

บทที่ 3

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของต่างประเทศ

กฎหมายต่างประเทศที่นำมาใช้ศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทย ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ญี่ปุ่น และออสเตรเลีย ตามลำดับดังนี้

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีการนำเอากฎหมายป้องกันการผูกขาดมาบังคับใช้ เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจในขณะนั้นมีการรวมหัวกัน (Combination) ของผู้ประกอบการในรูปแบบต่าง ๆ เช่น Pool และ Trust

Pool หมายถึง การตกลงร่วมกันในระหว่างบุคคลหรือบริษัทที่อยู่ในวิสาหกิจเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะยุติการแข่งขันระหว่างกัน หรือสร้างการผูกขาด หรือเพื่อควบคุมราคาสินค้าหรือบริการ

Trust หมายถึง รูปแบบขององค์กรทางธุรกิจที่เกิดจากการที่บรรดาผู้ประกอบการในวิสาหกิจเดียวกัน ทำความตกลงร่วมกันให้มีศูนย์กลางในการใช้อำนาจบริหาร และการจัดการธุรกิจร่วมกัน โดยมอบอำนาจให้แก่บุคคลคนเดียว (trustee) หรือคณะบุคคล (board of trustee) ทำหน้าที่บริหารและจัดการวิสาหกิจเหล่านี้ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งวิธีการมอบอำนาจให้แก่ trustee หรือ board of trustee นี้ จะกระทำได้

โดยการที่บริษัทที่เป็นพันธมิตรกันเหล่านี้โอนหุ้นทั้งหมดของตนให้แก่ trustee หรือ board of trustee เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และกิจการของ Trust ก็จะถูกดำเนินไปโดยอิสระจากผู้ถือหุ้นเดิม ส่วนผู้ถือหุ้นเดิมก็จะได้รับเอกสารรับรองชนิดหนึ่งเรียกว่า "Trust Certificate" เป็นการตอบแทน และจะมีส่วนในรายได้จากการบริหารงานของ trustee/board of trustee ของทุกบริษัทที่มารวมตัวกันใน Trust นั้น ๆ

Trust แห่งแรกของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1880 ในอุตสาหกรรมน้ำมัน ได้แก่ Standard Oil Company Trust จากนั้นมาในทศวรรษเดียวกันนี้ ก็ได้มีการเกิดขึ้นของทรัสต์อื่น ๆ อีกมากมาย¹ ความแพร่หลายของระบบทรัสต์นำมาซึ่งความไม่พึงพอใจของประชาชน เนื่องจากมีการเอาเปรียบผู้บริโภคในด้านราคาของสินค้าและบริการ และการใช้วิธีการอันสกปรกของทรัสต์ในการดำเนินธุรกิจเพื่อขจัดคู่แข่งชั้นทางการค้าของตน²

กระแสต่อต้านการค้าในรูปแบบ Pool และ Trust เริ่มชัดเจนขึ้นจากการก่อตั้งกลุ่ม Grangers ซึ่งเป็นกลุ่มเกษตรกร หลังจากนั้นในช่วงกลางปี ค.ศ. 1880 พรรคการเมืองต่าง ๆ ก็เริ่มเข้ามามีส่วนร่วมในการนี้ด้วย ได้แก่ พรรค Greenback and Anti-Monopoly, พรรค Union Labour, พรรค Democratic, พรรค Prohibition, พรรค United Labour หรือแม้แต่พรรค Republican ซึ่งเป็นพรรคที่มีนายทุนให้การสนับสนุน ก็ยังต้องประกาศนโยบายต่อต้าน Trust และการผูกขาดอันเป็นการชี้ให้เห็นได้ชัดเจนว่าประชาชนชาวสหรัฐมีความจงเกลียดจงชังระบบ Trust และการผูกขาดเพียงใด³ ดังนั้นกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจึงมีชื่อว่า Antitrust Law

¹ Richard M. Calkins, Antitrust Guidelines for the Business Executive (Illinois : Dow Jones-Irwin, Inc., 1981), pp.14-16.

² Ibid., p.12.

³ Ibid., p.16-18.

3.1.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันของประเทศสหรัฐอเมริกา-
อเมริกาที่สำคัญ ๆ มี 3 ฉบับด้วยกัน คือ

1. The Sherman Act of 1890
2. The Clayton Act of 1914
3. The Federal Trade Commission Act of 1914

ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

The Sherman Act of 1890

สาระสำคัญของกฎหมาย The Sherman Act of 1890 ที่เกี่ยวข้องกับ
โดยตรงกับการรวมตัวกันหรือการผูกขาดมีอยู่ด้วยกัน 2 มาตรา คือ มาตรา 1 และมาตรา 2

มาตรา 1 "สัญญาหรือการรวมตัวใด ๆ ที่กระทำในรูปแบบของทรัสต์หรือ
รูปแบบอื่นใดในลักษณะเดียวกัน หรือการสมคบกันในการจำกัดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่าง
รัฐต่าง ๆ หรือระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย" *

* Sec.1 Every contract combination in the form of trust or otherwise or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony and on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court.

มาตรา 2 "บุคคลใดที่กระทำการผูกขาดหรือพยายามที่จะกระทำการผูกขาดหรือรวมตัวกัน หรือสมคบกันกับบุคคลอื่นใดหรือหลายคนเพื่อกระทำการผูกขาดในส่วนหนึ่งส่วนใดของการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างประเทศถือว่ามีคามผิดร้ายแรง"

บทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติทั้ง 2 มาตราข้างต้นนี้ คือ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นนิติบุคคล หรือปรับไม่เกิน 100,000 เหรียญดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นบุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ๆ เป็นการทั่วไป ไม่ได้ระบุพฤติกรรมใดหรือการกระทำใดโดยเฉพาะเจาะจงที่จะถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากต้องการให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและทันสมัย สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมรูปแบบใหม่ ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดทางการค้าหรือผูกขาดได้ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขบ่อย ๆ นั้นเอง

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1890 เป็นต้นมา The Sherman Act กลับมิได้ถูกนำไปใช้โดยสมบูรณ์เสมือนดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากมีช่องว่างตามกฎหมาย (loophole) ที่ไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะ

* Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony and on conviction there of, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

อย่างยิ่งการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของ Holding Company อันเป็นรูปแบบที่บริษัทหนึ่ง เข้าไปถือหุ้น ในอีกบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัท เพื่อให้สามารถมีอำนาจควบคุมการบริหารงานของบริษัทอื่น ๆ ที่อยู่ในอุตสาหกรรมนั้น ๆ ได้

ด้วยเหตุนี้เอง จึงได้มีการเรียกร้องให้มีการออกกฎหมายที่มีความชัดเจน กล่าวคือ ให้มีการระบุเฉพาะเจาะจงไปเลยว่ามีกรณีใดบ้างที่ห้ามมิให้กระทำ หรือถือว่าเป็น การผิดกฎหมาย รวมทั้งให้มีการจัดตั้งองค์กรที่สามารถให้คำแนะนำ หรือกำหนดแนวทางได้ว่า การกระทำอย่างไรจึงจะไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1914 รัฐบาลกลางจึงได้ออก กฎหมายจำนวน 2 ฉบับ คือ The Clayton Act และ The Federal Trade Commission Act เพื่อสนองตอบข้อเรียกร้องที่กล่าวมาข้างต้น

The Clayton Act of 1914

สาระสำคัญของบทบัญญัติใน The Clayton Act of 1914 ที่เกี่ยวข้องกับ การป้องกันการผูกขาด สรุปได้ดังนี้

1. การกำหนดราคาโดยการเลือกปฏิบัติ (Price Discrimination)

ในมาตรา 2 บัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการกำหนดราคาโดยเลือก ปฏิบัติระหว่างผู้ซื้อต่างรายกัน ถ้าผลของการกระทำนั้นทำให้การแข่งขันลดลงหรือเป็นการ เสริมสร้างอำนาจการผูกขาดในระดับใด ๆ ของการค้าและการพาณิชย์ *

* Sec 2 (a) "That is shall be unlawful for any person engaged in commerce, ...either directly or indirectly to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, ...and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, ..."

2. การกำหนดข้อตกลง ข้อผูกมัด หรือเงื่อนไขห้ามมิให้ลูกค้าของตนทำ
การซื้อขายหรือจำหน่ายสินค้าของผู้แข่งขัน (Exclusive Dealing หรือ Tying Contract)

มาตรา 3 ของ The Clayton Act of 1914 บัญญัติว่า "การกระทำต่อไปนี้ถือว่าเป็นการผิดกฎหมาย คือ บุคคลใดทำธุรกิจเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างรัฐในการให้เช่า หรือขายสินค้า เครื่องจักร หรือผลผลิต โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าหรือผู้ซื้อจะไม่ทำการติดต่อ เช่า หรือซื้อเกี่ยวกับสินค้า เครื่องจักรกล ผลผลิต ดังกล่าวกับผู้แข่งขันรายอื่น ๆ ของผู้ให้เช่าหรือผู้ขาย ซึ่งผลของการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำให้การแข่งขันลดน้อยลงหรือมุ่งหมายที่จะทำให้เกิดการผูกขาด" **

** Sec.3 That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities, whether patented or unpatented for use, consumption or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefor, or discount from or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale or contract for sale or such condition, agreement or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.

การวินิจฉัยว่า การกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้หรือไม่นั้น ศาลสูงได้วางแนวคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานในคดี Fashion Originators' Guild of America, Inc. v. Federal Trade Commission * คดีนี้บริษัท Fashion Originator's เป็นบริษัทที่ออกแบบและผลิตเสื้อผ้าสตรีและสิ่งทอที่ใช้ในการผลิตเสื้อผ้าเหล่านั้น และแบบเสื้อที่บริษัทเป็นต้นแบบนี้ มักจะถูกผู้ผลิตรายอื่น ๆ เลียนแบบและจำหน่ายในราคาต่ำกว่า ซึ่งบริษัทฯ เห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีจริยธรรมและศีลธรรม และถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบของสินค้า (Style piracy) บริษัทฯ จึงกระทำการคว่ำบาตร (Boycott) ผู้ละเมิด โดยจัดตั้งสมาคมและทำข้อตกลงในระหว่างสมาชิก ปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้แก่ผู้ค้าปลีก (retailer) ที่จำหน่ายสินค้าเครื่องนุ่งห่มจากบรรดาผู้ทำละเมิดเหล่านั้น การตกลงนี้มีผู้ค้าปลีกจากทั่วประเทศทั้งสิ้นประมาณ 12,000 ราย รวมลงชื่อในข้อตกลงนี้ และมีผู้ค้าปลีกจำนวนมากที่จำต้องลงนามในข้อตกลง เนื่องจากถูกบีบบังคับจากสมาชิกด้วยกันว่าจะไม่ขายสินค้าให้หากไม่ให้ความร่วมมือ

สมาชิกของสมาคมให้เหตุผลว่า การคว่ำบาตร (boycott) เป็นเรื่องที่เหมาะสม (Reasonable) เพื่อจะป้องกันบรรดาผู้ผลิตผู้ใช้แรงงาน ผู้ขายปลีก และลูกค้าจากการกระทำที่เลวร้ายซึ่งเกิดจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปแบบของสินค้า

ศาลสูงปฏิเสธที่จะพิจารณาพยานหลักฐานในเรื่องของความเหมาะสมผล (Reasonable) โดยให้เหตุผลว่าความประสงค์และวัตถุประสงค์ของการรวมตัวกัน คือ การทำลายคู่แข่ง ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1 ของ The Sherman Act of 1890 อยู่ในตัวของมันเอง (per se) ⁴ นอกจากนี้ ศาลยังได้วางบรรทัดฐานว่า "ข้อตกลง

* 312 U.S. 457.

