- 4.3 Generally, the ACCC tests applicants' claims through an open, transparent and public consultation process. In particular, it invites parties likely to be affected by the conduct (such as customers, competitors, suppliers, government bodies, consumer groups and trade organisations) to comment on applications made to the ACCC. A decision to grant authorisation provides the applicant with immunity from legal action under the *Competition and Consumer Act 2010* not only by the ACCC but by any third party. Therefore it is important for the ACCC to fully understand the likely impact of proposed conduct.
- 4.4 Authorisation decisions made by the ACCC are also reviewable by the tribunal. It is therefore in the best interests of all parties that the ACCC rigorously assesses applications in the first instance.

Overview

- 4.5 The authorisation process begins once a valid application and a supporting submission have been lodged and the appropriate fees paid.
- 4.6 Broadly, the process involves the ACCC:
- inviting interested parties to lodge written (or oral) submissions commenting on the application and supporting submission
 - meeting with the applicant and interested parties as appropriate
 - inviting the applicant to lodge a written submission in response to interested party submissions
 - conducting its own market inquiries and research while consulting with interested parties
 - issuing a draft determination
 - inviting written submissions in response to the draft determination, and inviting the applicant or interested parties to call a conference so that oral submissions can be made to a commissioner
 - holding a conference, if one is called
- issuing a final determination.

Transparency of the authorisation process

The authorisation process is public and transparent. All submissions from the applicant and interested parties are open to public scrutiny and are available for inspection on the public register (except for those that are withheld on the basis of confidentiality or otherwise). By consulting extensively with the public, the ACCC aims to ensure that it only authorises conduct that is in the public interest.

Six-month time limit

- 4.7 A six-month time limit applies to the ACCC's consideration of applications for authorisation.
- 4.8 The six-month time limit only applies to new applications for authorisation. It does not apply to applications for revocation, revocation and substitution, or minor variation.
- 4.9 The six-month period can be extended by up to a further six months if:
- the ACCC has issued a draft determination
 - the applicant agrees to the extension.
- 4.10 The six-month period begins when a valid application for authorisation is lodged with the ACCC.
- 4.11 If a pre-decision conference is called, the six-month consideration period is increased by the number of days between receiving the request for a pre-decision conference and seven days after the pre-decision conference has finished.

Assessing applications within six months

- 4.12 A six-month time limit on the ACCC's consideration of authorisation applications imposes a discipline on all those involved in the authorisation process.
- 4.13 To avoid delaying the start of the six-month period, applicants should ensure that their application is valid.
- 4.14 The ACCC encourages potential applicants to contact the ACCC before lodging an application form so that the requirements of a valid application can be discussed.
- 4.15 Once an application for authorisation is received, the ACCC will evaluate its validity and advise the applicant if the application is considered to be invalid within five days. While not subject to a six-month time limit, the validity of applications for revocation, revocation and substitution, and minor variation will also be assessed within five days.
- 4.16 If it later becomes apparent that there are deficiencies in an application and they are not addressed by the applicant, the application may still be considered invalid and the ACCC may not be able to grant authorisation.
- 4.17 Once the six-month time period has begun, the ACCC will accept minor amendments to an application. Any substantial change needing additional consultation may not be accepted by the ACCC.
- 4.18 Consultation with interested parties will take place according to strict deadlines for the submission of information. The ACCC will be limited in its ability to take into account information provided after the established deadline for consultation. The ability of applicants to respond to late information will also be limited.

- 4.19 When a valid application for authorisation is received, the ACCC will set an indicative timetable for its consideration of the application. An indicative six-month timetable is set out below. It is for indicative purposes only. For the majority of matters, the ACCC will be working to a tighter timetable.
- 4.20 A streamlined authorisation process for collective bargaining by small businesses sets a three-month timetable for consideration.⁴⁸

Indicative timetable for authorisation consideration

Without PDC* Week	With PDC* Week	
		Consultation with the ACCC before lodging an application
1–4	1–4	Lodgment of application and supporting submission ACCC assess validity of the application Public consultation process begins ACCC considers any request for interim authorisation
5	5	Closing date for submissions from interested parties
7	7	Applicants respond to issues raised in the public consultation process
7–12	7–12	ACCC assessment
13	13	Draft determination issued Public consultation on draft determination
15	15	Deadline to request a pre-decision conference
N/A	19	Pre-decision conference held
19	23	Deadline for submissions in response to issues raised in the draft determination or at the pre-decision conference Applicant given opportunity to respond to outstanding issues
20–24	24–28	Applicant's response to outstanding issues ACCC assessment
25	29	Final determination issued

*PDC: pre-decision conference.

Steps in the authorisation process

Inviting written submissions from interested parties

4.23 The Australian Competition Tribunal has stated that:

At the first stage of consideration of an application for authorisation any person may make a submission, whatever their interest.⁴⁹

4.24 In practice, applicants should include in their supporting submission a list of persons they consider could be interested parties. The ACCC is likely to add to this list.

⁴⁸ See *Streamlined collective bargaining for small business*, available from the ACCC website (www.accc.gov.au).

⁴⁹ *Re Alliance Agreement—application by PK Wakeman* (1999), ATPR 41-675 at 42,637.

- 4.25 The ACCC then writes or emails, usually within the first week of receiving an application, to interested parties inviting written submissions. Generally, this letter:
- outlines the conduct proposed for authorisation and the public benefit and public detriment the applicant claims will flow from that conduct
 - invites parties to comment on these claims
 - often identifies specific issues that the ACCC wants interested parties to address
 - nominates an ACCC contact officer for the application
 - requests submissions by a specified date, usually between two and four weeks from the date of the letter depending on the complexity of the application.
- 4.26 A copy of the application and supporting submission is usually attached to the letter. The application and supporting submission will also be available from the ACCC website by following the public registers and authorisations links.
- 4.27 A copy of the letter to interested parties is sent to the applicant.
- 4.28 Any other person who becomes aware of an application, but who was not written to, may lodge a submission. A copy of the relevant authorisation application and applicant's supporting submission can be obtained from the ACCC website.⁵⁰
- 4.29 The ACCC takes all submissions received into account.⁵¹ However, in complying with the six-month timeframe described earlier, the ACCC is unlikely to significantly extend deadlines for lodging submissions. The ACCC may be limited in its ability to take into account information provided after the established deadline for consultations. The ability of applicants to respond to late information will also be limited.

How to lodge a submission

- 4.30 Submissions should be lodged electronically if possible (even if a hard copy is also lodged). Submissions should be emailed to adjudication@acc.gov.au and copied to the nominated contact officer.
- 4.31 If electronic lodgment is not possible, submissions may be lodged by mail. Submissions should be sent to:
- General Manager Adjudication Branch
GPO Box 3131 Canberra ACT 2601
- 4.32 Interested parties may ask that confidential information provided in a submission be excluded from the public register. This is discussed further in paragraph 4.60.

Response from applicant

- 4.33 The ACCC forwards all public submissions from interested parties to the applicant for a response by a specified date. Responses received from applicants after the specified date may not be able to be taken into account to the same extent as if they had been lodged on time.

⁵⁰ Section 89(2) requires the ACCC to publicise the receipt of an application 'in such manner as it thinks fit'.

⁵¹ Section 90(2).

Draft determination

4.34 The ACCC issues a written draft determination stating whether it proposes to grant authorisation.⁵² In practice, the draft determination comprises:

- The reasons for the ACCC's proposed decision. This part usually consists of a series of chapters which:
 - detail the conduct for which authorisation is sought
 - outline the applicant's submission(s) in support of the application
 - outline interested parties' submissions
 - outline the relevant authorisation test
 - provide an evaluation of the public benefit and public detriment that the ACCC considers flow from the conduct, and set out the ACCC's conclusion on whether the authorisation test was met (and if not, whether any conditions can be imposed to ensure that the test is met).
- A final chapter containing the formal draft determination stating whether the ACCC proposes to grant authorisation, and whether any grant is subject to conditions.

