

นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก
: ศึกษากรณี คดี ฟุจิ - โกดัก

นางสาววราภา วรพิชโยทัย

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2543

ISBN 974-13-0486-2

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

COMPETITION POLICY WITHIN THE FRAMEWORK OF
THE WORLD TRADE ORGANIZATION
: STUDY CASE FUJI - KODAK

MISS WARABHA WARAPICHAYODHAI

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

Department of Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2000

ISBN 974-13-0486-2

4086117134 : MAJOR LAW

KEY WORD : COMPETITION POLICY / COMPETITION LAW

WARABHA WARAPICHAYODHAI : COMPETITION POLICY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION : STUDY CASE FUJI – KODAK. THESIS ADVISOR : ASST.PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D., 206 pp. ISBN 974-13-0486-2.

This thesis was analyzed on a major issue - the harmonization of antitrust and competition law in global markets. This study area for this thesis is concerning the multi-national approach to competition policy in several areas, especially in the World Trade Organization. It justify the policy which responses to anti-competition, cross-border business transactions in Fuji – Kodak case and argue that a growing reliance on competition law is not in itself sufficient to promote competition in global markets. This thesis is concluded that for the real achievement of competition policy in the global markets, the policy maker should have to establish a more comprehensive and more coherent-policy approach governed by agreed-competition principles.

The result for the studying of Fuji – Kodak case, it has been able to be concluded that WTO has less power to control anti-competitive practices. It must be analyzed deeply in details of multilateral approach on competition policy. Moreover, setting up market strategies is well enough to avoid adverse effects of such problems from trade liberalization.

Furthermore, from my study, I can conclude that WTO has no clarification in substantial multilateral rules relating to world trade competition. The barrier-to-entry is major cross-border competition problems that WTO cannot control. However, the measures to establish a neutral regulation for competition policy within the framework of WTO still has several directions which has not been able to be settled down.

Department Law Student's signature _____

Field of study Law Advisor's signature _____

Academic year 2000

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงไปได้เลย หากปราศจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล อาจารย์ที่ปรึกษาผู้ซึ่งได้ให้ความกรุณาแก่ข้าพเจ้าทั้งด้านการศึกษาและการงาน ทั้งยังกรุณานำตำราจากต่างประเทศมาให้ข้าพเจ้า ด้วยเล็งเห็นประโยชน์จากข้อมูลที่ข้าพเจ้าจะได้รับ ตลอดจนให้คำแนะนำปรึกษาที่มีคุณค่ายิ่งต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตลอดมา ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ทัชชมัย ฤกษ์สุต ที่ไม่เพียงแต่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ข้าพเจ้าเท่านั้น คำปรึกษาแนะนำที่มีประโยชน์ของอาจารย์ยังทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีแนวทางอย่างที่ควรจะเป็น ความเมตตาที่อาจารย์มีต่อข้าพเจ้าตลอดมามิได้มีผลเป็นเพียงความสำเร็จในวันนี้เท่านั้น หากแต่ความสำเร็จในวันข้างหน้าของข้าพเจ้า อาจารย์ก็เป็นผู้มีส่วนอย่างแท้จริง

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.ศุภัช ศุภชลาศัย และอาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ข้าพเจ้า อีกทั้งกรุณาแนะนำและให้ข้อคิดเห็นที่ทำให้ข้าพเจ้าเกิดความกระจ่างและสามารถสรุปความคิดในประเด็นได้ดียิ่งขึ้น

ขอขอบคุณพี่ไก่ นววิทย์ มีผลกิจ พี่ชายผู้เป็นดุจคลังปัญญาของข้าพเจ้า ขอขอบคุณพี่ชั้นพี่สาวที่แสนดีที่คอยช่วยกระตุ้นให้ข้าพเจ้าเกิดความมานะพยายาม ขอขอบคุณคุณบัณฑิต รักวีรธรรม และคุณสาธิต แสงอรุณ ผู้มากด้วยน้ำใจ

ท้ายที่สุดนี้ ลูกขอกราบแทบเท้าแม่และป้า ผู้เป็นแรงใจ เป็นทุกสิ่งทุกอย่างให้ลูกมีวันนี้ได้ และขออุทิศแด่น้องชายทั้งสองผู้เป็นที่รัก ที่จากไปก่อนได้เห็นความสำเร็จของพี่เพียงไม่นาน

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	5
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 นโยบายการแข่งขัน (Competition Policy)	7
2.1 การปรับกฎหมายการแข่งขันให้สอดคล้องกัน.....	7
2.1.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขัน (Antitrust and Competition Law).....	8
2.1.2 ความเป็นมาของแนวคิดและความคาดหวังในอนาคต.....	10
2.2 ลักษณะทั่วไปของนโยบายการแข่งขัน.....	16
2.2.1 คำจำกัดความ.....	16
2.2.2 วัตถุประสงค์.....	18
2.2.3 ปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการพัฒนานโยบายการแข่งขัน.....	19
(1) การเข้าสู่ตลาด (market access)	20
(2) กลยุทธ์ในเชิงอุตสาหกรรม (industrial strategy)	20

(3) มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดและการช่วยอุดหนุน (anti-dumping and countervailing measure and subsidy).....	21
(4) การผูกขาดโดยรัฐ (government-mandated monopoly)	22
(5) เขตอำนาจรัฐ (jurisdiction)	22
(6) นโยบายการแข่งขันระดับชาติ (national competition policy).....	24
2.2.4 พฤติกรรมที่จำกัดหรือต่อต้านการแข่งขัน.....	24
(1) ลักษณะทั่วไป.....	24
(2) ลักษณะที่สำคัญ.....	26
(2.1) ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal agreement).....	26
(2.2) ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (vertical agreement).....	31
(2.3) การรวมกิจการ (merger).....	32
(2.3.1) การรวมกิจการในแนวนอน (horizontal merger).....	32
(2.3.2) การรวมกิจการในแนวตั้ง (vertical mergers).....	33
(2.3.3) การรวมกิจการแบบหลากหลาย (conglomerate).....	33
(2.4) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position).....	34
2.3 นโยบายการแข่งขันในระบบตลาดโลก (Competition Policy in Global Markets).....	35
2.3.1 การแข่งขันในระบบตลาดโลก (competition in global markets).....	35
2.3.2 นโยบายของภาครัฐ (government policies) และพฤติกรรมการค้าในธุรกิจ (business conduct) ที่มีผลต่อการแข่งขัน.....	38
(1) นโยบายของภาครัฐ.....	39
(2) พฤติกรรมการค้าในธุรกิจทั้งของภาครัฐและเอกชน.....	39
2.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขันกับนโยบายการค้า.....	39
2.3.4 ช่องว่างของการดำเนินนโยบายการแข่งขัน.....	43
(1) การใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด (anti-dumping measures).....	43
(2) การอ้างหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason).....	43
(3) การกำหนดให้มีข้อยกเว้นอื่นๆ.....	44
2.4 ข้อสังเกตโดยสรุป.....	46

บทที่ 3 นโยบายการแข่งขันของประเทศที่พัฒนาและความตกลงระหว่างประเทศ.....	48
3.1 นโยบายการแข่งขันของประเทศที่พัฒนา.....	48
3.1.1 กฎหมายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา.....	49
(1) ความเป็นมาและวัตถุประสงค์.....	49
(2) การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด.....	53
(2.1) การผูกขาด (monopoly)	55
(2.2) การรวมและการควบกิจการ (merger and acquisition : M&A).....	56
(2.3) การรวมตัวของธุรกิจแนวนอน (horizontal restraint)	56
(2.4) การรวมตัวของธุรกิจแนวตั้ง (vertical restraint).....	57
(2.5) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (price discrimination).....	57
(3) องค์การที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด.....	57
(3.1) คณะกรรมาธิการการค้า หรือ FTC (Federal Trade Commission).....	57
(3.2) แผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้กระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice).....	58
(4) การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด.....	59
(4.1) การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (private enforcement).....	59
(4.2) การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ (public enforcement).....	59
(4.2.1) คณะกรรมาธิการการค้า.....	59
(4.2.2) แผนกป้องกันการผูกขาด.....	61
3.1.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น.....	62
(1) ความเป็นมาและวัตถุประสงค์.....	62
(1.1) ความเป็นมา.....	62
ยุคก่อนสงครามโลก.....	62
ยุคประกาศตัว AMA (Anti-monopoly Act)	63
ยุคแห่งการแก้ไข AMA ให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจของญี่ปุ่น.....	65
ยุคฟองสบู่แตก.....	66
ยุคแห่งการแก้ไขปรับปรุง AMA อย่างแท้จริง.....	67
ยุคแห่งการเข้าสู่มิติระหว่างประเทศ.....	68
(1.2) วัตถุประสงค์.....	70

(2) การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด.....	71
(2.1) การผูกขาด (monopoly)	71
(2.1.1) การผูกขาดโดยเอกชน (private monopolization).....	71
(2.1.2) การรวมและการควบกิจการ (merger and acquisition: M&A).....	72
(2.2) การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (unreasonable restraint of Trade)	73
(2.2.1) cartel และการทำสัญญาร่วมกันประมูล (bid-rigging).....	73
(2.2.2) สัญญาเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (distribution agreement).....	74
(2.3) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices).....	74
(2.3.1) การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (unreasonable discrimination).....	75
(2.3.2) ราคาที่ไม่สมเหตุผล (unreasonable price).....	75
(2.3.3) การชักจูงลูกค้าด้วยวิธีที่ไม่สมเหตุผล (unjust inducement of customers).....	76
(2.3.4) การจำกัดที่ไม่เป็นธรรม (unjust restriction).....	76
(2.3.5) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ (abuse of dominant position).....	77
(2.3.6) การเข้าไปแทรกแซงกิจการของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผล (unreasonable inference in the affair of competitor).....	78
(3) องค์กรที่ใช้บังคับกฎหมายป้องกันการผูกขาด.....	78
(3.1) คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม (The Fair Trade Commission).....	78
(3.1.1) การจัดองค์กรภายในของ JFTC.....	78
(3.1.2) อำนาจของ JFTC.....	80
(4) กระบวนการพิจารณาของ JFTC และการทบทวนโดยศาลยุติธรรม.....	80
(4.1) กระบวนการพิจารณาของ JFTC (The administrative procedure).....	80
(4.2) การทบทวนคำตัดสินของ JFTC โดยศาลยุติธรรม.....	84
3.2 นโยบายการแข่งขันระดับภูมิภาค (regional) : สหภาพยุโรป (EU).....	85
3.2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์.....	85
(1) ความเป็นมา.....	85
(2) วัตถุประสงค์.....	86

3.2.2 การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด.....	87
(1) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position).....	88
(2) การควบกิจการ (merger).....	94
(3) ข้อตกลง คำสั่ง หรือการปฏิบัติซึ่งสอดคล้องกัน อันก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน (agreement, decisions, or concerted practices which undermine competition).....	95
3.2.3 องค์กรที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายป้องกันการแข่งขัน.....	105
(1) รัฐสภายุโรป (European Parliament).....	105
(2) คณะมนตรี (Council of Ministers)	105
(3) คณะกรรมาธิการ (Commission)	105
(4) ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice)	106
3.2.4 การบังคับใช้และวิธีบัญญัติ.....	106
(1) บทบาทของคณะกรรมาธิการ โดย DG IV.....	106
(2) บทบาทของศาลชั้นต้นของสหภาพยุโรป(Judicial Review by the CFI).....	107
3.3 ความตกลงระดับทวิภาคี (Bilateral Agreement)	112
3.3.1 กลไกสำคัญในช่วงต้น.....	112
(1) การรายงาน (notification)	112
(2) การร่วมปรึกษาหารือเพื่อหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้ง (consultation for purpose of conflict avoidance).....	113
(3) การประสานความร่วมมือ (cooperation)	113
(4) การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่เป็นความลับ (exchange of non-confidential information)	113
(5) การประสานความร่วมมือกันในการสอบสวน (coordination of investigation).....	113
(6) Negative comity.....	114
3.3.2 ลักษณะความตกลงในช่วงที่สอง.....	114
3.3.3 ความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่กัน (Mutual Legal Assistance Treaty Agreements : MLATs).....	115
3.3.4 ตัวอย่างความตกลงในระดับทวิภาคี.....	117

(1) The Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities Regarding the Application of their Competition Law, 1998.....	117
(2) The Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America Regarding the Application for their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws, 1995.	118
3.4 ความร่วมมือระหว่างประเทศที่มากฝ่าย (Plurilateral approaches)	123
3.4.1 ITO, ข้อตกลง GATT ปี 1960 และ UN (the United Nations).....	123
(1) ITO และข้อตกลง GATT ปี 1960.....	123
(2) ECOSOC และ UNCTAD.....	128
3.4.2 OECD (The Organization for Economic Cooperation and Development).....	129
3.4.3 APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation)	131
บทที่ 4 นโยบายการแข่งขันในองค์การการค้าโลก.....	132
4.1 ความจำเป็นที่ต้องมีนโยบายการแข่งขันใน WTO.....	132
4.2 บทบาทของ WTO ต่อนโยบายการแข่งขัน.....	135
4.2.1 WTO ในฐานะองค์กรกำกับดูแลด้านการแข่งขัน.....	135
4.2.2 WTO ในฐานะองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน.....	139
4.3 การดำเนินการนโยบายการแข่งขันภายใต้กรอบของ WTO.....	141
4.3.1 ร่างประมวลหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศ (Draft International Anti-trust Code : DIAC).....	141
4.3.2 ความเคลื่อนไหวประการอื่น.....	145
(1) บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแข่งขันในความตกลงภายใต้ WTO.....	145
(2) คณะทำงานว่าด้วยปฏิสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน (Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy)....	147
(2.1) การประชุมระดับรัฐมนตรีครั้งแรกของ WTO.....	147
(2.1.1) แผนการศึกษาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน.	148
(2.1.2) แนวคิดของประเทศต่างๆ.....	149
แนวคิดของสหภาพยุโรป แคนาดา เกาหลี และญี่ปุ่น.....	149

แนวคิดของสหรัฐอเมริกา.....	150
แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา.....	150
(2.2) การประชุมระดับรัฐมนตรีของ WTO ครั้งที่ 2.....	151
(2.3) การประชุมระดับรัฐมนตรีที่ซีแอตเติล.....	153
(2.4) สถานะปัจจุบัน.....	154
(2.5) แนวทางการดำเนินการต่อไป.....	155
(3) กลไกทบทวนนโยบายการค้า.....	156
(4) การดำเนินการอื่นๆ.....	157
4.4 กรณีศึกษา : คดี Fuji – Kodak.....	157
4.4.1 ลักษณะการดำเนินธุรกิจของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น.....	157
4.4.2 ความเป็นมาและข้อเท็จจริง.....	158
(1) ค่าฟ้องของสหรัฐฯ.....	162
(2) ค่าตัดสินและวิธีการตัดสินของผู้ตัดสิน.....	165
(2.1) อันดับของการฟ้อง.....	165
(2.2) ภาระการพิสูจน์.....	165
(2.3) การพิจารณา non-violation complaint.....	166
(2.3.1) มาตรการของรัฐบาล.....	166
(2.3.2) การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายร้านค้าปลีกขนาดใหญ่.....	168
(2.3.3) การพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการขาย.....	169
(2.3.4) การพิจารณารวมทั้ง (2.3.1) (2.3.2) และ (2.3.3).....	169
(2.4) การพิจารณา violation complaint.....	170
(2.4.1) ข้ออ้างว่ามีการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ.....	170
(2.4.2) ข้ออ้างว่ามีการละเมิดหลักต้องจัดพิมพ์เผยแพร่.....	171
(3) ข้อสังเกตเกี่ยวกับค่าตัดสิน.....	172
บทที่ 5 บทวิเคราะห์และข้อสรุปเชิงนโยบาย.....	178

รายการอ้างอิง.....	188
ภาคผนวก.....	195
ประวัติผู้เขียน.....	206



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญตาราง

ตาราง	หน้า
ตารางเปรียบเทียบนโยบายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น.....	108
กลไกการดำเนินการในความตกลงระดับทวิภาคีเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขัน.....	120



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ขณะที่หลายประเทศทั่วโลกได้ให้ความสำคัญกับระบบการค้าเสรีมากขึ้นเป็นลำดับ การแข่งขันก็ยิ่งทวีความรุนแรงขึ้น แม้ WTO จะมีกฎระเบียบต่างๆ เป็นพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตาม เพื่อเป็นข้อผูกพันที่จะต้องเปิดตลาดและลดเลิกมาตรการที่เป็นการกีดกันทางการค้า อาทิ การลดภาษีศุลกากรหรือการลดการอุดหนุนลง แต่กฎระเบียบดังกล่าวก็เป็นการควบคุมเฉพาะนโยบายและมาตรการของรัฐในบางส่วนเท่านั้น มิได้ควบคุมพฤติกรรมในการแข่งขันของผู้ประกอบการในรูปแบบต่างๆ ด้วยแต่อย่างใด กลยุทธ์ต่างๆ ถูกนำมาใช้มากขึ้นเพื่อจะได้กุมอำนาจตลาดไว้โดยไม่คำนึงถึงคู่แข่ง และในบางครั้งมาตรการหรือนโยบายใดๆ ของภาครัฐเอง ก็เป็นส่วนหนึ่งที่สนับสนุนหรือก่อให้เกิดพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันของประเทศคู่ค้ามากขึ้นด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เพราะรัฐต้องการที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการภายในของตนให้สามารถดำเนินธุรกิจแข่งขันกับผู้ประกอบการจากต่างประเทศได้ พฤติกรรมที่มีผลต่อการดำเนินธุรกิจทั้งของภาครัฐและเอกชนต่างๆ เหล่านี้เอง ที่เป็นสาเหตุให้การเปิดเสรีทางการค้าไม่เป็นการเสรีอย่างแท้จริง เพราะเมื่อสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศแม้จะผ่านพรมแดนเข้ามาได้มากขึ้น แต่เมื่อเข้ามาแล้วก็จะเผชิญกับอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดภายใน ทำให้ไม่สามารถแข่งขันได้

นโยบายการแข่งขัน (competition policy) จึงเป็นสิ่งที่ได้รับความสนใจและกล่าวถึงอย่างมาก เนื่องจากนโยบายดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องโดยตรง และจะมีผลทั้งต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภคทั้งภายในและนอกประเทศ การดำเนินนโยบายทั้งในส่วนที่เป็นการตั้งรับหรือส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันจึงถูกดำเนินการไปพร้อมๆ กับการสร้างระบบตลาดโลก (global market) โดยการเปิดเสรีทางการค้า จากเดิมที่ภาครัฐเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ แต่เพียงผู้เดียว และใช้อำนาจเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจการของภาคเอกชน ก็เริ่มที่จะเปลี่ยนแปลง โดยตระหนักว่าการแข่งขันเป็นสิ่งจำเป็นต่อตลาดที่มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี คำว่า "นโยบายการแข่งขัน" ก็ไม่มีคำจำกัดความที่แน่นอน แต่โดยทั่วไปนโยบายการแข่งขันหมายถึงแนวนโยบายแห่งรัฐที่จะส่งเสริมให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและ

เป็นธรรมชาติ และอ้างอิงอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ว่า การผลิต หรือการขายสินค้า หรือบริการควรเป็นไปตามความสามารถของผู้ประกอบการแต่ละราย (comparative advantage) มีการแบ่งงานกันทำ (division of labour) และมีการแข่งขันซึ่งกันและกัน (competition) ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะเป็นผลให้มีการใช้ทรัพยากรของโลกเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และก่อให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภคและสวัสดิการสังคม (social welfare) โดยรวม¹

นโยบายการแข่งขันยังเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจและศึกษาถึงโดยองค์การระหว่างประเทศต่างๆ อาทิ WTO, OECD และ UNCTAD โดยปรากฏในรายงานประจำปี (Annual Report) ในปี 1997 ของ WTO ซึ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขันกับการค้าระหว่างประเทศ ในรายงานการลงทุนของโลก (World Investment Report) ปี 1997 ของ UNCTAD ที่ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขันและการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (foreign direct investment) นอกจากนี้ ในอีกหลายๆ กลุ่มประเทศ เช่น EU, CER, APEC และ FTAA ก็มีการศึกษาถึงความสำคัญของการแข่งขันด้วยเช่นกัน การศึกษาวิจัยของบรรดากลุ่มประเทศและองค์การต่างๆ ดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงมุมมองที่หลากหลายเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขัน ซึ่งล้วนเป็นหลักสำคัญต่อการวางรากฐานเรื่องนโยบายการแข่งขันในระบบตลาดโลกได้เป็นอย่างดี

ในส่วนของ GATT เองนั้น ก็ได้มีการศึกษาถึงนโยบายการแข่งขันมานานมาแล้ว นับตั้งแต่ยุคเริ่มแรกของการเจรจา โดยปรากฏอยู่ในร่างกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) เพื่อก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (The International Trade Organization : ITO) หรือ ITO Charter โดยมีการกำหนดบทบัญญัติที่ว่าด้วย “ข้อจำกัดในการดำเนินธุรกิจ” (restrictive business practices) ไว้ เนื่องจากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อการค้า ประกอบกับในช่วงปี 1930-1940 ธุรกิจส่วนใหญ่ต่างรวมตัวกันเพื่อสร้างอิทธิพลทางการค้ามากขึ้น² อย่างไรก็ตาม ITO Charter ก็ไม่มีผลบังคับใช้แต่อย่างใด เพราะไม่มีการให้สัตยาบันจากสหรัฐอเมริกา คงเหลือเพียงข้อตกลง GATT เท่านั้น ต่อมาเมื่อ

¹ ธเนศ สุจารีกุล, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องการกีดกันทางการค้าที่มีไข่มุกกับการส่งออกของไทยและบทบาทของกระทรวงอุตสาหกรรม, นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy), 28 ก.ค. 43, หน้า 1.

² ทักษะมัย ฤกษ์สุด, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 9-10.

GATT พัฒนามาเป็น WTO กลไกต่างๆ ก็ถูกพัฒนามากขึ้น แต่ในเรื่องนโยบายการแข่งขันยังคงเป็นเพียงประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อศึกษาเท่านั้น ยังไม่มีกฎเกณฑ์เฉพาะแต่อย่างใด นอกจากนี้ กลไกในการระงับข้อพิพาทของ WTO ก็ถูกมองว่า ไม่อาจจะนำมาใช้เป็นเครื่องมือเยียวยาแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพได้ จึงเกิดแนวคิดที่จะกำหนดกฎระเบียบระหว่างประเทศในเรื่องนโยบายการแข่งขันจึงเกิดขึ้นมา เพื่อที่จะจัดการกับปัญหาดังกล่าว แม้ว่าหลายๆ ฝ่ายจะเล็งเห็นถึงประเด็นปัญหาเช่นว่านั้น และได้มีความพยายามที่จะวางกฎเกณฑ์ในเรื่องนโยบายการแข่งขันขึ้นมาเพื่อใช้ร่วมกัน แต่ก็มีใช้เรื่องง่ายเพราะกฎเกณฑ์ของแต่ละประเทศแตกต่างกันไปตามแต่พื้นฐานของระบบเศรษฐกิจและสังคม อีกทั้งบางประเทศก็ไม่เคยมีกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวมาก่อนเลย

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำในการถกถึงประเด็นดังกล่าว แต่กฎหมายของสหรัฐฯ มีลักษณะเป็นการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต (extraterritorial) ซึ่งส่งผลให้หลายๆ ประเทศที่ได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายนี้ไม่พอใจเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม สหรัฐฯ ก็สนับสนุนอย่างแข็งขันที่จะให้แต่ละประเทศมีกฎหมายการแข่งขัน (competition law) ภายใน และสนับสนุนให้เกิดความร่วมมือกันในระดับทวิภาคี (bilateral) รวมถึงการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค (technical assistance) ต่อประเทศกำลังพัฒนาด้วย ขณะที่ทางด้านสหภาพยุโรปนั้น สนับสนุนให้เกิดความร่วมมือกันในแบบพหุภาคี (multilateral) มากกว่า อย่างไรก็ตาม ในบางระบบเศรษฐกิจ เช่น สิงคโปร์ ฮองกง และ SAR ก็ได้โต้แย้งว่า การออกกฎหมายการแข่งขันเพื่อให้ครอบคลุมอย่างกว้างๆ ใช้ภายในรัฐนั้น ไม่ใช่สิ่งจำเป็นในการดำเนินนโยบายการแข่งขันที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่การบริโภคโดยรวม แต่การกำหนดหลักเกณฑ์การแข่งขันและการเยียวยาแก้ไขใดๆ ควรจะอยู่ภายใต้การดำเนินการโดยรัฐ แสดงให้เห็นว่ามีใช้ทุกประเทศที่เชื่อว่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแข่งขันเพื่อที่จะจัดการกับโครงสร้างและพฤติกรรมกรรมการดำเนินธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ ขณะที่ผู้สนับสนุนให้มีกฎหมายการแข่งขันก็ได้โต้แย้งว่า การสร้างนโยบายที่เป็นไปในทางเดียวกันในเรื่องดังกล่าว จะก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และช่วยในการควบคุมดูแลสถานะตลาดที่ไม่มีกฎระเบียบภายในไว้ได้ โดยยกประเด็นที่ว่า แม้การเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุน ไม่ว่าจะด้วยการลดกฎระเบียบต่างๆ การแปรรูปองค์กรของรัฐในหลายๆ ระบบเศรษฐกิจ หรือการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศ จะทำให้เกิดการแข่งขันเพิ่มมากขึ้นก็ตาม แต่อุปสรรคต่อการแข่งขันในตลาดนั้นก็ยังคงอยู่อย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันจะสามารถหาบทสรุปให้แก่ปัญหาดังกล่าวได้ เพราะธุรกิจต่างๆ ย่อมแสวงหาโอกาสจากการเปิดตลาด การแทรกแซงใดๆ จากผู้มีอำนาจย่อมจะเป็นการต่อต้านมากกว่าจะเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคที่เทคโนโลยีเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วเช่นนี้ การใช้กฎหมายการ

แข่งขันอย่างแพร่หลาย ย่อมเป็นสัญญาณในทางบวกที่จะสนับสนุนให้การแข่งขันดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ

กฎหมายการแข่งขัน เป็นกฎหมายที่มีความซับซ้อน เพราะจะรวมไว้ซึ่งทุกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ระดับของการเปิดตลาด หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้กับเรื่องดังกล่าว การวินิจฉัยถึงการกระทำความผิด ชนิดหรือความรุนแรงของพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการขัดขวางการแข่งขัน การดำเนินธุรกิจข้ามชาติ (cross-border transactions) อีกทั้งเรื่องของการบังคับใช้ กฎหมายแข่งขันจึงเป็นกฎหมายที่สำคัญ เพราะจะมีผลกระทบต่อทั้งผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศและผู้ประกอบธุรกิจจากต่างประเทศที่เข้ามาประกอบธุรกิจภายใน และยังเป็นกฎหมายที่จะช่วยให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์สูงสุดจากการแข่งขันของธุรกิจที่เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจ กฎหมายการแข่งขันจึงเป็นเครื่องมือที่จะช่วยให้กลไกการทำงานของตลาดสามารถดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม

อย่างไรก็ดี มาตรการหรือการดำเนินการใดๆ ของภาครัฐ ก็อาจมีผลต่อการแข่งขันในระบบตลาดและควมมีประสิทธิภาพของตลาดได้เช่นกัน เป้าหมายหลักของนโยบายการแข่งขันจึงมีได้ครอบคลุมแต่พฤติกรรมการค้าของภาคเอกชนเพียงแต่เพียงประการเดียว เพราะมิใช่แต่ภาคเอกชนเท่านั้นที่มีอิทธิพลต่อกระบวนการการแข่งขันในระบบตลาด ภาครัฐเองก็มีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ และมีส่วนรับผิดชอบอย่างมากในการที่จะคงไว้ซึ่งกฎหมายและอุปสรรคใดๆ ที่กระทบต่อการเข้าสู่ตลาด และควมมีประสิทธิภาพในการแข่งขัน ดังนั้น การยกระดับการแข่งขันเพื่อเข้าสู่ระบบตลาดโลก จึงจำเป็นที่จะต้องมีการประสานกัน ซึ่งมาตรการเชิงนโยบายที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพแก่กระบวนการแข่งขันทั้งหมด รวมทั้งต้องมีการยกระดับสวัสดิการขั้นพื้นฐานต่างๆ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เองที่มีผลต่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของการแข่งขัน และจะเป็นแนวทางในการวางกฎเกณฑ์ที่เป็นกลางอันจะเป็นประโยชน์ต่อการตัดสินใจข้อขัดแย้งทางเศรษฐกิจทั้งภายในและระหว่างประเทศต่อไป

จึงอาจกล่าวได้ว่า นโยบายการแข่งขันเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องทางการค้าประเด็นใหม่ที่มีความสำคัญและมีความซับซ้อนอยู่มากพอควร วัตถุประสงค์ของนโยบายการแข่งขันมิใช่เพื่อเพิ่มหรือขยายการค้าโดยปราศจากการพิจารณาถึงการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น เป้าหมายของการแข่งขันก็มิใช่เพียงความสามารถในการเข้าสู่ตลาดหรือการมีส่วนแบ่งในตลาดที่เพิ่มขึ้นเท่านั้น แต่เพื่อกระตุ้น

ให้กลไกตลาดสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ การแข่งขันไปอย่างเสรีและเป็นธรรม นโยบายการแข่งขันจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะควบคุมพฤติกรรมกรรมการดำเนินธุรกิจทั้งของภาคเอกชนและการดำเนินกรใดๆ ของภาครัฐที่ส่งผลกระทบต่อระบบตลาด ทำให้การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์สูงสุดก็ได้แก่ผู้บริโภคนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดกฎระเบียบเรื่องนโยบายการแข่งขันที่เป็นกลางในทางระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นเครื่องมือกำกับดูแลการแข่งขันในระบบตลาดที่มีประสิทธิภาพนั้น ต้องมีการศึกษาถึงความสำคัญและพัฒนาการของนโยบายการแข่งขัน อีกทั้งยังเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงความสัมพันธ์และผลกระทบในด้านต่างๆ โดยละเอียด เพื่อให้ได้แนวทางที่เหมาะสมที่สุดแก่การกำหนดเป็นโครงสร้างเชิงนโยบาย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาถึงความพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันให้สอดคล้องกันในเวทีองค์การการค้าโลก โดยกำหนดเป็นระเบียบระหว่างประเทศเรื่องนโยบายการแข่งขันขึ้นมา และศึกษาถึงการพัฒนาของนโยบายการแข่งขันว่าเป็นไปในทิศทางใด เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการเข้าสู่ตลาดได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับการเปิดเสรีทางการค้า โดยศึกษาจากคดี ฟุจิ – โกดัก เป็นตัวอย่าง

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

WTO ยังไม่มีกฎเกณฑ์ในเรื่องนโยบายการแข่งขันอย่างชัดเจน เมื่อเกิดปัญหาที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะปัญหาการเข้าสู่ตลาด จึงทำให้ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาปัญหาได้อย่างเหมาะสม เพราะกลไกที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถช่วยเหลือประเทศภาคีที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำเช่นนั้นได้

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

1. ศึกษาถึงกฎหมายการแข่งขันและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศผู้นำทางเศรษฐกิจ เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น
2. ศึกษากฎเกณฑ์ในเรื่องนโยบายการแข่งขันที่แทรกตัวอยู่ในความร่วมมือ และความตกลงในระดับต่างๆ
3. ศึกษาแนวทางในการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนโยบายการแข่งขันให้สอดคล้องกันของ WTO
4. ศึกษาปัญหาการเข้าสู่ตลาด คือคดี ฟูลิ - โกดัก

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

1. ศึกษาวิเคราะห์เอกสารต่างๆ อาทิ ตำรา วารสาร สิ่งตีพิมพ์ รวมทั้งบทความที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่ปรากฏในเครือข่าย internet
2. สัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการศึกษาวิจัย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

เมื่อได้ศึกษาตามวัตถุประสงค์แล้ว คาดว่าผลที่ได้คือเข้าใจถึงหลักการและแนวคิดของนโยบายการแข่งขัน ที่เป็นแนวทางในการกำหนดกฎระเบียบระหว่างประเทศที่เป็นกลางซึ่งเอื้อประโยชน์ต่อระบบการค้าเสรี นอกจากนี้ ยังทำให้ทราบถึงจุดบกพร่องของ WTO ในการแก้ไขปัญหาลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า และเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเรื่องนโยบายการแข่งขันต่อไปในอนาคต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

นโยบายการแข่งขัน (Competition Policy)

2.1 การปรับกฎหมายการแข่งขันให้สอดคล้องกัน

ในช่วงหลายปีมานี้ มีการปรับปรุงระเบียบปฏิบัติทางการค้า ด้านกฎหมาย และมาตรการต่างๆ ในทางระหว่างประเทศมากขึ้นอย่างเป็นปกติธรรมดา เพราะเกิดแนวคิดที่ว่าไม่มีความจำเป็นที่ระเบียบปฏิบัติและมาตรฐานต่างๆ ต้องมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศหรือภูมิภาค เพราะปัจจุบันพรมแดนไม่สำคัญต่อการเคลื่อนไหวของสินค้า บริการ คน หรือแม้กระทั่งความคิด (idea) และเงินตราอีกต่อไปแล้ว การกำหนดกฎระเบียบที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศหรือภูมิภาคนั้น นอกจากจะไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อกระบวนการผลิต สร้างความแตกแยกของระบบตลาดแล้ว ยังทำให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นตามอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติหลายๆ ประเทศก็ยังคงเห็นว่าควรที่จะต้องคงความแตกต่างในระเบียบปฏิบัติหรือมาตรฐานต่างๆ ไว้อยู่ เพราะเชื่อว่าจะเป็นเครื่องมือป้องกันตลาดภายในที่มีประสิทธิภาพ แม้ว่ามาตรการเหล่านั้นอาจไม่เป็นผลดีต่อผู้บริโภคภายใน และทำให้ประชาคมโลกขาดความเชื่อถือก็ตาม

ในบางกรณี การสร้างความสอดคล้องกันในระเบียบปฏิบัติหรือมาตรฐานต่างๆ นั้น นอกจากจากความร่วมมือกันอย่างเป็นทางการแล้ว ก็สามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่เป็นทางการและไม่มีมาตรการความร่วมมือใดๆ เลยก็ได้ อาทิ กรณีที่กฎระเบียบและมาตรฐานของประเทศหนึ่งที่ได้พัฒนาขึ้นมาเพื่อรองรับสถานการณ์ใหม่ๆ และบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่วางไว้ บรรดาประเทศผู้สังเกตการณ์ก็จะนำมาเป็นตัวอย่างแก่ในการวางโครงสร้างกฎระเบียบ และมาตรฐานภายในของตนตามอย่างประเทศผู้นำ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรฐานในทางระหว่างประเทศที่เกิดโดยพฤตินัย (de facto) ซึ่งพัฒนาขึ้นได้อีกทางหนึ่ง

เป็นที่ทราบกันดีว่ากฎระเบียบของ WTO ที่มีอยู่ในขณะนี้ มีจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องที่ไม่สามารถที่จะนำมาจัดการกับปัญหาที่เกี่ยวกับการแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎเกณฑ์ที่มีอยู่ก็ระบุถึงแนวทางแก้ไขปัญหาไว้เพียงคร่าวๆ เท่านั้น จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะเจรจาตกลงกันเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น แนวคิดที่จะให้มีกฎระเบียบระหว่างประเทศเกี่ยวกับการแข่งขันจึงเกิดขึ้นมาเพื่อลดข้อบกพร่องดังกล่าวนี้ลง

2.1.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขัน (Anti-trust and Competition Law)

กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขัน เป็นเครื่องมือของรัฐที่จะทำให้การดำเนินนโยบายด้านการแข่งขันทางการค้าบรรลุผล¹⁷ ประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่มักจะมีกฎหมายประเภทนี้แล้ว กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีต้นกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ราวปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการก่อให้เกิด หรือดำเนินไปซึ่งการผูกขาด หรือร่วมกันครองตลาดโดยมีผู้ประกอบการน้อยราย (oligopoly) ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้บริโภค และเพื่อให้มีผู้แข่งขันรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ เป็นการแสดงให้เห็นถึงการยึดมั่นในระบบตลาดเสรี ต่อมาภายหลังหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้แพร่ขยายไปยังประเทศอื่นๆ โดยระยะแรกยังจำกัดอยู่แต่เฉพาะประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเท่านั้น ยกเว้นประเทศเยอรมันและญี่ปุ่น ซึ่งมีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันโดยยึดรูปแบบมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา เพราะผลจากการที่เป็นฝ่ายปราชัยในสงครามโลกครั้งที่ 2 สหรัฐอเมริกาในฐานะฝ่ายสัมพันธมิตรผู้ชนะสงครามจึงกำหนดให้ประเทศทั้งสองต้องมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดใช้บังคับภายใน เพราะเชื่อว่าการรวมตัวกันของ cartel* ของทั้งสองประเทศในช่วงก่อนสงครามโลกนั้น อาจก่อให้เกิดความแข็งแกร่งทางการทหารได้ การห้ามมิให้ก่อตั้ง cartel จะเป็นการป้องกันมิให้กองกำลังทางทหารของญี่ปุ่นและเยอรมันกลับมาเข้มแข็งได้อีกครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศญี่ปุ่น กฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่เคยถูกนำมาใช้ หรือหากใช้ก็เป็นการใช้โดยเลือกปฏิบัติ และบทลงโทษผู้กระทำความผิดก็ไม่รุนแรงเท่าที่ควร

ประเทศอื่นๆ นอกจากนี้อีกมักไม่มีบทบัญญัติเรื่องการป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันแต่อย่างใด หลายๆ ประเทศเห็นว่า หลักการของกฎหมายดังกล่าว ขัดต่อหลักการที่ดำเนินอยู่

¹⁷ ธเนศ สุจารีกุล, “นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy)”, เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องการค้าเสรีทางการค้าที่มีใช้ภาษากับการส่งออกของไทย และบทบาทของกระทรวงอุตสาหกรรม, 28 ก.ค.43, หน้า 1.

* การทำความตกลงร่วมมือกันของกลุ่มอุตสาหกรรมหรือกลุ่มการค้า เพื่อผูกขาดหรือสามารถควบคุมการดำเนินการใดๆ ในธุรกิจสาขานั้น โดยปกติการตกลงกันในลักษณะการรวมหัว มักเป็นไปเพื่อควบคุมผลผลิตเพื่อที่จะยกระดับราคาและกำไรของกิจการ สินค้าของกลุ่มที่จะรวมกันจะต้องเป็นสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกัน (homogeneous product) และมีผู้ขายสินค้าจำนวนน้อยราย เช่น ประเทศกลุ่มผู้ผลิตน้ำมันรวมหัวกันเพื่อกำหนดราคาและควบคุมปริมาณผลผลิต.

ของรัฐ ประเทศเหล่านี้มองว่า รากฐานทางทฤษฎีของกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นขัดกับแนวความคิดเดิมของตน ที่ภาครัฐจะดำเนินกิจการอันเป็นการผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว และขนาดตลาดของประเทศที่อาจเล็กเกินไปนั้น ไม่สามารถก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการแข่งขันได้เต็มที่ การที่สภาพของตลาดสินค้าและบริการมีขนาดเล็กนั้น การผลิตสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการเพียงไม่กี่รายหรือเพียงรายเดียวย่อมจะสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้เพียงพอระดับหนึ่ง และก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจได้ดีกว่า เพราะสามารถผลิตสินค้าหรือให้บริการที่มีคุณภาพและราคาก็อยู่ในระดับที่ต่ำ หากมีผู้ประกอบการรายย่อยๆ หลายๆ รายย่อมเป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากร และราคาของสินค้าหรือบริการก็จะสูงขึ้น¹⁸ ประเทศเหล่านี้จึงมักจะให้ความสำคัญในเรื่องของการส่งออกมากกว่าการแข่งขันอย่างเสรีภายในท้องถิ่น จึงสนับสนุนการก่อตั้ง cartel ขนาดใหญ่ โดยมีความเชื่อว่าจะสามารถเพิ่มประสิทธิภาพแก่ตลาดส่งออกได้ เสมือนหนึ่งว่ายอมรับสภาพที่มีการผูกขาดทางเศรษฐกิจ และไม่ประสงค์จะทำลายผู้มีอำนาจผูกขาดนั้น

กฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขัน ปรากฏในตลาดร่วมยุโรป (The European Common Market ซึ่งปัจจุบันเป็นสหภาพยุโรป หรือ The European Union: EU) ด้วย โดยมีเป้าหมายคือการรวมยุโรปตะวันตกให้เป็นตลาดเดียว การที่จะบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ จำเป็นที่จะต้องทำลายความแตกต่างของตลาดภายในแต่ละรัฐสมาชิกเสียก่อน หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ก่อตั้ง EU และอยู่ภายใต้มติของคณะมนตรียุโรปที่ 17 ปี 1962¹⁹ (EU Council of Ministers Regulation 17 of 1962) โดย EU เองก็ได้ทำการศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันของเยอรมันขณะที่ทำการร่างกฎหมายการแข่งขันเพื่อใช้ใน EU ด้วย ส่วนประเทศอื่นๆ ก็เป็นไปในลักษณะเดียวกัน คือพิจารณากฎหมายของประเทศอื่นที่มีอยู่แล้วประกอบการร่างกฎหมายของตนเองขึ้น

อย่างไรก็ดี ความแตกต่างในหลักการที่สำคัญระหว่างกฎหมายการแข่งขันของ EU กับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา อยู่ที่ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ จะมุ่งเน้นที่ผลทางเศรษฐกิจ ขณะที่กฎหมายการแข่งขันของ EU จะคำนึงถึงเป้าหมายทางสังคมเป็น

¹⁸ สุธีร์ ศุภนิตย, "การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด", วารสารนิติศาสตร์ 21, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2534) : 509.

¹⁹ International Contract Adviser, "Global Harmonization of National Antitrust/Competition Laws", <http://www.ljextra.com/practice/internet/GLOBAL.html>, 1996.

หลัก อาทิ ระดับการจ้างงาน การพัฒนาภายในภูมิภาค และเป้าหมายทางการเมือง เช่น เปลี่ยนตลาดภายในประเทศให้เป็นยุโรปตลาดเดียว นโยบายการแข่งขันของ EU จะเป็นการกระตุ้นให้เกิดความร่วมมือระหว่างบริษัทขนาดเล็กและระหว่างบริษัทที่มีขนาดกลาง เพื่อที่ว่าบริษัทเหล่านี้จะสามารถแข่งขันกับบริษัทขนาดใหญ่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังสามารถเข้าถึงผู้ประกอบการ และผู้บริโภคจำนวนมาก EU จะเน้นในเรื่องความยุติธรรมและการเคลื่อนย้ายโดยเสรีของสินค้าและบริการ และการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของผู้เป็นเจ้าของสิทธิและผู้ผลิต ทำให้มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นว่า นโยบายการแข่งขันของ EU นั้น จะเป็นการดำเนินการเพื่อสร้างตลาดที่ปลอดภัย (market safe) แก่ผู้บริโภคหรือต่อผู้ผลิต²⁰

ความหลากหลายของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันในแต่ละประเทศนี้เอง นำมาซึ่งความขัดแย้งระหว่างกัน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน การอ้างอำนาจอธิปไตยของตนเหนือพรมแดนของประเทศอื่น การทำข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ตลอดจนอุปสรรคของความพยายามที่จะสร้างแนวร่วมทางความคิดอย่างเดียวกัน นอกจากนี้ ประเด็นความขัดแย้งระหว่างกฎหมายการแข่งขันกับการดำเนินนโยบายทางการค้าระหว่างประเทศ ก็เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาถึง ตัวอย่างของข้อขัดแย้งดังกล่าวเป็นต้นว่า ขณะที่กฎหมายการแข่งขันจะไม่สนับสนุนให้มีการจัดตั้ง cartel และการกระทำใดๆ ที่ส่งผลเสียหายต่อผู้บริโภค ในทางตรงกันข้ามเป้าหมายของนโยบายการค้าระหว่างประเทศ จะให้ความสำคัญกับการป้องกันและคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ผลิตและกลุ่มอุตสาหกรรมภายใน หรือสนับสนุนให้มีการรวมตัวกันเพื่อส่งออกโดยไม่คำนึงถึงผู้ผลิตและผู้บริโภคต่างประเทศแต่อย่างใด

2.1.2 ความเป็นมาของแนวคิดและความคาดหวังในอนาคต

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว ช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 1920 เป็นต้นมา ความพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขันนั้นได้เริ่มพัฒนาขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ โดยสร้างขึ้นจากสมมติฐานทางเศรษฐศาสตร์ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและเยอรมันเป็นข้อยกเว้นเพราะถูกบังคับให้มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดตามอย่างสหรัฐฯ ด้วย ส่วน EU ก็ศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดของเยอรมันเป็นต้นแบบในการวางรากฐานนโยบายการแข่งขันของตน ประเทศอื่นๆ ก็เป็นไปในทำนองเดียวกันคือ ศึกษาจากกฎหมายของประเทศอื่นที่มีอยู่ก่อนแล้วประกอบการร่างกฎหมายของตนเองขึ้น

²⁰ Ibid., p.2.

ต่อมาในช่วงปี 1930 เกิด cartel จำนวนมากขึ้นในสหรัฐอเมริกา การรวมตัวของ cartel ในระยะแรกช่วยให้สหรัฐฯ พ้นจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำหลังสงครามได้ ขณะเดียวกัน บรรดาประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบรัฐบาลฟาสซิสต์ (fascist) ก็ใช้ cartel เป็นตัวกำหนดนโยบายทางการเมืองเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่า cartel จะช่วยให้ระบบเศรษฐกิจของสหรัฐฯ พ้นตัวเร็ว แต่สภาพของเศรษฐกิจก็ได้มีความเห็นว่า cartel อาจส่งผลเสียในระยะยาว เพราะ cartel เป็นการรวมกลุ่มกันเช่นเดียวกันกับการสนับสนุนของระบอบเผด็จการ จึงควรที่จะล้มล้างไปให้หมด

ภายหลังจากที่สงครามโลกสิ้นสุดลง ผลกระทบจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศได้กลายเป็นประเด็นที่สำคัญมากขึ้น แนวความคิดที่จะประสานความร่วมมือกันระหว่างรัฐบาลต่างๆ เพื่อกำกับดูแลการแข่งขันในระบบการค้าโลกก็เริ่มบังเกิดขึ้นด้วย โดยปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของร่างกฎบัตรฮาวานา (The Havana Charter) เพื่อจัดตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ หรือ ITO (the International Trade Organization) โดยมีพันธกรณีที่ให้ประเทศสมาชิกต้องจัดทำมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการดำเนินกิจการของวิสาหกิจที่อาจเกิดผลกระทบต่อการค้าโดยจำกัดการแข่งขัน จำกัดการเข้าสู่ตลาด หรือสนับสนุนให้มีการควบคุมการผูกขาดในตลาดการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งพฤติกรรมต่างๆ เหล่านี้จะส่งผลเสียต่อการขยายตัวทางการค้าและการผลิต อันขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎบัตร และสามารถดำเนินการฟ้องร้องต่อ ITO ได้

โดย ITO มีสิทธิที่จะดำเนินการสอบสวน (investigation) และให้คำแนะนำเพื่อการเยียวยาแก้ไขแก่รัฐบาลของประเทศสมาชิก เมื่อมีการร้องทุกข์ต่อ ITO อย่างเป็นทางการ ITO จะต้องเผยแพร่คำตัดสินและเรียกให้ประเทศผู้กระทำผิดส่งรายงานถึงความคืบหน้าของการใช้มาตรการเยียวยาของตน⁵ พฤติกรรมที่อยู่ภายใต้อำนาจสอบสวนของ ITO ได้แก่⁶

- (1) การรวมหัวกันกำหนดราคาหรือเงื่อนไขการขาย (fixing prices or term of sales)
- (2) การดำเนินการเพื่อขจัดคู่แข่ง (excluding firms)
- (3) การจัดสรรตลาดระหว่างกัน (dividing territories)
- (4) จำกัดการผลิต (limiting production) หรือกำหนดโควตาการผลิต

⁵ Ibid., p.4.

⁶ ทักษะมัย ฤกษ์สุด, ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า

- (5) การทำข้อตกลงระหว่างกัน เพื่อกันมิให้มีการพัฒนา หรือการใช้เทคโนโลยี (preventing : by agreement : the development or application of technology)
- (6) การเลือกปฏิบัติต่อธุรกิจใดโดยเฉพาะ (discriminating against particular enterprises)

อย่างไรก็ดี ITO ก็ไม่มีผลบังคับใช้ เมื่อรัฐสภาสหรัฐฯ ไม่เต็มใจให้รัฐบาลเข้ามามีส่วนร่วมในกฎบัตรดังกล่าว เหลือเพียงข้อตกลง GATT ที่เดิมเป็นเพียงภาคผนวก (Annex) ของ ITO Charter ที่กลายเป็นข้อตกลงเชื่อมต่อกับกฎบัตรฮาวานาเท่านั้น และนำมาซึ่ง GATT ที่เป็นการจัดระบบการค้าเสรีในเวลาต่อมา แม้ว่า GATT ปี 1947 จะไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันไว้โดยชัดแจ้ง แต่บทบัญญัติในเรื่องการป้องกันการทุ่มตลาดและมาตรการตอบโต้และการช่วยอุดหนุนโดยรัฐที่มีอยู่ ก็ทำให้มีผู้กล่าวว่า GATT ก็มีหลักการที่ครอบคลุมถึงการป้องกันการผูกขาดหรือการแข่งขันไว้ด้วยแล้ว

อย่างไรก็ตาม ไม่มีการบัญญัติกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันไว้อีกเลย จนกระทั่งปีคริสต์ศักราช 1970 วิสาหกิจข้ามชาติ (multinational enterprise:) ได้ถือกำเนิดมากขึ้น บรรดาประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลายเห็นว่าวิสาหกิจข้ามชาติเหล่านั้นทรงพลัง และมีแนวทางใช้อำนาจในทางที่ผิด อีกทั้งเอาเปรียบในทางการค้ามาก จึงควรที่จะต้องมีการระเบียบเพื่อควบคุมและจัดการกับพฤติกรรมของวิสาหกิจข้ามชาติดังกล่าว ในช่วงปี 1970-1980 ที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา หรือ UNCTAD (United Nations Conferences on Trade and Development) บรรดาประเทศอุตสาหกรรม กลุ่มประเทศสังคมนิยม และประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลาย ก็ได้เจรจาเพื่อสร้างประมวลหลักปฏิบัติ (Code of Conduct) ร่วมกันขึ้น เป็นความตกลงย่อยเกี่ยวกับการปฏิบัติทางธุรกิจอันเป็นการจำกัด (Restrictive Business Practices Code : RBP Code) เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ที่แข็งแกร่งในการกำกับดูแล cartel ทั้งที่ดำเนินการโดยรัฐและโดยเอกชน และห้ามมิให้มีการสมคบกันของวิสาหกิจภายใน และสรุปเป็นความตกลงย่อยเรื่องการปฏิบัติทางธุรกิจอันเป็นการจำกัดโดยสมัครใจ (a voluntary RBP Code) ซึ่งมีการให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศด้อยพัฒนาด้วย และกระตุ้นให้บรรดาประเทศสมาชิกพัฒนาและบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดภายในชาติของตน โดยบัญญัติให้วิสาหกิจข้ามชาติต้องยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมายภายในรัฐที่ตนเข้าไปดำเนินกิจการ และให้รัฐร่วมมือกับองค์กรผู้มีอำนาจของรัฐอื่น ที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันนั้น ซึ่งผลสะท้อนที่สำคัญจากความตกลงนี้ก็คือ การประนีประนอมกันได้ระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ และ EU

ขณะเดียวกัน องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (The Organization for Economic Cooperation and Development : OECD)^{*} ก็ได้ตระหนักถึงความจำเป็นของการมีกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเช่นกัน จึงได้มีคำชี้แนะ (Guideline) ออกมา แม้ว่าจะสั้นกว่า RBP Code และปราศจากการให้สิทธิพิเศษใดๆ แก่ประเทศด้อยพัฒนาก็ตาม แต่หลักการโดยรวมแล้ว ก็คล้ายคลึงกันกับ RBP Code⁷ และได้กำหนดกฎระเบียบในเรื่องการแข่งขันขึ้น เพื่อประสานความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก เรียกว่า “The Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade”⁸ ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าว ประเทศสมาชิกต้องหยุดกระทำการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant market position) ยอมให้ผู้ซื้อ (purchaser) ผู้จัดจำหน่าย (distributor) และผู้จำหน่ายสินค้า (supplier) ดำเนินธุรกิจได้โดยอิสระ หยุดการดำเนิน cartel และระงับการทำข้อตกลงที่เป็นการจำกัดทางการค้า ตลอดจนต้องให้ความช่วยเหลือและร่วมมือกับองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย และภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าวของ OECD องค์กรของประเทศสมาชิกที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการแข่งขันคือ ต้องแจ้งต่อประเทศสมาชิกอื่นถึงการบังคับใช้กฎหมายของตน ที่อาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญของประเทศอื่นๆ (มีลักษณะเช่นเดียวกับ the OECD Recommendations on Predatory Pricing of 1989)

อย่างไรก็ดี มีการพัฒนากฎเกณฑ์เรื่องนโยบายการแข่งขันสืบเนื่องต่อมา จนกระทั่งในปี 1994 แม้ว่า GATT ซึ่งเป็นความตกลงว่าด้วยองค์การการค้าโลก (The World Organization Agreement) จะไม่ได้วางหลักในเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด แต่ก็มี การตั้งคณะร่างบทบัญญัติป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศของ GATT (the International Antitrust Code Writing Group of

* มีสมาชิกอยู่ 25 ประเทศ โดยส่วนใหญ่เป็นประเทศที่มีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรม ซึ่งมีกลุ่ม EU และประเทศผู้สังเกตการณ์อีกจำนวนหนึ่ง.

⁷ Eleanor M.Fox, "Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade", in *Antitrust: A New International Trade Remedy?* (Seattle : Pacific Rim Law & Policy Association, 1995), p.5.

⁸ OECD Doc. No. C(86) 44 (Final) (June 5, 1986), appearing at 25 International Legal Materials 1629 (1986) (due for review, revision, and resistance in 1994), cited in International Contract Advisor, "Global Harmonization of National Antitrust/Competition Laws", p. 5.

GATT) ขึ้น* ซึ่งได้จัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศ (Draft International Antitrust Code) ขึ้นเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ปี 1993 โดยมีหลักการสำคัญ 4 ประการ คือ⁹

- (1) กฎหมายการแข่งขันภายใน ควรสามารถประยุกต์ใช้เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันระหว่างประเทศได้
- (2) กฎหมายการแข่งขันภายในของประเทศคู่กรณี ควรที่จะสอดคล้องกัน
- (3) มาตรการขั้นต่ำของข้อกำหนดภายใน เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดควรจะเป็นที่ยอมรับได้โดยสากล
- (4) ควรมีการจัดตั้งองค์กรผู้มีอำนาจระหว่างประเทศขึ้น เพื่อระงับข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณีในประเด็นที่เกี่ยวกับการผูกขาด

นอกจากนี้ ยังเกิดความตกลงในเรื่องนโยบายการแข่งขันในระดับทวิภาคี (bilateral) อีกหลายความตกลง ซึ่งมีรายละเอียดที่ต่างกันออกไป เช่น ความตกลงที่แสวงหาความร่วมมือและประสานกันในเรื่องการสืบสวน (investigation) และการดำเนินคดี (prosecution) ได้แก่ ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับออสเตรเลีย สหรัฐฯ กับแคนาดา สหรัฐฯ กับเยอรมัน ที่สำคัญ ได้แก่ ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับญี่ปุ่น ที่เรียกว่า *Structural Impediments Initiative* ซึ่งญี่ปุ่นจะต้องให้อำนาจให้แก่คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมของญี่ปุ่น (Fair Trade Commission : JFTC) เพิ่มขึ้น และต้องขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นออกไปด้วย นอกจากนี้ ยังมีความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับประชาคมยุโรป (European Community : EC) ปี 1991 ที่สหรัฐฯ และ EC ได้ร่วมลงนามยืนยันที่จะให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ดี ความตกลงดังกล่าวก็ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากคณะมนตรียุโรป (Council of Ministers) ไม่เห็นชอบด้วย แต่ถึงกระนั้นก็ยังเป็นเรื่องที่น่าสนใจ เพราะความตกลงนี้เป็นเครื่องแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้ารูปแบบใหม่ที่มีผลโดยตรงต่อความร่วมมือและประสานกันในระดับพหุภาคีต่อมาด้วย

โดยจุดมุ่งหมายของความตกลงระหว่างสหรัฐฯ และ EC ดังกล่าว สนับสนุนให้มีความร่วมมือและประสานกัน เพื่อลดผลกระทบที่เกิดจากความแตกต่างระหว่างคู่สัญญาในการบังคับใช้

* ส่วนใหญ่เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายผูกขาดชาวเยอรมัน.

⁹ Ibid., p.5.

กฎหมายการแข่งขัน¹⁰ โดยกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องแจ้งต่ออีกฝ่าย ถึงการบังคับใช้กฎหมายที่อาจกระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง¹¹ จะต้องมีกรพบปะเพื่อหารือกันระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบอย่างน้อย 2 ครั้งต่อปี เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลในเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย¹² และต้องประสานการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างก็มีผลประโยชน์ในสถานการณ์นั้นๆ ร่วมกัน¹³ หากมีพฤติกรรมอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้กระทำลง ในดินแดนของฝ่ายหนึ่ง แล้วส่งผลอันเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ที่สำคัญของอีกฝ่าย คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายดำเนินการบังคับใช้กฎหมายอย่างเหมาะสมตามข้อเรียกร้อง และดำเนินการตอบโต้ได้¹⁴ นอกจากนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความขัดแย้ง กรณีที่การบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายหนึ่งมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง คู่กรณีควรพิจารณาด้วยไมตรีจิต (comity) ต่อกัน เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในผลประโยชน์ที่ขัดกันนั้น

การดำเนินการพิจารณาเพื่อให้ความช่วยเหลือนี้เองเรียกว่า "positive comity"¹⁵ ซึ่งรวมกรณีการรายงาน (notification) การปรึกษาหารือ (consultations) และการพิจารณาเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่อีกฝ่ายในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีสนธิสัญญาว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่กัน (Mutual Legal Assistance Treaties : MLAT) ระหว่างชาติต่างๆ เพื่อประสานความร่วมมือกันในการบังคับใช้กฎหมายอาญาอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การทำความตกลงในระดับพหุภาคี (Multilateral) นั้น กลับไม่ค่อยมีความก้าวหน้ามากนัก สหรัฐฯ* ได้เสนอแนวทางที่จะใช้ควบคุม international cartel ว่าประเทศต่างๆ

¹⁰ Agreement Regarding the Application of their Competition Laws, September 23, 1991, U.S.-European Communities, 30 I.L.M. 1487 (the U.S./EC Executive Agreement), invalidated on technical grounds by EC Court of Justice, Case C-41/93, France v.Commission (unreported, 1994), cited in Eleanor M. Fox, "Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Link of Competition and Trade", 1995), p. 6.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid., p.7.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

* โดยผู้ช่วยอัยการสูงสุด นาย Thurman Arnold ภายใต้การนำของรัฐบาลประธานาธิบดี Franklin D.Roose Velt.

ควรมีแนวทางที่จะจัดปัญหาดังกล่าวร่วมกัน โดยให้เป็นการประสานความร่วมมือกันในระดับพหุพาคีในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับ การรวมกิจการระหว่างประเทศ การช่วยอุดหนุนการผลิตโดยรัฐ และ international cartel โดยในปี 1953 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมากลุ่มหนึ่ง เพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาของสหประชาชาติ (UN draft convention) ในเรื่องนโยบายการแข่งขัน แต่สหรัฐอเมริกาไม่ให้สัตยาบัน เพราะถูกคัดค้านจากกลุ่มธุรกิจภายในประเทศ แม้ภายหลังจะมีความพยายามที่จะจัดทำความตกลงในระดับพหุพาคีขึ้นอีกหลายครั้ง แต่ก็ไม่เคยประสบผลสำเร็จเลย ทั้งนี้ เนื่องจากการใช้ระบบฉันทามติ (consensus) นั้นเอง

การทำความตกลงในระดับภูมิภาค (regional) ในเรื่องนโยบายการแข่งขัน ก็ปรากฏให้เห็นเช่นเดียวกัน เช่น ในบทที่ 15 ของข้อตกลงการค้าเสรีเขตอเมริกาเหนือ (the North America Free Trade Agreement) ว่าด้วยความร่วมมือในเรื่องการป้องกันการผูกขาด ความตกลงระหว่าง EU กับกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียในปี 1994 (European Economic Area) และความตกลงระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ปี 1983 (CER : Closer Economic Relations) เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องการค้าเสรีนโยบายการแข่งขันทางการค้าได้เริ่มพัฒนาในภูมิภาคต่างๆ มานานแล้ว และมีแนวโน้มว่าจะมีการพัฒนาและประสานความร่วมมือกันมากขึ้นเรื่อยๆ นโยบายการแข่งขันจึงเป็นประเด็นทางการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญมากที่สุดประเด็นหนึ่งในขณะนี้ ปัจจุบัน WTO ก็ได้มีการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและการแข่งขันขึ้นด้วยเช่นกัน

2.2 ลักษณะทั่วไปของนโยบายการแข่งขัน

2.2.1 คำจำกัดความ

"กฎหมายการแข่งขัน" (competition law) คือระเบียบกฎหมายที่ออกโดยภาครัฐว่าด้วยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงใดๆ ระหว่างบริษัทอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (restrict competition) หรือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position) รวมทั้งความพยายามที่จะครอบงำตลาดด้วยการรวมกิจการ (merger) โดยวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันของรัฐต่างๆ ล้วนมีเพื่อการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สวัสดิการของรัฐ (national welfare) โดยเป็นหลักประกันว่ากระบวนการแข่งขันจะไม่ถูกบิดเบือน (distort) หรือขัดขวาง (impede) ด้วยการใช้อำนาจครอบงำตลาดโดยมิชอบ โดยกำหนด

เป็นข้อห้าม (prohibition) หรือกฎระเบียบอื่นใด (regulation) เพื่อบังคับแก่ข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้แข่งขันด้วยกัน ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สวัสดิการสังคม (social welfare)

อย่างไรก็ดี หลายๆ ประเทศเห็นว่าข้อตกลงระหว่างดังกล่าวนี้ อาจส่งผลดีแก่การเพิ่มประสิทธิภาพของบริษัทก็เป็นได้ จึงกำหนดข้อยกเว้นให้แก่ข้อตกลงเช่นนั้นในบางกรณี ที่เป็นเช่นนี้ เพราะหลายๆ ประเทศมองว่าความมีประสิทธิภาพของวิสาหกิจและเป้าหมายทางสังคมก็มีความสำคัญไม่แพ้กัน ทั้งยังเป็นการสร้างความยุติธรรมในบทบัญญัติอีกด้วย¹⁶

ส่วน "นโยบายการแข่งขัน" (competition policy) ไม่มีการให้คำนิยามที่แน่นอน แต่โดยทั่วไปหมายถึง แนวนโยบายแห่งรัฐที่จะส่งเสริมให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี โดยอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เพื่อการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีขอบเขตที่ค่อนข้างกว้างมาก ประกอบด้วยมาตรการและเครื่องมือใดๆ ที่ดำเนินการโดยภาครัฐ ที่เป็นแนวทางในการกำกับดูแลสภาวะของการแข่งขันในตลาดขณะนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายการแข่งขัน จะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของนโยบายการแข่งขัน ส่วนองค์ประกอบอื่นๆ จะรวมถึงการดำเนินการ เช่นการปรับปรุงรัฐวิสาหกิจ การขจัดกฎระเบียบใดๆ ที่สนับสนุนให้เกิดการจำกัดทางการค้า การงดการช่วยเหลือหนุนของภาครัฐแก่บริษัทต่างๆ และยกเลิกนโยบายที่เป็นการเลือกปฏิบัติแก่สินค้าหรือผู้ผลิตต่างชาติ นโยบายการแข่งขันอาจอยู่ในรูปสนธิสัญญาระหว่างประเทศ อาทิ ความตกลงเขตเศรษฐกิจร่วมต่างๆ ก็ได้

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่าง "กฎหมายการแข่งขัน" และ "นโยบายการแข่งขัน" อยู่ที่นโยบายการแข่งขันจะเกี่ยวข้องกับทั้งพฤติกรรมของภาคเอกชนและการดำเนินการใดๆ ของภาครัฐด้วย แต่กฎหมายการแข่งขันจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของภาคเอกชนหรือบริษัทต่างๆ เท่านั้น ความหลากหลายกว่าของนโยบายการแข่งขัน เห็นได้ชัดในระเบียบวาระของ WTO ในประเด็นต่างๆ อาทิ นโยบายการแข่งขันในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับนโยบายทางการค้า การช่วยเหลือหนุนการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การเข้าสู่ตลาดของภาคบริการ ซึ่งมีเป้าหมายหลักเป็น

¹⁶ Richardson (1998) on the objectives of competition law cited in Bernard Hoekman and Peter Holmes, "Competition Policy, Developing Countries and the WTO", 876.

การแสวงหากฎระเบียบที่เหมาะสมที่สุด ที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมต่างๆ โดยผ่านทางกฎระเบียบภายในและการบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้น¹⁷

2.2.2 วัตถุประสงค์

โดยพื้นฐาน วัตถุประสงค์หลักของนโยบายการแข่งขันในทุกประเทศจะเป็นการรักษาไว้ซึ่งระดับของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดทั้งสินค้าและบริการ อย่างไรก็ตาม นโยบายการแข่งขันจะต้องมีความเชื่อมโยงและสัมพันธ์กันกับวัตถุประสงค์ของนโยบายด้านเศรษฐกิจและสังคมด้วย ซึ่งจะส่งผลให้มีการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีประสิทธิภาพ ทันต่อสถานการณ์ เพื่อตัดสินใจได้อย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์โดยทั่วไปได้แก่¹⁸

1. คุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ
2. ส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ
3. ส่งเสริมการค้าและความร่วมมือภายในสหภาพเศรษฐกิจหรือเขตการค้าเสรี
4. ส่งเสริมเสรีภาพในระบบเศรษฐกิจ การดำเนินการของภาคเอกชน การลดกฎเกณฑ์อันเป็นอุปสรรคต่อการค้า การลงทุน การลดอุปสรรคทางการค้าที่พรมแดน
5. ส่งเสริมและรักษาไว้ซึ่งการพัฒนาของตลาดเศรษฐกิจ

¹⁷ Ibid., p.877.

¹⁸ Khemani, R.S.(1993), Objectives of Competition Policy, OECD, DAFPE/CLP (1992), Paris, Jacquemin, A. (1994), "Goals and Means of European Antitrust Policy After 1992", in Demsetz and Jacquemin, Antitrust Economics - New Challenges for Competition Policy, Valentine, D.A. (1997), The Goals of Competition Law, Remarks before the Pacific Economic Co-operation Council Conference on Trade and Competition Policy, Montreal, Goldman, C.S. and M. Barutckiski (1997), "The Objectives of Competition Law and Their Implementation: A Canadian View", Paper Presented at the European University Institute Conference on Competition in Florence, June, Klosla, S.D. and R.D. Anderson (1989), Canadian Competition Policy: Its Interface with Other Economic and Social Policies, Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Bork, R. (1978), The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself, Basic Books, New York, Pitofsky, R. (1979), "The Political of Antitrust", University of Pennsylvania Law Review, 1051-1075, cited in Trade and Competition Policy, An Overview of Competition Policy, p. 39.