⁴ Richard M. Calkins, Antitrust Guidelines for the Business Executive, p.103-104.

เช่นว่านี้จะถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเฉพาะในกรณีและผู้ผลิตนั้นอยู่ในฐานะที่มีอิทธิพลครอบงำเหนือตลาด และพยายามรักษาหรือขยายฐานะของเขาให้ใหญ่ขึ้น โดยใช้การกระทำดังกล่าวเป็นเครื่องมือ⁵

และในคดี International Business Machines Corporation (IBM) V. United State * ศาลสูงได้วางบรรทัดฐานในการตีความมาตรา 3 ของ The Clayton Act of 1914 ไว้เช่นกัน

คดีนี้บริษัท IBM ได้ให้เช่าเครื่องจัดทำตารางคอมพิวเตอร์ โดยมีเงื่อนไขว่าแผ่นบัตรที่ใช้ในการตีตารางสำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์ จะต้องซื้อจาก IBM เท่านั้น โดยให้เหตุผลว่าเพื่อความสะดวกในการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ จะต้องใช้บัตรที่มีขนาดและความหนาที่ถูกต้องแม่นยำ และปราศจากข้อผิดพลาดในจุดคาร์บอน (carbon spots) อันจะนำไปสู่การรายงานผลที่ผิดพลาด ซึ่งแผ่นบัตรที่ผลิตโดย IBM นี้ได้ผ่านการทดสอบข้อผิดพลาดดังกล่าวแล้ว และเงื่อนไขในสัญญาเขายังกำหนดให้สัญญาสิ้นสุดลง ถ้าผู้เช่าใช้แผ่นบัตรที่ไม่ได้ผลิตโดย IBM ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่า ประมาณ 1 ใน 3 ของรายได้ประจำปี 1935 ของ IBM หรือประมาณ 9,710,389 เหรียญดอลลาร์สหรัฐอเมริกา ได้มาจากการขายแผ่นบัตรที่ว่านี้ ในคดีนี้ศาลได้ตีความว่า "สัญญาผูกมัด (tying contract) หมายถึงถึง สัญญาที่ผู้ซื้อหรือผู้เช่าในผลผลิตบางอย่าง ตกอยู่กับผู้ผลิตที่จะใช้ผลผลิตที่ผลิตโดยผู้ผลิตรายนั้นเท่านั้น หรือตกลงว่าจะไม่ใช้ผลผลิตของผู้ผลิตซึ่งเป็นคู่แข่งรายอื่น⁶

⁵ James I. Houghteling and George G. Pierce, The Legal Environment of Business, p.855-858.

* 298 U.S. 131 (1936).

⁶ Richard M. Clakins, Antitrust Guidelines for the Business Executive, p.115.

ในทำนองเดียวกัน การที่ผู้ขายปฏิเสธที่จะขายผลผลิตชนิดหนึ่ง (ผลผลิตผูกมัด) ให้แก่ลูกค้า นอกเสียจากว่าลูกค้าตกลงที่จะซื้อขายผลผลิตชนิดที่สอง (ผลผลิตที่ถูกผูกมัด) ก็เช่นกัน⁷ สัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวมานี้ ถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะว่าเป็นการจำกัดทางธุรกิจการค้า

3. การควบบริษัทหรือการเข้าถือสิทธิในหุ้นหรือทรัพย์สินของบริษัทคู่แข่ง ชั้น (Corporate acquisition or mergers)

มาตรา 7 ของ The Clayton Act of 1914 บัญญัติว่า "ห้ามบริษัทใดเข้าถือสิทธิในหุ้นทั้งหมด หรือแต่บางส่วนของอีกบริษัทหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งจะเป็นผลอันอาจทำให้การแข่งขันระหว่างบริษัทผู้ขายหุ้นกับบริษัทผู้เข้าถือหุ้นลดน้อยลง หรือก่อให้เกิดการจำกัด...ทางพาณิชย์ ไม่ว่าในส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งประเทศ หรือพยายามที่จะทำการผูกขาดไม่ว่าจะเป็นไปในระดับใดของการพาณิชย์"

⁷ Ibid., p.859.

* Sec.7 That no corporation engaged in commerce shall acquire directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no corporation shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

4. การรวมอำนาจบริหารในระหว่างบริษัทที่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกัน (Interlocking Directorate)

มาตรา 8 ของ The Clayton Act of 1914 บัญญัติไว้ว่า

“ห้ามบุคคลใดเข้าเป็นกรรมการร่วมในคณะกรรมการของสองบริษัทขึ้นไป ซึ่งบริษัทเหล่านั้นเป็นคู่แข่งกับบริษัทของตนในด้านอุตสาหกรรมหรือด้านภูมิศาสตร์ ไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน ซึ่งการเข้าเป็นกรรมการร่วมในบริษัทคู่แข่งชั้นนั้น เป็นผลให้ระบบการแข่งขันถูกจัดออกไป” *

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้จะบังคับใช้เฉพาะกับกรณีของบริษัทหนึ่งนั้นมีทุนเงินคงเหลือและผลกำไรที่ยังไม่แบ่งปันมากกว่าหนึ่งล้านเหรียญสหรัฐเท่านั้น

บทบัญญัติของ The Clayton Act of 1914 นี้ ไม่มีการกำหนดโทษทางอาญา คงมีแต่สิทธิเรียกร้องและการดำเนินคดีทางแพ่ง กล่าวคือ มีอำนาจที่จะชี้ขาดและห้ามปรามหน่วยธุรกิจหรือบริษัทที่ดำเนินการอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติ The Clayton Act of 1914 ด้วยการสืบสวนสอบสวนด้วยตนเอง หรือด้วยการรับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายหรือผู้มีส่วนได้เสีย แล้วทำการสอบสวนและพิจารณาข้อเท็จจริง ถ้าหาก FTC. ค้นพบว่าการละเมิดบทบัญญัติ The Clayton Act of 1914 แล้ว ก็สามารถที่จะออกคำสั่งระงับ หรือยกเลิกการกระทำที่ละเมิดนั้นได้ ซึ่งคำสั่งเช่นนี้หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งของ FTC. ดังกล่าวนี้ไปยังศาลอุทธรณ์ของสหพันธ์ เพื่อทำการวินิจฉัยตัดสินคดีเป็นครั้งสุดท้ายได้ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นที่สุด

* Sec. 8 ... No person at the same time shall be a director in any two or more corporations...if such corporations are or shall have been therefore, by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of any of provisions of any of the antitrust laws.

3.1.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการป้องกันการผูกขาดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงพอจะสรุปได้ว่า แนวทางการควบคุมการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นแนวทางการควบคุมทางด้านโครงสร้าง (structural control) กล่าวคือ การที่ไม่ต้องการให้มีการผูกขาดเกิดขึ้นในตลาดและหากพบว่าการผูกขาดเกิดแล้ว จะมีการทำลายอำนาจผูกขาดนั้นด้วย เพื่อให้ตลาดปราศจากการมีอำนาจผูกขาดของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อันจะเป็นผลให้ตลาดมีการแข่งขันอยู่ตลอดไป โดยจะไม่มีผู้ใดมีอำนาจตลอดที่สามารถควบคุมตลาดได้ การใช้แนวทางการควบคุมการผูกขาดตามแนวทางนี้ เป็นการสนองตอบต่อความต้องการของสังคมในขณะนั้นที่มีความเกลียดชังต่อธุรกิจขนาดใหญ่ที่ดำเนินธุรกิจ ในลักษณะเป็นการเอาวัดเอาเปรียบต่อธุรกิจขนาดเล็กและผู้บริโภค มาตรการทางกฎหมายที่ปรากฏซึ่ง ใช้วิธีการบัญญัติในลักษณะที่เป็นการห้ามไม่ให้มีการกระทำอันเป็นการเด็ดขาด (prohibition per se) การห้ามไม่ให้กระทำการนี้ ยังรวมถึงการพยายามกระทำการผูกขาดด้วย

ในส่วนของ การจำกัดการแข่งขันนั้น มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายสองฉบับ คือ The Sherman Act of 1890 มาตรา 1 และ The Clayton Act of 1914 มาตรการที่ปรากฏในมาตรา 1 ของ The Sherman Act of 1890 เป็นเรื่องของ การที่ต้องการควบคุมไม่ให้บรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดทำความตกลงร่วมกัน หรือกระทำการร่วมกัน หรือรวมตัวกันเพื่อยุติการแข่งขันระหว่างกัน อันเป็นการจำกัดทางการค้า โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยมิชอบ มีผลเป็นความผิดทางอาญา หลักการที่ปรากฏเป็นการห้ามไม่ให้กระทำที่มีลักษณะเป็นการเด็ดขาด (per se) และเป็นการห้ามไม่ให้มีการกระทำเป็นการทั่วไป ไม่ได้จำกัดในเรื่องใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้นบทบัญญัติมาตรานี้จึงมีความหมายที่กว้างขวาง สามารถครอบคลุมการตกลง ในเรื่องใดที่เป็นการจำกัดทางการค้า และไม่ว่าเป็นการตกลงหรือการกระทำร่วมกันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่

ในแนวเดียวกัน (horizontal restraint) หรือต่างระดับกัน (vertical restraint) เช่น การตกลงร่วมกันเกี่ยวกับราคาหรือปริมาณของสินค้า การตกลงแบ่งตลาดหรือพื้นที่การขาย การกำหนดรักษาระดับราคาขายปลีก เป็นต้น

สำหรับมาตรการที่ปรากฏใน The Clayton Act of 1914 เป็นการควบคุมพฤติกรรม เป็นการเฉพาะเรื่องที่มีรูปแบบแห่งพฤติกรรมเป็นการเฉพาะ อันได้แก่ การเลือกปฏิบัติในการกำหนดราคา (price discrimination) การกำหนดให้ติดต่อทางธุรกิจเฉพาะกับตน (exclusive dealing) การควบกิจการ (merger) และการรวมอำนาจบริหารการจัดการ (interlocking directorate) มีการกำหนดในหลักการใหม่ว่า การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการที่ไม่ชอบถ้ามีผลให้การแข่งขันลดลง

สาเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้แนวทางที่ 1 ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาด กล่าวคือ พยายามป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบการกระทำ การผูกขาดหรือสร้างอำนาจตลาด โดยการสกัดกั้นการเจริญเติบโตของธุรกิจ หรือควบคุม พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีแนวโน้มว่าจะกลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาด เนื่องจากระบบ เศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาเอื้ออำนวยต่อการใช้มาตรการทางกฎหมายในแนวนี้ คือ มีตลาดขนาดใหญ่ ทั้งด้านตลาดของสินค้าและตลาดของปัจจัยการผลิต ดังนั้น การใช้มาตรการ ตบโต้การกระทำอันเป็นการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันอย่างเข้มงวด จึงสามารถกระทำ ได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ ทั้งนี้ เพราะสภาพตลาดที่มีขนาดใหญ่ ทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกที่หลากหลายในการเลือกซื้อสินค้าและบริการ วิกฤติการณ์ขาดแคลน สินค้าหรือบริการอันเป็นผลมาจากการที่ผู้ผลิตถูกดำเนินคดีตามกฎหมายจะต้องถอนตัวออกจาก ตลาดสินค้าหรือบริการชนิดนั้น ๆ ไป จึงมีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อยมาก

3.2 ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

3.2.1 ภูมิหลังประวัติศาสตร์

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community : EEC) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1957 โดยผลของสนธิสัญญากรุงโรม (Rome Treaty of 1957)

หลักการของ EEC. คือ ตั้งใจที่จะให้ประเทศของสมาชิกมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมโดยการกระทำร่วมกัน เพื่อจัดการกิจการที่แบ่งแยกยุโรป มุ่งที่จะจัดอุปสรรคที่มีอยู่และต้องการกระทำร่วมเพื่อประกันการขยายอย่างสม่ำเสมอของการค้าที่สมดุลง่าย และการแข่งขันที่เป็นธรรม และล้มเลิกการจำกัดทางการค้าระหว่างประเทศโดยให้มั่นนโยบายพาณิชย์ร่วม และนโยบายทางเศรษฐกิจร่วมที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ นโยบายเกี่ยวกับการแข่งขัน ซึ่งจะ เป็นตัวจักรสำคัญในการที่จะทำให้กลไกของตลาดสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เศรษฐกิจของรัฐสมาชิกทั้งหลายประสานสอดคล้องกัน อีกทั้งยังเป็นหลักประกันต่อเสถียรภาพทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิกภายในโครงสร้างของเศรษฐกิจร่วมดังกล่าว มาตรา 3 (f) ของสนธิสัญญาโรมได้บัญญัติว่า จะต้องก่อตั้งระบบขึ้นมาระบบหนึ่งเพื่อทำให้มั่นใจว่าการแข่งขันในตลาดร่วมของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปจะไม่ถูกบิดเบือนไป ไม่ว่าโดยผู้ประกอบการจากทั้งภาครัฐและเอกชนก็ตาม

ดังนั้น โดยหลักการแล้วอาจกล่าวได้ว่า นโยบายการแข่งขันของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีขึ้นเพื่อ ⁸

⁸ EEC Treaty Article 3. For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein :

(f) the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted.

- ลบล้างภาษีศุลกากรและการจำกัดจำนวนสินค้าเข้าและออก หรือมาตรการอื่นใดซึ่งมีผลเช่นว่านั้น (measures having equivalent effect)
- เลิกภาวะกีดกันการเคลื่อนไหวของบุคคลการให้บริการและทุน
- ให้มีนโยบายร่วมเกี่ยวกับเกษตรกรรมและการขนส่ง
- ตั้งระบบเพื่อไม่ให้มีการจำกัดทางการแข่งขันในตลาดร่วม
- ประสานนโยบายเศรษฐกิจระหว่างรัฐสมาชิกและแก้ไขดุลการค้าที่ไม่มั่นคง
- จัดให้กฎหมายของรัฐสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกันเพื่อให้ตลาดร่วมทำงานได้อย่างดี และ
- สมทบกับประเทศอื่น ๆ เพื่อเพิ่มการค้าและส่งเสริมการเมืองทางเศรษฐกิจและสังคม

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของ EEC ได้แก่ Treaty Establishing the European Economic Community หรือ Treaty of Rome of 1957 มีผลใช้บังคับกับบริษัทเอกชนที่ประกอบธุรกิจการค้าในกลุ่มประชาคมยุโรป⁹

⁹ ปิยะพันธ์ อุดมศิลป์, "มาตรการป้องกันการผูกขาดในทางการค้าของประชาคมยุโรป," วารสารนิติศาสตร์ (ธันวาคม 2536) | หน้า 654.

สาระสำคัญของ The Treaty of Rome of 1957 ที่เกี่ยวข้องกับ การ
จำกัดการแข่งขันมีดังนี้

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 85 (1) แห่งสนธิสัญญากรุงโรม
(Treaty of Rome of 1957) ซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 85 (1) "ต่อไปนี้เป็นสิ่งที่ขัดกับหลักเกณฑ์ของตลาดร่วม
คือ การตกลงระหว่างกิจกรรม การตัดสินใจที่เกิดจากการร่วมกิจกรรม และการปฏิบัติร่วมกันที่
อาจกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก และมุ่งหมายหรือมีผลเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือน
การแข่งขันภายในตลาดร่วม ได้แก่

(ก) การตั้งราคาซื้อขาย หรือเงื่อนไขอื่นใดในการค้าขาย
(ข) การจำกัดหรือควบคุมการผลิต จำกัดการพัฒนาเทคนิคการลงทุน
และการตลาด

(ค) การแบ่งตลาดหรือบ่อเกิดของสินค้า
(ง) การใช้เงื่อนไขที่ไม่เหมือนกันสำหรับการค้าขายที่เหมือนกัน และ
ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียหายประโยชน์

(จ) การวางเงื่อนไขต่าง ๆ เพิ่มเติมในการทำสัญญาและเงื่อนไข
ต่าง ๆ นั้น โดยวิธีปฏิบัติในทางการค้าที่ไม่เกี่ยวข้องกับสัญญานั้น"

Article 85 1. The following shall be prohibited as
incompatible with the common market : all agreements between under-
takings, 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 of
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 of 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.

จากบทบัญญัติของมาตรา 85 (1) ข้างต้น สามารถแยกองค์ประกอบในการพิจารณากิจกรรมที่จะต้องห้ามตามมาตรานี้เป็น 3 ประการ คือ ¹⁰

1. มีการตกลงระหว่างกิจกรรม การตัดสินใจจากการร่วมกิจกรรม และการปฏิบัติร่วมกันหรือไม่
2. การกระทำได้กล่าว กระทบการค้าขายระหว่างรัฐสมาชิกหรือไม่
3. การกระทำได้กล่าวมีจุดประสงค์หรือมีผล (objective or effect) เป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วมหรือไม่

¹⁰ วิทิต มันทาภรณ์, นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป, วารสารนิติศาสตร์ 13 (2526) | 122-146.

มีข้อพึงสังเกตว่า สนธิสัญญากรุงโรม ปี 1957 (The Treaty of Rome of 1957) มิได้บัญญัติว่าอะไรคือ "กิจกรรม" (Undertakings) แต่เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว จะพบว่ามีความมุ่งหมายที่จะให้ตีความอย่างกว้าง ดังนั้น "กิจกรรม" จึงควรรวมถึงทั้งนิติบุคคลทั่วไปที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและรัฐวิสาหกิจด้วย นอกจากนี้ "การตกลง" (Agreement) จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อนิติบุคคลอย่างน้อย 2 ฝ่าย ที่มีความเป็นอิสระต่อกันมารวมตัวกัน จึงไม่รวมถึงกรณีการตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก (Subidiary) การตกลงด้วยวาจา (Gentleman's Agreement) ก็คือ เป็นการตกลงเช่นเดียวกัน ¹¹

สำหรับมาตรฐานในการกำหนดว่า การกระทำใดจะมีผลกระทบการค้าขายระหว่างรัฐสมาชิก ศาลยุติธรรมของประชาคมได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดี Societe Technique Miniere (1966) ว่า "จะต้องเพียงพอที่จะคาดเห็นได้อย่างแน่นอนพอสมควรถึงพื้นฐานของบรรดาปัจจัยในทางกฎหมาย และในทางข้อเท็จจริงที่เป็นนามธรรมที่จะชี้ว่า ความตกลงที่ว่านี้อาจมีอิทธิพลต่อแบบแผนของการค้า (pattern of trade) ระหว่างรัฐสมาชิกไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นได้" ¹²

ในด้าน "จุดประสงค์หรือผล (Objective or effect) ซึ่งกีดกันการแข่งขัน" นั้น จะต้องพิจารณาความมุ่งหมายที่แน่ชัดของความตกลงนั้น ๆ โดยพิจารณาจากสภาพเศรษฐกิจในขณะที่น่าความตกลงนั้นไปใช้ และการกีดกันการแข่งขันก็จะต้องเป็นผลจากความตกลงข้อหนึ่งข้อใดหรือทุกข้อ ยิ่งไปกว่านั้น ยังจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ชัดเจนว่า การแข่งขันถูกกีดกันหรือจำกัดในระดับที่เห็นได้ชัดเจน (an appreciable extent) โดยคำนึงถึง ¹³

11 เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

12 Societe Technique Minier V. Maschinenbau Ulm (1966) E.C.R. 235.

13 เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

- ลักษณะและจำนวนของผลิตภัณฑ์
- ฐานและขนาดของกิจการทุกฝ่ายที่มาตกลงกันในตลาดที่เจาะจง
- ลักษณะที่ดีเด่นของการตกลง
- ความรุนแรงของข้อสัญญาที่มุ่งหมายปกป้องสิทธิของคู่กรณีแต่ฝ่ายเดียว

ผลของความตกลงที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 85 (1) ปรากฏอยู่ในมาตรา 85 (2) ซึ่งบัญญัติว่า "การตกลงหรือการตัดสินใจที่ต้องห้ามตามมาตรานี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ" (Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.)