4.35 The ACCC sends copies of draft determinations to the applicant and interested parties. It invites applicants and interested parties to lodge written submissions responding to the draft determination, and provides an opportunity to call a conference.

4.36 The Australian Competition Tribunal has stated that:

Once the draft determination is published the Commission is required to invite submissions only from the applicant and persons whose interest is 'real and substantial' (although this is not to say that in a particular case the Commission may not extend the invitation more widely to anyone who has made a submission, without strictly applying a 'real and substantial' test).⁵³

4.37 Written submissions are requested by a specified date. This date may be extended if a conference is called (see paragraph 4.51).

4.38 A copy of the draft determination is placed on the public register and on the ACCC website.

Calling a conference

4.39 The ACCC's letter inviting applicants and interested parties to call a conference will nominate a date by which this must be done. Requests for a conference must be made in writing by that date. The Competition and Consumer Act does not allow the ACCC to extend this deadline.⁵⁴ Parties calling a conference should state why they consider themselves to have a real and substantial interest in the application.⁵⁵

⁵² Section 90A(1).

⁵³ *Re Alliance Agreement—application by PK Wakeman* (1999), ATPR 41-675 at 42,637.

⁵⁴ Section 90A(2) requires the ACCC to nominate a date (not being a date before the date the ACCC wrote to interested parties and the applicant). This date will usually be the date of the letter to interested parties. A conference must be called within 14 days of this date.

⁵⁵ Section 90A(12) defines 'interested persons' as those who have notified the ACCC in writing that they (or an unincorporated association of which they are members) claim to have an interest in the application, and the ACCC considers that this interest is real and substantial.

If a conference is not called

4.40 If a conference is not called by the date specified by the ACCC, the Act allows it to issue a final determination.⁵⁶ The ACCC usually allows a period of between two and four weeks for the applicant and interested parties to lodge submissions in response to a draft determination (depending on the complexity of the matter).

Holding a conference

4.41 If a conference is called, it must be held no later than 30 days after the date nominated for calling the conference.⁵⁷

4.42 The ACCC writes to the applicant and interested parties to:

- inform them of the date, time and location of the conference⁵⁸
- outline conference procedures
- ask that they notify the ACCC if they wish to attend the conference
- ask that, if a business or organisation is to be represented by more than one person, it nominates a chief spokesperson
- ask that they provide a brief outline of any issues they intend to raise
- ask for contact details to allow notification of any late changes to conference arrangements.

4.43 Conferences are chaired by a commissioner.⁵⁹ They may be attended by the applicant, interested parties and any other person whose attendance is considered appropriate by the ACCC. Attendees may have other persons (e.g. legal advisers) present to assist, but they are not entitled to participate in the conference.⁶⁰

4.44 Generally, the purpose of a conference is to allow the applicant and interested parties to make oral submissions to a commissioner. While the commissioner may question attendees, they will not engage in debate about the merits of the draft determination.

4.45 Conferences are conducted informally. After a short introduction from the chairing commissioner, the party who called the conference is usually invited to give an opening statement. The other interested parties are then invited to speak. Finally, the applicant is invited to respond to the comments of interested parties.

4.46 The ACCC may then identify a number of specific issues it seeks further comment on. Usually attendees will be invited to comment on these issues in the order that opening statements were made. The chairing commissioner may then ask if any attendees have any final statements to make.

4.47 The commissioner will end the conference when all attendees have had a reasonable opportunity to express their views.⁶¹ In practice, it is rare for conferences to last for more than half a day.

⁵⁶ Section 90A(5).

⁵⁷ Section 90A(6).

⁵⁸ Section 90A(6).

⁵⁹ This commissioner must have participated in the preparation of the draft determination—see s. 90A(7)(a).

⁶⁰ Sections 90A(7)(b) and 90A(7)(c). Corporations may be represented by directors, officers or employees—see s. 90A(7)(b).

⁶¹ Section 90A(9)(b).

- 4.48 Persons who use insulting language or otherwise disrupt the conference may be excluded from the conference.⁶²
- 4.49 The ACCC must take oral submissions made at a conference into account.⁶³ To facilitate this, the ACCC prepares a record of conference discussions.⁶⁴ This record is not a verbatim record of attendees' statements. Rather, it records the issues they raised. The conference record is sent to interested parties and placed on the public register.
- 4.50 The ACCC does not circulate draft conference records to attendees for comment. The ACCC will not amend a conference record at the request of an attendee, although it may place submissions received from attendees who consider that the record is inaccurate on the public register.

Final written submissions following a conference

- 4.51 The ACCC may issue a final determination at any time after a conference finishes.⁶⁵ However, in practice, it usually invites interested parties to lodge final written submissions on the application.

Final determination

- 4.52 The typical structure of an ACCC final determination mirrors that of a draft determination (see paragraph 4.34).⁶⁶
- 4.53 The ACCC sends a copy of the final determination to the applicant and all other interested parties. A copy is placed on the public register. Copies are published by commercial legal reporting services as well.

Commencement of final determinations

- 4.54 ACCC determinations come into force on the day specified in the determination. This date may not be earlier than 21 days after the determination is issued. Should an application to review the determination be made to the tribunal before the 21-day period expires, the commencement is deferred pending a decision of the tribunal.⁶⁷ If the application to the tribunal is subsequently withdrawn, the ACCC determination takes effect on the day the application is withdrawn.⁶⁸ The role of the tribunal is discussed in chapter 9.

Public register

- 4.55 The authorisation process should be as open and transparent as possible, particularly so that claims made by those supporting an application can be tested and interested parties have the opportunity to put their views

⁶² Section 90A(9)(a).

⁶³ Section 90A(11).

⁶⁴ Section 90A(8).

⁶⁵ Section 90A(11).

⁶⁶ A copy of a final determination, which is certified to be a true copy by a person so authorised by the ACCC, shall be received in all courts as evidence of the determination—see s. 165(4).

⁶⁷ Competition and Consumer Regulations 1974, r. 20(1)(b).

⁶⁸ Section 91(1A).

4.56 The Competition and Consumer Act requires the ACCC to keep a public register containing the following documents:

- applications for authorisation, minor variations, revocation and revocation and substitution, as well as ACCC proposals for the revocation and revocation and substitution of authorisations⁶⁹
- submissions from applicants and interested parties (oral or written)
- draft determinations
- records of conferences⁷⁰
- records of meetings held with applicants or interested parties
- final determinations.⁷¹

4.57 The register is open for public inspection at any ACCC office⁷², but a few days' notice may be needed to ensure the relevant documents are available in a particular office. The ACCC will, on request, provide copies of documents on the public register.⁷³ The regulations set a fee of \$1 per page.⁷⁴

ACCC website

4.58 Key documents are also available free of charge from the ACCC website (www.accc.gov.au).

4.59 The ACCC website contains copies of:

- all applications for authorisation, minor variations, revocation and revocation and substitution, along with the applicant's supporting submission(s)
- ACCC proposals for the revocation and revocation and substitution of authorisations
- all substantive interested party submissions
- ACCC decisions and key correspondence.

Dealing with confidential information

4.60 Applicants and interested parties providing information for an authorisation application may ask that the information, or parts of it, be excluded from the relevant public register.

4.61 Under the Competition and Consumer Act, when a claim to exclude information from the public register is made, the ACCC must exclude the information if it contains details of:

- secret formulas or process
- the cash consideration offered for the acquisition of shares or assets
- the current manufacturing, producing or marketing costs of goods or services.⁷⁵

4.62 The ACCC also has the discretion, under the Act, to exclude material from the public registers, either because of the confidential nature of the material⁷⁶ or for any other reason⁷⁷, such as where the ACCC considers there may be certain sensitivities.

⁶⁹ Under s. 89(3) the register must include applications that have been withdrawn or ACCC proposals that have been abandoned.

⁷⁰ And certificates required under s. 90A(9).

⁷¹ Section 89(4).

⁷² Section 165(1)(a).

⁷³ Section 165(1)(b).