6. ส่งเสริมประชาธิปไตย อาทิ สร้างความหลากหลายในระบบเศรษฐกิจ
7. สร้างความเชื่อมั่นว่าการดำเนินกิจการค้าจะเป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม
8. ปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการแข่งขันในเชิงอุตสาหกรรมและการจ้างงาน
9. ลดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจตลาดเสรี
10. ปกป้องคุ้มครองโอกาสขององค์กรธุรกิจที่มีขนาดเล็กและขนาดกลาง

อย่างไรก็ดี อาจเกิดความขัดแย้งในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่วางไว้ได้ เช่น หากมีเป้าหมายเพื่อสนับสนุนให้เกิดความยุติธรรม และปกป้องโอกาสของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก ก็อาจไม่สามารถที่จะดำเนินการตามวัตถุประสงค์ เพื่อความมีประสิทธิภาพของวิสาหกิจขนาดใหญ่ได้ในเวลาเดียวกัน

แม้ว่าการดำเนินนโยบายดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่ยาก แต่ในช่วงสิบปีที่ผ่านมา ก็มีแนวโน้มของความพยายามที่จะกำหนดวัตถุประสงค์ของนโยบายการแข่งขันให้ไปในแนวทางเดียวกัน และเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของการมีนโยบายการแข่งขัน ที่จะช่วยส่งเสริมความมีประสิทธิภาพในการรวมตัวของระบบเศรษฐกิจ นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน จะทำให้การประสานความร่วมมือในการดำเนินนโยบายในทางระหว่างประเทศบรรลุผลสำเร็จได้โดยง่ายอีกด้วย

2.2.3 ปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการพัฒนาการแข่งขัน

ปัญหาความกดดันทางการค้าระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศญี่ปุ่น อาทิ ในภาคอุตสาหกรรมเครื่องยนต์ (automotive sector) และปัญหาการเข้าสู่ตลาดฟิล์มและกระดาษอัดรูป* เป็นตัวอย่างหนึ่งของแรงผลักดันสำคัญ ที่ทำให้ WTO ต้องมีนโยบายการแข่งขันมากำกับดูแล และแก้ปัญหาความขัดแย้งดังกล่าว เมื่อ WTO ไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆ ที่จะนำมาปรับใช้ได้มีประสิทธิภาพ สหรัฐฯ จึงใช้เป็นข้ออ้างในการพยายามที่จะเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้ผลิต (manufacturer) และตัวแทนจำหน่ายสินค้า (dealer) ของญี่ปุ่นด้วยตัวเอง สาเหตุที่สหรัฐฯ กระทำการดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า นโยบายการแข่งขันเป็นเรื่องสำคัญ และมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะ

* ศึกษาโดยละเอียดในบทที่ 4 คดีโกดัก - พูจี.

ต้องมีการพัฒนาขึ้นใช้อย่างเร่งด่วน โดยมีปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการพัฒนานโยบายการแข่งขัน ดังนี้

(1) การเข้าสู่ตลาด (market access)

การขาดกฎเกณฑ์ในเรื่องการแข่งขัน ตลอดจนการบังคับใช้ที่ไม่มีประสิทธิภาพ อย่างเพียงพอ อาจก่อให้เกิดการบิดเบือนทางการค้า (distort trade) ขึ้นได้ อาทิ การจำกัดการจัดจำหน่าย (distribution arrangement) ที่ส่งผลให้ปริมาณการนำเข้าต้องชะงักงัน ซึ่งเห็นได้ชัดในกรณีตัวอย่างที่ประเทศญี่ปุ่นถูกกล่าวหาว่า สร้างอุปสรรคทางการค้าจากภาคเอกชน (private barrier) โดยมีการร่วมมือกันระหว่างบริษัทต่างๆ เพื่อรักษาตลาดภายในจากต่างชาติ รวมทั้งอุปสรรคที่เกิดจากภาครัฐ (government barrier) เพราะการนำเข้าสินค้าและการลงทุนจากต่างชาติจะถูกขัดขวางจากอุปสรรคต่างๆ เหล่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าการขาดกฎเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานและการบังคับใช้ที่ไม่มีประสิทธิภาพเพื่อมาแก้ไขเยียวยาปัญหา เป็นปัจจัยที่มีผลโดยตรงต่อการเข้าสู่ตลาด หรือการร่วมกันกำหนดราคาประมูล (big-rigging) เป็นการกีดกันผู้อื่นออกไปโดยการร่วมมือกันของภาคเอกชนอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อเรียกร้องที่มีต่อประเทศญี่ปุ่นมักเป็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมายมากกว่าการขาดมาตรการมารองรับ ไม่ว่าจะ เป็นในอุตสาหกรรมฟิล์มและกระดาษอัดรูป อุตสาหกรรมรถยนต์ การก่อสร้าง หรือแม้แต่การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ

(2) กลยุทธ์ในเชิงอุตสาหกรรม (industrial strategy)

เช่นเดียวกับกับเหตุผลประการแรก นโยบายการแข่งขันที่อ่อนแอจะก่อให้เกิดการบิดเบือนทางการค้าได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือการกำหนดข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายการแข่งขันของหลายๆ ประเทศ ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อขัดแย้งทางการค้า อาทิ ผลเสียของข้อยกเว้นที่ทำให้มีการรวมตัวทางธุรกิจเพื่อการส่งออกและนำเข้า (export and import cartel) จะทำให้เกิดผลทางเศรษฐกิจคือ export cartel จะทำให้ราคาสินค้าส่งออกสูงขึ้น ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์ก็คือประเทศผู้ส่งออก และขณะเดียวกันประเทศผู้นำเข้าก็เป็นฝ่ายเสียประโยชน์ นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างของการยกเว้นแก่การรวมตัวกันเพื่อการวิจัยและพัฒนา (R&D) จากกฎหมายการแข่งขัน ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในทางหนึ่ง เพราะการให้สิทธิพิเศษแก่ R&D โดยผ่อนผันจากกฎระเบียบเรื่องการแข่ง

ชั้นนั้น มีผลเช่นเดียวกันกับการช่วยอุดหนุน (subsidization) ซึ่งจะอำนวยความสะดวกแก่บริษัทภายในให้สามารถแข่งขันกับต่างชาติได้โดยง่าย*

นอกจากนี้ ยังมีการผ่อนผันแก่การรวมกิจการ (merger) กันของบริษัทขนาดใหญ่ที่ครองตลาดระดับชาติ (national champion) ซึ่งส่งผลให้บริษัทดังกล่าวประสบผลสำเร็จอย่างมากในการแข่งขันระดับระหว่างประเทศ อันเป็นการต่อต้านคู่แข่งต่างชาติไปในตัวด้วย

จากตัวอย่างข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการกำหนดข้อยกเว้นในกฎหมายการแข่งขันทำให้เกิดผลเสียกระจายออกไป เพราะเมื่อใช้นโยบายการแข่งขันเป็นกลยุทธ์ในเชิงอุตสาหกรรมเพื่อช่วยบริษัทภายในให้สามารถแข่งขันได้ นโยบายดังกล่าวก็จะส่งผลกระทบต่อประเทศอื่นๆ เพราะผลประโยชน์ทางการค้าของประเทศหนึ่ง อาจจะเป็นการสูญเสียของอีกประเทศหนึ่ง สภาวะการแข่งขันจะดีขึ้นได้จากการมีนโยบายการแข่งขันที่เข้มแข็งเป็นหลักประกันแก่ผลประโยชน์แห่งชาติ (national advantage) แต่หากทุกประเทศดำเนินนโยบายโดยกำหนดข้อยกเว้นไว้เหมือนกัน ก็จะทำให้สภาวะการแข่งขันดำเนินไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ แนวคิดเรื่องนโยบายการแข่งขันในทางระหว่างประเทศจึงมีผู้เห็นว่า ควรห้ามการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่ไม่สมเหตุสมผลเข้าไว้ด้วย

(3) มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดและการช่วยอุดหนุน (anti-dumping and countervailing measure and subsidy)

การทุ่มตลาด (dumping) และการช่วยอุดหนุนการส่งออก (subsidy) จะถูกตอบโต้โดยการเรียกเก็บภาษีศุลกากรและค่าธรรมเนียมแก่การนำเข้าสินค้าที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย ภายในว่าด้วยการป้องกันการทุ่มตลาดและการช่วยอุดหนุน ซึ่งการดำเนินการตอบโต้ดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นความผิดตาม GATT มักมีผู้กล่าวเสมอว่า การใช้กฎระเบียบเหล่านี้เป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ทั้งนี้ เพราะเหตุที่กฎหมายต่อต้านการทุ่มตลาดและมาตรการตอบโต้

* คำสั่ง (decision) เมื่อปี 1990 ของคณะกรรมการยุโรป (the European Commission) ยอมให้มีข้อยกเว้นในกฎหมายการแข่งขัน ในเรื่องความร่วมมือแก่การรวมตัวเพื่อการวิจัยและพัฒนา (R&D) และการร่วมทุนกัน (Venture) ระหว่างบริษัทใน EU 2 บริษัท โดยคณะกรรมการยุโรปได้ให้เหตุผลว่าเป็นการยากที่บริษัทต่างๆ ใน EU จะสามารถแข่งขันกับบริษัทขนาดใหญ่ภายนอก EU ได้ นอกจากนี้ ผลสำเร็จในระยะหลังจากการดำเนินการดังกล่าวในทางระหว่างประเทศก็ยิ่งเป็นสิ่งที่สนับสนุนคำสั่งของ EU มากขึ้น.

และการช่วยอุดหนุน มักจะถูกนำมาใช้โดยไม่เป็นธรรมหรือมีเจตนาที่ชัดเจนว่าเป็นการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในมากเกินไป เช่น การจัดเก็บภาษีอากรขาเข้าให้สูง

โดยหลัก การป้องกันการทุ่มตลาดมักจะขัดแย้งกับนโยบายการแข่งขัน แรงจูงใจเพื่อให้มีนโยบายการแข่งขันระหว่างประเทศคือ การแข่งขันที่ดำเนินไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ขณะที่มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดมุ่งไปที่การคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศที่มีอยู่เดิม จึงมีแนวคิดว่าปัญหาการทุ่มตลาดก็สามารถควบคุมได้โดยใช้นโยบายการแข่งขัน ซึ่งจะส่งผลดีกว่าการใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาด เพราะในทางปฏิบัติ การใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดได้กลายเป็นการช่วยเหลือบริษัทภายในในการขัดขวางบริษัทต่างชาติ มากกว่าที่จะทำให้การแข่งขันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดมากขึ้นในหลายๆ ประเทศ ทำให้เป็นการยากที่จะยกประเด็นดังกล่าวนี้ขึ้นในการเจรจาพหุภาคีว่าควรใช้กฎเกณฑ์การแข่งขันแทนมาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดซึ่งเชื่อว่าเป็นการพัฒนาที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงกว่า

(4) การผูกขาดโดยรัฐ (government-mandated monopoly)

กรณีให้เห็นเด่นชัดได้แก่ นโยบายที่ให้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งอาจเป็นการให้อำนาจทางการตลาดที่มากเกินไปแก่บริษัท ความตกลงว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือ TRIPS Agreement เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่ให้ความมั่นใจแก่การสร้างและเผยแพร่เทคโนโลยีและนวัตกรรม แต่ขณะเดียวกัน การปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยการให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ กลับนำมาซึ่งปัญหาการผูกขาด (monopolistic) และจำกัดการเผยแพร่เทคโนโลยีเป็นอย่างมาก จึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่าการมีนโยบายการแข่งขันจะช่วยบรรเทาผลเสียจากการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มากเกินไปได้หรือไม่

กรณีการค้าโดยรัฐเช่นเดียวกัน รัฐมีสิทธิโดยเด็ดขาดในการดำเนินกิจการค้าบางอย่าง อาทิ การรวมตัวกันเพื่อการส่งออกและนำเข้า (import and export cartel) ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาการผูกขาดได้เช่นเดียวกัน

(5) เขตอำนาจรัฐ (jurisdiction)

ปัญหาที่องค์กรผู้มีอำนาจของรัฐหนึ่งไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของบริษัทซึ่งกระทำการอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดได้ เพราะเหตุที่ผู้กระทำอยู่นอกเขตอำนาจตนนั้น

ส่งผลเสียหายอย่างยิ่งต่อสภาวะการแข่งขันในตลาด ที่ควรจะต้องรีบเร่งให้มีเครื่องมือใดๆ มาจัดการกับพฤติกรรมดังกล่าว ที่เห็นได้อย่างเด่นชัด ได้แก่ การรวมตัวเพื่อการส่งออก (export cartel) การรวมกิจการ (merger) การผูกขาดในต่างประเทศ (monopoly in foreign country) การกระทำของบริษัทต่างชาติที่ไม่ส่งผลต่อตลาดภายใน แต่มีผลเสียต่อการส่งออกของประเทศ รวมถึงปัญหาการใช้นโยบายการแข่งขันนอกเขตอำนาจ (extraterritorial)

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันนอกอาณาเขต โดยอ้างอำนาจอธิปไตยของประเทศตนเองเหนือพรมแดนของประเทศอื่น ได้กลายเป็นปัญหาความขัดแย้งข้ามพรมแดนที่สร้างความไม่พอใจแก่ประเทศผู้ถูกระทำเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของประเทศหนึ่งจะสร้างความไม่พอใจให้แก่บรรดาประเทศต่างๆ แต่ในความเป็นจริงกลับมีการอ้างสิทธิในอาณาเขตในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันกันมากขึ้น นอกเหนือไปจากสหรัฐอเมริกาผู้นำในการดำเนินการดังกล่าว สาเหตุที่เป็นเช่นนี้มาจากความไม่มั่นใจในกระบวนการยุติธรรมของอีกประเทศหนึ่ง เพราะแต่ละประเทศต่างก็มีกฎหมายภายในของตนเองที่จะจัดการกับปัญหาดังกล่าว ความไม่เชื่อถือในระบบศาลหรือระบบกฎหมายของชาติอื่นว่าจะมีมาตรฐานที่ดีเพียงพอ ที่จะสามารถนำมาใช้จัดการกับปัญหาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของประเทศอื่นได้นี้เอง ที่ให้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตกันในหลายๆ พื้นที่ยังคงมีอยู่

อย่างไรก็ดี หลายประเทศได้บัญญัติกฎหมายภายในเพื่อตอบโต้การอ้างสิทธิในอาณาเขตตามกฎหมายของประเทศอื่น เรียกบทบัญญัติประเภทนี้ว่า "blocking status"¹⁹ ซึ่งห้ามมิให้มีการร่วมมือใดๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน หรือกระบวนการทางกฎหมายของชาติอื่น รวมถึงการให้ความยินยอมตามคำขอเกี่ยวกับเอกสารและพยานหลักฐานต่างๆ อาทิ ใน Sherman Act ของสหรัฐฯ มีบทบัญญัติพิเศษ กำหนดให้ผู้ประกอบการสหรัฐฯ สามารถดำเนินคดีเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าได้ด้วยตนเอง ซึ่งหากขณะคดี ผู้ประกอบการดังกล่าวสามารถได้รับการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่าจากค่าเสียหายจริง นับว่าเป็นเหตุจูงใจประการหนึ่งที่ทำให้มีการดำเนินคดีในลักษณะนี้ อย่างไรก็ตาม การชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่านี้ ก็เป็นเหตุทำให้สหราชอาณาจักรตราบทบัญญัติขึ้นใน British Protection of Trading Interest Act (1980) หรือที่เรียกว่า "clawback provisions" ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการในอังกฤษที่ต้องคำพิพากษาโดยศาลสหรัฐฯ ต้องจ่ายค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่า (treble-damage compensation) นั้น

¹⁹ Ibid.,p.3.

แข่งขันกับผู้ประกอบการจากต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นผลสืบเนื่องต่อไปทำให้การผลิต การขายสินค้า หรือบริการเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ราคาของสินค้าหรือบริการก็อาจแพงขึ้น ในขณะที่ ปริมาณและคุณภาพของสินค้ากลับด้อยลง ซึ่งผู้ที่ได้รับผลกระทบย่อมได้แก่ผู้บริโภค (consumer) ในที่สุด

ส่วนมาตรการที่ส่งเสริมการแข่งขันทางการค้านั้น จุดประสงค์สำคัญคือการสร้าง สภาวะแวดล้อมทางการค้าให้ปราศจากการผูกขาด และให้มีการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการ ให้มากที่สุด ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์ในการส่งเสริมสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) เป็น สำคัญ ซึ่งในสายตาของผู้ประกอบการอาจไม่ช่วยแก้ไขปัญหการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า จากคู่แข่งที่ไม่ซื้อตรงจากต่างประเทศได้²¹

จากการศึกษาของ UNCTAD²² และนักวิชาการหลายท่าน²³ อาจสรุปกว้างๆ ว่า พฤติกรรมที่จำกัดหรือต่อต้านการแข่งขัน คือการกระทำดังต่อไปนี้

- (1) การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ ในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการใดๆ (price fixing)
- (2) การจำกัดหรือควบคุมการผลิตหรือการตลาด (limiting or controlling production or market) ในสินค้าหรือบริการหนึ่งใด
- (3) การปฏิเสธไม่ติดต่อกับผู้ขาย (refusal to deal) กับผู้ประกอบการบางราย โดยไม่มีเหตุ ผลอันสมควร
- (4) การรวมตัว (merger หรือ cartel) กับผู้ประกอบการอื่นในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิด การผูกขาด (monopoly) ตลาดหรือเทคโนโลยีสำหรับสินค้าหรือบริการหนึ่งใด
- (5) การส่งเสริมให้ซื้อสินค้าหรือบริการของชาติ เช่น "Buy American", "Buy Japanese"
- (6) การเก็บภาษีพิเศษเพื่อต่อต้านการทุ่มตลาด หรือการอุดหนุนสินค้า หรือบริการโดย ปราศจากเหตุผลอันสมควร

²¹ ธเนศ สุจารีกุล, "นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy)", p. 6.

²² UNCTAD Document on "The Role of Competition Policy for Development in Globalizing World Market" 1999, cited in Ibid., p.7-8.

²³ John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Legal problems of international economic relations: Cases and materials and text, p.1090-1091, cited in Ibid.

- (7) การบิดเบือนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (abuse of intellectual property rights) เช่น การขยายเวลาความคุ้มครองเพิ่มเติมจากที่กฎหมาย หรือความตกลงระหว่างประเทศ กำหนดไว้ หรือการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา (licensee) อย่างไม่เป็นธรรม เช่น ให้ขายสินค้าหรือบริการที่ได้รับอนุญาตฯ ได้แต่เฉพาะภายในประเทศของผู้ได้รับอนุญาตเท่านั้น
- (8) การกำหนดให้คู่ค้า หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสินค้า หรือบริการใด ต้องซื้อสินค้าหรือบริการ หรือให้สิทธิประโยชน์อื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่ได้ค้าหรือได้รับอนุญาตเป็นการตอบแทน (tying arrangement)
- (9) การกำหนดมาตรฐานสินค้า (product standards) ที่จำกัดอยู่แต่เฉพาะในมือของผู้ประกอบการบางรายซึ่งเป็นส่วนน้อย
- (10) ความตกลงระหว่างประเทศพิเศษสำหรับสินค้าหรือบริการบางประเภท เช่น กาแฟ การเดินเรือทะเล (maritime shipping) การขนส่งทางอากาศ (air transport) ฯลฯ
- (11) การร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการในประเทศ ในการจำกัดไม่ให้ผู้ประกอบการจากต่างประเทศเข้าถึงช่องทางระบาย หรือขายสินค้าหรือบริการในประเทศ (limiting access to domestic distribution channels)

(2) ลักษณะที่สำคัญ ได้แก่

(2.1) ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal agreement)

คือข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับของการประกอบธุรกิจเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มอำนาจทางการตลาดและผลกำไรให้มากขึ้น ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้า²⁴ ไม่ว่าจะโดยนัยหรือโดยชัดเจน ระหว่างบริษัทที่เข้าแข่งขันในตลาดสินค้าชนิดเดียวกันหรือเหมือนกัน โดยลักษณะของการดำเนินการที่แจ้งชัดนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

²⁴ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย" ฉบับที่ 1 การศึกษาทางด้านกฎหมาย เสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, สิงหาคม 2542, หน้า 3:61. (เอกสารไม่ตีพิมพ์ เผยแพร่)

ประเภทแรก ข้อตกลงในรูปแบบของ *cartel** รวมถึงข้อตกลงในการกำหนดราคาสินค้า (price fixing) การลดปริมาณผลผลิต การจัดสรรผู้บริโภคนแก่ผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายอันเป็นลักษณะของการแบ่งตลาดกันระหว่างผู้ผลิต ซึ่งบรรดาผู้เชี่ยวชาญต่างเห็นสอดคล้องกันว่าข้อตกลงในรูปแบบดังกล่าวเป็นอันตรายอย่างชัดเจนต่อสวัสดิการของผู้บริโภค การป้องกันข้อตกลงลักษณะนี้จึงเป็นสิ่งสำคัญประการแรกที่องค์กรผู้มีส่วนอำนาจด้านการแข่งขันทางการค้าจะต้องเข้ามาดำเนินการ

กรณีของ cartel ที่รุนแรงเป็นความพยายามของวิสาหกิจภายในสองแห่งหรือมากกว่านั้นที่ร่วมกันกำหนดราคาหรือจำกัดการแข่งขันภายในตลาด อย่างไรก็ตาม อาจเป็นความตกลงระหว่างบริษัทต่างชาติดีก็ได้ ที่ทำการจัดสรรตลาดภายในที่ตนเข้าไปลงทุน ขณะที่การขยายตัวของ cartel ยากที่จะประเมิน แต่ก็มีความเสี่ยงที่จะแสดงให้เห็น cartel ว่าได้กลายเป็นปัญหาระหว่างประเทศแล้ว ในทางปฏิบัติจึงเป็นเรื่องยากที่องค์กรผู้มีส่วนอำนาจด้านการแข่งขันทางการค้าของประเทศเล็กๆ จะดำเนินการตรวจสอบ สืบสวนสอบสวน และดำเนินคดีแก่การกระทำดังกล่าวที่อาจอยู่นอกเหนือพรมแดนของตนได้โดยลำพัง

ประเภทที่สอง ข้อตกลงที่ทำให้เกิดการประหยัดต้นทุน ซึ่งมักไม่ถูกดำเนิน ข้อตกลงดังกล่าว ได้แก่ การรวมกลุ่มกันเพื่อการวิจัยและพัฒนา (R&D) การกำหนดมาตรฐานสินค้าร่วมกัน และกลยุทธ์ระหว่างพันธมิตร ซึ่งรวมถึงการแลกเปลี่ยน know-how ระหว่างบริษัท หรือการเสริมสร้างประสิทธิภาพแก่การผลิตในประการอื่นใด หลายๆ ประเทศได้กำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ส่วนการดำเนินการต่อไปนี้มีลักษณะที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันและผูกขาดตลาดโดยปริยาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อสวัสดิการ ยากที่จะควบคุมได้ เพราะการดำเนินการในรูปแบบ

* "cartel หมายถึงการที่ธุรกิจการค้าหรือการผลิตในแขนงเดียวกันหลายๆ หน่วย รวมหัวกันในการทำข้อตกลง โดยมากเป็นการตกลงด้วยวาจา (gentleman agreement) เกี่ยวกับการกำหนดราคา ปริมาณการผลิต การแบ่งเขตการขาย ซึ่งทำให้ราคาสินค้าและปริมาณการผลิตถูกกำหนดไว้ในระดับที่ตนต้องการ นอกจากนี้ยังตกลงกันในการซื้อวัตถุดิบ และกำหนดค่าจ้างแรงงานต่างๆ อีกด้วย แต่เนื่องจากบริษัทต่างๆ ที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกของ cartel นั้น ต่างก็เป็นเอกเทศต่อกัน และ cartel จะมีอำนาจเพียงตามข้อสัญญาที่บ่งไว้เท่านั้น จึงไม่สามารถควบคุมการแข่งขันไว้ได้ทั้งหมด ดังนั้นการแตกสลายของ cartel จึงเกิดขึ้นได้ง่าย" โดย วิชาญ รักษา วาที, เศรษฐศาสตร์เพื่อสื่อมวลชน (กรุงเทพฯ : รุ่งเรืองสมัยการพิมพ์, 2521), หน้า 21-22.

แบบนี้ ไม่มีการรวมตัวกันอย่างชัดเจน การสืบสวนสอบสวนก็จะมุ่งประเด็นไปที่การกระทำที่เห็นได้อย่างเด่นชัดมากกว่า

การกำหนดราคา (price fixing)²⁵

คือการรวมหัวกัน หรือการทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้แข่งขัน ที่มุ่งหมายและเป็นผลให้เกิดการขึ้น การลด การตรึง หรือทำให้คงที่ ซึ่งราคาสินค้าสินค้า ราคาที่ถูกกำหนดขึ้นนี้ จึงเป็นราคาที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable price)

การแบ่งตลาด (market division)²⁶

คือข้อตกลงใดๆ ระหว่างธุรกิจที่ประกอบกิจการบริการ หรือการค้าสินค้าที่คล้ายคลึงกันในการแบ่งเขตตลาดการค้า หรือรวมกันกำหนดผลประโยชน์ของตลาด ซึ่งการตกลงดังกล่าวถือเป็นการรวมหัวกัน และเป็นการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายในตัวเอง (illegal per se)

อย่างไรก็ดี การรวมตัวของผู้แข่งขันในบางกรณี ก็อาจไม่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงเรื่องราคาหรือปริมาณการผลิต ในบางครั้งผู้ประกอบการอาจรวมตัวกันโดยจัดสรร หรือแบ่งส่วนทางการตลาดระหว่างกัน แทนที่จะกำหนดราคาโดยตรง การจัดสรรดังกล่าวอาจกระทำโดย²⁷

- กำหนดส่วนแบ่งทางการตลาดให้แก่ผู้ผลิตเป็นร้อยละที่แน่นอนของอุปสงค์ที่มีอยู่ (fixed percentage of available demand) หรือ
- แบ่งตลาดออกเป็นภูมิภาค (geographically) และจำกัดให้ผู้ผลิตแต่ละรายจะขายได้เฉพาะเขต (area) ที่กำหนด หรือ
- การจัดสรรลูกค้าให้แก่ผู้ขายแต่ละราย หรือ

²⁵ William T. Schantz and Leonard F. Robertson, "Antitrust Law" in Essential Business Law, p.563.

²⁶ วิบูลย์ ตั้งกิตติภรณ์, "การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหามบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 28.

²⁷ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ, หน้า 2:15.

- การจัดสรรโดยกำหนดมิให้ขายสินค้าแข่งกันในเขตที่กำหนด เช่น กำหนดว่าในเขต A นาย ก.จะขายเฉพาะเครื่องใช้ขนาดเล็ก (small appliance) ส่วนนาย ข.ต้องขายเฉพาะเครื่องใช้ขนาดใหญ่เท่านั้น (large appliance)

การแบ่งตลาดจะได้ผลต่อเมื่อผู้ที่เป็น หรือน่าจะเป็นคู่แข่งกัน ตกลงที่จะจำกัดการผลิตหรือการขายสินค้าหรือบริการของตน เพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันระหว่างสินค้าหรือบริการของแต่ละฝ่ายซึ่งต่างยี่ห้อกัน (interbrand)²⁸ และถือได้ว่าการแบ่งตลาดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพในการมีอำนาจทางการตลาดมากกว่าการกำหนดราคา กล่าวคือเป็นการให้หลักประกันแก่ผู้ขายว่าเขามีตลาดแน่นอน (certain market) ที่สามารถจะควบคุมส่วนแบ่งตลาดได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณภาพของสินค้า ประสิทธิภาพในการผลิต หรืออุปสงค์ใดๆ เลย ดังนั้น การแบ่งตลาดจึงเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเติบโตของตลาดและการแข่งขัน ผู้ผลิตที่ไม่มีประสิทธิภาพ (inefficient producers) ก็จะได้รับความคิดครอบงำ เพราะเหตุที่ไม่มีแรงจูงใจในการลดต้นทุนเพื่อแข่งขันกัน ดังนั้นต้นทุนโดยรวมก็ยังคงสูงอยู่ หากการแบ่งตลาดนั้นมีผลทำให้ธุรกิจน้อยรายมีอำนาจผูกขาดอย่างแท้จริงในเขตที่กำหนด ถือว่าการแบ่งตลาดนั้นเป็นการต่อต้านการแข่งขัน²⁹

*Joint Venture (JV)*³⁰

คือการรวมตัวกันของผู้ประกอบกิจการสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น และมีลักษณะดังต่อไปนี้

- JV อยู่ภายใต้ความกำกับดูแลร่วมกันของผู้ประกอบกิจการที่ก่อตั้ง JV นั้นๆ
- ผู้ก่อตั้ง JV ล้วนได้ทุ่มเทพยายามอย่างสำคัญใน JV นั้น
- JV เป็นหน่วยองค์กรธุรกิจแยกต่างหากจากผู้ก่อตั้ง
- JV ก่อให้เกิดหน่วยทางธุรกิจใหม่ซึ่งสามารถผลิตภัณฑ์ใหม่ คิดค้นเทคโนโลยีใหม่ และเข้าสู่ตลาดใหม่

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ เรื่องเดียวกัน.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า3:71.

การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างผู้แข่งขันเกี่ยวกับราคา ต้นทุนการผลิตและ
สินค้า ฯลฯ³¹

โดยปกติแล้ว การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารกันทำให้การแข่งขันในตลาดที่มีผู้แข่งขันมากมาย สมบูรณ์และถูกต้องตามกฎหมายยิ่งขึ้น แต่ในขณะเดียวกันผลเสียจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารคือ ตลาดจะอยู่ในภาวะที่มีผู้แข่งขันน้อยราย (oligopoly) ทำให้ง่ายต่อการรวมตัวกันสร้างพฤติกรรมอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่น ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าให้สูงขึ้น

การร่วมกันปฏิเสธที่จะไม่ทำธุรกิจกับบุคคลที่ 3 (Group Boycotts and Concerted Refusal to Deal)³²

เป็นการรวมตัวระหว่างคู่แข่งกลุ่มหนึ่งเพื่อขจัด หรือแทรกแซง (interfere) คู่แข่งอื่น ในบางครั้งแม้การรวมตัวกันนี้จะเป็นในแนวนอน แต่อาจเป็นการรวมตัวในแนวตั้งร่วมด้วย (vertical component) เพื่อให้บรรลุผลที่ต้องการ ตัวอย่างเช่น การที่กลุ่มผู้จัดจำหน่ายรวมตัวกันเพื่อกำจัดผู้จัดจำหน่ายสินค้ารายหนึ่งออกไป กลุ่มผู้จัดจำหน่ายนี้อาจคุกคาม (threaten) โดยตรงและโดยอ้อมแก่ผู้ผลิตโดยแจ้งว่าจะระงับการสั่งซื้อสินค้าจากผู้ผลิตหากผู้ผลิตนั้นๆ ขายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่เขาต้องการกำจัด หรืออาจจะแจ้งแก่ผู้ค้าปลีก (retailer) โดยห้ามมิให้ซื้อสินค้าจากผู้จัดจำหน่ายที่เป็นเป้าหมาย (target distributor) มิฉะนั้นกลุ่มผู้จัดจำหน่ายกลุ่มนี้จะไม่ขายสินค้าให้

(2.2) ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (vertical agreement)

เป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีซึ่งอยู่คนละลำดับชั้นการผลิต (market chain) โดยข้อตกลงดังกล่าวมักอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในรัฐนั้นๆ และมีความ

³¹ Phillip Areeda, "American Antitrust Law" in Talk of American Law (Voice of America, Forum Lecture) p. 204, cited in วิบูลย์ ตังกิตติภรณ์, "การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย", หน้า 29.

³² สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ, หน้า 2:16.

เป็นไปได้ว่าจะเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและอยู่ภายใต้หลักแห่งเหตุผล (rule of reason)* หรือแล้วแต่กรณีแห่งคดีความ ตัวอย่างเช่น

การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ (exclusive dealing)

เป็นการทำความตกลงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายอ่อนแอกว่าจะต้องยอมรับเงื่อนไขที่จะไม่ทำธุรกรรมกับคู่แข่งของคู่สัญญาที่เข้มแข็งกว่า เช่นผู้ผลิตสินค้าบังคับให้ตัวแทนจำหน่ายสินค้าของตน (dealer) ต้องยอมรับเงื่อนไขที่จะไม่จำหน่ายสินค้าของคู่แข่งชั้น หรือบริษัทการค้า (trading company) บังคับให้ผู้ผลิตสินค้านำเข้ารับเงื่อนไขที่ว่า จะต้องไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้กับบริษัทการค้าคู่แข่งเป็นต้น

ข้อตกลงจำกัดในเรืองอาณาเขต (exclusive territory)

เป็นการจำกัดทางเลือก ของบริษัทในเรื่องสถานที่ตั้งของบริษัท

สัญญาขายควบ (tying agreement)

เป็นข้อตกลงที่ผู้ขายพยายามจำกัดมิให้ผู้ซื้อไปซื้อสินค้าจากคู่แข่ง โดยกำหนดว่าจะขายสินค้าอีกชนิดให้กับผู้ซื้อ เมื่อผู้ซื้อซื้อสินค้าชนิดอื่นจากผู้ขายด้วย

resale price maintenance

เป็นข้อตกลงที่ผู้ผลิตกำหนดว่าจะขายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่ยอมผูกพันตนตามราคาขายต่อ (resale price) ที่กำหนดไว้ โดยผู้ผลิตจะควบคุมชนิดของลูกค้า หรือ location ของร้านค้า การที่ผู้ผลิตกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายหรือขายต่อ ขายสินค้าในราคาเท่าๆ กัน จะเป็นการลดการแข่งขันภายในยี่ห้อเดียวกันลง (intra-brand competition)

เป็นเรื่องยากที่จะประเมินว่า ลักษณะของข้อตกลงดังกล่าวเป็นสิ่งดีต่อการดำเนินธุรกิจหรือไม่ เพราะเหตุว่า ขณะที่พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการจำกัดความสามารถในการแข่งขันโดย

* The rule of reason กฎนี้วิวัฒนาการมาจากคำพิพากษา ไม่มีมาตรฐานที่แน่นอน และเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ บางครั้งศาลอาจตีความอย่างกว้างและบางครั้งก็ตีความอย่างแคบ ดังนั้นหลักแห่งเหตุผลจึงเป็นหลักการมอบอำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ศาล แต่การใช้ดุลพินิจของศาลจะต้องคำนึงถึงเวลาและสถานที่ที่ข้อตกลงหรือสัญญานั้นใช้บังคับ จึงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ผลของข้อตกลงหรือสัญญานั้นเป็นการจำกัดทางการค้าเพียงใด.

อิสระของบริษัท แต่ขณะเดียวกันก็เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพแก่ผู้ที่อยู่ในลำดับชั้นใดๆ ของกลุ่มสถานการณ์นี้อาจเรียกได้ว่าเป็น "double marginalization" คือการที่ผู้ที่อยู่ในลำดับชั้นใดๆ ของกลุ่มอาจมีทางเลือกว่า หากยอมรับเอาประโยชน์อย่างหนึ่งในกลุ่มลำดับชั้นนี้ ก็ไม่อาจแข่งขันได้อย่างเต็มที่นอก Chain ที่ตนอยู่ สิ่งเหล่านี้เองที่ทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ เพราะกลุ่ม market chain นี้ จะสามารถกำกับกระบวนการซื้อขายสินค้าอย่างเต็มรูปแบบ ทำให้ทางเลือกของผู้บริโภคลดน้อยลง ราคาสินค้าอาจสูงกว่าที่ควรจะเป็น และปริมาณก็น้อยกว่าที่ควรจะเป็นด้วย ทำให้สังคมเสียประโยชน์

(2.3) การรวมกิจการ (merger)

เป็นการผูกขาดชนิดหนึ่ง โดยรวมกลุ่มของผู้ประกอบการหลายรายซึ่งเดิมแยกออกจากกัน มาเป็นผู้ประกอบการรายเดียวกัน โดยอาจแยกลักษณะการรวมกิจการออกได้เป็น 3 ลักษณะคือ

(2.3.1) การรวมกิจการในแนวนอน (horizontal Merger)

เป็นการรวมเข้าด้วยกันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ที่อยู่ในระดับเดียวกันในตลาดสินค้าและบริการ เช่น ระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิตด้วยกัน หรือระหว่างผู้จำหน่ายกับผู้จำหน่ายด้วยกัน เป็นต้น โดยบรรดาผู้ประกอบการเหล่านั้นประกอบกิจการแข่งขันกันในกิจกรรมทางธุรกิจประเภทเดียวกัน เช่น บริษัทผลิตรถยนต์ ก. รวมเข้ากับบริษัทผลิตรถยนต์ ข. หรือบริษัทผลิตเสื้อผ้าสำเร็จรูป ก. รวมเข้ากับบริษัทผลิตเสื้อผ้าสำเร็จรูป ข. เป็นต้น

การรวมกิจการในแนวนอนนี้ มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างตลาด เป็นการเพิ่มการกระจุกตัว (concentration) ทำให้การแข่งขันลดลงอย่างเห็นได้ชัด หรืออาจทำให้การแข่งขันหมดไป ทำให้เกิดการผูกขาดที่สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าได้โดยสมบูรณ์ ผู้บริโภคย่อมจะได้รับความเดือดร้อน

อย่างไรก็ดี การรวมกิจการในแนวนอนนี้ก็มีผลสำคัญทางเศรษฐกิจได้เช่นกัน นั่นคือ การก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาด (economy of scale) อันนำไปสู่การลดต้นทุนการผลิตที่จะทำให้ระดับราคาของสินค้าลดลง ซึ่งเป็นผลดีต่อผู้บริโภคโดยรวม³³

(2.3.2) การรวมกิจการในแนวตั้ง (vertical Mergers)

เป็นการรวมเข้าด้วยกันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับกัน แต่อยู่ในขั้นตอนการผลิตเดียวกัน เช่น การรวมเข้าด้วยกันของบริษัทเลี้ยงไก่กับบริษัทผลิตอาหารไก่เป็นต้น จะเห็นได้ว่าบริษัททั้งสอง อยู่ในตลาดที่ต่างระดับกัน โดยสภาพย่อมไม่มีการแข่งขันระหว่างกัน แต่ต้องพึ่งพากัน³⁴

การรวมกิจการในแนวตั้งนี้ เป็นไปเพื่อลดการติดต่อทั้งหมดในกระบวนการผลิต ก่อให้เกิดการดำเนินธุรกิจแบบครบวงจร ต้นทุนการดำเนินการลดลง การใช้ทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม การรวมกิจการในแนวตั้งนี้ก็อาจเกิดผลเสียต่อการแข่งขันได้เช่นกัน เพราะจะทำให้การเข้ามาแข่งขันในตลาดเป็นไปยาก หรือเกิดการเสียเปรียบในการแข่งขัน จากตัวอย่าง การที่บริษัทเลี้ยงไก่รวมกับบริษัทผลิตอาหารไก่ ย่อมเป็นผลให้บริษัทเลี้ยงไก่อยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าผู้เลี้ยงไก่อthers ที่เป็นคู่แข่งในตลาด เพราะสามารถควบคุมวัตถุดิบที่เป็นปัจจัยการผลิตโดยตรง ย่อมทำให้ต้นทุนการเลี้ยงไก่อต่ำลง สามารถที่จะกำหนดราคาขายให้ต่ำกว่าคู่แข่งได้ ทำให้ผู้เลี้ยงไก่อthers ไม่สามารถแข่งขันได้ นอกจากนั้น ยังเป็นการสร้างอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด (barrier-to-entry) ไม่มีแรงจูงใจให้ผู้แข่งขันรายใหม่ ๆ เข้ามา เพราะรู้ว่าไม่สามารถแข่งขันได้³⁵

(2.3.3) การรวมกิจการแบบหลากหลาย (Conglomerate)

เป็นการรวมเข้าด้วยกันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดต่างกัน โดยกิจการที่รวมเข้ากันนั้นไม่มีความเกี่ยวเนื่องกันแต่อย่างใด เช่น การรวมเป็นกลุ่มกันของ Holding

³³ สุธีร์ ศุภนิติย์, “การควบคุมการควบกิจการ (merger control)”, วารสารนิติศาสตร์ 24, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2537) : 691.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 692.

³⁵ เรื่องเดียวกัน.

Company ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในประเทศไทยได้แก่ เครือสหพัฒน์ปิบูลย์ ที่รวมการผลิตสินค้าหลายอย่างที่ไม่เกี่ยวข้องกันเลยไว้ด้วยกัน การ Conglomerate ทำให้สินค้าทุกชนิดอยู่ภายใต้นโยบายกลาง มีการโอนกำไรกลับไปหาบริษัทแม่ ทำให้ต้นทุนทางสังคมสูงขึ้น และผลกระทบไปให้ผู้บริโภค

Conglomerate ไม่มีผลต่อการกระจุกตัว หรือทำให้การแข่งขันลดลงแต่อย่างใด ทั้งวัตถุประสงค์ก็ไม่ใช่เพื่อการสร้างอำนาจตลาดเหมือนการรวมกิจการสองประเภทแรก แต่เป็นการขยายอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือสร้างอาณาจักรธุรกิจที่ยิ่งใหญ่ (business empire) ขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ก็ดี อาจก่อให้เกิดการกระจุกตัวในระบบเศรษฐกิจได้³⁶

(2.4) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position)

เป็นการใช้อิทธิพลเหนือผู้อื่น โดยที่ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งในตลาดอย่างมาก สามารถที่จะใช้อำนาจกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายย่อยอื่น ๆ ได้ และทำให้ผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อน เช่น

- การตั้งราคาในการผูกขาด (price domination) หรือ
- การตั้งราคาเกินสมควร (excessive pricing) หรือ
- การปฏิเสธที่จะไม่จำหน่ายสินค้าให้ (refusal to supply)

ผลก็คือสวัสดิการสังคม (social welfare) ลดลง ผู้ได้รับผลประโยชน์คือผู้ผูกขาดเพียงผู้เดียว ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในประเทศไทย คือ การดำเนินการของบริษัทเครือ CP ที่ผูกขาดด้านผลิตภัณฑ์อาหาร หรือผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร แม้ว่าภาครัฐจะเข้าไปช่วยชาวบ้าน โดยการตั้งสหกรณ์ในท้องถิ่นต่างๆ ขึ้น ก็ยังไม่อาจเจาะตลาดที่ถูกครองโดย CP ได้

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

2.3 นโยบายการแข่งขันในระบบตลาดโลก (Competition Policy in Global Markets)

2.3.1 การแข่งขันในระบบตลาดโลก (competition in global markets)

ปัญหาการแข่งขันข้ามพรมแดนทวีความรุนแรงมากขึ้นในระบบตลาดโลก รัฐบาลของประเทศต่างๆ พยายามที่จะหากฎเกณฑ์เพื่อมากำกับดูแลปัญหาดังกล่าว การดำเนินนโยบายบางประการ เช่น การลดกฎระเบียบต่างๆ ลง (deregulation) การปฏิรูปองค์กรของรัฐเพื่อให้มีต้นทุนต่ำลงแต่ประสิทธิภาพสูงขึ้น (privatization) การลงทุนทางตรง (direct investment) เหล่านี้ อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันและความมีประสิทธิภาพของระบบตลาดได้ จึงเกิดแนวร่วมทางความคิดว่ารัฐบาลควรที่จะให้ความสำคัญในเรื่องกลไกตลาดและการแข่งขันให้มากขึ้น

ประเทศส่วนใหญ่ในโลกเชื่อว่า การเปิดเสรีทางการค้าเกิด จะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดแก่ระบบการค้าและการดำเนินธุรกิจในโลก การรวมตัวเพื่อสร้างเขตการค้าเสรีของบรรดาประเทศผู้นำ มักจะเป็นตัวอย่างที่ให้แก่ประเทศอื่นๆ เช่น การรวมกลุ่มของประเทศในยุโรปตะวันออก ที่มีประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั้งหลายคอยสังเกตการณ์อยู่อย่างสนใจ³⁷ ขณะที่การค้าเริ่มขยายตัวได้โดยปราศจากอุปสรรค การแข่งขันก็ยิ่งทวีความรุนแรงตามมา การพัฒนากฎหมายการแข่งขันจึงเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วในหลายๆ ระบบเศรษฐกิจ โดยในช่วงทศวรรษที่ 1990 เช่น ประเทศในกลุ่ม OECD ทั้งหมดมีกฎหมายการแข่งขันเป็นของตนเอง โดย 30 ประเทศทั่วโลกมีกฎหมายการแข่งขันใช้ในขณะนี้ และในราวกลางปี 1996 มากกว่า 20 ประเทศที่มีอยู่ในระยะเตรียมการ³⁸ อย่างไรก็ตาม การพัฒนากฎหมายดังกล่าว ก็จำกัดอยู่แต่เฉพาะในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วหรือกำลังพัฒนาเท่านั้น

ปัญหาการแข่งขันได้กลายเป็นปัญหาที่สำคัญยิ่งต่อระบบตลาดรวม เพราะสินค้าและบริการต่างๆ ได้การกระจายไปทั่วโลก มีการผลิตบางชนิดที่ผู้ผลิตสามารถกระจายสินค้าไปยังทุกๆ ประเทศ เช่น การให้บริการด้านอินเทอร์เน็ต (internet services) หรือ computer hardware และ

³⁷ Estrin, S. and P. Holmes, *Competition and Economic Integration in Europe* (Cheltenham : Edward Elgar, 1998).

³⁸ UNCTAD, 1997, Annex Table A. 22, cited in P.J. Lloyd and Kerrin M. Vautier, *Promoting Competition in Global Market : a multi-national approach* (Cheltenham : Edward Elgar, 1999), p.7.

software กิจการด้านโทรคมนาคม (telecommunication) การบริการด้านการบินพลเรือน (civil aviation services) และ Coca Cola เป็นต้น

รูปแบบของการผลิตก็เกิดขึ้นมากมาย เช่นมีการรวมตัวกันผลิตระหว่างประเทศนั้น ซึ่งอยู่ในรูปของการที่ผู้ผลิตสินค้าในลำดับขั้นต่างๆ มีการจำหน่ายสินค้าไปยังหลายๆ ประเทศ รวมตัวกับผู้ผลิตซึ่งเป็นผู้จัดหาทรัพยากรในการผลิตจากแหล่งประเทศที่ถูกที่สุด พฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นการจำกัดทางการค้าในแนวดิ่ง (vertical restrains) ได้ โดยมีรูปแบบ เช่น เป็นการรวมกิจการ (merger) การเพิกถอนหรือจำกัดสิทธิ (foreclosures) หรือการจำกัดปริมาณการขายสินค้าในผู้ผลิตลำดับล่าง ส่วนรูปแบบอื่น เช่น กรณีที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีใช้อำนาจขยายออกไปเป็นอย่างมากในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรู้ในเชิงอุตสาหกรรม (knowledge-intensive industry) ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อการแข่งขันมาก เพราะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น อาจเป็นองค์ประกอบหนึ่งก่อให้เกิดการผูกขาด (monopoly) หรือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position) ได้ ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศ กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า จะถูกใช้เพื่อห้ามการนำเข้าสินค้าที่เทียบเท่ากัน (parallel import) จากประเทศอื่นๆ นอกจากผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับอนุญาต (authorized dealer) เท่านั้น

การดำเนินธุรกิจก็เช่นเดียวกัน มีการพัฒนาเป็นรูปแบบใหม่ๆ มากมายเริ่มที่จะปรากฏในตลาดโลกและเติบโตอย่างรวดเร็ว เช่น การรวมกันเป็นพันธมิตรข้ามชาติ (cross-border alliance) ในรูปแบบต่างๆ อาทิ join venture, licensing และ franchising นอกจากนี้ยังมีการรวมตัวกันเพื่อการวิจัยและพัฒนา (R&D) และการผลิตเชิงกลยุทธ์ (strategic production)³⁹ เป็นต้น

อิทธิพลของการมีอำนาจเหนือตลาดของบรรดาธุรกิจต่างๆ จึงเริ่มส่งผลต่อการเปิดเสรีทางการค้าทั้งภาคสินค้าและภาคบริการ ในช่วงทศวรรษที่ 1980-1990 เครื่องมือที่จะจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการแต่ฝ่ายเดียว (unilateral) การดำเนินการในระดับภูมิภาค (regional) และระดับพหุภาคี (multilateral) ก็ถูกนำมาใช้เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าลง อาทิ การดำเนินการในรูปพหุภาคีภายใต้ความตกลงรอบอุรุกวัย (the Uruguay Round Agreements) ซึ่งมีการดำเนินต่อไปจนกระทั่งได้รับการปฏิบัติให้เกิดผลสำเร็จ (implement) ในปี 2005

³⁹ UNCTAD, 1997, Chapter V, cited in Ibid., p. 8.

ระบบตลาดรวมจะเน้นถึงการเชื่อมโยงกันของตลาดภายใน ซึ่งจะช่วยให้อุปสรรคทางการค้าและการลงทุนลดลง ผู้ผลิตโดยส่วนใหญ่ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตภายใน หรือบริษัทข้ามชาติ (multinational corporation firm) ต่างก็ตระหนักดีว่าการแข่งขันกำลังทวีความรุนแรงมากขึ้นทุกขณะ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องหาหนทางที่จะทำให้ตลาดภายในมีความเชื่อมโยงถึงกันได้ มีผู้อธิบายถึงบริษัทข้ามชาติ (multinational corporation) ว่ามีอยู่ 2 ลักษณะ ประการแรกได้แก่บริษัทข้ามชาติที่มีการผลิตสินค้าในประเทศหนึ่ง (home country) แล้วส่งออกไปยังต่างประเทศ (foreign country) ซึ่งเป็นประเพณีทางการค้าและเป็นพื้นฐานของระบบการค้าที่ประพฤติปฏิบัติกันมากกว่า 50 ปี ส่วนประการที่สอง เป็นลักษณะของการตั้งบริษัทสาขา (affiliate corporation) ในต่างประเทศ (foreign country) ที่ซึ่งผู้ซื้อพำนักอยู่ ทางเลือกระหว่าง 2 ลักษณะดังกล่าว ได้กลายมาเป็นพื้นฐานสำคัญทางทฤษฎีว่าด้วยบริษัทข้ามชาติ (multinational firm) ไปจนถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงทุนข้ามชาติในยุคปัจจุบัน⁴⁰ การดำเนินการในลักษณะที่สองนั้นถือเป็นการผลิตระหว่างประเทศ (international production) ที่การผลิตอยู่ในประเทศหนึ่ง แต่ควบคุมการดำเนินการโดยบริษัทข้ามชาติ (multinational corporation) ที่ตั้งอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง⁴¹

อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติ มีการดำเนินการในอีกรูปแบบหนึ่งที่น่าสนใจจะทวีความสำคัญมากขึ้น โดยเป็นลักษณะของการตั้งบริษัทสาขา (affiliate) ในต่างประเทศ (foreign country) และทำการส่งออกสินค้าจากประเทศนั้นเอง ลักษณะของการดำเนินการอย่างที่สองและสามได้กลายมาเป็นลักษณะที่มีความสำคัญยิ่ง เนื่องจากการแข่งขันที่เพิ่มมากขึ้นในการเข้าสู่ตลาด และการข้ามพรมแดนนั้นเป็นไปได้โดยง่าย การแข่งขันจึงทวีความรุนแรงควบคู่ไปกับการเคลื่อนไหวโดยเสรีของเงินทุน

ที่ประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (The United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ได้ประมาณการค้าของบริษัทสาขาทั่วโลกโดยการนำข้อมูลจากประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา มาเป็นพื้นฐานในการคำนวณหาสัดส่วนการลงทุนข้ามชาติในโลก ผลจากการประมาณการดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ปริมาณการค้าของบริษัทสาขามีจำนวนมากกว่าปริมาณการส่งออกซึ่งสินค้าและบริการ ในทุกๆ ปีตั้งแต่เริ่มดำเนินการ และในปี 1984 ซึ่งเป็นปีสุดท้ายที่ดำเนินการสำรวจ ปริมาณการค้าของบริษัทสาขายัง

⁴⁰ Etheir, 1994, and Markusen, 1995, cited in Ibid., p. 9.

⁴¹ Cantwell, 1994, p.303, cited in Ibid.

คงเป็น 3 เท่าของปริมาณการนำเข้าซึ่งสินค้าและบริการ⁴² อยู่ ส่วนการสำรวจเกี่ยวกับบริษัทข้ามชาติ (transnational corporation) นั้น UNCTAD คาดการณ์ว่าสัดส่วนของปริมาณการค้าในรูปของการผลิตระหว่างประเทศจะเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง⁴³ เช่นเดียวกัน

2.3.2 นโยบายของภาครัฐ (government policies) และพฤติกรรมการค้าดำเนินธุรกิจ (business conduct) ที่มีผลต่อการกำหนดนโยบายแข่งขัน

ประเด็นเรื่อง "นโยบายการแข่งขัน" กลายเป็นประเด็นเด่นที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในวาระการประชุมระดับระหว่างประเทศ และยังคงเป็นปัญหาในเรื่องการให้คำนิยามว่า ควรที่จะกำหนดให้มีหรือไม่มีประเด็นใดบ้าง ซึ่งในการกำหนดประเด็นใดๆ นั้นควรที่จะเป็นที่ยอมรับของทุกๆ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องด้วย

ในมุมมองกว้าง นโยบายการแข่งขัน เป็นนโยบายของรัฐ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันในระบบตลาด บางครั้งก็มีความสำคัญเกี่ยวเนื่องกับประเด็นทางการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเลี่ยงไม่ได้ เพราะทั้งสองประเด็นล้วนแต่มีผลโดยตรงต่อการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันได้ ในทางกลับกันมี ในมุมมองแคบ อาจเป็นเพียงกฎหมายการแข่งขันหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดเท่านั้น โดยไม่มีนโยบายอื่นๆ ที่มีจุดประสงค์ หรือมีผลต่อการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดโดยประการอื่นเลย อย่างไรก็ตาม แนวทางหลังที่พิจารณานโยบายการแข่งขันอย่างแคบนี้ก็ไม่น่าจะได้รับการเห็นชอบ เพราะหลายๆ ฝ่ายเชื่อว่าจะเป็นการดีกว่าถ้าจะพิจารณาถึงทุกๆ ประเด็นที่มีความสำคัญต่อการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาด

ประเด็นต่างๆ ที่มีผลต่อการกำหนดนโยบายการแข่งขันอาจมีที่มาจากหลายแห่ง ทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งได้แก่ นโยบายของภาครัฐและพฤติกรรมการค้าดำเนินธุรกิจหลักที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาด⁴⁴ ดังนี้

⁴² UNCTAD, 1997, Table I.3, cited in Ibid.

⁴³ UNCTAD, 1997, p.36-38, cited in Ibid.

⁴⁴ Ibid., p.11.

(1) นโยบายของภาครัฐ ได้แก่

- การเปิดตลาดสินค้า (market access for trade in goods)
- การเปิดตลาดการบริการ (market access for services)
- การเยียวยาทางการค้า (trade remedies)
- การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (FDI)
- การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ (government procurement)
- การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (IPR)
- มาตรฐานต่าง ๆ (standards)
- กฎระเบียบภายใน (regulation)
- การปฏิรูปองค์กร (privatization)
- กฎหมายการแข่งขัน (competition law)

(2) พฤติกรรมกรรมการดำเนินธุรกิจ ทั้งของภาครัฐและเอกชน

- พฤติกรรมที่มีการปฏิบัติแต่ฝ่ายเดียว (unilateral conduct)
- พฤติกรรมที่มีกระทำร่วมกัน (collusive conduct)

เมื่อมีการกำหนดนโยบายการแข่งขันแล้ว กฎหมายการแข่งขันก็จะเป็นเครื่องมือที่จะช่วยให้การดำเนินการตามนโยบายนั้นบรรลุผลได้ทางหนึ่ง โดยเนื้อหาจะระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงถึงประเด็นเรื่องการแข่งขันที่เกิดจากพฤติกรรมหรือโครงสร้างของการดำเนินธุรกิจ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจต้องใช้ควบคู่ไปกับกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับอื่นๆ เป็นต้นว่ากฎหมายว่าด้วยการค้าหรือกฎหมายว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมหรือโครงสร้างของการดำเนินธุรกิจได้ ซึ่งกฎหมายประเภทนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขัน หรือ Competition-related law

2.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขันกับนโยบายการค้า

ความตึงเครียดระหว่างวัตถุประสงค์ของการดำเนินนโยบายการแข่งขันกับนโยบายการค้าเกิดขึ้นมานานแล้วตั้งแต่ในช่วงแรกๆ ที่เริ่มมีนโยบายดังกล่าว ในช่วงศตวรรษที่ผ่านมา กฎหมายการแข่งขันเกิดขึ้นในสหรัฐฯ แต่ขณะเดียวกันนั้นรัฐบาลสหรัฐฯ ก็ดำเนินนโยบายทางการค้าโดยกำหนดอัตราภาษีศุลกากรที่สูงมาก ซึ่งเป็นการจำกัดต่อการแข่งขัน กฎหมายการ

แข่งขันจึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเยียวยาแก่ผู้แข่งขันต่างชาติ ที่ได้รับผลกระทบจากการจำกัดทางการค้า ที่มาจากการดำเนินนโยบายการค้าเสรีของรัฐบาลนั่นเอง เพราะเชื่อว่ากฎหมายการแข่งขันจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยลดความตึงเครียดระหว่างนโยบายการแข่งขันและนโยบายการค้าได้ อย่างไรก็ตามก็ดี การจำกัดการแข่งขันทางการค้าก็ยังคงมีอยู่ เช่น จากกฎหมายป้องกันการทุ่มตลาดที่หลายๆ ประเทศมักใช้เป็นเครื่องมือในการปกป้องตลาดภายในของตน จากความขัดแย้งของการดำเนินนโยบายทั้งสองประเภทดังกล่าว จึงเริ่มมีการตระหนักว่า แม้นโยบายการค้าเสรีจะยกเลิกอุปสรรคของภาครัฐที่มีต่อนักลงทุนต่างชาติ แต่ถึงกระนั้นก็ไม่สามารถขจัดอุปสรรคต่อการแข่งขันที่เกิดจากพฤติกรรมของภาครัฐกิจได้⁴⁵

ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการค้าและนโยบายการแข่งขันจึงเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจเป็นอย่างมาก วัตถุประสงค์ของนโยบายการแข่งขันคือการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมในตลาดเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ผู้บริโภค ในขณะที่นโยบายการค้าจะให้ความสำคัญกับการปกป้องและคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ผลิตและกลุ่มอุตสาหกรรมภายในมากกว่า ทำให้การจัดสรรทรัพยากรไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และผู้บริโภคไม่ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ มาตรการทางการค้าบางมาตรการ เช่น การเก็บภาษีต่อต้านการทุ่มตลาด เมื่อมองอีกมุมหนึ่ง ก็อาจถือได้ว่าเป็นการปิดโอกาสการเข้าสู่ตลาดของสินค้าราคาถูกจากต่างประเทศ หรือในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ในอีกแง่มุมอาจถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินผูกขาดการใช้ทรัพย์สิน หรือแสวงหาผลประโยชน์เกินสมควรจากการเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นได้ การใช้มาตรการทางการค้าบางมาตรการจึงนับว่าขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการแข่งขันเสรี⁴⁶

อย่างไรก็ดี มีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันออกไป โดยแนวความคิดแรกเชื่อว่า นโยบายการค้าที่เสรีนั้นจะต้องกระทำควบคู่ไปกับนโยบายการแข่งขันที่แข็งแกร่ง โดยมองว่าการเปิดเสรีทางการค้าเป็นการลดอุปสรรคที่กีดกันการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ทำให้ตลาดมีการแข่งขันมากขึ้น แต่ถ้าตลาดภายในประเทศยังมีการผูกขาด การเปิดตลาดก็จะไม่มีผลต่อการค้าหรือการลงทุนในตลาดเท่าใดนัก ถ้าปราศจากนโยบายการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพแล้ว

⁴⁵ Michael J. Trebilcock, "Competition Law and Trade Policy : Mediating the Interface", *Journal of World Trade* 30 (August 1996) : 72-73.

⁴⁶ อรมน ชุตินทร, "WTO เริ่มให้ความสนใจกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ", *วารสารเศรษฐกิจการพาณิชย์* 29 (พ.ค.-มิ.ย.41) : 23-24.

นโยบายการค้าเสรีก็จะไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันอันจะนำไปสู่การพัฒนาประสิทธิภาพของตลาดตั้งที่ควรจะเป็น⁴⁷

แนวความคิดที่สองเชื่อว่า นโยบายการค้าที่เสรีสามารถทดแทนนโยบายการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพได้ โดยมองว่าผลของการเจรจาการค้าเสรีใน GATT ทำให้ภาษีศุลกากรทั้งในประเทศที่พัฒนาแล้วและในประเทศที่กำลังพัฒนาต่ำลงมาก* ทำให้สินค้าภายในประเทศต้องแข่งขันกับสินค้านำเข้ามากขึ้น แต่สินค้าที่ต้องเผชิญกับแรงกดดันของการแข่งขันจากต่างประเทศจะเป็นเพียงสินค้าที่มีการซื้อขายระหว่างประเทศ (tradable goods) เช่น สินค้าอุปโภคบริโภคทั่วไปเท่านั้น ส่วนสินค้าที่ไม่มีการค้าขายระหว่างประเทศ (non-tradable goods) เช่น สินค้าที่มีค่าขนส่งสูงซึ่งได้แก่ อาหารสด ก๊าซปิโตรเลียมเหลว ซีเมนต์ หรือการบริการหลายประเภท โดยเฉพาะบริการสาธารณูปโภคพื้นฐาน รวมถึงการขนส่ง การสื่อสาร (ยกเว้นโทรศัพท์ทางไกล) การไฟฟ้า การประปา⁴⁸ จะไม่ได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีการค้าเท่าใดนัก ยกเว้นในส่วนของวัตถุดิบ อุปกรณ์ หรือวัสดุที่ต้องใช้ในประกอบกิจการที่มีการค้าขายระหว่างประเทศ⁴⁸

สำหรับธุรกิจที่ไม่มีการค้าข้ามพรมแดน เช่น การบริการบางประเภทนั้น นโยบายการลงทุนที่เสรีจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดมากกว่านโยบายการค้าเสรี ทั้งนี้เพื่อที่จะเสนอขายบริการ ผู้ประกอบการต่างชาติจะต้องมี commercial presence ในทำนองเดียวกัน สินค้าที่มีต้นทุนในการขนส่งสูง เช่น ก๊าซธรรมชาติ ถ้าบริษัทต่างชาติต้องการเข้ามาแข่งขัน ก็ต้องเข้ามาลงทุนโดยการสร้างเครือข่ายการขนส่งก๊าซ

ตัวอย่างมาตรการหรือนโยบายทางการค้าที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการกีดกันการค้าและจำกัดการแข่งขัน

⁴⁷ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, "การป้องกันการผูกขาด", เอกสารประกอบการประชุมเสนาธิการวิจัยครั้งที่ 3 เรื่องการป้องกันการผูกขาด กฎหมายป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ระบบข้อมูลและสารสนเทศของกระทรวงพาณิชย์ กฎหมายบริษัท, 28 มีนาคม 2541. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

* การเจรจา GATT รอบสุดท้าย ส่งผลให้อัตราภาษีศุลกากรในนานาประเทศต่ำลงอย่างชัดเจน อัตราภาษีการนำเข้าสินค้าอุตสาหกรรมสำหรับประเทศที่พัฒนาแล้วลดจากร้อยละ 6.3 เหลือ 3.9 ประเทศที่กำลังพัฒนาลดจาก 15.3 เหลือ 12.3 และประเทศที่อยู่ระหว่างการปรับเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจลดจากร้อยละ 8.6 มาเป็นร้อยละ 6.0.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

(1) การเพิ่มอัตราภาษีศุลกากร

- เป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายของผู้นำเข้า ทำให้สินค้านำเข้ามีราคาสูงขึ้น ส่งผลเป็นการลดความสามารถในการแข่งขันของสินค้านำเข้า
- ทำให้ผู้ผลิตภายในประเทศ โดยเฉพาะผู้ผลิตที่ผูกขาดตลาด อาจถือโอกาสขึ้นราคาสินค้า โดยไม่ต้องกังวลว่าจะเสียลูกค้าให้คู่แข่งจากต่างประเทศ

(2) การใช้มาตรการจำกัดการนำเข้า เช่น

- กำหนดโควต้า หรือกำหนดกฎระเบียบนำเข้าที่เข้มงวดเกินความจำเป็น
- เป็นการลดโอกาสในการแข่งขันของผู้ผลิตจากต่างประเทศ เนื่องจากผู้ที่ไม่ได้รับโควต้าจะถูกลดโอกาสในการแข่งขัน
- การจำกัดปริมาณการนำเข้าของสินค้าต่างประเทศ ทำให้ผู้ขายในประเทศไม่ต้องกังวลว่าจะสูญเสียส่วนแบ่งตลาดให้กับผู้นำเข้า และยังสามารถเพิ่มราคาสินค้าให้สูงขึ้นได้โดยไม่ต้องกลัวว่าจะเสียลูกค้า

(3) มาตรการอุดหนุนหรือการให้การช่วยเหลือของรัฐบาล

- ทำให้กลุ่มที่ได้รับผลประโยชน์สามารถผูกขาดตลาดได้ รวมทั้งอาจถือโอกาสขึ้นราคาสินค้า หรือผลิตสินค้าที่มีคุณภาพด้อยลง ทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์
- เป็นการกีดกันผู้ผลิตใหม่ๆ หรืออุตสาหกรรมใหม่ๆ ที่อาจมีความสามารถในการแข่งขันมากกว่า ในการเข้าสู่ตลาด
- ในกรณีที่รัฐบาลให้การช่วยเหลืออุดหนุนอุตสาหกรรมที่ขาดความได้เปรียบในการแข่งขัน ผลระยะยาวคือยิ่งทำให้การผลิตนั้นไม่เกิดประสิทธิภาพสูงสุด อุตสาหกรรมไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ ต้องพึ่งความช่วยเหลือจากรัฐตลอดไป WTO จึงมีบทบัญญัติให้ประเทศสมาชิกลดอัตราภาษีศุลกากร ลดเลิกมาตรการจำกัดการนำเข้า และลดการช่วยเหลืออุดหนุน เป็นต้น

นโยบายการค้าที่เสรีไม่สามารถทดแทนนโยบายการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพได้ นโยบายการแข่งขันที่ดีก็ไม่สามารถทดแทนการเปิดเสรีได้เช่นกัน เพราะถ้าไม่มีการเปิดเสรีทางการ

ค้าแล้ว การแข่งขันในตลาดก็จะจำกัดอยู่เพียงในหมู่ของผู้ผลิตภายในประเทศที่มีประสิทธิภาพต่ำด้วยตนเอง ดังนั้น การแข่งขันไม่ว่าจะเป็นธรรมเพียงใดก็ไม่สามารถเพิ่มประสิทธิภาพของตลาดได้โดยสรุปแล้ว เพื่อที่จะพัฒนาประสิทธิภาพของตลาดภายในประเทศจึงจำเป็นที่จะต้องพัฒนาทั้งนโยบายการค้าเสรีและนโยบายการแข่งขันควบคู่กันไป⁴⁹

2.3.4 ช่องว่างของการดำเนินนโยบายการแข่งขัน

การแข่งขันในตลาดมักเกิดใน 2 ลักษณะ คือ สินค้านำเข้าและในรูปของบริษัทต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศ ซึ่งกฎหมายการแข่งขันจะสามารถบังคับใช้แต่เฉพาะกรณีหลังที่ผู้ประกอบการเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศเท่านั้น ส่วนกรณีที่ผู้ประกอบการต่างชาติที่มีได้มีการประกอบกิจการภายในเขตอำนาจรัฐ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ไม่อาจนำไปใช้บังคับแก่กรณีดังกล่าวได้ เช่น ปัญหาการทุ่มตลาด (dumping) ที่เกิดจากการที่ผู้ประกอบการต่างประเทศตัดราคาสินค้าส่งออกของตน เพื่อแย่งชิงตลาดภายในของประเทศผู้นำเข้า หรือกลับกันปัญหาที่เกิดจากการไม่สามารถเข้าสู่ตลาดภายในได้เนื่องจากพฤติกรรมบางอย่างของผู้ประกอบการภายใน ปัจจัยเหล่านี้เองที่นำมาซึ่งช่องว่างกันในการดำเนินนโยบายการแข่งขันต่างๆ อาทิ

(1) การใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด (anti-dumping measures)

การใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดเป็นการกีดกันสินค้านำเข้าจากต่างประเทศเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายใน เพราะเมื่อกำแพงภาษีถูกทำลายลงโดย GATT การเข้าสู่ตลาดก็ง่ายขึ้นตาม ประเทศผู้นำเข้าจึงอาจใช้มาตรการดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการจำกัดการนำเข้าได้ (ดังรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้ว)

(2) การอ้างหลักแห่งเหตุผล (Rule of reason)*

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

* US Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1988) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของ "Rule of Reason" ว่า "... the Department applies a rule-of-reason by analysis to agreements that involve some form of economic integration that goes beyond the mere coordination of the parties' decisions on price or output and that in general may generate

การกระทำบางประการแม้มีลักษณะเป็นกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน แต่ผลของการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคและสังคมโดยรวม ก็จะได้รับยกเว้นให้สามารถกระทำได้โดยอาศัยหลักแห่งเหตุผลนี้ โดยการตัดสินจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป เช่น ผู้ประกอบการอาจได้รับยกเว้นผูกขาดได้ หากว่าการรวมตัวกันเพื่อกระทำการดังกล่าวส่งผลให้สินค้าถูกลงและมีคุณภาพสูงขึ้น

(3) การกำหนดให้มีข้อยกเว้นอื่นๆ

การกำหนดให้มีข้อยกเว้นอื่นๆ เพื่อผ่อนปรนการบังคับใช้นโยบายการแข่งขัน เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ประสิทธิภาพของการดำเนินนโยบายถูกจำกัดลง โดยข้อยกเว้นนั้นสามารถพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ คือ⁵⁰

precompetitive efficiencies. Examples of integrative efficiencies include those that would enable the parties to produce new products or services that otherwise would not be produced, or to undertake research and development that would not be undertaken without such cooperation.”, cited in Jackson, Davey and Sykes, Legal problems of international economic relations: Cases and materials and text, p.1072

สำหรับ EU Treaty of Rome Article 85.3 กำหนดว่า

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

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

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

- a. impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of those objectives;
- b. afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question”. cited in ธเนศ สุจารีกุล, นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า (competition policy), หน้า 8-9.