อย่างไรก็ตาม หากการกระทำตามมาตรา 85 (1) ดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อการค้าขายในประเทศเพียงเล็กน้อย ไม่ได้กระทบในระดับที่เห็นได้อย่างชัดเจนแล้ว ศาลยุติธรรมของประเทศอาจจะใช้หลักที่เรียกว่า "De Minimis" ซึ่งเท่ากับถือว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น นอกจากนั้น คณะกรรมาธิการ (Commission) ก็ได้ออกแถลงการณ์เพื่อช่วยเหลือกิจกรรมขนาดเล็กและขนาดกลาง กล่าวคือ Notice Concerning Agreements of Minor Importance (1977) ซึ่งมีผลทำให้การตกลงระหว่างกิจกรรมดังต่อไปนี้ ไม่ถูกรวมคลุมโดยมาตรา 58 (1) หาก

1. ผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้การตกลง เช่นว่านั้น มิได้มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 5% ของตลาดรวมของผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในส่วนสำคัญของตลาดร่วมยุโรป และ
2. ยอดเงินได้รวมประจำปี (Aggregate Annual Turnover) ของกิจกรรมที่ร่วมตกลงดังกล่าวไม่เกิน 200 ล้านหน่วยเงินตรายุโรป (ECU) ต่อปี

ทั้งนี้ เนื่องจากผลกระทบในระดับดังกล่าวนั้นมีน้อยเกินไป และเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้กิจกรรมขนาดเล็กและขนาดกลางสามารถอยู่รอดได้

และในกรณีที่กิจกรรมใดไม่แน่ใจว่าการกระทำของตนต้องห้ามตามมาตรา 85 (1) หรือไม่ก็อาจขอให้คณะกรรมการตรวจสอบและแจ้งว่าการกระทำของตนผิดหรือไม่ ซึ่งวิธีนี้เป็นการปกป้องตนของผู้ประกอบการเรียกว่า ระบบ Negative Clearance อนึ่ง แม้ว่าจะไม่มีการร้องขอให้คณะกรรมการตรวจสอบก่อนก็ตาม แต่โดยอำนาจหน้าที่แล้วก่อนที่ จะมีการตัดสินว่า การกระทำใดฝ่าฝืนมาตรา 85 (1) หรือไม่ คณะกรรมการมักจะพิจารณา ว่า กิจกรรมนั้น ๆ มิได้อยู่ได้ข้อยกเว้นตามมาตรา 85 (3) และในขณะเดียวกันกิจกรรมนั้น ก็สามารถยกบทบัญญัติในมาตรา 85 (3) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 85 (1) มาใช้ยื่นต่อ คณะกรรมการได้เช่นกัน

เงื่อนไขของมาตรา 85 (3) มีอยู่ 2 ส่วน ในการพิจารณาว่าจะยกเว้น การกระทำจากมาตรา 85 (1) กล่าวคือ การกระทำนั้น

- เป็นการปรับปรุงการผลิต หรือการจำหน่าย หรือส่งเสริมเทคโนโลยี หรือช่วยส่งเสริมกระบวนการทางเศรษฐกิจ (เช่น ลิขสิทธิ์ และการตกลงแลกเปลี่ยนความรู้)
- ให้ส่วนหนึ่งของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคด้วยความไม่เป็นธรรม โดยที่
 - (ก) ไม่วางข้อจำกัดใดที่ไม่จำเป็นเพื่อให้บรรลุในวัตถุประสงค์ของ กิจกรรม และ
 - (ข) ไม่ให้โอกาสแก่กิจกรรมนั้น สามารถกระทำการอันเป็นการ จำกัดการแข่งขันในส่วนสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องได้ *

* 85 (3) The provisions of paragraph 1 may, however, be declared in applicable in the case of :

- any agreement or category of agreements between undertaking;

การยกเว้นนั้น อาจเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ คือ ¹⁴

- การตัดสินยกเว้นให้บุคคลเป็นราย ๆ หรือ
- การบัญญัติยกเว้นเป็นกลุ่ม (Block หรือ Group Exemption)

- any decision or category of decisions by associations of undertakings;

- any concerted practice or category of concerted practices;

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

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

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

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนามของ The Treaty of Rome of 1957 ใช้แนวทางในการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาด (conduct control) มิให้ใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบ หรือก่อความเสียหายให้แก่สังคม ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ว่าด้วยขอบอำนาจของกฎหมาย ซึ่งยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับการรวมตัวกันเพื่อผูกขาด (Collective monopoly) ของธุรกิจขนาดเล็กบางประเภท ซึ่งการผูกขาดของธุรกิจเหล่านี้ไม่ส่งกระทบต่อประชาคมมากนัก ในส่วนของการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti Competitive Practice) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ใช้แนวทางห้าม (prohibition approach) เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีได้เจาะจงห้ามการตกลงในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง โดยเฉพาะ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการตกลงหรือการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการที่อยู่ในแนวเดียวกัน (horizontal restraint) หรือต่างระดับกัน (vertical restraint) ต่างก็อยู่ใต้การควบคุมของ The Treaty of Rome of 1957 ทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายประชาคมมิได้เป็นการห้ามโดยเคร่งครัด กล่าวคือ กฎหมายยังเปิดโอกาสให้มีการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันได้ในกรณีที่มีความจำเป็นและสมควร ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาวะทางเศรษฐกิจในแต่ละช่วง และในการควบคุมการควบกิจการ (Merger) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้ใช้แนวทางควบคุมโครงสร้าง (structural control) เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ตามแนวทางของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป การควบคุมโครงสร้างของการควบกิจการจะเป็นการกำกับดูแลเพื่อป้องกันมิให้มีการสร้างหรือส่งเสริมอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งตามแนวทางในการป้องกันการผูกขาด (Anti Monopoly) ทั้ง 3 แนวทางนี้ สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของประชาคมเป็นอย่างยิ่ง เพราะตลาดในประชาคมยังมีขนาดเล็ก และยังคงมีความต้องการวิธีการผลิตแบบประหยัดต่อขนาด (economic of scales) หากมีการนำมาตรการป้องกันการผูกขาดอย่างเคร่งครัดมาบังคับใช้ อาจเป็นผลร้ายต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าจะเป็นผลดี

3.3 ประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์¹⁵

ตั้งแต่สมัยเมจิ (ค.ศ. 1868) เป็นต้นมา จนกระทั่งก่อนสิ้นสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศญี่ปุ่นไม่เคยมีนโยบายทางเศรษฐกิจในแนวทางที่จะส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมให้แก่ผู้ประกอบการ (Entrepreneur) แต่อย่างไรก็ตามในสมัยนั้นผู้ที่มีบทบาทสำคัญต่อการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นกลับเป็นรัฐบาลเสียเอง กล่าวคือ ในระยะแรกของการพัฒนาประเทศตามแนวทางของชาติตะวันตก รัฐบาลได้เข้าเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเพื่อเข้าทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศในอุตสาหกรรมหลายแขนงด้วยกัน อาทิเช่น การทำเหมืองแร่ การต่อเรือ การผลิตเครื่องจักรกล การผลิตปูนซีเมนต์ การผลิต กระดาษ และการทอผ้า ต่อมาเมื่อกิจการเหล่านั้นมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น รัฐบาลจึงได้เปลี่ยนนโยบายทางเศรษฐกิจเสียใหม่ เป็นการปล่อยให้เอกชนได้เข้าดำเนินการกิจกรรมทางเศรษฐกิจเหล่านี้ด้วยตนเอง และได้ทยอยขายกิจการของรัฐทั้งหมดให้แก่เอกชน ตั้งแต่นั้นมาเอกชนก็เริ่มเข้ามามีบทบาทในการดำเนินอุตสาหกรรมของประเทศ แต่อย่างไรก็ดี การที่รัฐบาลได้เปลี่ยนแปลงนโยบายในทางเศรษฐกิจ และการอุตสาหกรรมของประเทศมิได้หมายความว่ารัฐบาลญี่ปุ่นจะยอมลดบทบาททางเศรษฐกิจของตนเอง และปล่อยให้เอกชนดำเนินการอย่างเป็นอิสระโดยไม่เข้าแทรกแซง เพื่อให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างเอกชนด้วยกันแต่อย่างไร เพราะในความเป็นจริงแล้ว รัฐบาลญี่ปุ่นเพียงแต่ลด

¹⁵ สุธีร์ ศุภนิตย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศไทย," วารสารนิติศาสตร์ 14 (กันยายน 2527) | 195-212.

บทบาทของตนเองลงมาเป็นผู้ควบคุมการประกอบธุรกิจของเอกชน ทั้งนี้ เพื่อรักษาอำนาจในทางเศรษฐกิจเอาไว้ โดยอยู่ในรูปของการกำหนดแนวทางในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนโยบายในการสร้างแสนยานุภาพทางทหาร ดังนั้น จึงไม่ใช่สิ่งที่น่าแปลกใจที่ประเทศญี่ปุ่นในยุคนั้นมีการตรากฎหมายหลายฉบับ เพื่อสนับสนุนส่งเสริมให้มีการรวมตัวกันประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปของ Cartel และสมาคมการค้าต่าง ๆ (trade association) เช่น การส่งเสริมให้บรรดาผู้ส่งออกทำ (Cartel) เพื่อให้สามารถส่งสินค้าออกไปนอกประเทศได้โดยไม่ต้องแข่งขันตัดราคากันเอง เป็นต้น จากแนวนโยบายของรัฐที่กล่าวมาข้างต้น ได้ส่งผลให้ประเทศญี่ปุ่นมี Cartel เกิดขึ้นอย่างมากมาย และ Cartel เหล่านี้ก็มีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการกำหนดราคา กำหนดโควตา จำกัดจำนวนสินค้า และแบ่งตลาดการค้าระหว่างกัน

นอกเหนือจากการที่รัฐบาลญี่ปุ่นมีบทบาทเป็นผู้กำหนดเศรษฐกิจของประเทศแล้ว เศรษฐกิจยังถูกควบคุมโดยกลุ่มทางธุรกิจ (combination) อันมีผลทำให้เกิดการกระจุกตัวทางอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก กลุ่มธุรกิจเหล่านี้เรียกว่า กลุ่ม Zaibutsu ซึ่งดำเนินการโดยตระกูลใหญ่ ๆ ไม่กี่ตระกูล เช่น Mitsui, Yosuda, Mitsubishi, Sumitomo เป็นต้น โดยจะดำเนินการในรูปแบบของ holding company อันจะประกอบไปด้วยบริษัทแม่และบริษัทในเครือ โดยที่บริษัทแม่จะเข้าไปถือหุ้นในบริษัทในเครือเหล่านั้น ซึ่งดำเนินการอยู่ในหลายแขนงของอุตสาหกรรม ไม่ว่าจะเป็นกิจการธนาคาร เหมือง ถ่านหิน ถลุงเหล็ก อุตสาหกรรมหนัก บริษัทการค้า กิจการหลักทรัพย์และกิจการอื่น ๆ ซึ่งจะรวมศูนย์การบริหารกิจการทั้งหมดอยู่ที่บริษัทแม่ Zaibutsu สามารถควบคุมและมีอิทธิพลในอุตสาหกรรมแทบจะทุกแขนงของญี่ปุ่น โดยมีความสัมพันธ์อันดีกับรัฐบาลและได้รับการสนับสนุนช่วยเหลือจากรัฐบาลตลอดเวลา ดังนั้น เมื่อมองภาพรวมทางเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สองแล้ว จะพบว่าระบบเศรษฐกิจมิได้เป็นแบบเสรี แต่กลับมีการผูกขาดโดยกลุ่มบุคคลเพียงไม่กี่กลุ่ม และกิจกรรมทางเศรษฐกิจก็ไม่ได้อาศัยหลักของการแข่งขันแต่อย่างใด

เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงด้วยความปราชัยของประเทศญี่ปุ่น ฝ่ายสัมพันธมิตรภายใต้การนำของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเข้าครอบครองญี่ปุ่นในขณะนั้น ได้พิจารณาเห็นว่า หากประเทศญี่ปุ่นยังคงมีโครงสร้างเศรษฐกิจเช่นที่เป็นอยู่ ประเทศญี่ปุ่นก็จะกลับมีความเข้มแข็งทางการทหารได้อีก โดยการสนับสนุนของพวก Zaibatsu เช่นที่เป็นมาก่อนสงคราม ดังนั้น สิ่งแรกที่ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ดำเนินการ คือ การทำลายอำนาจของกลุ่ม Zaibatsu ต่าง ๆ จึงได้มีการออกกฎหมายพิเศษขึ้นมา (The Law to Elimination Excessive Concentration of Economic Power) เพื่อแยกบริษัทต่าง ๆ ใน Zaibatsu ออกเป็นบริษัทย่อย ๆ และยุบ Holding Company ของบรรดา Zaibatsu เหล่านั้น เมื่อได้ดำเนินการทำลายกลุ่ม Zaibatsu ไปแล้ว ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ตระหนักดีว่า หากไม่ต้องการให้ Zaibatsu พ้นขึ้นมาอีกในประเทศญี่ปุ่น ก็ต้องดำเนินการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจเป็นระบบแบบเสรีนิยม (Free Enterprise System) โดยส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีในระหว่างผู้ประกอบการ (free competition) จึงได้สั่งให้รัฐบาลญี่ปุ่นร่างกฎหมายซึ่งสามารถที่จะขจัดและป้องกันการผูกขาดของเอกชน การจำกัดทางการค้า การรวมการอำนวยความสะดวก หรือควบคุมนโยบาย และการบริหารธุรกิจในระหว่างผู้ประกอบการ และจะให้หลักประกันว่าธนาคารจะแยกตัวออกจากการประกอบพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม และเกษตรกรรม ตลอดจนให้โอกาสที่ทัดเทียมกันแก่เอกชนหรือบริษัท ในการที่จะแข่งขันในการอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน และเกษตรกรรมบนพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย แม้ว่ารัฐบาลญี่ปุ่นจะไม่มีประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมายในลักษณะนี้มาก่อน แต่ก็ได้ดำเนินการตามคำสั่งนั้นด้วยดี โดยมี The General Headquarter Staff of the Allied Forces เข้าร่วมในการร่างกฎหมายครั้งนี้ด้วย ร่างกฎหมายได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1947 และเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1947

3.3.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันของประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ The Antimonopoly Act of 1947 *

3.3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน

The Antimonopoly Act of 1947 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการ¹⁶ กระทำการใน 3 กรณี ต่อไปนี้

* ชื่อของกฎหมายฉบับนี้ คือ "The Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade" แต่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในนาม "The Antimonopoly Act"

¹⁶ มาตรา 2 ของ The Antimonopoly Act นิยามความหมายของผู้ประกอบการว่าหมายถึง "บุคคลผู้ซึ่งประกอบการในทางพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่น รวมตลอดถึงบุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าพนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของบุคคลนั้น ๆ ด้วย"

Sec.2 (1) "entrepreneur" ...mean a person, who carries on a commercial, industrial, financial or any other business. Any officer, employee, agent or any other person who acts for the benefit of any entrepreneur shall be deemed to be an entrepreneur in regard to the application of the provisions...

ก. การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่สมควร (Undue Restraint of Trade)

เป็นมาตรการที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามมิให้ผู้ประกอบการคนใดกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันโดยไม่สมเหตุผล (Undue restraint of trade)"

Sec. 3 No entrepreneur shall effect private monopolization or any unreasonable restraint of trade.

นิยามศัพท์ของการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่สมควรบัญญัติไว้ใน มาตรา 2 (6) ว่าหมายถึง "กรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งรายใดได้ทำสัญญาหรือทำความตกลง หรือร่วมมืออย่างใด ๆ กับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง เพื่อวางข้อจำกัดระหว่างกัน หรือวางข้อปฏิบัติในการประกอบธุรกิจระหว่างกันในลักษณะที่เป็นการกำหนดราคา รักษาระดับราคา หรือเพิ่มราคา หรือการกระทำใดในลักษณะที่เป็นการจำกัดปริมาณ ผลผลิต เทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ อุปกรณ์ต่าง ๆ หรือทำข้อจำกัดกับลูกค้า หรือผู้ขาย ซึ่งเป็นการขัดต่อประโยชน์โดยรวม ทำให้การแข่งขันถูกจำกัดขัดแย้งในการค้าแขนงใดแขนงหนึ่ง"

Sec. 2 (6) The term "unreasonable restraint of trade" as used in this Act shall mean that any entrepreneur, by contract, agreement, or any other concerted actions, irrespective of the names, with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain, or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities, or customers or suppliers, thereby restraining, contrary to the public interest, substantially, competition in any particular field of trade.

การกระทำร่วมกัน ในที่นี้หมายถึงรวมทั้งการกระทำร่วมกันในระหว่าง ผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจอย่างเดียวกัน และมีสถานะเดียวกันในกระบวนการธุรกิจนั้น (stage of production) เช่น ในระหว่างผู้ผลิตด้วยกัน หรือระหว่างผู้จำหน่ายด้วยกัน หรือในระหว่างพ่อค้าปลีกด้วยกัน เป็นต้น ซึ่งเรียกว่าเป็นการกระทำร่วมกันในแนวนอน (horizontal restraint) และการกระทำร่วมกันในแนวตั้ง (vertical restraint) อันหมายถึงการกระทำของผู้ประกอบการในธุรกิจอย่างเดียวกันและมีสถานะต่างกัน แต่สืบทอดต่อกันในกระบวนการของธุรกิจนั้น เช่น ระหว่างผู้ผลิตวัตถุดิบกับผู้นำวัตถุดิบมาผลิต หรือระหว่างผู้จัดจำหน่ายกับผู้ผลิต หรือระหว่างพ่อค้าส่งกับพ่อค้าปลีก เป็นต้น

จากบทบัญญัติข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันมิให้ ผู้ประกอบการใช้ Cartel เป็นเครื่องมือในการดำเนินธุรกิจในการพิจารณาว่า การกระทำใด ขัดต่อบทบัญญัติของมาตรานี้ หรือไม่มีข้อพิจารณา 3 ประการด้วยกัน คือ 17

1. มีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายร่วมกันโดยบรรดา ผู้ประกอบการ
2. มีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดราคา จำกัดจำนวนการผลิต หรือ เทคโนโลยีในการผลิต
3. ผลของการตกลงกล่าว เป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และ จำกัดการแข่งขันอย่างมากในการค้าแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะ

ข. การประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practices)

บทบัญญัติมาตรา 19 กำหนดว่า "ห้ามมิให้ผู้ประกอบการประกอบธุรกิจ ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม"

และมาตรา 2 (9) ได้กำหนดลักษณะของการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมไว้ ดังนี้

- 1) การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการอื่นอย่างไม่ยุติธรรม
- 2) การกำหนดราคาอย่างไม่เหมาะสม
- 3) การชักจูงหรือบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งชั้นโดยปราศจากเหตุสมควร เพื่อให้หันมาติดต่อกับตน
- 4) ดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตนโดยกำหนดเงื่อนไข อันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม
- 5) ดำเนินธุรกิจร่วมกับผู้อื่น โดยการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าบีบบังคับอย่างไม่เป็นธรรม
- 6) เข้าแทรกแซงการดำเนินธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งดำเนินธุรกิจในประเทศคู่แข่งชั้นกับตน หรือบริษัทที่ตนถือหุ้นเป็นพนักงานหรือมีส่วนเกี่ยวข้อง หรือกิจการที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องโดยไม่เป็นธรรม หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการอื่นเป็นบริษัท กระทำการเข้าชักจูง กระตุ้น หรือเข้าถือหุ้น หรือเข้าเป็นพนักงาน เพื่อกระทำการเป็นปรปักษ์ต่อผลประโยชน์ของบริษัทที่วานี้

Sec. 2 (9) The term "unfair trade practices" as used in this Act shall mean any act coming under any one of the following paragraphs, which tends to impede the fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission as such :

(i) Unjustly discriminating against other entrepreneurs.

(ii) Dealing at unjust prices.

(iii) Unjustly inducing or coercing customers of competitor to deal with oneself.

(iv) Dealing with another party on such terms as will restrict unjustly the business activities of the said party.

(v) Dealing with another party by unjust use of one's bargaining position.

(vi) Unjustly interfering with a transaction between an entrepreneur who competes in Japan with oneself or the company of which oneself is a stockholder or an officer and another transacting party; or, in case such entrepreneur is a company, unjustly inducing, instigating, or coercing a stockholder or an officer of such company to act against the interest of such company.

การปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ที่จะถูกห้ามไม่ให้กระทำนั้น ต้องเป็นพฤติกรรมที่เข้าในหลักเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใดใน 6 ประการดังที่กล่าวมาแล้ว และ The Fair Trade Commission : FTC ได้ประกาศระบุเป็นการเฉพาะเรื่องไว้ จึงเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของ The Antimonopoly Act of 1941 วางขอบเขตแห่งพฤติกรรมอย่างกว้าง ๆ เอาไว้ และเปิดโอกาสให้คณะกรรมการ FTC. ทำหน้าที่ประกาศรูปแบบพฤติกรรมต่าง ๆ ที่ถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายให้ชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง วิธีการนี้ทำให้กฎหมายมีความทันสมัยและยืดหยุ่น และสามารถบังคับใช้กับการพัฒนารูปแบบแห่งพฤติกรรมใหม่ ๆ ได้เป็นอย่างดี

ในส่วนของบทบัญญัติเสริมนั้น มีมาตรการที่สำคัญ คือ มาตรการเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ (merger) ซึ่งมาตรา 15 ได้กำหนดห้ามมิให้มีการควบรวมกิจการ หากการควบรวมกิจการนั้นเป็นการทำให้การแข่งขันลดลงในการค้าแขนงใดแขนงหนึ่ง หรือใช้วิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

Sec. 15 (1) No company in Japan shall effect a merger in any one of the following paragraphs :

(i) Where the effect of a merger may be substantially to restrain competition in any particular field of trade.

(ii) Where unfair trade practices have been employed in the course of the merger.

จากการศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น พบว่าในการป้องกันการผูกขาด (Monopolization) ได้ใช้แนวทางควบคุมทางโครงสร้างและควบคุมพฤติกรรม (conduct control) ควบคู่กันไป เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นมีภูมิหลังทางเศรษฐกิจ (structural control) ที่แตกต่างไปจากประเทศในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ โครงสร้างระบบเศรษฐกิจของญี่ปุ่นมีลักษณะเป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural Monopoly) เนื่องจากปัจจัยทางการตลาดหลายสาเหตุ อีกทั้งการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาดก็ไม่สามารถเยียวยาผลเสียของการผูกขาดที่เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจได้ ผลของการใช้นโยบายแบบผสมในการป้องกันการผูกขาด คือ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถมีอำนาจผูกขาดเหนือตลาดได้ หากเป็นการได้มาโดยวิธีปกติทางการค้า แต่เมื่อใดที่ธุรกิจซึ่งมีอำนาจผูกขาดเหนือตลาดมีลักษณะเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ก็จะถูกทำลายอำนาจการผูกขาดนั้น ๆ ลง ในการควบคุมการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti Competitive Practice) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นยินยอมให้มีการกระทำเช่นว่านี้ได้ หากมีความจำเป็นทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นหลัก สำหรับการควบรวมกิจการ (Merger) นั้น กฎหมายยินยอมให้กระทำได้ตราบเท่าที่ไม่ทำให้การแข่งขันลดลง

3.4 ประเทศออสเตรเลีย

3.4.1 ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์

กฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับแรกของประเทศออสเตรเลีย ได้แก่

The Australian Industries Preservation Act of 1906 เป็นกฎหมายที่นำเอาหลักการต่าง ๆ ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust) ของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ The Sherman Act of 1890 มาบัญญัติไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสนองตอบต่อกระแสความนิยมในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Fair) ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากในช่วงระยะเวลาดังกล่าว

สาระสำคัญของ The Australian Industries Preservation Act of 1906 ได้แก่ การบัญญัติ "ห้ามมิให้บุคคลใดตกลงทำสัญญา หรือรวมตัวกัน หรือสมคบกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือการพาณิชย์" ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวจะมีโทษทางอาญา คือ จำคุกหรือปรับ และผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ถึง 3 เท่าของความเสียหายที่แท้จริง (treble damages)¹⁸ อันเป็นการนำเอาแนวทางที่เป็นการห้ามกระทำ (proscriptive approach) มาใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมาย กล่าวคือ ห้ามมิให้มีการรวมตัวกัน (combinations) และห้ามมิให้มีการผูกขาด (monopolies) ทั้งในระหว่างประเทศและในระหว่างมลรัฐต่าง ๆ

¹⁸ สุธีร์ ศุภนิตย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย," วารสารนิติศาสตร์ 16 (มีนาคม 2529) | 69-88.