⁷⁴ Competition and Consumer Regulations, r. 28(1). An additional \$10 is payable for a copy certified to be a true copy by an officer so authorised by the ACCC—r. 28(2).

⁷⁵ Section 89(5A)(a).

⁷⁶ Section 89(5A)(b).

⁷⁷ Section 89(5D).

How to request exclusion of information from the public register

- 4.63 The Competition and Consumer Regulations outline what parties need to do if they want information to be excluded from the public register.
- 4.64 The regulations state that if such a request is made for a whole document or parts of a document, the words 'Restriction of Publication Claimed' should appear in red writing near the top of each page.⁷⁸ When a request is made for exclusion for part of the document, the regulations state that the words 'Restriction of Publication of Part Claimed' should appear in red near the top of the first page and the part of the document for which exclusion is requested should also be clearly marked in red. If the claim is for a document longer than five pages, a description of the whereabouts of the parts for which exclusion is requested should be provided.⁷⁹
- 4.65 The ACCC asks that applicants provide a full copy of the document, and a public register version (with those parts the applicant is seeking to have excluded masked or removed).
- 4.66 Applicants should remove headers claiming 'Confidential communication' from documents (e.g. emails and faxes) unless they contain information the applicant wants excluded from the public register. If the information is not confidential and the header cannot be removed, parties should clearly state at the beginning of correspondence provided to the ACCC that exclusion from the public register is not requested.
- 4.67 Applicants and interested parties requesting exclusion from the public register must do so when they submit the information to the ACCC.⁸⁰ Reasons must be provided in support of a request for exclusion.

How does the ACCC assess exclusion requests?

- 4.68 Information subject to a request for exclusion will be excluded from the public register while the ACCC assesses the request.⁸¹
- 4.69 The ACCC aims to respond to requests within three to five business days. The ACCC's ability to provide a prompt response is greatly enhanced if requests are limited to information that is genuinely confidential, if confidential information is clearly marked and if claims are accompanied by a detailed explanation of why exclusion is being sought.
- 4.70 When the ACCC agrees to a request, the information will be excluded from the relevant public register. This information may still be used by the ACCC under its powers, generally under the Competition and Consumer Act.
- 4.71 If the ACCC denies a request because the claim is not accompanied by sufficient justification or because it considers that the information is not confidential in nature, the ACCC will inform the relevant party of its decision.⁸² If the ACCC denies a request, the information for which exclusion was requested will be considered to be withdrawn from the ACCC's consideration—unless the party advises the ACCC that it wishes to withdraw or amend the claim. As a general rule, the ACCC will allow the party one or two business days to respond.

⁷⁸ Regulation 24(1)(a), Competition and Consumer Regulations.

⁷⁹ Competition and Consumer Regulations. r. 24(1)(b).

⁸⁰ Section 89(5).

⁸¹ Section 89(5E).

⁸² Section 89(5B).

4.72 Applicants should be aware that any claim for exclusion of information required by the forms for an authorisation that is refused by the ACCC may affect the validity of an application. Generally speaking, the ACCC will not accept requests from applicants to exclude information that is necessary to identify the conduct or arrangements for which immunity is sought.

4.73 A checklist for requests to exclude information claims is provided in the ACCC publication, *Guidelines for excluding information from the public register for authorisation and notification processes*, which is available free online at www.accc.gov.au.

Exclusion from the public register and Freedom of Information requests

4.74 Parties should be aware that a decision to exclude information from the public register does not provide any broader 'confidentiality' protection.

4.75 An ACCC decision to exclude information from the public register cannot also constitute a decision by the ACCC to deny access to the document under the *Freedom of Information Act 1982*. This is because the ACCC may only make a decision under the FOI Act once it has received a request for access to the relevant document. It cannot pre-determine that access to particular documents should be denied.

4.76 However, the ACCC may not grant FOI requests to access documents that it is satisfied are 'exempt' documents. Grounds for the ACCC deciding that a document is 'exempt' include where:

- it relates to the commercial or professional affairs of a person or organisation and
- disclosing the document could reasonably be expected to unreasonably affect that person or organisation in respect of their lawful commercial or professional affairs, or prejudice the future supply of information to the ACCC in administering the Competition and Consumer Act and the authorisation process.⁸³

4.77 When the ACCC receives a request for documents about the commercial or professional affairs of a person or business, the FOI Act also requires the ACCC, where practical, to consult with the person or business before deciding to grant or deny the request.⁸⁴

4.78 Further, the ACCC may be obliged to release documents excluded from the public register as part of court or tribunal processes. In these circumstances, a court or tribunal will consider the appropriateness of imposing a confidentiality regime.

Confidentiality and statements of reasons

4.79 Under the *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977*, when the ACCC receives a request for a statement of reasons for a decision, it is not required to disclose business information supplied to it in confidence.⁸⁵

Provision of documents to applicants

4.80 Applicants for authorisation, minor variation, revocation or revocation and substitution can request the ACCC to provide them with a copy of all documents that tend to establish the applicant's case (other than documents prepared by an officer or professional adviser of the ACCC).⁸⁶ A fee of \$1 per page applies.⁸⁷

⁸³ Freedom of Information Act, s. 43(1)(c).

⁸⁴ *ibid.*, s. 27(1).

⁸⁵ *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977*, s. 13A.

⁸⁶ Section 157(1).

⁸⁷ Regulation 28(1), Competition and Consumer Regulations. An additional \$10 is payable for a copy certified to be a true copy by an officer so authorised by the ACCC; r. 28(2).

5. When will the ACCC grant authorisation?

5.1 The Act specifies when the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) may grant authorisation. Broadly, conduct may be authorised if the public benefit outweighs any public detriment.

The tests

5.2 The Act contains different tests for authorising different types of conduct. The two different tests are as follows:

- The ACCC may not grant authorisation for the making or giving effect to proposed or existing contracts, arrangements or understandings that might contain cartel provisions, might substantially lessen competition or involve exclusive dealing (other than third line forcing) unless it is satisfied in all circumstances that the agreement or conduct:
 - is likely to result in a public benefit that outweighs the likely public detriment constituted by any lessening of competition (the first test).⁸⁸
- The ACCC may not grant authorisation to proposed exclusionary provisions (primary boycotts), secondary boycotts, third line forcing and resale price maintenance unless it is satisfied in all the circumstances that the proposed provision or proposed conduct:
 - is likely to result in such a benefit to the public that the provision should be permitted to be made or the conduct should be allowed to take place (the second test).⁸⁹

5.3 The Act also sets out that when considering what constitutes public benefits in the case of an application for authorisation of an acquisition that occurs outside Australia, the following must be regarded as public benefits:

- a significant increase in the real value of exports
- a significant substitution of domestic products for imported goods.

5.4 In assessing an application for authorisation of an acquisition that occurs outside Australia, the ACCC must also take into account all other matters relevant to the international competitiveness of any Australian industry.⁹⁰

5.5 The tests are reproduced in full at the end of this chapter.

⁸⁸ Sections 90(5A), 90(5B), 90(6) and 90(7). This test also applies to applications for authorisation of proposed covenants that substantially lessen competition. The test for granting applications for authorisation for existing agreements also requires that public benefit and public detriment that has resulted from the agreement be taken into account.

⁸⁹ Sections 90(8)(a), 90(b) and 90(9). The test for granting applications for authorisation for existing exclusionary provisions is the same except that public benefit that has resulted from the agreement is also taken into account—see s. 90(8)(b).

⁹⁰ Section 90(9A).