⁵⁰ Trade and Competition Policy, An Overview of Competition Policy, p. 47.

- ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติใดๆ และ
- ข้อยกเว้นโดยนัยที่เกิดจากการนำกฎระเบียบเฉพาะทางด้านอุตสาหกรรมนั้นๆ หรือการขึ้นาประการอื่นๆ โดยรัฐ

ตัวอย่างการกำหนดข้อยกเว้นต่างๆ เช่น การยกเว้นต่อการรวมตัวของ SMEs ในประเทศเยอรมัน กิจกรรมที่เกี่ยวกับการค้นคว้าวิจัย (R&D)⁵¹ การอ้างผลประโยชน์ของรัฐ เป็นต้น

เหตุผลหลัก 3 ประการ⁵² ในการยกเว้น ผ่อนปรนหรือละเลยการบังคับใช้นโยบายการแข่งขัน คือ

- (1) ขนาดของธุรกิจเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดขีดความสามารถในการแข่งขันของผู้ส่งออก เช่น อังกฤษและออสเตรเลีย ซึ่งมองว่านโยบายการแข่งขันเป็นเครื่องมือเพื่อช่วยส่งเสริมการส่งออก การกำกับดูแลจะต้องผ่อนปรนกับผู้ส่งออกในพฤติกรรมบางประการเพื่อให้การใช้อำนาจทางการตลาดนั้นขยายฐานกิจการของตนเอง เพราะการแข่งขันในตลาดโลก ขนาดเป็นตัวแปรที่สำคัญที่กำหนดขีดความสามารถในการแข่งขัน
- (2) ผู้กำกับดูแลการแข่งขันภายในประเทศไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของผู้ส่งออกเนื่องจากผู้ส่งออกทำการธุรกิจในตลาดต่างประเทศ ผู้กำกับดูแลภายในประเทศจะไม่สามารถติดตามพฤติกรรมของผู้ส่งออกได้ เช่น การตัดราคาเพื่อแย่งชิงตลาด หรือการร่วมกันลด หรือจำกัดการแข่งขัน เป็นต้น
- (3) ความเสียหายจากการผูกขาด มิได้เกิดการแก่ผู้บริโภคภายในประเทศ ถึงแม้ผู้กำกับดูแลในประเทศสามารถยับยั้งพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้ส่ง

⁵¹ Levinsohn, p.334. cited in ธเนศ สุจารีกุล, นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy), p.10.

⁵² เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, กฎหมายป้องกันการผูกขาด , เอกสารประกอบการประชุมเสวนางานวิจัยครั้งที่ 3 เรื่อง การป้องกันการผูกขาดฯ, หน้า 16.

ออกได้ ก็อาจจงใจที่จะละเลย เพราะผู้เสียหายคือผู้ประกอบการและผู้บริโภคในต่างประเทศ

2.4 ข้อสังเกตโดยสรุป

นโยบายการแข่งขัน เป็นนโยบายทางเศรษฐศาสตร์ที่ยากสาขาหนึ่ง เพราะการแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์นั้นไม่มีรูปแบบที่แน่นอน จึงยากที่จะสามารถวางแนวทางให้องค์กรผู้มีอำนาจดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับทุกสถานการณ์ของการแข่งขันได้ ถึงแม้ว่าในทางทฤษฎีจะกล่าวถึงหลักการที่ฟังดูแล้วเป็นเรื่องง่ายๆ แต่นั่นก็เป็นเรื่องยากที่จะนำไปปฏิบัติเพื่อให้บรรลุผล เพราะการดำเนินการใดๆ ต้องขึ้นอยู่กับสถานะหรือลักษณะของตลาดในขณะนั้นด้วย ซึ่งเป็นการยากที่จะสังเกตการณ์อยู่ตลอด การที่จะวิเคราะห์จึงจะต้องพิจารณาทั้งที่อาจเป็นไปได้และสถานการณ์ที่เป็นอยู่จริงขณะนี้ของผู้เข้าแข่งขันด้วย เป็นต้นว่าเป็นไปได้ว่าอาจเกิดประสิทธิภาพที่สูงขึ้นในระบบตลาดก็ได้ หากมีพฤติกรรมที่ถือว่าการจำกัดต่อการแข่งขัน หรือการดำเนินนโยบายการแข่งขันจะทำเศรษฐกิจขยายตัวขึ้นมากกว่า ที่เห็นได้ชัด ได้แก่กรณีของการอ้างหลักแห่งเหตุผล (The Rule of Reason) เพื่ออนุญาตให้กระทำบางอย่างอันเป็นการจำกัดต่อการแข่งขันในตลาด อาจมี การร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือการรวมตัวกันของบรรดาผู้ผลิต นี่เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ต้องพิจารณา เพราะการกำหนดข้อยกเว้นต่างๆ ไว้ในนโยบายการแข่งขัน เป็นเสมือนช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเช่นกัน

วัตถุประสงค์ของนโยบายการแข่งขัน สามารถสะท้อนให้เห็นจากการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ซึ่งบางครั้งก็มีความขัดแย้งกันเอง แต่อย่างไรก็ดี ในช่วงสิบปีที่ผ่านมาได้มีการให้ความสำคัญกับการดำเนินนโยบายการแข่งขันมาก เพราะเชื่อว่าจะเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดประสิทธิภาพในระบบเศรษฐกิจและสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) ได้ หลายฝ่ายต่างเห็นพ้องกันในวัตถุประสงค์ของนโยบายการแข่งขันที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน นอกจากนั้น บางประเทศก็กำหนดวัตถุประสงค์เพื่อการแก้ต่างในคดี (advocacy) เป็นปัจจัยสำคัญด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีความแตกต่างหลากหลายเพียงใด ก็ยังคงมีแนวคิดหรือจุดยืนในทางเดียวกัน คือต้องการให้นโยบายการแข่งขันถูกกำหนดอย่างเป็นทางการและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ระบบเศรษฐกิจโดยรวมจริงๆ รวมถึงการสืบสวนสอบสวนและพิจารณาคดีก็ต้องเป็นไปโดยง่ายด้วย

การพัฒนาที่สำคัญในช่วงสิบปีที่ผ่านมา มีความพยายามที่จะนำนโยบายการแข่งขันมาใช้ให้บรรลุผลในประเทศที่พัฒนาแล้ว นอกจากนี้ ก็ยังมีความพยายามที่จะสร้างความร่วมมือในระดับต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นระดับภูมิภาค (regional) ระดับทวิภาคี (bilateral) ระดับพหุภาคี (multilateral) อีกด้วย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

นโยบายการแข่งขันของประเทศที่พัฒนาและความตกลงระหว่างประเทศ

3.1 นโยบายการแข่งขันของประเทศที่พัฒนา

กำเนิดแนวคิดเรื่องนโยบายการแข่งขันของประเทศต่างๆ โดยมากจะสืบเนื่องมาจากสภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ทำให้ประเทศทั้งหลายเริ่มตระหนักถึงภัยอันตรายที่จะเกิดจากการผูกขาดและการจำกัดทางการค้า¹ จึงคิดหาหนทางที่จะป้องกันไม่ให้เกิดมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด อันนำไปสู่การผูกขาด และทำลายระบบผูกขาดที่เกิดขึ้นแล้วให้พินาศลง²

การศึกษาถึงนโยบายการแข่งขันของประเทศที่พัฒนาแล้ว จะทำให้เข้าใจพื้นฐานของแนวคิดในการบัญญัติ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดปัญหาการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางที่จะประสานกันเชิงนโยบายในอนาคตได้ ปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งที่เป็นแนวทางในการวางนโยบายการแข่งขันของประเทศต่างๆ ให้เป็นโครงสร้างเชิงสถาบันขึ้นมา นั้น ก็คือการศึกษาจากผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินนโยบาย และความเป็นอิสระในการดำเนินการว่ามีมากน้อยเพียงใด เพราะบางประเทศที่ระบบการเมืองมีความเข้มแข็งมาก การแทรกแซงจากภาครัฐก็อาจสูงกว่า ทำให้ขาดอิสระในการดำเนินนโยบาย ในบางประเทศที่มีหน่วยงานอิสระหรือเป็นองค์การอิสระที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายใด การดำเนินนโยบายใดๆ ก็ย่อมมีความโปร่งใสและชัดเจนในส่วนของข้อมูลสาธารณะมากกว่า

การศึกษาในหัวข้อนี้ ผู้เขียนต้องการนำเสนอแนวความคิดที่ว่า นโยบายการแข่งขันของประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีการบัญญัติและใช้กันมายาวนานจะเป็น Guideline ในการวางรากฐาน

¹ Edwards Corwin D., Control of Cartels and Monopolies : An International Comparison (New York :Quana,1967), p.6-7, cited in เข็มชัย ชูติวงศ์, “สภาพบังคับทางกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้า”, วารสารอัยการ 4 (มกราคม 2524) : 49.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

ทางนโยบายให้กับประเทศอื่นๆ นำมาซึ่งการมีความเข้าใจร่วมในทางเดียวกันในการบัญญัตินโยบายการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ในการบัญญัติไม่ควรที่จะมองเพียงด้านใดด้านหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรมองในทุกแง่มุม เป็นต้นว่า ธรรมชาติของการผลิตหรืออุตสาหกรรม (nature of the product) นั้นๆ บางครั้งการรวมตัวกันก็อาจส่งผลดีกว่า หรือการที่จะกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรให้ความสนใจเป็นพิเศษ ก็ควรพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลต่ออำนาจตลาด (market power) หรือไม่ อย่างไร เป็นต้น

3.1.1. กฎหมายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา

(1) ความเป็นมาและวัตถุประสงค์

เป็นเวลากว่าร้อยปีที่สหรัฐฯ ตระหนักว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขัน จะเป็นสิ่งที่สามารถกำกับควบคุมดูแลพฤติกรรมการค้าในธุรกิจในตลาดได้³ โดยสหรัฐฯ มีแนวนโยบายในการป้องกันการผูกขาดในลักษณะที่เป็นไปเพื่อรักษาหรืออ้างไว้ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจอย่างเคร่งครัด การกระทำใดที่มีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรให้เกิดขึ้น แนวทางในการบัญญัติกฎหมายจึงค่อนข้างเข้มงวดและมักจะบัญญัติในลักษณะที่เป็นการห้ามมิให้กระทำ (prohibition approach) ซึ่งเป็นลักษณะของกฎหมายที่อยู่ในระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (structural control)⁴

ก่อนมีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดบังคับใช้ ศาลสหรัฐฯ ใช้หลัก Common Law ในการวินิจฉัย โดยมีให้ใช้บังคับสัญญาที่เห็นว่าได้ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามการผูกขาดหรือการรวมตัวเพื่อผลทางการค้าโดยมิชอบ⁵ ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาในยุคนั้นจะมี Common Law แต่ก็ไร้สมรรถภาพในทางปฏิบัติ เนื่องจาก ระบบ Common Law ถือว่าสัญญาใด การรวมตัวใด หรือข้อตกลงใดๆ ซึ่งกระทำให้เกิดการผูกขาด หรือก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้าที่ไร้เหตุผล

³Peter C. Carstensen, "American Anti-trust Law - An Introductory Survey with some Lessons For transition to Reliance on Competition Law", June 25, 1999.(เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

⁴ขจร เลิศสกุลพาณิชย์, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการค้าเพื่อขจัดคู่แข่งในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 34-35.

⁵ไชยยศ เหมะรัชตะ, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดทางธุรกิจการค้า", วารสารกฎหมาย 4 (ม.ค. - เม.ย.21) : 104.

ถือว่าผิดกฎหมายและเป็นโมฆะ เพราะเป็นการจำกัดทางการค้า (restraint of trade) ไม่ให้มีผลบังคับตามกฎหมาย ซึ่งไม่มีบทลงโทษทางอาญาสำหรับพฤติกรรมดังกล่าว และศาลแต่ละแห่งก็มีอำนาจอิสระในการพิจารณาคดี จึงเป็นเหตุให้เกิดความสับสน ซึ่งบางครั้ง Common Law ในบางสภาวะกลับสนับสนุนการรวมตัวเพื่อจำกัดการแข่งขันด้วย ถ้าหากว่าผู้กระทำการรวมตัวนั้นสามารถแสดงให้เห็นว่า เขามีผลประโยชน์ร่วมในเศรษฐกิจนั้น และมีได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งร้ายต่อบุคคลที่สาม⁶

ต่อมาในทศวรรษที่ 19 ก็เริ่มปรากฏชัดว่า Common Law ไม่สามารถที่จะยับยั้งการเจริญเติบโตของการผูกขาด อันทำให้ระบบการแข่งขันตกอยู่ในสภาวะที่नावิตกอย่างยิ่ง กระแสที่ต้องการให้มีการมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงเกิดขึ้นจากความกังวลเกี่ยวกับระบบ trust ของชาวสหรัฐฯ ดังนั้นกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ จึงถูกเรียกว่า Anti-trust Law⁷ โดยเป้าหมายหลักมาจากความเชื่อที่ว่า ตลาดที่สามารถแข่งขันได้จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในระบบเศรษฐกิจ โดยต้นทุนการผลิตต่ำ ได้รับผลผลิตสูง และผู้บริโภคมีทางเลือกมาก เพราะการที่ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกมาก ทำให้ผู้ขายต้องพัฒนาคุณภาพสินค้าและขายในราคาที่ต่ำ เพื่อเพิ่มปริมาณการขาย ดังนั้น นอกจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ จะทำหน้าที่ควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดต่อการแข่งขันแล้ว ยังอนุญาตแก่การกระทำบางอย่าง ที่เชื่อว่าจะก่อให้เกิดการพัฒนาในระบบเศรษฐกิจด้วย นอกจากนี้ ยังถือว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ มีลักษณะเป็นนโยบายทางสังคมด้วย เพราะนอกจากจะทำหน้าที่กำกับดูแลการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจแล้ว ยังปกป้องเสรีภาพแก่การดำเนินกิจการใดๆ ด้วย⁸

กฎหมายแม่บทของเรื่องนี้ได้แก่ Sherman Act ซึ่งบัญญัติในปี ค.ศ. 1890 ในสมัยของประธานาธิบดี Harrison โดยมีสาระสำคัญคือ ห้ามการทำสัญญาในลักษณะที่จะเป็นการรวมตัวกันทางการค้า หรือผูกขาดทางการค้า บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาดังกล่าว หรือมี

⁶ วิกุลย์ ตั้งกิตติภรณ์, “การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย”, หน้า 52 - 53.

⁷ จิดานันท์ รัชนีคิด, “การจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม : องค์ประกอบและเงื่อนไขในการกระทำผิดตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 55.

⁸ Peter C. Carstensen, “American Anti-trust Law - An Introductory Survey with some Lessons for transition to Reliance on Competition Law”.

ส่วนในการกระทำดังกล่าว ถือว่ามีความผิดทางกฎหมาย⁹ ข้อห้ามเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดถูกบัญญัติไว้ใน

มาตรา 1* ซึ่งวางหลักไว้ว่า *บรรดาสัญญา หรือการรวมตัวกัน หรือการสมคบกัน ไม่ว่าในรูปแบบใดเพื่อจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจการค้า ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฝ่าฝืนจะต้องรับโทษทางอาญา*

และในมาตรา 2^δ วางหลักไว้ว่า *บุคคลใดกระทำการผูกขาด (monopolize) หรือพยายามจะกระทำการผูกขาด หรือรวมตัวกันหรือสมคบกันกับบุคคลอื่นเพื่อทำการผูกขาดในธุรกิจ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา*

Sherman Act เป็นการบัญญัติที่มีลักษณะกว้างและไม่ตายตัว ซึ่งเป็นเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทิ้งปัญหานี้ไว้ให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้แก้ไข ศาลสูงของสหรัฐฯ จึงสร้างหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) ขึ้นมาใช้กับ Anti-trust Law หมายความว่าศาลจะพิพากษาว่าการทำสัญญา การรวมตัวหรือการสมคบกันเพื่อจำกัดทางธุรกิจเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการจำกัดอย่าง

⁹ สุกัญญา นิธังกร, “ผู้บริโภครับตลาดสินค้าที่มีการผูกขาด”, *วารสารนิติศาสตร์* 10 (2521) : 239.

* Section 1. Trusts, ect., in restraint of trade illegal ; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

^δ Section 2 Monopolizing trade a felony ; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10,000,000 if a corporation, or if any other person \$ 350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

ไม่สมควรและไม่มีเหตุผลเท่านั้น มิใช่ว่าการกระทำทุกอย่างที่มีผลเป็นการจำกัดทางธุรกิจจะเป็นความผิดไปเสียหมด* ซึ่งศาลก็จะพิจารณาคดีเป็นรายๆ ไป และวางหลักเกณฑ์ขึ้นมาเองว่า การกระทำอย่างไรควรจะถือเป็นการฝ่าฝืน Sherman Act ดังนั้น Sherman Act จึงแทบไม่มีความหมายในการพัฒนา Antitrust ของสหรัฐฯ เลย และเป็นกฎหมายที่มีลักษณะประหลาดอย่างหนึ่งคือ มีลักษณะเป็น Common Law ทั้งที่มีตัวบทเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จากประสบการณ์ของสหรัฐฯ เองทำให้เห็นว่า การบัญญัติข้อห้ามตามกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรและตีความอย่างจำกัดนั้น ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผลและไม่ทันเล่ห์เหลี่ยมของนักธุรกิจ¹⁰

นอกจากนี้ยังมีปัญหาในเรื่องกำลังเจ้าหน้าที่และงบประมาณ¹¹ อีกด้วยที่ทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่ประสบผลสำเร็จ ดังนั้น ในปี 1914 สมัยของประธานาธิบดี Wilson จึงได้มีการออกกฎหมายฉบับใหม่คือ The Clayton Act¹² ขึ้นมาเพื่อขยายรายละเอียดของการประกอบธุรกิจการค้าโดยมิชอบเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถรู้และคาดได้ว่า การกระทำใดเป็นการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายและเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้เข้าได้กับการรวมตัวทุกรูปแบบที่มีการพัฒนารูปแบบของการจำกัดทางการค้าหรือพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาด ซึ่งมีลักษณะพิเศษ 4 รูปแบบ ได้แก่ การกำหนดราคาให้แตกต่างกัน (Price discrimination) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือสัญญาขายควบ (exclusive dealing and tying contract) การรวมกิจการโดยบริษัทคู่แข่ง (acquisitions of competing companies) และการห้ามคณะกรรมการบริหารงานซ้ำซ้อนกันในหลายๆ บริษัท (interlocking directorates)¹³

ในปีเดียวกันนี้เอง สหรัฐฯ ก็ได้ออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่งขึ้นมา คือ The Federal Trade Commission Act (FTC ACT) ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญคือ ห้ามการแข่งขันในลักษณะที่ไม่

* ท่านผู้พิพากษา White ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดของสหรัฐฯ ได้วางหลักนี้ในคำตัดสินคดี Standard Oil Co. V. United States 221 U.S.1, (1911), cited in เข็มชัย ชูติวงศ์, “สภาพบังคับทางกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้า”, วารสารอัยการ, หน้า 53.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

¹¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดทางธุรกิจการค้า”, วารสารกฎหมาย, หน้า 104.

¹² สุกัญญา นิธิกร, “ผู้บริโภคกับตลาดสินค้าที่มีการผูกขาด”, วารสารนิติศาสตร์, หน้า 239.

¹³ จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิถ, “กฎหมายป้องกันการผูกขาดกิจการโทรคมนาคม”, วารสารนิติศาสตร์ 23, (ธันวาคม 2536) : 666.

เป็นธรรม (Unfair methods of competition) และจัดตั้งองค์กรคือคณะกรรมการการค้า (Federal Trade Commission หรือ FTC) ขึ้นทำหน้าที่กำกับดูแลพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันต่างๆ

ด้วยเหตุที่กฎหมายเรื่องเดียวกันมีหลักการปรากฏอยู่ในกฎหมายถึง 2 ฉบับ และบังคับใช้โดย 2 หน่วยงานที่ต่างกัน จึงเกิดสภาพซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนยากต่อการกำหนดขอบเขตที่แน่นอนของกฎหมายแต่ละฉบับด้วย ประการสำคัญโทษที่ใช้แก่ผู้ฝ่าฝืนก็ต่างกัน เช่น ในกรณีการควบกิจการตาม Sherman Act เป็นโทษทางอาญา แต่ตาม Clayton Act เป็นโทษทางแพ่ง¹⁴

ต่อมาในภายหลังมีการออกกฎหมายอีกหลายฉบับเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายทั้งสามฉบับ และเพื่อเป็นประโยชน์แก่สหรัฐฯ เองด้วย อาทิ Webb-Pomerene Act of 1918 ซึ่งบัญญัติยกเว้นให้มีการรวมกลุ่มของธุรกิจเพื่อการส่งออกได้ (expert carte), Merchant Marine Act of 1920 กรณีประกันภัยทางทะเล และ Robinson-Patman Act of 1963 กำหนดความชัดเจนเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา Celler-Kefauver of 1950 ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการควบกิจการ เป็นต้น¹⁵

(2) การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด

จากกฎหมายแม่บททั้ง 3 ฉบับ ได้แก่ Sherman Act, Clayton Act และ FTC Act ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ สามารถสรุปการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดออกเป็น 5 ประเภทหลัก ได้แก่ *

¹⁴ สุธีร์ ศุภนิติย์, “การควบคุมการควบกิจการ (merger control)”, วารสารนิติศาสตร์ 24, (ธันวาคม 2537):695.

¹⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น และไทย”, หน้า 2:3.

* บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องหลักๆ ได้แก่

(1) Sherman Act Section 1 (ปรากฏในหัวข้อที่ผ่านมา) จะวางหลักครอบคลุมพฤติกรรมที่มีผลเป็นการจำกัดทางการค้าโดยมิชอบ และวางมาตรฐานอันชอบด้วยกฎหมายแก่พฤติกรรม โดยพิจารณาใน 3 สิ่งคือมีสัญญา (Contract) การร่วมกัน (Combination) และการสมคบกัน (Conspiracy) ระหว่างคู่กรณี และต้องเป็นการจำกัด

(restrain) ต่อการค้าด้วย (ปรากฏใน Peter C. Carstensen, “American Anti-trust Law-An introductory Survey with Some Lessons for Transition to Reliance on Competition Law“)

(2) Sherman Act Section 2 (ปรากฏในหัวข้อที่ผ่านมา) วางหลักเรื่องการห้ามกระบวนกรหรือความพยายามที่จะผูกขาด

หลักการเหล่านี้ ศาลสูง (Supreme Court) ของสหรัฐฯ ได้วินิจฉัยว่า เป็นหลักการที่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อส่งเสริมนโยบายด้านการแข่งขันทางการค้าตามหลักการค้าเสรี โดย US Supreme Court ได้วินิจฉัยในคดี Northern Pacific Railway Co. v. United States ว่า

The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions.”

(3) Clayton Act Section 2 (the Robinson-Patman Act) เป็นเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา

“It shall be unlawful to discriminate in price (or other aspects of the transaction) between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchase involved in such discrimination are in commerce,...and where the effect....may be substantially to lesson competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them “

(4) Clayton Act Section 3 เป็นการบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน

“It shall be unlawful for any person to make a sale ... of goods or other commodities...for use, consumption or resale...,or fix a prices charged therefore,...on the condition, agreement or understanding that the... purchaser thereof shall not use or deal in the goods...of a competitor or competitors of the...seller, where the effect... may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.”

(5) Clayton Act Section 7 เรื่องการควบกิจการ

“ (N)o person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or assets of one or more persons where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or tend to create a monopoly.”

(6) Clayton Act Section 8 วางหลักเรื่องการรวมอำนาจบริหารจัดการ

(2.1) การผูกขาด (monopoly)

โดยต้องพิจารณาสถานการณ์และผลประโยชน์ทางสังคมประกอบในแต่ละกรณีไป ประกอบกับการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้¹⁶

- ขัดขวางการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่ง
- พยายามยึดแหล่งผลิตสินค้าหรือช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าที่สำคัญ
- สร้างเงื่อนไขที่ยุ้งยากแก่คู่แข่งในการที่จะผลิตสินค้าหรือบริการ
- รวมตัวกับธุรกิจที่ผลิตสินค้าขึ้นก่อนตน หรือกับธุรกิจที่ผลิตสินค้าขึ้นตอนหลังตน ทำให้ต้นทุนของคู่แข่งมากขึ้น หรือสร้างอุปสรรคแก่คู่แข่งในการเข้าถึงผู้จำหน่ายสินค้า หรือลูกค้า
- กำหนดราคาซึ่งก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างรุนแรง
- ปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการพัฒนาสินค้า หรือขนาดการผลิตมิให้คู่แข่งทราบ
- ตัดราคาอย่างรุนแรง
- เข้าซื้อกิจการของคู่แข่งที่มีกำลังในตลาด
- ฟ้องร้องคู่แข่งเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิบัตรหรือการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

“ 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 crimitation of any of previsions of any of the anti-trust laws.”

(7) FCT Act Section 5 ระบุถึงอำนาจของ FTC ในการดำเนินการเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรม หรือหลอกลวง ซึ่งส่งผลต่อการพาณิชย์ของสหรัฐฯ ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

“ unfair methods of competition in or effecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or effecting commerce are declared unlawful.”

¹⁶ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า”, หน้า 2:6.

(2.2) การรวมและการควบกิจการ (merger and acquisition : M&A)

มักจะเป็นการกระทำเพื่อขยายขนาดธุรกิจ ต้องการลดต้นทุน หรือเพิ่มอำนาจทางการตลาด ซึ่งอาจกระทำโดยการเข้าซื้อหุ้น หรือทรัพย์สินของธุรกิจโดยตรง การรวมและควบกิจการที่จะถือว่าเป็นปฏิบัติการแข่งขันจะต้องพิจารณาที่ลักษณะ (type) ขนาด (size) และความแข็งแกร่ง (Strength) ของธุรกิจด้วย อาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

(2.2.1) การควบกิจการในแนวนอน (horizontal merger) เป็นการรวมเข้ากันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่อยู่ในระดับเดียวกันในตลาดสินค้าและบริการ ทั้งนี้ผู้ประกอบการเหล่านั้นต้องประกอบกิจกรรมทางธุรกิจชนิดเดียวกัน

(2.2.2) การควบกิจการในแนวตั้ง (vertical merger) เป็นการรวมเข้ากันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับกันแต่อยู่ในกระบวนการผลิตเดียวกัน รวมตัวกันเพื่อพึ่งพาอาศัยกันและกัน

(2.2.3) การควบกิจการแบบหลากหลาย (conglomerate merger) เป็นการรวมเข้ากันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดต่างกัน โดยกิจการที่ควบเข้ากันนั้น ไม่มีความเกี่ยวเนื่องกันแต่อย่างใด

(2.3) การรวมตัวของธุรกิจแนวนอน (horizontal restraint)

คือข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับของการประกอบธุรกิจเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มอำนาจทางการตลาดและผลกำไรให้มากขึ้น ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้า เช่นบางกรณีก็นำไปสู่การผูกขาด พฤติกรรมในลักษณะนี้มีให้เห็นหลายรูปแบบ เช่น joint venture การกำหนดราคา (price fixing) การกำหนดส่วนแบ่งตลาด (division of markets) การร่วมกันปฏิเสธในการที่จะไม่ทำธุรกิจกับบุคคลที่สาม (group boycotts and concerted refusal to deal) เป็นต้น

(2.4) การรวมตัวของธุรกิจแนวตั้ง (vertical restraint)

เป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีซึ่งอยู่คนละลำดับชั้นการผลิต เช่นข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีก หรือผู้จัดจำหน่าย เช่น การกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ (exclusive dealing) อำนาจบริหารจัดการ (interlocking directorates) เป็นต้น

(2.5) การตั้งราคาที่แตกต่าง (price discrimination)

เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการตั้งราคาสินค้าในตลาดหนึ่งสูงกว่าปกติเพื่อชดเชยส่วนที่สูญเสียในอีกตลาดหนึ่ง ซึ่งอาจเกิดจากการลดราคาสินค้าเพื่อสร้างอำนาจตลาดขึ้น

(3) องค์การที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

(3.1) คณะกรรมการการค้า หรือ FTC (Federal Trade Commission)

เป็นองค์กฤษฎะภายใต้ FTC ACT ประกอบด้วยคณะกรรมการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี¹⁷ รับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act เฉพาะในกรณีคดีแพ่งเท่านั้น ภายในองค์การประกอบด้วยหลายหน่วยงาน หน่วยงานหลัก ได้แก่¹⁸

- สำนักงานการแข่งขัน (Bureau of Competition) ทำหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวน
- สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) ทำหน้าที่คล้ายกับ Bureau of Competition แต่เกี่ยวเนื่องกับผู้บริโภค

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2:22.

¹⁸ ขจร เลิศสกุลพาณิชย์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมกรรมการตั้งราคาเพื่อขจัดคู่แข่งในประเทศไทย”, หน้า 51.

(3.2) แผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้กระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice)

รับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ทั้งคดีแพ่งและอาญา (โดยเฉพาะคดีอาญาชนิดที่เป็นความผิดร้ายแรงเท่านั้น) ภายใต้องค์กรมีหน่วยงานหลัก 3 หน่วยคือ¹⁹

- หน่วยพิจารณา (Trial Section) รับผิดชอบเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวน การพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury Hearings) คดีความต่างๆ ในศาล (Court cases) และการบังคับตามคำพิพากษา
- สำนักงานสาขา (Field offices) ทำหน้าที่คล้ายๆ หน่วยงานกลาง แต่รับผิดชอบในส่วนภูมิภาคเท่านั้น
- หน่วยงานผู้เชี่ยวชาญ (Specialist offices) รับผิดชอบด้านเทคนิค ซึ่งจำเป็นต่อการบริหารงานของแผนกฯ โดยแบ่งออกเป็น
 - หน่วยงานนโยบายทางเศรษฐกิจ ทำหน้าที่วิเคราะห์โครงสร้างตลาดที่เป็นอยู่ และให้คำแนะนำเกี่ยวกับตลาดหรืออุตสาหกรรมที่หน่วยงานสงสัยว่ามีการจำกัดการแข่งขันหรือผูกขาด
 - หน่วยงานวางแผนนโยบาย ทำหน้าที่รับผิดชอบปัญหาระยะยาว และเสนอร่างพระราชบัญญัติต่างๆ ให้รัฐสภาพิจารณา
 - หน่วยงานการพาณิชย์ระหว่างประเทศ รับผิดชอบคดีที่มีปัญหาระหว่างประเทศ
 - หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมควบคุมต่างๆ ทำหน้าที่ดูแลหน่วยงานที่บริการด้านการขนส่งและสาธารณูปโภค

ข้อสังเกต ในการดำเนินงานของ FTC และแผนกป้องกันการผูกขาด บางครั้งอาจมีการทับซ้อนกัน เพราะทั้งสององค์กรจะทำหน้าที่บังคับใช้ Sherman Act และ Clayton Act เหมือนกัน แต่ในทางปฏิบัติทั้งสององค์กรจะแบ่งแยกขอบข่ายของอำนาจหน้าที่กัน เพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงาน โดยแต่ละองค์กรจะมีเจ้าหน้าที่คอยประสานงานกันอยู่ตลอดเวลา²⁰

¹⁹ เรืองเดียวกัน, หน้า 48.

(4) การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

(4.1) การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (private enforcement)

ผู้ประกอบการสหรัฐฯ สามารถดำเนินคดีในข้อพิพาทเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าได้ด้วยตนเอง ซึ่งหากชนะคดี ผู้ประกอบการดังกล่าวสามารถได้รับชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่าของค่าเสียหายจริง²¹

(4.2) การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ (public enforcement)

(4.2.1) คณะกรรมาธิการการค้า (Federal Trade Commission: FTC)

ประกอบด้วยคณะกรรมาธิการ 5 คน ซึ่งแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี และรับรองโดยวุฒิสภา มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี โดยจะมีกรรมาธิการที่มาจากพรรคการเมืองเดียวกันได้ไม่เกิน 3 คน²² FTC จะทำหน้าที่ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมในการบังคับใช้ Clayton Act โดยมีอำนาจหน้าที่ต่างๆ ดังนี้²³

²⁰Michael J. Trebilcock, "The Evolution of Competition Policy : Lessons from Comparative experience" in Business, Markets and Government in Asia Pacific: Competition Policy, convergence and pluralism, eds. Rong-I Wo and Yon-Peng Chu (New York : Routledge, 1998), p. 91.

²¹John H. Jackson, William J. Davey and Alan D. Sykes, Legal Problems of International Economic Relations : Cases, Materials and Text (St. Paul : West Publishing, 1995), p.1089 ธิบายว่า "Section 6 of the Act is know as the "clawback" provision. It is obviously aimed at the treble damages provision of the Sherman Act, Which allows private parties to recover three times their actual damages. The clawback provision would allow the persons specified in the Act to recover from a sucessful plaintiff in a U.S. treble action, any amount paid in excess of actual damages. The clawback provision essentially permits a British court to reverse a satisfied foreign judgement.", cited in ธเนศ สุจารีกุล, "นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า", หน้า 12.

²²สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้า", หน้า 2:27.

²³ขจร เลิศสกุลพานิช, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมฯ", หน้า 51-52.

- ตรวจสอบพฤติกรรมที่สงสัยว่าจะเป็นการจำกัดทางธุรกิจการค้าหรือการกระทำโดยไม่ยุติธรรม
- เรียกหรือสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจมาเป็นพยานให้ข้อเท็จจริง ส่งเอกสารแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมความสัมพันธ์ของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น หรือความสัมพันธ์กับหน่วยธุรกิจอื่น
- สืบสวนสอบสวนการปฏิบัติทางธุรกิจที่มีลักษณะต้องห้าม รวมทั้งสอบข้อเท็จจริงที่มีผู้ร้อง และตามที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมแจ้ง
- วางระเบียบปฏิบัติทางการค้า รวมทั้งเผยแพร่ข้อมูลต่างๆ ให้สาธารณชนทราบ
- พิจารณาฟ้องร้องและออกคำสั่งระงับ หรือยุติการกระทำผิด โดย FTC อาจใช้มาตรการเยียวยาอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างประกอบกัน อาทิ คำสั่งให้หยุดดำเนินการ การลงโทษทางแพ่ง (ไม่เกินความผิดละ 10,000 US Dollar) การชดใช้แก่ผู้บริโภค (consumer restitution)

คำตัดสินของ FTC นี้ถือเป็นที่สุด เว้นแต่จะได้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ การฎีกาก็อาจกระทำผ่านศาลอุทธรณ์โดยตรงเพื่อผ่านไปยังศาลสูงสุด การดำเนินคดีนอกจากจะฟ้องร้องกันแล้ว อาจทำในรูปการเจรจาต่อกันก็ได้ โดย FTC จะแจ้งไปยังเอกชนที่อาจถูกฟ้องร้อง ดำเนินคดีว่า จะสู้ความกันในศาล หรือจะมาเจรจาเพื่อหาข้อยุติ ถ้าฝ่ายเอกชนเห็นชอบด้วย FTC จะจัดให้มีการเจรจาขึ้นโดยใช้เวลาประมาณ 30 วัน นอกจากการใช้มาตรการควบคุมแล้ว FTC ยังอาจใช้มาตรการเชิงแนะนำได้ อาทิ

- การออกข้อแนะนำทางอุตสาหกรรม (industry guides)
- การออกกฎหมายเกณฑ์ทางการค้า (เป็นกฎหมายลำดับรอง อาจออกมาเพื่อใช้บังคับเฉพาะอุตสาหกรรมเท่านั้น)
- การออกความเห็นเชิงแนะนำ (advisory opinion)

(4.2.2) แผนกป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division of the Department)

มีผู้บริหารสูงสุด คือ ผู้ช่วยอัยการสูงสุด (Assistant Attorney General) โดยได้รับการเสนอชื่อจากประธานาธิบดีและรับรองโดยวุฒิสภา มีอำนาจดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและอาญา²⁴

- ในทางแพ่ง มีอำนาจสั่งให้ผู้ถูกกล่าวหากระทำการ หรืองดเว้นซึ่งการกระทำใดๆ
- ในทางอาญา ต้องดำเนินการภายใน 5 ปี นับแต่เกิดการกระทำความผิด หากเป็นกรณีความผิดต่อเนื่อง ให้นับจากการกระทำครั้งสุดท้ายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ฎีกาก็อาจได้รับนิรโทษกรรมโดยให้ความร่วมมือในการสอบสวนคดีอาญา โดยการให้ข้อมูลหรือรายงานตามที่แผนกฯ ต้องการ

นอกจากนี้ หากภาคเอกชนสงสัยว่าการกระทำของตนบางประการจะขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่ ก็อาจป้องกันโดยการขอความเห็นจากกระทรวงยุติธรรม เพื่อให้พิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวนั้นขัดต่อกฎหมายหรือไม่ก็ได้ หรือบางกรณีกระทรวงยุติธรรมอาจออก Formal Business Review Letter ไปยังธุรกิจใดๆ โดยระบุว่ากระทรวงไม่ได้มีเจตนาเพื่อดำเนินคดี แต่เป็นเพียงการวางเงื่อนไขบางประการให้ปฏิบัติตามก่อน เช่น ธุรกิจต้องเปิดเผยข้อมูลโดยละเอียด เพื่อแผนกฯ จะได้พิจารณาว่าขัดต่อกฎหมายหรือไม่ รวมถึงพฤติกรรมที่จะดำเนินการในอนาคต เป็นต้น หากผลตอบรับมายังกระทรวงฯ เป็นข้อความจริงโดยไม่มีการปกปิด ก็จะไม่มีการดำเนินคดีอาญาต่อธุรกิจ แต่หากทราบว่ามี การปกปิดข้อมูลหรือข้อมูลที่เปิดเผยไม่เป็นความจริง ความคุ้มครองที่ธุรกิจได้รับก็จะหมดไป อย่างไรก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวก็ยังสงวนสิทธิ์ในการดำเนินคดีทางแพ่งไว้

นอกจากนี้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ยังได้กำหนดข้อยกเว้นในการบังคับใช้ไว้มากมาย โดยอ้างหลัก Rule of Reason แก่การดำเนินการรวมตัวของผู้ประกอบการ

²⁴ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, “โครงการศึกษาเปรียบเทียบการแข่งขันทางการค้าฯ”, หน้า 2:26-2:27.

เพื่อการส่งออก (export cartel) หรือการยกเว้นโดยอ้างเพื่อให้อำนาจต่อรองของผู้ใช้แรงงาน เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป นโยบายการแข่งขันฯ ของสหรัฐฯ จะมุ่งเน้นไปที่สวัสดิการของผู้บริโภคเป็นหลัก และเข้มงวดต่อข้อตกลง cartel รวมทั้งข้อตกลงในการกำหนดราคาสินค้า การทำข้อตกลงร่วมกันในการประมูล ข้อตกลงในการแบ่งตลาด และการพิจารณาโดยทางอาญา ประการสุดท้ายจะมุ่งเน้นไปที่ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งจากภาคเอกชนและอัยการรัฐ (State Attorneys General)

3.1.2 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น ถือเป็นกฎระเบียบพื้นฐานในการดำเนินธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น มีชื่อเต็มว่า “กฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินธุรกิจอย่างยุติธรรมและป้องกันการผูกขาดในภาคเอกชน” (Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and the Maintenance of Fair Trade ซึ่งเรียกย่อๆ ว่า the Anti-Monopoly Act หรือ AMA) เริ่มใช้ปี 1947 ตลอดระยะเวลา 50 ปีที่ผ่านมา กฎหมายดังกล่าวได้มีส่วนช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของญี่ปุ่นมาโดยลำดับ

(1) ความเป็นมาและวัตถุประสงค์

(1.1) ความเป็นมา

ยุคก่อนสงครามโลก

ญี่ปุ่นตั้งแต่สมัยเมจิ จนถึงปลายสงครามโลกครั้งที่สองไม่เคยมีนโยบายทางเศรษฐกิจในอันที่จะส่งเสริมผู้ประกอบการ (entrepreneur) แข่งขันทำการค้าอย่างเสรี รัฐบาลในสมัยนั้นกลับส่งเสริมให้มีการผูกขาดการผลิตทางการค้า โดยการออกกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถรวมตัวกันประกอบธุรกิจในรูปของ Cartel ได้* พัฒนาการทางเศรษฐกิจดัง

* - The Export Society Law, 1925 ให้อำนาจแก่พ่อค้าผู้ส่งออกตั้ง cartel ได้

- The Important Export Commodities Industrial Society Law, 1925 ให้ผู้ผลิตสินค้าเพื่อการส่งออกตั้ง Cartel ได้

กล่าวนั้นเป็นผลจากการที่ญี่ปุ่นต้องการพัฒนาประเทศตามแนวทางประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ ดังนั้น การเริ่มต้นการพัฒนาอุตสาหกรรมจึงเกิดจากการที่รัฐบาลเริ่มเป็นผู้ประกอบการเองในอุตสาหกรรมสำคัญต่างๆ เช่น เหมืองแร่ ต่อเรือ ทอผ้า หลังจากนั้นก็ขยายต่อไปให้เอกชนในราคาถูก ส่วนรัฐบาลก็ลดบทบาทลงเป็นเพียงผู้ให้การช่วยเหลือแนะนำ ตลอดจนให้ความคุ้มครองด้วย ผลของการดำเนินนโยบายดังกล่าว ทำให้เศรษฐกิจของญี่ปุ่นตกอยู่ในอำนาจครอบงำทางเศรษฐกิจของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ (giant business conglomerates) เพียงไม่กี่บริษัท กลุ่มธุรกิจเหล่านี้ดำเนินการโดยบรรดาตระกูลต่างๆ ซึ่งเดิมเป็นพวกพ่อค้าและปล่อยกู้ตั้งแต่สมัย Tokugawa²⁵ ซึ่งได้แก่กลุ่ม Sumitomo, Mitsui, Mitsubishi และ Yosuda เป็นต้น ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในภาษาญี่ปุ่นว่า “Zaibatsu” ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ทุกสิ่งทุกอย่างของ 544 บริษัทรวมเข้าด้วยกันทั้งทางตรงและทางอ้อมอยู่ในมือของกลุ่ม Zaibatsu โดย 24.5% ของกลุ่มอุตสาหกรรมทั้งหมด 49.7% ของกลุ่มธุรกิจการเงิน และ 32.4% ของอุตสาหกรรมหนัก²⁶ การรวมตัวของ Zaibatsu ดังกล่าวทำให้มีการใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมงานอุตสาหกรรมเพื่อผลิตยุทธโปกรณ์เพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงผลักดันให้ประเทศก้าวเข้าสู่สงคราม เพื่อรักษาตลาดต่างประเทศไว้

ยุคประกาศตัว AMA (Anti-monopoly Act)

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ภายใต้พลังอำนาจของฝ่ายพันธมิตรผู้ชนะสงคราม ญี่ปุ่นได้มีการดำเนินนโยบายด้านอุตสาหกรรมแบบเสรีขึ้น มาตรการพิเศษต่างๆ ถูกนำมาใช้เพื่อ

- The Mercantile Society Law, 1932 อนุญาตให้มีการตั้ง cartel ระหว่างผู้ขายส่งและขายปลีก
- The Law Concerning the Control of Important Industries, 1931 สนับสนุน cartel ระหว่างผู้

ผลิต

และกฎหมายอื่นๆ ที่สนับสนุน cartel ในอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่งโดยเฉพาะ ได้แก่

- The Petroleum Industry Law, 1934
- The Machine Tool Manufacturing Business Law, 1938
- The Aircraft Business Law, 1938

²⁵ สุธีร์ ศุภนิตย, “กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น”, วารสารนิติศาสตร์ 3 (กันยายน 2527) : 198.

²⁶ H. Iyori and A. Uesugi, *The Antimonopoly Laws and Policies of Japan* (1994), cited in Akinori Yamada, “Competition Law and Policy in Japan,” Paper presented at the Conference on Global Economic Development and Competition Policy, New Delhi, India, 17 March 1997, in <http://www.jftc.admix.go.jp/e-pagel Speech/970303.htm>.

พัฒนาพื้นฐานความต้องการทางด้านเศรษฐกิจและสังคมประชาธิปไตย โดยมาตรการเสริมสร้างประชาธิปไตยดังกล่าว ประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ²⁷ คือ

1. ส่งเสริมประชาธิปไตยในการดำเนินอุตสาหกรรม (democratization of industry)
2. การปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร (farmland reform)
3. การปฏิรูปกฎหมายแรงงาน (labour legislation reform)

มาตรการส่งเสริมให้เกิดประชาธิปไตยในการดำเนินอุตสาหกรรมนั้น มีเป้าหมายหลักคือ ทำลาย Zaibatsu และการรวมตัวของกลุ่มธุรกิจอื่นๆ เลิกล้มมาตรการทั้งหลายอันเป็นการสนับสนุนให้เกิดการผูกขาด และสร้างกฎเกณฑ์เพื่อการแข่งขันโดยเสรี ดังนั้นจึงมีการสลาย Zaibatsu ลง มีการกระจายอำนาจทางเศรษฐกิจ และยุบองค์การเอกชนที่ทำหน้าที่ควบคุมเศรษฐกิจลง โดยมุ่งเน้นที่จะสร้างโครงสร้างเชิงสถาบัน ซึ่งภาคเอกชนมีโอกาสที่จะแข่งขันได้อย่างเท่าเทียมกัน และใช้กำลังความสามารถของตนในการแข่งขันได้อย่างเสรี ภายใต้กฎหมายฉบับเก่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น (AMA) ได้ถูกประกาศใช้โดยที่ประชุมสภา เพื่อใช้เป็นมาตรการถาวรในการส่งเสริมอุตสาหกรรม ให้มีการกระจายอย่างทั่วถึงและธำรงไว้ซึ่งการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนอย่างเสรีในอนาคต โดยกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้อย่างสมบูรณ์ เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 1947 และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม (The Fair Trade Commission: JFTC) ขึ้นมาในปีเดียวกัน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบังเกิดผล* โดย AMA นั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากสหรัฐฯ

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามแนวทางของ AMA ต้องประสบกับปัญหาอุปสรรคต่างๆ เนื่องจากอุตสาหกรรมของญี่ปุ่นไม่คุ้นเคยกับกฎหมายดังกล่าว และ AMA ก็ไม่เงื่อนไขให้มีการ

²⁷ Akinori Yamada, "Competition Law and Policy in Japan", Paper presented at the Conference on Global Economic Development and Competition Policy, New Delhi, India, 17 March 1997, in <http://www.jftc.admix.gojp/e-page/Speech/970303.htm>.

* JFTC อยู่ภายใต้สำนักนายกรัฐมนตรี แต่กฎหมายให้หลักประกันความเป็นอิสระไว้ มีอำนาจถึงตุลาการ (quasi-judicial) และกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative) : The commission is administratively attached to the Prime Minister's office, but the AMA ensures that the commission exercise its enforcement power independently and each commission member is quaranteed his or terms of office unless he or she wants to resign. (Section 28 and 31 of the AMA).

ถ่ายทอดเทคโนโลยีหรือเงินลงทุนมาสู่ญี่ปุ่น ดังนั้นในปี 1949 จึงได้กำหนดกฎระเบียบเพื่อให้ผ่อนคลายลง โดยมุ่งประเด็นหลัก คือ การผ่อนคลายในเรื่องการถือหุ้นบริษัท (relaxing the restriction on companies' holding of stocks and debentures.) และเปลี่ยนแปลงกระบวนการเกี่ยวกับการอนุญาตให้ทำสัญญาระหว่างประเทศและรวมกิจการได้ (changes in the procedures for the approval to international contracts and mergers)²⁸

ยุคแห่งการแก้ไข AMA ให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจของญี่ปุ่น

หลังจากที่ญี่ปุ่นได้รับอิสระภาพเมื่อเดือนพฤษภาคม ปี 1951 รัฐบาลก็ได้จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่ง เพื่อตรวจสอบกฎหมายและระเบียบต่างๆ ที่ใช้อยู่ในช่วงที่ถูกยึดครอง และได้ให้คำแนะนำแก่รัฐบาลว่า เหนือสิ่งอื่นใดขณะนี้ควรมีให้มีการผ่อนคลาย AMA ลงก่อน โดยได้รับการสนับสนุนอย่างเต็มที่จากธุรกิจเอกชนที่ไม่พอใจการบังคับใช้ AMA เพราะส่งผลให้การดำเนินธุรกิจซบเซาอย่างร้ายแรงภายหลังสงครามเกาหลี

ในเดือนกันยายน ปี 1935 ก็ได้แก้ไข AMA ให้ผ่อนคลายลงอีกอย่างมาก โดยแก้ไขจากเดิมที่บัญญัติให้ cartel เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในตัวเอง (per se illegal) เป็น cartel จะผิดกฎหมายต่อเมื่อมีการจำกัดการแข่งขันอย่างมากเท่านั้น และให้สัญญาที่กำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance contracts) ทำได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่พิจารณาโดย JFTC นอกจากนี้ยังกำหนดเพิ่มเติมในเรื่องการมีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ให้ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice)

ในช่วงทศวรรษที่ 1950 สภานิติบัญญัติได้ผ่านกฎหมายที่ยกเว้น cartel หรือการดำเนินการอื่นใดในอุตสาหกรรมประเภทต่างๆ จาก AMA มากมาย โดยอ้างวัตถุประสงค์ทางการเมือง เช่น เพื่อแก้ปัญหาคอขวดของเศรษฐกิจ ปฏิวัติอุตสาหกรรม ส่งเสริมการส่งออก นำเข้า และเพื่อปกป้องวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก (small and medium sized enterprises) เงื่อนไขต่างๆ จึงถูกผ่อนคลายลงอย่างมากในช่วงนี้

²⁸ Akinori Yamada, "Competition Law and Policy in Japan".

ยุคทองสบู่แตก

ในช่วงทศวรรษที่ 1960 เศรษฐกิจของญี่ปุ่นขยายตัวอย่างรวดเร็วและผิดปกติ จึงได้มีการเสนอมาตรการต่างๆ ขึ้นมาเพื่อควบคุมสถานการณ์ดังกล่าว ในเดือนกันยายนปี 1960 รัฐบาลก็ได้ประกาศมาตรการควบคุมภาวะฟองสบู่ขึ้น โดย JFTC ก็บังคับใช้กฎหมาย AMA อย่างเข้มงวดขึ้น นอกจากนี้ที่ประชุมว่าด้วยการแก้ปัญหาด้านราคา (The Price Conference) ที่จัดตั้งโดยรัฐบาล ก็ได้เสนอให้มีการบังคับใช้ AMA แก่กรณีดังกล่าวเข้มงวดขึ้นเช่นกัน จากข้อเสนอดังกล่าว JFTC จึงได้เริ่มที่จะตรวจสอบพฤติกรรมของภาคอุตสาหกรรมเป็นรายๆ ว่าอยู่ในสภาวะที่ครองตลาดอย่างมากเกินไปหรือไม่ ช่วงปลายทศวรรษที่ 1960 JFTC ได้มีมาตรการเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการกำหนดราคาสินค้า (price fixing) cartel และการกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance) ออกมาอีก

ในช่วงทศวรรษที่ 1960 นี้เอง ญี่ปุ่นได้เริ่มมีนโยบายที่เปิดตลาดการค้าและการลงทุนต่อต่างชาติ โดยได้เข้าร่วมใน GATT, IMF และ OECD รัฐบาลญี่ปุ่นตระหนักว่า หากไม่มีนโยบายด้านอุตสาหกรรมที่เหมาะสม ตลาดญี่ปุ่นอาจถูกครอบครองโดยชาวต่างชาติที่มีอำนาจการแข่งขันกับเงินทุนที่สูงได้ จึงได้ดำเนินมาตรการเพื่อกระตุ้นให้เกิดการขยายตัวของธุรกิจ โดยสนับสนุนการรวมกิจการ (merger) และผนึกกำลังของธุรกิจต่างๆ เข้าด้วยกัน (consolidation) ผลก็คือเกิดบริษัทขนาดใหญ่ขึ้นเป็นจำนวนมาก กรณีที่โด่งดังมากได้แก่ การรวมกิจการเป็นบริษัท Mitsubishi Heavy Industries จากบริษัท Nissan Motor รวมกับ Prince Motor และบริษัท Yawata Iron & Steel รวมกับ Fuji Iron & Steel เป็น Nippon Steel และ case สุดท้ายซึ่งเป็นที่โต้แย้งจาก JFTC โดยความเห็นส่วนใหญ่และกระบวนการกึ่งตุลาการจะให้การรับรองอนุญาตให้รวมกิจการได้ คือกรณีการรวมกันของสามบริษัทยักษ์ใหญ่ที่ผลิตกระดาษ (Oji, Honshu และ Jujo) การรวมตัวดังกล่าว JFTC ไม่เห็นด้วย โดยต่อต้านตั้งแต่แรกก่อนคำตัดสิน จากความขัดแย้งเหล่านี้เอง บรรดาธุรกิจต่างๆ จึงตระหนักได้ว่าไม่อาจหลบเลี่ยงกฎระเบียบที่ห้ามการรวมกิจการภายใต้ AMA ไปได้ เพราะจะถูกตรวจสอบจาก JFTC อีก

ในปี 1973 เกิดวิกฤตการณ์น้ำมันโลก ญี่ปุ่นได้รับผลกระทบนี้โดยนำเข้าน้ำมันดิบในราคาสูงกว่าเดิมถึง 4 เท่า ซึ่งส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าอื่นๆ ทั่วญี่ปุ่นไปด้วย ธุรกิจต่างๆ เกือบทั้งหมดพยายามที่จะลดต้นทุนการผลิตโดยการแอบจัดตั้ง cartel ที่ผิดกฎหมายขึ้น JFTC มีคำสั่งต่อการดำเนินการดังกล่าวไปทั้งสิ้น 67 ครั้ง และในเดือนกุมภาพันธ์ปี 1974 JFTC ดำเนินคดีอาญากับธุรกิจต่างๆ มากมาย แสดงให้เห็นว่า JFTC มีศักยภาพเพียงพอที่จะกำกับดูแลพฤติกรรมของภาค

ธุรกิจได้ ในขณะที่เดียวกันก็แสดงให้เห็นว่า AMA ณ เวลานั้นไม่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอสำหรับเหตุการณ์ดังกล่าว

ยุคแห่งการแก้ไขปรับปรุง AMA อย่างแท้จริง

ในทศวรรษที่ 1970 เป็นช่วงที่เกิดการใช้อำนาจครอบงำตลาดโดยมิชอบมาก(Oligopoly) อีกทั้งปัญหาอื่นๆ เช่น เรื่องการถือหุ้นควบ เดือนกันยายนปี 1979 JFTC จึงเสนอแนวทางแก้ไขปรับปรุง AMA อย่างกว้างๆ เพื่อครอบคลุมแก่ทุกปัญหาที่เกิดขึ้น

ปี 1977 เป็นปีที่มีความสำคัญมาก เนื่องจากเป็นครั้งแรกที่ญี่ปุ่นได้แก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดให้มีความเข้มงวดมากขึ้น²⁹ แนวโน้มของการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นไปเพื่อสนับสนุนให้มีการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรมมากขึ้น (free and fair competition) โดยมีปัจจัยสนับสนุนแนวโน้มดังกล่าว 4 ประการ คือ

ประการแรก ผู้บริโภคชาวญี่ปุ่นเดือนร้อนจากภาวะเงินเฟ้อ และสาเหตุที่ทำให้ดัชนีของราคาผู้บริโภคสูงขึ้นก็เนื่องจากการรวมหัวกันตั้งราคา (price fixing cartel) ของผู้ประกอบการเป็นเหตุผลทางการเมืองที่สำคัญที่รัฐบาลญี่ปุ่นต้องนำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาแก้ไขปัญหา

ประการที่สอง การเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนของประเทศญี่ปุ่น ทำให้มีผู้ประกอบการทั้งชาวญี่ปุ่นและต่างประเทศเพิ่มขึ้น กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันจึงทวีความสำคัญขึ้น

ประการที่สาม การคุ้มครองบริษัทขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากบริษัทเหล่านี้มีจำนวนมากกว่า 80% ของจำนวนบริษัททั้งหมดในประเทศญี่ปุ่นที่ผลิตชิ้นส่วนให้กับบริษัทขนาดใหญ่ จึงเป็นเสมือนฐานการเมืองที่สำคัญของรัฐบาล

²⁹ Hiroshi Iyori, "A comparison of U.S. - Japan antitrust Law : Looking at the International Harmonization of Competition Law" in *Antitrust : A New International Trade Remedy*, eds. John O. Haley and Hiroshi Iyori (seattle, 1995), p.69.

ประการที่สี่ เรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคเริ่มกลายเป็นเรื่องสำคัญสำหรับรัฐบาลญี่ปุ่นในทศวรรษนี้เป็นต้นไป เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นได้กลายเป็นประเทศร่ำรวย ผู้บริโภคมีรายได้สูงและมีความต้องการบริโภคสินค้าและบริการที่หลากหลาย ทำให้ผู้ประกอบการที่ขาดจริยธรรม ใช้วิธีการโฆษณาที่หลอกลวง กำหนดราคาขายปลีก หรือรวมหัวกันตั้งราคาเพื่อเอาเปรียบผู้บริโภค ทำให้รัฐบาลญี่ปุ่นต้องนำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาปรับปรุงแก้ไข และบังคับใช้อย่างเข้มงวด เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยในการปรับปรุงกฎหมายครั้งนี้ ได้มีการแก้ไขในส่วนของระบบค่าปรับแก้ cartel การกำหนดมาตรการในการแข่งขันในสภาวะที่มีการผูกขาด การกำหนดให้ยื่นรายงานเกี่ยวกับการขึ้นราคา และจัดทำระบบเพื่อกำหนดอัตราสูงสุดในการถือหุ้นของบริษัทขนาดใหญ่ที่มีได้ประกอบธุรกิจทางการเงิน และวางระบบที่รัดกุมเพื่อกำหนดจำนวนการถือหุ้นของบริษัทที่ประกอบธุรกิจทางการเงิน*

ยุคแห่งการเข้าสู่มีติระหว่างประเทศ

ในราวกลางศตวรรษที่ 1980 ประเด็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของธุรกิจญี่ปุ่นถูกหยิบยกขึ้นมาโดยสหรัฐฯ และมีการหารือทางการค้าระหว่างประเทศทั้งสองประเทศขึ้น^{๓๐} ผลที่ตามมาก็คือ รัฐบาลญี่ปุ่นได้ดำเนินการอันเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันทางการค้าหลายประการ อาทิ ข้อสรุปจาก SII รัฐบาลญี่ปุ่นได้ดำเนินการ ดังนี้^{๓๐}

- * i.) divestiture orders against monopolistic business,
- ii.) reporting requirements for reasons of parallel price increases,
- iii.) ceiling on the amount of stockholdings by giant companies,
- iv.) tougher restrictions on stockholdings by financial institutions
- v.) surcharge (or an administrative fine) payment order system, and
- iv.) Increases in criminal penalties.

- ๓๐ - Market Oriented Sector Selective (MOSS) เกิดขึ้นในปี 1985
- Structural Impediments Initiative (SII) เกิดขึ้นในปี 1989.

³⁰ Richard L. Thurston, "Japan – The Antimonopoly Act and Japanese Fair Trade Commission Enforcement", *The International Lawyer* 27 (Summer 1993) : 535.

- เพิ่มจำนวนเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนในหน่วยงาน JFTC และจัดสรรงบประมาณ แก่กิจการดังกล่าว* มากขึ้น
- JFTC ต้องดำเนินการอย่างเข้มงวดต่อพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดราคาสินค้า cartel และการทำข้อตกลงร่วมกันในการประมูล (bid-rigging)
- JFTC ต้องดำเนินการบังคับใช้ AMA อย่างโปร่งใส โดยเปิดเผยข้อมูลของคดีความ
- กำหนดค่าปรับให้สูงขึ้น และ
- JFTC ต้องเผยแพร่ guidelines ที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางการค้าและการจัดจำหน่าย

ในช่วงเดียวกันนี้เอง รัฐบาลญี่ปุ่นได้มีนโยบายที่จะลดกฎระเบียบต่าง ๆ ลง โดยเชื่อว่าจะดีต่อการค้าเสรี และการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่ ๆ เพื่อที่จะวางโครงสร้าง และฟื้นฟูสภาพการแข่งขันของระบบเศรษฐกิจ อีกทั้งลดขนาดรัฐบาลให้เล็กลงด้วย เป็นการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันในตลาด โดยตระหนักถึงความสำคัญของนโยบายการแข่งขันทางการค้านั้นเอง

ปัจจุบันเนื่องจากการดำเนินกิจการทางด้านเศรษฐกิจได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นทั่วโลก และการพึ่งพาอาศัยกันทางเศรษฐกิจจะทวีคูณมากขึ้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดถูกนำมาใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคทั่วไป การเปิดตลาดระหว่างประเทศจึงมุ่งเน้นที่จะส่งเสริมให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรมมากขึ้น ซึ่งทาง Fair Trade Commission หรือ FTC ได้พิจารณาถึงความสำคัญขั้นพื้นฐานดังกล่าว จึงได้พยายามที่จะยับยั้งการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด และเสริมสร้างให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างโปร่งใส ในเดือนเมษายนปี 1991 ญี่ปุ่นจึงได้เริ่มดำเนินการยับยั้งการฝ่าฝืนกฎหมายมากยิ่งขึ้น โดยได้มีการหยิบยกการเก็บค่าปรับสำหรับผู้กระทำผิดกฎหมายด้าน cartel มาบทหนักใหม่ เดือนธันวาคมปี 1992 ก็ได้มีการออก guideline เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติตลอดจนการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ cartel จากการประมูล การรวมกลุ่มกิจการ การควบกิจการ ตลอดจนการทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในประเทศที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ในปี 1998 ได้มีการ

* คำนวณรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก Final report on Japan – U.S. Structural Impediments Initiative Talks (1990), First Follow-up Report (1991) และ Second Follow-up Report (1992) of SII.

ออกระเบียบต่างๆ อาทิ ที่เกี่ยวกับการควบกิจการ (merger) รูปแบบในการขออนุญาตการรายงานต่อ FTC เป็นต้น โดยประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1999

(1.2) วัตถุประสงค์

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่นมีวัตถุประสงค์คือ *

- (1) ปกป้องผลประโยชน์ทั่วไปของผู้บริโภค
- (2) เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประชาธิปไตยและเศรษฐกิจของประเทศ

โดยมีกลไกในการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ได้แก่ การส่งเสริมให้การแข่งขันเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ด้วยวิธีการดังต่อไปนี้คือ

- กระตุ้นให้มีการก่อตั้งกิจการขึ้นใหม่
- สนับสนุนกิจกรรมทางด้านธุรกิจต่าง ๆ
- เพิ่มจำนวนการว่าจ้างแรงงานและเพิ่มระดับรายได้

โดยห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ห้ามกระทำการผูกขาดโดยบุคคล และห้ามการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

* Section 1 of the AMA

“...to promote free and fair competition, to stimulate the creative initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprises, to heighten the level of employment and people’s real income and thereby to promote the democratic and wholesome development of the national economy as well as to assure the interests of consumers in general. “ As means to these purposes, the AMA eliminates “any unreasonable constraint to business activities, ”Such as restraint on price, by “prohibiting private monopoly, unreasonable restraint of trade and unfair trade practices, and preventing excessive concentration of market power.”

(2) การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด

AMA ห้ามมิให้ผู้ประกอบการ* (entrepreneur) กระทำการใน 3 กรณีหลักๆ ดังนี้

(2.1) การผูกขาด (monopoly)

(2.1.1) การผูกขาดโดยเอกชน (private monopolization)

มาตรา 2(5) ให้คำจำกัดความของการผูกขาดโดยเอกชนว่า “กิจกรรมทางธุรกิจที่ผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายรวมกัน หรือวางแผนร่วมกันกีดกันออกไป หรือควบคุมกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งเป็นเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก และขัดต่อประโยชน์สาธารณะในธุรกิจบางประเภท”^δ

จากคำจำกัดความดังกล่าว การผูกขาดโดยเอกชนจะทำโดยผู้ประกอบการรายเดียวหรือ หลายรายก็ได้ การกระทำนั้นต้องเป็นการกีดกันออกไป (exclusion) หรือควบคุม^ε (control) ผู้ประกอบการรายอื่น (enterprise) ซึ่งมีผลให้การแข่งขันทางการค้าในธุรกิจประเภทนั้นๆ ลดลงเป็นอย่างมาก

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดในมาตรานี้คือ ผู้ประกอบการ (enterprise) ตามความหมายของมาตรา 2(5) จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ อาทิ ส่วนแบ่งตลาดและจำนวนทรัพย์สินสูงๆ หรือไม่ แม้ว่าในคำจำกัดความ

* สรุปลจากโครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ ประกอบกับคำบรรยายของ Mr.Miura Katsuya ผู้เชี่ยวชาญจากญี่ปุ่นประจำกรมการค้าภายใน.

^δ such business activity by which any enterprise, individually, or by combination or conspiracy with other enterprise, or in any other manner, excludes or controls the business activities of other enterprises, thereby causing contrary to the public invest, a substantial restraint of competition in any particular field trade.

^ε การควบคุม (control) ตามมาตรา 2(5) ไม่ได้มีคำนิยาม แต่จากคำตัดสินของ JFTC และศาลจะเห็นได้ว่า การควบคุมจะแบ่งออกเป็นการควบคุมโดยตรง (direct control) และการควบคุมทางอ้อม (indirect control).