กฎหมายฉบับนี้มีปัญหาในการบังคับใช้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นข้อโต้แย้งที่ว่า รัฐบาลออสเตรเลียไม่มีอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะออกกฎหมายฉบับนี้¹⁹ ประกอบกับการที่ประเทศออสเตรเลียกำลังอยู่ในช่วงพัฒนาการที่สำคัญ ทำให้กฎหมายถูกละเลยไป ในช่วงปี ค.ศ. 1961-1962 สภาวะทางเศรษฐกิจของออสเตรเลียประสบกับปัญหาการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจเป็นอันมาก มีการรวมกลุ่มทางธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง จากการศึกษาวิจัย อุตสาหกรรมการผลิตในประเทศจำนวน 104 แห่ง พบว่าร้อยละ 52.8 ของกิจการเหล่านั้น มีการผูกขาดในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งในระหว่างการผูกขาด โดยผู้ผลิตรายเดียว (monopoly) การผูกขาดโดยผู้ผลิตสองราย (duopoly) และการผูกขาดโดยผู้ผลิตจำนวนน้อยราย (oligopoly)²⁰ ยิ่งนานวันผู้ประกอบการก็ยิ่งเกิดความคุ้นเคยต่อการดำเนินธุรกิจในลักษณะดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นประชาชนชาวออสเตรเลียเองก็ไม่มีความรู้สึกรู้สึกต่อต้านพฤติกรรมเช่นว่านี้แต่อย่างใด รวมทั้งไม่มีเสียงเรียกร้องให้รัฐเข้ามาแก้ไขปัญหการผูกขาดและการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้าเช่นเดียวกัน ดังนั้น หลังจากการประกาศและบังคับใช้ The Australian Industries Preservation Act มาได้เป็นระยะเวลาถึง 60 ปี กฎหมายฉบับนี้ก็ถูกยกเลิกไปในที่สุด

3.4.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศออสเตรเลีย

หลังจากยกเลิก The Australian Industries Preservation Act of 1906 ไปแล้ว รัฐบาลของประเทศออสเตรเลียก็ได้มีการประกาศใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับใหม่ขึ้น คือ

¹⁹ Taparell, G.Q., Trade practices and consumer protection, 2nd ed. (Australia : Butterworth Pty Limited, 1978), p.9.

²⁰ Ibid., p.4.

The Trade Practices Act of 1965

กฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับใหม่ของประเทศออสเตรเลีย ได้เปลี่ยนแนวทางและหลักการในการแก้ไขปัญหาการผูกขาด และการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้าเสียใหม่ เป็นการควบคุม (prescriptive approach) แทนการห้ามปฏิบัติ (proscriptive approach) เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ คือ ต้องการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันในทางการค้าและการพาณิชย์กรรมของประเทศออสเตรเลียเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม (To preserve competition in Australain trade and commerce to the extent required by the public interest) ทั้งนี้ โดยมีแนวทางตามกฎหมาย The Restrictive Trade Practice Act of 1956 ของประเทศอังกฤษ

สาระสำคัญของ The Trade Practices Act of 1965 ได้แก่ การกำหนดข้อตกลงและรูปแบบของการปฏิบัติทางการค้า (agreements and practices) ที่สามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด โดยที่ข้อตกลงและการปฏิบัติทางการค้าเหล่านี้จะถูกควบคุมโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ The Commission of Trade Practices และ The Trade Practices Tribunal ซึ่งจะพิจารณาข้อตกลงและการปฏิบัติทางการค้า โดยยึดเอาผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม (public interest) เป็นหลัก ถ้าหากพิจารณาแล้วมีความเห็นว่า ข้อตกลงหรือการปฏิบัติทางการค้านั้น ๆ จะมีผลกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม ก็จะมีคำสั่งให้ยุติการกระทำนั้น ๆ (cease and desist order) ซึ่งภายหลังจากการมีคำสั่งแล้ว บุคคลทั่วไปที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว มีสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งได้

นอกจากจะมีบทบัญญัติควบคุมการผูกขาดและการปฏิบัติทางการค้าแล้ว The Trade Practices Act of 1965 ยังบัญญัติห้ามการร่วมกันยื่นขอประมูล (การฮั้วกัน) ในการซื้อสินค้า ผู้ฝ่าฝืนจะมีความผิดทางอาญา แต่ผู้ประกอบการอาจกระทำข้อตกลงเช่นนี้ได้หากนำข้อตกลงไปจดทะเบียนต่อ The Commission of Trade Practices อย่างไรก็ตามก็ดี ผู้ประกอบการมีสิทธิยื่นคำขอต่อ The Trade Practices Tribunal เพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินการร่วมกันประมูลในสินค้าเฉพาะรายได้

การบังคับใช้ The Trade Practices Act of 1965 มีอุปสรรคในการบังคับใช้ค่อนข้างมาก เนื่องจากมีวิธีการที่ยุ่งยากซับซ้อน ใช้ระยะเวลาอันยาวนานและเสียค่าใช้จ่ายสูง ทั้งยังมีปัญหาในด้านของกฎหมายรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับตัวผู้ถูกควบคุมพฤติกรรม เนื่องจากมีการกำหนดตัวผู้กระทำความผิดไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งได้แก่ บริษัทต่าง ๆ (corporations) ดังนั้น การกระทำความผิดของบุคคลธรรมดาเมื่อพิจารณาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมาย The Trade Practices Act of 1965 ไม่มีอำนาจควบคุมแต่อย่างใด

The Trade Practice Act of 1974

เป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นมาเพื่อบังคับใช้แทนกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับเก่า (The Trade Practices Act of 1965) ซึ่งมีข้อบกพร่องในการบังคับใช้หลายประการด้วยกัน แนวทางในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ได้หันกลับไปใช้แนวทางที่มีลักษณะเป็นการห้ามกระทำ (proscriptive approach) โดยเด็ดขาดอีกครั้งหนึ่ง

เจตนารมณ์ของกฎหมาย The Trade Practices Act of 1974 ได้แก่ 1. เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันที่เข้มแข็งของวิสาหกิจต่าง ๆ ของเอกชนในหลายระดับของการผลิตและการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวมและเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั่วไป และ 2. เพื่อทำให้สถานะของผู้บริโภคมีความเข้มแข็งขึ้นในการต่อรองกับบรรดาผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคและเพื่อประโยชน์ของกระบวนการแข่งขัน

การฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ไม่มีโทษทางอาญาแต่อย่างใด แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงธุรกิจและผู้บริโภค (The Minister for Business and Consumers Affairs) มีสิทธินำคดีมาพิจารณาและกำหนดค่าปรับเป็นเงิน (pecuniary penalty) ได้

3.4.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการจำกัด การแข่งขัน

มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้าตามกฎหมาย
The Trade Practices Act of 1974 มีดังต่อไปนี้

- ก. การห้ามไม่ให้มีการตกลงในลักษณะใด ๆ ของบรรดาผู้ประกอบการอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (contracts, arrangement or understandings, restricting dealing or affecting competition)
 - ข. การควบคุมการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจตลาด
 - ค. การควบคุมการปฏิบัติทางการค้าในรูปของสัญญาที่มีข้อผูกมัดทางการค้า (exclusive dealing)
 - ง. การควบคุมการกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance)
 - จ. การเลือกปฏิบัติในเรื่องราคา (price discrimination)
 - ฉ. การควบคุมการควบกิจการ (merger)
- ก. การห้ามไม่ให้มีการตกลงในลักษณะใด ๆ ของบรรดาผู้ประกอบการอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (contracts, arrangements or understandings, restricting dealing or affecting competition)
- บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 45 ซึ่งบัญญัติห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการมีการกระทำร่วมกันในรูปของการทำสัญญาระหว่างกัน * (contracts) หรือดำเนินการ

* เป็นการตกลงกันตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา

ร่วมกัน (arrangements) หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน (understandings) * โดยมีวัตถุประสงค์ หรือมีผล หรือน่าจะมีผลทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก (substantially lessen competition) หรือเพื่อจำกัดหรือปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด เป็นการเฉพาะ (exclusionary provisions) หรือที่เรียกว่าการคว่ำบาตร (boycotts) ในส่วนของการคว่ำบาตร (boycotts) นี้ กฎหมายถือว่าเป็นความผิดทุกกรณี โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ ²¹

Sec 45. A corporation shall not

(a) make a contract or arrangement, or arrive at an understanding if

(i) the proposed contract, arrangement or understanding contains an exclusionary provision; or

(ii) a provision of the proposed contract, arrangement or understanding has the purpose, or would have or be likely to have the effect, of substantially lessening competition; or

(b) give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding, whether the contract or arrangement was made, or the understanding was arrived at, before or after the commencement of this section, if that provision

* ทั้ง arrangement และ understanding เป็นความตกลงที่ไม่มีผลบังคับใช้ระหว่างกันตามกฎหมาย แต่เป็นความตกลงแบบที่เรียกว่า สัญญาสุภาพบุรุษ (gentleman agreement)

²¹ Taparell, G. Q., Trade practices and consumer protection,

- (i) is an exclusionary provision; or
- (ii) has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition.