The same test in practice

- 5.6 The Australian Competition Tribunal has interpreted the second test to mean that authorisation may not be granted unless the conduct in question is likely to result in a public benefit that outweighs any likely public detriment. In contrast, only public detriment constituted by a lessening of competition is relevant to the first test.⁹¹
- 5.7 For many authorisations, the only likely detriments are those constituted by a lessening of competition. In these circumstances there is no difference between the two tests for the purposes of the ACCC's assessment.
- 5.8 The ACCC believes the phrase 'constituted by a lessening of competition' should not be interpreted narrowly. Some detriments may not at first appear to result from a lessening of competition but on closer inspection it becomes apparent that there is a direct link.
- 5.9 The tribunal has also stated that for the first test:
- [the] fact that the only public detriment to be taken into account is lessening of competition does not mean that other detriments are not to be weighed in the balance when a judgment is being made. Something relied upon as a benefit may have a beneficial, and also a detrimental, effect on society. Such detrimental effect as it has must be considered in order to determine the extent of its beneficial effect.⁹²
- 5.10 Consequently, when applying either test, the ACCC can take all public detriments likely to result from the relevant conduct into account either by looking at the detriment side of the equation or when assessing the extent of the benefits.

The concepts of public benefit and public detriment

- 5.11 Public benefit is not defined in the Act. However, the tribunal has defined it to be:
- ... anything of value to the community generally, any contribution to the aims pursued by the society including as one of its principal elements (in the context of trade practices legislation) 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. We bear in mind that (in the language of economics today) efficiency is a concept that is usually taken to encompass 'progress'; and that commonly efficiency is said to encompass allocative efficiency, production efficiency and dynamic efficiency.⁹³
- 5.12 The tribunal noted in its decision on the VFF Chicken Meat Growers' authorisation that it had previously taken a broad view of what is a benefit, stating that:
- ...they have been taken to include anything which...increases...the well-being of members of society...Particular emphasis is placed on positive...consequences for the achievement of the goal of maximising economic efficiency (including dynamic efficiency leading to economic progress).⁹⁴

⁹¹ *Australian Association of Pathology Practices Incorporated* (2004), ATPR 41-985 at 48,549-550. This view was supported in *Re VFF Chicken Meat Growers' Boycott Authorisation* (2006), Acompt 9 at paragraph 67.

⁹² *Re Association of Consulting Engineers, Australia* (1981), ATPR 40-2-2 at 42,788. See also *Media Council case* (1978), ATPR 40-058 at 17,606, and *Application of Southern Cross Beverages Pty. Ltd, Cadbury Schweppes Pty Ltd and Amatil Ltd for review* (1981), ATPR 40-200 at 42,763 and 42,766.

⁹³ *Re 7-Eleven* (1994), ATPR 41-357 at 42,677. See also *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012, at 17,242.

⁹⁴ *Re VFF Chicken Meat Growers' Boycott Authorisation* (2006), Acompt 9 at para. 75.

5.13 Public detriment is also not defined in the Act. The tribunal has defined it as:

... any impairment to the community generally, any harm or damage to the aims pursued by the society including as one of its principal elements the achievement of the goal of economic efficiency...95

5.14 As such, public detriment is essentially the opposite of public benefit. For convenience, the discussion below refers to economic and non-economic public benefits. However, the same principles apply to public detriment. Public detriment is discussed further at paragraph 5.85.

Economic public benefits

5.15 Economic public benefits result from improved economic efficiency. As stated at paragraph 5.11, economic efficiency has three aspects:

- Productive efficiency relates to the production of goods and services using the most cost-effective means. For example, the achievement of economies of scale may increase productive efficiency.
- Allocative efficiency relates to the optimal level of resources being employed in a market at a given time. When allocative efficiency is achieved, because of the responses of firms to market signals, the socially optimal mix and level of output will be produced and allocated through sales and purchases to those parties who most value the relevant products. Allocative efficiency is reduced when there is market failure—for example, if producers have market power, they may reduce the quantity of production to increase the price. Similarly, agreements between competitors about price will ordinarily distort market outcomes.
- Dynamic efficiency is a less precisely defined term. It generally refers to the economically efficient use of resources over time—incorporating innovation and responses to changes in the market. Arrangements that provide incentives for efficient investment in research and development will promote dynamic efficiency.

Treatment of efficiencies as public benefits

The ACCC considers all efficiency gains constitute public benefits. In determining how much weight to place on particular efficiency gains in assessing an application for authorisation, the ACCC will take account of the following:

- Has the applicant provided sufficient evidence to support a claim that efficiency gains are of a particular size?
- Is the achievement of the efficiency gains sufficiently certain? In particular, gains expected to be achieved a number of years after the conduct starts would be given less weight to reflect the inherent and underlying uncertainty.
- Are the efficiency gains likely to be offset (partially or even fully) by efficiency losses—for example, from productive efficiency losses, flowing from a reduction in competitive pressures in the market (i.e. 'x-inefficiency')?
 - Should the efficiency gains be given less weight due to the limited breadth, scope or the nature of beneficiaries? (See discussion from paragraph 5.21 on public benefit standard.)

Non-economic public benefits

- 5.16 The proposition that a benefit is a public benefit ultimately relies on a value judgment. However the value judgment is often uncontroversial. For example, improving public safety is a public benefit, as it is uncontroversial that the community values the safety of its members. Another example would be protecting the environment.
- 5.17 Sometimes the value judgment is less obvious. For example, the:
- Homeworkers' Code of Conduct⁹⁶ authorisation was for an industry code of conduct seeking to ensure that garment sewers who work from home received the terms and conditions available under the relevant industrial award. The public benefit accepted was an improvement in the working conditions of clothing workers.
 - Abbott Australia⁹⁷ authorisation was for an industry code restricting the marketing and advertising of infant formula (based on a United Nations convention). The ACCC accepted that infant formula marketing undermined the decision of women to breastfeed. The code generated a public benefit by preventing such marketing from occurring.
 - Speedo Knitting Mills⁹⁸ authorisation was for an arrangement under which Speedo would sponsor the Amateur Swimming Union of Australia as long as it had exclusive rights to ASUA swimming competitions (e.g. swimmers would wear only Speedo swimmers, only Speedo would be advertised at the competition and so on). The ACCC accepted that the sponsorship would generate a public benefit by promoting sport.
- 5.18 The ACCC will be more likely to accept that a claimed non-economic benefit is a public benefit when the applicant's submission, interested party submissions and any other relevant evidence indicate that the community broadly supports this proposition. Limited opposition would not necessarily defeat a claim. Community views may also change over time, meaning that public benefits accepted in one authorisation might not be accepted in a later matter.
- 5.19 The ACCC recognises that some benefits presented as 'non-economic' public benefits may actually remedy market failures. For example, an authorisation application from Refrigerant Reclaim Australia⁹⁹ was for a levy on the sale of refrigeration and air-conditioning products to fund a scheme to reduce the greenhouse gases emitted from such products when they are repaired, scrapped or go into landfill. The levy covered the cost of removing and appropriately disposing of the refrigerant gases from the products before they are repaired or scrapped. This application claimed to generate environmental public benefits. However, it could also have been framed as addressing a market failure if environmental costs were not factored into the costs of producing refrigeration and air-conditioning products.
- 5.20 Similarly, industry codes requiring businesses to comply with certain standards might address a potential for market failure when consumers are unable to assess the quality of a good or service. However, applications are often framed as claiming that an industry code protects the public from, for example, dangerous products or unethical behaviour.¹⁰⁰ Either way of framing an application is acceptable.

⁹⁶ A90722–725, determination, 31 July 2000.

⁹⁷ *Abbott Australia* (1992), ATPR (Com), 50-123.

⁹⁸ *Speedo Knitting Mills* (1981), ATPR (Com), 50-016.

⁹⁹ *Refrigerant Reclaim Australia*, final determination, 7 May 2003.

¹⁰⁰ See, for example, *Australian Tyre Dealers and Retreaders Association* (1994), ATPR (Com), 50-162, under which tyre re-treaders were to adhere to certain operational practices, including a code of practice to promote public safety.