ดังกล่าว จะไม่ระบุไว้โดยชัดเจนก็ตาม แต่นักวิชาการญี่ปุ่นเห็นว่า เป็นลักษณะของการผูกขาด โดยเอกชนอยู่แล้วที่ผู้ประกอบการที่จะกระทำผิดดังกล่าวได้จะต้องมีอำนาจทางเศรษฐกิจสูง ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมหรืออ่อนแอ ย่อมไม่สามารถที่จะไปกีดกันหรือควบคุมกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นได้ ดังนั้นผู้ประกอบการตามความหมาย 2(5) จึงหมายความว่าความถึงเฉพาะผู้ประกอบการที่พอจะสามารถกระทำผิดในลักษณะการผูกขาดโดยเอกชนได้

(2.1.2) การรวมและการควบกิจการ (merger and acquisition: M&A)

มาตรา 9-มาตรา 18 ในบทที่ 4 ของ AMA เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวกับการควบและการซื้อกิจการ เหตุผลที่ AMA ต้องมีการกำกับควบคุม M&A ก็เนื่องจากว่าเป็นมาตรการป้องกัน (preventive measure) ไม่ให้มีการผูกขาดโดยเอกชนนั่นเอง เพราะการผูกขาดโดยเอกชนจะทำได้ก็ต้องเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูง และการที่จะทำเช่นนั้นได้ก็คือ การรวม หรือการควบกิจการกับบริษัทอื่นนั่นเอง AMA จึงให้ความสำคัญไม่ให้มีการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจไว้ในมือของบริษัทใดบริษัทหนึ่งมากเกินไป ดังนี้ คือ

การห้ามมีบริษัทโฮลดิ้ง มาตรา 9 ห้ามการมีบริษัทโฮลดิ้ง โดยกฎหมายให้คำจำกัดความของบริษัทโฮลดิ้งว่าเป็น บริษัทที่มีธุรกิจคือ การถือหุ้นของบริษัทอื่น และควบคุมบริษัทอื่น ดังนั้นบริษัทซึ่งตั้งขึ้นมาทำธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งแล้วมีบริษัทลูกด้วยย่อมไม่เป็น pure holding company ตามความหมายของมาตรา 9 นี้ เหตุผลที่มีมาตรา 9 นี้ก็คือ ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง Zaibatsu ที่สำคัญของญี่ปุ่น เช่น Mitsui ต่างก็ใช้บริษัทโฮลดิ้งถือหุ้นของบริษัทในเครือทั้งสิ้น กองกำลังสัมพันธมิตรจึงได้เขียนห้ามไว้เพื่อป้องกันไม่ให้ Zaibatsu ฟิ้นขึ้นมาได้อีก

การจำกัดจำนวนหุ้นที่จะถือได้ (quantitative limitation of stock-holding) ปรากฏในมาตรา 9.2 (แก้ไขในปี 1997) ห้ามบริษัทขนาดใหญ่ (ทุนจดทะเบียนเกิน 10 ล้านเยน) ซึ่งไม่ใช่สถาบันการเงินถือหุ้นของบริษัทอื่นเกินมูลค่าของทุน หรือมูลค่าทรัพย์สินของบริษัท แล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า วัตถุประสงค์ของการแก้ไขกฎหมาย AMA ในปี 1977 และการเพิ่มบทบัญญัติเข้าไป เนื่องจากว่ารัฐบาลญี่ปุ่นต้องการป้องกันไม่ให้บริษัทการค้า (trading company) เข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่นๆ มากเกินไป เพราะจะทำให้มีการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจไว้ในมือของบริษัทการค้าดังกล่าวมากเกินไปนั่นเอง

การควบและการถือหุ้น (Acquisition and holding of Stocks)

- i. มาตรา 10(1) บัญญัติว่า หากการที่บริษัทหนึ่งบริษัทใดจะเข้าไปถือหุ้นของบริษัทอื่น แล้วทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงเป็นอย่างมาก การเข้าไปถือหุ้นดังกล่าวย่อมผิดกฎหมาย

การรวมกิจการ (merger) มาตรา 15(1) ของกฎหมาย AMA บัญญัติว่า บริษัทใดบริษัทหนึ่งจะรวมกิจการกับบริษัทอื่นไม่ได้ หากการรวมกิจการนั้นจะทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมาก มาตรา 15(2) กำหนดให้บริษัทต้องทำคำร้องขอรวมกิจการให้ JFTC พิจารณาก่อน การรวมกิจการนั้นแยกได้ 2 ประเภทคือ

ประเภทแรก เป็นการที่บริษัทหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นของอีกบริษัทหนึ่งทำให้บริษัทที่ถูกรับซื้อสูญเสียความเป็นบริษัทไปเลย

ประการที่สอง เป็นการที่สองบริษัทรวมกันแล้วตั้งเป็นบริษัทใหม่ขึ้นมา โดยบริษัทเดิมทั้งสองสูญเสียความเป็นบริษัทไป

ในปี 1980 ทาง JFTC ได้ออก guidelines เกี่ยวกับเรื่อง merger ว่าจะอนุญาตให้มีการรวมกิจการได้หรือไม่ โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับทรัพย์สินของบริษัทที่จะทำการรวมกิจการนั้นในรายละเอียดเพิ่มขึ้นอีก

มาตรา 15(1) ห้ามการรวมกิจการที่ผ่านการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตัวอย่าง เช่น การรวมกิจการที่เกิดขึ้นเนื่องจากบริษัทที่ตั้งใจจะรวมกิจการ ได้ใช้วิธีการทุ่มตลาดอย่างหนักจนบริษัทคู่แข่งต้องยอมแพ้และยอมตามเงื่อนไขของตน

(2.2) การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

(Unreasonable restraint of Trade)

(2.2.1) cartel และการทำสัญญาร่วมกันประมุข (bid-rigging)

คำว่า การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (unreasonable restraint of trade) ที่ใช้ในกฎหมาย AMA ของญี่ปุ่นนั้น หมายความถึง cartel และ bid-rigging ซึ่ง ได้แก่ การตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการ (ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม) ในการ

ที่จะหยุดการแข่งขัน จึงเป็นการกระทำที่ขัดขวางการแข่งขันโดยธรรมชาติ โดยกฎหมายได้ให้คำจำกัดความของการจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรในมาตรา 2(6) โดยมีองค์ประกอบของความผิด 4 ประการ คือ

- i. พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการ โดยการทำสัญญาตกลงหรือความเข้าใจกันโดยรู้กัน และ
- ii. ที่จะจำกัดทางธุรกรรมทางธุรกิจร่วมกัน โดย
- iii. กำหนดราคาขาย เป็นราคาเดียวกัน ขึ้นราคาขาย จำกัดปริมาณการผลิต เทคโนโลยี สินค้า ลูกค้า และอื่นๆ
- iv. ขัดต่อประโยชน์ของสาธารณะ (public interest) เนื่องจากมีการจำกัดทางการค้าอย่างมาก (substantial restraint) ในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง

ทั้งนี้กฎหมาย AMA ได้มีข้อยกเว้นว่า cartel สามารถทำได้ในบางกรณี หากได้รับอนุมัติจาก JFTC

(2.2.2) สัญญาเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (distribution agreement)

นอกจากการจำกัดทางการค้าจะทำได้ในแนวนอน (horizontal agreement) แล้ว ยังสามารถทำได้ในแนวตั้ง (vertical agreement) ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาเกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้า (distribution agreement) ระหว่างผู้ผลิตที่อยู่ต่างประเทศและผู้จำหน่ายสินค้าภายในประเทศ หลังจากมีการศึกษาปัญหาแล้ว ทางคณะทำงานของ JFTC มีความเห็นว่า ในระบบการจัดจำหน่ายสินค้าก็มีการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 2(6) ของ AMA ได้เช่นกัน

(2.3) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair practices)

การห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นหลักของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น มาตรา 2(9) AMA ระบุถึงการกระทำ 6 ประเภท ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่

(2.3.1) การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

(Unreasonable discrimination) แบ่งออกได้ 5 การกระทำ คือ

i. การรวมกันปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย (collective refusal to deal) ขัดต่อกฎหมาย เพราะเป็นการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการธุรกิจหลายคนในการจำกัดการแข่งขัน

ii. การปฏิเสธโดยประการอื่นที่ไม่ทำธุรกรรมด้วย (other refusals to deal) การที่ผู้ประกอบการรายเดียวปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ใด ย่อมเป็นสิทธิตามหลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา แต่การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยของผู้ประกอบการธุรกิจเพียงรายเดียวอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ หากการปฏิเสธนั้นทำไปเพื่อสนับสนุนพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายอื่นๆ เช่น ผู้ผลิตสินค้ารายหนึ่งกำหนดราคาขายปลีกให้ผู้ขายส่งหรือขายปลีกปฏิบัติตาม หากผู้ขายส่งหรือผู้ขายปลีกรายใดไม่ปฏิบัติตาม ผู้ผลิตสินค้ารายนั้นก็ปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้

ปกติแล้วการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย โดยผู้ประกอบการเพียงรายเดียวนั้น หากกระทำให้ได้ผล ต้องเป็นการกระทำโดยผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจมาก (Powerful) JFTC ได้ออก guidelines ในปี 1991 ระบุว่า ผู้ประกอบการที่มีฐานะทางเศรษฐกิจมาก (Powerful position) จะต้องมีสัดส่วนการครองตลาด 10% หรือมากกว่า หรือต้องมีอันดับการครองตลาดไม่เกิดอันดับ 3 เท่า

iii. การตั้งราคาที่แตกต่าง (price discrimination)

ปกติแล้วการตั้งราคาสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันย่อมไม่เป็นความผิดเว้นแต่ การกระทำเช่นนั้นจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันเท่านั้น

iv. การเลือกปฏิบัติในการติดต่อธุรกิจ เช่น การเลือกปฏิบัติในวิธีการชำระเงิน

v. การเลือกปฏิบัติในสมาคมการค้า เช่น การไล่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งออกจากสมาคมการค้า

(2.3.2) ราคาที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable price)

แบ่งย่อยตาม guidelines ของ JFTC ปี 1982 ออกได้ 2 ความผิดคือ

i. ราคาจำหน่ายต่ำกว่าทุน (sale below cost) จะเป็นความผิดได้หากผู้ประกอบการรายใดขายสินค้าหรือบริการในราคาที่ต่ำกว่าทุนมาก และขายติดต่อกันนานพอสมควร

- ii. รับซื้อสินค้าในราคาที่สูงเกินควร เช่น การซื้อวัตถุดิบในราคาที่สูงเกินควรอันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการรายอื่น

(2.3.3) การชักจูงลูกค้าด้วยวิธีที่ไม่สมเหตุสมผล (*unjust inducement of customers*)

guidelines ของ JFTC ปี 1982 ระบุว่าไว้ 3 ลักษณะ คือ

- i. การหลอกลวง (*false inducement*) เช่น การโฆษณาสินค้าหรือบริการด้วยข้อความเท็จ
- ii. การให้รางวัลที่ไม่สมเหตุสมผลชักจูงลูกค้า (*sale with excessive premium*) นอกจากจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ AMA แล้วยังมีกฎหมายชื่อ *the Law Prohibiting Unreasonable Premium and Representation and Matters* และกฎหมายที่ออกโดย JFTC ควบคุมอยู่
- iii. การขายควบ (*tie-in sale*) คือการที่ผู้ซื้อนอกจากจะซื้อสินค้าที่ตนต้องการแล้วยังต้องซื้อสินค้าอย่างอื่นควบด้วย

(2.3.4) การจำกัดที่ไม่เป็นธรรม (*unjust restriction*)

guidelines ปี 1982 ได้แบ่งการจำกัดโดยไม่เป็นธรรมออกเป็น 3 ประเภท คือ

- i. การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิ (*exclusive dealing*) การทำข้อตกลงจำกัดสิทธิคือการทำความตกลงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่อ่อนแอกว่าต้องยอมรับเงื่อนไขที่จะไม่ทำธุรกรรมกับคู่แข่งของคู่สัญญาที่เข้มแข็งกว่า เช่น ผู้ผลิตสินค้าบังคับให้ตัวแทนจำหน่ายสินค้าของตนต้องยอมรับเงื่อนไขที่จะไม่ขายสินค้าของคู่แข่ง หรือบริษัทการค้า (*trading company*) บังคับให้ผู้ผลิตสินค้านั้นจะต้องไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้กับบริษัทการค้าคู่แข่ง เป็นต้น นอกจากจะคิดว่าผู้ประกอบการที่ตั้งเงื่อนไขนั้นจะต้องมีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงด้วย

- ii. การกำหนดราคาจำหน่าย (resale price maintenance) คือการที่ผู้ผลิตสินค้า (manufacture) สั่งให้ผู้ขายส่งและผู้ขายปลีกขายสินค้าในระดับใดระดับหนึ่ง ซึ่งการกระทำดังกล่าว มีผลทำให้การแข่งขันในเรื่องราคาระหว่างผู้ขายส่ง หรือระหว่างผู้ขายปลีกด้วยกันเอง ลดลงหรือสูญสิ้นไป แต่การกำหนดราคาจำหน่ายอาจขออนุญาตยกเว้นไม่ให้นำ AMA มาใช้บังคับได้หากได้รับอนุญาตจาก JFTC อย่างไรก็ดี การกำหนดราคาจำหน่ายจะเป็นความผิดได้เมื่อการกำหนดราคาจำหน่ายระหว่างผู้ผลิตสินค้ากับผู้ขายส่งและผู้ขายปลีกนั้นต้องมีผลผูกมัด (binding) กันจริงเท่านั้น
- iii. การจำกัดเขตจำหน่ายในแนวนอน และจำกัดเกี่ยวกับลูกค้า (vertical territorial and customer restriction) เช่น ผู้ผลิตแบ่งเขตจำหน่ายให้ dealer แต่ละรายขายสินค้าเฉพาะในเขตจำหน่ายหนึ่ง จะผิดกฎหมายเมื่อมีการแบ่งเขตจำหน่ายอย่างเด็ดขาด (strict territorial restriction) และมีผลทำให้ผู้ผลิตสินค้าสามารถรักษาระดับราคาได้โดยการกระทำดังกล่าว (JFTC guidelines 1991) ส่วนการจำกัดเกี่ยวกับลูกค้า เช่น ผู้ผลิตจะบอกให้ dealer ทราบว่าจะระบายสินค้าให้กับลูกค้ารายใดได้บ้าง เป็นต้น การกระทำดังกล่าวจะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อ เป็นการจำกัดเกี่ยวกับลูกค้าเพื่อรักษาระดับราคาของสินค้าของผู้ผลิตนั้น

(2.3.5) การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่ชอบ (abuse of dominant position)

การใช้อำนาจเหนือตลาด guideline ของ JFTC มีเงื่อนไขสำคัญ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำผิด คือ ต้องมีอำนาจเหนือคู่สัญญา (dominant position) ความเห็นของคณะกรรมการ JFTC และความเห็นทางวิชาการทั่วไป เห็นว่าคำว่า dominant position ในกรณีนี้ไม่ได้หมายถึงการมีอำนาจเหนือตลาด (dominant position in the market) ดังนั้น แม้ผู้ประกอบการที่มีธุรกิจไม่ใหญ่มาก ก็อาจจะมีสถานะเหนือคู่สัญญาได้ คู่สัญญาที่มีอำนาจเหนือกว่า (dominant position) อาจบีบบังคับให้คู่สัญญาที่อ่อนแอกว่า ต้องยอมรับสัญญาที่ตนเสียเปรียบได้

นอกจากนี้ยังต้องเป็นการใช้อำนาจเหนือคู่สัญญาอย่างไม่เป็นธรรม (abuse of dominant position) ด้วย คือต้องมีการบีบบังคับ (suppressive) หรือถากถางเหยียดหยัน (to intimidate) ของคู่สัญญาที่มีอำนาจเหนือกว่าด้วย จึงจะครบเงื่อนไข

(2.3.6) การเข้าไปแทรกแซงกิจการของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผล
(unreasonable inference in the affair of competitor)

- i. การเข้าแทรกแซงธุรกิจของคู่แข่ง (interference with the business activities of a competitor) โดยไม่ชอบ เช่น ข้อตกลงของผู้ขายสินค้ารายหนึ่งกับลูกค้า ว่าหากลูกค้ายอมผิดสัญญากับคู่แข่งของตน จะยอมจ่ายเงินเป็นค่าเสียหายให้
- ii. สร้างความปั่นป่วนภายในบริษัทคู่แข่ง (internal disruption of a competitive company) เช่น การชักจูงหรือข่มขู่ให้ผู้ถือหุ้น หรือกรรมการของบริษัทคู่แข่งให้กระทำการที่เป็นการขัดผลประโยชน์ของบริษัท

(3) องค์การที่ใช้บังคับกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(3.1) คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม (The Fair Trade Commission)

ในการบังคับใช้ AMA นั้น คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น และศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่รับผิดชอบโดยตรง JFTC มีอำนาจที่จะสอบสวนกรณีที่น่าสงสัยว่าจะมีการละเมิด AMA โดยมีอำนาจสอบสวน เรียกพยาน วิเคราะห์หลักฐาน ตลอดจนอำนาจในการตัดสินว่ามีการละเมิดจริงหรือไม่

(3.1.1) การจัดองค์กรภายในของ JFTC

โครงสร้างและอำนาจ

1. คณะกรรมการฯ ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย
2. คณะกรรมการฯ จะต้องเป็นหน่วยงานหนึ่งในสังกัดนายกรัฐมนตรี หน้าที่และอำนาจภายใต้คณะกรรมการฯ ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- (1) กฎเกณฑ์ควบคุมการผูกขาดตลาด
- (2) กฎเกณฑ์ควบคุมการจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผล
- (3) กฎเกณฑ์ควบคุมการค้าที่ไม่เป็นธรรม
- (4) กฎเกณฑ์ที่ควบคุมการตลาดที่มีลักษณะคล้ายกับมีผู้ผูกขาดตลาด แต่โดยแท้จริงแล้วมีผู้ทำธุรกิจหลายราย
- (5) การสำรวจและวิจัยธุรกิจ หรือสภาวะเศรษฐกิจ หรือการประสานกฎหมาย เศรษฐกิจ หรือมติที่มีผลกระทบทางเศรษฐกิจ ที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อกิจกรรมต่างๆ ที่จำกัดการแข่งขันในตลาดพอสมควร หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกิจกรรมที่ขัดขวางการค้าเสรี กฎเกณฑ์ที่มีไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือการจำกัดธุรกรรมโดยไม่เป็นธรรม
- (6) งานที่อยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการฯ โดยอาศัยอำนาจทางกฎหมาย รวมทั้งมติและคำสั่งโดยอาศัยอำนาจทางกฎหมาย และหน้าที่ตามที่ได้ระบุไว้ในข้อ (1) ถึง (4)

ความเป็นอิสระ

ประธานและเจ้าหน้าที่คณะกรรมการฯ สามารถทำหน้าที่ของตนโดยอิสระ โดยคณะกรรมการฯ มีประธานและกรรมการ 4 คน นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้แต่งตั้ง โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และต้องมีอายุอย่างน้อย 35 ปีขึ้นไป และเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์

การแต่งตั้งหรือถอดถอน

ประมุขของประเทศต้องเป็นพยานในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนประธานออกจากตำแหน่ง ทั้งประธานและกรรมการจะต้องเป็นข้าราชการ

ระยะเวลาดำรงตำแหน่งของประธานและกรรมการ มีดังนี้

- (1) ระยะเวลาดำรงตำแหน่งของประธานและกรรมการมีระยะเวลา 5 ปี ทั้งนี้หากมีการแต่งตั้งประธาน หรือกรรมการเพิ่มมาดำรงตำแหน่งแทนผู้เป็นประธานหรือกรรมการมาก่อนหน้านั้น (ผู้ดำรงตำแหน่งเดิม) ผู้ได้รับการแต่งตั้งใหม่ก็จะดำรงตำแหน่งแทนจนหมดระยะเวลาดำรงตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งมาก่อน
- (2) สามารถที่จะแต่งตั้งประธานและกรรมการเดิมขึ้นมาดำรงตำแหน่งเดิมได้
- (3) ทั้งประธานและกรรมการจะต้องเกษียณจากตำแหน่งเมื่ออายุครบ 65 ปี

- (4) หากประธานหรือกรรมการหมดวาระการดำรงตำแหน่ง หรือต้องออกจากตำแหน่ง โดยเพราะเหตุใดก็ตามในช่วงที่รัฐสภาและวุฒิสภาไม่ได้มีการประชุมกัน หรือมีการยุบสภา นายกรัฐมนตรีสามารถที่จะแต่งตั้งประธานและกรรมการใหม่จากบุคคลที่มีคุณสมบัติมาทำหน้าที่แทน แล้วจึงขอความเห็นชอบจากรัฐสภาและวุฒิสภาเมื่อสามารถที่จะประชุมได้

(3.1.2) อำนาจของ JFTC

i. อำนาจบริหาร (administrative power)

อำนาจบริหารของ JFTC มีหลายประการ อาทิ การอนุญาตให้ผู้ประกอบการทำ depression cartel และ rationalization cartel ได้ เป็นต้น

ii. อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative power)

อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ คืออำนาจในการสร้างกฎ (rule making power) ตัวอย่าง เช่น มาตรา 2(9) AMA ให้อำนาจ JFTC ที่จะกำหนดว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจอย่างไร จึงเป็นการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นการกระทำของผู้ประกอบการจะยังไม่เป็นความผิดจนกว่า JFTC จะกำหนดว่าการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมคืออะไรบ้าง เป็นต้น

iii. อำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power)

อาทิ การตัดสินว่าการกระทำของผู้ประกอบการขัดกับ AMA หรือไม่ และออกคำสั่งบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายต้องงดเว้นการกระทำ เป็นต้น อำนาจกึ่งตุลาการจึงเป็นอำนาจหลักของ JFTC

(4) กระบวนการพิจารณาของ JFTC และการทบทวนโดยศาลยุติธรรม

(4.1) กระบวนการพิจารณาของ JFTC (The administrative procedure)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า JFTC มีอำนาจกึ่งตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจที่สำคัญที่สุดของ JFTC AMA ให้อำนาจ JFTC อย่างกว้างขวางในการสอบสวน (investigate) สืบพยาน (hold hearing) และการตัดสินว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการขัดกับ AMA หรือไม่ JFTC

มีอำนาจออกคำสั่งด้านบริหาร (an administrative order) สั่งให้ผู้ประกอบการที่ทำผิดตาม AMA หยุดการกระทำดังกล่าวได้ โดยกระบวนการพิจารณาดังกล่าวกระทำไปโดยเปิดเผย (open tribunal) และมีวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา (an adversarial proceeding)

ขั้นตอนวิธีดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายโดยคณะกรรมการ JFTC

(1) ขั้นตอนการสืบสวนเพื่อหาหลักฐานเบื้องต้น

เมื่อมีพฤติกรรมที่อาจจะฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดเกิดขึ้น JFTC จะเนินการสืบสวนเบื้องต้น โดยพฤติกรรมดังกล่าวจะได้รับแจ้งจาก

- การรายงานของประชาชน
- การสืบสวนของเจ้าหน้าที่ JFTC
- การขอให้คณะกรรมการไต่สวนโดยอัยการ
- การขอความร่วมมือจากหน่วยงานที่ดูแลธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ของกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมของญี่ปุ่น (MITI)

อย่างไรก็ดี ในการดำเนินการสอบสวนนี้ การรายงานของประชาชนจะมีบทบาทสำคัญที่

สุด

(2) วิธีการทำรายงาน

บุคคลใดๆ สามารถที่จะรายงานข้อเท็จจริงให้กับคณะกรรมการ JFTC ได้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดตามกฎหมายนี้ หากเชื่อว่าการกระทำผิดนั้นจริง เพื่อให้คณะกรรมการ JFTC ดำเนินการที่สมควรต่อไป การรายงานจะต้องปฏิบัติดังนี้

- จะต้องรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจา เกี่ยวกับชื่อ ที่อยู่ ซึ่งคณะกรรมการ JFTC จะเก็บข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับ
- ระบุชื่อของผู้ที่กระทำผิดกฎหมาย ที่อยู่ รายละเอียด วัน เวลา สถานที่ และข้อเท็จจริงอื่นๆ โดยจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร
- ข้อมูลหลักฐานเอกสารอื่นๆ ที่จะใช้เป็นหลักฐาน เช่น สำเนาเอกสาร รูปภาพในโฆษณา เป็นต้น ซึ่งข้อมูลรายงานดังกล่าวจะถูกเก็บไว้เป็นความลับโดยคณะกรรมการ JFTC

(3) การประกาศแจ้งให้ผู้รายงานทราบ

เมื่อมีการตรวจสอบข้อเท็จจริง พบว่าการกระทำดังกล่าวผิดกฎหมาย ทางคณะกรรมการ JFTC จะต้องแจ้งให้ผู้รายงานทราบโดยเร็ว ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผลการตัดสินของคณะกรรมการ JFTC

(4) วิธีดำเนินการสืบสวนคดี

คณะกรรมการ JFTC สามารถที่จะดำเนินมาตรการดังต่อไปนี้ ในการไต่สวนคดีที่มีการกระทำผิดกฎหมาย

- สั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในคดี หรือเป็นพยานมาสอบปากคำ เพื่อที่จะรับฟังความคิดเห็นของพวกเขา และเพื่อจะได้รับรายงานจากบุคคลเหล่านี้
- สั่งให้ผู้เชี่ยวชาญมาให้ปากคำไว้เป็นหลักฐาน
- สั่งให้บุคคลที่มีบัญชี เอกสาร และสิ่งอื่นมามอบให้ เพื่อเก็บไว้ใช้และเป็นหลักฐานในการดำเนินคดี
- เข้าไปในสถานที่ทำธุรกิจของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดี หรือสถานที่อื่นโดยที่จำเป็นเพื่อตรวจสอบคุณภาพการดำเนินการของธุรกิจ และตรวจดูทรัพย์สินของธุรกิจ รวมทั้งสมุดบัญชี เอกสาร และสิ่งอื่น ๆ

วิธีการที่ใช้ในการดำเนินการป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย การพิจารณาไต่สวน และการตัดสินคดี

(1) มาตรการออกคำสั่งให้หยุดการกระทำ

เมื่อคณะกรรมการ JFTC เกิดความสงสัยพฤติกรรมใดฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรการให้คำแนะนำจะถูกนำมาใช้ให้หยุดการกระทำดังกล่าว บุคคลใดก็ตามเมื่อได้รับคำแนะนำจากคณะกรรมการ JFTC จะต้องประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็ว ไม่ว่าผู้กระทำผิดจะยอมรับคำแนะนำหรือไม่ เมื่อบุคคลนั้นๆ ยอมรับคำแนะนำ คณะกรรมการ JFTC จะตัดสินความผิดโดยให้ปฏิบัติตามคำแนะนำ โดยมีต้องเรียกมาให้คำให้การ นี่เป็นวิธีพิจารณาตัดสินคดีง่ายๆ ในกรณีที่ไม่มีข้อโต้แย้ง และมักใช้กับคดีส่วนใหญ่ แต่เมื่อผู้กระทำผิดไม่ยอมรับคำแนะนำ คณะกรรมการ JFTC จะพิจารณาโดยเรียกผู้กระทำผิดมาให้คำให้การ

(2) ขั้นตอนการพิจารณาไต่สวน

ขั้นตอนในการพิจารณาไต่สวน เป็นขั้นตอนที่ JFTC เรียกผู้กระทำผิดมาให้การเพื่อรับฟังข้อโต้แย้งในเบื้องต้นก่อนที่จะดำเนินการตัดสิน ทั้งนี้เพื่อให้การตัดสินนั้นถูกต้อง และเป็นธรรม โดยการพิจารณาไต่สวนจะกระทำอย่างเปิดเผยต่อสาธารณชน ซึ่งขั้นตอนการพิจารณาจะคล้ายคลึงกับการพิจารณาในศาล โดยมีคณะกรรมการ JFTC หรือเจ้าหน้าที่จากกองตรวจสอบของ JFTC เป็นผู้ดำเนินการตัดสิน โดยจะมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวว่าผิดกฎหมายหรือไม่ ขณะเดียวกันจำเลย หรือผู้ต้องสงสัย สามารถให้การปฏิเสธโดยขอโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์ในขณะที่มีการไต่สวนคดีโดยเจ้าหน้าที่พิจารณาไต่สวนได้

หลังจากมีการพิจารณาไต่สวนเรียบร้อยแล้ว จะถึงขั้นตอนการตัดสิน ซึ่งจะมีการพิจารณาไปตามความผิดที่กระทำ เมื่อคณะกรรมการ JFTC มีคำสั่งให้หยุดกระทำผิด และผู้กระทำผิดยอมรับ ทางคณะกรรมการ JFTC ก็จะออกเป็นคำสั่งให้ทราบ และมีการลงประกาศในหนังสือพิมพ์ แต่ถ้าการกระทำผิดใดๆ จะต้องใช้เวลาในการพิจารณาตัดสิน และผู้กระทำผิดไม่ยอมรับคำสั่งตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ทางคณะกรรมการสามารถนำเรื่องขึ้นไปให้ศาลสูงเมืองโตเกียว (Tokyo High Court) เพื่อให้ศาลพิจารณาคำสั่งโดยด่วนต่อไป

การลงโทษปรับ (surcharge)

การลงโทษปรับโดยเสียค่าปรับ เริ่มนำมาใช้ในปี 1977 โดยมีการบัญญัติเพื่อใช้ลงโทษปรับผู้กระทำผิดให้จ่ายเงินค่าปรับตามสูตรที่คณะกรรมการ JFTC กำหนด เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ และป้องกันการจำกัดการค้า หรือตกลงกันทั้งที่เป็นทางการ (สัญญา) และไม่เป็นทางการ (cartel) โดยมีเงื่อนไขเป็นการจำกัดทางการค้าโดยไม่มีเหตุผล ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับราคาสินค้าหรือบริการ หรือในส่วนที่มีผลกระทบต่อราคา โดยวิธีการลดอุปทาน คณะกรรมการ JFTC จะสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนด คือ ในกรณีที่ผู้ประกอบการและสมาชิกของสมาคมการค้ามีพฤติกรรมจำกัดการค้า หรือตกลงกันอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการจะต้องเสียค่าปรับตามอัตราที่กำหนดไว้*

* สูตรการคิดคำนวณยอดจำนวนเงินเสียค่าปรับ

จำนวนยอดขายของสินค้าที่		6% สำหรับกิจการที่มีค่าใช้จ่ายปลีกและค้าส่ง
เกี่ยวข้องกับระยะเวลาที่	x	3% สำหรับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม
มีการกระทำcartel		1% สำหรับกิจการค้าส่ง (1% สำหรับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม)
		2% สำหรับกิจการค้าปลีก (1% สำหรับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม)

สรุปผลสืบเนื่องทางกฎหมายจากการละเมิด AMA ดังนี้ คือ

- (1) ทาง JFTC ดำเนินการตามกฎหมายแล้วสั่งให้ผู้ละเมิดหยุด หรือระงับการละเมิดนั้นเสีย หรือทาง JFTC ออกคำสั่งให้ผู้กระทำผิดต้องจ่ายค่าธรรมเนียมพิเศษทางด้านบริหาร (an administrative surcharge) ในกรณีที่มีความผิดประเภทรวมหัวกันกำหนดราคา (price cartel) หรือ cartel ประเภทอื่นซึ่งมีผลกระทบต่อราคา
- (2) บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดนั้น มีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน (recovery damage) ได้ โดยอาจฟ้องตามมาตรา 25 และ 26 ของ AMA หรือจะฟ้องตามมูลละเมิดมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้
- (3) ผู้ละเมิดอาจถูกฟ้องเป็นคดีอาญา และหากผิดจริงก็ต้องรับโทษทางอาญา ในทางปฏิบัติจริงแล้ว กรณีตาม (2) และ (3) มีน้อยมาก ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อ (1) มากกว่า

(4.2) การทบทวนคำตัดสินของ JFTC โดยศาลยุติธรรม

เมื่อคณะกรรมการ JFTC ได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว อาจมีคำอุทธรณ์ตัดสินไปยังศาลสูงเมืองโตเกียว (the Tokyo High Court) ได้ ปกติแล้วผู้ที่จะอุทธรณ์คำตัดสินคือผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกกล่าวหา และจำเลยจะเป็น JFTC เสมอ ศาลสูงมีอำนาจที่จะสั่งยก (cancellation) คำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ได้เมื่อศาลสูงมีคำพิพากษาแล้ว แต่คู่กรณียังไม่พอใจ ก็อาจจะฎีกาไปยังศาลฎีกา(the Supreme Court) ได้อีก

เนื่องจากกระบวนการไต่สวนของ JFTC มีความคล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาความของศาลยุติธรรม หลักกฎหมายเกี่ยวกับการสืบพยานจึงได้รับการยอมรับจากศาลสูงเมืองโตเกียว กล่าวคือ โดยปกติแล้วศาลสูงเมืองโตเกียวจะรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ JFTC ไต่สวน

การกำหนดระยะเวลาที่ผู้ทำธุรกิจได้กระทำ cartel เป็นระยะเวลายาวสุดได้เพียง 3 ปีเป็นอย่างมาก นับหลังจากวันที่ผู้ทำธุรกิจนั้นหยุดการกระทำความผิด ดังนั้น หากการจำหน่ายสินค้าที่เกี่ยวข้องอยู่ในระยะที่มีการทำ cartel มีจำนวน 100 ล้านเยน ค่าปรับของผู้ผลิตซึ่งกระทำความผิดดังกล่าวจะเสีย 6 ล้านเยน (3 ล้านเยนสำหรับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม) แต่ถ้ายอดเงินที่คิดคำนวณน้อยกว่า 500,000 เยน ก็ไม่สามารถออกคำสั่งให้เสียค่าปรับได้.

และทำบันทึกไว้ จึงทำหน้าที่เพียงการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมาย (matter of laws) ที่คู่ความ อุทธรณ์ขึ้นมาเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง (matter of facts) ดังนั้น ศาลสูงเมืองโตเกียวจึงมีหน้าที่พิจารณาว่า JFTC ตีความบทบัญญัติของกฎหมาย AMA ถูกต้องหรือไม่เท่านั้น

3.2 นโยบายการแข่งขันระดับภูมิภาค (regional) : สหภาพยุโรป (EU)

3.2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์

(1) ความเป็นมา

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ยุโรปประสบความพินาศและได้รับผลกระทบอย่างหนัก ประเทศต่างๆ ในยุโรปเล็งเห็นว่าควรที่จะมีการบูรณาการ เพื่อรวมยุโรปเข้าด้วยกัน ความคิดที่แสดงออกอย่างชัดเจนถึงความพยายามที่จะรวมยุโรปเข้าด้วยกันได้ปรากฏให้เห็นในการประชุมที่กรุงเฮก ปี 1948 ได้มีการจัดตั้ง "คณะมนตรีแห่งยุโรป" (Council of Europe) ขึ้น ต่อมา มีแนวทางการรวมตัวใหม่ เป็นการมีอำนาจเหนือรัฐ (Supra National Integration) ได้แก่ ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (The European Coal and steel Community) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community) และประชาคมพลังงานปรมาณูยุโรป (The European Atomic Energy Community) ซึ่งรวมเรียกว่าประชาคมยุโรป (European Communities) และด้วยผลแห่งสนธิสัญญา Masstricht ในปี 1992 สหภาพยุโรป (European Union) ก็ได้ถือกำเนิดขึ้น ประกอบด้วยประชาคมยุโรป (EC) ความร่วมมือกันในด้านกฤษฎีธรรมและการมหาดไทย (Cooperation in the Field of Justice and Home Affairs) นโยบายการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกัน (Common Securities and Foreign Policy) ปัจจุบัน EU ประกอบด้วย 15 รัฐ สมาชิก*

ส่วนที่สำคัญที่สุดของ EU ในเรื่องนโยบายการแข่งขัน ได้แก่ ประชาคมยุโรป (EC) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) ซึ่งมีพื้นฐานจากสนธิสัญญากรุงโรม (ปัจจุบันเรียกสนธิสัญญา EC) และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาโดยตลอด คือโดย Single European Act (1987) Masstricht Treaty (1993) และ Amsterdam Treaty (ลงนามในปี 1997)

* ได้แก่ฝรั่งเศส เยอรมัน เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก อิตาลี อังกฤษ เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ กรีซ สเปน โปรตุเกส ออสเตรีย ฟินแลนด์ และ สวีเดน.

ทั้งนี้สนธิสัญญา EC นี้เอง ได้มีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปไว้ในมาตรา 81 (มาตรา 85 เดิม) ถึงมาตรา 89 (มาตรา 94 เดิม)³¹

(2) วัตถุประสงค์

ภายในโครงสร้างเศรษฐกิจร่วมของ EU มาตรา 3(f) ของสนธิสัญญาโรมได้บัญญัติว่า ต้องป้องกันมิให้มีการบิดเบือนทางการแข่งขันในตลาดร่วม นโยบายการแข่งขันจึงเกิดขึ้นเพราะว่าการแข่งขันเป็นแรงกระตุ้นที่ดีที่สุดของระบบเศรษฐกิจ เพราะว่าเป็นการประกันเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจสำหรับทุกคน นโยบายการแข่งขันทำให้ธุรกรรมปรับตัวง่ายขึ้นต่อการพัฒนาทางเทคโนโลยี อีกทั้งกลไกในการตัดสินซึ่งได้รับอำนาจอย่างเต็มที่ ย่อมทำให้การแข่งขันมีประสิทธิภาพ ทำให้มาตรฐานของการครองชีพและการจ้างงานภายในประชาคมดีขึ้น เป็นความเชื่อที่ว่า นโยบายการแข่งขันจะเป็นกลไกสำคัญที่จะตอบสนองต่อความต้องการตลาดที่มีประสิทธิภาพ³²

ดังนั้น นโยบายการแข่งขันของ EU จึงมีวัตถุประสงค์คือ

- (1) สร้างตลาดร่วมเพื่อผลประโยชน์ของกิจการและการบริโภคของผู้บริโภค
- (2) ป้องกันไม่ให้บริษัทใหญ่ๆ ใช้อำนาจทางเศรษฐกิจไม่ถูกต้อง
- (3) ชักจูงใจให้บริษัทผลิตและจำหน่ายอย่างสมเหตุสมผล และส่งเสริมให้บริษัทพัฒนาทางเทคโนโลยี และวิทยาศาสตร์³³

³¹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐฯ", หน้า 3:8-3:9.

³² Commission of the European Community, First Report on Competition Policy (1972),p. 11, cited in วิฑิต มั่นตาภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป", *วารสารนิติศาสตร์* 13 (2526) : 124.

³³ Commission ("European Documentation"), The European Community Competition Policy (1976) และ Van Bael and Bellis, World Law of Competition W. Europe (1981) 1.01ff. cited in Ibid, p. 125.

3.2.2 การกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด³⁴

หลักการใหญ่ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้แก่

- (1) มาตรา 81 (มาตรา 85 เดิม) ซึ่งห้ามข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ คำสั่งของสมาคมผู้ประกอบการ หรือการปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบการที่มีผลจำกัดการแข่งขันทางการค้า
- (2) มาตรา 82 (มาตรา 86 เดิม) ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ
- (3) Council Regulation No.4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentration between undertakings (Merger Regulation) ควบคุมการควบกิจการระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งก่อให้เกิดอำนาจเหนือตลาด หรือมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า พร้อมทั้งกำหนดขั้นตอนในการดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับการพิจารณากรณีการควบกิจการ
- (4) Regulation No.17 of the Council of 6 February 1962, First Regulation implementing Article 81 (มาตรา 85 เดิม) and 82 (มาตรา 86 เดิม) of the Treaty Regulation 17 นี้ที่ออกมาเพื่อขยายความมาตรา 81 (มาตรา 85 เดิม) และ 82 (มาตรา 86 เดิม) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องขั้นตอนและบทบาทของคณะกรรมการ

จากหลักใหญ่ทั้ง 4 ประการข้างต้น ปราบปรามความผิดในรายละเอียดดังต่อไปนี้

³⁴ สรุปจากสถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ", หน้า 3:10-3:73., วิฑิต มั่นตาภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจการในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป", วารสารนิติศาสตร์ : 127-134., ปิยะพันธุ์ อุดมศิลป์, "มาตรการป้องกันการผูกขาดในทางการค้าของประชาคมยุโรป", วารสารนิติศาสตร์ 23 (ธันวาคม 2536) : 658-661., ไชยยศ เหมะรัชตะ, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดทางธุรกิจการค้า", วารสารกฎหมาย : 108-109., Barry J. Rodger, "The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance : EC Developments in the Light of U.S. Trends in Antitrust Law and Policy", The Columbia Journal of European Law 2 (Fall/winter 1995/96) : 37-45.

(1) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position)

ซึ่งวางหลักไว้ในมาตรา 82 (มาตรา 86 เดิม)* โดยห้ามไม่ให้กิจกรรมใดหรือหลายกิจกรรม ใช้สภาพของเขาที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบภายในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญของตลาดร่วม ซึ่งอาจจะกระทบต่อการค้าขายระหว่างรัฐสมาชิก ตัวอย่าง เช่น

- การตั้งราคาซื้อหรือขายที่ไม่ยุติธรรม หรือเงื่อนไขการค้าอื่นๆ ที่ไม่ยุติธรรม
- การจำกัดการผลิตหรือการตลาด หรือการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่ก่อความเสียหายให้ผู้บริโภค
- การใช้เงื่อนไขที่ไม่เหมือนกัน สำหรับการค้าขายกับฝ่ายอื่นๆ ที่อยู่ในฐานะเหมือนกัน ซึ่งทำให้ฝ่ายนั้นเสียผลประโยชน์ในการแข่งขัน
- การทำสัญญาขึ้นให้มีพันธะเพิ่มเติมอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของสัญญา ถ้าพิจารณาถึงลักษณะและประเพณีในการค้าขาย

ส่วนประกอบของการกระทำซึ่งละเมิดมาตรา 82 นี้ขึ้นอยู่กับปัจจัย 4 ประการ ได้แก่

(1) ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market)*

* มาตรา 82 (มาตรา 86 EC เดิม)

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

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

ก่อนที่จะพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ได้ ต้องทราบก่อนว่าตลาดที่ต้องพิจารณามีขอบเขตเพียงใด เพราะอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบกิจการขึ้นอยู่กับข้อกำหนดตลาดสำหรับสินค้านั้นๆ หากตลาดที่กำหนดสำหรับการพิจารณาใหญ่มาก โอกาสที่จะมีอำนาจเหนือตลาดก็จะน้อย และหากผู้ประกอบกิจการไม่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดแล้ว ก็จะไม่ต้องมีการพิจารณาตามมาตรา 82 อีก

ตลาดที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาตามมาตรา 82 แยกได้ 3 ประเภท ดังนี้

(1.1) ตลาดที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์

มาตรา 82 มิได้นิยามศัพท์ "ผู้นำในตลาด" ไว้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติของของคณะกรรมการ และคำพิพากษาของศาล ประกอบกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ และนักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเป็นที่ยุติแล้วว่าสถานะการเป็นผู้นำในตลาดอาจมาจากทั้งด้านอุปสงค์ และอุปทานของตลาด และแนวทางหนึ่งที่จะพิจารณาสถานะการเป็นผู้นำในตลาดคือพิจารณาจากตลาดสินค้า (หรือบริการ) หากมีการกำหนดตลาดสำหรับสินค้าหรือบริการในกรณีใดกรณีหนึ่งแคบ ก็ย่อมทำให้มีความเป็นไปได้ที่ผู้ประกอบกิจการรายใดรายหนึ่งจะมีสถานะเป็นผู้นำในตลาดสูง ในทางกลับกัน หากกำหนดตลาดกว้าง ก็มีความเป็นไปได้น้อยที่ผู้ประกอบกิจการรายใดรายหนึ่งจะมีสถานะเป็นผู้นำในตลาด ประเด็นในการกำหนดตลาดสินค้าจึงเป็นประเด็นที่มีการโต้แย้งสูง โดยเฉพาะระหว่างคณะกรรมการกับผู้ประกอบกิจการซึ่งถูกกล่าวหาว่าใช้สถานะการเป็นผู้นำในตลาดโดยมิชอบ³⁵

แนวทางของคณะกรรมการและของศาลในการกำหนดตลาดสินค้า คือการใช้หลัก Interchangeability หรือความสามารถของสินค้าหรือบริการหนึ่งจะสลับเปลี่ยนกับอีกสินค้า

* สำหรับการพิจารณาตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) นี้ คณะกรรมการได้ออก Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law โดยตีพิมพ์ใน Official Journal: OJ C 372 เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 1997.

³⁵ Craig, Paul and Grainne de Burca, EC Law, text, cases, and materials, Charendon Press, Oxford, 1995, p.941 cited in สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ" หน้า 3:12.

และบริการหนึ่งได้ การพิจารณาสามารถแยกพิจารณาได้จากด้านอุปสงค์และด้านอุปทาน³⁶ สำหรับการพิจารณาด้านอุปสงค์ (demand) คือการพิจารณาโดยใช้หลักความยืดหยุ่นข้ามผลิตภัณฑ์ (cross-elasticity) ซึ่งความยืดหยุ่นข้ามผลิตภัณฑ์จะมีสูง หากการที่สินค้าหรือบริการหนึ่งมีราคาสูงขึ้นทำให้ผู้บริโภคเข้าไปใช้สินค้าหรือบริการอีกอันหนึ่งแทน แสดงว่ามีความเป็นไปได้สูงที่สินค้าสองชนิดดังกล่าวจะอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน³⁷ สำหรับการพิจารณาด้านอุปทาน (supply) คือการพิจารณาโดยใช้หลัก interchangeability โดยมองในมุมมองของความสามารถของผู้ประกอบกิจการในฐานะผู้ผลิต ที่จะปรับเปลี่ยนผลผลิตเป็นสินค้าชนิดอื่นและแข่งขันกับผู้ผลิตเดิมได้โดยง่าย แม้สินค้าที่ผู้ประกอบกิจการได้ผลิต กับสินค้าซึ่งสามารถจะเปลี่ยนไปผลิต จะเป็นสินค้าคนละประเภทกันก็ตาม ในกรณีดังกล่าวสินค้าทั้งสองประเภทอาจถือได้ว่าอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน

(1.2) ตลาดตามภูมิศาสตร์ (the geographic market)

ต้องพิจารณาว่ากิจการของผู้ประกอบการเกี่ยวข้องกับตลาดของสหภาพยุโรปโดยรวมหรือไม่ มาตรา 82 ห้ามผู้ประกอบกิจการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบภายในตลาดร่วมหรือส่วนที่สำคัญของตลาดร่วม การที่บริษัทหนึ่งครอบคลุมการขายสินค้าประเภทใดประเภทหนึ่งโดยส่วนใหญ่ในตลาดของรัฐสมาชิกหนึ่ง มิได้หมายความว่ากิจการของบริษัทนั้นจะครอบคลุมส่วนใหญ่หรือถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญของการขายสินค้านั้นในตลาดของสหภาพ³⁸ การกำหนดตลาดทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องให้แคบลงจากตลาดของสหภาพยุโรปทั้งหมด สามารถกระทำได้แต่ต้องมีเหตุผลที่ดีประกอบ

สำหรับกรณีที่กิจการของผู้ประกอบการมิได้ครอบคลุมตลาดร่วมทั้งหมด อย่างน้อยจะต้องครอบคลุมส่วนที่สำคัญของตลาด กิจการนั้นจึงจะอยู่ภายใต้มาตรา 82 ในการพิจารณา ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้กำหนดว่า ต้องพิจารณาถึงรูปแบบและปริมาณการผลิต การบริโภคสินค้า รวมถึงพฤติกรรม และโอกาสทางธุรกิจของผู้ขายและผู้ซื้อประกอบด้วย³⁹

³⁶ Ibid.

³⁷ Green, Nicholas, Trevor C. Hartley, and John A. Usher, *The Legal Foundations of the Single European Market*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 258. cited in Ibid.

³⁸ Ibid. p.3:15.

³⁹ Rose, Vivien, ed., *Common Market Law of Competition*, 4th ed., Sweet&Maxwell, London 1993., p. 615, cited in Ibid.

(1.3) ตลาดตามเวลา

ในการคำนึงถึงตลาดจำเป็นต้องพิจารณาเวลา เพราะตลาดอาจเปลี่ยนแปลงตามเวลาได้ หากความต้องการในผลิตภัณฑ์ใดเปลี่ยนแปลงได้ง่ายตามเวลา อาจจะหมายความว่าผลิตภัณฑ์นั้นไม่มีตลาดของตนเอง แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของตลาดที่กว้างกว่า⁴⁰

(2) อำนาจเหนือตลาด (dominant position)

เมื่อได้กำหนดตลาดสินค้าและตลาดทางภูมิศาสตร์แล้ว ต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาผู้ประกอบการแต่ละรายไป โดยพิจารณาองค์ประกอบต่อไปนี้ ได้แก่⁴¹

- ส่วนแบ่งการตลาด (Market Share) : ยิ่งผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งการตลาดสูง ความเป็นไปได้ที่จะมีอำนาจเหนือตลาดก็ยิ่งสูงขึ้น อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการที่ศาลจะถือว่ามีความอำนาจเหนือตลาด ไม่จำเป็นต้องมีส่วนแบ่งการตลาดเกินกึ่งหนึ่ง
- ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการอยู่ในตลาด : บริษัทอยู่ในสถานะเป็นผู้นำในตลาดเป็นเวลานาน ยิ่งสนับสนุนให้อำนาจเหนือตลาดของบริษัทแข็งแกร่งยิ่งขึ้น
- แหล่งเงินทุนและเทคโนโลยี : ความสามารถในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนและเทคโนโลยีทำให้ผู้ประกอบการสามารถปรับกลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อแข่งขันกับคู่แข่งทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ย่อมหมายถึงความแข็งแกร่งของสถานะในตลาดด้วย

⁴⁰ วิทิต มั่นตราภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป", วารสารนิติศาสตร์: 139.

⁴¹ Steiner, Josephine, Textbook on EC Law, 4th ed., Blackstone Press Limited, London, 1994, p. 172, cited in สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันฯ", p. 3:16- 3:17.

- ความสามารถในการได้มาซึ่งวัตถุดิบและความสามารถในการนำสินค้าเข้าสู่ตลาด : การที่ผู้ประกอบการใดมีความสามารถในการได้มาซึ่งวัตถุดิบและความสามารถในการนำสินค้าเข้าสู่ตลาดสูง ซึ่งอาจจะเนื่องมาจากกิจการของบริษัทนั้นครอบคลุมถึงธุรกิจในแนวตั้ง ย่อมหมายความว่ามีความสามารถที่จะดำเนินกิจการโดยไม่ต้องหวั่นเกรงบริษัทคู่แข่ง หรือภาวะการตลาด
- พฤติกรรมในการดำเนินธุรกิจ : คณะกรรมาธิการมักอ้างว่าพฤติกรรมในการดำเนินธุรกิจในลักษณะที่ไม่ต้องนำพาการแข่งขันจากบริษัทคู่แข่ง สามารถนำมาเป็นข้อสนับสนุนได้ว่าบริษัทนั้นมีอำนาจเหนือตลาด

(3) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (*abuse of dominant position*)

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (*abuse of dominant position*) สามารถจำแนกได้สองประเภทตามผลแห่งการกระทำ ได้แก่ การแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (*abusive exploitation*) และการกระทำซึ่งจำกัดการแข่งขัน (*anti-competitive practices*) สำหรับกรณีแรกเป็นกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดแสวงหาประโยชน์จนทำให้ผู้บริโภคเสียประโยชน์⁴² ส่วนในกรณีที่สอง เป็นการมองในแง่ของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งจะเสียหาย แต่ที่สุดแล้วความเสียหายก็ย่อมเกิดต่อผู้บริโภคเป็นลำดับท้ายสุดนั่นเอง⁴³

ในอีกแง่มุมหนึ่งตัวอย่างการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบยังสามารถแยกได้เป็นสองรูปแบบตามรูปแบบแห่งการกระทำ ได้แก่ การใช้มาตรการด้านราคา และมาตรการอื่นซึ่งมิใช่มาตรการด้านราคา⁴⁴

คณะกรรมาธิการ โดย DG IV เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจสูงสุดในการบริหารนโยบายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพ โดยมีศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเป็นผู้มีอำนาจควบคุมสุดท้าย โดยพิจารณาจากคดีที่เกิดขึ้น แนวทางคำสั่ง และคำพิพากษา มีการตีความมาตรา 82 อย่างกว้าง โดยครอบคลุมถึงการกระทำใดๆ ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด อันจะทำให้

⁴² Craig, Paul and Grainne de Burca, *EC Law, text, Cases, and materials*, p.954, cited in *Ibid.*, p.3:18.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Rose, Vivien, ed., *Common Market Law of Competition*, p.619, cited in *Ibid.*

ให้การนำเข้าโดยบุคคลอื่นยากขึ้น หรือการกระทำซึ่งช่วยให้การห้ามการส่งออกมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁴⁵

ตัวอย่างการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่พบแพร่หลายในสหภาพยุโรป ได้แก่

- การตั้งราคาเกินสมควร (excessive pricing)
- การตัดราคา (predatory pricing)
- การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination)
- การให้ส่วนลดแก่ผู้ค้าประจำ (fidelity rebates and similar practices)
- การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าให้ (refusal to supply)
- การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบ (abuse of intellectual property rights)
- เงื่อนไขผูกขาดในสัญญา (tying clauses)
- เงื่อนไขอื่นๆ ในสัญญาที่ถูกบังคับโดยผู้มีอำนาจเหนือตลาด เพื่อให้คู่กรณีต้องยอมรับ
- การบริหารอย่างไม่มีประสิทธิภาพ (inefficient management)

(4) การกระทบการค้าขายระหว่างรัฐสมาชิก

คือเมื่อมีการดำเนินกิจกรรมใดๆ ภายในสหภาพยุโรป โดยใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ อันอาจเป็นการจำกัดคู่แข่งในตลาดร่วมกัน โดยไม่จำเป็นที่ว่าการกระทำนั้นจะเกี่ยวกับการส่งออกของฝ่ายที่สองหรือการค้าขายของเขาภายนอกตลาดร่วม หากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำเช่นว่านั้น เป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งกระทบต่อโครงสร้างภายในของตลาดร่วม⁴⁶ ก็ถือว่าเป็นการกระทบต่อการค้าขายระหว่างรัฐสมาชิกแล้ว

⁴⁵ Goyder, D.G., EC Competition Law, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1992, p.350, cited in Ibid.

⁴⁶ วิจิต มั่นตราภรณ์, "นโยบายการแข่งขัน" p.141.

(2) การควบกิจการ (merger)

ศาลได้วางหลักว่า การจะพิจารณาว่าเป็นการควบกิจการ ต้องพิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

- (2.1) ส่วนแบ่งตลาดของบริษัทที่ควบกิจการ ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง
- (2.2) ขนาดของหน่วยธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการควบกิจการเปรียบเทียบกับขนาดคู่แข่งในตลาด
- (2.3) อำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ซื้อต่ออำนาจของหน่วยธุรกิจใหม่
- (2.4) ความสามารถในการแข่งขันของผู้ผลิตสินค้าประเภทเดียวกันซึ่งประกอบกิจการอยู่ในตลาดภูมิศาสตร์อื่น หรือของสินค้าซึ่งผลิตโดยผู้ผลิตในตลาดร่วม

อย่างไรก็ตาม มาตรา 81 และ 82 มิได้ถูกร่างขึ้นโดยความมุ่งหมายที่จะนำมาควบคุมการควบกิจการระหว่างผู้ประกอบการ ดังนั้นจึงได้มีการออก Regulation 4064/89 (Merger Regulation) ในปี 1989 โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 21 พฤศจิกายน 1990* โดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้⁴⁷

* Regulation 4064/89 : สารบัญญัติ

สาระและลักษณะสำคัญของ Merger Regulation สามารถสรุปได้ ดังนี้

- (1) Regulation นี้ ใช้บังคับกับการควบกิจการซึ่งถือเป็น "concentration" ตามความหมายที่ได้นิยามไว้ใน Regulation นี้
- (2) นอกจากจะต้องเป็น "concentration" แล้ว การควบกิจการที่จะอยู่ในบังคับแห่ง Regulation นี้ จะต้องมีความ "Community Dimension" ซึ่งกำหนดจากขนาดคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในตลาดโลก และ turnover ในสหภาพ
- (3) คณะกรรมาธิการสามารถบังคับให้ยกเลิกข้อตกลงการควบกิจการบางข้อซึ่งถือว่าก่อให้เกิด "concentration" ในขณะที่มาตรา 81(1) ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวได้
- (4) ก่อนที่ข้อตกลงควบกิจการจะมีผล คู่กรณีต้องรายงานรายละเอียด "Concentration" ที่มี "Community Dimension" ให้แก่คณะกรรมาธิการทราบ และต้องคอยจนผ่านระยะเวลาที่กำหนดเสียก่อน
- (5) กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิกไม่นำมาใช้บังคับกับ "Concentration" ที่มี "Community Dimension" และเช่นเดียวกัน คณะกรรมาธิการไม่สามารถนำ "Merger Regulation" ใช้บังคับกับการควบกิจการซึ่งไม่มี "Community Dimension"

- (1) เพื่อให้แน่ใจให้อำนาจอย่างชัดเจนแก่คณะกรรมการในการพิจารณาการควบกิจการซึ่งอาจมีผลบิดเบือนการแข่งขัน
- (2) เพื่อกำหนดโครงสร้างการควบคุมการควบกิจการ และให้คณะกรรมการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการควบกิจการล่วงหน้า และมีอำนาจยับยั้งการควบกิจการนั้นๆ หากเห็นว่าจะมีผลบิดเบือนการแข่งขันก่อนที่จะมีการควบกิจการเกิดขึ้น
- (3) เพื่อรวมอำนาจการควบคุมการควบกิจการให้อยู่กับองค์กรของสหภาพเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการมีมาตรฐานหลายมาตรฐาน

(3) ข้อตกลง คำสั่ง หรือการปฏิบัติซึ่งสอดคล้องกัน อันก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน (Agreement, Decisions, or Concerted practices which Undermine Competition)

มาตรา 81(มาตรา 85 เดิม) * ได้วางหลักเกณฑ์ให้ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ

- (6) มาตรา 81 และ 82 ยังสามารถนำมาใช้บังคับกรณีการควบกิจการได้ หากกรณีเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้.

⁴⁷ Bermann, George A., Roger J. Goebel, William J. Davey, Eleanor M. Fox, Cases and Materials on European Community Law, West Publishing Co., St.Paul, Minn., 1993, p.859-860. cited in สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ" p. 3:28-3:29.

* มาตรา 81 (มาตรา 85 EC เดิม)

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

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

คำสั่งของสมาคมผู้ประกอบการ และ/หรือแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบการ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก และมีวัตถุประสงค์หรือผลก่อให้เกิดการป้องกัน จำกัด หรือปิดเบื่อนการแข่งขัน เป็นการต้องห้าม

อย่างไรก็ตาม ในการจะพิจารณาว่า ข้อตกลง คำสั่ง และ/หรือแนวทางปฏิบัติใด ต้องห้ามตามมาตรา 81 จำเป็นที่จะต้องทราบถึงขอบเขตแห่งมาตรา 81 ก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ขอบเขตและความหมายของผู้ประกอบกิจการ ความหมายของข้อตกลง คำสั่ง และแนวทางปฏิบัติ ที่สอดคล้องกันกรณีใดจะถือได้ว่า มีวัตถุประสงค์หรือผลอันก่อให้เกิดการจำกัดหรือปิดเบื่อนการแข่งขันหรือไม่ และสิ่งที่สำคัญคือ จะต้องไม่ผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก มิฉะนั้นก็จะไม่ อยู่ภายใต้มาตรา 81 แต่จะอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐแทน

(1) ผู้ประกอบกิจการ (Undertakings)

มาตรา 81 มิได้นิยามศัพท์คำว่า “ผู้ประกอบกิจการ” แต่ประการใด ดังนั้นการตีความคำ จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งตีความไว้ว่า “ผู้ประกอบกิจการ” รวมถึง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลใดๆ ยกตัวอย่าง เช่น ห้างหุ้น

(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.

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

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

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

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

- (a) impose on the undertaking concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of substantial part of the products in question.

ส่วน บริษัท สมาคมทางการค้า สหกรณ์การเกษตร พ่อค้ารายย่อย และรัฐวิสาหกิจ ซึ่งประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะแสวงหากำไรหรือไม่⁴⁸ สำหรับกรณีบริษัทในเครือ แม้ตามกฎหมายจะมีสถานะความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อตกลงระหว่างบริษัท แมื่กับบริษัทลูก⁴⁹

(2) ข้อตกลง คำสั่ง และการปฏิบัติที่สอดคล้องกัน (Agreements, Decisions, and Concerted Practices)

ไม่มีการนิยามศัพท์ไว้ในสนธิสัญญา ดังนั้น จึงต้องอาศัยการตีความของคณะกรรมการ มาธิการ และศาลยุโรป ซึ่งได้ตีความไว้อย่างกว้างว่า ให้รวมถึงสัญญาสุภาพบุรุษ (gentlemen's agreements) ระหว่างผู้ประกอบการ และข้อแนะนำ (recommendations) ของสมาคมผู้ประกอบการ ซึ่งไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย⁵⁰ หรือ การที่คู่กรณีได้อ้างว่าข้อตกลงดังกล่าวถูกยกเลิกไปแล้วศาลไม่ถือว่าเป็นข้อยุติ แต่ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างรอบคอบเพื่อที่จะวินิจฉัยว่ามีการกระทำที่ละเมิดมาตรา 81 หรือไม่⁵¹

ในส่วนของคำสั่งของสมาคมผู้ประกอบการ ได้มีการตีความอย่างกว้าง โดยไม่จำกัดเฉพาะคำสั่งซึ่งมีผลบังคับเท่านั้น คำสั่งซึ่งไม่มีผลบังคับ คำแนะนำ (recommendation) ก็อยู่ภายใต้ของเขตแห่งมาตรา 81 ด้วย⁵²

⁴⁸ Rose, Vivien, ed., Common Market Law of Competition, p.39, cited in Ibid., p.3:44.

⁴⁹ Craig, Paul and Grainne de Burca, EC Law, Text, Cases, and Material, p.889, cited in Ibid., p.3:45.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Case 41, 44 and 45/69, ACF Chemiefarma NV v. Commission (1970) ECR 661, cited in Ibid., p. 3:45.

⁵² Steiner, Josephine, Textbook on EC Law, p.141, cited in Ibid.

(3) *วัตถุประสงค์ หรือ ผลอันก่อให้เกิดการป้องกัน การจำกัด หรือ การบิดเบือน การแข่งขัน (the Object or Effect of Preventing, Restricting, or Distorting Competition)*

การที่จะต้องห้ามตามมาตรา 81 ข้อตกลง คำสั่ง และการปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบกิจการ จะต้องมิวัตถุประสงค์ หรือผลอันให้เกิดการป้องกัน การจำกัด หรือการบิดเบือนการแข่งขัน ตัวอย่างต้องห้ามได้แก่

- การกำหนดราคาซื้อตายตัว ราคาขายตายตัว หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้า ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม
- จำกัด หรือควบคุมปริมาณการผลิต การตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน
- แบ่งตลาดหรือแบ่งวัตถุประสงค์
- ใช้เงื่อนไขทางการค้าซึ่งแตกต่างกันต่อคู่ค้าอื่น สำหรับความสัมพันธ์ทางการค้า เช่นเดียวกัน อันจะทำให้เกิดการเสียเปรียบทางการค้า
- กำหนดเงื่อนไขในการทำสัญญาให้คู่กรณีต้องยอมรับพันธะอื่นซึ่งโดยปกติมิได้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาหลัก

(4) *ผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก (the Effect on Trade between Member Member States)*

สำหรับในส่วนของกฎหมายสหภาพยุโรป จำเป็นต้องมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก หรือที่เรียกว่ามิติของสหภาพ (Community Dimension) เนื่องจากกฎหมายสหภาพยุโรปเกิดจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ มีภาคีเป็นรัฐสมาชิก ดังนั้น การใดที่จะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของสหภาพ จะต้องมิมีมิติของสหภาพเสมอ มิฉะนั้นจะอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐไป⁵³

⁵³ Craig, Pawl and Grainne de Burca, EC Law, text, cases and materials, p.913, cited in Ibid., p.3:48.

(5) *The De Minimis Doctrine หรือ Appreciable Effects*

ตามแนวคำพิพากษาของศาล และแนวปฏิบัติของคณะกรรมการ ข้อตกลง คำสั่ง หรือการปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบกิจการ จะต้องห้ามตามมาตรา 81(1) ต่อเมื่อ ก่อให้เกิด หรือจะก่อให้เกิดผลกระทบซึ่งประเมินได้ ซึ่งในปี 1968 คณะกรรมการ ได้ออก Notice on Cooperation Agreements ซึ่งระบุว่าคณะกรรมการยอมรับความร่วมมือระหว่าง “ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม” (Small and Medium Size Enterprises) ซึ่งจะช่วยสนับสนุนให้ผู้ประกอบกิจการสามารถประกอบกิจการได้อย่างสมเหตุสมผล เพิ่มประสิทธิภาพการผลิต และเพิ่มการแข่งขันในตลาด ใน Notice นั้นเอง คณะกรรมการได้ให้ตัวอย่างข้อตกลงซึ่งอยู่ในข่ายที่จะไม่ถูกต้องห้ามตามมาตรา 81(1) ซึ่งได้แก่ข้อตกลงซึ่งมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์และข้อมูลระหว่างกัน วิจัยตลาดร่วมกัน ร่วมมือกันในการบัญชี ตลอดจนรวมถึงการร่วมพัฒนาและวิจัย⁵⁴ และในปี 1970 คณะกรรมการก็ได้ออก Notice on Minor Agreements ซึ่งระบุว่าข้อตกลงเกี่ยวกับการผลิตหรือการจำหน่ายระหว่างผู้ประกอบกิจการ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 81(1)

(6) *ข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 81(3) (มาตรา 85(3) EC เดิม)*

มาตรา 81(2) ระบุให้ข้อตกลง คำสั่ง หรือการปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบกิจการอันมีวัตถุประสงค์ หรือผลอันก่อให้เกิดการป้องกัน การจำกัด หรือการบิดเบือนการแข่งขันเป็นการต้องห้าม แต่มาตรา 81(3) ก็ได้เปิดช่องให้มีข้อยกเว้นได้หาก

- ข้อตกลงดังกล่าวเอื้อให้เกิดพัฒนาการในการผลิต หรือการจำหน่ายสินค้า หรือช่วยสนับสนุน พัฒนาการทางเทคโนโลยี หรือทางเศรษฐกิจ
- เปิดโอกาสให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์ที่เหมาะสม
- ไม่มีการกำหนดข้อจำกัด ซึ่งไม่จำเป็นต่อการบรรลุผลดังกล่าว
- ไม่เอื้อโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการสามารถจำกัดการแข่งขันในส่วนสำคัญได้

⁵⁴ Bermann, George A., Roger J. Goebel, William J. Davey, Eleanor M. Fox, Case and Materials on European Community Law, p.689, cited in Ibid.

(7) ข้อตกลงซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขันในแนวตั้ง (vertical agreements)

เป็นข้อตกลงระหว่างคู่กรณีซึ่งอยู่ในคนละลำดับชั้นการ เช่น ข้อตกลงระหว่างผู้ผลิต (manufacturer) กับผู้ค้าปลีก (retailer) หรือผู้จัดจำหน่าย (distributor) ตัวอย่าง Vertical Restraints ซึ่งถูกใช้เป็นที่แพร่หลายใน EU ได้แก่⁵⁵

- Exclusive Distribution Agreement (EDA)

ได้แก่การที่ผู้ผลิตตกลงที่จะส่งสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายเฉพาะรายภายในดินแดนใดดินแดนหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลที่สามขายสินค้าในดินแดนดังกล่าวแข่งกับผู้จัดจำหน่ายซึ่งผู้ผลิตได้ติดต่อด้วย หรือโดยให้สิทธิในเครื่องหมายการค้าแก่ผู้จัดจำหน่ายซึ่งทำให้ผู้จัดจำหน่ายสามารถระงับการกระทำที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าภายในดินแดนได้

ในทางปฏิบัติ มักเป็นการกำหนดห้ามมิให้ผู้ผลิตแต่งตั้งผู้จัดจำหน่ายอื่นมาแข่งขันกับรายแรกภายในขอบเขตดินแดนที่กำหนด และในขณะเดียวกันผู้จัดจำหน่ายก็ต้องตกลงที่จะไม่ขายสินค้าอื่นที่จะแข่งขันกับสินค้าของผู้ผลิต ข้อตกลงในลักษณะนี้ไม่เพียงแต่จำกัดสิทธิของคู่กรณี แต่มีผลจำกัดสิทธิของผู้ประกอบกิจการรายอื่นที่ประสงค์จะเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตด้วย⁵⁶ นอกจากนี้ เพื่อเป็นการกำหนดขอบเขตดินแดนสำหรับผู้จัดจำหน่ายแต่ละราย ผู้ผลิตมักกำหนดว่าผู้จัดจำหน่าย ไม่สามารถส่งสินค้าออกนอกขอบเขตดินแดนที่กำหนดได้ รวมถึงเงื่อนไขไม่ยอมรับประกันสินค้าที่ซื้อจากผู้จัดจำหน่ายนอกขอบเขตดินแดน การกระทำในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดการแยกขอบเขตดินแดนอย่างเด็ดขาดสำหรับสินค้าประเภทนั้นๆ ซึ่งคณะกรรมการและศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา 81(1) โดยสิ้นเชิง⁵⁷

- Selective Distribution Agreement (SDA)

คือการที่ผู้จัดส่ง (supplier) เลือกที่จะจำหน่ายสินค้าผ่านร้านค้าบางร้านที่เลือกไว้เท่านั้น โดยมีข้อยกเว้น ที่จะไม่เข้าข่ายลักษณะของการกระทำที่ผิด เช่น เงื่อนไขที่วาง

⁵⁵ Craig, panl and Grainne de Burca, EC law, Text, Cases, and Materials, p.928-936, cited in Ibid., p.3:56.