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ เป็นการวางหลักโดยทั่วไปมีความหมายอย่างกว้างที่สามารถครอบคลุมการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกันในเรื่องใด ๆ ก็ได้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างกัน หรือจะมีผลหรือน่าจะมีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมาก หรือที่เป็นการปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหากเป็นการตกลงที่เป็นการแข่งตลาด แบ่งพื้นที่การขาย การรับซื้อที่ดี การตกลงที่เป็นการจำกัดปริมาณของสินค้าและบริการที่ดี หรือการตกลงเกี่ยวกับการจำกัดคุณภาพของสินค้าที่ดี ย่อมตกอยู่ในบังคับของมาตรานี้ได้ *

มาตรา 45 A ได้ขยายความไปถึงการห้ามไม่ให้มีการตกลงทำสัญญาการดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกันในเรื่องของราคาสินค้าและบริการ (contracts, arrangements or understandings in relation to prices) ไม่ว่าจะเป็นการตั้งราคา การรักษาระดับราคา หรือการควบคุมราคา รวมตลอดถึงการให้ส่วนลด การให้สิทธิในการหักรายจ่ายเป็นกรณีพิเศษ (allowances) การลดหย่อน (rebate) และการให้สินเชื่อเป็นกรณีพิเศษ (credit)

การกระทำเหล่านี้ถือเป็นความผิด เพราะทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การตกลงในเรื่องของราคาสามารถกระทำได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- 1) การตกลงเรื่องราคาในสัญญาร่วมทุน (price arrangements relating to joint ventures)

* พฤติกรรมข้างต้นนี้ เป็นความตกลงของบรรดาผู้ประกอบการในระดับเดียวกัน (Horizontal agreement)

2) การตกลง (arrangements) โดยสมาคมซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยสมาชิกซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา (persons) หรือบริษัท (corporations) เพื่อร่วมกันกำหนดราคา

3) ความตกลงเรื่องราคาร่วมกันโดยกลุ่มของผู้ซื้อ (collective buying groups) เกี่ยวกับราคาของสินค้าหรือบริการที่จะจัดหาร่วมกัน หรือความตกลงเกี่ยวกับการโฆษณา ร่วมกันในการจำหน่ายสินค้าที่ร่วมกันหามาด้วยกัน

ทั้งนี้ เว้นเสียแต่ว่าเป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์ที่จะลดการแข่งขันมาตั้งแต่ต้น

Sec. 45 (1) Without limiting the generality of section 45, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of substantially lessening competition if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, as the case may be, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired or to be supplied or acquired by the parties to the contract, arrangement or understanding or the proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are related to any of them, in competition with each other.

มาตรา 45 D เป็นบทบัญญัติห้ามไม่ให้มีการปฏิบัติทางการค้าในรูปของการปฏิเสธที่จะติดต่อหรือทำการค้าร่วมกัน (boycotts) โดยห้ามบุคคลสองคนหรือมากกว่ากระทำการใด ๆ เพื่อกีดกันบุคคลภายนอก (third party) ไม่ให้ได้รับสินค้าหรือบริการ หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดหรือทำลายธุรกิจของคู่แข่ง หรือเพื่อลดการแข่งขันในตลาดใด ๆ ที่ผู้กระทำมีส่วนร่วมอยู่ด้วย

บทบัญญัติของมาตรานี้ จะไม่นำไปใช้กับบุคคลที่ทำข้อตกลงที่จะ boycott แก่ผู้ที่ฝ่าฝืนข้อตกลงในเรื่องของการจ้างแรงงาน ค่าจ้าง เงื่อนไขในการทำงาน ชั่วโมงทำงาน ในกรณีที่ผู้เข้าร่วมกันทำข้อตกลงเช่นว่านี้มีลูกจ้างกลุ่มเดียวกัน (having the same employer)

มาตรา 45 E เป็นบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้การทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความตกลงระหว่างกันให้มีผลกระทบต่อการส่ง การให้ หรือการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น

จะเห็นได้ว่า มาตรการในการควบคุมการกระทำร่วมกันของบรรดาผู้ประกอบการตามมาตรา 45 นี้ มีหลักการที่สำคัญ คือ การถือเอาผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการมาเป็นหลักในการวางหลักกฎหมาย (effect based)

ข. การควบคุมการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจตลาด

มาตรา 46 ได้บัญญัติเป็นใจความสำคัญว่า "บริษัทใดที่มีอำนาจในตลาดอย่างมาก (a substantial degree in a market) จะต้องไม่ใช้อำนาจที่มีอยู่เพื่อ

(ก) ขจัดหรือก่อให้เกิดการเสียหายอย่างมากต่อคู่แข่งของบริษัทนั้น หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องกับบริษัทนั้นในตลาดนั้น หรือตลาดอื่นใด

(ข) กีดกันการเข้ามาของบุคคลอื่นในตลาดนั้น หรือตลาดอื่นใด หรือ

(ค) ยับยั้งหรือกีดกันไม่ให้บุคคลใดกระทำการแข่งขันในตลาดนั้น

หรือตลาดอื่นใด

Sec. 46 (1) A corporation that has a substantial degree of power in a market shall not take advantage of that power for the purpose of :

(a) eliminating or substantially damaging a competitor of a corporation or of a body corporate that is related to the corporation in that or any other market;

(b) preventing the entry of a person into that or any other market; or

(c) deterring or preventing a person from engaging in competitive conduct in that or any other market.

มาตรการที่ปรากฏในมาตรานี้ แสดงให้เห็นถึงหลักการที่ต้องการควบคุมการใช้อำนาจตลาดของผู้อื่นที่มีอำนาจตลาดไม่ให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดของผู้ที่มีอำนาจตลาดนั่นเอง และในตลาดอื่น แต่มีได้มุ่งโดยตรงที่จะทำลายล้างหรือจัดการผูกขาดให้หมดสิ้นไป รวมทั้งมีได้มุ่งป้องกันการผูกขาดด้วย

ผู้ที่จะถูกควบคุมโดยผลของบทบัญญัติมาตรานี้ จะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจตลาดอย่างมาก (a substantial degree of power in a market) ซึ่งหมายถึงผู้ที่มีอำนาจตลาดอย่างเพียงพอที่จะใช้อำนาจนั้นก่อความเสียหายต่อการแข่งขัน

อย่างไรถึงจะถือว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจควบคุมตลาดให้พิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการนั้นว่ามีมากหรือน้อย หากมีมากก็ย่อมถือว่าเป็นผู้ครอบครองตลาดเหนือสินค้าหรือบริการนั้น หรืออาจจะพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาด ประกอบกับเทคโนโลยีการผลิต วัตถุดิบ และเงินทุน หรือพิจารณาถึงอำนาจในการกำหนดราคา หรือความสามารถในการควบคุมการผลิต และการจำหน่ายของสินค้า หรือบริการในตลาดนั้น (มาตรา 46 (3))

ซึ่งหากมีอำนาจมากพอแล้ว ก็ย่อมถือว่าเป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมตลาดเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการนั้นแล้ว 24

อนึ่ง องค์ประกอบที่สำคัญเกี่ยวกับการผิดตามมาตรา ๓๖ คือ มีเจตนาที่แจ้งชัดว่าจะทำการตามที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ในคดี Victorian Egg Marketing V. Parkwood Pty. Ltd., (1978) ปราบกฏว่า The Victorian Egg Marketing Board ซึ่งเป็นองค์การที่มีอำนาจควบคุมการขายส่งไข่ไก่ทั้งหมดในรัฐ Victoria ได้ส่งไข่ไก่ส่วนเกินเข้าไปขายในเขต A.C.T. * ในลักษณะที่เป็นการตัดราคาอย่างมากเมื่อเทียบกับราคาของไข่ไก่ของบริษัท Parkwood เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายในเขต A.C.T. ศาลตัดสินว่าพฤติการณ์ของ The Victorian Egg Marketing Board เป็นการใช้อำนาจครอบครองตลาดไข่ไก่ในรัฐ Victoria โดยเจตนาที่เห็นเด่นชัดว่า ต้องการจะขจัดหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท Parkwood ซึ่งมีฐานะเป็นผู้แข่งขันกับตนในตลาดในเขต A.C.T.

ค. การควบคุมการปฏิบัติทางการค้าในรูปของสัญญาที่มีข้อผูกมัดทางการค้า (exclusive dealings)

บทบัญญัติในเรื่องนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 47 ซึ่งวางหลักการที่ห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการใช้วิธีดำเนินธุรกิจแบบ exclusive dealings อันเป็นการสร้างข้อผูกมัดทางการค้าแก่บรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับ เป็นการตัดโอกาสผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับล่าง (ผู้จัดจำหน่าย) ที่จะติดต่อกับผู้ประกอบการอื่นที่อยู่ในระดับเดียวกับผู้ประกอบการที่สร้างข้อผูกมัดไว้กับตน หากว่ามีผลหรือน่าจะมีผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก บทบัญญัติมาตรา 47 ได้กำหนดถึงรูปแบบของพฤติกรรมที่ถือว่าเป็น exclusive dealings ไว้โดยชัดแจ้ง ดังต่อไปนี้

22 สุธีร์ ศุภนิตย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย," | 69-88.

* Australia Capital Territory

1. ผู้ขายสินค้าเสนอขายสินค้าต่อลูกค้า โดยกำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องไม่รับสินค้าจากผู้แข่งขันของผู้ขาย
2. ผู้ขายขายสินค้าหรือเสนอส่วนลดพิเศษให้ลูกค้า โดยมีเงื่อนไขว่าลูกค้ารายนั้นจะต้องไม่ขายสินค้านั้นต่อไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือในที่ใดที่หนึ่งตามที่ตกลงกัน
3. ผู้ขายสินค้าปฏิเสธการขายสินค้าต่อลูกค้าของตนด้วยเหตุที่ว่าผู้ซื้อหรือลูกค้า (ก) ได้ซื้อหรือไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ซื้อสินค้าจากผู้แข่งขันกับผู้ขาย (ข) ได้ขายต่อหรือไม่ตกลงที่จะไม่ขายต่อ ซึ่งสินค้าจากผู้แข่งขันกับผู้ขาย (ค) ได้ขายต่อ หรือไม่ยอมตกลงว่าจะไม่ขายต่อ ซึ่งสินค้าที่ซื้อจากผู้ขายไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในที่ใดที่หนึ่ง
4. ผู้ซื้อตกลงรับซื้อหรือจะรับซื้อสินค้าของผู้ขาย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ขายจะต้องไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในที่ใดที่หนึ่ง
5. ผู้ขายสินค้าตกลงขายสินค้าหรือให้ส่วนลดพิเศษแก่ลูกค้าของตน โดยกำหนดเงื่อนไขว่า ลูกค้าผู้นั้นจะต้องรับซื้อสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งจากผู้อื่นด้วย
6. ผู้ให้เช่าสถานที่ประกอบธุรกิจปฏิเสธที่จะให้เช่าหรือต่อสัญญาเช่าใหม่ เพราะเหตุว่าผู้เช่าได้ซื้อหรือรับขายสินค้าของผู้แข่งขันกับผู้ให้เช่า

การประกอบธุรกิจแบบ exclusive dealings นี้ จะเป็นความผิดตามกฎหมายต่อเมื่อปรากฏชัดว่าเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์ หรือก่อให้เกิดผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมากเท่านั้น ในคดี Cool and Son Pty. Ltd. V. O'Brien Glass Industries Ltd. (1981) ศาลได้ตัดสินว่า การที่บริษัทผลิตกระจกหน้ารถยนต์ตกลงจะให้ส่วนลดอย่างมากแก่ผู้ขายปลีกในท้องที่หนึ่ง หากว่าผู้ขายปลีกตกลงรับสินค้าเป็นจำนวนมากไปขายย่อมเป็นการปฏิบัติแบบ exclusive dealing อันมีผลทำให้บริษัทอื่นที่ผลิตกระจกหน้ารถยนต์อย่างเดียวกันซึ่ง เป็นคู่แข่งกันไม่สามารถขายสินค้าของตนในท้องที่นั้นได้