Public benefit standard

- 5.21 A longstanding issue is whether benefits—particularly cost savings from increases in productive efficiency from conduct proposed for authorisation—need to be passed through to consumers as lower prices to constitute a public benefit.
- 5.22 Some tribunal statements arguably limit the circumstances when increases in productive efficiency that do not flow through to consumers constitute public benefits.¹⁰¹ Other tribunal statements suggest a wider understanding of public benefit.¹⁰²
- 5.23 In *VFF Chicken Meat Growers* the Australian Competition Tribunal stated that:
 The Tribunal previously has adopted...a definition of ‘the public’ which would include all members of society in all their roles—for example as investors, shareholders or workers as well as consumers and also people incidentally affected by market outcomes. Moreover, it also has taken the view that, by and large, there should be no difference in the weight attached to the benefits ... irrespective of who are the beneficiaries ...¹⁰³
- 5.24 The Australian Competition Tribunal stated for the *Qantas Airways* authorisation that the question of whether a benefit is a public benefit should be directed towards:
 ... the extent to which the benefit has an impact on members of the community, that is society. Does it fall into the category of “anything of value to the community generally”?
 It follows that cost savings achieved by a firm in the course of providing goods or services to members of the public are a public benefit which can and should be taken into account ... where they result in pass through which reduces prices to final consumers, or in other benefits, for example, by way of dividends to a range of shareholders or being returned to the firm for future investment.¹⁰⁴
- 5.25 When describing its approach to public benefit analysis in *Qantas*, the tribunal noted it ‘... should not be seen as a new development in the jurisprudence of authorisation’.¹⁰⁵
- 5.26 Consistent with the tribunal’s approach, the ACCC considers that cost savings arising from increases in productive efficiency constitute public benefits, as the community at large has an interest in resource savings because these savings are released for use elsewhere in the economy.
- 5.27 The tribunal described its approach to public benefit analysis in *Qantas Airways* as ‘a form of the total welfare standard’, stating that:
 ... whilst the Tribunal does not require that efficiencies generated by a merger or set of arrangements necessarily be passed on to consumers, it may be that, in some circumstances, gains that flow through only to a limited number of members in the community will carry less weight.¹⁰⁶

¹⁰¹ See, for example, *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012, at 17,242; *Re Rural Traders Co-operative (WA) Ltd* (1979), ATPR 40-110 at 18,123; *Howard Smith Industries Pty Ltd* (1977), ATPR 40-023, at 17,334; *Re Queensland Independent Wholesalers Ltd* (1995), ATPR 41-438 at 40,928; and *Re Alliance Agreement—application by PK Wakeman* (1999), ATPR 41-675 at 42,636.

¹⁰² See *Qantas Airways Ltd* (2004), ACompT 9 at pp. 44–52; *Australian Performing Rights Association* (1999), ATPR 41-701 at 42,985; and *Re Queensland Independent Wholesalers Ltd* (1995), ATPR 41-438 at 40,965.

¹⁰³ *Re VFF Chicken Meat Growers’ Boycott Authorisation* (2006), ACompT 9 at para. 75.

¹⁰⁴ See *Qantas Airways Ltd* (2004), ACompT 9 at p. 51.

¹⁰⁵ *ibid.*

¹⁰⁶ See *Qantas Airways Ltd* (2004), ACompT 9 at p. 50.

5.28 The tribunal also stated that the relevant question was:

[W]hat weight should be given to that benefit, having regard to its nature, characterisation and the identity of the beneficiaries of it.¹⁰⁷

- 5.29 The term 'total welfare standard' has a variety of uses and meanings in economic and legal literature. To avoid any potential confusion, the ACCC proposes to refer to the approach taken by the tribunal in *Qantas Airways* as the application of a 'public benefit standard'. The ACCC will apply a public benefit standard when determining the weight to be given to productive efficiency savings in considering authorisation applications.
- 5.30 The tribunal in *Qantas Airways* referred to whether benefits 'are of value to the community generally' when determining whether benefits are public benefits. The ACCC considers the same principle applies to the weight to be given to a public benefit—that is, how much weight does society consider should be attached to a public benefit. Of particular interest will be the number and identity of the proposed beneficiaries.
- 5.31 The ACCC will assess community views on this issue by referring to the applicant's submission, interested party submissions, and any other relevant evidence.
- 5.32 The ACCC considers the application of a public benefit standard represents a natural evolution of the ACCC's approach, informed by tribunal determinations.

Assessing authorisation applications

5.33 This part examines the ACCC's approach to assessing public benefit and detriment in particular applications. It assumes that particular benefits or detriments would, if demonstrated to exist on the facts, constitute public benefits or detriments as defined in paragraph 5.11 of this chapter.

Applicants must satisfy the ACCC

5.34 It is for applicants to satisfy the ACCC that authorisation should be granted. The tribunal has stated that:

The onus is upon the applicant to satisfy the Tribunal that there is sufficiently substantial public benefit to outweigh the detriment, especially any anti-competitive detriment, and so justify authorization. Given the value placed upon the promotion and preservation of competition by the Act as a whole, it is a heavy onus.¹⁰⁸

- 5.35 Generally, the evidentiary burden on applicants to prove the existence of a public benefit increases with the level of public detriment. Consequently, the evidentiary burden on applicants wishing to engage in conduct that is less likely to affect competition would be lower than that for an applicant wishing to engage in conduct that would generate substantial detriment.
- 5.36 In practice, this means an applicant for authorisation has to provide evidence of significant public benefit when applications are considered (at least initially) likely to generate substantial public detriment. Applicants would need to:
- initially provide comprehensive and detailed submissions in support of their application
 - respond fully to all issues raised by interested parties or the ACCC during the authorisation process.

¹⁰⁷ See *Qantas Airways Ltd* (2004), ACompT 9 at p. 51.

¹⁰⁸ *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012, at 17,244.

5.37 In the context of applying the test at s. 90(8)109 of the Act, the tribunal commented that ‘something more than a negligible benefit is required before the power to grant authorisation can be exercised.’¹¹⁰

Future with and without test

5.38 A benchmark must be established against which to identify and weigh public benefit and detriment claims. As the tribunal has stated:

In weighing relevant public benefits and detriments, the Tribunal must compare the position which would or would be likely to exist in the future, on the one hand if authorisation were to be granted, and on the other hand if it were absent.¹¹¹

5.39 The ACCC determines the future without the authorisation—the counterfactual—on a case-by-case basis. The tribunal has stated that:

That does not mean that we prophesy the future. As QCMA expressed the point:

We are to be concerned with probable effects rather than with possible or speculative effects. Yet we accept the view that the probabilities with which we are concerned are commercial or economic likelihoods which may not be susceptible of formal proof. We are required to look into the future but we can be concerned only with the foreseeable future as it appears on the basis of evidence and argument relating to the particular application.¹¹²

5.40 Under this test, the ACCC will usually assume that the conduct for which authorisation is sought will not be engaged in without authorisation. Exceptions include when authorisation is sought for complex conduct—for example, industry codes of conduct—when it is clear that only some aspects of the conduct risk breaching the Act. Where these aspects of the conduct are severable from the rest, the rest are likely to be assumed to continue without authorisation (although ideally applicants should only seek authorisation for those aspects of their conduct that might risk breaching the Act).

Market definition

5.41 This section outlines the basic principles of market definition. The ACCC publication, *Merger guidelines*, contains a comprehensive discussion of this topic.¹¹³

5.42 It will usually be helpful to define the markets affected by conduct proposed for authorisation to specifically assess the level of public detriment from any lessening of competition.

5.43 However, depending on the circumstances, the ACCC may not need to comprehensively define the relevant markets as it may be apparent that a net public benefit would or would not arise regardless of the scope of the market.

¹⁰⁹ The test at s. 90(8) of the Act is in essence that conduct is likely to result in such a benefit to the public that it should be allowed to take place.

¹¹⁰ *Re Application by Michael Jools, President of the New South Wales Taxi Drivers Association* (2006), ACompT 5 at para. 22.

¹¹¹ *Australian Performing Rights Association* (1999), ATPR 41-701 at 42,936. See also, for example, *Australian Association of Pathology Practices Incorporated* (2004), ATPR 41-985 at 48,556; and *Re Media Council of Australia* (No. 2) (1987), ATPR 40-774 at 48,419.

¹¹² *Re Queensland Independent Wholesalers Ltd* (1995), ATPR 41-438 at 40,960-961. See also *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012 at 17,243.