⁵⁶ Rose, Viviean,ed., Common Market Law of Competition, p.393, cited in Ibid.

⁵⁷ Watt, D., A. Dashwood, European Community Law, 3rd ed., Sweet&Maxwell, 1993, p.427, cited in Ibid.

สำหรับการคัดเลือกผู้จำหน่ายจะต้องเป็นเงื่อนไขซึ่งอยู่บนพื้นฐานของคุณภาพ มิใช่เงื่อนไขด้านปริมาณ

- Franchising

การที่ผู้ให้ Franchise ยินยอมให้ผู้รับ Franchise ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน เช่น ชื่อทางการค้า เครื่องหมายในทางการค้า เพื่อค่าตอบแทน (royalty fee) ภายใต้ข้อกำหนดและมาตรฐานต่างๆ ที่ผู้รับ Franchise จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งข้อกำหนดต่างๆ เหล่านี้อาจจะเป็นการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 81(1) ได้ ในสัญญา Franchise นั้น มักมีข้อกำหนดให้ผู้รับ Franchise จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้รับ Franchise ในเขตดินแดนที่กำหนด โดยผู้ให้ Franchise สัญญาว่าจะไม่มีการให้ Franchise กับผู้ประกอบการรายอื่นที่จะมาแข่งขันกับผู้รับ Franchise มักถูกกำหนดให้ดำเนินกิจการตามรูปแบบที่ผู้ให้ Franchise วางไว้อย่างเคร่งครัด ซึ่งรวมถึงการขายสินค้าและ/หรือการให้บริการในราคาที่ผู้ให้ Franchise กำหนดไว้เท่านั้น การไม่ประกอบธุรกิจอื่นอันเป็นการแข่งขันกับธุรกิจที่ได้รับ Franchise และสัญญาว่าจะไม่ประกอบธุรกิจอันมีลักษณะเป็นการแข่งขัน หรืออาจแข่งขันกับธุรกิจที่ได้รับ Franchise ภายในกำหนดระยะเวลาใดเวลาหนึ่งหลังจากสัญญา Franchise ได้สิ้นสุดลงแล้ว ข้อกำหนดดังกล่าวที่อาจถูกพิจารณาเป็นข้อกำหนดที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าได้

- Exclusive Purchasing Agreements (EPA)

EPA คือข้อตกลงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงที่จะซื้อสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งจากผู้ผลิต/ผู้จำหน่ายสินค้าตามที่ระบุไว้ในข้อตกลงเท่านั้น ตัวอย่างเช่น สถานีบริการน้ำมันซึ่งจำหน่ายเฉพาะน้ำมันจากผู้ผลิตใดผู้ผลิตหนึ่งเท่านั้น ประโยชน์สำหรับผู้ค้าคือความมั่นใจที่จะมีสินค้าขายอย่างสม่ำเสมอ และผลประโยชน์ดังกล่าวอาจพ่วงมากับการให้ความช่วยเหลือต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจ⁵⁸

⁵⁸ Ibid., p. 3-60.

(8) ข้อตกลงซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal Agreement)

คือข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับของการประกอบธุรกิจเดียวกัน ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 81(1) ได้ ตัวอย่างที่พบมาก ได้แก่

- Price-Fixing

ภายใต้มาตรา 81(1)(a) การกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขทางการค้าแบบตายตัว ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการ เป็นการต้องห้ามเนื่องจาก ในทางการค้า ราคาเป็นสิ่งสำคัญสูงสุดในการแข่งขัน หากปล่อยให้ผู้ประกอบการที่สมควรจะแข่งขันกัน สามารถร่วมกันกำหนดราคาสินค้าแล้ว ก็ย่อมเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างตรงไปตรงมามากที่สุด มาตรา 81(1) ห้ามการทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคาระหว่างผู้ประกอบการ คำสั่งของสมาคมทางการค้า และแนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกันของผู้ประกอบการ ซึ่งอาจแสดงได้จากการเคลื่อนไหวขึ้นลงของราคาสินค้าในอัตรา สัดส่วน ระยะเวลาเดียวกันของผู้ประกอบการต่างราย ความหมายของราคาในมาตรานี้ ครอบคลุมอย่างกว้างโดยรวมถึง การลดราคา (discounts) อัตราส่วนลดกำไรทางการค้า (margins) การให้เครดิต (credit terms) และส่วนลด (rebates) ด้วย การออกคำแนะนำสำหรับราคาที่เหมาะสมแม้ว่าจะไม่มีสภาพบังคับก็ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันเช่นกัน⁵⁹

- Information Agreements

แม้ว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการ เป็นการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ หรือเพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับภาวะตลาด การศึกษาอุตสาหกรรม หรือสถิติ จะไม่ต้องห้ามตามมาตรา 81(1) แต่การกระทำดังกล่าว หากกระทำเพื่อนำมาสู่การกำหนดราคาร่วมกัน หรือเป็นการสื่อสารข้อมูลอันเป็นความลับ และเป็นข้อมูลเกี่ยวกับสถานะการแข่งขันในตลาดของผู้ประกอบการเฉพาะรายแล้ว การแลกเปลี่ยนข้อมูลนั้นก็จะต้องห้ามตามมาตรา 81(1) โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลเกี่ยวกับราคา (price information)⁶⁰

⁵⁹ Rose, Vivien, ed., Common Market Law of Competition, p.174, cited in Ibid., p.3:62.

⁶⁰ Ibid.

- Agreements to Limit Production

โดยทั่วไปข้อตกลงจำกัดปริมาณการผลิต มักเป็นเงื่อนไขหนึ่งในข้อตกลงกำหนดราคาสินค้าระหว่างผู้ประกอบการ หรือทำเพื่อแก้ปัญหาสินค้าผลิตเกินจำนวนระหว่างผู้ประกอบการ ในเบื้องต้นข้อตกลงจำกัดปริมาณการผลิตเป็นการต้องห้ามโดยชัดเจนตามมาตรา 81(1)(b) อย่างไรก็ตาม หากมีปัญหาสินค้าเกินจำนวนจริงก็อาจอยู่ในข่ายสามารถข้อยกเว้นตามมาตรา 81(3) ได้⁶¹

- Agreements to Limit or Share Markets

มาตรา 81(1)(c) ห้ามข้อตกลงแบ่งตลาด นั่นคือการที่คู่แข่งทางการค้าตกลงที่จะไม่ส่งสินค้าไปขายยังตลาดของผู้อื่น ทั้งนี้ การแบ่งตลาดสามารถทำได้หลายรูปแบบ⁶² เช่น การแบ่งตลาดตามภูมิศาสตร์ การแบ่งตลาดตามกลุ่มผู้บริโภค หรือการแบ่งตลาดโดยใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

- Collective Exclusive Dealing

ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่จะติดต่อกันเฉพาะในกลุ่มสมาชิกเท่านั้นเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 81(1) โดยการรวมกลุ่มนี้ อาจมีการออกกฎเกณฑ์ภายใน หรือข้อเสนอแนะสำหรับสมาชิกในการดำเนินกิจการซึ่งอาจเป็นการขัดต่อมาตรา 81(1) ได้⁶³

- Joint Purchasing

กรณีที่ผู้ประกอบการตกลงกันว่าซื้อสินค้าจากผู้ผลิต และ/หรือผู้จำหน่ายในราคาใดราคาหนึ่ง เงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งที่ผู้ประกอบการกำหนดเท่านั้น⁶⁴

- Joint Selling

รูปแบบโดยทั่วไปของ Joint Selling คือการที่ผู้ผลิตหลายรายแต่งตั้งตัวแทนขายร่วมรายเดียวเพื่อที่จะสามารถร่วมกันกำหนดราคาขายได้โดยไม่แข่งขันกันเองอัน เป็นการจำกัด

⁶¹ Ibid.

⁶² Rose, Vivien, ed., Common Market Law of Competition, p.197–204, cited in Ibid., p.3:65.

⁶³ Korah, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 6th ed., Itart Publishing, Oxford, 1997, p.182, cited in Ibid, p.3:66.

⁶⁴ Rose, Vivien, ed., Common Market Law of Competition, p.210, cited in Ibid.

การแข่งขัน ซึ่งเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 81(1) เว้นแต่จะเป็นข้อตกลงระหว่างบริษัทซึ่งโดยลักษณะไม่มีการแข่งขันกันอยู่แล้ว⁶⁵

- Advertising and Promotion

โดยหลักแล้ว ความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการในการโฆษณา หากเพียงเพื่อดึงดูดความสนใจของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม การโฆษณาร่วมอาจขัดต่อมาตรา 81(1) ได้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพตลาดของสินค้านั้นๆ มีผู้ขายเพียงไม่กี่ราย และการโฆษณามีบทบาทสำคัญในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ⁶⁶

- Joint Research and Development

ในปี 1968 คณะกรรมาธิการได้ออก Notice on Co-operation Agreement ซึ่งได้ระบุว่า โดยหลักการมาตรา 81(1) ไม่ใช้บังคับกับ Joint Research and Development Agreements เว้นแต่ กรณีที่มีการตกลงระหว่างกันว่าจะจำกัดการวิจัยและพัฒนา หรือจำกัดการใช้ประโยชน์จากผลของการวิจัยและพัฒนา หรือมีการกันมิให้ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมรายหนึ่งรายใดใช้ประโยชน์จากผลของการวิจัยและพัฒนา หรือ ห้ามไม่ว่าโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายมิให้มีการอนุญาตให้บุคคลภายนอกสามารถรับ licence ที่จะใช้ประโยชน์จากผลของการวิจัยและพัฒนาดังกล่าว⁶⁷

- Cooperative Joint Ventures

คณะกรรมาธิการได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ JV สำหรับการดำเนินการร่วมกันไว้ว่า มาตรา 81(1) ไม่ใช้บังคับกับ JV ซึ่งเกิดจากความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการซึ่งไม่ได้แข่งขันกันเอง และผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันนั้นไม่อาจดำเนินการโดยลำพังได้เนื่องจากขาดประสบการณ์ ความชำนาญพิเศษ หรือแหล่งเงินทุน⁶⁸

⁶⁵ Bael, Ivo Van and Jean-Francois Bellis, Competition Law of the European Community, 3rd ed., CCH Europe, Oxfordshire, 1994, p.525, cited in Ibid.

⁶⁶ First Report on Competition Policy (1971), point36, cited in Ibid., p.3:67.

⁶⁷ Notice on agreements, decisions and concerted practices in the field of Co-operation, JO 1968 C7513, corrigendum JO1968 C84/4. Cited in Ibid., p.3-68.

3.2.3 องค์การที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายป้องกันการแข่งขันทางการค้า*

(1) รัฐสภายุโรป (European Parliament)

มีอำนาจควบคุมและสอดส่องการทำงานของคณะกรรมการธิการโดยรวมในการพิจารณารายงานประจำปีของคณะกรรมการ และสามารถออกข้อสังเกต (observations) ในนโยบายการแข่งขันได้ แต่ก็มีได้มีบทบาทในเชิงปฏิบัติการ

(2) คณะมนตรี (Council of Ministers)

สามารถออกกฎหมายอนุบัญญัติ เช่น Regulation เพื่อเพิ่มเติมสารบัญญัติ และวิธีบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันได้ และเป็นผู้ออกข้อยกเว้น เช่น ยกเว้นข้อตกลง หรือการควบกิจการแต่ละประเภทมิให้ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมายการแข่งขัน

(3) คณะกรรมการ (Commission)

เป็นผู้มีบทบาทสูงสุดในการดูแลบริหารกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป โดยมี Directorate-General IV หรือ DG IV เป็นผู้ดูแล คณะกรรมการสามารถดำเนินการภายใต้กฎหมายการแข่งขันตามคำร้องของรัฐสมาชิก ผู้ประกอบการ หรือบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือเริ่มดำเนินการด้วยตัวของคณะกรรมการเองก็ได้

คณะกรรมการสามารถพิจารณาคำร้องและตัดสินใจระงับการดำเนินการต่อหรือแถลงว่ากรณีที่พิจารณาไม่ขัดแย้งกับกฎหมายการแข่งขัน หรือได้รับการยกเว้น หรือดำเนินการสอบสวน และมีคำสั่ง รวมทั้งการกำหนดโทษปรับ โดย DG IV มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

⁶⁸ Notice on agreements, decisions and concerted practices in the field of co-operation, JO 1968 C75/3, corrigendum OJ 1968 c84/14, at para. II(5), cited in Ibid., p.3:72.

* คัดจาก สถาบันนโยบายสมาคมและเศรษฐกิจ “โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฯ”, หน้า 3:73-3:75.

1. ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยดูแลบริหารมาตรา 81 และ 82 และ มาตรา 65 ECSC และกฎหมายอนุบัญญัติ
2. ควบคุมการควบกิจการ ตาม Council Regulation 4064/89 on the control of concentrations between undertakings (Merger Regulation) และมาตรา 66 ECSC
3. การให้เป็นอิสระและการควบคุมโดยรัฐ ตามมาตรา 31 (มาตรา 37 EC เดิม) และ 86 (มาตรา 90 EC เดิม)
4. การอุดหนุนโดยรัฐ (State Aid) ดูแลบริหารมาตรา 86 และ 87-89 (มาตรา 92-94 EC เดิม) และมาตรา 4, 56 และ 95 ECSC
5. มิติต่างประเทศของนโยบายการแข่งขัน (International dimension of competition policy) ทำหน้าที่เป็นคู่สัญญา คู่เจรจา กับประเทศต่างๆ และทำหน้าที่ในฐานะที่ปรึกษาให้แก่ประเทศซึ่งกำลังปฏิรูปทางเศรษฐกิจ เช่น ประเทศในกลุ่มยุโรปกลางและยุโรปตะวันออก

(4) ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice)

มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน ซึ่งหากคู่กรณีไม่พอใจในคำตัดสินของ คณะกรรมาธิการ ก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมยุโรปได้ และสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาของ ศาลชั้นต้นในข้อกฎหมายไปยังศาลยุติธรรมยุโรปได้ โดยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปถือเป็นที่สุด

3.2.4 การบังคับใช้และวิธีสบัญญัติ (Enforcement and Procedure)*

(1) บทบาทของคณะกรรมาธิการ โดย DG IV

เป็นผู้ที่มีบทบาทมากที่สุดในโยบายการแข่งขันทางการค้าของ EU ทั้งนี้ การกระทำ หรือคำสั่ง (decision) ที่กระทำหรือออกโดยคณะกรรมาธิการ อยู่ภายใต้การทบทวนโดย

* สรุปลจาก เรื่องเดียวกัน หน้า 3:75-3:82.

ศาลยุโรป ซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการของสหภาพ และด้วยเหตุผลที่สหภาพยุโรปเป็นการรวมตัวกันระหว่างรัฐสมาชิก 15 รัฐ แม้คณะกรรมการจะถือได้ว่าเป็นฝ่ายบริหารของสหภาพ แต่คณะกรรมการก็ต้องทำงานอย่างใกล้ชิดและร่วมมือกับรัฐสมาชิก ซึ่งสำหรับในกรณีนโยบายการแข่งขันทางการค้านี้ คณะกรรมการต้องร่วมมือกับองค์กรที่เกี่ยวข้องของรัฐสมาชิกด้วย ซึ่งขั้นตอนการบังคับใช้และวิธีสับัญญัติสำหรับนโยบายการแข่งขันทางการค้า ได้ถูกระบุไว้ในมาตรา 85 ถึงมาตรา 90 Regulation 17 และ Merger Regulation รวมถึงมีการออก Interpretative Notices เพื่อขยายความกฎหมายอนุบัญญัติดังกล่าวออกมาอีก แต่ Notice นั้นไม่มีผลบังคับเหมือนกฎหมาย เป็นแต่การประกาศแนวทางปฏิบัติและความเข้าใจของคณะกรรมการเท่านั้น ศาลยุโรปไม่ผูกพันตาม Notice ดังกล่าว

(2) บทบาทของศาลชั้นต้นของสหภาพยุโรป(Judicial Review by the CFI)

Article 230 (มาตรา 173 EC เดิม) ให้อำนาจศาลของสหภาพยุโรปในการทบทวนความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำหรือมาตรการใดๆ ของสถาบันของสหภาพ ซึ่งรวมถึงการกระทำของคณะกรรมการในเรื่องนโยบายการแข่งขันทางการค้าด้วย และศาลของสหภาพยุโรปมีอำนาจวินิจฉัยในคดีซึ่งถูกร้องเรียนโดยรัฐสมาชิก คณะมนตรี หรือคณะกรรมการ ในประเด็นความสามารถ การฝ่าฝืนขั้นตอนตามกฎหมาย การฝ่าฝืนสนธิสัญญา EC หรือกฎหมายของสหภาพ รวมถึงการใช้อำนาจโดยมิชอบ

ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยตามวรรคสองสำหรับคดีซึ่งถูกร้องเรียนโดยรัฐสมาชิก บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็อาจร้องเรียนโดยการคัดค้านคำสั่งซึ่งมีต่อตน หรือคำสั่งซึ่งมีผลกระทบต่อตนได้ และการร้องเรียนตามมาตรานี้ต้องกระทำภายใน 2 เดือนนับแต่ได้มีการตีพิมพ์มาตราที่ถูกคัดค้าน อย่างไรก็ตาม หากคำร้องเรียนมีเหตุผลและถูกต้อง ศาลยุโรปจะต้องวินิจฉัยให้การกระทำหรือมาตรการนั้นๆ เป็นโมฆะ ตาม Article 232 (มาตรา 175 EC เดิม)

ตารางเปรียบเทียบนโยบายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น

	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	ญี่ปุ่น
1. การบังคับใช้	- แผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้ กระทรวงยุติธรรม และ FTC	- DG IV	- JFTC
2. สิทธิในการเรียกร้องเป็นคดีความ	- FTC และภาคเอกชน	- DG IV และภาคเอกชน	- JFTC และภาคเอกชน
3. การพิจารณาบทพวน	- ศาลยุติธรรม	- ศาลยุติธรรม	- ศาลยุติธรรม
4. การดำเนินการต่อพฤติกรรมจำกัดการ แข่งขันในแนวดิ่ง			
a. Exclusive dealing	- vertical restraints ที่ไม่เกี่ยวกับ ราคาเป็นความผิดในตัวเอง	- เป็นความผิดในตัวเอง หากกระทำ โดยบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป	- เป็นความผิดในตัวเอง หากกระทำ โดยบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป
b. การจำกัดเขตจำหน่าย (Territorial restraint)	- เหมือนข้อ 4a	- เหมือนข้อ 4a	- เป็นความผิดในตัวเอง เมื่อมีการแบ่ง เขตจำหน่ายอย่างเด็ดขาด
c. การทำสัญญาผูกมัด (Tying)	- ได้รับการยกเว้น แต่ดูจะเป็นความ ผิดในตัวเอง	- เหมือนข้อ 4a	- ไม่มีกำหนดไว้
d. การกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)	- เป็นความผิดในตัว แต่จำกัดไว้แคบ กว่า EU และญี่ปุ่น	- supplier สามารถทำการร่วมกับผู้ จัดจำหน่ายภายในประเทศได้ แต่มี การบังคับเข้มงวดแก่กรณีการนำเข้า สินค้าแบบเดียวกันแต่มีระดับราคา ต่างกันและไม่สามารถคงราคาไว้ได้	- ทำได้หากได้รับอนุญาตจาก JFTC ที่ จะไม่นำ AMA มาบังคับใช้

<p>5. การดำเนินการต่อพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวนอน</p>			
<p>a. การกำหนดราคา(Price fixing)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - เป็นความผิดในตัวเอง 	<ul style="list-style-type: none"> - เป็นความผิดในตัวเอง 	<ul style="list-style-type: none"> - เป็นความผิดในตัวเอง
<p>b. การจำกัดผลผลิต(Output restraint)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - เป็นความผิดในตัวเอง 	<ul style="list-style-type: none"> - เป็นความผิดในตัวเอง 	<ul style="list-style-type: none"> - เป็นความผิดในตัวเอง
<p>c. การจัดซื้อขายนางหน้า(Predation)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ห้ามกระทำ 	<ul style="list-style-type: none"> - ห้ามกระทำ 	<ul style="list-style-type: none"> - ห้ามกระทำ
<p>6. ข้อยกเว้นตามกฎหมายการแข่งขัน</p>			<ul style="list-style-type: none"> - ไม่มีเหมือนสหรัฐฯ และ EU เพราะมีการกำหนดข้อยกเว้นโดย MITI
<p>a. การรวมตัวกันเพื่อการส่งออก</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ยกเว้นกรณีที่มีผลต่อตลาดในประเทศ นอกนั้นการกำหนดราคาเพื่อการส่งออกสามารถทำได้ 	<ul style="list-style-type: none"> - ยกเว้นกรณีที่มีผลต่อตลาดในประเทศ นอกนั้นการกำหนดราคาเพื่อการส่งออกสามารถทำได้ 	<ul style="list-style-type: none"> - ยกเว้นกรณีที่มีผลต่อตลาดในประเทศ นอกนั้นการกำหนดราคาเพื่อการส่งออกสามารถทำได้
<p>b. การรวมตัวกันเพื่อการนำเข้า</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้กำหนดไว้ 	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้กำหนดไว้ 	<ul style="list-style-type: none"> - มีบทบัญญัติยกเว้นให้กระทำได้
<p>c. การร่วมทุนเพื่อการวิจัยและพัฒนา</p>	<ul style="list-style-type: none"> - กฎหมายว่าด้วยการร่วมมือทำการวิจัยและพัฒนาปี 1984 อนุญาตให้ทำได้ โดยอยู่ภายใต้หลักแห่งเหตุและผล (Rule of reason) และปกป้องบริษัทจากการถูกลงโทษอย่างสูงสุด หากพบว่าการกระทำนั้นต่อต้านการแข่งขัน 	<ul style="list-style-type: none"> - มาตรา 81(3) แห่งสนธิสัญญาโรม ยกเว้นให้ แต่ต้องมีส่วนแบ่งในตลาดไม่เกิน 20% 	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้กำหนดไว้
<p>d. ธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลาง</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้รับการยกเว้น 	<ul style="list-style-type: none"> - ยกเว้น หากช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและการแข่งขันในตลาด 	<ul style="list-style-type: none"> - เหมือนข้อ 6 (b)
<p>e. cartel ที่มีเหตุผล</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้รับการยกเว้น 	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้กำหนดไว้ 	<ul style="list-style-type: none"> - เหมือนข้อ 6 (b)

7. การเยียวยาแก้ไข	<ul style="list-style-type: none"> - เอกชนสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ โดยสามารถเรียกได้ 3 เท่าของค่าเสียหายจริง 	<ul style="list-style-type: none"> - เอกชนสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ 	<ul style="list-style-type: none"> - เอกชนสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายได้
8.การควบกิจการ (Merger) a. กระบวนการก่อนการควบกิจการ b. มาตรฐานหลัก c. การมีอำนาจเหนือตลาดหรือการผูกขาดตลาด	<ul style="list-style-type: none"> - ก่อนควบกิจการ ต้องแจ้งต่อ FTC - ตามหลักการคำนวณการกระจุกตัว (ตามค่า HHI) - บริษัทมีสัดส่วนอย่างต่ำ 35% 	<ul style="list-style-type: none"> - ก่อนควบกิจการ ต้องแจ้งต่อ DG IV - การควบกิจการนั้นทำให้มีอำนาจเหนือตลาด แม้ว่าส่วนแบ่งตลาดจะน้อยกว่า 25% ก็เป็นความผิด - เหมือนข้อ 8 (b) 	<ul style="list-style-type: none"> - ก่อนควบกิจการ ต้องแจ้งต่อ JFTC - ไม่ได้กำหนดไว้ - บริษัทมีสัดส่วนอย่างต่ำ 50% หรือ 2 บริษัทรวมกันแล้วมีสัดส่วนตลาดอย่างต่ำ 75%
9. การบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต	<ul style="list-style-type: none"> - เกิดพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในต่างประเทศ แต่ส่งผลกระทบต่อตลาดภายใน และกรณีบริษัท (รวมถึงบริษัทสาขา) มีภูมิลำเนาอยู่ภายใน แต่จำกัดการแข่งขันในตลาดต่างประเทศ รวมถึงการจำกัดการแข่งขันในตลาดต่างประเทศที่ขัดขวางการส่งออกของสหรัฐฯ 	<ul style="list-style-type: none"> - เกิดพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในต่างประเทศ แต่ส่งผลกระทบต่อตลาดภายใน และกรณีบริษัท (รวมถึงบริษัทสาขา) มีภูมิลำเนาอยู่ภายใน แต่จำกัดการแข่งขันในตลาดต่างประเทศ 	<ul style="list-style-type: none"> - เกิดพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในต่างประเทศ แต่ส่งผลกระทบต่อตลาดภายใน และกรณีบริษัท (รวมถึงบริษัทสาขา) มีภูมิลำเนาอยู่ภายใน แต่จำกัดการแข่งขันในตลาดต่างประเทศ

หมายเหตุ

- กฎหมายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปบัญญัติป้องกันพฤติกรรมใดๆ ที่กระทำแม้ในตลาดต่างประเทศด้วย ถ้าพฤติกรรมนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดภายในประเทศ
- แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา จะมีการบังคับใช้ในบางประเด็นที่ไม่เหมือนกับสหภาพยุโรปและญี่ปุ่น แต่ก็ยังคงมีการใช้อยู่ แม้ว่ากระทบกระเทือนต่อตลาดการส่งออกของประเทศอื่นก็ตาม
- เป็นการยากที่จะระบุถึงพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งของภาคธุรกิจ เพราะบางสถานการณ์จะขึ้นอยู่กับการชี้ขาดทางกฎหมายโดยเฉพาะ ซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปได้
- HHI Index (Hirschman – Herfindahl Index) คือดัชนีที่ใช้ในการคำนวณระดับการรวมตัวของธุรกิจทั้งก่อนและหลังการรวมหรือการควบกิจการ โดยจะคำนวณจากเปอร์เซ็นต์ส่วนแบ่งตลาดของแต่ละบริษัทในตลาดนั้นๆ ยกกำลังสองรวมกัน*

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* ศึกษาเพิ่มเติมได้จากงานวิจัยเรื่องโครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย โดยสถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ (ISEP) เสนอต่อกระทรวงพาณิชย์ มิถุนายน 2542.

3.3 ความตกลงระดับทวิภาคี (Bilateral Agreement)

ความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศนั้น เป็นหนทางหนึ่งที่จะพัฒนาการบังคับใช้กฎเกณฑ์การแข่งขันในตลาดการค้าระหว่างประเทศได้ ประเทศต่างๆ จำนวนมากเล็งเห็นถึงความสำคัญอันนี้ จึงเริ่มทำความตกลงในระดับทวิภาคีขึ้น โดยสหรัฐอเมริกามีบทบาทในการเรียกร้องให้เกิดความร่วมมือในลักษณะดังกล่าวมากที่สุด แม้แต่ใน OECD เอง ก็ได้มีคำแนะนำว่าความร่วมมืออย่างใกล้ชิดระหว่างรัฐสมาชิกเป็นสิ่งจำเป็น ที่จะกำกับดูแลพฤติกรรมอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันของวิสาหกิจ (enterprise) ที่อยู่ในประเทศสมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶⁹

3.3.1 กลไกสำคัญในช่วงต้น

ปัจจุบันมีความตกลงว่าด้วยความร่วมมือในระดับทวิภาคีอย่างมากมาย โดยอยู่ในรูปของบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of understanding) หรือความตกลงระหว่างประเทศ (International Agreement) และไม่นานมานี้ก็ได้มีรูปแบบใหม่ของการร่วมมือในระดับทวิภาคีอีกอย่างหนึ่งขึ้น นั่นคือสนธิสัญญาการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางด้านกฎหมาย หรือ MLAT (Mutual Legal Assistance Treaty) โดยมีกลไกที่สำคัญดังนี้ คือ

(1) การรายงาน (notification)

ความตกลงในระดับทวิภาคีในช่วงแรก จะเป็นเพียงนโยบายที่ต้องรายงานแก่กันเท่านั้น หลักเบื้องต้นประการหนึ่งคือ ต้องแจ้งต่อประเทศคู่ภาคีเมื่อการได้ส่วนในเรื่องการแข่งขันที่กำลังดำเนินอยู่ในประเทศหนึ่งนั้น ที่อาจส่งผลกระทบต่อเขตอำนาจของคู่ภาคี โดยที่ภาคีแต่ละฝ่ายจะต้องแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการใดๆ ของตน ซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญที่ได้กำหนดไว้ในข้อตกลงของอีกฝ่าย บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ภายหลัง หลายๆ ความตกลงจะระบุให้มีการรายงานเรื่องการสอบสวนในประเด็นที่โต้แย้ง การควบรวมกิจการ (merger and acquisition) ของวิสาหกิจ อย่างไรก็ตามการรายงานนั้นจะต้องให้รายละเอียดที่เพียงพอ เพื่อที่อีกฝ่ายจะสามารถประเมินสถานการณ์ที่เป็นอยู่ได้

⁶⁹ OECD, 1995, cited in Ibid., p. 33.

(2) การร่วมปรึกษาหารือเพื่อหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้ง
(consultation for purpose of conflict avoidance)

นอกจากกลไกในการรายงานหรือการให้ข้อมูลแล้ว ทุกความตกลงยังกำหนดให้มีการร่วมปรึกษาหารือกันระหว่างองค์กรผู้มีอำนาจตัดสินใจ ที่จะมีมติร่วมกันหรือที่จะดำเนินการแต่เพียงฝ่ายเดียวได้ โดยการร่วมปรึกษาหารืออาจเกิดระหว่างผู้นำที่มีอำนาจโดยตรงหรือผ่าน staff ก็ได้ สิ่งสำคัญของการร่วมปรึกษาหารือ นั้น คือประเด็นที่หารือต้องครอบคลุมถึงการเยียวยาแก่สถานการณ์ที่จะอาจกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศได้

(3) การประสานความร่วมมือ (cooperation)

กลไกนี้ กล่าวอย่างชัดเจนถึงความต้องการที่จะให้ภาคีร่วมมือและประสานกันในการใช้กฎหมาย โดยที่ความร่วมมือดังกล่าวนี้ต้องมีคุณสมบัติและผล และเป็นไปได้ทั้งในการปฏิบัติและในบริบทของกฎหมาย

(4) การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่เป็นความลับ
(exchange of non-confidential information)

เป็นกลไกที่ให้ภาคีต้องพบกันในทุกปีเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลต่างๆ ระหว่างกัน เป็นต้นว่าการบังคับใช้กฎหมาย ผลประโยชน์ในเชิงเศรษฐศาสตร์ การวิเคราะห์อุตสาหกรรมต่างๆ ไป นโยบายที่มีการเปลี่ยนแปลง และประเด็นสำคัญประการอื่นๆ ประเทศภาคีประเทศใดประเทศหนึ่ง เมื่อได้รับการร้องขอข้อมูลจากอีกฝ่าย ก็จะต้องดำเนินการจัดหาเท่าที่จะเป็นไปได้

(5) การประสานความร่วมมือกันในการสอบสวน
(coordination of investigation)

เป็นกลไกที่ให้ประเทศภาคีประสานความร่วมมือกันในการไต่สวนคดี เป็นต้นว่าฝ่ายแรก (requesting party) จะยังไม่ดำเนินการไต่สวนด้วยตนเอง แต่จะให้โอกาสฝ่ายหลัง (requested party) เป็นผู้ทำการไต่สวนคดีก่อนในบางกรณี โดยต้องแจ้งผลและรายละเอียดของการพิจารณาให้ฝ่ายแรกทราบ

(6) Negative comity

เป็นกลไกที่จำกัดการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันนอกอาณาเขตของประเทศอื่น โดยยึดเป็นหลักความสุภาพ (politeness) และมารยาทที่ดี (good manners) ระหว่างกัน โดยเป็นความพยายามที่จะเยียวยาปัญหาที่เกิดระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพื่อให้เกิดความเข้าใจอันดีต่อกัน และไม่กระทำการใดอันอาจส่งผลกระทบต่อประเทศคู่ภาคี โดยเป็นการตกลงกันที่จะยุติการใช้กฎหมายการแข่งขันที่เป็นการแทรกแซงผลประโยชน์ตามอธิปไตยของรัฐอื่น

3.3.2 ลักษณะความตกลงในช่วงที่สอง

ความตกลงในระดับทวิภาคีเป็นความร่วมมือกันที่แสดงให้เห็นถึงความเต็มใจที่จะสร้างข้อตกลงใดๆ ที่มากกว่าที่จะเป็นเพียงวิธีการเพื่อระงับความขัดแย้ง กลไกใหม่ๆ ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ให้ดียิ่งขึ้น อาทิ ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ และสหภาพยุโรป เมื่อปี 1991 เป็นความตกลงแรกที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกัน (positive comity provisions) ต่อมาในปี 1994 สหรัฐฯ ก็ได้ออกกฎหมายชื่อ The International Antitrust Enforcement Assistance Act : IAEAA โดยอนุญาตให้สหรัฐฯ เข้าสู่การดำเนินการเพื่อให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย (MLAT) กับรัฐบาลประเทศต่างๆ ในปัญหาการละเมิดกฎเกณฑ์การแข่งขันทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง

นอกจากนี้ ยังมีการปรับหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติระหว่างกัน ขณะที่ทางประเพณีปฏิบัติ (traditional) หรือ Negative comity จะมีองค์การเพื่อทำหน้าที่พิจารณาผลประโยชน์ที่สำคัญของประเทศด้วยเมื่อมีการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขัน แต่ positive comity จะระบุถึงสถานการณ์ที่กระทบต่อผลประโยชน์ของฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ดำเนินการภายใต้กฎเกณฑ์ที่วางไว้ โดย positive comity เป็นความตกลงว่าด้วยความร่วมมือในเรื่องการแข่งขันที่อนุญาตให้ประเทศ A แจ้งไปยังประเทศ B โดยเชื่อว่า B เป็นประเทศที่พฤติกรรมอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันเกิดขึ้น และส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญของประเทศ A สิ่งสำคัญของ positive comity คืออนุญาตให้คู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบเรียกร้องจากผู้มีอำนาจเรื่องการแข่งขันของอีกฝ่ายหนึ่ง ให้ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันอย่างเหมาะสม ดังนั้นบทบัญญัตินี้จึงช่วยแก้ปัญหาความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจรัฐได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ประเทศผู้เรียกร้อง

(requesting party) นั้น สามารถที่จะใช้กฎหมายการแข่งขันนอกอาณาเขตได้ โดยหลัก positive comity จะเป็นพันธกรณีที่ให้ประเทศผู้ถูกเรียกร้องดำเนินการใดๆ ตามความเหมาะสมเท่านั้น⁷⁰

หลัก positive comity มีรากฐานมาจากคำแนะนำในความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกของ OECD ในเรื่องพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ ในปี 1967 (the 1967 OECD Recommendation on Cooperation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade) โดยปรากฏเป็นครั้งแรกในความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา กับสหภาพยุโรปเมื่อปี 1991 และต่อมาในความตกลงพิเศษระหว่างสหรัฐฯ และแคนาดา และอีกหลายๆ ประเทศคู่ภาคี เพราะเหตุที่ positive comity เป็นหลักเพื่อพัฒนาและเสริมสร้างประสิทธิภาพแก่กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื้อหาและกระบวนการพิจารณา และระดับความสัมพันธ์ขององค์กรผู้ใช้อำนาจของประเทศคู่ภาคีเท่านั้น หลักดังกล่าวจึงไม่ปรากฏในความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศอื่นใด⁷¹

3.3.3 ความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่กัน (Mutual Legal Assistance Treaty Agreements: MLATs)

ความร่วมมือในระดับทวิภาคีเรื่องการแข่งขัน และหลัก positive comity ยังคงขาดความเชื่อมโยงกันระหว่างภาคี โดยไม่ยอมลดกฎระเบียบภายในบางประการของแต่ละประเทศลง เช่น ยังมีการป้องกันการให้ข้อมูลที่สำคัญแก่กัน เพราะผู้ใช้อำนาจจะต้องไม่เผยแพร่ข้อมูลที่สำคัญของบริษัทต่างๆ ที่ได้มาจากอำนาจในการสืบสวนสอบสวน⁷² ด้วยเหตุนี้จึงเป็นอุปสรรคแก่การดำเนินการเพื่อความร่วมมือในระดับทวิภาคีเป็นอย่างมาก

⁷⁰ Ibid., p.38.

⁷¹ Ibid.

⁷² Rakovsky, C. (1997), "The Commission's Cooperation with Third Countries in the Field of Competition", prepared remarks before FIW Conference, Brussels : 18 September, cited in Ibid., p. 39.

MLATs จึงเป็นเสมือนแนวทางที่จะช่วยเสริมสร้างความแข็งแกร่งในความร่วมมือระหว่างองค์กรผู้มีอำนาจ โดยให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญแก่กัน ที่ผ่านมากเกือบทุกประเทศมี MLATs เพื่อที่จะได้รับความช่วยเหลือในการสืบสวนสอบสวนในอาณาดินแดนของประเทศอื่น ตัวอย่าง MLATs ในกลุ่ม OECD จะครอบคลุมถึงเรื่องการฉ้อโกง การประกันภัย ภาษีศุลกากร และประเด็นอื่นๆ ตามที่ตกลงกันได้ เช่น การแสวงหาพยานหลักฐานในนามของอีกประเทศหนึ่ง*

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาจะพยายามที่จะขยายกฎเกณฑ์ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรผู้มีอำนาจ ให้ครอบคลุมถึงการบังคับใช้ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา โดยผ่านทางกฎหมาย IAEEA ซึ่งอนุญาตให้สหรัฐฯ เจาะและสรุปผลความตกลงว่าด้วยความร่วมมือในระดับทวิภาคีกับประเทศคู่ค้าให้ครอบคลุมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญทุกอย่าง (ภายใต้เงื่อนไขที่แน่นอน) และสามารถใช่วิธีการบังคับเพื่อที่จะได้มาซึ่งข้อมูลจากอีกฝ่ายด้วย^๘

* ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายอาญา ระหว่างรัฐบาลสหรัฐฯ และรัฐบาลแคนาดา ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 มกราคม ปี 1990 (the Treaty between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters).

^๘ ตัวอย่างเช่น ความตกลงระหว่างสหรัฐฯ กับออสเตรเลีย ซึ่งสหรัฐฯ คาดหวังว่า IAEEA จะสนับสนุนให้เกิดการแลกเปลี่ยนข้อมูลในการสืบสวนสอบสวนระหว่างสหรัฐฯ กับประเทศอื่นๆ อีก แต่ประเทศเหล่านั้นจะต้องมีกฎหมายอันเป็นพื้นฐานและมีกรอบรับจากรัฐสภา (ซึ่งออสเตรเลียมีการบัญญัติกฎหมายที่ให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญระหว่างองค์กรผู้มีอำนาจเรื่องการแข่งขันในทางแพ่งแล้ว คือ The Mutual Assistance in Business Regulation Act 1992) โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสามารถที่จะแลกเปลี่ยนข้อมูลการสืบสวนสอบสวน และการปกป้องข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญที่ได้รับมาอย่างเพียงพอด้วย.

3.3.4 ตัวอย่างความตกลงในระดับทวิภาคี

(1) The Agreement between the Government of the United State of America and the European Communities Regarding the Application of their Competition Law, 1998

4 มิถุนายนปี 1998 คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปด้านนโยบายการแข่งขัน นาย Karel Van Miert ผู้แทนฝ่ายสหภาพยุโรป และผู้แทนฝ่ายสหรัฐฯ นาง Janet Reno อัยการสูงสุด (Attorney General) และนาย Robert Pitofsky ประธานคณะกรรมการการค้า (Federal Trade Commission Chairman) ได้พบหารือกัน ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อลงนามร่วมกันในข้อตกลงเพื่อความร่วมมือเรื่องนโยบายการแข่งขัน (Agreement between US-EU on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws หรือเรียกย่อๆ ว่า The 1998 “Positive Comity” on Antitrust Enforcement) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1. เป็นการเพิ่มเติมข้อตกลงเพื่อความร่วมมือเรื่องนโยบายการแข่งขันที่สหรัฐฯ และสหภาพยุโรปได้ร่วมกันจัดทำขึ้นเมื่อปี 1991 ในส่วนของการดำเนินคดีกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขต เพื่อไม่ให้พฤติกรรมเหล่านี้เป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุนระหว่างสองประเทศ

2. หลักการสำคัญของข้อตกลงคือ เมื่อประเทศหนึ่ง (requesting party) ได้รับผลกระทบ (เช่นการส่งออกหรือการลงทุนของตนไม่สามารถแข่งขันได้) เนื่องจากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง (requested party) ฝ่ายแรกสามารถขอร้องให้ฝ่ายหลังดำเนินการตามกฎหมายกับผู้ที่มีพฤติกรรมดังกล่าวได้ โดยให้อ้างอิงกฎหมายของฝ่ายหลัง ทั้งนี้ไม่จำเป็นว่าพฤติกรรมนี้จะผิดกฎหมายของฝ่ายแรก หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องการแข่งขันของฝ่ายแรก จะเปิดไต่สวนพฤติกรรมนี้หรือไม่

3. สหรัฐฯ และสหภาพยุโรปทำความเข้าใจกันว่าฝ่ายแรก (requesting party) จะยังไม่ดำเนินการไต่สวนด้วยตนเอง แต่จะให้โอกาสฝ่ายหลัง (requested party) เป็นผู้ทำการไต่สวนคดีนี้ก่อน ในกรณีต่อไปนี้

(1) พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันนี้ไม่ได้มีผลกระทบโดยตรงต่อผู้บริโภคในอาณาเขตของฝ่ายแรก หรือ

(2) ในกรณีที่แม้พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันนี้กระทบผู้บริโภคของฝ่ายแรก แต่เป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นหรือมุ่งที่อาณาเขตของฝ่ายหลังเป็นหลัก

ทั้งนี้ฝ่ายหลังจะต้องแจ้งผลและรายละเอียดของการพิจารณาคดีให้ฝ่ายแรกทราบ และจะต้องทุ่มเทให้กับการพิจารณาคดีอย่างเต็มที่เสมือนกับว่าฝ่ายแรกเป็นผู้พิจารณาคดีด้วยตัวเอง และจะต้องพิจารณาคดีให้เสร็จภายใน 6 เดือน หรือภายในระยะเวลาที่สองฝ่ายได้ตกลงกัน

4. อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายแรกมีเหตุผลที่เหมาะสม แม้จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายหลังเริ่มพิจารณาคดีไปแล้ว ก็สามารถนำคดีนี้มาพิจารณาไต่สวนเองต่างหากได้ หรือในกรณีที่ทั้งสองประเทศเห็นว่าเป็นคดีที่ต่างก็ได้รับผลกระทบ และต่างก็มีกฎหมายกำกับอยู่ (เช่น พฤติกรรมกีดกันระหว่างประเทศเพื่อกำหนดราคา) แต่ละฝ่ายก็สามารถแยกกันดำเนินคดีกับผู้ที่มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันดังกล่าวได้

5. ข้อตกลงนี้ไม่รวมการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการ (merger) เนื่องจากกฎหมายในเรื่องการรวมกิจการของทั้งสองประเทศระบุไว้ว่า การไต่สวนเรื่องการควบกิจการจะต้องกระทำด้วยความรวดเร็ว คือดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายใน 30 วัน

(2) The Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America Regarding the Application for their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws, 1995.

ความตกลงดังกล่าว มีความคล้ายคลึงกับความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปเป็นอย่างมาก มีเรื่องการรายงาน การแลกเปลี่ยนข้อมูล ความประสานกันในการบังคับใช้กฎหมาย ความร่วมมือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐหนึ่ง ซึ่งส่งผลกระทบต่ออีกรัฐหนึ่ง (positive comity) การหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้ง (traditional comity) และการร่วมปรึกษาหารือ โดยความตกลงมีพันธกรณีที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องให้ข้อมูลที่เชื่อถือได้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง และให้ความร่วมมือและประสานกันในการบังคับใช้

กฎหมายที่เกี่ยวกับพฤติกรรมในตลาดที่ไม่เป็นจริง รวมถึงแลกเปลี่ยนข้อมูลและประสานกันในการป้องกันและบังคับใช้กฎหมายแก่พฤติกรรมเช่นนั้น⁷³

โดยความร่วมมือขององค์กรที่มีอำนาจของแคนาดาและสหรัฐฯ นั้นอยู่ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายซึ่งกันและกันของรัฐบาลแคนาดาและรัฐบาลสหรัฐฯ (The Treaty Between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters: MLAT) ซึ่งบังคับใช้ในปี 1990 โดย MLAT อนุญาตให้ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายหนึ่งขอความช่วยเหลือต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ เพื่อที่จะได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ใช้ในการกระทำความผิด รวมถึงการบังคับให้ได้มาและการแบ่งปันข้อมูลแก่กัน⁷⁴ (MLAT นี้เป็นการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาต่างๆ ไป มิได้จำกัดเฉพาะแต่การให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในกฎหมายการแข่งขันเท่านั้น)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷³ Trade and Competition Policy : Existing International Agreements and Activities on Competition Law and Policy, p.81.

⁷⁴ Nina Hachigian, "Essential Mutual Assistance in International Antitrust Enforcement", The International Lawyer 29 (spring 1995) : 140.

กลไกการดำเนินการในความตกลงระดับทวิภาคีเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขัน

	ปี	การรายงาน		การร่วม ปรึกษาหารือ เพื่อหลีกเลี่ยง ข้อขัดแย้ง	การประสาน ความร่วมมือ	การแลกเปลี่ยนข้อมูล ที่ไม่เป็น ความลับ	การประสานกัน ในการสืบสวน สอบสวน	Negative Comity	Positive Comity	การแลกเปลี่ยน ข้อมูลอันเป็น ความลับที่ สำคัญ
		นโยบาย	การบังคับใช้							
MLAT										
สหรัฐฯ-ออสเตรเลีย ^a	1997	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
สหรัฐฯ-แคนาดา ^b	1990	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ความตกลงในช่วงที่สอง										
สหรัฐฯ-ประชาคมยุโรป (EC)	1998	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗
สหรัฐฯ-ประชาคมยุโรป (EC) ^c	1991	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗
สหรัฐฯ-แคนาดา ^d	1995	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗
นิวซีแลนด์-ออสเตรเลีย ^e	1994	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓*	✗
นิวซีแลนด์-จีน (ไทเป) ^f	1997	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓*	✗
ออสเตรเลีย-จีน (ไทเป) ^g	1996	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓*	✗
ความตกลงที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ										
สหรัฐฯ-ออสเตรเลีย ^h	1982	✓	✗	✓	✓	✓	✗	✓	✗	✗
สหรัฐฯ-เยอรมัน ⁱ	1976	✓	✗	✓	✓	✓	✗	✓	✗	✗

หมายเหตุ

* แม้จะมีผู้เชี่ยวชาญส่วนหนึ่งยืนยันว่าความตกลงเหล่านี้มีหลัก positive comity อยู่ด้วย แต่ก็ยังมีความเห็นที่ขัดแย้งกันอยู่ โดยอีกฝ่ายเห็นว่าจะไม่พบว่ามีสิ่งใดที่ใกล้เคียงกับ positive comity ในความตกลงระหว่างสหรัฐฯ และ EC ในปี 1991 แต่อย่างใด

a. ความตกลงระหว่างรัฐบาลของสหรัฐฯ และรัฐบาลของออสเตรเลียว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเมื่อเดือนเมษายน ปี 1997 (Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Australia on Mutual Anti-trust Enforcement Assistance)

b. สนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแคนาดา และรัฐบาลสหรัฐฯ ว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับคดีอาญา ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 มกราคม ปี 1990 ซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านอาญาเฉพาะเรื่องการผูกขาดเท่านั้น (Treaty between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters S. Treaty Doc. No. 28, 100th Cong. (1988).)

c. ความตกลงระหว่างรัฐบาลของสหรัฐฯ และคณะกรรมการการยุโรปว่าด้วยการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws (23 Sept 1991), reprinted at 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13, 504.)

d. ความตกลงระหว่างรัฐบาลสหรัฐฯ และรัฐบาลแคนาดาว่าด้วยการใช้กฎหมายการแข่งขันและพฤติกรรมในตลาดที่บิดเบือน เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 1995 (Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Application of their Competition and Deceptive Marketing Practice Laws (3 Aug 1995), reprinted at 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13, 503.)

e. ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือและประสานกันระหว่างคณะกรรมการการค้าออสเตรเลียและคณะกรรมการพาณิชย์นิวซีแลนด์ (Cooperation and Coordination Agreement between the Australia Trade Practices Commission and the New Zealand Commerce Commission)

f. ความตกลงว่าด้วยความร่วมมือและประสานกันระหว่างสำนักงานอุตสาหกรรมและการพาณิชย์นิวซีแลนด์ และสำนักงานวัฒนธรรมและเศรษฐกิจไทเป ว่าด้วยการใช้กฎหมายการแข่งขันและการค้าโดยเป็นธรรม เมื่อธันวาคม ปี 1997 (Cooperation and Coordination Agreement between the New Zealand Commerce and Industry Office and the Taipei Economic and Cultural Office Regarding the Application of the Competition and Fair Trading Laws.)

g. การแลกเปลี่ยนหลักฐานระหว่างผู้นำของคณะกรรมการการค้าออสเตรเลียและคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมของไทเป ในเดือนกันยายนปี 1996 ยืนยันการลงนามในการดำเนินการระหว่างคู่ภาคี (The Chairpersons of the ACCC and Taipei's Fair Trade Commission exchanged letters in September 1996 confirming the signing of an Arrangement between the two parties.)

h. ความตกลงระหว่างรัฐบาลสหรัฐฯ และรัฐบาลออสเตรเลีย ว่าด้วยการประสานความร่วมมือเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด เมื่อวันที่ 29 มิถุนายนปี 1982 (Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Australia Relating to Cooperation on Antitrust Matters (29 June 1982), reprinted at 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13, 502.)

i. ความตกลงระหว่างรัฐบาลสหรัฐฯ และรัฐบาลสหพันธ์เยอรมันว่าด้วยการประสานความร่วมมือกันเกี่ยวกับพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน เมื่อ 23 มิถุนายน 1976 (Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices (23 June 1976), reprinted at 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13, 501.)

3.4 ความร่วมมือระหว่างประเทศที่มากฝ่าย

(Plurilateral approaches)

3.4.1 ITO, ข้อตกลง GATT ปี 1960 และ UN (the United Nations)

(1) ITO และข้อตกลง GATT ปี 1960

ข้อตกลง GATT เป็นประวัติศาสตร์ที่น่าสนใจ เนื่องจาก GATT ดำรงอยู่สืบเนื่องมาจากความล้มเหลวของการให้สัตยาบันเพื่อก่อตั้งองค์การการค้าระหว่างประเทศ (the International Trade Organization) ของกฎบัตรฮาวานา (Havana Charter) ปี 1946 และ 1947 โดย GATT ถูกวางรากฐานไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับนโยบายการพาณิชย์ของกฎบัตรฮาวานา และเป็นเพียงบทเฉพาะกาลเท่านั้น ใน ITO Charter (หรือกฎบัตรฮาวานา) มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดทางธุรกิจ (Restrictive Business Practices) ในบทที่ 5⁷⁵ ซึ่งถ้ามีการให้สัตยาบัน กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็จะช่วยจัดระเบียบการค้าระหว่างประเทศ และกำกับดูแลพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้การตกลงเดียว และดำเนินการตามกฎระเบียบโดยองค์การเดียว ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ และการแข่งขันทางการค้าเลยทีเดียว อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่ได้รับการให้สัตยาบัน บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็มีอิทธิพลต่อแนวทางของ GATT (และองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ) เป็นอย่างมาก เพราะได้จุดประเด็นเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการแข่งขันขึ้นมา

GATT ได้โดยรวมหลักการปฏิบัติต่อพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของภาคเอกชนและมาตรการใดๆ ของภาครัฐที่ส่งผลกระทบต่อในแนวเดียวกันนั้นไว้เป็นความตกลงเดียวในบทที่ 5 ของ Havana Charter ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันไว้ 9 มาตราตั้งแต่มาตรา 46 ถึง 54 โดยมีสาระสำคัญคือ

กำหนดให้ประเทศสมาชิกร่วมมือกับองค์การฯ ในการดำเนินมาตรการอันสมควร เพื่อป้องกันมิให้วิสาหกิจของเอกชนหรือของรัฐดำเนินธุรกิจใดๆ ในลักษณะที่เป็นการจำกัดต่อการแข่งขัน

⁷⁵ Mitsuo Matsushita, "Competition Law and Policy in The Context of The WTO System", *Depaul Law Review* 44 (Summer 1995) : 1102.

ทางการค้า จำกัดการเข้าสู่ตลาด หรือส่งเสริมการผูกขาด⁷⁶ โดยระบุถึงพฤติกรรมที่เป็นการจำกัด ต่อการแข่งขันทางการค้าต่างๆ ไว้ อาทิ การกำหนดราคาหรือเงื่อนไขให้คู่ค้าต้องปฏิบัติตาม การ กำหนดเขตจำหน่าย โดยกีดกันผู้ประกอบการภายนอกไม่ให้เข้ามาร่วมด้วย การจำกัดการผลิต หรือกำหนดโควตาการผลิตเพื่อควบคุมราคาสินค้า หรือการจำกัดไม่ให้ใช้สิทธิพัฒนาเทคโนโลยี ความสิทธิบัตรที่ได้รับอนุญาต *

ผู้วางโครงสร้างบทบัญญัติดังกล่าวมีความคิดว่า หากปราศจากบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของภาคธุรกิจแล้ว การจะบรรลุสู่เป้าหมายของการค้าเสรีโดย การใช้มาตรการยกเลิกภาษีศุลกากร หรือข้อจำกัดการนำเข้าอื่นใด ก็จะถูกทำลายโดยผลของพฤติ

⁷⁶ Havana Charter Article 46.1 (General Policy towards Restrictive Business Practices) กำหนดว่า “1. Each member shall take appropriate measures and shall co-operate with the organization to prevent, on the part of private or public commercial enterprise, business practices affecting international trade which restrain competition, limit access to markets, or foster monopolistic control, whenever such practices have harmful effects on the expansion of production or trade and interfere with the achievement of any of the other objectives forth in Article 1.”

Final Act and Related documents, United Nations Conference on Trade and Employment, held at Havana, Cuba, from 21 November 1947 to 24 March 1948. in Trade and Competition Policy, p. 76.

* Havana Charter Article 46.3

- (a) fixing prices, terms ,or conditions to be observed in dealing with others in the purchase, sale, or lease of any product ;
 - (b) excluding enterprises from, or allocating or dividing, any territorial market or field of business activity, or allocating customers, or fixing sales quotas or purchase quotas ;
 - (c) discriminating against particular enterprises ;
 - (d) limiting production or fixing production quotas ;
 - (e) preventing by agreement the development or application of technology or invention, whether patented or unpatented ; and
 - (f) extending the use of rights under intellectual property protections to matters which, according to a member's laws and regulations, are not within the scope of such grants, or to products or conditions of production, use, or sale which are not likewise the subject of such grants ;
- any similar practices which the Organization may declare, by a majority of two-thirds of the Members present and voting, to be restrictive business practices.

กรรมเช่นนั้นได้⁷⁷ ด้วยเหตุดังกล่าวข้อกำหนดของ GATT ในส่วนที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าจึงมีน้อยมาก ซึ่งถ้าไม่นับ Article VI* (Anti-dumping and Countervailing Duties) ซึ่งไม่ชัดเจนว่าเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าหรือไม่แล้ว ก็มีเพียง Article XVII (State Trading) เท่านั้น ที่นับว่าอยู่ในข่ายของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ GATT Article XVII.1 ได้กำหนดว่า วิชาธุรกิจของรัฐจะต้องทำการซื้อหรือขายสินค้าในลักษณะที่ไม่เลือกปฏิบัติ และตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อพิจารณาในเชิงพาณิชย์ ตลอดจนถึงจะต้องไม่ขัดขวางให้วิชาธุรกิจอื่นใดดำเนินการในลักษณะดังกล่าว^δ GATT ในปี 1947 จึงไม่มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าอย่างชัดเจน มีเพียงในส่วนที่เกี่ยวกับการป้องกันการทุ่มตลาดและมาตรการตอบโต้ และการช่วยอุดหนุนโดยรัฐเท่านั้น ที่ดูเหมือนว่าจะครอบคลุมเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าไว้ด้วย

ต่อมา ประเทศภาคี GATT ได้จัดให้มีกลุ่มผู้เชี่ยวชาญขึ้นในปี 1958 เพื่อศึกษาและขยายความ GATT ไปสู่การควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน⁷⁸ โดยในรายงานปี

⁷⁷ Mitsuo Matsushita, "Competition Law and Policy in the Context of the WTO System", *Depaul Law Review* : p.1102.

* GATT Article VI ยินยอมให้ประเทศผู้นำเข้าใช้มาตรการตอบโต้ หากการทุ่มตลาดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมหรือผู้ผลิตในประเทศผู้นำเข้า โดยการเก็บภาษีป้องกันการทุ่มตลาด (Anti-Dumping Duties) โดยไม่ขัดต่อ GATT ทั้งที่เป็นการใช้อย่างเลือกปฏิบัติ ถือเป็นข้อยกเว้นหนึ่ง อ้างถึงใน ทัชชมัย ฤกษ์สุต, *กติกาอื่นๆ ของแกตต์* (กรุงเทพฯ, 2539), หน้า 51.

^δ GATT Article XVII.1(b) กำหนดว่า

"(b) The provisions of subparagraph(a) of this paragraph shall be understood to require that such enterprises shall, having due regard to the other provisions of this agreement, make any such purchases or sales solely in accordance with commercial considerations, including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale, and shall afford the enterprises of the other contracting parties adequate opportunity, in accordance with customary business practice, to compete for participation in such purchases or sales." in ธเนศ สุจารีกุล, เอกสารประกอบการสัมมนา การกีดกันทางการค้าที่มีใช้ภาษีกับการส่งออกของไทยและบทบาทของกระทรวงอุตสาหกรรม: นโยบายการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy), 28 ก.ค. 43, หน้า 14.

⁷⁸ Michael J. Trebilcock, "Competition Policy and Trade Policy : Mediating the Interface", *Journal of World Trade* 30 (August 1996) : 88-89.

1960 ของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญ* ยังไม่สามารถมีมติในเรื่องดังกล่าวได้ ว่าควรจะมีผลตกลงในระดับพหุภาคีเพื่อควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างประเทศหรือไม่ อย่างไรก็ตาม กลุ่มผู้เชี่ยวชาญก็ตระหนักว่าพฤติกรรมเช่นว่านั้น จะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการค้าระหว่างประเทศ และแนะว่าแนวทางที่ดีที่สุดน่าจะเป็นการกระตุ้นให้เกิดความร่วมมือกันในระดับทวิภาคีมากขึ้น โดยกระบวนการที่แนะนำถือเป็นคนละส่วนกับกระบวนการระดับข้อพิพาทตามมาตรา 23 ของ GATT มีเสียงเพียงส่วนน้อยที่เสนอว่าควรดำเนินการในรูปพหุภาคีมากกว่า ความขัดแย้งทางความเห็นของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญ ครั้งนี้เองที่เป็นเสมือนแนวทางว่า ควรจะดำเนินการเยียวยาปัญหาด้วยวิธีทางแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี⁷⁹

ภายหลังจากการพิจารณารายงานของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญ ที่ประชุมใหญ่ GATT ได้มีมติในปี 1960 เป็นมติเกี่ยวกับการดำเนินการปรึกษาหารือกันเรื่องพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดทางธุรกิจ (The Decision on Arrangements for Consultations on Restrictive Business Practices)⁸⁰ โดยระบุถึงพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดทางธุรกิจและต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งอาจจะเป็นการจำกัดต่อการค้าระหว่างประเทศ เพราะพฤติกรรมดังกล่าวจะทำให้การลดอัตราภาษีศุลกากร และการยกเลิกอุปสรรคทางการค้า หรือเป้าหมายอื่นๆ ของ GATT สิ้นผลหรือไม่เกิดขึ้นไปด้วย และเน้นว่าความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นสิ่งจำเป็นที่จะช่วยแก้ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมเช่นว่านั้นได้⁸¹

การดำเนินการแก้ปัญหาเริ่มต้นขึ้น เมื่อมีการร้องขอจากประเทศสมาชิก ประเทศภาคีผู้ถูกเรียกร้องจะต้องร่วมปรึกษาหารือกัน เกี่ยวกับปัญหาพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดทางธุรกิจ ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการค้าระหว่างประเทศ โดยทำเป็นความร่วมมือในระดับทวิภาคีหรือพหุ

* GATT, 1961, p.170-179., cited in Ibid.

⁷⁹ Ibid., p.127.

⁸⁰ Edwin A. Vermulst, "A European Practitioner's View of the GATT System: Should Competition Law Violations Distorting International Trade be Subject to GATT panels?", *Journal of World Trade* 27(April 1993) : 62.

⁸¹ P.J. Lloyd and Kerrin M. Vautier, Promoting Competition in global markets: *A multi-national approach*, p.127.

พาคีแล้วแต่กรณี ซึ่งประเทศผู้เรียกร้องจะต้องดำเนินมาตรการใดๆ เพื่อแสวงหาหนทางที่เหมาะสมแก่การแก้ปัญหา^{นั้น} โดยมีสำนักงานเลขาธิการ GATT ให้คำแนะนำแก่การหารือของบรรดาประเทศสมาชิก GATT ด้วย

อย่างไรก็ดี ผลสรุปจากการจัดตั้งคณะทำงานฯ^{ขึ้น} ประสบผลสำเร็จแต่เพียงว่า ประเทศภาคียอมรับว่าการดำเนินธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน^{นั้น} เป็นอุปสรรคต่อการขยายตัวของการค้าเสรี และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศต่างๆ ในโลก การดำเนินการเป็นเพียงการให้มีข้อเสนอแนะแก่ประเทศภาคีเท่านั้น*

* GATT CONTRACTING PARTIES' Decision (2 June 1960) 9 BISD ข้อ 11 กำหนดในส่วนหนึ่งว่า
"The CONTRACTING PARTIES

Recognizing that business practices which restrict competition in international trade may hamper the expansion of world trade and economic development in individual countries and thereby frustrate the benefits of tariff reduction and removal of quantitative restrictions or may otherwise interfere with the objectives of the General Agreement on Tariffs and Trade,

Recognizing, further, that international co-operation is needed to deal effectively with harmful restrictive practices in international trade,

Considering, however, that in present circumstances it would not be practicable for the CONTRACTING PARTIES to undertake any form of control of such practices nor to provide for investigations, but desiring that consultations between governments on these matters should be encouraged,

Recommend that;

1. At the request of any contracting party a contacting party should enter into consultations on such practices on a bilateral or a multilateral basis as appropriate. The party addressed should accord sympathetic consideration to and should afford adequate opportunity for consultations with the requesting party, with a view a view to reaching mutually satisfactory conclusions, and if it agrees that such harmful effects are present it should take such measures as it deems appropriate to eliminate these effects.

2. (a) If the requesting party and the party addressed are able to reach a mutually satisfactory conclusion, they should jointly advise the secretariat of the nature of the complaint and the conclusions reached.

(2) ECOSOC* และ UNCTAD^δ

UNCTAD เป็นองค์การหลักของสมัชชาสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนา โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา มีสภาการค้าและการพัฒนา (Trade and Development Board หรือ TDB) ของ UNCTAD เป็นผู้บริหารงาน และรับผิดชอบในองค์การย่อยของสภาเศรษฐกิจและสังคม (ECOSOC) ซึ่งเป็นความพยายามแรกในการพัฒนานโยบายการแข่งขันในระดับความร่วมมือระหว่างประเทศที่มากกว่าฝ่าย (plurilateral) ภายหลังจากความล้มเหลวในการก่อตั้ง ITO ซึ่งในช่วงทศวรรษที่ 1950 ก็ได้มีความพยายามที่จะควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดทางธุรกิจ โดยจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจว่าด้วยการปฏิบัติทางธุรกิจอันเป็นการจำกัดของ ECOSOC (ECOSOC's Ad Hoc Committee on Restrictive Business Practice) ขึ้น ซึ่งได้จัดทำประมวลหลักการปฏิบัติระหว่างประเทศที่มีรากฐานเดิมจากบทที่ 5 ของกฎบัตรฮาวานา แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับความสนับสนุนจากประเทศสมาชิกของ UN ที่จะให้มีการบังคับใช้แต่อย่างใด

ในปี 1980 หลังจากที่มีการเจรจายาวนานกว่า 10 ปีความพยายามของ UNCTAD ก็บรรลุผล โดยจัดทำประมวลหลักปฏิบัติว่าด้วยการแข่งขันและการค้าระหว่างประเทศ (RBP Code) ขึ้น และประกาศใช้ใน UN เมื่อปี 1981 โดยสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ (UN General Assembly) มีมติที่ 35/63 ในเดือนธันวาคมปี 1980 ให้รับหลักการดังกล่าวรวมไว้กับ UN Set (The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices) ด้วย⁸² แต่อย่างไรก็ดี UNCTAD ก็ยังคงแสวงหาหนทางที่จะทำ

(b) If the requesting party and the party addressed are unable to reach a mutually satisfactory conclusion, they should advise the secretariat of the nature of the complaint and the fact that a mutually satisfactory conclusion cannot be reached.”, cited in Ibid.

* The United National Economic and Social Council.

^δ The United Nations Conference on Trade and Development.

⁸² Ibid., p.128. (UN Set ถือเป็นความตกลงในระดับความร่วมมือระหว่างประเทศที่มากกว่าฝ่าย (plurilateral agreement) เนื่องจากไม่มีข้อผูกมัดกันระหว่างประเทศสมาชิก โดยเป็นเพียงความตกลงเพื่อแสวงหาวิธีการกำกับดูแลพฤติกรรมของภาคเอกชน และกลไกในการให้คำปรึกษาหารือเท่านั้น).

ให้กฎระเบียบภายในเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยสร้าง model law ขึ้นมาอีก ซึ่งครอบคลุมประเด็นต่างๆ เช่น

- การทำข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดราคา (price fixing)
- การจำกัดปริมาณการส่งออกหรือนำเข้า หรือกำหนดโควตาปริมาณการขาย (sale) หรือปริมาณการผลิต (production)
- การแบ่งสรรตลาดหรือผู้บริโภค (market or customer allocation)
- การรวมตัวกันดำเนินการใดๆ ด้วย อันจะเป็นผลเสียต่อการแข่งขัน เช่น รวมตัวกันเพื่อปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย หรือร่วมกันปฏิเสธที่จะจัดหา supply แก่บรรดาผู้นำเข้า
- การควบหรือรวมกิจการ (merger and acquisition) การครอบกิจการ (takeover) การร่วมทุน (joint venture) หรือลักษณะอื่นใดในทำนองเดียวกัน

อย่างไรก็ดี UN Set มีผลต่อพัฒนาการของนโยบายการแข่งขันเพียงเล็กน้อยเท่านั้น เนื่องจากประเด็นหลักอยู่ที่การสนับสนุนให้ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายมีกฎหมายการแข่งขันใช้เสียก่อนเป็นเบื้องต้น

3.4.2 OECD (The Organization for Economic Cooperation and Development)*

องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ OECD เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีการเคลื่อนไหวเรื่องนโยบายการแข่งขันเป็นอย่างมาก กิจกรรมที่ทำได้แก่ การสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในขึ้น และสนับสนุนประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกโดยผ่านทางโครงการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค (technical assistance programmes) รวมถึงการสนับสนุนให้นโยบายการแข่งขันภายในกลุ่มประเทศสมาชิกเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยการสนับสนุนให้มีการประสานความร่วมมือในระดับทวิภาคี (bilateral) ขึ้น และให้มีการพัฒนาข้อแนะนำ (guideline) ในความร่วมมือระดับระดับองค์การระหว่างประเทศที่มากฝ่าย (plurilateral) ขึ้นด้วย⁸³ แม้ว่า guideline นี้จะสั้นกว่า RBP Code ของ UNCTAD และ

* มีสมาชิกอยู่ 25 ประเทศ โดยส่วนใหญ่เป็นประเทศที่มีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรม ซึ่งมีกลุ่ม EU และประเทศผู้สังเกตการณ์อีกจำนวนหนึ่ง.