ง. การควบคุมการกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance)

มาตรา 48 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการวางมาตรการในการรักษา
ระดับราคาขายปลีกโดยเด็ดขาด

การวางมาตรการรักษาระดับราคาขายปลีก เป็นการกำหนดราคาขาย
สินค้าขั้นต่ำในระดับของการจำหน่ายสินค้า กล่าวคือ ผู้ส่งสินค้าจะกำหนดราคาของสินค้าให้ผู้ขาย
ต้องขายสินค้านั้นตามราคา หรือไม่ต่ำกว่าราคาที่ผู้ส่งสินค้าเป็นผู้กำหนด ส่วนใหญ่แล้วสัญญา
จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตสินค้ากำหนดราคาขายของสินค้าต่อผู้ขายส่งว่าจะต้องไม่ขายสินค้าให้แก่
ผู้ขายปลีกในราคาต่ำกว่าที่กำหนดไว้ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายส่งกำหนดราคาสินค้า
ให้ผู้ขายปลีกขายตามราคาที่กำหนด หรือไม่ต่ำกว่าราคาที่กำหนด พฤติการณ์เช่นนี้ย่อมถือได้ว่า
เป็นการกำหนดราคาในแนวตั้ง (vertical price fixing) เป็นการกำหนดราคาสินค้าแก่
ผู้ขายโดยตรง การปฏิบัติเช่นนี้เป็นการจำกัดอำนาจอิสระของผู้ค้าในการกำหนดราคาขายสินค้า
ตามที่เห็นสมควร อันเป็นการควบคุมผู้ค้าในตลาดของสินค้าชนิดนั้น และจำกัดอำนาจการประกอบ
ธุรกิจของผู้ค้าไปด้วยในตัว ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อระบบการค้าแบบเสรี²³

ในคดี Trade Practices Commission V. Stihl Chain
Saws (Aust) Pty. Ltd. (1978) * ศาลได้ตัดสินว่า การที่กฎหมายห้ามมิให้มีการกำหนด
ราคาขายปลีก ก็ด้วยเหตุที่ว่าต้องการจะรักษาสภาพการแข่งขันของบรรดาผู้ค้าปลีกให้สามารถ
กำหนดราคาสินค้าได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องถูกบังคับให้ขายตามราคาที่ผู้ขายส่งกำหนด อันจะทำให้
เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม เพราะผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าได้ในราคาที่ตนพอใจตามสภาวะ
ของตลาด

²³ สุธีร์ ศุภนิธย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจ
ของประเทศออสเตรเลีย," : 69-88.

จ. การเลือกปฏิบัติในเรื่องราคา (price discrimination)

มาตรา 49 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการใช้วิธีการเลือกปฏิบัติแก่ผู้ซื้อต่างรายเกี่ยวกับสินค้าชนิดเดียวกันและมีคุณภาพเหมือนในลักษณะต่าง ๆ กัน ดังต่อไปนี้

- (ก) การตั้งราคาขายสินค้า (prices charged)
- (ข) การให้ส่วนลด หรือสินเชื่อกับสินค้า (discounts, allowances, rebates or credits given)
- (ค) การให้บริการแก่สินค้านั้น (provision of services)
- (ง) การชำระราคาสินค้านั้น (payments)

Sec. 49 (1) A corporation shall not, in trade or commerce, discriminate between purchasers of goods of like grade and quality in relation to :

- (a) the prices charged for the goods;
- (b) any discounts, allowances, rebates or credits given or allowed in relation to the supply of the goods;
- (c) the provision of services in respect of the goods; or
- (d) the making of payments for services provided in respect of the goods, if the discrimination is of such magnitude or is of such a recurring or systematic character that it has or is likely to have the effect of substantially lessening competition in a market for goods, being a market in which the corporation supplies, or those persons supply, goods.

หากการเลือกปฏิบัติเช่นนี้เป็นสิ่งซึ่งเกิดผลหรือน่าจะเกิดผลให้การแข่งขันลดลงอย่างมากในตลาดสินค้าซึ่งผู้ประกอบการเป็นผู้ขายหรือในตลาดของลูกค้าซึ่งเป็นผู้ซื้อ เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรานี้ คือ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ธุรกิจขนาดเล็ก โดยเฉพาะบรรดาผู้ขายปลีกและมีผลบังคับใช้เฉพาะการเลือกปฏิบัติในเรื่องของราคาสินค้าเท่านั้น ไม่รวมถึงการบริการ 24

การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาสามารถกระทำได้ในกรณีของการตกลงระหว่างผู้ซื้อ (purchasers) ถ้ามีเหตุผลอันสมควร หรือถ้าเป็นการกระทำโดยมีเจตนาริสุทธิ เพื่อให้ได้มาซึ่งราคาหรือผลประโยชน์ใด ๆ (prices of benefits) ที่คู่แข่งทางการค้า (competitor) พึงพอใจ

ระบบ Authorization และระบบ Notification of Exclusive Dealing

ทั้งสองระบบนี้เป็นวิธีการในการพิจารณาการกระทำที่เป็นปฏิบัติต่อการแข่งขัน ซึ่งมีความจำเป็นสมควรที่จะยินยอมให้กระทำได้ และเป็นระบบที่มีอยู่แต่เฉพาะในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศออสเตรเลียเท่านั้น

ระบบ Authorization

เป็นวิธีการที่อนุญาตให้ผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่เป็นปฏิบัติต่อการแข่งขัน สามารถร้องขอต่อ The Trade Practices Commission เพื่ออนุญาตให้ตนกระทำการดังกล่าวนั้นต่อไปได้ โดยไม่ถือว่าเป็นความผิด เนื่องจากว่าแม้การกระทำนั้นจะเป็นปฏิบัติต่อการแข่งขัน แต่ก็ไม่ขัดต่อประโยชน์ของส่วนรวม การขอ Authorization สามารถกระทำได้เฉพาะกรณี

ดังต่อไปนี้ 25

- 1) บรรดาข้อตกลงอันเกิดจากสัญญา หรือความตกลงร่วมกัน (arrangement) หรือการทำความเข้าใจระหว่างกัน (understanding) ที่มีวัตถุประสงค์ หรือมีผลทำให้การแข่งขันลดลง
- 2) ข้อตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการติดต่อทางธุรกิจกับผู้อื่น (primary boycott)
- 3) ข้อตกลงผูกมัดพิเศษในการซื้อหรือขายสินค้า (exclusive dealing)
- 4) การควบบริษัท (merger)

แต่การผูกขาด (monopolization) การรวมหัวกันเพื่อกำหนดราคา (price fixing) การกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance) และการเลือกปฏิบัติในด้านราคา (price discrimination) จะไม่สามารถขอ Authorization ได้

วิธีดำเนินการ คือ ผู้ประกอบการจะต้องยื่นคำขอตามแบบฟอร์มต่อ หน่วยงาน The Trade Practices Commission (The Commission) หลังจากนั้น The Commission จะทำการลงทะเบียนคำขอรวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการเสนอขึ้นมาเพื่อประกอบการพิจารณา ซึ่ง The Commission จะต้องกระทำให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 4 เดือน ในการพิจารณานี้ The Commission มีอำนาจที่จะเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ มาให้ถ้อยคำ หรือให้ส่งเอกสารอื่น ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาได้ และจะอนุญาตให้กระทำ ได้ต่อเมื่อผู้ประกอบการที่ยื่นคำขอได้แสดงให้เห็นที่พอใจว่า การกระทำที่ขอ authorization มีประโยชน์มากกว่าผลเสียที่สังคมทั่วไปจะได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น โดยคำอนุญาตนี้อาจเป็นการอนุญาตโดยมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ได้ ผู้ที่ไม่พอใจคำสั่งเกี่ยวกับการ authorization ของ The Commission อาจยื่นอุทธรณ์ต่อ The Trade Practices Tribunal (the Tribunal) เพื่อขอให้มีการพิจารณาทบทวนคำสั่งได้

ระบบ Notification of Exclusive Dealing

เป็นวิธีการในการขอรบายกเว้นให้ประกอบธุรกิจแบบ exclusive dealing ได้ โดยผู้ที่มีความประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจแบบ exclusive dealing แจ้งให้ (the Commission) ทราบเพื่อขึ้นทะเบียนไว้

ความคุ้มครองอันเกิดจากการแจ้งให้ the Commission ทราบนี้ จะไม่มีอยู่ตลอดไป ถ้าหากว่า the Commission พิจารณาเห็นว่า การประกอบธุรกิจแบบ exclusive dealing นี้ มีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมาก และผลประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะมีน้อยกว่าผลที่เกิดจากการแข่งขันลดลง the Commission จะออกคำสั่งยกเลิกเสียก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะออกคำสั่งยกเลิกเช่นนั้น the Commission จะต้องมีการนัดเรียกผู้ที่เกี่ยวข้องกับการ exclusive dealing มาประชุมร่วมกันเสียก่อน

บุคคลที่ไม่พอใจคำสั่งยกเลิกดังกล่าวนี้ สามารถยื่นคำอุทธรณ์ต่อ the Tribunal เพื่อพิจารณาอีกครั้งว่าคำสั่งยกเลิกของ the Commission ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (มาตรา 101)

การสร้างวิธีการ notification of exclusive dealing ภายใต้ The Trade Practices Act มิใช่จะเป็นการทำลายหลักการควบคุม exclusive dealing แต่ด้วยพิจารณาเห็นว่า exclusive dealing นั้น แม้โดยตัวของมันเองจะเป็นการกระทำที่เป็นการทำลายการแข่งขันในการประกอบธุรกิจก็ตาม แต่ยังมีประโยชน์อยู่บ้างในแง่การส่งเสริมให้มีการประกอบธุรกิจขยายกว้างขวางขึ้นอันมีผลดีต่อเศรษฐกิจส่วนรวมของประเทศ อย่างไรก็ตาม หากปรากฏชัดว่าไม่มีผลดีแก่ส่วนรวมแต่อย่างใดแล้ว ก็ย่อมจะต้องดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

มีข้อสังเกตว่า ผู้ประกอบการซึ่งประกอบธุรกิจแบบ exclusive dealing มีทางเลือกอยู่สองทางที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย คือ การขอ authorization หรือ การแจ้งให้ The Trade Practices Commission ทราบ ²⁶

ในการศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศออสเตรเลีย พบว่าใช้แนวทางในการควบคุมการผูกขาด (monopolization) แบบควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) เช่นเดียวกับประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เนื่องจากเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจขนาดเล็ก และยังคงมีความต้องการระบบการผลิตแบบประหยัดต่อขนาด (economic of scale) ในขณะเดียวกันก็ยินยอมให้มีการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน (Anti Competitive Practice) หากมีความจำเป็นทางเศรษฐกิจในระดับหนึ่ง ภายใต้หลักของการชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีที่จะเกิดขึ้นจากการยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน กับประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมต้องเสียไปเนื่องจากกฎหมายยินยอมให้มีการกระทำดังกล่าว และหลักการนี้ก็ถูกนำมาใช้กับการควบคุมการควบกิจการ (Merger) ด้วยเช่นเดียวกัน

²⁶ เรื่องเดียวกัน.