¹¹³ ACCC, *Merger guidelines*, June 1999, pp. 31–42. This publication is available free online (www.accc.gov.au).

- 5.44 Section 4E of the Act provides that the term market ‘includes a market for those goods and services and other goods and services that are substitutable for, or otherwise competitive with, the first-mentioned goods or services’. Market definition identifies the sellers and buyers who effectively constrain the price and output decisions of the firms engaged in the conduct for which authorisation is sought.
- 5.45 Substitutability may be thought of by asking the question: What would be the responses on the demand side and the supply side to a relatively small percentage increase in the price of the good or service? The tribunal has stated that:
- A market is the area of close competition between firms or, putting it a little differently, the field of rivalry between them ... Within the bounds of a market there is substitution—substitution between one product and another, and between one source of supply and another, in response to changing prices ... It is the possibilities of such substitution which set the limits upon a firm’s ability to ‘give less and charge more’. Accordingly, in determining the outer boundaries of the market we ask a quite simple but fundamental question: if the firm were to ‘give less and charge more’ would there be, to put the matter colloquially, much of a reaction?¹¹⁴
- 5.46 The boundaries of the relevant market are a question of degree. The tribunal stated that:
- ... all competition or substitution does not cease at the outer boundaries of the market; the economy as a whole is a network of substitution possibilities in consumption and production; competition is a matter of degree.¹¹⁵
- 5.47 A market has four dimensions:
- product
 - geographic
 - functional
 - time.
- 5.48 The process of establishing the market boundaries starts with the product and geographic areas where the good or service is supplied. These are then extended in product, geographic and functional space to include all those sources, and potential sources, of close substitutes.
- 5.49 On the demand side the ACCC will examine which goods or services consumers consider are close substitutes and which geographic sources of supply they consider to be substitutable. If, in the event of a small but significant price rise for the applicant’s goods or services, some (but not necessarily all or even most) consumers would switch to these alternatives, these products and sources of supply will be included in the relevant market.
- 5.50 On the supply side the ACCC will consider which suppliers could, without significant investment, switch their production or distribution facilities to supply a substitute product to that supplied by the applicant, or switch from supplying another geographic area to that supplied by the applicant. If, in the event of a small but significant price rise for the applicant’s goods or services, these suppliers could find it in their economic interest to switch their supply, these suppliers will be included in the relevant market.
- 5.51 Delineation of the relevant functional market requires identification of the vertical stages of production and/or distribution which comprise the relevant arena of competition.

¹¹⁴ *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012 at 17,247.

¹¹⁵ *Re Tooth & Co Ltd* (1979), ATPR 40-113 at 18,196–197.

5.52 The time dimension of the market refers to the period over which substitution possibilities should be considered. The tribunal has stated that:

It is plain that the longer the period allowed for likely customer and supplier adjustments to economic incentives, the wider the market delineated. In our judgement, given the policy objectives of the legislation, it serves no useful purpose to focus attention upon a short-run transitory situation. We consider we should be basically concerned with substitution possibilities in the longer run.¹¹⁶

5.53 To define the relevant markets for analysis of an authorisation application, the ACCC will consider substitution possibilities over the longer term (but still in the foreseeable future) that will effectively constrain the exercise of significant market power by the applicant. This means that the notion of 'longer term' is likely to be applied in terms of the timeframe for implementation of capital investment/expansion decisions, rather than the common economic meaning of 'longer term', which is linked to the productive economic life of capital plant.

5.54 The functional dimension of the market refers to the stage of the production process relevant to the goods and services under analysis. For example, a product may be sold to final consumers at a retail functional stage or it may be sold from one manufacturer to another at a wholesale functional stage of production. Market definition considers both the substitution possibilities at the relevant functional stage as well as broader alternative goods and services that are produced across a range of functional stages. On the latter, for example, a vertically integrated producer may constrain the behaviour of a firm at the wholesale level (even though the integrated producer may make no wholesale sales) if final consumers can substitute between the relevant products at the retail level.

Measuring public benefit and detriment

5.55 It can be difficult to put a precise numerical value on benefits and detriments. Generally, the ACCC qualitatively assesses authorisation applications. In the Queensland Co-operative Milling Association (QCMA) case, the tribunal stated that:

The benefit ... need not, it is plain, be necessarily capable of quantitative assessment; but it should be sufficiently definable—have sufficient substance—as to permit some factual judgment of its relative importance.¹¹⁷

5.56 In practice, a qualitative assessment involves making a judgment about the existence and size of the public benefit and detriment based on a set of indicators derived from:

- The facts of the application.
- If relevant, the application of economic principles. This may involve developing an economic model to systematically identify the various effects of an arrangement on the relevant market(s), and possibly which effects are likely to be more significant than others. However, the ACCC will not usually quantify effects. Quantification is discussed further in paragraph 5.60.

5.57 For example, in *Re AGL Cooper Basin Natural Gas Supply Arrangements*¹¹⁸, the tribunal, without quantifying either factor, concluded that the public detriment was 'significant' but was outweighed by the 'substantial' public benefit.¹¹⁹

¹¹⁶ *Re Tooth & Co Ltd* (1979), ATPR 40-113 at 18196.

¹¹⁷ *Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012, at 17,243.

¹¹⁸ *Re AGL Cooper Basin Natural Gas Supply Arrangements* (1997), ATPR 41-593.

¹¹⁹ *ibid.*, at 44,220.

Meaning of 'likely to result'

5.58 The tests the ACCC must apply to determine whether to grant authorisation require that for particular benefits or detriments to be relevant, the conduct in question must 'result, or be likely to result, in' them.

5.59 The Australian Competition Tribunal has provided some guidance on how the phrase 'likely to result' should be interpreted:

Thus, for a benefit or detriment to be taken into account, we must be satisfied that there is a real chance, and not a mere possibility, of the benefit or detriment eventuating. It is not enough that the benefit or detriment is speculative or a theoretical possibility. There must be a commercial likelihood that the applicants will, following the implementation of the relevant agreements, act in a manner that delivers or brings about the public benefit or the lessening of competition giving rise to the public detriment. We must be satisfied that the benefit or detriment is such that it will, in a tangible and commercially practical way, be a consequence of the relevant agreements if carried into effect and must be sufficiently capable of exposition (but not necessarily quantitatively so) rather than "ephemeral or illusory", to use the words of the Tribunal in *Re Rural Traders Co-operative (WA) Ltd* (supra) at 263.120

Quantification

5.60 Quantification requires determining monetary estimates of the size of individual public benefits and detriments. To obtain an estimate, an economic model able to analyse appropriate data will often need to be developed.

5.61 The tribunal stated:

The Act does not require an applicant for authorisation to quantify, in precise terms, the benefits claimed to arise if authorisation is granted. However, there must be a factual basis for concluding that the public benefits are likely to result.¹²¹

5.62 The ACCC encourages quantification by applicants when possible, but recognises that it will often not be possible to calculate accurate monetary estimates for public benefits and detriments. Quantification typically needs models to be developed as well as a series of potentially contentious assumptions. Quantification will generally only provide guidance on the relative weight to be attributed to those factors capable of quantification in the overall assessment.¹²²

5.63 For example, in *Port Waratah Coal Services* the ACCC considered a system for rationing coal exports through the Port of Newcastle to substantially reduce a queue of coal ships off the Port of Newcastle. Coalmines were paying fees, known as demurrage, to shipowners for each day that ships spent in the queue. The applicant provided a model for calculating the amount of demurrage expected to be paid by coalmines. This model predicted that total demurrage savings would increase as the expected length of the ship queue increased. The ACCC accepted the model, but did not fully accept the applicant's forecast of the likely length of the ship queue (if the rationing system did not proceed). The ACCC concluded a likely cost savings of between US\$80 million and US\$140 million in 2004. This range reflected the ACCC's estimate of the lowest and highest likely queue size.¹²³

¹²⁰ *Qantas Airways Ltd* (2004), ACompT 9 at p. 42.

¹²¹ *Qantas Airways Ltd* (2004), ACompT 9 at p. 55.