ปราศจากการให้สิทธิพิเศษใดๆ แก่ประเทศด้อยพัฒนาก็ตาม แต่หลักการโดยรวมแล้วก็คล้ายคลึงกัน⁸⁴

OECD ได้กำหนดกฎระเบียบในเรื่องการแข่งขันขึ้น เพื่อประสานความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก เรียกว่า "คำแนะนำเพื่อปรับปรุงแก้ไขของคณะมนตรี OECD ที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกในเรื่องพฤติกรรมจำกัดทางธุรกิจที่กระทบต่อการค้า" (The Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade) ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าว ประเทศสมาชิกต้องหยุดกระทำการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant market position) ยอมให้ผู้ซื้อ (purchaser) ผู้จัดจำหน่าย (distributor) และผู้จำหน่ายสินค้า (supplier) ดำเนินธุรกิจได้โดยอิสระ หยุดดำเนินการ cartel และข้อตกลงที่เป็นการจำกัดทางการค้าให้ความช่วยเหลือและร่วมมือกับองค์กรผู้ใช้อำนาจของประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้อง⁸⁵

ภายใต้คำแนะนำดังกล่าวของ OECD องค์กรผู้ใช้อำนาจด้านการแข่งขันของประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อประเทศสมาชิกอื่น หากว่าการบังคับใช้กฎหมายของตนนั้นอาจส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ที่สำคัญของประเทศอื่นๆ นอกจากนี้ OECD ยังมีคำแนะนำในเรื่องการตัดราคาที่ออกเมื่อปี 1989 (the OECD Recommendations on Predatory Pricing of 1989) และกรณีอื่นๆ อีกมากมาย

โดยสรุปแล้ว การดำเนินการด้านนโยบายการแข่งขันของ OECD มีประเด็นหลักอยู่ที่การเน้นให้มีการประสานความร่วมมือกันในระดับทวิภาคี และสร้างกลไกความร่วมมือในระดับพหุภาคีเพื่อกำกับดูแลผลกระทบที่เกิดจากพฤติกรรมการแข่งขันข้ามพรมแดน โดยกระตุ้นให้บรรดาประเทศสมาชิกมีกฎเกณฑ์การแข่งขันภายในและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยบัญญัติจากคำแนะนำของ OECD ที่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวมาแล้ว ทำให้ประเทศสมาชิกมีความ

⁸³ P.J. Lloyd and Kerrin M. Vautier, Promoting Competition in global markets: A multi-national approach, p.131.

⁸⁴ International Contract Advisor, "Global Harmonization of National Antitrust/Competition Laws", p. 5.

⁸⁵ Ibid.

เข้าใจอันดีต่อกัน ขณะที่การเจรจาอบอุรุกวัย คณะกรรมการการค้าของ GATT เป็นผู้นำในการเจรจาในเรื่องตลาดที่สามารถแข่งขันได้ในระดับระหว่างประเทศ OECD เองก็ได้มุ่งประเด็นไปที่เรื่องมิติใหม่ของการเข้าสู่ตลาด กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า นโยบายการแข่งขันเป็นประเด็นสำคัญ และมีความเกี่ยวข้องกับการค้าอย่างแยกไม่ออก นอกจากนี้ก็ยังคงเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดขอบเขตเพื่อวิเคราะห์การแข่งขันในระบบตลาดรวม (global market) ได้

3.4.3 APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation)

ความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก หรือ APEC เป็นการพัฒนาและส่งเสริมระบบการค้าหลายฝ่าย สนับสนุนให้เกิดการขยายตัวทางเศรษฐกิจของภูมิภาคและของโลก โดยมีความพยายามที่จะลดอุปสรรคและอำนวยความสะดวกให้กับการค้าสินค้า การบริการ และการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกโดยให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ GATT⁸⁶ นโยบายการแข่งขันของ APEC จะสนับสนุนให้มีการประสานความร่วมมือระหว่างองค์กรผู้มีส่วนอำนาจของประเทศสมาชิก ในการรายงาน การแลกเปลี่ยนข้อมูล การปรึกษาหารือซึ่งกัน และกระตุ้นให้มีการพิจารณาถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขัน และนโยบายอื่นที่เกี่ยวกับการค้าและการลงทุน⁸⁷

APEC ได้วางแนวทางการเปิดเสรีและความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคที่น่าสนใจยิ่ง เพราะเป็นเวทีที่เกี่ยวกับการปรึกษาหารือ (Consultative Forum) ในประเด็นทางเศรษฐกิจ โดยยึดหลักฉันทามติ (consensus) ในการดำเนินการใดๆ โดยยอมรับความเสมอภาคของประเทศสมาชิกมากกว่าที่จะเป็นการตั้งกฎระเบียบให้ปฏิบัติตาม ความร่วมมือในนโยบายการแข่งขันจึงมีประโยชน์ในแง่ที่ว่าเกิดความเข้าใจอันดีต่อกันในกฎระเบียบการแข่งขันของบรรดาประเทศสมาชิก และเป็นแนวทางที่จะประสานความร่วมมือในเรื่องนโยบายการแข่งขันระดับโลกต่อไป

⁸⁶ กระทรวงพาณิชย์, “ความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก (Asia-Pacific Economic Cooperation: APEC), <http://www.dbe.moc.go.th/document/apec1.html>, p.1.

⁸⁷ P.J. Lloyd and Kerrin M. Vautier, Promoting Competition in global markets: A multi-national approach, p.133.

บทที่ 4

นโยบายการแข่งขันในองค์การการค้าโลก

4.1 ความจำเป็นที่ต้องมีนโยบายการแข่งขันใน WTO

กฎระเบียบของ WTO ที่มีอยู่ในขณะนี้ จะควบคุมเฉพาะนโยบายและมาตรการทางการค้าของรัฐบาลเท่านั้น แต่ไม่ได้ควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันภายในประเทศของภาคเอกชนด้วย จึงทำให้การเปิดเสรีที่พรมแดนโดยการลดมาตรการกีดกันทางการค้าต่างๆ ของรัฐบาล อาทิ การลดภาษีศุลกากร การลดการอุดหนุน ไม่เป็นการเปิดเสรีอย่างแท้จริง¹ เนื่องจากสินค้าหรือบริการจากต่างประเทศ แม้จะผ่านพรมแดนเข้ามาได้มากขึ้นเพราะภาษีศุลกากรลดลง แต่เมื่อเข้ามาแล้วต้องเผชิญกับอุปสรรคภายใน ก็ทำให้ไม่สามารถแข่งขันได้ เพราะพฤติกรรมกีดกันทางการค้าของผู้ประกอบภายในประเทศ² จึงมีแนวคิดว่าการมีนโยบายการแข่งขันที่เป็นกลางจะสามารถแก้ไขปัญหาการเข้าสู่ตลาดของประเทศสมาชิกได้ โดยอ้างเหตุความจำเป็นดังต่อไปนี้

(1) กฎเกณฑ์เรื่องการเข้าสู่ตลาดที่ปรากฏใน GATT มีเป้าหมายเพื่อการเปิดเสรีทางการค้าเท่านั้น มิใช่มาตรการเพื่อกำกับดูแลเฉพาะการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด³

¹ Andrea Giardina and Americo Beriglia Zampetti, "Setting Competition – Related Disputes: The Arbitration Alternative in the WTO Framework", *Journal of World Trade* 31 (December 1997) : 7.

² กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กองการค้าพหุภาคี, "นโยบายการแข่งขัน : เรื่องใหม่ในความสนใจของ WTO", <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/compe1.htm>.

³ Ernst – Uirich Petersmann, "International Competition Rules for Governments and for Private Business : The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-dumping Laws", *Journal of World Trade* 30 (June 1996) : 22.

(2) นโยบายการแข่งขันปรากฏอยู่ตามความตกลงต่างๆ ภายใต้กรอบของ WTO เช่น GATT GATS และ TRIPS ซึ่งต่างก็ระบุชัดเจนถึงเรื่องการทำให้เสื่อมสิทธิในผลประโยชน์ อุปสรรคของการเข้าสู่ตลาด และการระงับข้อพิพาท จึงมีแนวคิดที่น่าที่จะมีการรวมกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งจะส่งผลดีแก่การบังคับใช้มากกว่า⁴

(3) ในอดีต มีการสนับสนุน cartel อย่างแพร่หลาย โดยดำเนินการในรูปความตกลงระหว่างประเทศ อาทิ ในองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization) องค์การเดินเรือทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Organization) ภายใน OECD หรือ WIPO ก็ล้วนแล้วแต่เป็น cartel รูปแบบหนึ่งทั้งสิ้น การมีนโยบายการแข่งขันจะสามารถลดการก่อตัวของ cartel ได้

(4) นโยบายการแข่งขันยังปรากฏในกลไกทบทวนนโยบายการค้าของ WTO ด้วย จึงน่าที่จะปรับปรุงไปพร้อมๆ กัน เพื่อที่จะแก้ปัญหาเกี่ยวกับการค้าและการแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁵

(5) การเปิดเสรีทางการค้าและลดกฎระเบียบต่างๆ ลง ทำให้การเคลื่อนไหวของสินค้า บริการ บุคลากร เงินทุน และเทคโนโลยี เป็นไปอย่างเสรี รูปแบบของธุรกรรมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายสินค้า บริการ การถ่ายทอด Know-how หรือการลงทุนข้ามชาติ ก็อาจส่งผลเป็นการบิดเบือนการแข่งขันได้ โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติ (transnational enterprises) ที่มักก่อให้เกิดปัญหาการแข่งขันข้ามพรมแดนอยู่เสมอ จึงเกิดความคิดว่ากลยุทธ์ทางการตลาดต่างๆ ของภาคธุรกิจควรจะถูกรวบรวม เพื่อเป็นการรับรองมิให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันในตลาดขึ้น⁶

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p.22-23.

⁶ Ibid., p. 23.

(6) บทบัญญัติในเรื่องการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ของ WTO โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็น “non-violation complaint”^{*} มิได้วางแนวทางเกี่ยวกับบังคับใช้เกี่ยวกับนโยบายการแข่งขัน ให้อย่างเพียงพอ ประเทศต่างๆ จึงเกรงว่าการระงับข้อพิพาทของ WTO โดยกระบวนการเช่นว่านั้นจะ ผิดพลาด และมาตรฐานของการร้องทุกข์แบบ non-violation นั้นก็ค่อนข้างสูงพอสมควร นอกจากนี้ non-violation จะถูกนำมาใช้เฉพาะกรณีที่พฤติกรรมของภาครัฐนั้นนำไปสู่ผลอันเป็นการจำกัดการ แข่งขันภายในตลาดใดตลาดหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นการยกเว้นแก่ export cartels หรือ R&D cartels ซึ่งจะ ผลกระทบต่อตลาดอื่น จึงไม่อาจดำเนินคดีแบบ non-violation ได้ การที่สหรัฐฯ ไม่เลือกดำเนินคดี แบบ non-violation แก่หลายๆ คดีของตนกับคู่ค้า ก็อาจจะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า มาตรการดังกล่าว ไม่สามารถนำมาแก้ไขเยียวยาประเด็นพิพาททางการค้าระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ และ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีนโยบายการแข่งขันมาบังคับใช้

(7) ความแตกต่างของกฎหมายการแข่งขันในแต่ละประเทศ จะเป็นอุปสรรคต่อการ สร้างกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกันใน WTO การมีนโยบายการแข่งขันที่เป็นกลางจะเป็นการวางกรอบให้ ทุกประเทศมีแนวทางดำเนินการอย่างเดียวกัน⁷

* non-violation complaint คือคำฟ้องประเภทที่แม้ว่าจะไม่มีการละเมิดบทบัญญัติใดๆ ของข้อตกลงต่างๆ ใน WTO เลย แต่ผู้ฟ้องก็สูญเสียผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับ ปรากฏตาม Article XXIII.1 (b) Article XXIII.1 ซึ่งบัญญัติ ว่า “If any (Member) should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

- (a) the failure of another (member) to carry out its obligations under this Agreement, or
- (b) the application by another (member) of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or
- (c) the existence of any other situation, the contracting party may (resort to the dispute settlement mechanism).

⁷ Jeffrey J. Schott, “WTO 2000: Setting the Course for World Trade”, Institute for International Economics, Washington, D.C. September 1996, p.19.

- (7) การกำหนดข้อยกเว้นต่างๆ ในกฎหมายการแข่งขัน⁸ เช่น การรวมตัวเพื่อการค้านำเข้าและส่งออก (import and export cartel) ที่กำหนดโดยกฎหมายภายใน อาจจะเป็นการขีดขวางหรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งจะส่งผลเสียต่อสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) ในที่สุด นโยบายการแข่งขันจะช่วยการขจัดความโน้มเอียงของผู้ผลิตเหล่านี้ (producer bias) ได้
- (8) อุปสรรคที่เกิดจากการดำเนินนโยบายการค้าบางประการ เช่น การป้องกันการทุ่มตลาด⁹ ก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่กระทบต่อการแข่งขันในตลาด

4.2 บทบาทของ WTO ต่อนโยบายการแข่งขัน

4.2.1 WTO ในฐานะองค์กรกำกับดูแลด้านการแข่งขัน

การจัดตั้งองค์กรที่จะมากำกับดูแลนโยบายการแข่งขัน มีผู้เสนอทางเลือกว่าหากไม่จัดตั้งเป็นองค์กรอิสระที่กำกับดูแลนโยบายการแข่งขันระหว่างประเทศขึ้น ก็ควรที่จะให้การกำกับดูแลนั้นอยู่ภายใต้อำนาจของ WTO¹⁰ เพราะ WTO เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการค้าระหว่างประเทศอยู่แล้ว ควรที่จะดูแลเรื่องการแข่งขันควบคู่กันไป เพราะประเด็นทางการค้าและการแข่งขันนั้นเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงกันอย่างแยกไม่ออก การดำเนินการควบคู่กันไปจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ระบบการค้าเสรี*

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Jacquemin et al. (1998), cited in P.J.Lloyd and Kerrin M. Vautier, Promoting Competition in Global Markets: A Multi-national Approach (Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 1999), p.159.

* อดีตผู้อำนวยการ WTO นาย Ruggiero เคยกล่าวแสดงความเห็นในประเด็นดังกล่าวไว้ในปี 1995 ว่า “As successive rounds of trade negotiations have increasingly limited the scope for government measures that restrict or distort the conditions of international competition, attention inevitably is more focused on private sector measures which have a similar effect but are not subject to international rules.” และ “In fact, it is inevitably that the WTO will become increasingly involved with questions of competition policy, whether or not this matter is formally put on the agenda at Singapore. The question is whether the

หากมีการดำเนินนโยบายการแข่งขันควบคู่ไปกับนโยบายการค้าเสรีแล้ว หลายฝ่ายมีความเชื่อว่าผลกระทบจากการดำเนินนโยบายการค้าบางประการก็จะหมดไป เพราะนโยบายดังกล่าวทั้งสองจะเป็นส่วนเสริมซึ่งกันและกัน ขณะที่นโยบายการค้าเสรีทำให้เกิดการดำเนินธุรกิจข้ามพรมแดนเป็นไปได้ง่ายขึ้น นโยบายการแข่งขันก็จะช่วยลดอุปสรรคที่ขัดขวางการแข่งขันในตลาดได้อีกทาง จึงแทบไม่มีเหตุผลเลยที่ควรแยกการดำเนินนโยบายดังกล่าวออกจากกัน แต่ในทางปฏิบัติ ประเทศต่างๆ ก็ยังคงมีดำเนินการเช่นนั้นอยู่ และแม้ว่าการดำเนินนโยบายทั้งสองประเภทจะสามารถแยกจากกันได้ WTO ก็ยืนยันว่านโยบายการแข่งขันจะเป็นเครื่องมือที่ดีและเหมาะสมที่สุด ที่จะกำกับดูแลและขจัดปัญหาพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดต่อการแข่งขันที่บิดเบือนการค้าระหว่างประเทศได้

หลายแนวทางที่คาดว่าจะเป็นไปได้ ถูกเสนอขึ้นโดยผู้เชี่ยวชาญต่างๆ แนวทางหนึ่ง* เห็นว่าควรกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันไว้ใน Annex 4 ของความตกลง WTO โดยให้เป็นทางเลือกแก่บรรดาประเทศสมาชิกว่าจะรับรองหรือไม่รับรองประเด็นดังกล่าวนั้นหรือไม่ เพราะจะเป็นการเริ่มต้นในการกำหนดความตกลงว่าด้วยนโยบายการแข่งขัน (Competition Policy Agreement : CPA) ในอนาคตได้ โดยอาจเริ่มจากการรวมกลุ่มความตกลงขนาดเล็กๆ แล้วค่อยขยายความสัมพันธ์ไปสู่วงที่กว้างขึ้น¹¹ โดยอาจกำหนดแนวทางการดำเนินการไว้อย่างกว้างๆ และกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการไปสู่เป้าหมาย ตัวอย่างของแนวทางดังกล่าวนี้ได้แก่ ความตกลง TRIPS ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนาที่จะได้รับประโยชน์จากการมีระยะเวลาเตรียมตัว ก่อนที่จะรับพันธกรณีอันเป็นหน้าที่รับผิดชอบทั้งหมด แม้ว่าจะยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีในระยะเริ่มแรกก็ตาม แต่ก็ยังคงสถานะความเป็นสมาชิกและมีข้อผูกมัดที่จะต้องรับเอาพันธกรณีทั้งหมดในอนาคตด้วย¹²

WTO should only deal with competition policy-related issues in an *ad hoc* manner in the context of specific trade policy questions, or whether an overall examination of the links between trade and competition should be initiated with a view to developing a coherent mutually supportive.” ที่กล่าวไว้เมื่อปี 1996.

* โดย Professor Ernst-Ulrich Petersmann.

¹¹ Mitsuo Matsushita, “Competition Law and Policy in the context of the WTO System”, *DePaul Law Review* 44 (Summer 1995) : 1114.

¹² *Ibid.*, p.1115.

GATS เป็นอีกตัวอย่างหนึ่ง ที่สามารถใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติ CPA ได้ โดย GATS กำหนดให้มีแผนการทั่วไปเพื่อการเจรจาในอนาคตในเรื่องการเปิดเสรีของภาคบริการ โดยอาศัยหลักการประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favored nation) และหลักความโปร่งใส (transparency) GATS เปิดช่องไว้เพื่อการเจรจาในอนาคตแก่การเปิดเสรีในภาคบริการ ในทางปฏิบัติการค้าภาคบริการเป็นประเด็นที่ซับซ้อนและมีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก อีกทั้งผลประโยชน์ของรัฐก็จะเป็นไปในทางที่ตรงกันข้ามกัน แต่สิ่งสำคัญของการเจรจาก็อยู่ที่ความคาดหวังถึงความก้าวหน้าในอนาคตนั่นเอง¹³ กฎเกณฑ์ในเรื่องการแข่งขันอาจแตกต่างไปจากการค้าภาคบริการ แต่ในทางเทคนิคก็อาจเป็นแนวทางการวางนโยบายการแข่งขันได้เช่นเดียวกัน

การกำหนดนโยบายการแข่งขันให้อยู่ภายในกรอบของ WTO จะก่อให้เกิดประโยชน์ในแง่ที่ว่า ทำให้การดำเนินนโยบายอื่นๆ ภายใน WTO อาทิ TRIPS ความตกลงว่าด้วยมาตรการป้องกัน (Safeguard Agreement) ความตกลงว่าด้วยการต่อต้านการทุ่มตลาด (Antidumping Agreement) มีการประสานกันได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งจะง่ายแก่การกำกับดูแลของ WTO ทั้งนี้ กระบวนการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ใน Annex 2 ของ WTO ก็จะสามารถระงับข้อพิพาทจากการบังคับใช้กฎหมาย เช่น กรณีการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของบางประเทศได้¹⁴

ในอีกมุมหนึ่ง แม้มาตรา 23 ของ GATT* จะอนุญาตให้ฟ้องร้องแก่กรณีที่มีการดำเนินมาตรการของรัฐบาลใดๆ ทำให้เสื่อมสิทธิหรือเสียผลประโยชน์ ซึ่งกระทบต่อการเข้าสู่ตลาดที่เกิดการเจรจาภายใต้ GATT โดยอาจนำบทบัญญัตินี้มาประยุกต์ใช้แก่กรณีของพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ อย่างไรก็ดี บทบัญญัตินี้เป็นส่วนหนึ่งในการดำเนินนโยบายทางการค้า มิได้ระบุเฉพาะเจาะจงเพื่อใช้ในกรณีของการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด จึงไม่ใช่เครื่องมือที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะแก้ปัญหาการแข่งขัน WTO ในฐานะที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการค้าระหว่างประเทศ ที่ดำเนินการเพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ระบบการค้าโลก จากประสบการณ์การดำเนินงานที่ยาวนาน ทำให้ WTO พยายามที่จะสร้างกฎเกณฑ์ในเรื่องการแข่งขันที่เป็นกลาง โดยจัด

¹³ Ibid., p.1115.

¹⁴ Ibid.

* Article XXIII of GATT : Nullification and Impairment.

ทำ CPA ในระดับพหุภาคีภายใต้กรอบของ WTO ขึ้น เพื่อเป้าหมายสูงสุดของระบบการค้าโลกที่เสรีและเป็นธรรม

แต่อย่างไรก็ดี เป็นเรื่องยากหากจะกำหนดให้ WTO เป็นองค์กรผู้มีอำนาจกำกับดูแลนโยบายการแข่งขันในระบบพหุภาคี เนื่องจากเหตุผลประการแรก ขณะนี้ WTO ยังไม่มีกฎหมายที่แน่ชัดเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า มาตรา 23 ที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้ก็เป็นบทบัญญัติที่มุ่งตรงเพื่อประโยชน์ทางการค้ามากกว่า จึงดูเสมือนหนึ่งว่ากฎหมายการแข่งขันจะเป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น กฎเกณฑ์เรื่องการแข่งขันที่ปรากฏอยู่ในความตกลงต่างๆ ภายใต้กรอบของ WTO อาทิ GATT GATS และ TRIPS นั้น ก็ไม่ได้กำหนดเป็นพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกต้องมีกฎหมายการแข่งขันภายในแต่อย่างใด โดยเป็นเพียงแนวทางเพื่อประสานความร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศมากกว่า

เหตุผลประการที่สอง แม้ว่านโยบายการแข่งขันจะเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจและมีการพัฒนาขึ้นใช้อย่างรวดเร็วในเขตเศรษฐกิจต่างๆ แต่ถึงกระนั้น ประเทศสมาชิกโดยส่วนใหญ่ของ WTO ก็ยังไม่มีกฎหมายการแข่งขันภายในเป็นของตนเอง WTO จึงไม่สามารถที่จะทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจกำกับดูแลด้านการแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพหากว่าสถานการณ์ยังคงเป็นเช่นนี้อยู่

ประการต่อมา ถ้าให้ WTO ทำหน้าที่เป็นองค์กรในระดับพหุภาคีที่มีอำนาจกำกับดูแลด้านการแข่งขันแล้ว หมายความว่า WTO จะต้องมีหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนกรณีที่เป็นปัญหาการแข่งขันที่เกิดขึ้นในระบบตลาดรวมด้วย การทำหน้าที่ดังกล่าวอาจประสบปัญหา เนื่องจากต้องทำความเข้าใจกับพฤติกรรมในตลาดที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละระบบเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนมาก

ด้วยเหตุผลต่างๆ เหล่านี้ การให้อำนาจ WTO ทำหน้าที่กำกับดูแลและสืบสวนสอบสวนพฤติกรรมในส่วนภาคการค้าและภาคบริการทั้งหมด จึงเป็นเรื่องที่ยากจะประสบผลสำเร็จ ซึ่งในทางปฏิบัติ WTO ก็ไม่มีอำนาจพอที่จะกระทำการเช่นนั้นได้อยู่แล้ว เพราะ WTO ไม่มีการเยียวยาแก้ไขแก่กรณีที่เป็นปัญหาด้านการแข่งขัน จะมีก็แต่เพียงกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันการทุ่มตลาดและการช่วยเหลือหนุนที่กระทบต่อการค้าเท่านั้น อีกทั้งไม่มีบทลงโทษหรือมาตรการใดๆ แก่กรณีดังกล่าวเลย และแม้ว่า WTO จะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการค้าซึ่งเกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดด้วย แต่การเข้าสู่ตลาดก็ไม่ใช่ว่าเป้าหมายหลักของการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขัน การดำเนินการของ WTO ที่มีอยู่ใน

ขณะนี้ ล้วนเป็นเรื่องของการเปิดเสรีทางการค้าและการบริการ โดยอาศัยดำเนินนโยบายทางการค้า เพื่อขจัดอุปสรรคของการเปิดเสรีต่างๆ ลง หาก WTO จะต้องทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการแข่งขัน การดำเนินนโยบายทางการค้าบางอย่างก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างเลี่ยงไม่ได้ เช่นกรณีของ export cartel และ มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงมีผู้กล่าวว่า ควรที่จะแยกองค์กรที่จะทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการแข่งขันออกต่างหากจาก WTO เพื่อเป็นอิสระแก่การดำเนินนโยบายทางการค้าต่างๆ¹⁵ โดยแนวทางนี้ก็ได้รับความเห็นชอบจาก EU ด้วย

4.2.2 WTO ในฐานะองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน

ข้อเสนอต่างๆ ที่จะให้ WTO ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันในระดับพหุภาคีนั้น ถูกจำกัดด้วยกระบวนการระงับข้อพิพาท (dispute settlement procedures) ที่มีอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ กระบวนการตามมาตรา 23 ของ GATT ซึ่งใช้แก่กรณีที่มีการดำเนินมาตรการของรัฐทำให้เสื่อมสิทธิหรือเสียผลประโยชน์ต่อการเข้าสู่ตลาดหรือวัตถุประสงค์ของ GATT นั้น เป็นการจำกัดเฉพาะมาตรการทางการค้าของภาครัฐเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของระบบการกำกับดูแลพฤติกรรมของภาครัฐนั่นเอง

กระบวนการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้ามากที่สุด ได้แก่กระบวนการเรียกร้องที่เรียกว่า “non-violation” ซึ่งเป็นการเรียกร้องในกรณีที่ผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นของประเทศสมาชิก ถูกทำให้เสื่อมสิทธิหรือเสียผลประโยชน์ หรือขัดต่อวัตถุประสงค์ของ GATT โดยการดำเนินมาตรการใดๆ ของรัฐบาล แม้ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของ WTO ก็ตาม* อย่างไรก็ตาม การดำเนินการต่อพฤติกรรมการค้าในธุรกิจของภาคเอกชนก็มีข้อจำกัดอยู่มาก เพราะมักมีข้ออ้างว่ามิใช่การดำเนินการของภาครัฐ ดังนั้น พฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับภาครัฐก็จะอยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติดังกล่าว การเรียกร้องใดๆ จึงจำเป็นจะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงองค์ประกอบความผิดตาม

¹⁵ Scherer (1994), cited in P.J.Lloyd and Kerrin M. Vautier, Promoting Competition in Global Markets: A Multi-national Approach , p.163.

* WTO ตั้งข้อสังเกตว่า “There has been considerable discussion as to whether the failure of a Member to enforce its competition laws to prevent enterprise practices that are impeding market access to trading partners could be successfully challenged under provision.”

บทบัญญัติ และขจัดข้อกังขาใดๆ ให้ได้ ซึ่งหาก Panel พบว่าข้อกล่าวหาดังกล่าวเป็นการขัดต่อบทบัญญัติจริง ก็จะต้องดำเนินการให้คู่กรณีอีกฝ่ายมีการแก้ไขพฤติกรรมให้เหมาะสม อย่างไรก็ตาม Panel ก็อาจถูกจำกัดด้วยแนวทางการตัดสินที่มีอยู่ก่อนได้¹⁶ คดีที่เป็นตัวอย่างในเรื่องนี้ได้แก่ คดีพูจี-โกดัก (ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป) ที่มาตรการของภาครัฐก่อให้เกิดผลกระทบต่อการบริโภคในธุรกิจประเภทฟิล์มและกระดาษอัดรูป

อย่างไรก็ดี มีผู้คัดค้านว่า การที่จะให้ WTO ทำหน้าที่เป็นองค์กรระงับข้อพิพาทเรื่องการแข่งขันทางการค้านั้น ไม่เหมาะสมและไม่ใช่ว่าจำเป็น เพราะเหตุว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ นอกจากนี้ยังสนับสนุนว่าควรมีความตกลงในระดับพหุภาคีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันภายในของประเทศสมาชิกมากกว่า โดยให้ความสำคัญแก่การให้สิทธิในการดำเนินการแก่ธุรกิจต่างประเทศ ในความตกลงจะกำหนดมาตรฐานการบังคับใช้โดยองค์กรผู้มีอำนาจระดับประเทศ และมาตรฐานการดำเนินการใดๆ ขององค์กรไว้ด้วย โดยที่กระบวนการระงับข้อพิพาทนั้น ให้อยู่ภายใต้ WTO และกำหนดให้การเรียกร้องต้องเป็นลักษณะ “violation” มิใช่ “non-violation” เช่นในปัจจุบัน¹⁷

ส่วนแนวทางอื่นๆ เช่น ให้ WTO ทำหน้าที่เป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันระดับพหุภาคี โดยมีกระบวนการระงับข้อพิพาทเรื่องการแข่งขันทางการค้าแยกต่างหากจากกระบวนการระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน¹⁸

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁶ Becchetta, Horn and Mavroidis, 1997, cited in P.J.Lloyd and Kerrin M. Vautier, Promoting Competition in Global Markets: A Multi-national Approach , p.164.

¹⁷ Matto and Subramanian (1997), cited in Ibid., p. 165.

¹⁸ Ibid.

4.3 การดำเนินการนโยบายการแข่งขันภายใต้กรอบของ WTO

4.3.1 ร่างประมวลหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศ

(Draft International Anti-trust Code : DIAC)

มีข้อเสนอมากมายที่ถูกจัดทำขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการสร้างกฎเกณฑ์เรื่องนโยบายการแข่งขันใน WTO ข้อเสนอที่สำคัญซึ่งครอบคลุมประเด็นต่างๆ ไข่มากที่สุด ได้แก่ ร่างหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศ (Draft International Antitrust Code หรือ DIAC) ซึ่งเสนอโดยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขัน หรือ “The Munich Group”¹⁹ เมื่อปี 1993 ระหว่างการเจรจาอบอุรุกวัย²⁰

DIAC เสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศขึ้น เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการแข่งขันระหว่างประเทศ และแบ่งหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้หลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดระหว่างประเทศร่วมกับรัฐบาลของแต่ละประเทศด้วย²¹ โดยหลักดังกล่าวครอบคลุมถึงเรื่องข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal agreement) การควบและรวมกิจการ (mergers and acquisitions) และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายการแข่งขันกับนโยบายและประเพณีปฏิบัติทางอุตสาหกรรม²² แนวความคิดต่างๆ ใน DIAC มีความคล้ายกับในบทที่ 5 ของกฎบัตรฮาวา

¹⁹ Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) S-20, at 1628 (Spec. Aug. 19, 1993), cited in Mitsuo Matsushita, “Competition Law and Policy in the Context of the WTO System”, *Depoul Law Review* : p. 1110. โดยคณะดังกล่าว ประกอบด้วย J. Drexler, W. Fikentscher, E.M Fox, A. Fuchs, A. Heinemann, U. Immenga, H. P. Kunz-Hallstein, E-U. Petersmann, W. R. Schlueter, A. Shoda, S. J. Soltysinski and L.A. Sullivan ใน Ernst-Ulrich Petersmann, “International Competition Rules for Governments and for Private Business : The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-dumping Laws”, p.27.

²⁰ P.J.Lloyd and Kerrin M. Vautier, *Promoting Competition in Global Markets : A Multi-national Approach*, p.153.

²¹ Thomas J. Schoenbaum, *The International Trade Laws & The New Protectionism : The Need for a Synthesis with Antitrust*, 19 N.C.J. Int’L L. & Com. Reg. 393, 420-421 (1994), cited in Ibid, p.1111.

²² Report of Special Committee on International Antitrust, A.B.A. SEC. ANTITRUST L. (1991) ; Halverson, 534, cited in Ibid.

นา ซึ่งเป็นแม่แบบจําให้ Munich Group จัดทำ DIAC ขึ้นมานั่นเอง DIAC จึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความปรารถนาอย่างแรงกล้าที่จะสร้างความสอดคล้องในเรื่องนโยบายการแข่งขันภายในกรอบของ WTO ในช่วงสิบปีที่ผ่านมา

คณะผู้ร่างเชื่อว่า DIAC จะเป็นแม่แบบความตกลงที่จะกระตุ้นให้ทั่วโลกเห็นถึงความสำคัญของการมีนโยบายการแข่งขันภายในกรอบของ WTO DIAC เป็นข้อเสนอที่อยู่ในรูปของความตกลงที่มากฝ่าย (plurilateral) แม้ว่าในช่วงแรกจะถูกจำกัดด้วยเรื่องความเป็นสมาชิกภาพ แต่ DIAC ก็ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างนโยบายการแข่งขัน และกฎระเบียบของ WTO ในเรื่องการค้า การบริการ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การควบคุมตรวจสอบ กระบวนการระงับข้อพิพาท และการบังคับใช้ กลายเป็นประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาขึ้นมา

DIAC มีส่วนคล้ายกับ GATT เดิม คือ²³

(1) เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศขั้นต่ำ ที่มีหลักการพื้นฐาน 3 ประการ คือหลักความผิดในตัวเอง (per se prohibitions) หลักของเหตุและผล (rule of reason) กับการนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานต่างๆ (rebuttable presumptions) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการอันเป็นการจำกัดต่อการแข่งขันในแนวนอน หรือแนวตั้ง การควบคุมกิจการ และการใช้อำนาจเหนือตลาด

(2) เป็นการประสานความร่วมมือโดยกฎระเบียบระหว่างประเทศไปสู่กฎหมายภายใน และการบังคับใช้ขององค์กรผู้ใช้อำนาจด้านการแข่งขันและศาล

(3) ต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติ (national treatment) โดยบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันแก่คดีที่เกิดขึ้นทันทีและโดยปราศจากเงื่อนไข

²³ Ernst-Ulrich Petersmann, "International Competition Rules for Governments and for Private Business : The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-dumping Laws", p.27-28.

(4) จัดตั้งองค์กรอิสระคือ International Antitrust Authority หรือ IAA ขึ้นเพื่อ กำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน ซึ่งมีอำนาจที่สั่งการให้องค์กรผู้มีอำนาจด้านการแข่งขัน ของประเทศสมาชิกและศาลดำเนินการสืบสวนสอบสวนประเด็นที่เป็นปัญหา

(5) การระงับข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ ระหว่าง IAA กับประเทศสมาชิกซึ่งละเมิดพันธกรณี ภายใต้ DIAC เป็นไปตามกระบวนการระงับข้อ พิพาท ของ WTO

(6) DIAC ถูกรวมไว้ใน WTO ในลักษณะความตกลงทางการค้าที่มากฝ่าย (plurilateral trade agreement) ใน Annex 4 ของความตกลงจัดตั้ง WTO จึงเป็นการอำนวยความสะดวกแก่การขยายตัวจากสมาชิกเริ่มแรกที่จำกัดอยู่ไปสู่ประเทศสมาชิกอื่นๆ ใน WTO

ถึงแม้ว่า DIAC จะเป็น model Law ที่ดี แต่ก็ยังไม่พร้อมที่จะนำมาใช้ในสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งประเทศต่างๆ ก็ยังล้วนแต่หวงอำนาจอธิปไตยของตน อีกประการหนึ่ง นโยบายการแข่งขันทางการค้าก็เป็นประเด็นที่ sensitive มา การจะกำหนดแนวทางที่เป็นกลางใดๆ มาบังคับใช้ จึงจำเป็นต้องทำ การศึกษาอย่างละเอียดถี่ถ้วน DIAC นั้น เป็นเสมือนสูตรสำเร็จในการสร้างมาตรฐานขั้นต่ำแก่ กฎหมายการแข่งขันภายในของแต่ละประเทศสมาชิกในการนำมาประยุกต์ใช้ได้เป็นอย่างดีโดย ได้กำหนดพฤติกรรมอันเป็นปฏิบัติต่อการแข่งขันไว้ดังนี้ คือ²⁴

(1) ข้อตกลงในแนวนอน (horizontal agreement)

ข้อตกลงในแนวนอนนี้ให้รวมถึงข้อตกลงระหว่างผู้แข่งขันที่เป็นการกำหนดราคาสินค้า (price fixing) การแบ่งสรรตลาด (divide markets) หรือการกระทำอื่นใดในทำนองเดียวกันที่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อการแข่งขัน หรือทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันลดลง

²⁴ Mitsuo Matsushita, "Competition Law and Policy in the Context of the WTO System", p.1112-1114.

อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อตกลงในแนวนอนจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันก็ตาม แต่ก็อาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือประโยชน์ได้เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น ข้อตกลงร่วมกันในการวิจัยและพัฒนา (research and development : R&D) การร่วมกันในกระบวนการผลิตของวิสาหกิจขนาดเล็กเพื่อความสามารถในการแข่งขันที่เพิ่มขึ้น หรือการร่วมกันดำเนินการเพื่อจัดการกับขยะอันเกิดจากอุตสาหกรรม ซึ่งข้อตกลงเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการรวมตัวกันเพื่อผลประโยชน์ที่ดีขึ้นทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม ภายใต้กฎเกณฑ์การแข่งขันระหว่างประเทศ จึงกำหนดให้ข้อตกลงเหล่านี้อยู่บนหลักของเหตุและผล (the rule of reason) อันสมควรให้ยกเว้นไม่เป็นความผิดได้

(2) การยกเว้นแก่ cartel

cartel เป็นการรวมตัวกันที่มีหลายระดับความรุนแรง การกำหนดข้อยกเว้นแก่การรวมตัวเพื่อการส่งออก (export cartel) cartel ในธุรกิจขนาดเล็ก หรือลักษณะอื่นๆ ที่ให้กระทำได้นั้น DIAC กำหนดให้มีการพิจารณาบทวนการกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าว โดยให้คำนึงถึงความจำเป็นเป็นสำคัญ ซึ่งก็ได้รับความเห็นชอบจากประเทศสมาชิกเป็นอย่างดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของ crisis cartel

(3) ข้อตกลงในแนวตั้ง (vertical agreement)

ข้อตกลงในแนวตั้งทุกรูปแบบให้อยู่ภายใต้หลักแห่งเหตุและผล เว้นแต่กรณีการกำหนดราคาขายปลีก เพราะข้อตกลงบางอย่างอาจเป็นผลในทางบวกต่อการแข่งขันก็ได้ อย่างไรก็ดี การกำหนดประเด็นดังกล่าวในกฎหมายการแข่งขันในลักษณะที่กว้างเช่นนี้แทบจะไม่สามารถเป็นไปได้เลย

(4) การควบและรวมกิจการ (merger and acquisition)

เป็นประเด็นที่สำคัญและมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่จะต้องสร้างกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นรูปแบบเดียวกันขึ้นมา โดยควรได้รับการสนับสนุนและเห็นพ้องในหลักเกณฑ์ดังกล่าวจากบรรดาประเทศสมาชิกด้วย เพราะการดำเนินการควบและรวมกิจการในแต่ละประเทศสมาชิกรุนั้น จะมีความสัมพันธ์อย่างมากต่อโครงสร้างทางอุตสาหกรรมของแต่ละประเทศ และต่อนโยบายทางอุตสาหกรรม

ภายในของแต่ละประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม สร้างรูปแบบการดำเนินการอย่างเดียวกันโดยออก guideline ในเรื่องดังกล่าวขึ้น

(5) predatory pricing

ควรกำหนดให้มีราคาขายขั้นต่ำไว้เป็นมาตรฐานไว้

การดำเนินงานของ DIAC มิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะกำหนดให้เป็นหลักเกณฑ์ครอบคลุมในทุกประเด็น เป็นเพียงแนวทางเพื่อสร้างหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเรื่องการแข่งขันขึ้นมาเท่านั้น DIAC จึงเป็นเพียงแผนงานหนึ่งที่ยังไม่แล้วเสร็จสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ดี หลายฝ่ายก็คาดว่าจะบรรลุผลสำเร็จในอีกไม่ช้า

4.3.2 ความเคลื่อนไหวประการอื่น

(1) บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแข่งขันในความตกลงภายใต้ WTO

ในการเจรจาหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย มีความพยายามที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ด้านการแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะไว้ในความตกลงภายใต้กรอบของ WTO อย่างไรก็ตาม ความพยายามดังกล่าวประสบความสำเร็จแต่เพียงการสอดแทรกบทบัญญัติเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าบางข้อไว้ในความตกลงบางฉบับเท่านั้น²⁵ ซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะคล้ายกับ GATT CONTRACTING PARTIES Decision ในปี 1960 กล่าวคือ รับทราบว่า การดำเนินธุรกิจใบบางลักษณะอาจมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งประเทศสมาชิก WTO ควรทำการปรึกษาหารือกันเพื่อแก้ไขปัญหา หรือเพื่อพิจารณาว่าสมควรหรือยัง ที่จะต้องมีกฎเกณฑ์ในด้านการแข่งขันทางการค้าโดยละเอียด อย่างไรก็ตาม สำหรับสิ่งที่แตกต่างไปจาก GATT

²⁵ ธเนศ สุจารีกุล, เอกสารประกอบการสัมมนา การกีดกันทางการค้าที่มีใช้ภายใต้การส่งออกของไทยและบทบาทของกระทรวงอุตสาหกรรม : นโยบายการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy), หน้า 15.

CONTRACTING PARTIE'S Decision ก็คือ มีการระบุกฎเกณฑ์ในด้านการแข่งขันทางการค้าไว้ในความตกลงต่างๆ แทนที่จะเป็นข้อมติของประเทศสมาชิก²⁶

ตัวอย่างความตกลงที่มีการสอดแทรกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเอาไว้

- GATS พันธกรณีที่สำคัญที่ภาคีทุกประเทศจะต้องปฏิบัติในครั้งก็คือ การเปิดตลาดการค้าบริการในสาขาและกิจกรรมที่แต่ละประเทศเห็นว่า สามารถเปิดให้ต่างประเทศเข้ามาทำการค้าได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ ประเทศภาคีจะเสนอให้เปิดตลาดการค้าบริการในรูปแบบของการยื่นตารางข้อผูกพันระบุชัดเจนว่า จะเปิดตลาดการค้าบริการสาขาใด กิจกรรมใด และเปิดในรูปแบบใดบ้าง โดยข้อผูกพันคือ เมื่อเปิดแล้วจะออกกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขใหม่ที่อาจมีผลเป็นการปิดตลาดไม่ได้ และการเปิดก็ต้องเปิดแก่ทุกประเทศโดยไม่เลือกปฏิบัติ โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแข่งขันปรากฏอยู่ในมาตรา 8 และ มาตรา 9 ซึ่งวางหลักว่า ประเทศภาคีจะต้องให้หลักประกันว่า จะไม่มีการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบซึ่งไม่สอดคล้องกับหลัก MFN และต้องร่วมปรึกษาหารือในการกำกับดูแล และบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการแข่งขันใดๆ นอกจากนี้ ยังต้องช่วยเหลือกันในด้านข้อมูลด้วย²⁷

- TRIPS เป็นพันธกรณีที่กำหนดขอบเขต และมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญทุกประเภท โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันทางการค้าปรากฏอยู่ในมาตรา 39 ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการป้องกันสิทธิอันอาจกระทบต่อการแข่งขัน²⁸ และมาตรา 40 เกี่ยวกับการควบคุมการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยบัญญัติให้ประเทศภาคีเข้าร่วมปรึกษาหารือกัน หากมีกรณี เชื่อได้ว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิในบางกรณี หรือข้อกำหนด

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ P.J. Lloyd and Kerrin M. Vautier, *Promoting Competition in Global Markets : A Multi-national Approach*, p.157-158.

²⁸ *Ibid.*, p.158.

เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้น เป็นการจำกัดการแข่งขันอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการค้าและอาจขัดขวางต่อการถ่ายทอดและเผยแพร่เทคโนโลยีได้

- TRIMS เป็นพันธกรณีที่ทุกประเทศจะต้องยกเลิกมาตรการลงทุน ที่มีผลเท่ากับเป็นการกีดกันการนำเข้า เป็นการอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนข้ามชาติ เพื่อให้เศรษฐกิจของประเทศคู่ค้ามีการขยายตัว เท่ากับว่าเป็นการสนับสนุนให้เกิดการเปิดเสรีทางการค้านั่นเอง บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแข่งขันถูกสอดแทรกอยู่ในมาตรา 9 ที่ให้มีการทบทวนความตกลงภายใน 5 ปี โดยในการทบทวนให้คณะมนตรีด้านการค้า (Council for Trade in Goods) เป็นผู้พิจารณาว่ามีการดำเนินการตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องนโยบายการลงทุนและนโยบายการแข่งขันทางการค้าแล้ว²⁹

(2) คณะทำงานว่าด้วยปฏิสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน

(Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy)

(2.1) การประชุมระดับรัฐมนตรีครั้งแรกของ WTO

ในการประชุมระดับรัฐมนตรีครั้งแรกของ WTO ที่สิงคโปร์ เมื่อเดือนธันวาคม 1996 มีมติให้จัดตั้งคณะทำงานว่าด้วยปฏิสัมพันธ์ทางการค้าและนโยบายการแข่งขัน (Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy) เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน ซึ่งจากการหารือของคณะทำงานฯ ในช่วงปี 1996-1999 คณะทำงานฯ มีความเห็นร่วมกันว่า การส่งเสริมการแข่งขันเสรีจะช่วยให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ผลิตจะเกิดแรงจูงใจในการลงทุน คิดค้นวิจัย และพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ สามารถเลือกใช้สินค้า หรือบริการที่คุณภาพดีในราคาที่เหมาะสม และยังเป็นการพัฒนาความสามารถในการแข่งขันของผู้ผลิตในประเทศให้สามารถแข่งขันในระดับชาติได้ ในระยะยาวจะทำให้เกิดการเพิ่มกระจายรายได้ และพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศในที่สุด โดยได้จัดทำเป็นแผนการศึกษาเรื่องนโยบายการแข่งขันขึ้น ดังนี้

²⁹ Ibid., p.158-159.

(2.1.1) แผนการศึกษาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน³⁰

- (1) ศึกษาเรื่องความสัมพันธ์ของวัตถุประสงค์ หลักการ แนวคิด ขอบเขต และกลไกระหว่างการค้ากับนโยบายการแข่งขันโดยรวบรวมจากกฎหมาย นโยบาย และมาตรการที่ประเทศต่างๆ ใช้อยู่ในขณะนี้
- (2) ศึกษาถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขันในเรื่องต่างๆ เช่น
 - ผลกระทบของการปฏิบัติที่เป็นการจำกัดทางการค้าของภาคเอกชนต่อการค้าระหว่างประเทศ
 - ผลกระทบของนโยบายการผูกขาดของรัฐ การผูกขาดสิทธิต่างๆ และการออกกฎระเบียบต่างๆ ของรัฐที่มีต่อการแข่งขันและการค้าระหว่างประเทศ
 - ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าและนโยบายการแข่งขัน
 - ความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการลงทุนและการแข่งขัน
 - ผลของนโยบายการค้าที่มีต่อการแข่งขัน
- (3) รวบรวมวิเคราะห์หลักเกณฑ์ มาตรฐาน และกิจกรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการค้าและนโยบายการแข่งขันที่มีอยู่ในขณะนี้ รวมไปถึงประสบการณ์ในการใช้บทบัญญัติของ WTO ในปัจจุบัน และที่ปรากฏในความตกลงระดับทวิภาคี ภูมิภาค และพหุภาคี
- (4) พิจารณาประเด็นต่างๆ ที่อาจสามารถหารือกันต่อไปภายใต้กรอบของ WTO ทั้งนี้ในทุกประเด็นควรแทรกเรื่องการพัฒนา และให้ความสนใจกับประเทศพัฒนาน้อยที่สุดด้วย

³⁰ World Trade Organization, "Report (1998) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council", WT/WGTCP/2 8 December 1998 (98-4914), <http://www.wto.org>.

อย่างไรก็ดีประเทศสมาชิกก็ยังมีความเห็นต่างกันในบางประเด็น

(2.1.2) แนวคิดของประเทศต่าง ๆ³¹

แนวคิดของสหภาพยุโรป แคนาดา เกาหลี และญี่ปุ่น

ประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งมีกฎหมายการแข่งขันบังคับใช้ในประเทศมานาน เช่น สหภาพยุโรป แคนาดา เกาหลี และญี่ปุ่น เห็นว่า การแข่งขันเสรีจะเกิดขึ้นได้หากทุกประเทศมีกฎหมายการแข่งขันใช้บังคับ จึงพยายามผลักดันให้รวมเรื่องนโยบายการแข่งขันไว้ในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบใหม่ โดยมีเป้าหมายที่จะให้ทุกประเทศมีกฎหมายการแข่งขันที่ผนวกหลักการพื้นฐานของ WTO เรื่องการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติ การไม่เลือกปฏิบัติ และความโปร่งใส เป็นต้น ไว้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อขยายการเข้าสู่ตลาดและลดเลิกการกีดกันทางการค้า นอกจากนี้ในเบื้องต้น ทั้ง 4 ประเทศ ยังมีเป้าหมายที่จะจัดทำความตกลงพหุภาคีเรื่องการแข่งขันเพื่อแก้ไขปัญหา hard-core cartel และพฤติกรรมจกััดการแข่งขันที่มีผลต่อการค้าระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม เมื่อเดือนมกราคม 2001 สหภาพยุโรปได้ปรับเปลี่ยนท่าทีโดยจะผลักดันให้มีการจัดทำความตกลงหลายฝ่าย (Plurilateral Agreement) แทน ทั้งนี้ ในขั้นนี้ยังไม่มีรายละเอียดว่า ความตกลงหลายฝ่ายในเรื่องการแข่งขันจะมีลักษณะที่เปิดโอกาสให้ประเทศที่สมัครใจเป็นสมาชิกให้สิทธิพิเศษระหว่างกันและขยายถึงประเทศสมาชิก WTO อื่นๆ ด้วย หรือจะเป็นในลักษณะความตกลงหลายฝ่าย ที่เกิดขึ้นก่อนการเจรจารอบอุรุกวัยที่ให้สิทธิพิเศษเฉพาะในหมู่สมาชิกเท่านั้น โดยขยายให้แก่สมาชิก WTO อื่นๆ เช่น ความตกลงว่าด้วยความโปร่งใสในการจัดซื้อโดยรัฐ และความตกลงว่าด้วยการค้าอากาศยานพลเรือน

³¹ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กองการค้าพหุภาคี, “นโยบายการแข่งขัน”,

<http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/n-competti.htm>, มกราคม 2544.

ส่วนญี่ปุ่นยังคงทำที่เดิม คือสนับสนุนการจัดทำความตกลงพหุภาคีแต่ปรับให้อ่อนลง ตามการปรับเปลี่ยนท่าทีของสหภาพยุโรป โดยญี่ปุ่นเสนอให้ความตกลงพหุภาคีในเรื่องการแข่งขัน ควรจะมีส่วนประกอบ ดังนี้

- หลักการสำคัญต่างๆ เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักความโปร่งใส หลักการความยืดหยุ่น และการห้ามการจัดตั้ง hard core cartel
- ความร่วมมือระหว่างประเทศในรูปของการแลกเปลี่ยนข้อมูล
- capacity building ในรูปของการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิค
- dispute settlement โดยจะไม่ใช้กลไกการยุติข้อพิพาทของ WTO แต่จะตัดสินเป็นกรณีๆ ไป

แนวคิดของสหรัฐอเมริกา

แม้สหรัฐอเมริกาจะต้องการให้ประเทศสมาชิก WTO มีการกำกับดูแลพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ เพื่อให้สามารถเข้าสู่ตลาดต่างชาติได้มากขึ้นเช่นเดียวกับประเทศพัฒนาแล้วอื่นๆ แต่ก็ยังไม่ต้องการรวมเรื่องนโยบายการแข่งขันไว้ในการเจรจาอบใหม่เนื่องจากเกรงว่าจะต้องแก้ไขกฎหมายการแข่งขันของตน รวมทั้งจะต้องยกเลิกมาตรการบางประเภทที่ WTO อนุญาตให้ใช้ได้ เช่น มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาด มาตรการปกป้อง และมาตรการตอบโต้การอุดหนุน เป็นต้น ทั้งนี้สหรัฐฯ เห็นว่าแทนที่จะใช้เรื่องนโยบายการแข่งขันผลักดันให้ประเทศอื่นเปิดตลาด ก็อาจใช้ช่องทางอื่นที่จะเข้าสู่ตลาดต่างประเทศแทน เช่น การเจรจาเรื่องการลงทุน การจัดซื้อโดยรัฐ เป็นต้น

แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ เช่น อินเดีย อาเซียน และกลุ่มประเทศแอฟริกา ซึ่งยังไม่มีกฎหมายการแข่งขันใช้บังคับ พยายามชะลอการเปิดเจรจาเรื่องนี้ โดยเห็นว่าคณะทำงานฯ ควรศึกษาเรื่องนี้ให้ละเอียดต่อไป โดยเฉพาะประโยชน์ที่ประเทศกำลังพัฒนาจะได้รับจากการดำเนินนโยบายการแข่งขันเสรี โดยมีเหตุผลว่าอุปสรรคสำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถแข่งขันได้อย่างเสรีไม่ใช่เพราะขาดการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน แต่เป็นเพราะมีการนำมาตรการทางการค้าในบท

บัญญัติของ WTO มาใช้เพื่อปกป้องผู้ผลิตมากขึ้น เช่นมาตรการป้องกัน มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาด และมาตรการตอบโต้การอุดหนุน เป็นต้น การลดเลิกอุปสรรคเหล่านี้จะทำให้การแข่งขันเสรีมากขึ้น นอกจากนั้น กลไกที่รัฐใช้เพื่อสนับสนุนการแข่งขันก็มีหลายวิธี ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายการแข่งขันขึ้นใช้บังคับเสมอไป การกำหนดนโยบายของรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงความพร้อมและระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศเป็นสำคัญ

จากการประชุมระดับรัฐมนตรีครั้งแรกที่ทำให้มีการจัดตั้งคณะทำงานฯ ขึ้น คณะทำงานฯ ก็ได้กำหนดเป้าหมายว่าจะต้องดำเนินการศึกษาให้เสร็จสิ้นทันการเสนอผลต่อที่ประชุมฯ ในคราวถัดไปแต่อย่างไรก็ดี การประชุมระดับรัฐมนตรี ก็ไม่มีความคืบหน้าในเรื่องนโยบายการแข่งขันเท่าใดนัก

(2.2) การประชุมระดับรัฐมนตรีของ WTO ครั้งที่ 2 *

คณะทำงานฯ เห็นว่าควรต่ออายุการทำงานของคณะทำงานฯ ออกไปอีกโดยการทำงานของคณะทำงานในปี 1999 เห็นควรเน้นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขันและหลักการของ WTO แนวทางที่นโยบายการแข่งขันจะส่งเสริมวัตถุประสงค์ของ WTO การส่งเสริมความร่วมมือระหว่างสมาชิกในเรื่องนโยบายการแข่งขัน และการนำนโยบายการแข่งขันมาช่วยส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้ การดำเนินการต่อไปของคณะทำงานฯ จะขึ้นกับการตัดสินใจของคณะมนตรีทั่วไปเป็นสำคัญ³² ส่วนประเด็นที่ได้พิจารณาไปแล้ว ได้แก่³³

- ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน
- ผลกระทบของการปฏิบัติที่เป็นการจำกัดทางการค้าของภาคเอกชนต่อการค้าระหว่างประเทศ

* จัดขึ้น ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ระหว่างวันที่ 18-20 พฤษภาคม 2541.

³² นโยบายการแข่งขัน, <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/govern.htm>.

³³ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี, “นโยบายการแข่งขัน”, มปท. พฤษภาคม 2542,

- ผลกระทบของนโยบายการผูกขาดของรัฐ การผูกขาดสิทธิต่างๆ และการออกกฎระเบียบต่างๆ ของรัฐที่มีต่อการแข่งขันและการค้าระหว่างประเทศ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(1) นโยบายการค้าและนโยบายการแข่งขันมีแนวคิด หลักการ และวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกันคือ เพื่อการผลิต และการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ยังคงแตกต่างกันในวิธีดำเนินการ เพราะนโยบายการแข่งขันจะเน้นการกำกับดูแลพฤติกรรมการแข่งขันของผู้ประกอบการ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค ในขณะที่นโยบายการค้าจะให้ความสำคัญกับมาตรการที่พรมแดน และเน้นการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ผลิตมากกว่า

(2) คณะทำงานมีความเห็นต่างกันในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการค้ากับนโยบายการแข่งขันต่อการพัฒนาและความเจริญทางเศรษฐกิจ โดยบางประเทศเห็นว่า การพัฒนาจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อประเทศดำเนินนโยบายการค้าและการแข่งขันเสรี ขณะที่บางประเทศกังวลว่านโยบายการแข่งขันเสรีอาจไม่ใช้กลไกที่จะใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และการดำเนินนโยบายการแข่งขันให้มีประสิทธิภาพนั้นจำเป็นต้องมีกฎหมายการแข่งขันเพื่อสร้างโปร่งใสและให้ความมั่นใจแก่นักลงทุน ขณะที่บางประเทศเห็นว่า กลไกที่รัฐใช้ในการสนับสนุนการแข่งขันนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องออกเป็นกฎหมายเสมอไป

(3) คณะทำงานฯ พบว่าการผูกขาดของรัฐในหลายประเทศ มักพบในกิจการที่มีขนาดใหญ่และการลงทุนสูง และเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ซึ่งการดำเนินนโยบายเช่นนี้จะทำให้การค้าและการแข่งขันบิดเบือน กิจการดำเนินไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเป็นภาระแก่รัฐบาลและผู้บริโภค

(4) กฎหมายการแข่งขัน และกฎหมายคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา มีหลักการเบื้องต้นที่สอดคล้องกัน แต่การดำเนินนโยบายทั้งสองควบคู่กันไปจะต้องทำด้วยความระมัดระวัง เพราะหากให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามากเกินไป ก็อาจสนับสนุนให้เกิดการรวมกลุ่มหรือผูกขาดการใช้ทรัพย์สินนั้น หรือหากน้อยไปก็อาจเป็นการไม่ยุติธรรมต่อผู้เป็นเจ้าของสิทธิ ส่งผลให้ขาดแรงบันดาลใจในการที่จะค้นคิดหรือประดิษฐ์สิ่งใหม่ๆ

(5) นโยบายการลงทุนและนโยบายการแข่งขันมีหลักที่เกื้อกูลกัน โดยประเทศกำลังพัฒนามีความกังวลว่า การที่จะให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรีนั้น อาจทำให้เกิดการผูกขาดได้ง่าย เพราะส่วนใหญ่นักลงทุนที่เข้ามามักมีอำนาจทางการค้าและเทคโนโลยีที่สูง ขณะที่ประเทศเจ้าบ้านเองมีไม่เท่า แต่อย่างไรก็ดี มีความเห็นว่าปัญหานี้ย่อมจะไม่เกิดขึ้น หากประเทศเจ้าบ้านนั้นมีนโยบายการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ

(6) มาตรการทางการค้าในบทบัญญัติของ WTO มีผลกระทบต่อการแข่งขันทั้งในด้านบวกและลบ ด้านบวก เช่น การลดภาษี การลด เลิกมาตรการที่มีใช้ภาษี เป็นต้น ในด้านลบ เช่น การใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาด

(7) การทุ่มตลาด เป็นตัวอย่างการดำเนินการค้าที่เห็นได้ชัดว่ามีการมองต่างมุมระหว่างหลักการค้าที่เป็นธรรมและหลักการแข่งขันเสรี โดยบางประเทศเห็นว่าการใช้มาตรการต่อต้านการทุ่มตลาดเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อต่อต้านการค้าที่ไม่เป็นธรรม ในขณะที่บางประเทศเห็นว่าการใช้มาตรการดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อการค้าเสรีและหากนำมาใช้มาก ๆ (ซึ่งมีแนวโน้มว่าจะใช้กันมากขึ้น) ก็จะเป็นการปกป้องผู้ผลิตภายในมากเกินไป

(2.3) การประชุมระดับรัฐมนตรีที่ซีแอตเติล

การประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก ครั้งที่ 3 ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ 30 พฤศจิกายน-3 ธันวาคม 1999 ณ นครซีแอตเติล ประเทศสหรัฐอเมริกา ล้มเหลว ไม่สามารถหาข้อสรุปเพื่อเปิดการเจรจาฉบับใหม่ได้ หลายประเทศเห็นว่า การที่สหภาพยุโรปและญี่ปุ่นพยายามยืนยันให้รวมเรื่องนโยบายการแข่งขันและการลงทุนไว้ในการเจรจาฉบับใหม่ เพราะต้องการใช้เรื่องนี้เป็นข้อต่อรอง และถ่วงเวลาการเจรจาเปิดเสรีการค้าสินค้าเกษตร³⁴

³⁴

กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์

สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี,

“นโยบายการแข่งขัน”,

<http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/n-competti.html>.

(2.4) สถานะปัจจุบัน

- คณะทำงานว่าด้วยปฏิสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขันได้จัดประชุมไปแล้ว 3 ครั้ง และได้รายงานผลการดำเนินงานต่อที่ประชุมคณะมนตรีทั่วไปให้พิจารณาเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2543 โดยการประชุมเน้นหารือเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายการแข่งขันและหลักการสำคัญของ WTO กล่าวคือ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการความโปร่งใส และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง แนวทางการส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งความร่วมมือทางเทคนิคในเรื่องนโยบายการแข่งขัน แนวทางที่นโยบายการแข่งขันจะส่งเสริมวัตถุประสงค์ของ WTO และประเด็นอื่นๆ ที่ประเทศสมาชิกหยิบยกขึ้นมา ซึ่งเกี่ยวข้องกับการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขัน ในระหว่างการพิจารณา หลายประเทศยังคงตั้งคำถามเกี่ยวกับความเป็นไปได้ และการบังคับใช้ความตกลงพหุภาคีว่าด้วยนโยบายการแข่งขันระหว่างประเทศ รวมทั้งการกำหนดให้มีกลไกด้านความโปร่งใส นอกจากนี้ ยังมีความกังวลว่า ประมาณครึ่งหนึ่งของประเทศสมาชิก WTO ยังไม่มีกฎหมายการแข่งขันใช้เลย

- สมาชิก WTO ยังไม่มีข้อยุติจากการศึกษา ว่าควรมีการจัดทำความตกลงพหุภาคีในเรื่องนโยบายการแข่งขันหรือไม่ ทั้งนี้บางประเทศแสดงความกังวลว่า กรอบพหุภาคีอาจส่งผลในทางลบ ทำให้ความสามารถในการดำเนินนโยบายอุตสาหกรรมเพื่อการพัฒนาประเทศ ของประเทศกำลังพัฒนาต่ำลง หรือจำกัดทางเลือกในการดำเนินนโยบายด้านการพัฒนา โดยบางองค์ประกอบสำคัญของกรอบพหุภาคีฯ เช่น การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอาจทำให้ความยืดหยุ่นในเรื่องนี้ลดลง ซึ่งประเทศกำลังพัฒนามีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องคงไว้ซึ่งความสามารถในการเลือกใช้นโยบายด้านการพัฒนา รวมทั้งการใช้มาตรการจูงใจด้านการเงินเพื่อการวิจัยและพัฒนา นอกจากนี้ กรอบพหุภาคีฯอาจส่งผลกระทบในทางลบต่อสวัสดิการเศรษฐกิจและสังคม โดยเฉพาะนโยบายการแข่งขันที่สมบูรณ์แบบ จะทำให้มีผู้ที่ได้รับผลประโยชน์มากกว่าผู้อื่น ดังนั้น นโยบายที่ตั้งบนพื้นฐานการแข่งขันอย่างสมบูรณ์แบบ จะทำให้เกิดการโดดเดี่ยวบางกลุ่มประเทศอย่างรวดเร็ว มากกว่านั้น บางประเทศแสดงความกังวลว่า ผู้ที่สนับสนุนกรอบพหุภาคีฯ ดูเหมือนต้องการเสนอให้มีการโอนถ่ายระบบกฎหมายทั้งระบบของประเทศพัฒนาแล้วมายังประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งไม่ได้มีโครงสร้างสถาบัน หรือสำนักทางวัฒนธรรมที่จะรับเอากฎหมายดังกล่าวไปใช้

- สำหรับการศึกษาค่าควรมีการจัดทำกรอบความร่วมมือพหุภาคีในเรื่องนโยบายการแข่งขันหรือไม่ บางประเทศแสดงความเห็นว่า หากมีการจัดทำกรอบความร่วมมือพหุภาคี อาจจะช่วยให้การดำเนินนโยบายการแข่งขันของชาติสมาชิกมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเน้นการให้ความช่วยเหลือทางเทคนิคและการเสริมสร้างศักยภาพ (capacity building) รวมทั้งช่วยในเรื่องของความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่มีอำนาจรับผิดชอบด้านนโยบายการแข่งขัน โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการแข่งขันในประเทศกำลังพัฒนาจะได้ผลประโยชน์อย่างมากจากการเข้าร่วมในเวทีพหุภาคี ซึ่งจะมีการหารือเกี่ยวกับประสบการณ์การใช้กฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน นอกจากนี้ จะช่วยให้สำนักงาน (competition agency) ในแต่ละประเทศสมาชิกสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูล และร่วมมือกันเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งในเรื่องขอบเขตอำนาจศาล

ดังนั้น ตราบที่ประเทศสมาชิก WTO ยังไม่มีฉันทามติว่าควรมีการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบใหม่หรือไม่ และจะรวมเรื่องใดบ้างในการเจรจารอบใหม่ ก็คาดว่าคณะทำงานว่าด้วยปฏิสัมพันธ์ระหว่างการค้าและนโยบายการแข่งขันใน WTO ก็คงยังมีบทบาทเป็นเพียงเวทีการหารือเพื่อแลกเปลี่ยนความเห็นระหว่างสมาชิก WTO เรื่องนโยบายการแข่งขันต่อไป

(2.5) แนวทางการดำเนินการต่อไป

ข้อเสนอใหม่ของสหภาพยุโรปที่จะให้การจัดทำความตกลงหลายฝ่ายเรื่องนโยบายการแข่งขันนั้น จะเปิดโอกาสให้ประเทศที่มีความพร้อม และสมัครใจได้จัดทำความตกลงร่วมกัน ในขณะเดียวกัน ก็ลดความกดดันแก่ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายการแข่งขัน และยังไม่มีความพร้อมในการเข้าร่วมการเจรจา รวมทั้งให้โอกาสแก่ประเทศที่ยังไม่พร้อมได้ศึกษา ปรับตัว ปรับปรุงกฎหมายระเบียบต่างๆ ให้สอดคล้อง และติดตามผลที่เกิดขึ้นจากการทำความตกลงหลายฝ่ายมาใช้เป็นบทเรียนในการดำเนินนโยบายของตน ทั้งนี้ อาจส่งผลในทางลบ เพราะทำให้เกิดช่องว่างของผลประโยชน์และความแตกต่างในนโยบายระหว่างประเทศที่เป็นสมาชิกกับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของความตกลง รวมทั้งอาจเกิดปัญหาในระบบการระงับข้อพิพาททางการค้า และโดยที่สถานการณ์การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบันเป็นยุคของธุรกิจข้ามชาติ และธุรกิจที่ใช้พรมแดน จึงอาจเป็นไปได้ว่า ประเทศที่มีนโยบายการแข่งขันที่เสรี เป็นธรรม และโปร่งใส จะสามารถดึงดูดการค้าและการลงทุนได้มากกว่าประเทศที่มีนโยบายในทางตรงกันข้าม

(3) กลไกทบทวนนโยบายการค้า

ปรากฏอยู่ใน Annex 3 ของความตกลง WTO โดยประเทศสมาชิกมีพันธกรณีจะต้องรายงานนโยบายการค้าให้ที่ประชุมองค์การทบทวนนโยบายการค้า (Trade Policy Review Body : TPRB) ทราบเป็นระยะๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เห็นนโยบายและวิธีปฏิบัติทางการค้าของประเทศสมาชิกมีความโปร่งใส ขณะเดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกอื่นทราบและเข้าใจนโยบายการค้าของประเทศสมาชิกที่มีการทบทวนนโยบายการค้า ซึ่งเป็นการช่วยลดความขัดแย้งทางการค้าระหว่างประเทศลงได้³⁵

กลไกทบทวนนโยบายการค้าถูกกำหนดไว้อย่างกว้างๆ เพื่อสอดส่องดูแลพฤติกรรมและนโยบายการค้าของรัฐสมาชิก ประเด็นในเรื่องการแข่งขันถูกกล่าวไว้ในหลายๆ เรื่อง เช่น ผลกระทบต่อการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าและบริการของประเทศสมาชิก ประสิทธิภาพของการจัดสรรทรัพยากรภายใน นอกจากนี้ รายงานของเลขาธิการ WTO และรายงานการอภิปรายข้อโต้แย้งในเรื่องนโยบายการแข่งขันของคณะกรรมการพิจารณาทบทวนนโยบายการค้า ก็ระบุถึงหลักเกณฑ์พื้นฐาน บทบัญญัติของกฎหมาย การเตรียมการในเรื่องนโยบายการแข่งขันของหน่วยงานที่รับผิดชอบ และวิธีปฏิบัติในรัฐสมาชิกไว้ด้วย (เช่น อํานาจทางกฎหมายที่ให้ต่อองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการค้า การรวมกลุ่มเพื่อการนำเข้าและส่งออก (import & export cartels) หรือพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันประการอื่น การดำเนินการ ประสิทธิภาพ และความครอบคลุมของบทบัญญัติ เช่น เรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต (extraterritorial) เรื่องอื่นๆ เช่น บทบาทของรัฐ และผู้ประกอบการภายใน การดำเนินการผูกขาด และการปรับปรุงโครงสร้างของธุรกิจเงินไซ การใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กับกฎหมายการแข่งขันควบคู่กันไป ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดกฎระเบียบกับการดำเนินนโยบายการค้า และประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจเกิดขึ้นได้³⁶

³⁵ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ สำนักงานเจรจาการค้าพหุภาคี, “การทบทวนนโยบายการค้าภายใต้ WTO”, มกราคม 2544, <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/n-tpm.thm>.