¹²² See A Fels and T Grimwade, 'Authorisation: is it still relevant to Australian competition law?' (2003), vol. 11, no. 2, *Trade Practices Law Journal*, pp. 187–214.

¹²³ *Port Waratah Coal Services*, final determination (A90906–8), 9 July 2004.

5.64 In contrast, in *Qantas Airways (2004)*, the tribunal was concerned about the quantification of the claimed benefits:

... the applicants attempted to quantify with some precision a number of claimed benefits. As a general note, we observe that if parties wish to rely upon quantifiable monetary benefits it is desirable, indeed necessary, that the calculation of such monetary benefits be justified and explained. We expect the basic assumptions underlying the quantification to be spelled out, along with the reasoning process by which the final figures are derived. In a number of respects, such exercises were not carried out in support of the figures that were put before us in the present proceeding ...

Accordingly, we place little weight on the precise quantification of benefits presented by the applicants.¹²⁴

5.65 Moving along the spectrum, monetary estimates become progressively less credible as economic models become more speculative and data more difficult to obtain.

5.66 In particular, public benefits arising from addressing market failures can only be credibly quantified in exceptional circumstances. Consequently, the weight given to public benefit claims of this nature will usually need to be qualitatively assessed. The nature of this assessment will often be the same as that for assessing non-economic public benefit claims (see paragraph 5.67), given that these claims can often be reframed as benefits from addressing market failures.

Assessing non-economic public benefits and detriments

5.67 In practice, non-economic public benefit claims typically rely on the validity of a series of propositions. For example, the *Refrigerant Reclaim Australia*¹²⁵ authorisation was for a levy on refrigeration and air-conditioning products to fund a scheme for reducing the greenhouse gases emitted from such products when products are repaired or scrapped. The ACCC accepted that the levy would generate an environmental public benefit on the following broad propositions:

- global warming exists and is an environmental problem
- reducing greenhouse gas emissions would slow global warming
- the levy would be used to reduce greenhouse gas emissions.

5.68 When considering a non-economic public benefit claim, the ACCC will identify the propositions that the claim relies on, and divide them into ones:

- it can properly assess itself
- that fall outside its expertise.

5.69 For example, the first two propositions above from *Refrigerant Reclaim Australia* involve scientific theories and evidence that the ACCC does not have the technical expertise or resources to assess independently.

5.70 However, the final proposition contains aspects within the ACCC's expertise. For example, while this concern did not actually arise in the matter, had it arisen, the ACCC would have been able to assess a concern about whether the scheme contained appropriate safeguards to ensure that the levy funds were used as intended. The ACCC also relied on its own expertise in concluding that the small increase in the price of refrigeration and air-conditioning products caused by the scheme would have a negligible effect on consumers.

¹²⁴ *Qantas Airways Ltd (2004)*, ACompT 9 at p. 57.

¹²⁵ *Refrigerant Reclaim Australia*, final determination, 7 May 2003.

- 5.71 When the ACCC needs to rely on the views of others about a proposition, it will be guided by consultation with interested parties. In particular, broad (but not necessarily universal) community support for a proposition will significantly increase the likelihood that the ACCC will accept it.
- 5.72 When conduct appears likely to generate minimal public detriment, the level of assurance required by the ACCC about the support for a proposition underpinning a public benefit claim would be correspondingly lower.
- 5.73 Propositions which the ACCC can evaluate itself will be assessed qualitatively.
- 5.74 The ACCC would need to be satisfied that all propositions underpinning a non-economic public benefit claim hold true before accepting that claim.
- 5.75 Once it is accepted that conduct generates a non-economic public benefit, that benefit needs to be evaluated. Generally, the ACCC will not attempt to determine the absolute size of the non-economic public benefit. Rather, it will reach a conclusion on whether it outweighs the public detriment. This approach is possible because, in the ACCC's experience, authorisation applications that make a non-economic public benefit claim usually rely primarily on this claim—see, for example, the applications outlined at paragraph 5.17.
- 5.76 The ACCC will be more likely to conclude that a non-economic public benefit outweighs the public detriment when there is broad community support for granting authorisation. Limited community opposition would not necessarily mean that an application would be denied, particularly when the conduct generates minimal public detriment. However, the ACCC is less likely to grant an application relying on a non-economic public benefit to which there is significant community opposition (even if there is limited community support).
- 5.77 Whether there is broad support would be assessed by reference to the applicant's submission, interested party submissions and any other relevant evidence available to the ACCC.
- 5.78 The ACCC emphasises that it takes account of broad community support for granting authorisation for a specific purpose, this being to measure a non-economic public benefit that it has found flows from the conduct in question. Applications that are broadly supported may still not be granted if a proposition on which a public benefit claim relies is invalid (this is possible particularly when the ACCC is able to assess a proposition itself). Further, broad community support for granting an authorisation application would not guarantee this outcome because, for example, the ACCC might conclude that the applicant and interested parties had underestimated the public detriment.

Compliance with statutory requirements

- 5.79 The ACCC has considered several applications claiming that the arrangements, for which authorisation is sought, will facilitate compliance with legislative or regulatory requirements and that this constitutes a public benefit.
- 5.80 It can be argued that legislative requirements should be complied with without authorisation and that the benefit of compliance should therefore not be attributed to the arrangements for which authorisation is sought. However, when a clear link can be made between the arrangements and increased compliance, there may be a case.
- 5.81 In an application lodged by CSR Ltd¹²⁶ the applicant submitted that the concrete cartage allocation arrangement improved public safety because it eliminated the carriers' perception that they were required to speed to obtain their share of available work.

¹²⁶ CSR Limited (2003), A90769.

5.82 It was the ACCC's view that adherence to statutory obligations, such as speed limits and laws relating to safety in the workplace, was in the public interest. However, the ACCC considered that adherence to the law would not necessarily be determined by the cartage allocation arrangements, but rather by the professionalism of individual carriers. As such, the ACCC did not accept that improved compliance with legislative requirements was a public benefit that was likely to result from the cartage allocation system.

5.83 In contrast, when considering the Homeworkers Code of Practice¹²⁷, the ACCC accepted as public benefits that the code:

- lessened the risk of exploitation of a susceptible group
- improved the flow of information to homeworkers
- facilitated compliance with federal and state awards and other legislative and statutory requirements.

5.84 This assessment was based on evidence that the arrangements would lessen the likelihood of unlawful conduct—namely, the exploitation of homeworkers.

Public detriment from a lessening of competition

5.85 To properly assess the effect of a lessening of competition, it is important to understand the concept of competition and the benefits it brings:

Competition may be valued for many reasons as serving economic, social and political goals. But in identifying the existence of competition in particular industries or markets, we must focus upon its economic role as a device for controlling the disposition of society's resources. Thus we think of competition as a mechanism for discovery of market information and for enforcement of business decisions in the light of this information. It is a mechanism, first, for firms discovering the kinds of goods and services the community wants and the manner in which these may be supplied in the cheapest possible way. Prices and profits are the signals which register the play of these forces of demand and supply. At the same time, competition is a mechanism of enforcement: firms disregard these signals at their peril, being fully aware that there are other firms, either currently in existence or as yet unborn, which would be only too willing to encroach upon their market share and ultimately supplant them.

Competition expresses itself as rivalrous market behaviour. ... In our view effective competition requires both that prices should be flexible, reflecting the forces of demand and supply, and that there should be independent rivalry in all dimensions of the price-product-service packages offered to consumers and customers.

Competition is a process rather than a situation. Nevertheless, whether firms compete is very much a matter of the structure of the markets in which they operate.¹²⁸

5.86 Detriment from a lessening of competition may arise in many forms, including:

- increased prices to final consumers associated with fewer sales, reductions in quality or terms of sale (allocative inefficiency)
- increased costs of production due to inefficient practices being protected (productive inefficiency)
- reduced innovation and improvement over time by lowering incentives to innovate and slowing the uptake of new technologies (dynamic inefficiency).

¹²⁷ *Homeworkers Code of Practice Committee Inc.* (2005), A90975–8.

¹²⁸ *Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd* (1976), ATPR 40-012, at 17245–246.

- 5.87 It can be important to keep in mind that the focus here is on detriments from less competition, not detriment for individual competitors through, for example, loss of sales or profits.
- 5.88 The magnitude of public detriment from particular conduct may largely depend on the circumstances of the market within which the conduct takes place. The following factors may be relevant when making an assessment:
- the number of competitors in the market and the level of concentration
 - the extent to which substitutes are available, including the level of import competition
 - the height of market entry barriers
 - the degree of countervailing power in the market
 - the degree of vertical integration.
- 5.89 A detailed discussion of these factors can be found in the ACCC's *Merger guidelines*.

Role of the ACCC

- 5.90 When assessing an application for authorisation, the ACCC considers the arrangements put before it. The ACCC must consider the benefits and detriments flowing from all the essential aspects of a set of arrangements. In these circumstances it cannot grant authorisation to those parts that deliver benefits but deny authorisation to other parts that cause detriments.
- 5.91 However, the tribunal has stated that in some circumstances it is appropriate to consider the benefits and detriments of individual elements of arrangements:
- Only if a particular feature is not essential would it then be appropriate to consider whether that feature, standing alone, has a net public benefit.¹²⁹
- 5.92 Further, the tribunal has determined that even where a particular component of a set of arrangements which causes an anti-competitive detriment is not severable, if it can be modified in a way to reduce the detriment without 'impairing essential components of the arrangements', this should be done.¹³⁰
- 5.93 In 1999 the tribunal considered an application for review of an authorisation determination granted to the Australasian Performing Right Association, a voluntary collecting society. The members of APRA are either original music composers or lyricists or their heirs or assignees. Under APRA's framework of collective administration, writers and music publishers grant an exclusive assignment of copyright in the performing right of all their musical works to APRA. APRA licences the use of the musical works on conditions and against fees which it determines, subject only to constraints that might be imposed by the Copyright Tribunal. APRA monitors the public performance use of the works, collects licence fees and distributes them among its members.
- 5.94 The Australian Competition Tribunal concluded that the public benefits arising from APRA's collective administration of performing rights exceeded the anti-competitive detriments flowing from its operations. Nevertheless, the tribunal held that the input arrangements of APRA, which require an exclusive assignment of performing rights, should be modified to remove or lessen the potential for detriment without creating an undue risk to the essential elements of APRA's role as a collecting society.

¹²⁹ *Re Applications by Australasian Performing Right Association* (1999), ACompT 3 (16 June 1999) at p. 310.
¹³⁰ *ibid.*, p. 311.

5.95 The tribunal required APRA to develop rules for a non-exclusive opt-out system on a work-by-work basis and an alternative dispute resolution procedure.¹³¹

Imposing conditions

5.96 The Act permits the ACCC to grant authorisation subject to conditions.¹³² Generally, the ACCC will only impose conditions to ensure that the authorisation test is met or continues to be met over the period of the authorisation.

5.97 Consistent with this principle, the ACCC may impose conditions when there is uncertainty about whether a net public benefit exists—for example, when the public benefit and public detriment appear to be of similar size. As noted at 5.37, something more than a negligible net benefit may be required before the ACCC can grant authorisation.

5.98 In these cases, given the onus on the applicant, the ACCC will generally not be satisfied that the public benefit generated by the application outweighs the anti-competitive detriment. However, it may consider whether it is possible to grant authorisation subject to conditions aimed at reducing, as far as possible, any uncertainty about whether the public benefit exceeds the anti-competitive detriment.

5.99 For example, in **Royal Australasian College of Surgeons**, the ACCC concluded that the college's training and assessment processes were likely to generate significant public benefits, particularly in maintaining high surgical standards but also because the college provides certain services on a pro bono basis. However, the ACCC was also concerned that the college's training and assessment processes potentially generated significant public detriment, arising from their potential to inappropriately restrict entry into the surgical profession. The ACCC granted authorisation subject to a range of conditions aimed at increasing external involvement in, and the transparency of, the college's processes.¹³³

5.100 The tribunal has stated that even when a set of arrangements gives rise to a net public benefit, authorisation can be granted on condition that changes are made to the arrangements to lessen the potential for detriment of parts of the arrangements, so long as those changes do not negatively affect their essential components.

... if aspects of APRA's collective administration which are identified as anti-competitive can be modified so as to remove or lessen the potential for detriment without impairing essential components of APRA's operations, then authorisation should be granted on terms that bring about those modifications.¹³⁴

5.101 The ACCC may initiate the process for revoking an authorisation if a condition is not complied with (see paragraph 7.29). In some cases, failure to comply with a condition of authorisation may also mean that the conduct being engaged in falls outside the terms of the authorisation and therefore is not covered by the immunity provided by the authorisation.

5.102 The ACCC recognises that, in some circumstances, there is a risk that conditions may have unforeseen consequences. In these circumstances, it may be preferable to avoid imposing conditions by encouraging applicants to amend their applications to address any concerns before a final determination is issued.

¹³¹ *Re Applications by Australasian Performing Right Association* (1999), ACompT 3, 16 June 1999.

¹³² Section 91(3).

¹³³ *Royal Australasian College of Surgeons*, final determination (A90765), 30 June 2003.

¹³⁴ *Re Applications by Australasian Performing Right Association* (1999), ACompT 3 (16 June 1999) at p. 311.

5.103 Preferably draft determinations would indicate where applicants should consider amending their applications. However, new concerns can arise after a draft determination has been issued. If applicants are unable to dispel these concerns, and the ACCC considers that the concerns are of sufficient weight to justify denying authorisation, it may inform applicants that they should consider amending their applications to address the concerns.

Length of authorisation

5.104 The ACCC may grant authorisation for a limited period of time¹³⁵ and, in practice, will only grant perpetual authorisations in exceptional circumstances. This allows the ACCC to review the authorisation after an appropriate period.

5.105 For example, in *Australasian Performing Rights Association*, authorisation was sought for several aspects of APRA's system for ensuring that its members (music composers and lyricists) received fees from businesses using their music. The tribunal considered that:

... it would be appropriate to grant an authorisation until 30 June 2004 [a five-year period]. We do not think the authorisation should be for longer as technological and other changes are constantly having an effect on aspects of the relevant market.¹³⁶

5.106 The ACCC considers the duration of authorisation on a case-by-case basis. In recent years the ACCC has granted authorisation for arrangements for limited periods, typically for no more than five years. The ACCC might grant authorisation for longer periods when, for example, conduct requires investments that would only be likely if the conduct is authorised for a longer period.

5.107 The ACCC might grant authorisation for shorter periods if, for example, market conditions, regulation or other factors are likely to change in a way that affects whether the conduct would continue to generate a net public benefit. Or market conditions may be too uncertain for the ACCC to conclude that conduct would be likely to continue to generate a net public benefit.

5.108 The ACCC will not generally grant authorisation for longer than the period sought by applicants. Applicants can reapply for authorisation or can seek to extend the period by lodging an application for revocation and substitution.

Acting outside the terms of authorisation

5.109 If an applicant engages in anti-competitive conduct that is outside the terms of the authorisation granted by the ACCC, that conduct is not covered by the immunity conferred by the authorisation. In these circumstances the ACCC's authorisation is still valid; however, the business risks legal action from the ACCC or any third party to the extent that such conduct might constitute a breach of the Act.

5.110 In some cases, the authorisation may set out the manner in which the parties are authorised to act—for example, a process for collective bargaining. In these cases, actions not in accordance with the authorised process may not be protected.

¹³⁵ Section 91(1).

¹³⁶ *Australian Performing Rights Association (1999)*, ATPR 41-701 at 42,997.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวผกาวีร์ ผาติเวชย์ สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในปี พ.ศ.2553 และได้เข้าศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปีเดียวกัน ปัจจุบันทำงานเป็นเจ้าหน้าที่บริหาร ฝ่ายพัฒนากฎเกณฑ์ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์