³⁶ Trade and Competition Policy, p.79-80.

(4) การดำเนินการอื่นๆ

การดำเนินการเพื่อรับสมาชิกใหม่ของ WTO มีคำถามและประเด็นซึ่งถูกหยิบยกขึ้นมา อาทิ สิทธิทางการค้า การปรับปรุงโครงสร้างของธุรกิจ การขจัดกฎระเบียบ และกฎหมายการแข่งขัน ฯลฯ รวมถึงการพิจารณาความตกลงทางการค้าในระดับภูมิภาค การดำเนินการของคณะมนตรีด้านการค้าในระดับภูมิภาค หรือที่ประชุมของคณะทำงานที่เกี่ยวข้อง คำถามและประเด็นซึ่งถูกหยิบยกขึ้นมามีประเด็นเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันอยู่ด้วยเสมอ³⁷

4.4 กรณีศึกษา : คดี Fuji - Kodak

4.4.1 ลักษณะการดำเนินธุรกิจของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น

โครงสร้างการดำเนินธุรกิจของญี่ปุ่น เป็นโครงสร้างที่มี 3 เสาหลัก คือสถาบันการเงิน บริษัทผู้ผลิต และบริษัทการค้าหรือตัวแทนจำหน่าย (trading company) ญี่ปุ่นจะมีการดำเนินนโยบายการค้าเคลื่อนไหวทางธุรกิจแบบไปเป็นกลุ่ม โดยสร้างความแข็งแกร่งภายในกลุ่มก่อน แล้วจึงไปตีตลาดภายนอก เหตุผลเบื้องลึกอีกประการหนึ่งคือ ญี่ปุ่นถูกปกครองโดยทหารมานาน จึงมีความจงรักภักดีต่อระบบและความมีวินัยทางทหารจึงถูกปลูกฝังอย่างแน่นเหนียว ซึ่งอเมริกันไม่เข้าใจตรงจุดนี้

ส่วนแนวการดำเนินธุรกิจแบบอเมริกันนั้น มีรากฐานมาจากความมีเสรีภาพ ถ้ามองอดีตย้อนหลังไปถึงบรรดาผู้นำอเมริกันในยุคแรก ทั้ง ทอม เพน โทมัส เจฟเฟอร์สัน และเบนจามิน แฟรงกลิน ต่างคัดค้านการตั้งข้อจำกัดด้านการนำเข้าสินค้า และแสดงจุดยืนสนับสนุนการทำการค้าแบบไม่เลือกปฏิบัติ อันที่จริงแล้ว เจฟเฟอร์สันซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่สนับสนุนระบบการค้าเสรีอย่างแท้จริง ก็ได้กล่าวไว้ว่า "การทำการค้าเสรีกับทุกส่วนของโลก" ถือเป็น "สิทธิโดยกำเนิด" ที่ไม่มีกฎหมายใดจะจำกัดตัดทอนได้ นับตั้งแต่ยุคผู้ก่อตั้งประเทศมาจนถึงยุค "เปิดประตู" การขยายความสามารถเข้าถึงตลาด นับเป็นหลักการสำคัญของนโยบายการค้าของสหรัฐ³⁸ ซึ่งแนวคิดของระบบจะเป็นแบบ Darwinian คือ คนที่แข็งแรง

³⁷ Ibid.

³⁸ เดวิด อารอน, "สหรัฐจะต้องผลักดันให้มีการเปิดรอบเจรจาการค้ารอบใหม่ต่อไป", *Economic Perspectives* (ของกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐ) กุมภาพันธ์, <http://usinfo.state.gov/journals/journals.htm>.

แรงและฉลาดกว่าเท่านั้นจึงจะอยู่รอด ใครอ่อนแอกว่าก็ต้องตายไป ธุรกิจมีการแข่งขันกันอย่างหนัก หน่วยงานเล็กจางงานสามารถทำกันได้ง่ายๆ เจ้าของธุรกิจที่จะอยู่รอดได้หรือเป็นผู้มีชัยก็คือผู้ที่รู้จักเปลี่ยนแปลงปรับปรุงวิธีการดำเนินงานทางธุรกิจของตนเองให้ก้าวหน้าทันสมัยอยู่เสมอ โดยเฉพาะการนำเอาเทคโนโลยีใหม่ๆ วิธีการใหม่มาทำให้การดำเนินธุรกิจของตนเองมีประสิทธิภาพมากขึ้น ส่วนผู้ไม่รู้จักปรับตัวเอง ก็จะถูก left behind และล้มสลายไปในที่สุด

ในช่วงศตวรรษที่ 19 เศรษฐกิจของญี่ปุ่นเริ่มแข็งแกร่ง แต่ฝ่ายตะวันตกก็ยังคงมองว่าญี่ปุ่นแปลกแยกและเป็นประเทศที่ล้าหลัง เพราะมีโครงสร้างการดำเนินธุรกิจที่แปลกประหลาด ขณะที่ญี่ปุ่นเองมองว่าประเทศตนเป็น world great powers คือยิ่งใหญ่ในทุกๆ ด้าน ความเป็นอยู่ที่ดีที่สุดประเทศหนึ่งของโลก ความสำเร็จของญี่ปุ่นนั้นอยู่ที่การส่งออกสินค้าประเภท high quality หรือประเภทที่มีความทันสมัยมาก (latest technology) เช่น รถยนต์ กล้องถ่ายรูป โทรทัศน์ และสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ทุกประเภท สาเหตุเพราะญี่ปุ่นเป็นประเทศที่เน้นการวิจัยและพัฒนาเป็นอย่างมาก และความเจริญทางเทคโนโลยีที่สูงนี้เองที่ทำให้ญี่ปุ่นกลายเป็นมหาอำนาจทางการตลาดมากที่สุดในโลกก็ว่าได้

4.4.2 ความเป็นมาและข้อเท็จจริง

บริษัท Eastman Kodak Company เป็นบริษัทอเมริกา และเป็นบริษัทชั้นนำของโลกในการผลิตฟิล์ม กระดาษอัดและภาพวัสดุเกี่ยวกับการถ่ายภาพ ส่วนบริษัท Fuji Photo Film Company เป็นบริษัทผลิตฟิล์มและกระดาษอัดภาพที่ใหญ่ที่สุดในประเทศญี่ปุ่น Kodak ได้พยายามที่จะบุกตลาดญี่ปุ่นมาตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ในช่วงปี 1945-1971 แต่ไม่ค่อยประสบความสำเร็จ และได้อ้างว่ารัฐบาลญี่ปุ่นตั้งกำแพงภาษีไว้สูง และผู้นำเข้าต้องอนุญาตนำเข้าจากรัฐบาลก่อน (import licensing) เพื่อกีดกันมิให้ Kodak มีสัดส่วนการครองตลาดในประเทศญี่ปุ่นสูงขึ้น นอกจากนั้น ในช่วงระหว่างปี 1945-1976 รัฐบาลญี่ปุ่นได้ป้องกันมิให้บริษัท Kodak หลบกำแพงภาษีนำเข้าโดยการเข้ามาลงทุนผลิตในประเทศญี่ปุ่นเอง โดยการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศอย่างเข้มงวด และแม้ว่าภายหลังปี 1976 มาตรการต่างๆ ดังกล่าวของรัฐบาลญี่ปุ่นจะได้ยกเลิกไป เนื่องจากแรงกดดันของรัฐบาลสหรัฐฯ และองค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (The Organization for Economic

Co-operation and Development : OECD) แล้วก็ตาม แต่รัฐบาลญี่ปุ่นกลับออกมาตรการต่อต้านการเปิดเสรี (liberalization countermeasures) เพื่อช่วยบริษัท Fuji กันไม่ให้บริษัท Kodak ขยายส่วนแบ่งในตลาดญี่ปุ่นได้ ผลของมาตรการดังกล่าวคือ Kodak มีสัดส่วนการครองตลาดที่น้อยมากในตลาดญี่ปุ่นเมื่อเปรียบเทียบกับสัดส่วนที่สูงลิบลิ่วในตลาดยุโรปและตลาดอื่นๆ ทั่วโลก รัฐบาลสหรัฐฯ และบริษัท Kodak มองว่ามาตรการต่างๆ เหล่านี้ได้ช่วยให้บริษัท Fuji สามารถครอบครองตลาดญี่ปุ่นได้อย่างเด็ดขาด

ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติทางธุรกิจของภาคเอกชน (private business practice) นั้น Kodak อ้างว่า การจัดจำหน่ายฟิล์มที่จะประสบความสำเร็จได้นั้น ผู้ผลิตจะต้องรวบรวมผู้ขายส่ง (wholesaler) มาอยู่ในเครือข่ายธุรกิจของบริษัทตนให้มากที่สุด ส่วนการขยายให้กับร้านขายปลีก (retail outlets) นั้นไม่สำคัญเท่าใดนัก เนื่องจากร้านขายปลีกมีจำนวนมากมายและจำนวนซื้อแต่ละครั้งไม่มาก ซึ่ง Fuji เองมีผู้ขายส่งที่สำคัญเกือบทั้งหมดอยู่ในเครือข่ายธุรกิจของตนแล้ว และผู้ขายส่งเหล่านี้ยังมีสัญญาที่ต้องรับซื้อฟิล์มจากบริษัท Fuji เท่านั้น นอกจากนี้ยังมีข้อห้ามมิให้ยุ่งเกี่ยวทำธุรกิจกับสินค้าคู่แข่งกับบริษัท Fuji (สินค้าของบริษัท Kodak ด้วย) ผู้ขายส่งดังกล่าวยังเป็นผู้ขายส่งระดับแรก (primary wholesaler) ซึ่งมีอำนาจควบคุมผู้ขายส่งระดับสอง (secondary wholesaler) และร้านค้าขายปลีกด้วย นอกเหนือจากนั้น Fuji ยังเป็นเจ้าของหรือควบคุมเครือข่ายธุรกิจแล็บล้างอัดรูประดับใหญ่ (wholesaler photo-processing laboratories) และธุรกิจแฟรนไชส์รับล้างอัดรูประดับ mini lab ทั่วประเทศอีกด้วย ซึ่งผู้ขายส่งระดับแรกและธุรกิจล้างอัดรูปจำนวนมากทั่วประเทศ จะไม่ยอมทำธุรกิจกับบริษัทอื่นเลย ยกเว้น Fuji เท่านั้น Kodak อ้างว่า บริษัทตนได้ทุ่มเททั้งเงินและบุคคลากรในการที่จะขยายส่วนแบ่งตลาดในญี่ปุ่น ตลอดจนพัฒนาผลิตภัณฑ์ให้เหมาะกับผู้บริโภคญี่ปุ่นและราคาของสินค้าก็แข่งขันได้ แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จในการขยายส่วนแบ่งในตลาดญี่ปุ่นเลย ขณะที่ Fuji เอง ก็ได้ปฏิเสธข้ออ้างทั้งหลายของ Kodak โดยได้แย้งว่า Fuji ไม่ได้มีอำนาจควบคุมระบบการจัดจำหน่าย (distribution system) ตามที่ Kodak อ้าง และ Kodak ก็สามารถเข้าถึงผู้ขายส่งจำนวนมากพออยู่แล้ว การที่บริษัท Kodak ไม่สามารถขยายส่วนแบ่งในตลาดญี่ปุ่นได้นั้นเกิดจากการดำเนินธุรกิจที่ผิดพลาดของ Kodak เอง กล่าวคือ Kodak ไม่วางตัวสินค้าใหม่ๆ ในตลาดญี่ปุ่น และราคาสินค้าของ Kodak ก็แพงเกินไป Fuji ยังได้ปฏิเสธอีกว่า รัฐบาลญี่ปุ่นไม่ได้บังคับใช้มาตรการต่อต้านการเปิดเสรีเพื่อช่วยเหลือปกป้องบริษัทญี่ปุ่นเลย และการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (antitrust enforcement) ก็มีความเด็ดขาดเข้มงวดไม่น้อยไปกว่าสหรัฐอเมริกาเลย

Kodak เห็นว่าการที่บริษัทตนไม่สามารถขยายตลาดในญี่ปุ่นได้เกิดจากทั้งมาตรการของรัฐบาลญี่ปุ่นและวิธีปฏิบัติทางธุรกิจของ Fuji จึงได้ทำเรื่องร้องเรียนต่อรัฐบาลสหรัฐในเดือนพฤษภาคมปี 1995 ตามมาตรา 302(a) ของกฎหมายการค้าปี 1974 โดยกล่าวหาญี่ปุ่นว่า สร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดโดยปราศจากความชอบธรรม ปราศจากเหตุผล และเป็น การเลือกปฏิบัติ (unjustifiable, unreasonable and discriminatory) ซึ่งเป็นเหตุเพียงพอที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจะสามารถใช้มาตรา 301 ของกฎหมายการค้าปี 1974 ตอบโต้ได้³⁹

ทาง USTR นั้นถูกบังคับโดยมาตรา 301 ให้ต้องดำเนินการตอบโต้ประเทศคู่ค้านั้น หากมีการวินิจฉัยตามคำร้องเรียนแล้วปรากฏว่า การกระทำ นโยบาย หรือการปฏิบัติของรัฐบาลต่างประเทศนั้น ละเมิด หรือขัดกับบทบัญญัติของข้อตกลงทางการค้า หรือปฏิเสศผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาตาม ข้อตกลงทางการค้า⁴⁰ หรือการกระทำ นโยบาย การปฏิบัติของรัฐบาลต่างประเทศก่อให้เกิดภาวะหรือ จำกัลดการค้าต่อสหรัฐ โดยปราศจากความชอบธรรม⁴¹ บริษัท Kodak เห็นว่านโยบายของประเทศ ญี่ปุ่นสามารถปรับเข้าได้กับทั้งสองกรณี โดย Kodak อ้างว่า มาตรการของญี่ปุ่นละเมิดหลักการปฏิบัติ เยี่ยงคนชาติ (national treatment) ตามสนธิสัญญามิตรภาพการพาณิชย์และการเดินเรือ (the Friendship, commerce and Navigation Treaty) ระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศญี่ปุ่น ละเมิดข้อ ตกลงของ OECD ว่าด้วยการเปิดเสรีทุน กล่าวคือมาตรการต่อต้านการเปิดเสรีทุน* ต่างๆ ของกระทรวง

³⁹ มาตรา 301 ได้รับการแก้ไขให้เข้มงวดมากขึ้น โดยสภาองเกรสในปี 1988 โดยเรียกกฎหมายการค้าปี 1974 ใหม่ว่า The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 โดยให้อำนาจ USTR ตอบโต้ประเทศคู่ค้า ซึ่งมีอุปสรรคการเข้าถึงตลาด โดยการยกเลิกผลประโยชน์ทางการค้าที่รัฐบาลเคยยินยอมให้ได้ หรือจัดเก็บภาษีชนิด ใหม่ตอบโต้ได้ หรือออกมาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าจากประเทศคู่ค้านั้นได้ ในทศวรรษ 1980 สหรัฐฯได้ใช้มาตรา 301 ตอบโต้ประเทศคู่ค้าหลายประเทศซึ่งทำให้ประเทศคู่ค้าซึ่งเคยโดนมาตรการตอบโต้หรือถูกขู่ว่าจะถูกใช้มาตรการตอบโต้ ไม่พอใจสหรัฐฯ มาก โดยสหรัฐฯ อ้างว่าจำเป็นต้องใช้มาตรา 301 เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาท ของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร (GATT) นั้นเชื่องช้าและไร้ประสิทธิภาพ แต่เมื่อสหรัฐฯ ได้ผลักดัน ให้มีการปรับปรุงกลไกระงับข้อพิพาทให้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้น จนเกิดมีข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อ พิพาทของ WTO (WTO Dispute Settlement Understanding : DSU) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม 1995 ทำให้สหรัฐอเมริกา ไม่มีเหตุผลที่จะอ้างเพื่อใช้มาตรา 301 อีกต่อไป แม้ว่ามาตรา 301 จะยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ก็ตาม.

⁴⁰ 19 U.S.C. Section 2411 (a)(I)(B)(I).

⁴¹ 19 U.S.C. Section 2411 (a)(I)(B)(ii).

การค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม (Ministry of International Trade and Industry : MITI) ในการต่อต้านการเข้ามาของทุนต่างชาติ โดยมาตรการที่เกี่ยวข้องกับบริษัท Kodak ได้แก่ การสนับสนุนให้มีการทำสัญญาจัดจำหน่ายเสียใหม่ในธุรกิจฟิล์มและกระดาษอัดรูป โดยทำให้ผู้ขายส่งและห้องแล็บล้าง อัดรูปอยู่ภายใต้ผู้ผลิตญี่ปุ่นให้มากที่สุด (to Keiretsunise them) ช่วยปกป้องธุรกิจฟิล์มและกระดาษอัดรูปจากข้อกล่าวหาของ JFTC ว่ามีการรวมหัวกันกำหนดราคา (price fixing) โดยที่ MITI ยอมรับการทำธุรกิจที่มีผลต่อการแข่งขันโดยเป็น exclusive dealing ของ Fuji และบรรดาผู้ขายส่งระดับแรก เพื่อจำกัดการเข้าสู่ตลาดญี่ปุ่นของบริษัท Kodak

ในปี 1995 USTR ได้เริ่มการไต่สวนบรรดาข้อกล่าวหาต่างๆ ที่ Kodak อ้าง Fuji จึงได้จัดทำเอกสารเพื่อปฏิเสธข้อกล่าวหา (Rewriting History : Kodak's Revisionist Account of the Japanese Consumer Photographic Market) โดย Fuji ปฏิเสธว่าบริษัทตนไม่ได้ควบคุมระบบการจัดจำหน่ายฟิล์มและกระดาษอัดรูปตามที่ถูกกล่าวหา และ Kodak เองก็สามารถจัดส่งสินค้าให้กับผู้ขายส่งมากพอสมควรได้อยู่แล้ว ที่ส่วนแบ่งตลาดของ Kodak ในตลาดญี่ปุ่นไม่เพิ่มขึ้นก็เป็นเพราะว่า Kodak ไม่ค่อยผลิตสินค้าใหม่ๆ สำหรับตลาดญี่ปุ่น และราคาของ Kodak ก็แพงเกินไป นอกจากนี้ Fuji ยังได้ปฏิเสธอีกว่า รัฐบาลญี่ปุ่นไม่ได้มีมาตรการต่อต้านการเปิดเสรีตามที่กล่าวอ้างเลย และการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศญี่ปุ่นก็เข้มงวดไม่น้อยกว่าในสหรัฐอเมริกา

ในปี 1996 USTR ได้มีการประกาศผลของการไต่สวนพร้อมกับทำความเข้าใจใน Federal Registration ฉบับที่ 30929⁴²ว่า ตลอดกระบวนการไต่สวน รัฐบาลญี่ปุ่นไม่ยอมเข้าร่วมกระบวนการปรึกษาหารือกับรัฐบาลสหรัฐฯเลย แม้ว่าทาง USTR จะขอร้องให้เข้าร่วมหลายครั้งก็ตาม ผลของการไต่สวนของ USTR พบว่า รัฐบาลญี่ปุ่นได้จัดสร้างมาตรการบางอย่างและยินยอมให้มีโครงสร้างตลาดและวิธีปฏิบัติทางธุรกิจซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงตลาดญี่ปุ่นของสินค้าประเภทฟิล์มและกระดาษอัดรูปของสหรัฐฯ จริง รวมถึงการที่ MITI สนับสนุนให้ผู้ผลิต ผู้ขายส่งระดับแรก ผู้ขายส่งระดับสอง และร้านขายปลีกให้รวมกลุ่มกันในลักษณะที่ต้องพึ่งพากันและกันในกลุ่ม และไม่ยุ่งเกี่ยวกับบริษัทที่อยู่นอกกลุ่ม นั้น USTR จึงวินิจฉัยว่ามาตรการต่างๆ ของรัฐบาลญี่ปุ่น และการขึ้นของ MITI ให้รวม

* แม้ว่าข้อจำกัดทางการเกี่ยวกับการเข้ามาลงทุนจากต่างประเทศจะถูกยกเลิกไปแล้วก็ตาม.

⁴² 61 Fed.Reg. 30929 (June 18, 1996)

กลุ่มกันดังกล่าวเป็นการกระทำโดยง่าย และแนวทางปฏิบัติของรัฐบาลญี่ปุ่น ซึ่ง “ไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้” (unreasonable) และทำให้เป็นภาระ (burdened) หรือจำกัด (restricted) การพาณิชย์ของสหรัฐฯ ตามบทบัญญัติของกฎหมายการค้าสหรัฐฯ

USTR จึงประกาศดำเนินการเป็น 2 ทาง คือ

(1) นำเรื่องไปให้ WTO พิจารณา ว่ามาตรการต่อต้านการเปิดเสรีทุนนั้น เป็นการกระทำที่ขัดกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามข้อตกลง WTO, เลื่อนเสีย (nullified) และเสียหาย (repaired) นอกจากนั้นแล้ว ทาง USTR ยังประกาศอีกด้วยว่า มาตรการตอบโต้ต่างๆ ของสหรัฐฯ ต่อญี่ปุ่นนั้น จะดำเนินการภายใต้กรอบของกระบวนการระดับข้อพิพาทของ WTO เท่านั้น

(2) รัฐบาลสหรัฐฯ เรียกร้องให้รัฐบาลญี่ปุ่น เสร็จจากภายใต้กรอบของมติของคณะทำงานของ GATT ปี 1960 ซึ่งเรียกว่า 1960 GATT Working Party Decision on the Restrictive Business Practices และภายใต้กรอบของ The Structural Impediments Initiative (SII) ตลอดจนการเรียกร้องให้ทาง JFTC ทบทวนผลการไต่สวนเกี่ยวกับพฤติกรรมทางธุรกิจว่ามีลักษณะเป็นการต่อต้านการแข่งขันในธุรกิจฟิล์มและกระดาษอัดรูปในตลาดญี่ปุ่นหรือไม่ด้วย

อย่างไรก็ดี คณะตัดสินของ WTO นั้นไม่ได้นำผลการไต่สวนของ USTR ของสหรัฐอเมริกาและผลการไต่สวนของ JFTC มาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดีเลยแม้แต่น้อย

(1) คำฟ้องของสหรัฐฯ

หลังจากที่ WTO ได้มีการจัดตั้งคณะผู้ตัดสิน (panel)* เพื่อพิจารณาข้อกล่าวอ้างและข้อโต้แย้งทางกฎหมายของคู่กรณีในคดี ดังต่อไปนี้

* มี 3 ท่าน คือ ประธานคณะผู้ตัดสินชาวสวิส ผู้ตัดสินชาวบราซิล และ Dr.Adrian Macey ผู้ตัดสินชาวนิวซีแลนด์.

ทางผู้แทนสหรัฐฯ ได้กล่าวหาว่ารัฐบาลญี่ปุ่น ได้ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่การขายฟิล์มและกระดาษอัดรูปนำเข้าจากต่างประเทศ โดยการบังคับใช้มาตรการต่อต้านการเปิดเสรี (liberalisation countermeasures) ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ๆ คือ

- (1) มาตรการเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า ได้แก่ การที่รัฐบาลญี่ปุ่นสนับสนุน และเอื้ออำนวยให้มีการสร้างระบบการจัดจำหน่ายสินค้า ซึ่งทำให้สินค้านำเข้าไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้
- (2) การจำกัดการตั้งร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ ซึ่งเป็นการจำกัดช่องทางการจัดจำหน่ายฟิล์มและกระดาษอัดรูปที่ต้องการใช้ร้านขายปลีกขนาดใหญ่เป็นช่องทางการจัดจำหน่าย นอกเหนือจากช่องทางจัดจำหน่ายตามข้อ(1)
- (3) การจำกัดการส่งเสริมการขาย กล่าวคือ เป็นการทำให้สินค้านำเข้าเสียเปรียบเนื่องจากไม่สามารถจัดการส่งเสริมการขายตามที่ต้องการได้

มาตรการที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

- (1) มาตรการเกี่ยวกับการจัดจำหน่าย 8 มาตรการ คือ
 - ประกาศของ JFTC ฉบับที่ 17 เรื่องการให้พรีเอมิยมในธุรกิจปี 1967
 - มติของกรม. เรื่องการเปิดเสรีการลงทุนจากต่างประเทศปี 1967
 - รายงานชั้นกลาง เรื่องแนวโน้มและการทำให้ระบบจัดจำหน่ายสินค้าทันสมัยปี 1968
 - รายงานชั้นกลาง เรื่องการจัดทำธุรกรรมการจัดจำหน่ายให้เป็นระบบขึ้นปี 1969
 - รายงานการสำรวจ เรื่องข้อตกลงในการทำธุรกรรมปี 1969
 - Guidelines เกี่ยวกับการปรับปรุงธุรกิจฟิล์มถ่ายรูปปี 1970
 - แผนแม่บทเกี่ยวกับการทำช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าให้เป็นระบบปี 1971
 - คู่มือการจัดทำช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าให้เป็นระบบ : กล้องถ่ายรูปและฟิล์ม
- (2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ (large scale retail stores)
 - กฎหมายร้านค้าขนาดใหญ่ปี 1974 (Large Stores Law)

- กฎหมายแก้ไขกฎหมายร้านค้าขนาดใหญ่ปี 1979 (Amend to the Large Stores Law)

(3) มาตรการเกี่ยวกับการส่งเสริมการขาย

- ประกาศของ JFTC ฉบับที่ 17 เรื่องการให้ฟรีเมียมธุรกิจปี 1967
- มติของกรม. เรื่องการเปิดเสรีการลงทุนปี 1967
- คำแนะนำของ JFTC ฉบับที่ 5 เรื่องการให้ฟรีเมียมแก่ผู้บริโภคปี 1977
- คำแนะนำของ JFTC เรื่องพนักงานที่บริษัทส่งไปประจำที่ต่างจังหวัดปี 1981
- กฎการกำกับตนเอง เรื่องความยุติธรรมในการค้าและธุรกิจปี 1982
- การจัดตั้งสภาส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมปี 1982
- มาตรฐานกำกับตนเอง เรื่องการแสดงค่าล่างและอัตราจากฟิล์ม
- การที่ JFTC รับรองโค้ด เรื่องการแข่งขันที่เป็นธรรมของผู้ขายปลีก และการจัดตั้งองค์การบังคับใช้ได้ เรียกว่า สภาการค้าโดยเป็นธรรมของผู้ค้าปลีก

คำฟ้อง (complaints) ของสหรัฐอเมริกานั้นมี 2 ประเภท คือ มี 2 ประเภท คือ violation complaint และ non-violation complaint

ประเภทแรก violation complaints

เป็นคำฟ้องที่อ้างว่าประเทศญี่ปุ่นได้มีการกระทำละเมิดข้อตกลงของ WTO และทำให้สหรัฐฯ เสียผลประโยชน์ ตาม Article XXIII.I*

* Article XXIII.I บัญญัติว่า

If any (Member) should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

- (a) the failure of another (member) to carry out its obligations under this Agreement, or
- (b) the application by another (member) of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or

ประเภทที่สอง non-violation complaint

คือ แม้ว่าจะไม่ได้มีการละเมิดทบทบัญญัติใดๆ ใน WTO แต่สหรัฐอเมริกาที่สูญเสียผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับ ตาม Article XXIII.I(b)*

(2) คำตัดสินและวิธีการตัดสินของคณะผู้ตัดสิน

คณะผู้ตัดสินได้ดำเนินการตัดสินและใช้วิธีการตัดสินตามลำดับดังต่อไปนี้ คือ

(2.1) อันดับของคำฟ้อง

โดยธรรมเนียมแล้ว คณะผู้ตัดสินจะพิจารณาคำฟ้องที่เป็น violation complaint ก่อน แล้วจึงพิจารณาคำฟ้องที่เป็น non-violation complaint แต่คณะผู้ตัดสินเห็นว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายให้น้ำหนักแก่ non-violation complaint มากกว่า จึงสรุปว่าควรพิจารณา non-violation complaint ก่อน

(2.2) ภาระการพิสูจน์

คณะผู้ตัดสินได้แสดงความเห็นไว้ว่า คู่กรณีทีกล่าวอ้างมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างนั้น เมื่อสามารถพิสูจน์ได้ถึงระดับที่ควรเชื่อได้ว่าข้อกล่าวอ้างนั้นเป็นความจริงแล้ว ภาระการพิสูจน์จึงจะตกไปอยู่กับฝ่ายกรณีตรงข้ามที่โต้แย้งหักล้าง ดังนั้นสหรัฐจึงมีภาระการพิสูจน์ก่อนให้ได้ถึงระดับที่คณะผู้ตัดสินควรเชื่อได้ว่าข้อกล่าวอ้างนั้นจริงแล้ว ภาระพิสูจน์โต้แย้งหักล้างจึงจะตกไปเป็นของญี่ปุ่นตามข้อตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาท Article XVI.I(a) ของ DSU

- (c) the existence of any other situation, the contracting party may (resort to the dispute settlement mechanism).

* ดู Article XXIII.I(b) ข้างบน.

(2.3) การพิจารณา non-violation complaint

คณะผู้ตัดสินได้ทำการพิจารณา non-violation complaint ดังต่อไปนี้

(2.3.1) มาตรการของรัฐบาล

สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายทั้ง 8 มาตรการ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นได้ทำให้

- (i) เกิดการรวมตัวในแนวดิ่ง (vertical integration) ระหว่างผู้ผลิตผู้ขายส่งระดับแรก ผู้ขายส่งระดับสอง และผู้ขายปลีก
- (ii) ระบบการจัดจำหน่ายฟิล์ม กระดาษอัดรูป และสินค้าเกี่ยวกับรูปถ่ายอื่นในประเทศญี่ปุ่น จะเป็นระบบที่จัดจำหน่ายสินค้าเพียงยี่ห้อเดียวเท่านั้น ทำให้สินค้าของสหรัฐอเมริกา ถูกกัน ออกไปจากระบบการจัดจำหน่าย ดังนั้น จึงเป็นกรณี que-riable ผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ในการเข้าสู่ตลาดถูกทำให้สูญสิ้นหรือเสียหายไป

คณะผู้ตัดสินได้ใช้หลักเกณฑ์ 3 ประการในการตัดสิน คือ

- (i) มีมาตรการของรัฐสมาชิกบังคับใช้อยู่
- (ii) ความมีอยู่ของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงที่เกี่ยวข้อง
- (iii) มีการทำให้สูญสิ้น หรือเสียหายซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวใน (ii) จากมาตรการของรัฐสมาชิกที่บังคับใช้อยู่ตาม (i)

คณะผู้ตัดสินพิจารณาว่า มาตรการของประเทศญี่ปุ่นที่บังคับใช้อยู่ และถือว่าเป็นมาตรการของรัฐบาลนั้นมีอยู่เพียง 4 มาตรการเท่านั้น คือ

- (i) มติของคณะรัฐมนตรีเรื่องการเปิดเสรีการลงทุนจากต่างประเทศปี 1967
- (ii) ประกาศของ JFTC ฉบับที่ 17 เรื่องการให้ฟรีเมียมในธุรกิจปี 1967
- (iii) Guideline ของ MITI เกี่ยวกับการปรับปรุงธุรกิจฟิล์มถ่ายรูปปี 1970

(iv) แผนแม่บทเกี่ยวกับการทำช่องทางจำหน่ายสินค้าให้เป็นระบบปี 1971

ส่วนเรื่องผลประโยชน์ที่มีอยู่ของสหรัฐฯ นั้น คณะผู้ตัดสินเห็นว่า เนื่องจากมาตรการของรัฐบาลญี่ปุ่นทั้ง 4 มาตรการที่ได้กล่าวมานั้น เป็นมาตรการที่บังคับใช้ในทศวรรษ 1960 และทศวรรษ 1970 ตอนต้นๆ ผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ที่จะพิจารณาในกรณีนี้ จึงต้องเป็นผลประโยชน์ที่เกิดจากการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบเคนเนดี (1967) ดังนั้น ผลประโยชน์ที่สหรัฐฯ คาดว่าจะได้ จึงต้องเป็นผลจากการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบเคนเนดี (1967) เท่านั้น ไม่รวมถึงผลประโยชน์ที่สหรัฐฯ คาดว่าจะได้จากการเจรจาหลายฝ่ายรอบโตเกียวและรอบอุรุกวัย คณะผู้ตัดสินได้พิจารณาต่อไป และเห็นว่าผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาที่คาดว่าจะได้จากการเจรจาเคนเนดีนั้น ไม่สูญสิ้น หรือเสียหายไปเนื่องจากมาตรการของญี่ปุ่นทั้ง 4 ประการดังต่อไปนี้

- สหรัฐอเมริกาไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่านโยบายทั่วไปในมติของคณะรัฐมนตรี เรื่องการเปิดเสรีทุนจากต่างประเทศปี 1967 ทำให้ผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ที่คาดว่าจะได้จากการเจรจาเคนเนดีสูญสิ้นหรือเสียหายไปอย่างไร
- คณะผู้ตัดสินไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของสหรัฐฯ ที่ว่า ผลประโยชน์ของตนที่คาดว่าจะได้จากการเจรจาเคนเนดี สูญสิ้น หรือเสียหายไป เพราะ Guidelines ของ MITI เกี่ยวกับการปรับปรุงธุรกิจฟิล์ม และกระดาษอัดถ่ายรูป ปี 1970 โดยเหตุผลที่ว่า
 - (1) Guideline ดังกล่าวมีความเป็นกลาง ไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าเลย นอกจากนั้น วัตถุประสงค์ของ Guidelines ดังกล่าวคือ ปรับปรุงประสิทธิภาพเกี่ยวกับการทำธุรกรรมในอุตสาหกรรมประเภทนี้
 - (2) Guideline ฉบับดังกล่าวต้องการเพียงจะปรับปรุงระบบการจัดจำหน่ายสินค้าในญี่ปุ่นให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น และให้มีข้อบกพร่องน้อยลง
 - (3) ปรัชญาการณที่ว่าผู้ขายส่งจะขายเฉพาะฟิล์มยี่ห้อเดียวเท่านั้น เกิดขึ้นก่อนปี 1970 และปรากฏการณ์ดังกล่าว ก็เกิดขึ้นในทุกประเทศรวมทั้งสหรัฐอเมริกาเองด้วย
- คณะผู้ตัดสินเห็นว่า แผนแม่บทเกี่ยวกับการทำช่องทางจำหน่ายสินค้าให้เป็นระบบปี 1971 นั้น เป็นแผนเกี่ยวกับระบบการจัดจำหน่ายสินค้าในระบบเศรษฐกิจโดยรวม และเป็นกลางต่อสินค้าที่มาจากต่างประเทศ

- คณะผู้ตัดสินเห็นว่า ประกาศของ JFTC ฉบับที่ 17 เรื่องการให้พรีเอมิยมในการทำธุรกิจปี 1967 นั้น ไม่ได้ต้องการที่จะควบคุมกิจกรรมส่งเสริมการขาย เช่น การขายราคาถูกรหรือชดเชยเงินคืนให้ เป็นต้น และสหรัฐฯ ก็ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีการกีดกันสินค้านำเข้า และทำให้สินค้านำเข้าเสียเปรียบในการแข่งขันกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

(2.3.2) การพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายร้านค้าปลีกขนาดใหญ่

คณะผู้ตัดสินได้ใช้หลักเกณฑ์ 3 ประการ พิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ดังต่อไปนี้คือ

คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องกันว่า กฎหมายว่าด้วยร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ฉบับปี 1974 และฉบับแก้ไขปี 1979 นั้น เป็นมาตรการของรัฐบาลในความหมายของ non-violation complaint คณะผู้ตัดสินจึงพิจารณาประเด็นต่อไปว่า ผลประโยชน์ที่สหรัฐฯ มีอยู่ นั้น เป็นผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบโต คณะผู้ตัดสินเห็นว่า กฎหมายร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ นั้น มีผลบังคับใช้หลังการเจรจารอบเคนเนดี แต่ก่อนการเจรจารอบโตเกียวและรอบอุรุกวัย ดังนั้น ประโยชน์ของสหรัฐฯ จึงจำกัดอยู่เพียงผลประโยชน์ที่ได้จากการเจรจารอบเคนเนดี คือ फिल्मवादและกระดาษอัดรูปเท่านั้น ไม่รวมถึงผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการเจรจารอบโตเกียวและรอบอุรุกวัยด้วย หลังจากนั้นคณะผู้ตัดสินจึงพิจารณาต่อไปว่า ผลประโยชน์ดังกล่าวของสหรัฐฯ ไม่สูญสิ้น หรือเสียหายเพราะว่า

- (1) เหตุผลของการที่รัฐบาลญี่ปุ่นประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวก็เพื่อเป็นการคุ้มครองร้านค้าขนาดกลางและขนาดเล็กจากผลกระทบของการเปิดร้านค้าใหญ่ในบริเวณใกล้เคียง กฎหมายไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างอุปสรรคต่อการนำเข้าฟิล์มและกระดาษอัดรูปจากต่างประเทศ
- (2) มีการผ่อนคลายการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างมากในทศวรรษ 1990 กล่าวคือ การเปิดร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ในปัจจุบันจะทำได้ง่ายกว่าสองทศวรรษก่อนมาก

(2.3.3) การพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการขาย

สหรัฐฯ อ้างว่ามาตรการเกี่ยวกับการควบคุมกำกับการส่งเสริมการขายทั้ง 8 มาตรการที่ได้กล่าวแล้วนั้น ทำให้ผู้ผลิตฟิล์มและกระดาษอัดรูปต่างประเทศต้องเสียเปรียบในการแข่งขัน เนื่องจากมาตรการทั้งหลายดังกล่าว จำกัดการให้ส่วนลด (discount) ของรางวัล (gift) คุปอง (coupons) วิธีการซื้อส่วนลด และวิธีการโฆษณาที่สร้างสรรค์ อาทิ เช่น การเปรียบเทียบราคา

ทางคณะผู้ตัดสินเห็นว่า มาตรการทั้ง 8 ประการข้างบนนั้นเป็นมาตรการของรัฐบาล ควรจะได้รับนั้นคือ ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการเจรจาอบเคนดี เกี่ยวกับฟิล์มขาวดำและกระดาษอัดรูป และจากการเจรจาอบโตเกี่ยวกับฟิล์มสีที่เกี่ยวกับสินค้าหลายประการซึ่งรวมถึงฟิล์มสีกระดาษอัดรูป ส่วนประเด็นที่สามนั้นคณะผู้ตัดสินเห็นด้วยกับญี่ปุ่นว่ามาตรการทั้งหมดนั้นเป็นกลาง แต่ว่าการบังคับใช้มาตรการทั้งหลายนั้น อาจทำสินค้านำเข้าเสียเปรียบสินค้าที่ผลิตในประเทศญี่ปุ่นได้ อย่างไรก็ดี สหรัฐอเมริกาก็ไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะผู้ตัดสินเห็นได้ว่า มาตรการดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าอย่างไร

(2.3.4) การพิจารณารวมทั้ง (2.3.1) (2.3.2) และ (2.3.3)

เมื่อพิจารณามาตรการต่างๆ ใน (2.3.1) (2.3.2) และ (2.3.3) รวมกันทั้งหมดแล้ว คณะผู้ตัดสินไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของญี่ปุ่นที่ว่า หากมาตรการแต่ละกลุ่มไม่มีผลกระทบในเชิงลบในเรื่องการเข้าสู่ตลาดของสินค้านำเข้าแล้ว เมื่อพิจารณามาตรการในแต่ละกลุ่มรวมกันทั้งหมดแล้ว ก็ย่อมจะไม่มีผลกระทบเชิงลบในเรื่องการเข้าสู่ตลาดของสินค้านำเข้าด้วย เพียงแต่ว่าสหรัฐฯ ไม่สามารถพิสูจน์โดยการแสดงรายละเอียดให้คณะผู้ตัดสินเชื่อในทฤษฎีผลรวมทั้งหมดตามที่กล่าวอ้างได้ และคณะผู้ตัดสินเอง ก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำการตรวจสอบพิสูจน์ทฤษฎีดังกล่าวแทนสหรัฐอเมริกาด้วย

(2.4) การพิจารณา violation complaint

นอกจากจะเสนอเรื่องให้คณะผู้ผลิตพิจารณาเป็น non-violation complaint ที่พิจารณามาแล้ว รัฐบาลสหรัฐฯ จึงได้ยื่นเรื่องฟ้องเป็นกรณี violation complaint โดยกล่าวหาว่า รัฐบาลญี่ปุ่นละเมิดหลักของ GATT สองหลักการสำคัญคือ การละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) และหลักต้องจัดพิมพ์เผยแพร่ (publication requirements) โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

(2.4.1) ข้ออ้างว่ามีการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่า มาตรการทั้ง 8 มาตรการเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (ตาม 3.3.1) นั้น เป็นมาตรการที่ทำให้สินค้านำเข้าไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งเป็นการขัดกับ Article III.4^{*}

คณะผู้ตัดสินเห็นว่าเพียง 4 มาตรการเท่านั้นที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ และอยู่ในความหมายของ Article III:4 (Laws, regulations or requirements) คือ

- มติคณะรัฐมนตรีปี 1967
- ประกาศของ JFTC ฉบับที่ 17 ปี 1967
- Guidelines ปี 1970 และ
- แผนแม่บทปี 1971

แต่คณะผู้ตัดสินเห็นว่า จากหลักฐานต่างๆ ที่คู่กรณีอ้างมา ไม่ปรากฏว่ามี การเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ปรากฏในมาตรการทั้ง 4 (de jure) หรือการเลือกปฏิบัติ

^{*} Article III.4 บัญญัติว่า

4. The product of the territory of a Member imported into the territory of any other Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.

ต่อสินค้าสหรัฐฯ ในความเป็นจริง (de facto) และทางสหรัฐฯ เอง ก็ไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะผู้ตัดสินพอใจได้ว่าสินค้านำเข้าต้องเสียเปรียบในการแข่งขันกับสินค้าที่ผลิตภายในญี่ปุ่นอย่างไร

(2.4.2) ข้ออ้างว่ามีการละเมิดหลักต้องจัดพิมพ์เผยแพร่

สหรัฐฯอ้างว่าการกระทำดังกล่าวต่อไปนี้ของรัฐบาลญี่ปุ่นขัดต่อบทบัญญัติของ GATT Article X:I*

- รัฐบาลญี่ปุ่นไม่ได้จัดให้มีการพิมพ์เผยแพร่การกระทำต่างๆ ของ JFTC และสภาการค้าโดยเป็นธรรม (the Fair Trade Council) ที่เป็นการบังคับใช้กฎหมายเรื่องพรีเอมิยมและโค้ดเรื่องการแข่งขันโดยเป็นธรรม
- รัฐบาลญี่ปุ่นไม่ได้จัดให้มีการพิมพ์เผยแพร่คำชี้แนะทางด้านบริหาร (administrative guidance) ซึ่งทางสำนักงาน MITI ในต่างจังหวัด องค์การปกครองจังหวัด (prefectural governmental authorities) หรือองค์การปกครองท้องถิ่น (local authorities) ใช้ชี้แนะให้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะเปิดหรือขยายร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ ต้องเจรจาขอความร่วมมือกับคู่แข่งในท้องถิ่นก่อน ก่อนที่จะมายื่นเรื่องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยร้านค้าปลีกขนาดใหญ่

* Article X:I บัญญัติว่า

Laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any Member, pertaining to the classification or the valuation of products for customs purposes, or to rates of duty, taxes or other charges, or to requirements, restrictions or prohibitions on imports or exports or on the transfers of payments therefore, or affecting their sale, distribution, transportation, insurance, warehousing inspection, exhibition, processing, mixing or other use shall be published promptly in such a manner as to enable governments and traders to become acquainted with them.

คณะผู้ตัดสินพิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของสหรัฐอเมริกา โดยให้เหตุผลว่า สหรัฐฯ ไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะผู้ตัดสินพอใจได้ว่า คำตัดสินทางการปกครอง (administrative rulings) ได้ที่ได้อ้างเกณฑ์ (criteria) หรือขยายเกณฑ์ โดยเกณฑ์ที่ว่านั้นจะมีการนำไปใช้ปรับเข้ากับคดีต่อไปในอนาคต

นอกจากนั้นแล้วคณะผู้ตัดสินเห็นว่า การที่ทาง JFTC มอบอำนาจบางส่วนให้กับทางสถาบัน 4 สถาบันของภาคเอกชน เพื่อออกกฎควบคุมภาคเอกชนด้วยตัวเอง (code) และบังคับใช้ได้ดังกล่าวระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยมีสภาการค้าที่เป็นธรรมของผู้ค้าปลีก (The Retailers Fair Trade Council) สภาส่งเสริมการขาย (The Promotion Council) สภาการค้าที่เป็นธรรมของผู้ผลิต (The Manufacturers Fair Trade Council) โดยสถาบันทั้ง 4 และโค้ดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางธุรกิจดังกล่าวจัดตั้งขึ้นมาโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ JFTC จริงตามที่สหรัฐอเมริกากล่าวอ้าง แต่ทางสหรัฐฯ ก็ไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะผู้ตัดสินพอใจได้ว่า มีการละเมิดบัญญัติของ Article X:l

(3) ข้อสังเกตเกี่ยวกับคำตัดสิน

(3.1) คดี Kodak-Fuji เป็นคดีที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นดังกล่าว มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายป้องกันการผูกขาด และยังเป็นปัญหาที่คาบเกี่ยวระหว่างมาตรการของรัฐบาล และวิธีการปฏิบัติทางธุรกิจของภาคเอกชนอีกด้วย

สหรัฐฯ เชื่อว่า การที่สหรัฐฯ ไม่สามารถเจาะตลาดญี่ปุ่นได้ เนื่องจากอุปสรรคการเข้าถึงตลาดญี่ปุ่นเป็นเหตุผลหลัก นอกจากนี้ ยังเห็นว่า WTO เป็นสถาบันที่ยังไม่มีความพร้อมและความเข้มแข็งพอที่จะแก้อุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดที่มีลักษณะหลบซ่อนอย่างญี่ปุ่นได้ สหรัฐฯ เองยืนยันมาตลอดว่า ไม่ควรจะนำเรื่องนโยบายการแข่งขัน (competition policy) ไปอยู่อำนาจหน้าที่ของ WTO ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นและกลุ่มประเทศ EU ประสงค์ที่จะให้มีการเจรจาและทำข้อตกลงเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันภายใต้กรอบการเจรจาของ WTO

การแพ้คดีดังกล่าวของสหรัฐฯ ทำให้สมาชิกของสมาคมเกษตรกรจำนวนหนึ่งไม่พอใจคำตัดสินของ WTO และเรียกร้องให้รัฐบาลสหรัฐฯ หันมาใช้มาตรา 301 ของกฎหมายการค้าตอบโต้ประเทศคู่ค้ามากขึ้น เหมือนในทศวรรษ 1980 แต่ทางรัฐบาลสหรัฐฯ ยังเห็นว่า จากการประเมินผลการตัดสินของ WTO ที่เกี่ยวข้องกับสหรัฐฯ ผลการตัดสินโดยรวมที่ได้ ยังเป็นที่น่าพอใจของรัฐบาลสหรัฐฯ อยู่จึงยังไม่ประสงค์ที่จะหันกลับไปใช้มาตรา 301 เช่นในอดีต

อย่างไรก็ดี มาตรา 301 ของกฎหมายการค้าและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ก็ถูกประเทศคู่ค้าโจมตีเป็นอย่างมาก เนื่องจากหน่วยงานรัฐบาลที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว และศาลของสหรัฐฯ เอง ที่อ้างและตัดสินว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ มีผลบังคับใช้ภายนอกประเทศ (extraterritorial application) ด้วย* แต่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ คือ กองป้องกันการผูกขาด (Antitrust Division) ของกระทรวงยุติธรรม และคณะกรรมการการค้าของสหพันธ์ (The Federal Trade Commission) จะดูแลผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ เนื่องจากการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เกิดในต่างประเทศเท่านั้น หน่วยงานทั้งสองจะไม่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเพื่อผลประโยชน์ทางการค้าของสหรัฐฯ เพราะหน้าที่ดังกล่าวเป็นของ USTR

อย่างไรก็ดี สหรัฐฯ ก็เห็นว่าประเด็นกฎหมายสำคัญที่ถือว่าตนเองชนะ คือ การที่คณะผู้ตัดสิน ตัดสินว่า มาตรการของรัฐบาลซึ่งไม่ได้เป็นการอุดหนุนโดยรัฐ (subsidy) เช่น

- มาตรการเกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้าก็สามารถใช้พิสูจน์ว่าผลประโยชน์สูญเสีย หรือ เสื่อมเสียตาม Article XXIII ได้ และ

* อาทิเช่น The 1988 U.S. Department of Justice Anti-trust Enforcement Guidelines for International Operations และ the 1995 Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement Guidelines for International Operation.

- คำว่ามาตรการ (measure) ใน Article XXIII นั้น ไม่ได้หมายถึงเฉพาะกฎหมาย (law) หรือ กฎระเบียบ (regulation) เท่านั้น แต่ให้รวมถึงคำชี้แนะ (guidance) ที่หน่วยงานของรัฐบาลออกมาเพื่อชี้แนะต่อภาคเอกชนด้วย

สำหรับประเด็นสำคัญที่ทางสหรัฐฯ พิสูจน์ให้คณะผู้ตัดสินพอใจไม่ได้ และยังคงเป็นประเด็นที่จะต้องดูคำตัดสินในคดีต่อไป และมาตรการเยียวยา (remedy) ในเรื่อง non-violation นั้น จะใช้กับกรณีที่รัฐบาลของประเทศสมาชิกเพิกเฉยต่อวิธีการปฏิบัติทางธุรกิจของภาคเอกชนที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (anti-competitive practices) ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญ WTO จึงถูกจับตามองว่าจะแก้ไขปัญหายังไงต่อไปในอนาคต

(3.2) เนื่องจากคดีฟูจิ-โกดัก เป็นคดีที่รัฐบาลสหรัฐฯ ได้แย้งเกี่ยวกับบทบาทของกฎระเบียบทางการตลาดและกฎระเบียบทางการค้า (เพราะยังขาดกฎระเบียบเกี่ยวกับการแข่งขัน) Panel จึงถูกจำกัดให้พิจารณาด้วยวิธีการโต้แย้งแบบ non-violation ที่ต้องมีการทำให้เสื่อมสิทธิหรือเสียผลประโยชน์ ซึ่งกระทบต่อการเข้าสู่ตลาดที่เกิดการเจรจาภายใต้ GATT จากการดำเนินมาตรการใดๆ ของรัฐบาล และในบางประเด็นก็มีข้อจำกัดในการพิจารณา อาทิ

- การรวมตัวทางเศรษฐกิจในแนวตั้ง (vertical integration) เป็นเรื่องยากที่จะตรวจสอบ
- บทบาทขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการแข่งขัน เพราะ WTO มิใช่องค์กรที่มีหน้าที่ดังกล่าวโดยตรง
- การสนับสนุนให้มีการแข่งขันกับการปกป้องผู้แข่งขันหรือผู้ผลิตของตน ซึ่งบางครั้งอาจขัดแย้งกันเอง
- ทำอย่างไรภาครัฐและเอกชนจึงจะชานรับต่อทุนต่างชาติ และสนับสนุนให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ
- แนวทางของโกดักในการลงทุน การโฆษณา และการแข่งขันทางด้านราคาในตลาดฟิล์มและกระดาษอัดรูปในญี่ปุ่น บางพฤติกรรมก็คล้ายว่าจะกระทำการจำกัดการแข่งขันเสียเอง

- Panel แยกแยะระหว่างหลักประกันปริมาณการค้า กับโอกาสในการครองสัดส่วนตลาดว่าเป็นคนละประเด็นกัน ซึ่งเฉพาะโอกาสในการครองสัดส่วนตลาดเท่านั้น ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาความขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือการแข่งขัน
- หลัก national treatment ก็มีได้เป็นพันธกรณีที่จะประกันว่าผู้เข้าแข่งขันในตลาดทุกรายจะต้องได้สัดส่วนในการครองตลาดอย่างเท่าเทียมกัน

(3.3) ประเด็นข้อพิพาทนี้ในคดีนี้ ทำให้สหรัฐฯ ถูกมองว่าเล่นบทบาทของรัฐบาลระหว่างประเทศโดยการนำกฎหมายระดับชาติมาบังคับใช้ (รวมถึงกรณีความตกลงระดับทวิภาคีที่สหรัฐฯ ทำด้วย) การที่สหรัฐฯ อ้างเหตุผลหลายประการที่ไม่นำหลักการป้องกันการผูกขาด หรือนโยบายการแข่งขันของ WTO มาปฏิบัติ น่าจะมาจากความเชื่อ และความกลัว ที่ว่า

- พฤติกรรมการดำเนินธุรกิจควรถูกปรับใช้โดยกฎหมายการแข่งขันมากกว่ากฎหมายการค้า
- กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ มีวิวัฒนาการมานาน จึงมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะนำมาบังคับใช้เองได้
- กฎหมายของสหรัฐฯ สามารถที่จะบังคับใช้นอกอาณาเขต (extraterritorial) ได้ (ซึ่งปัจจุบันสหรัฐฯ ได้ผ่อนคลายเป็นตัวเองไปด้วยการทำความตกลงระดับพหุภาคีกับประเทศต่างๆ)
- Panel อาจสร้างหลักใดๆ ที่ขัดกับกฎหมายภายในของสหรัฐฯ เช่น พิจารณาว่าการดำเนินการของโกดักก็เป็นพฤติกรรมที่เรียกว่า exclusive dealing ในสหรัฐฯ ด้วยเช่นกัน เป็นต้น
- พฤติกรรมของภาครัฐบางประการที่เป็นการช่วยเหลือผู้ผลิตภายในอาจถูกตรวจสอบอย่างละเอียดถี่ถ้วน เช่น กรณีที่รัฐบาลกำหนดห้ามนำเข้าสินค้าที่ลักษณะอย่างเดียวกันกับผู้ผลิตภายใน
- วัฒนธรรมการแข่งขันทางการค้าในระดับชาติหรือระดับทวิภาคี มักใกล้ชิดกับการใช้กฎเกณฑ์ต่อต้านการทุ่มตลาดที่สหรัฐฯ ใช้อย่างไม่ได้สัดส่วนกับนโยบายการแข่งขัน

อย่างไรก็ดี การเรียกร้องให้มียุทธศาสตร์การแข่งขันที่เป็นกลางของสหรัฐฯ จะไม่สูญเสียเป้าหมายว่าสหรัฐฯ เอง ก็ยึดมั่นต่อการแข่งขันที่เป็นธรรมในระบบตลาดรวม และไม่มีพฤติกรรมใดๆ ที่จำกัดการแข่งขันในตลาดเสียเอง

(3.4) ในคดีฟูจิ-โกดัก แม้ว่าสหรัฐฯ จะพ่ายแพ้ แต่ก็ดูเหมือนว่าสหรัฐฯ จะได้รับการช่วยเหลือใน 2 ประเด็น คือ

1. มาตรการใดๆ ของรัฐบาล ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมที่สนับสนุนต่อการดำเนินธุรกิจ ถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงต่อการแข่งขัน โดยการประสานกันของภาครัฐและเอกชนในเรื่องที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในตลาด ย่อมเป็นบทพิสูจน์ในประเด็นนี้ได้เป็นอย่างดี
2. กฎระเบียบทางการค้าไม่เพียงพอ ที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพได้ ในเบื้องต้น การวิเคราะห์นโยบายการแข่งขัน ควรที่จะแยกแยะระหว่างการเข้าสู่ตลาด (access to market) ซึ่งถูกกำหนดโดยอำนาจรัฐ กับชัยชนะในตลาด (success in market) ที่ถูกกำหนดโดยตัวแปรทางเศรษฐกิจหลายประการของบรรดาประเทศต่างๆ ซึ่งมาตรการที่กำหนดสัดส่วนการถือครองตลาดอาจใช้ได้ผลดี ขณะที่ผลประโยชน์ทางการค้าเสียไป หรือเกิดข้อโต้แย้งในกระบวนการจัดจำหน่ายขึ้น ดังนั้น จึงควรให้ความสำคัญกับคำว่า การเข้าสู่ตลาด และ ชัยชนะในตลาด เพราะจะทำให้การกำหนดเรื่องช่องทางการจัดจำหน่ายได้ดียิ่งขึ้น

(3.5) คำตัดสินของ Panel นั้น USTR ประกาศว่า เป็นการเริ่มต้นของการเปิดตลาดใหม่ในธุรกิจฟิล์มและกระดาษอัดรูปในญี่ปุ่น ซึ่ง EU เองก็แสดงความเห็นด้วยในข้อนี้ การทำหน้าที่องค์กรตรวจสอบและบังคับใช้ของ WTO นั้น เป็นเพียงแต่การพิจารณาทบทวนสิ่งที่รัฐบาลญี่ปุ่นได้ทำไปก่อนแล้วเท่านั้น นั่นคือ การเปิดตลาดฟิล์มและกระดาษอัดรูป

(3.6) US-Japan Enhanced Initiative on Deregulation and Competition Policy ที่ลงนามโดยประธานาธิบดีคลินตัน และนายกรัฐมนตรีญี่ปุ่น นายฮาชิโมโตะ เมื่อปี 1997 ที่รัฐบาลญี่ปุ่นยอมที่จะยกเลิกการใช้กฎหมาย Large Scale Retail Stores โดยต้องการให้การดำเนินกฎระเบียบใดๆ มี

ความโปร่งใสมากขึ้น กระบวนการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการยินยอมให้ตรวจสอบ รวมถึงกรณีของบริษัทด้วย ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่บ่งบอกถึงว่า ญี่ปุ่นเริ่มที่จะยอมผ่อนคลายนโยบาย การดำเนินธุรกิจแบบเดิมๆ ของตนเอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทวิเคราะห์และข้อสรุปเชิงนโยบาย

1. กรณี คีฟูจิ - โกดัก

คดี Fuji – Kodak เป็นตัวอย่างสำคัญที่แสดงให้เห็นว่า นโยบายการแข่งขันอาจเป็นทางออกที่ดีและเหมาะสมที่สุดประการหนึ่ง ที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาการเข้าสู่ตลาดในขณะนี้

Kodak กล่าวหา Fuji ว่าดำเนินธุรกิจแบบผูกขาด ขัดขวางการแข่งขัน และกระทบต่อหลักการค้าเสรีของ GATT และรัฐบาลญี่ปุ่นก็ได้พยายามที่แก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างจริงจัง แต่กลับมีการสนับสนุนการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวของภาคธุรกิจด้วย เช่น ออกมาตรการต่อต้านการเปิดเสรี (liberalization countermeasures) มาตรการที่ละเมิดหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) และมาตรการต่อต้านการเปิดเสรีทุน นอกจากนี้ Kodak ยังถูก Fuji คุกคามอำนาจทางการตลาด ทำให้ตนไม่สามารถเข้าสู่ตลาดภายในของญี่ปุ่นได้ เพราะ Fuji ใช้กลยุทธ์แบบ vertical restrain ทำให้ช่องทางการจัดจำหน่ายของ Kodak น้อยลง ซึ่ง Fuji ปฏิเสธว่ารัฐบาลญี่ปุ่นไม่ได้บังคับใช้มาตรการต่างๆ ดังกล่าวเพื่อช่วยเหลือปกป้องบริษัทญี่ปุ่นเลย และ Fuji ก็ไม่ได้ควบคุมระบบการจัดจำหน่าย (distribution system) ด้วย การที่ Kodak ไม่สามารถขยายส่วนแบ่งในตลาดญี่ปุ่นได้นั้น เพราะ Kodak ดำเนินนโยบายที่ไม่มีประสิทธิภาพเอง ทำให้ไม่สามารถแข่งขันในตลาดญี่ปุ่นได้ การดำเนินธุรกิจที่ผิดพลาดของ Kodak เช่น ไม่วางจำหน่ายสินค้าใหม่ๆ ในตลาด กำหนดราคาสินค้าแพงเกินไป ก็เป็นส่วนหนึ่งของความพ่ายแพ้ของ Kodak

นอกจากนี้ market strategy ของ Fuji ก็เหนือกว่า Kodak มาก ภาพที่เห็นได้อย่างเด่นชัดได้แก่ market strategy ของการจำหน่ายกล้อง Fuji Quick Snap หรือกล้องถ่ายรูปประเภทที่ใช้ครั้งเดียวทิ้งที่ถูกวางจำหน่ายอยู่ที่บริเวณจุดชำระเงินค่าสินค้า ซึ่งเป็นบริเวณของสินค้าที่จะขายดี สะท้อนให้เห็นว่า นอกจาก Fuji จะมีการพัฒนาเทคโนโลยีที่สูงขึ้นกว่า Kodak ขณะเดียวกัน Fuji ก็มี market strategy ที่แยบยลกว่า เพราะจุดชำระเงินเป็นจุดที่สินค้ามักจะขายได้ดี เนื่องจากขณะที่ลูกค้าเข้าคิวรอชำระเงินค่าสินค้านั้น ก็อาจสะดุดตาไปกับสินค้าที่จัดวางในตำแหน่งดังกล่าวได้ด้วยเหตุนี้กล้อง Fuji Quick Snap จึงได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางและรวดเร็วในหมู่ผู้บริโภค

มากไปกว่านั้น โครงสร้างการดำเนินธุรกิจของ Kodak ก็ไม่มีประสิทธิภาพ ทำให้ต้นทุนการผลิตสูงมาก ตลาดภายในสหรัฐอเมริกาเองก็ลดลงถึง 70% ดังนั้นเมื่อ Kodak ต้องเผชิญกับปัญหาความตกต่ำดังกล่าว จึงทำให้ต้องลดต้นทุนที่สำคัญๆ ลงไป เช่น การลดพนักงาน (ขณะที่ญี่ปุ่นจะมีนโยบายเลี้ยงคนงาน) หรือการลดต้นทุนเพื่อการวิจัยและพัฒนาซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญต่อการผลิตลง (ขณะที่ Fuji ให้ความสำคัญกับงบประมาณด้านนี้มาก)

Fuji ยังอ้างอีกว่าตนไม่ได้ตั้งใจที่จะดำเนินธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขันต่อผู้อื่น หากแต่ตนมีการพัฒนาทางธุรกิจมาถึงจุดหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า equilibrium analysis คือเมื่อยิ่งดำเนินการดี ต้นทุนเฉลี่ย* ก็ยิ่งต่ำลง ทำให้สามารถตั้งราคาขายได้ต่ำ Fuji จึงไม่ได้กีดกัน Kodak แต่อย่างใด

เมื่อปัญหาดังกล่าวถูกร้องเรียนมายัง WTO คณะผู้ตัดสินได้พิจารณาคำฟ้องของสหรัฐฯ (Kodak โดย USTR) ทั้ง non-violation และ violation complaint แล้ว เห็นว่าหลักฐานที่คู่กรณีอ้างมา ไม่ปรากฏว่า Fuji ได้กระทำการดังที่ Kodak อ้างแต่อย่างใด ทำให้สหรัฐฯอเมริกาพ่ายแพ้ต่อญี่ปุ่น ผลของคำตัดสินดังกล่าว ทำให้เกิดประเด็นที่น่าสนใจที่ว่า วิธีการที่ Fuji หรือญี่ปุ่นใช้นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อ WTO แต่มีผลเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งกลไกการแก้ไขปัญหาของ WTO ที่มีอยู่ในปัจจุบันใช้ไม่ได้ผลกับกรณีนี้เลย จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้นโยบายการแข่งขันกลายเป็นประเด็นสำคัญ ที่น่าจะเป็นหนทางที่เหมาะสมที่จะสามารถแก้ไขปัญหานี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะจะกำกับดูแลพฤติกรรมของภาคธุรกิจได้โดยตรง

หลักสำคัญที่ WTO นำมาใช้วิเคราะห์ในคดีนี้ได้แก่ หลักในมาตรา 23 ของ GATT ที่อนุญาตให้ฟ้องร้องกรณีที่มีการดำเนินมาตรการของรัฐบาลใดๆ ทำให้สูญเสีย หรือเสียประโยชน์ของประเทศสมาชิกอื่นที่คาดว่าจะได้รับ แต่เนื่องจาก WTO เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลทางการค้าระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่มีอยู่จึงล้นแต่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาด้านการค้าเป็นสำคัญ การแก้ไขปัญหาด้านการแข่งขันดังเช่นคดีนี้ จึงเป็นเพียงการนำเอามาตรา 23 มาใช้บังคับแก่กรณีโดยอนุโลมเท่านั้น เพราะข้อเท็จจริงในคดี Fuji – Kodak สามารถนำมาตรา 23 มาปรับใช้ได้อย่างใกล้เคียงที่สุด เมื่อเป็นดังนี้จึงทำให้การฟ้องร้องโดยเอกชนเป็นไปได้ยากขึ้น หรือกลับกัน พฤติกรรมที่กระทำโดยภาคเอกชนก็อาจรอดพ้นจากการกำกับดูแลตามมาตรานี้ได้ นอกจากนี้

* ต้นทุนการผลิตต่อต้นทุนรวม.

มาตรฐานการร้องทุกข์ที่จะเข้าข่ายตามบทบัญญัตินี้ก็ค่อนข้างจะพิสูจน์ได้ยาก ทำให้การตัดสินคดี Fuji – Kodak ถูกมองว่า WTO แก้ไขปัญหาการเข้าสู่ตลาดไม่ได้หรือไม่มีประสิทธิภาพ

ดังนั้นสิ่งที่พิสูจน์ได้จากคดี Fuji – Kodak คือ พฤติกรรมอันเป็นการจำกัดหรือต่อต้านการ แข่งขันของภาคธุรกิจที่มีผลต่อการเข้าสู่ตลาดนั้น ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยอาศัยกลไกของ WTO ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ควรที่จะมีกลไกในเรื่องนโยบายการแข่งขันที่เป็นกลางขึ้นมาเพื่อแก้ไข ปัญหาดังกล่าว แต่จะเป็นแนวทางใดนั้น ขึ้นอยู่กับความพร้อมของทุกๆ ฝ่ายที่เห็นชอบร่วมกันใน การที่จะสร้างเป็นข้อปฏิบัติร่วมในเชิงสถาบัน* ขึ้นมา นอกจากนี้ คดีนี้ยังแสดงถึง market strategy ที่มีประสิทธิภาพว่าสามารถที่จะช่วยรักษาอำนาจทางการตลาดไว้โดยไม่เป็นผลร้ายต่อ ตนเองเมื่อต้องเปิดเสรีทางการค้าหรือบริการได้

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าประเทศไทยก็สามารถเรียนรู้จากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกา ในคดี Fuji – Kodak ได้ว่า แม้การเปิดเสรีทางการค้านั้นเป็นสิ่งที่เชื่อว่าจะส่งผลในทางที่ดีแก่ทุกระบบ เศรษฐกิจก็ตาม แต่พันธกรณีบางประการที่ประเทศสมาชิกต้องผูกพันนั้น ก็อาจส่งผลในทางลบต่อ ตลาดภายในของประเทศสมาชิกได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้ประกอบการภายในประเทศดำเนินธุรกิจโดย มี market strategy ที่ดีก็จะเป็นอาวุธสำคัญที่สามารถใช้ต่อกรกับผู้ประกอบการจากต่างชาติได้ อย่างไม่มีปัญหา ยกตัวอย่าง แม้ว่าการเปิดเสรีทางการค้า จะเป็นพันธกรณีให้ประเทศไทยต้องนำ เข้าข้าวจากต่างประเทศในโควตาที่กำหนดไว้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ ปริมาณการนำเข้าก็ไม่ได้เป็น ไปตามที่กำหนดไว้ เหตุผลทางการตลาดข้อหนึ่งที่ไทยสามารถอ้างคือ ปริมาณการนำเข้าจะเป็น จำนวนเท่าใด รัฐบาลมิได้มีส่วยเกี่ยวข้อง เพราะรัฐบาลมิใช่ผู้นำเข้าข้าวเอง หากแต่เป็นฝ่ายเอกชน ต่างหากที่เป็นผู้กำหนดปริมาณการนำเข้าข้าวโดยตรง หรือกรณีการเปิดเสรีด้านบริการวิชาชีพ นักกฎหมายนั้น หากว่ากระบวนการพิจารณาในศาลยังคงกำหนดไว้ว่าจะต้องใช้ภาษาไทยเป็นหลัก ก็เป็นเรื่องยากที่ผู้ประกอบการวิชาชีพทางด้านกฎหมายชาวต่างชาติจะทำให้ผู้ประกอบการภายในไม่

* สถาบัน (Institute) คือ สิ่งที่มีอิทธิพลต่อความคิด ซึ่งสามารถกำหนดบทบาทหรือพฤติกรรมของ สังคมได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนได้แก่ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ซึ่งเป็นสถาบันรูปแบบหนึ่ง เพราะเป็นสื่อที่มีอิทธิพล ต่อความเชื่อของผู้อ่านในสังคมสูงมาก

“ข้อปฏิบัติร่วมในเชิงสถาบัน” คือ สิ่งที่ได้ถูกสร้างขึ้นอย่างเป็นทางการ เพราะมีความน่าเชื่อถือ ทุกฝ่าย จึงเห็นตรงกันและนำมาปฏิบัติเหมือนกัน.

สามารถแข่งขันได้ ดังนั้น market strategy จึงเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงและให้ความสำคัญอย่างยิ่งน้อยกว่าการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของการเปิดเสรีทางการค้าเลย

2. นโยบายการแข่งขันภายในกรอบของ WTO

จากการศึกษาคดี Fuji – Kodak พบว่าการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องนโยบายการแข่งขันที่เป็นกลางขึ้นมภายในกรอบของ WTO เป็นสิ่งที่มีความจำเป็น อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ดี หลายแนวทางที่เสนอขึ้นโดยผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ว่า Competition Policy Agreement (ต่อไปนี้จะเรียกว่า CPA) ควรที่จะถูกบัญญัติขึ้นในรูปแบบใดนั้น

- แนวทางหนึ่งเห็นว่าควรกำหนด CPA ไว้ใน Annex 4 ของความตกลง WTO โดยเป็นทางเลือกแก่ประเทศสมาชิกว่าจะรับรองหรือไม่รับรองก็ได้ เพราะแนวทางของการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีในอนาคตได้ โดยอาจกำหนดแนวทางการดำเนินการไว้อย่างกว้างๆ และกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการไปสู่เป้าหมาย เช่นเดียวกับ TRIPS ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนาที่จะได้รับประโยชน์จากการมีระยะเวลาเตรียมตัวก่อนที่จะรับพันธกรณีทั้งหมด หรือดำเนินการตามแนวทางของ GATS โดยเปิดช่องไว้เพื่อการเจรจาในอนาคต

นอกจากนี้ การมี CPA ภายในกรอบของ WTO เชื่อว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่การดำเนินนโยบายอื่นๆ ภายใน WTO เช่น TRIPS, Safeguard Agreement และ Antidumping Agreement ให้มีการประสานกันดียิ่งขึ้น และง่ายแก่การกำกับดูแลของ WTO ซึ่งสหรัฐฯ ไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวนี้

- แนวคิดประการถัดมา อย่างที่ได้กล่าวมาแล้วว่า WTO เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการค้ามิใช่ด้านการแข่งขัน เมื่อมีกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้น จึงต้องนำกระบวนการบังคับใช้ของนโยบายการค้ามาประยุกต์ใช้แก่กรณี ซึ่งเป็นเหตุผลว่าทำไม WTO จึงเป็นองค์กรที่ไม่มีมาตรการแก้ไขเยียวยาปัญหาการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ เพราะขณะนี้ WTO ยังไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่ชัดเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่จะนำมาแก้ไขปัญหการแข่งขันได้โดยตรงนั่นเอง

แต่การกำหนด CPA ภายในกรอบของ WTO ก็เป็นเรื่องยาก เพราะการที่ประเทศสมาชิกโดยส่วนใหญ่ของ WTO ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันใช้ภายในประเทศเป็นของตนเอง

ทำให้การกำกับดูแลด้านการแข่งขันเป็นเรื่องยากขึ้นไปอีก เพราะแต่ละประเทศก็มีพื้นฐานทางสังคมและเศรษฐกิจ นอกเหนือจากนั้น กรณีประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันภายในแล้ว มาตรฐานการกำกับดูแลด้านการแข่งขันที่ต่างกัน ก็อาจทำให้การสืบสวนสอบสวนคดีต้องประสบปัญหา เพราะพฤติกรรมการดำเนินธุรกิจที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละระบบเศรษฐกิจเป็นสาเหตุ

การดำเนินการของ WTO ที่มีอยู่ขณะนี้ เป็นเรื่องของการเปิดเสรีทางการค้าและบริการ หาก WTO จะต้องทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการแข่งขันด้วย การดำเนินนโยบายบางอย่างก็อาจขัดแย้งกัน จึงมีแนวคิดที่ว่า ควรที่จะแยกองค์กรที่จะทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการแข่งขันออกจาก WTO เพื่อเป็นอิสระแก่การดำเนินนโยบายทางการค้าต่างๆ

- นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดหนึ่งว่า การที่จะให้ WTO ทำหน้าที่เป็นองค์กรระงับข้อพิพาทเรื่องการแข่งขันทางการค้านั้นไม่เหมาะสม เพราะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในปัจจุบันมักเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับ การบังคับใช้ จึงควรมีความตกลงในระดับพหุภาคีที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันภายในของประเทศสมาชิกมากกว่าจะจัดทำเป็น CPA โดยให้กระบวนการระงับข้อพิพาทนั้นยังคงอยู่ภายใต้ WTO และกำหนดให้การเรียกร้องต้องเป็นลักษณะ “violation” เท่านั้น

- ส่วนแนวคิดสุดท้าย ต้องการให้ WTO ทำหน้าที่เป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันระดับพหุภาคี แต่แยกกระบวนการระงับข้อพิพาทต่างหากจากกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO ในปัจจุบัน

แนวทางต่างๆ กำลังอยู่ในขั้นตอนของการศึกษาถึงผลดีผลเสีย เพื่อหาบทสรุปสำหรับการกำหนด CPA อย่างไรก็ตาม ความพยายามของ WTO ที่จะให้เกิดการค้าที่เป็นธรรมภายใต้แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ของการแข่งขันสมบูรณ์นั้น ก็ยังไม่ปรากฏเป็นรูปธรรมที่ชัดเจน ไม่ว่าจะอยู่ในบริบทของ Competition Policy หรือ Competition Law ทั้งนี้ เป็นเพราะ WTO เป็นองค์กรที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศได้อย่างสมบูรณ์เพียงพอ (mature) อันจะเป็นหลักของทุกประเทศได้ มากไปกว่านั้น ทิศทางของความพยายามในข้อตกลงต่างๆ ดูจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก ขณะที่ให้ความสำคัญกับความเป็น “ตัวตน” ของประเทศคู่ค้าของสหรัฐฯ น้อยเกินไป ดังนั้น ผลของการประชุมหารือที่ออกมาส่วนใหญ่จึงมักเป็นไป

ในรูปของ “ข้อยุติร่วมทางความคิดเห็น” * มากกว่าจะเป็น “ข้อปฏิบัติร่วมในเชิงสถาบัน” ซึ่งเท่ากับว่ามีความคืบหน้าเชิงบวกของนโยบายการแข่งขันในบริบทของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศน้อยมากนับตั้งแต่สิ้นสุดการเจรจา GATT รอบอุรุกวัยเป็นต้นมา

แม้ว่าในเดือนธันวาคม 2539 ทาง WTO จะได้ตั้งคณะทำงานเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันและการค้าขึ้นมา แต่เนื้อหาของการทำงานส่วนใหญ่ก็ยังคงเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางการค้าของสหรัฐฯ เป็นหลัก ด้วยมีเหตุมาจากภาวะไร้ความสามารถของธุรกิจอเมริกันในการเจาะตลาดญี่ปุ่น ทั้งในส่วนของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ในขณะที่ธุรกิจของญี่ปุ่นสามารถทะลุทะลวงตลาดการค้าและการลงทุนของสหรัฐฯ ได้อย่างมีนัยสำคัญ

อย่างไรก็ดี คณะทำงานดังกล่าวสามารถหาข้อยุติได้ในบางส่วนเท่านั้น คือ CPA เกี่ยวกับประเด็นที่ว่าด้วยความโน้มเอียงในการใช้นโยบายการค้าระหว่างประเทศในแนวเดียวกัน (Harmonization of National Trade Regimes) ในหมู่ประเทศคู่ค้าสำคัญ 3 ขั้ว (Tri-Polar) คือ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสหภาพยุโรป ซึ่งได้แก่ แนวคิดเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดและการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อแก้ไขปัญหาที่เชื่อว่าเกิดจากการผูกขาดและจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ ทางสหรัฐฯ พยายามที่จะใช้กรอบแนวคิดนี้ จับคู่เจรจากับคู่ค้าของตนแบบ Bilateral Agreement เพื่อเรียกผลประโยชน์สูงสุดของตนเองกลับมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากกลุ่ม OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) ซึ่งมีความคืบหน้าในเชิงบวกกับสหภาพยุโรป แต่ไม่มีผลในเชิงปฏิบัติการใดๆ กับญี่ปุ่น

สำหรับในส่วนของญี่ปุ่นนั้น ได้แสดงท่าทีต่อคณะทำงานของ WTO นี้ ในประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายการทุ่มตลาดของสหรัฐฯ และประชาคมยุโรปว่า CPA อาจกลายเป็นดาบสองคมในกรณีที่มีการทุ่มตลาด โดยอ้างว่า อยู่บนแนวทางของ CPA จากการ “ตีความ” ที่แตกต่างกัน ซึ่งในผลสุดท้ายนั้น การอ้างอิง CPA เพื่อให้เกิด Trade Harmonization จึงไม่สามารถปฏิบัติได้จริง และกลับเป็นอันตรายต่อความพยายามของประเทศคู่ค้าของสหรัฐฯ ทั้งหมด เนื่องจากต้องจำกัดตนเองจนไม่สามารถแข่งขันได้ เพราะการกระทำใดๆ เพื่อความอยู่รอดของภาคธุรกิจ อาทิ การรวมกลุ่มกัน

* ข้อยุติที่จับบนโต๊ะการประชุม มิได้นำมาปฏิบัติจริง เป็นการเสนอความเห็นเพื่อประชุมในคราวถัดไป ซึ่งอาจเป็นเพราะความไม่กระจ่างในประเด็นที่เป็นปัญหา หรือผู้เข้าร่วมการประชุมแต่ละฝ่ายต่างก็ยึดถือประโยชน์ของตนเองเป็นที่ตั้ง มิได้คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลัก.

เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต ลดต้นทุนในการผลิต จะไปขัดแย้งกับ CPA ในขณะที่ทางสหรัฐฯ มีการใช้นโยบายการกีดกันทางการค้าและการทุ่มตลาดทางอ้อมเป็นเครื่องมือในการแข่งขันระหว่างประเทศ เช่น การกำหนดเงื่อนไข ISO แก่ผู้ผลิตที่เป็นคู่ค้า โดยที่ไม่มีความเห็นใดๆ จาก WTO ในกรอบของ CPA ที่เป็นรูปธรรมเลย

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่านโยบายการแข่งขันมีนัยสำคัญเกี่ยวกับนโยบายการค้าระหว่างประเทศในมิติทางด้านลึกและด้านกว้างมากกว่านโยบายต่อต้านการผูกขาด ดังนั้น เมื่อพิจารณาในส่วนตัวแล้ว CPA จะเกื้อหนุนให้เกิดการบังคับพฤติกรรมของทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภค ให้อยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน ในอันที่จะนำไปสู่วัตถุประสงค์เพื่อ

1. สวัสดิการสูงสุดของสังคม (maximization of social welfare);
2. การกระตุ้นความเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ (promote growth);
3. การรักษาความมั่นคงของเศรษฐกิจ (ensure economic security)

ผู้วิจัยเห็นว่า ในขณะที่แนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดนั้น จะเน้นเฉพาะเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การอุดหนุนการส่งออก และการต่อต้านการทุ่มตลาด ซึ่งก็สามารถนับเข้าเป็นส่วนหนึ่งของ CPA ได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับในส่วนนี้นั้น ได้มีการหาข้อยุติไปมากแล้ว จึงไม่น่าที่จะต้องมากำหนดไว้ใน CPA อีก CPA จึงควรมุ่งเน้นไปที่วัตถุประสงค์ทั้งสามข้อมากกว่า และจะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโครงสร้างทางแนวคิดและวัฒนธรรมทางเศรษฐกิจและสังคมที่เป็นหลักธรรมชาติของประเทศใดๆ เป็นสำคัญ มิใช่จะกำหนดมาจากผลประโยชน์ของสหรัฐฯ แต่ฝ่ายเดียว

การเจาะตลาด การส่งออก และการทำข้อตกลงใดๆ เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศนั้น สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการเจรจากันบนความเข้าใจในผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย และจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสียเปรียบแก่ประเทศคู่เจรจา ทั้งในส่วนของผู้ผลิตและผู้บริโภค การกระทำหรือการเจรจาใดๆ ที่ให้ผลตรงกันข้าม ก็น่าที่จะถือได้ว่ามีเจตนาแอบแฝงในการเจรจา ซึ่งกันและกัน ไม่ว่าจะเกิดจากแรงกดดันทางการเมือง หรือแรงกดดันจากภาคธุรกิจของประเทศคู่เจรจาก็ตาม โดยในกรณีของสหรัฐฯ นั้น มักจะใช้แรงกดดันดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการเจรจา ในขณะที่ประเทศคู่ค้าอื่นๆ โดยเฉพาะญี่ปุ่น จะอ้างอิงแนวทางการเจรจาอยู่บนการสืบทอดแนวคิดของวัฒนธรรมทางเศรษฐกิจธุรกิจ ที่วางรากฐานมาตั้งแต่ยุคสมัยเมจิ (พ.ศ.2411) ที่ใช้นโยบายการรวมกลุ่มของภาคการเงิน ภาคการค้า และภาคการผลิต เพื่อความแข็งแกร่งและความอยู่รอด

ทางเศรษฐกิจสืบเนื่องกันมาจนรู้จักเป็น keiretsu ในปัจจุบัน ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลักวัตถุประสงค์ของ CPA แล้ว keiretsu ได้ให้ Maximum Welfare แก่ญี่ปุ่น ขณะที่กลับก่อปัญหาให้ธุรกิจต่างวัฒนธรรมสหรัฐอเมริกาที่ไม่สามารถเจาะตลาดญี่ปุ่นได้ พร้อมๆ กับที่ก็ไม่สามารถแข่งขันในเวทีการค้าโลกได้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มสินค้ายานยนต์ อิเลคทรอนิกส์ และสินค้าเทคโนโลยีระดับสูง

ในทางตรงกันข้าม แทนที่สหรัฐฯ จะมุ่งแต่ร้องเรียกหาผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศจากญี่ปุ่น ทั้งๆ ที่ keiretsu ได้ทำให้เศรษฐกิจญี่ปุ่นบรรลุวัตถุประสงค์ในกรอบของ CPA ได้เป็นอย่างดี สหรัฐฯ ควรสนใจในประเด็นของการกระทำใดๆ ที่ขัดแย้งกับ CPA มากกว่า และใช้ WTO เป็นเวทีในการแก้ปัญหาที่น้อยกว่าปราศจากการแทรกแซงและอคติทางการเมือง โดยอาจพิจารณากรณี keiretsu ว่าเป็นการรวมกลุ่ม (vertical restraint) เช่นเดียวกับประเทศในสหภาพยุโรป อาทิ เยอรมนี และใช้หลักปฏิบัติระหว่างกันไปในแนวทางเดียวกัน มากกว่าจะมุ่งแนวคิดเพื่อเอาชนะแต่เพียงประการเดียวเหมือนที่เป็นอยู่ ทั้งนี้ การร้องเรียนใดๆ ผ่านเวที WTO สมควรกระทำต่อเมื่อพิสูจน์ชัดเจนแล้วว่า ญี่ปุ่นกระทำการที่ขัดแย้งกับ CPA ซึ่งเป็นเรื่องที่ยาก เนื่องจาก การกระทำใดๆ ของญี่ปุ่นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตาม CPA ได้ และไม่มี ความขัดแย้งที่มีนัยสำคัญใดๆ กับการต่อต้านการผูกขาดภายในประเทศญี่ปุ่น

ต้องยอมรับตามความเป็นจริงว่า ธุรกิจอุตสาหกรรมของสหรัฐฯ เริ่มรู้จักความพ่ายแพ้ เมื่อไม่มีการปรับตัวให้สอดคล้องกับสภาพแท้จริงของธุรกิจ การค้า และการลงทุนระหว่างประเทศ keiretsu ได้สร้างความแข็งแกร่งแก่ธุรกิจของญี่ปุ่น จนมีความพร้อมสำหรับอยู่รอดได้ ในการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญๆ คือ การกระจายฐานการผลิตไปทั่วโลก การสร้างฐานการตลาด การขาย การบริการ และการพัฒนาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ รวมไปถึงการเคลื่อนองค์ความรู้ในภาคเศรษฐกิจ การผลิตและอุตสาหกรรมไปยังฐานการผลิตรอบโลกด้วย ซึ่งก็เป็นในขณะที่ธุรกิจอเมริกันมีการปรับตัวเชิงพลวัตที่น้อยมาก เนื่องจากไม่สามารถสลัดอดีตที่ว่าด้วยความยิ่งใหญ่ของอเมริกันชนลงได้

ภายใต้กรอบ CPA แนวโน้มของปัญหาในปัจจุบันระหว่างสหรัฐฯ กับญี่ปุ่นน่าที่จะได้รับความสนใจเชิงนโยบายในประเด็นของการลงทุนระหว่างประเทศ การค้าบริการ และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เป็นสำคัญ การแก้ไขปัญหามันในกรอบของ CPA ก็จะต้องคำนึงถึง "วัฒนธรรมทางเศรษฐกิจและสังคมระหว่างกัน" ดังที่กล่าวถึงแล้ว ซึ่งก็ต้องยอมรับเช่นกันว่า มีความจำเป็นที่ keiretsu จะต้องลดความเข้มข้นในการรวมกลุ่มลงบ้างพร้อมๆ กับที่รัฐบาลของญี่ปุ่นจะต้องทำการลดกฎเกณฑ์ (deregulation) ใดๆ ในภาคการผลิตและภาคบริการให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ได้ เพื่อเปิดตลาดบางส่วนให้แก่การแข่งขันจากธุรกิจภายนอกประเทศ ที่ไม่จำเป็นต้องเป็นเฉพาะกรณีธุรกิจสัญชาติอเมริกัน อาทิ Kodak แต่ก็ต้องไม่ขัดแย้งหรือทำลายโครงสร้างของ keiretsu ทั้งระบบ จนกลายเป็นการทำลายตนเองไป ซึ่งก็จะขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ในกรอบของ CPA ทั้งนี้ ถ้าธุรกิจสัญชาติอเมริกันยังไม่สามารถเจาะตลาดญี่ปุ่นได้อีก ในขณะที่คู่ค้าอื่นๆ ของญี่ปุ่นสามารถเข้าสู่ตลาดได้ ก็ไม่ควรมีสิทธิใดๆ ที่จะร้องเรียน WTO ได้อีกต่อไป

อันที่จริง กลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นใหม่อย่าง Asia-Pacific Economic Cooperation Forum (APEC) ก็เป็นอีกเวทีหนึ่ง ที่จะช่วยลดแรงตึงเครียดระหว่างประเทศคู่ค้าในกลุ่ม โดยเฉพาะสหรัฐฯ กับญี่ปุ่นลงได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องอาศัยเวทีของ WTO แต่เพียงอย่างเดียว APEC ได้ให้เงื่อนไขของเครื่องมือเชิงนโยบายแก่ประเทศในกลุ่มสำหรับการเข้าสู่ตลาดญี่ปุ่นไว้แล้ว ในบริบทของ Competitive Liberalization ที่ช่วยลดเงื่อนไขการปกป้องตลาดของญี่ปุ่นลงไปได้มาก แต่กลับเป็นธุรกิจสัญชาติอเมริกันเองที่ "ทะนงตนบนการไร้ซึ่งความสามารถ" และหันไปใช้กรอบของ CPA ในการโต้แย้งกับญี่ปุ่น ทั้งที่ "APEC can make a real competition policy contribution" ขณะที่ "Competition policy is not yet encompassed by WTO rules"* ซึ่งเท่ากับว่า การพิจารณาใดๆ เกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการค้าระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ ไม่ควรอ้างอิงอยู่กับ WTO แต่เพียงอย่างเดียว เพราะนอกจากจะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของธุรกิจสัญชาติอเมริกันเป็นหลักแล้ว ก็ยังไม่สามารถใช้เป็นจุดมาตรฐาน (benchmark) ในการกำหนด CPA ได้อีกด้วย

แม้จะมีการกล่าวโดยทั่วไปว่า ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ได้เปรียบทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศแบบเบ็ดเสร็จเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศคู่ค้าทั้งหมดของญี่ปุ่นนั้น ก็เป็นเพียงการกล่าวที่พิจารณาจาก "ตัวเลขสถิติ" ด้านใดด้านหนึ่งเท่านั้น (ดูภาคผนวก) ซึ่งเป็นภาพลวงตาที่อันตรายอย่างยิ่ง ตัวเลขดุลการค้าระหว่างประเทศญี่ปุ่นและคู่ค้าโดยเฉพาะสหรัฐฯ ไม่ได้บอกอะไรที่มากไปกว่า ถ้าไร ขาดทุน ระหว่างกันเหมือนการค้าขายตามปกติ ตัวเลขดังกล่าวไม่ได้สะท้อนความสามารถในการผลิต (productivity) ที่สะท้อนต้นทุนที่แท้จริงของระบบเศรษฐกิจของแต่ละฝ่ายออกมา ขณะที่ไม่ได้ให้ภาพเกี่ยวกับการค้าในภาคบริการแต่อย่างใด จึงเป็นภาวะที่ไม่อาจสรุปได้ว่า ญี่ปุ่นเอาเปรียบประเทศคู่ค้า ในเมื่อสหรัฐฯ เองก็มีกฎหมายข้อห้ามต่างๆ ในเรื่องการค้าภาคบริการอีกมาก ที่อาจกล่าวได้ว่าอยู่ในข่ายการกีดกันทางการค้าเช่นกัน ทั้งนี้ปรากฏว่า ในช่วง

* ถ้อยคำจากการผู้เชี่ยวชาญในเวที APEC.

ทศวรรษ 1990 (2533) นั้น สหรัฐฯ ได้เปรียบทางด้านการค้าบริการมากกว่า 3 เท่าของการขาดดุลการค้าโดยเฉลี่ย

การให้ความสำคัญกับตัวเลขทางการค้า (ดูภาคผนวก) ระหว่างกันแต่เพียงอย่างเดียว จะนำไปสู่การกำหนดนโยบายการค้าระหว่างประเทศที่บิดเบี้ยวไปจากที่ควรจะเป็น นโยบายการค้าระหว่างประเทศของประเทศใดๆ ควรมุ่งเน้นไปที่การสะสมความสามารถทางการผลิต (productivity) ภายในประเทศเป็นสำคัญ มากกว่าจะเน้นไปที่การตอบโต้ทางการค้าซึ่งกันและกัน ในกรณีของสหรัฐฯ นั้น トラบเท่าที่ประชากรยังใช้จ่ายมากกว่าออม (spend more than save) トラบนั้นข้อเรียกร้องใดๆ ผ่าน WTO เกี่ยวกับ "ความรู้สึก" ว่าเสียเปรียบญี่ปุ่น ก็จะมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ไม่ได้สิ้นสุดแค่กรณี Fuji - Kodak เท่านั้น ในแง่การอ้างอิงกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแล้ว สหรัฐฯ จำเป็นต้องลดอัตราภาษีและให้ความเคารพถึงความเป็นไปของประเทศคู่ค้าให้มากกว่าที่เป็นอยู่ การทำงานของ WTO จึงจะบรรลุวัตถุประสงค์ของการให้สวัสดิการสูงสุดแก่สังคมโลกได้

ดังนั้น การกำหนด CPA ภายในกรอบของ WTO จึงเป็นแนวคิดที่ยังหาข้อยุติไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่า CPA จะยังไม่เกิดขึ้นในอนาคตที่เร็ววันนี้ แต่ก็เชื่อว่าไม่มีทางเกิดขึ้น เพราะในเมื่อทุกฝ่ายต่างเห็นถึงความสำคัญของ CPA แนวทางดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ประเทศไทยเองก็ไม่ควรที่จะเพิกเฉยเช่นกัน แม้ว่าขณะนี้ประเทศไทยจะมีกฎหมายการแข่งขันภายในเป็นของตนเองแล้วก็ตาม แต่บทเรียนจากคดี Fuji - Kodak แสดงให้เห็นว่า การเตรียมพร้อมทางด้านกาหนดนโยบายการแข่งขันภายในแต่เพียงประการเดียวนั้น ไม่เพียงพอเสียแล้วในโลกแห่งการค้าเสรีนี้ การร่วมมือกันทั้งภาครัฐและเอกชนในการกำหนด market strategy ที่ดี ก็จะเป็นอีกหนทางหนึ่งที่จะช่วยให้ธุรกิจภายในประเทศยืนหยัดต่อสู้กับธุรกิจต่างชาติได้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กองการค้าพหุพาคี. กฎเกณฑ์การค้าโลกภายใต้ WTO. แหล่งที่มา : <file://A:\wtoevol.html> มกราคม 2542.
- กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กองการค้าพหุพาคี. นโยบายการแข่งขัน : เรื่องใหม่ในความสนใจของ WTO. แหล่งที่มา : <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/compe1.ttm> 23 กันยายน 2540.
- กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ สำนักเจรจาการค้าพหุพาคี. การทบทวนนโยบายการค้าภายใต้ WTO. แหล่งที่มา : <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/n-tpm.htm> มกราคม 2544.
- กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ สำนักเจรจาการค้าพหุพาคี. นโยบายการแข่งขัน. แหล่งที่มา : <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/n-competti.htm> มกราคม 2544.
- กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ สำนักเจรจาการค้าพหุพาคี. นโยบายการแข่งขัน. พฤษภาคม 2542. หน้า 76-78.
- เกริกไกร จีระแพทย์. การเจรจาการค้าระหว่างประเทศของไทย. กรุงเทพฯ : คู่แข่ง , 2539.
- ขจร เลิศสกุลพาณิชย์. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมพฤติกรรมการตั้งราคาเพื่อขจัดคู่แข่งชั้นในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- เข็มชัย ชูติวงศ์. สภาพบังคับทางกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาดและจำกัดการแข่งขันทางการค้า. วารสารอัยการ ปีที่ 4 ฉบับ 37 (มกราคม 2524) : 47-60.
- จิตานันท์ รัชชคดี. การจำกัดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม : องค์ประกอบและเงื่อนไขในการกระทำความผิดตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- จันทร์ลักษณ์ โชติรัตน์ดิถก. กฎหมายป้องกันการผูกขาดกับกิจการโทรคมนาคม. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2536) : 663-676.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดทางธุรกิจการค้า. วารสารกฎหมาย ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2512) : 98-123.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. การป้องกันการผูกขาด. เอกสารประกอบการประชุมเสนางานวิจัย ครั้งที่ 3 เรื่อง การป้องกันการผูกขาด กฎหมายป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ระบบข้อมูลและสารสนเทศของกระทรวงพาณิชย์ กฎหมายบริษัท. 28 มีนาคม 2541 ณ ห้องปรีณส์ 2 โรงแรมปรีณส์พลาเลส กรุงเทพฯ.

ทัชชหัย ถกษะสุต. ประเด็นใหม่ในองค์การการค้าโลก. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2542.

ธง วิทย์วัฒน์. ศัพท์และสำนวนกฎหมาย. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2541.

ธเนศ สุจารีกุล. นโยบายด้านการแข่งขันทางการค้า (Competition Policy). เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องการกีดกันทางการค้าที่มีใช้ภายในการค้าส่งออกของไทยและบทบาทของกระทรวงอุตสาหกรรม. 28 กรกฎาคม 2543 ณ ห้องกมลทิพย์ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพฯ.

ธันยวัชร ไชยตระกูลชัย. Case study 3.0 อ่านเกม อ่านกลยุทธ์ วิเคราะห์ธุรกิจไทย. 2543. 58-73.

นโยบายการแข่งขัน. แหล่งที่มา : <http://www.moc.go.th/thai/dbe/ecoco/govern.htm>

ปิยะพันธุ์ อุดมศิลป์. มาตราการป้องกันการผูกขาดในทางการค้าของประคมยุโรป. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2536) : 653-662.

วิภาช รักษาชาติ. เศรษฐศาสตร์เพื่อสื่อมวลชน. กรุงเทพฯ : รุ่งเรืองสมัยการพิมพ์, 2521.

วิจิต มันทากรณ์. นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (2536) : 122-149.

วิบูลย์ ตั้งกิตติภรณ์. การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

ศิรินารถ ใจมั่น. วิวัฒนาการของ GATT/WTO. วารสารเศรษฐกิจการพาณิชย์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 269 (พ.ค.-มิ.ย. 41) : 17-21.

ศิรินารถ ใจมั่น. 50 ปีระบบการค้าพหุภาคีจาก GATT สู่ WTO. วารสารเศรษฐกิจการพาณิชย์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 269 (พ.ค.-มิ.ย. 41) : 8-16.

ศิริพร สัจจามันท์. รวมศัพท์เศรษฐศาสตร์ การค้า-การเงิน ระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : ซีเอ็ด, 2541.

ศุภชัย พาณิชภักดิ์. ถ้อยแถลงของ ฯพณฯ ดร.ศุภชัย พาณิชภักดิ์ รองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ในการประชุมระดับรัฐมนตรี ครั้งที่ 2 ขององค์การการค้าโลก วันที่ 18 – 20 พฤษภาคม 2541 นครเจนีวา.

- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย. กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542. (เอกสารไม่ตีพิมพ์)
- สุกัญญา นิธังกร. ผู้บริโภคกับตลาดสินค้าที่มีการผูกขาด. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 10 ฉบับที่ 2 (2521) : 229-224.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2527) : 194-212.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. การควบคุมการควบรวมกิจการ (merger control). วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2537) : 689-700.
- สุธีร์ ศุภนิตย์, "การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด", วารสารนิติศาสตร์ 21, ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2534) : 509
- อรมน ชูติเนตร. WTO เริ่มให้ความสนใจกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ. วารสารเศรษฐกิจการพาณิชย์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 269 (พ.ค. – มิ.ย. 41) : 22-24.

ภาษาอังกฤษ

- Addiya Mattoo and Arvind Subramanian. Multilateral rules on competition policy – a possible ray forward. Journal of World Trade Vol.38 No.1 (Feb 1998) : 98-115.
- Akinori Yamada. Competition law and policy in Japan. Paper presented at the conference on global economic development and competition policy. New Delhi India 17 March 1997. Available from : <http://www.jftc.admix.go.jp/e-page/Speech/970303.htm>
- Andrea Giardina and Amerio Beriglia Zampetti. Setting competition – relate disputes : The Arbitration alternative in the framework. Journal of World Trade Vol.31 No.6 (December 1997) : 5-27.
- Barry J. Rodger. The oligopoly problem and the concept of collective dominance : EC development in the light of U.S. trends in antitrust law policy. The Columbia Journal of European Law Vol.2 No.1 (Fall/Winter 1995/96) : 25-47.
- Bernard Hoekman and Peter Holmes. Competition policy, developing countries and the WTO. The World Economy Vol.22 No.6 (August 1999) : 875-893.
- Competition in the global market : the components of competition policy. Internet. 1999.
- Edward M. Graham. The relationship between international trade policy and competition policy. Globalization under treat : the stability of trade policy and multilateral agreements. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 1999.
- Edwin A. Vermulst. A European practitioner's view of the GATT system : Should competition law violations distorting international trade be subject to GATT panels?. Journal of World Trade Vol.27 No.2(April1993) : 55-75.
- Eleanor M. Fox. Competition law and the agenda for the WTO : Forging the links of competition and trade. Pacific Rim Law & Policy Association Vol.4 No.1 (Mar 1995) : 1-36.

- Ellen L. Frost. US-Japan trade : the broader context. Testimony before the subcommittee on trade committee on ways and means US House of representatives. March 28, 1996.
- Ernst – Ulrich Petersmann. International competition rules for governments and for private business : The case for linking future WTO negotiations on investment, competition and environmental rules to reforms of anti – dumping laws. Journal of World Trade Vol. 30 No. 3 (June 1996) : 5-35.
- Estrin, S. and P. Holmes. Competition and economic integration in Europe. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 1998.
- F.M. Scherer. Retail distribution channel barriers to international trade. Antitrust Law Journal Vol.67 Issue 1 (1999) : 76-112.
- Hiroko Yamane and Shingo Seryo. Restrictive practices and market access in Japan : Has the JFTC been effective in eliminating barriers in distribution?. World Competition Law and Economic Review Vol.22 No.2 (June 1999) : 1-39.
- Hiroshi Iyori. A comparison of U.S. – Japan antitrust law : Looking at the international harmonization of competition law. In John O. Haley and Hiroshi Iyori (eds.), Antitrust : A new international trade remedy., p.59-91. Seattle. (n.p.),1995.
- H. Iyori and A. Uesugi, The Antimonopoly Laws and Policies of Japan (1994), Available from <http://www.ljextra.com/practice/internet/GLOBAL.html>
- Jeffrey J. Schott. WTO 2000 : Setting the course for world trade. Institute for International Economics. Washington, D.C. September 1996.
- John H. Jackson, William J. Davey and Alan D. Sykes, Jr.. Legal Problems of International Economic Relation : Cases. Materials and Text. St. Paul : West Publishing, 1995.
- John Ries. Comment on chapter 10. The Japanese business and economic system ; history and prospects for the 21st century. 2000.267-268.
- Julie Goldman. Bad lawyering or ulterior motive? Why The United States lose the film case before the WTO Dispute Settlement Panel. Law & Policy in International Business Vol.30 (1999) : 417-437.

- Kaz Masui. Addendum to chapter 10 : the Kodak-Fuji dispute, the WTO and Trade and competition policies. The Japanese business and economic system ; history and prospects for the 21st century. 2000.269-278.
- Machael J. Trebilcock. Competition law and trade policy : Mediating the interface. Journal of World Trade Vol. 30 No. 4 (August 1996) : 71-106.
- Machael J. Trebilcock. The evolution of competition policy : Lessons from comparative experience. In Rong – I. Wo and Yon – Peng (eds.), Business, Markets and government in Asia, p.86-119 . New Yoke : Routledge, 1998.
- Mark Tilton. Implications of competition policy for international trade : how different is Japan from Germany and does it matter? . Available from Internet. March 1998.
- Mitsuo Matsushita. Competition law and policy in the context of the WTO system. Depaul Law Review Vol. 44 No. 4 (Summer 1995) : 1097-1118.
- Nina Hachigian. Essential Mutual assistance in international antitrust enforcement. The International Lawyer Vol. 29 No. 1 (Spring 1995) : 117-152.
- Peter C. Carstensen. American anti – trust law –an introductory survey with some lessons for transition to reliance on competition law. 1999. (Unpublished Manuscript)
- Peter Morici. Antitrust in the global trading system : reconciling US, Japanese and European approaches. Internet.
- P.J. Lloyd and Kerrin M. Vautier. Promoting competition in global markets : A multi – national approach. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 1999.
- Philip Marsden. The impropriety of WTO “market access” rules on vertical restraints. World Competition Law and Economic Review Vol.21 No.6 (December 1998): 5-24.
- Richard L. Thurston. Japan – The antimonopoly act and Japanese fair trade commission enforcement. The International Lawyer Vol. 27 No. 2 (Summer 1993) : 533-540.
- Stephen Martin. Trade and competition : an industrial economics’ perspective. The World Economy Vol.22 No.6 (August 1999) : 895-906.

Thomas C. Arthur. "Formalistic line drawing" : exclusion of unauthorized servicers from single brand after markets under Kodak and Sylvania. The Journal of Corporation Law (Spring 1999) : 604-639.

William T. Schantz and Leonard F. Robertson, "Antitrust Law" in Essential Business Law, p.563.

World Trade Organization. Report (1998) of the working group on the interaction between trade and competition policy to the General Council. WT/WGTCP/2 8 December 1998 (98-4914). Available from <http://www.wto.org>

Yoshi Tsurumi and Hiroki Tsurumi. Global duopolistic competition between Fuji film and Kodak : corporate strategy and business-government relations. The Japanese business and economic system ; history and prospects for the 21st century. 2000.245-266.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

แหล่งนำเข้าสำคัญของญี่ปุ่น ปี 2540-2543 (ม.ค.-พ.ย.)

มูลค่า : ล้านเหรียญสหรัฐ

อัตราการขยายตัว : ร้อยละ

สัดส่วน : ร้อยละ

	2540	2541	2542	2542	2543	2541	2542	2543	2540	2541	2542	2542	2543
				(ม.ค.-พ.ย.)				(ม.ค.-พ.ย.)				(ม.ค.-พ.ย.)	
รวมทั้งสิ้น	338,470	280,678	311,794	281,062	345,376	-17.07	11.09	22.88	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00
1. สหรัฐอเมริกา	75,640	67,063	67,320	61,424	65,885	-11.34	0.38	7.58	22.35	23.89	21.59	21.79	19.80
2. จีน	41,817	37,109	43,180	38,993	50,218	-11.26	16.36	28.79	12.35	13.22	13.85	13.87	14.54
3. เกาหลีใต้	14,580	12,126	16,195	14,375	18,700	-16.83	33.56	30.09	4.31	4.32	5.19	5.11	5.41
4. ไต้หวัน	12,497	10,244	12,848	11,553	16,405	-18.03	25.42	42.00	3.69	3.65	4.12	4.11	4.75
6. ออสเตรเลีย	14,576	13,008	12,864	11,711	13,524	-10.76	-1.11	15.48	4.31	4.63	4.13	4.17	3.92
7. สหรัฐอาหรับฯ	12,300	8,351	8,921	7,765	13,328	-32.11	6.83	71.64	3.63	2.98	2.86	2.76	3.86
9. ซาอุดีอาระเบีย	11,881	7,178	8,412	7,400	12,620	-39.58	17.19	70.54	3.51	2.56	2.70	2.63	3.65
10. เยอรมนี	12,406	10,718	11,538	10,489	11,644	-13.61	7.65	11.01	3.67	3.82	3.70	3.73	3.37
12. แคนาดา	9,806	7,660	7,931	7,195	7,903	-21.88	3.54	9.84	2.90	2.73	2.54	2.56	2.29
14. สหราชอาณาจักร	7,178	5,853	5,956	5,380	6,008	-18.46	1.76	11.67	2.12	2.09	1.91	1.91	1.74
16. ฝรั่งเศส	5,766	5,741	6,177	5,670	5,789	-0.43	7.59	2.10	1.70	2.05	1.98	2.02	1.68
17. กาตาร์	3,012	2,797	3,501	3,042	5,300	-7.14	25.17	74.23	0.89	1.00	1.12	1.08	1.53
18. อิตาลี	5,930	5,102	5,049	4,614	4,901	-13.96	-1.04	6.22	1.75	1.82	1.62	1.64	1.42
19. อิหร่าน	3,527	2,454	3,187	2,705	4,802	-30.42	29.87	77.52	1.04	0.87	1.02	0.96	1.39
20. ญวต	3,710	2,350	3,065	2,619	4,350	-36.66	30.43	66.09	1.10	0.84	0.98	0.93	1.26
สหภาพยุโรป	44,939	39,082	42,914	39,043	42,646	-13.03	9.81	9.23	13.28	13.92	13.76	13.89	12.35
อาเซียน	50,180	39,767	46,490	41,785	54,137	-20.75	16.91	29.56	14.83	14.17	14.91	14.87	15.67
(5) - อินโดนีเซีย	14,619	10,847	12,649	11,315	14,886	-25.80	16.61	31.56	4.32	3.86	4.06	4.03	4.31
(8) - มาเลเซีย	11,374	8,692	10,975	9,849	13,202	-23.58	26.27	34.04	3.36	3.10	3.52	3.50	3.82
(11) - ไทย	9,567	8,175	8,895	8,087	9,651	-14.55	8.81	19.34	2.83	2.91	2.85	2.88	2.79
(13) - ฟิลิปปินส์	5,018	4,429	5,336	4,821	6,506	-11.74	20.48	34.95	1.48	1.58	1.71	1.72	1.88
(15) - สิงคโปร์	5,875	4,720	5,453	4,874	5,842	-19.66	15.53	19.86	1.74	1.68	1.75	1.73	1.69
(29) - เวียดนาม	2,187	1,749	1,977	1,761	2,389	-20.03	13.04	35.66	0.65	0.62	0.63	0.63	0.69
(37) - บรูไน	1,406	1,028	1,055	940	1,490	-26.88	2.63	58.51	0.42	0.37	0.34	0.33	0.43
(69) - พม่า	99	90	120	92	110	-9.09	13.33	19.57	0.03	0.03	0.03	0.03	0.03
(86) - กัมพูชา	13	16	35	33	46	23.08	118.75	48.48	0.00	0.01	0.01	0.01	0.01
(129) - ลาว	21	20	14	13	11	-4.76	-30.00	-15.38	0.01	0.01	0.00	0.00	0.00

ที่มา : The World Trade Atlas; Japan Edition, November 2000

กลุ่มระบบข้อมูลเศรษฐกิจการค้าของต่างประเทศ

update 30/01/44

แหล่งนำเข้าสำคัญของสหรัฐอเมริกา ปี 2540-2543 (ม.ก.-พ.ย.)

มูลค่า : ล้านดอลลาร์สหรัฐ

อัตราการขยายตัว : ร้อยละ

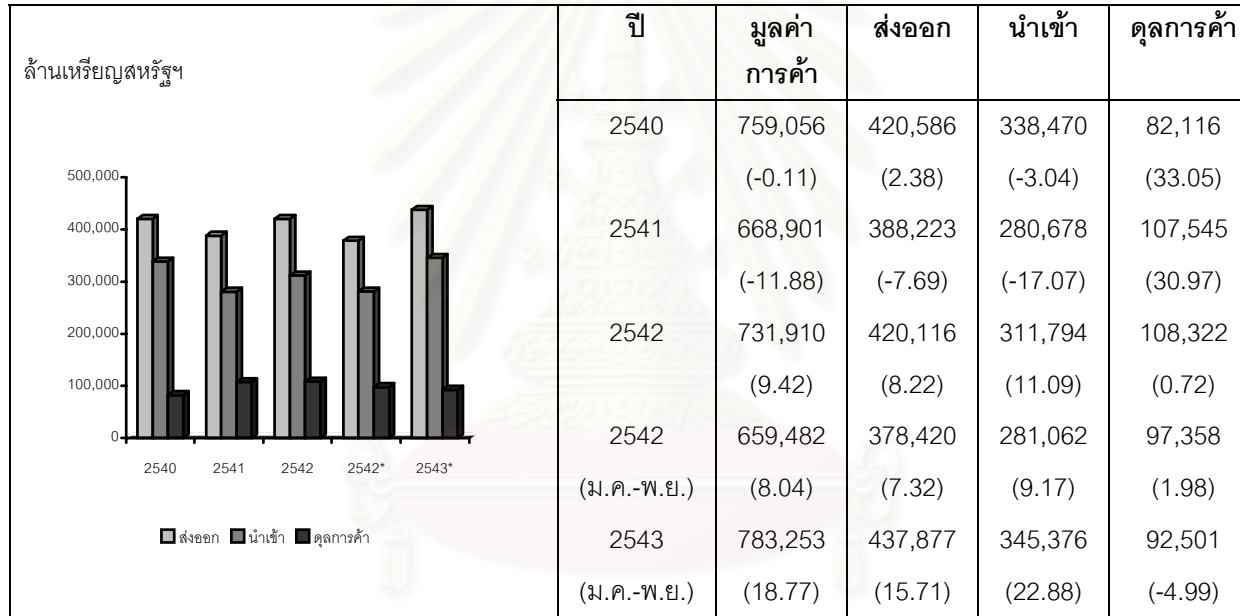
สัดส่วน : ร้อยละ

	2540	2541	2542	2543		2541	2542	2543	2540	2541	2542	2543	
				(ม.ก.-พ.ย.)	(ม.ก.-พ.ย.)							(ม.ก.-พ.ย.)	(ม.ก.-พ.ย.)
รวมทั้งสิ้น	869,704	911,896	1,024,618	933,571	1,117,786	4.85	12.36	19.73	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00
1. แคนาดา	167,234	173,256	198,711	181,193	210,211	3.60	14.69	16.01	19.23	19.00	19.39	19.41	18.81
2. ญี่ปุ่น	121,669	121,845	130,864	119,292	134,541	0.15	7.40	12.78	13.99	13.36	12.77	12.78	12.04
3. เม็กซิโก	85,938	94,629	109,721	100,249	125,787	10.11	15.95	25.47	9.88	10.38	10.71	10.74	11.25
4. จีน	62,558	71,169	81,788	75,101	92,415	13.76	14.92	23.05	7.19	7.80	7.98	8.04	8.27
5. เยอรมนี	43,121	49,842	55,228	49,979	53,826	15.59	10.81	7.70	4.96	5.47	5.39	5.35	4.82
6. สหราชอาณาจักร	32,659	34,838	39,237	35,706	39,890	6.67	12.63	11.72	3.76	3.82	3.83	3.82	3.57
7. ไต้หวัน	32,629	33,125	35,204	31,940	37,351	1.52	6.28	16.94	3.75	3.63	3.44	3.42	3.34
8. เกาหลีใต้	23,173	23,942	31,179	28,129	36,855	3.32	30.23	31.02	2.66	2.63	3.04	3.01	3.30
9. ฝรั่งเศส	20,636	24,016	25,709	23,577	27,005	16.38	7.05	14.54	2.37	2.63	2.51	2.53	2.42
11. อิตาลี	19,407	20,959	22,357	20,459	23,008	8.00	6.67	12.46	2.23	2.30	2.18	2.19	2.06
13. เวเนซุเอลา	13,477	9,181	11,334	10,063	17,050	-31.88	23.45	69.43	1.55	1.01	1.11	1.08	1.53
15. ฮ่องกง	5,867	8,401	10,994	10,275	15,035	43.19	30.87	46.33	0.67	0.92	1.07	1.10	1.35
16. ซาอุดีอาระเบีย	9,365	6,241	8,254	7,284	12,941	-33.36	32.25	77.66	1.08	0.68	0.81	0.78	1.16
18. บราซิล	9,625	10,102	11,314	10,311	12,718	4.96	12.00	23.34	1.11	1.11	1.10	1.10	1.14
19. อิสราเอล	7,326	8,640	9,864	8,907	11,888	17.94	14.17	33.47	0.84	0.95	0.96	0.95	1.06
เกาหลี	253,172	267,885	308,432	281,442	335,998	5.81	15.14	19.38	29.11	29.38	30.10	30.15	30.06
สหภาพยุโรป	157,528	176,380	195,227	177,975	201,703	11.97	10.69	13.33	18.11	19.34	19.05	19.06	18.04
อาเซียน (10)	71,013	73,395	77,658	71,035	80,667	3.35	5.81	13.56	8.17	8.05	7.58	7.61	7.22
(10) มาเลเซีย	18,027	19,000	21,424	19,540	23,451	5.40	12.76	20.02	2.07	2.08	2.09	2.09	2.10
(12) สิงคโปร์	20,075	18,356	18,191	16,616	17,594	-8.56	-0.90	5.89	2.31	2.01	1.78	1.78	1.57
(14) ไทย	12,602	13,436	14,330	13,056	15,050	6.62	6.65	15.27	1.45	1.40	1.47	1.40	1.35
(17) ฟิลิปปินส์	10,445	11,947	12,353	11,367	12,742	14.38	3.40	12.10	1.20	1.31	1.21	1.22	1.14
(23) อินโดนีเซีย	9,188	9,341	9,525	8,767	9,510	1.67	1.97	8.47	1.06	1.02	0.93	0.94	0.85
(67) กัมพูชา	103	365	593	558	782	254.37	62.47	40.14	0.01	0.04	0.06	0.06	0.07
(66) เวียดนาม	388	554	608	560	725	42.78	9.75	29.46	0.04	0.06	0.06	0.06	0.06
(75) พม่า	115	164	232	199	434	42.61	41.46	118.09	0.01	0.02	0.02	0.02	0.04
(80) บรูไน	56	211	389	360	370	276.79	84.36	2.78	0.01	0.02	0.04	0.04	0.03
(158) ลาว	14	21	13	12	9	50.00	-38.10	-25.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

ที่มา : The World Trade Atlas+A63; Japan Edition, November 2000

การค้าระหว่างประเทศของญี่ปุ่น ปี 2540 – 2543 (ม.ค. – พ.ย.)

มูลค่า : ล้านเหรียญสหรัฐฯ



ตัวเลขในวงเล็บเป็นอัตราการขยายตัว

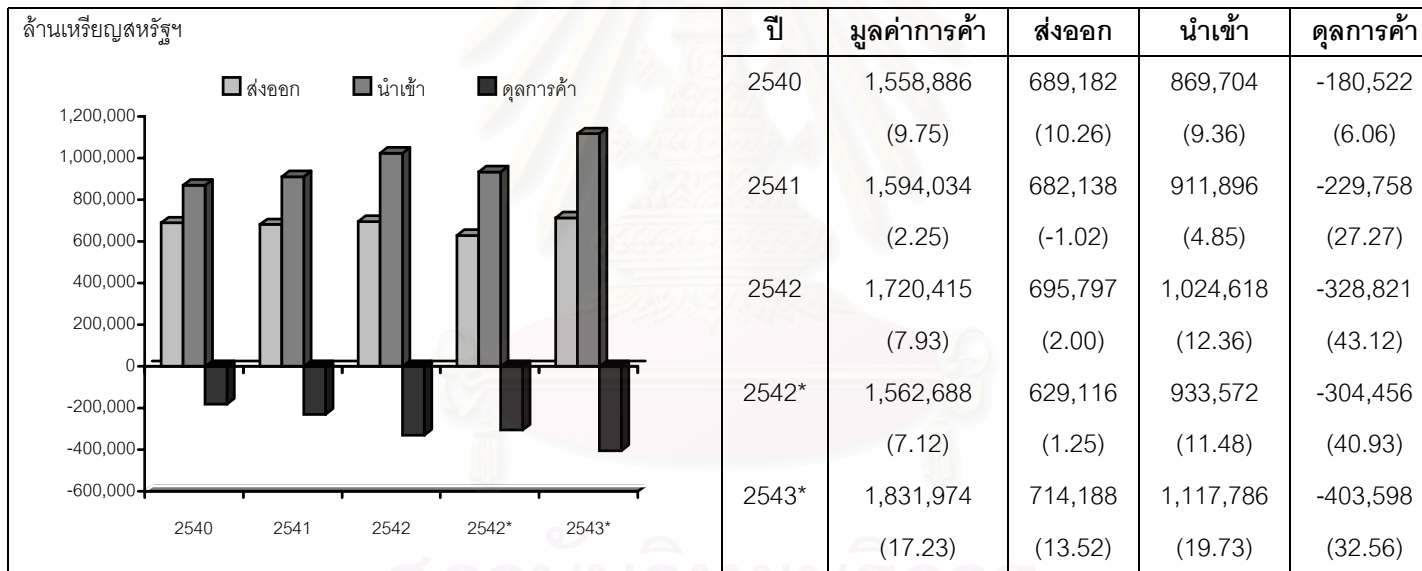
กลุ่มระบบข้อมูลเศรษฐกิจการค้าของต่างประเทศ

ที่มา : The World Trade Atlas; United States Edition, November 2000

update 30/01/44

การค้าระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ปี 2540 – 2543 (ม.ค. – พ.ย.)

มูลค่า : ล้านดอลลาร์สหรัฐ



ที่มา : The World Trade Atlas; United States Edition, November 2000

* (ม.ค. – พ.ย.)

ตัวเลขในวงเล็บเป็นอัตราการขยายตัว

ตลาดส่งออกสำคัญของญี่ปุ่น ปี 2540-2543 (ม.ก.-พ.ย.)

มูลค่า : ล้านเหรียญสหรัฐฯ

อัตราการขยายตัว : ร้อยละ

สัดส่วน : ร้อยละ

	2540	2541	2542	2542		2541	2542	2543	2540	2541	2542	2542		2543
				(ม.ก.-พ.ย.)				(ม.ก.-พ.ย.)				(ม.ก.-พ.ย.)		
รวมทั้งสิ้น	420,586	388,223	420,116	378,420	437,877	-7.69	8.22	15.71	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00
1. สหรัฐอเมริกา	117,007	118,509	128,901	117,028	130,065	1.28	8.77	11.14	27.82	30.53	30.68	30.93	29.70	29.70
2. ไต้หวัน	27,591	25,619	29,022	25,758	33,098	-6.94	13.28	28.50	6.55	6.60	6.91	6.81	7.56	7.56
3. เกาหลีใต้	26,068	15,412	23,115	20,398	27,977	-40.88	49.98	37.16	6.20	3.97	5.50	5.39	6.39	6.39
4. จีน	21,671	20,120	23,492	20,897	27,166	-7.16	16.76	30.00	5.15	5.18	5.59	5.52	6.20	6.20
5. ฮองกง	27,221	22,543	22,191	19,842	24,703	-17.19	-1.56	24.50	6.47	5.81	5.28	5.24	5.64	5.64
7. เยอรมนี	17,969	19,105	18,733	16,906	18,262	6.32	-1.95	8.02	4.27	4.92	4.46	4.47	4.17	4.17
8. สหราชอาณาจักร	13,696	14,609	14,274	12,913	13,556	6.67	-2.29	4.98	3.26	3.76	3.40	3.41	3.10	3.10
11. เนเธอร์แลนด์	9,784	10,867	12,077	10,913	11,354	11.07	11.13	4.04	2.33	2.80	2.87	2.88	2.59	2.59
13. ออสเตรเลีย	7,952	8,025	8,459	7,823	8,000	0.92	5.41	2.26	1.89	2.07	2.01	2.07	1.83	1.83
15. แคนาดา	6,085	6,339	6,958	6,348	6,869	4.17	9.76	8.21	1.45	1.63	1.66	1.68	1.57	1.57
16. ฝรั่งเศส	5,621	6,201	6,852	6,154	6,806	10.32	10.50	10.59	1.34	1.60	1.63	1.63	1.55	1.55
17. ปานามา	6,674	6,105	6,856	6,181	6,239	-8.53	12.30	0.94	1.59	1.57	1.63	1.63	1.42	1.42
18. อิตาลี	3,783	4,264	5,102	4,588	5,300	12.71	19.65	15.52	0.90	1.10	1.21	1.21	1.21	1.21
19. เบลเยียม	3,945	4,515	5,209	4,520	4,788	14.45	11.38	5.93	0.94	1.16	1.20	1.19	1.09	1.09
20. เม็กซิโก	3,873	4,213	4,417	3,983	4,764	8.78	4.84	19.61	0.92	1.09	1.05	1.05	1.09	1.09
สหภาพยุโรป	65,456	71,534	74,713	67,413	71,465	9.29	4.44	6.01	15.56	18.43	17.78	17.81	16.32	16.32
อาเซียน	69,945	46,704	54,582	48,965	62,677	-33.23	16.87	28.00	16.63	12.03	12.99	12.94	14.31	14.31
(6) - สิงคโปร์	20,246	14,791	16,376	14,680	19,090	-26.94	10.72	30.04	4.81	3.81	3.90	3.88	4.36	4.36
(9) - มาเลเซีย	14,509	9,337	11,176	10,054	12,704	-36.56	19.70	26.36	3.45	2.41	2.66	2.66	2.90	2.90
(10) - ไทย	14,603	9,353	11,367	10,202	12,448	-36.95	21.53	22.02	3.47	2.41	2.71	2.70	2.84	2.84
(12) - ฟิลิปปินส์	8,684	7,272	8,798	7,941	9,368	-16.26	20.98	17.97	2.06	1.87	2.09	2.10	2.14	2.14
(14) - อินโดนีเซีย	10,181	4,305	4,910	4,349	6,976	-57.72	14.05	60.40	2.42	1.11	1.17	1.15	1.59	1.59
(29) - เวียดนาม	1,277	1,334	1,646	1,449	1,786	4.46	23.39	23.26	0.30	0.34	0.39	0.38	0.41	0.41
(68) - พม่า	211	187	185	173	184	-11.37	-1.07	6.36	0.05	0.05	0.04	0.05	0.04	0.04
(98) - บรูไน	149	62	52	49	52	-58.39	-16.13	6.12	0.04	0.02	0.01	0.01	0.01	0.01
(102) - กัมพูชา	58	45	50	46	48	-22.41	11.11	4.35	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
(133) - ลาว	29	19	23	21	21	-34.48	21.05	0.00	0.01	0.00	0.01	0.01	0.00	0.00

ที่มา : The World Trade Atlas, Japan Edition, November 2000

กลุ่มระบบข้อมูลเศรษฐกิจการค้าของต่างประเทศ

update 30/01/44

ตลาดส่งออกสำคัญของสหรัฐอเมริกา ปี 2540-2543 (ม.ค.-พ.ย.)

มูลค่า : ล้านเหรียญสหรัฐฯ

อัตราการขยายตัว : ร้อยละ

สัดส่วน : ร้อยละ

	2540	2541	2542	2542	2543	2541	2542	2543	2540	2541	2542	2542	2543
				(ม.ค.-พ.ย.)				(ม.ค.-พ.ย.)				(ม.ค.-พ.ย.)	
รวมทั้งสิ้น	689,182	682,138	695,797	629,116	714,188	-1.02	2.00	13.52	100.00	100.00	100.00	100.00	100.00
1. แคนาดา	151,767	156,603	166,600	150,232	163,165	3.19	6.38	8.61	22.02	22.96	23.94	23.88	22.85
2. เม็กซิโก	71,388	78,772	86,909	78,465	102,769	10.34	10.33	30.97	10.36	11.55	12.49	12.47	14.39
3. ญี่ปุ่น	65,548	57,831	57,466	52,337	59,279	-11.77	-0.63	13.26	9.51	8.48	8.26	8.32	8.30
4. สหราชอาณาจักร	36,425	39,058	38,407	35,274	37,562	7.23	-1.67	6.49	5.29	5.73	5.52	5.61	5.26
5. เยอรมนี	24,458	26,657	26,800	24,401	26,600	8.99	0.54	9.01	3.55	3.91	3.85	3.88	3.72
6. เกาหลีใต้	25,046	16,486	22,958	20,630	25,733	-34.18	39.26	24.74	3.63	2.42	3.30	3.28	3.60
7. ไต้หวัน	20,366	18,164	19,131	17,110	22,465	-10.81	5.32	31.30	2.96	2.66	2.75	2.72	3.15
8. เนเธอร์แลนด์	19,827	18,978	19,437	17,611	19,996	-4.28	2.42	13.54	2.88	2.78	2.79	2.80	2.80
9. ฝรั่งเศส	15,965	17,729	18,877	16,912	18,134	11.05	6.48	7.23	2.32	2.60	2.71	2.69	2.54
11. จีน	12,862	14,241	13,111	12,038	14,665	10.72	-7.93	21.82	1.87	2.09	1.88	1.91	2.05
12. บราซิล	15,915	15,142	13,203	12,211	13,930	-4.86	-12.81	14.08	2.31	2.22	1.90	1.94	1.95
13. ฮังการี	15,117	12,925	12,652	11,455	13,192	-14.50	-2.11	15.16	2.19	1.89	1.82	1.82	1.85
14. เบลเยียม	13,420	13,918	12,381	11,328	12,784	3.71	-11.04	12.85	1.95	2.04	1.78	1.80	1.79
15. ออสเตรเลีย	12,063	11,918	11,818	10,815	11,421	-1.20	-0.84	5.60	1.75	1.75	1.70	1.72	1.60
17. อิตาลี	8,995	8,991	10,091	9,115	10,034	-0.04	12.23	10.08	1.31	1.32	1.45	1.45	1.40
นาฟต้า	223,155	235,375	253,509	228,697	265,934	5.48	7.70	16.28	32.38	34.51	36.43	36.35	37.24
สหภาพยุโรป	140,773	149,034	151,814	138,149	149,496	5.87	1.87	8.21	20.43	21.85	21.82	21.96	20.93
อาเซียน (10)	48,271	39,370	39,942	36,101	43,143	-18.44	1.45	19.51	7.00	5.77	5.74	5.74	6.04
(10) สิงคโปร์	17,696	15,694	16,247	14,727	16,270	-11.31	3.52	10.48	2.57	2.30	2.34	2.34	2.28
(16) มาเลเซีย	10,780	8,957	9,060	8,247	10,130	-16.91	1.15	22.83	1.56	1.31	1.30	1.31	1.42
(19) ฟิลิปปินส์	7,417	6,737	7,222	6,607	7,980	-9.17	7.20	20.78	1.08	0.77	1.04	1.05	1.12
(22) ไทย	7,349	5,239	4,985	4,413	5,875	-28.71	-4.85	33.13	1.07	0.77	0.72	0.70	0.82
(37) อินโดนีเซีย	4,522	2,299	2,038	1,755	2,357	-49.16	-11.35	34.30	0.66	0.34	0.29	0.28	0.33
(71) เวียดนาม	287	274	292	260	337	-4.53	6.57	29.62	0.04	0.04	0.04	0.04	0.50
(96) บรูไน	178	123	67	62	145	-30.90	-45.53	133.87	0.03	0.02	0.01	0.01	0.02
(142) กัมพูชา	19	11	20	19	30	-42.11	81.82	57.89	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
(171) พม่า	20	32	9	9	15	60.00	-71.88	66.67	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
(198) ลาว	3	4	2	2	4	33...	-50.00	100.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

ที่มา : The World Trade Atlas; Japan Edition, November 2000

ความตกลงระดับทวิภาคีของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประเด็นจากอุตสาหกรรมก่อสร้าง (Construction)

รัฐบาลญี่ปุ่นเพิกเฉยต่อพฤติกรรมอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันของบรรดาบริษัทผู้รับเหมาก่อสร้าง และขาดมาตรการทางด้านบริหารที่จะนำมาบังคับใช้กับการสมคบกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน เช่น การร่วมกันกำหนดราคาประมูล (bid-rigging) หรือขีดขวางการขายของบริษัทก่อสร้างของต่างชาติ (เกิดเมื่อปี 1988)

ผล มีความตกลงเพื่อขยายความตกลงเดิมระหว่างสหรัฐฯ และญี่ปุ่นให้ครอบคลุมอุตสาหกรรมการรับเหมาก่อสร้างมากขึ้น โดยออกมาตรการพิเศษเพื่ออำนวยความสะดวกต่อการเข้ามาลงทุนต่างชาติ

ประเด็นจากอุตสาหกรรมเครื่องแปรรูปโลหะ (amorphous metal transformers)

รัฐบาลญี่ปุ่นอนุญาตให้บรรดาบริษัทอุปกรณ์ไฟฟ้า (electric utility) คว่ำบาตร (boycott) ในการซื้อเครื่องแปรรูปโลหะจากต่างชาติ และยอมให้บริษัทญี่ปุ่นแต่ละรายสามารถปฏิเสธที่จะเจรจาทำความตกลงเรื่องการแยกใบอนุญาตจากกัน (separate license) กับบริษัทต่างชาติ (เกิดเมื่อปี 1990)

ผล เกิดความตกลงที่เป็นหลักประกันในการซื้อเครื่องแปรรูปโลหะ ของต่างชาติ

ประเด็นจากอุตสาหกรรมเซมิคอนดักเตอร์ (Semi-conductor)

รัฐบาลญี่ปุ่นปล่อยให้โครงสร้างตลาดของอุตสาหกรรมเซมิคอนดักเตอร์ถูกครอบงำโดยบริษัทผู้ใช้เซมิคอนดักเตอร์จำนวนหนึ่ง ซึ่งรวมตัวกันอย่างแข็งแกร่งในเรื่อง R&D การผลิต และโดยประการอื่นอันเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดของบริษัทต่างชาติ(เกิดเมื่อปี 1985)

ผล รัฐบาลญี่ปุ่นออกมาตรการเพื่อปรับปรุงการเข้าสู่ตลาดของบริษัทต่างชาติ ภายหลังเมื่อถูกสหรัฐฯ อ้างว่า การเข้าสู่ตลาดถูกจำกัด จึงได้มีการเจรจาให้จัดส่วนแบ่งตลาดแก่บริษัทต่างชาติ 20 %

ประเด็นจากอุตสาหกรรมโซดาแอช (Soda ash)

บริษัทนำเข้าโซดาแอช ได้รวมตัวกันเพื่อการนำเข้า (import cartel) อันเป็นการจำกัดการนำเข้าของบริษัทต่างชาติ (เกิดเมื่อปี 1983)

ผล รัฐบาลสหรัฐฯ ได้ร้องเรียนขึ้น คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมของประตศญี่ปุ่น (The Fair Trade Commission : JFTC) ได้ดำเนินการไต่สวนกรณีดังกล่าวและตัดสินว่า cartel นั้นละเมิดกฎหมายแข่งขันของญี่ปุ่นต้องยกเลิกไป

ประเด็นจากอุตสาหกรรมกระดาษและกระดาษอัด (paper and paper board)

ผู้จำหน่ายสินค้า (หรือผู้จัดส่งสินค้า) ของสหรัฐฯ ร้องเรียนว่าพันธมิตร (alliances) ระหว่างผู้ผลิต (Producers) และผู้จัดจำหน่าย (distributors) ในญี่ปุ่น ร่วมกันขัดขวางการนำเข้าผลิตภัณฑ์ (Products) จากต่างชาติ (เกิดเมื่อปี 1986)

ผล มีความตกลงที่ระบุให้รัฐบาลญี่ปุ่นกระตุ้นผู้จัดจำหน่ายในประเทศให้เพิ่มปริมาณการนำเข้า และบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอุตสาหกรรมกระดาษอย่างเต็มประสิทธิภาพ โดยความร่วมมือของภาคเอกชน ซึ่งจะถูกรตรวจสอบโดย JFTC

ประเด็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านราคา (exchanging price information)

กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐฯ (The Justice Department of the United States) คัดค้านการดำเนินการในระหว่างบริษัทญี่ปุ่นที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านราคา กัน ซึ่งเท่ากับเป็นการกำหนดราคาของสินค้านำเข้าโดยปริยาย (เกิดเมื่อปี 1982)

ผล รัฐบาลญี่ปุ่นออกแนวทางการจัดการ (administrative guidance) ให้บรรดาบริษัทที่ถูกกล่าวหาให้ระงับการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านราคาต่อกัน

ประเด็นจากกีดกันออกไป (exclusionary) ในอุตสาหกรรมต่างๆ

ภายใต้กรอบความตกลง รัฐบาลสหรัฐฯ ยกผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกีดกันออกไป (exclusionary) ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายในอุตสาหกรรมรถยนต์และชิ้นส่วนรถยนต์ อุตสาหกรรมกระดาษ และอุตสาหกรรมแผ่นกระจกเรียบ (เกิดเมื่อปี 1993)

ผล JFTC ได้ดำเนินการสำรวจในอุตสาหกรรม 4 ประเภทเพื่อประเมินว่าการดำเนินการของภาคเอกชนและโครงสร้างของอุตสาหกรรม (รวมถึงการถือหุ้นไขว้ และดำเนินการตามปกติ) นั้นส่งผลไปในทางกีดกันการเข้าสู่ตลาดหรือไม่



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาววราภา วรพิชโยทัย เกิดเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ.2515 ที่จังหวัดพะเยา สำเร็จมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสตรีวิทยา และได้รับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2538 หลังจากนั้นได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2540



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย