

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.
2560



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Unilateral Refusal to Deal under Section 57 of Trade Competition Act B.E. 2560

Mr. Eakkachon Kasemtavornsin



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่ง
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

โดย

นายเอกชน เกษมถาวรศิลป์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

..... กรรมการ

(อาจารย์ ดร. กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ สรวีศ ลิ้มปั้งซี่)

5886042734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: UNILATERAL REFUSAL TO DEAL / MARGIN SQUEEZE / UNILATERAL CONDUCT / UNFAIR TRADE PRACTICE

EAKKACHON KASEMTAVORNSIN: Unilateral Refusal to Deal under Section 57 of Trade Competition Act B.E. 2560. ADVISOR: ASST. PROF. WIROTE WATINPONGPUN, J.S.D., 441 pp.

Unilateral refusal to deal no matter if it is actual, constructive or a margin squeeze may impair and impede refused undertakings and competition. It is deemed as an unfair trade practice under article 57 of Trade Competition Act B.E. 2560.

However, the study shows that article 57 may not be used to control conducts of unilateral refusal to deal that may arise in Thailand appropriately and efficiently. Firstly, the enforcement of this article is ineffective such as it is unclear if the article regulates all forms of refusal to deal and the applicable law is not unified. Moreover, the article lacks criteria for assessment of illegality and defenses. Secondly, there is no clear interpretation whether this article aims to protect competitor undertakings or competition.

Therefore, it is suggested that article 57 should be amended in line with the true objective of the law. Notification should be issued by Competition Commission to treat unilateral refusal to deal as a form of unfair trade practices to make the law more unified and understandable. Guidelines should also be made to include criteria for assessment of illegality and defenses for undertakings to rely on to avoid unlawful conducts. The study uses competition laws including the articles, the court decisions, the rulings and the guidelines of competition commission from more experienced countries, namely, the United States of America, Japan, Republic of Korea and Federal Republic of Germany which can tackle and control all forms of problems arising out of unilateral refusal to deal suitably and efficiently as a model.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2017

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้เนื่องด้วยความกรุณาอย่างสูงจากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยคอยให้คำแนะนำช่วยเหลือในการทำวิทยานิพนธ์ ตั้งแต่การริเริ่มคิดหัวข้อ ชี้แนะประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ติดตามความก้าวหน้า ตลอดจนช่วยดำเนินการแก้ไขปัญหาอุปสรรคต่างๆ ที่เกิดขึ้น ทั้งยังคอยให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา จนกระทั่งวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงเป็นอย่างดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์มา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และท่านอาจารย์ สรวิศ ลิ้มปริงชี ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านอาจารย์ทั้งสามได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการอ่านวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่มีเนื้อหาค่อนข้างมาก เพื่อที่จะได้ให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนในการแก้ไขปรับปรุง ชี้แนะให้เห็นมุมมองใหม่ๆ ทำให้ผู้เขียนสามารถพิจารณาประเด็นต่างๆ ได้อย่างรอบด้าน และสามารถทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นได้

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวสำหรับความเข้าใจและกำลังใจที่มีให้เสมอมา ขอขอบคุณ คุณสาโรจน์ เกษมถาวรศิลป์ และคุณประทุมภรณ์ เกษมถาวรศิลป์ ผู้ซึ่งเป็นบิดาและมารดาของผู้เขียน ที่ได้มอบชีวิต เลี้ยงดู อบรม ให้โอกาสในการศึกษา คอยช่วยเหลือสนับสนุนผู้เขียนในทุกๆ เรื่องจนผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้สำเร็จ รวมถึงแพทย์หญิงบุษยเมฆ เกษมถาวรศิลป์ พี่สาวที่คอยเป็นกำลังใจให้มาโดยตลอด

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังขอขอบคุณสำหรับมิตรภาพและการช่วยเหลือทั้งทางวิชาการและทางจิตใจจากเพื่อนๆ ทุกท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คุณพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล คุณชลลดา คุ่มม่วง คุณพิเชษฐ์ เปี่ยมมีสมบูรณ์ และคุณนิติวงศ์ หม่อมวงศ์ และเพื่อนร่วมรุ่นทุกๆ คนในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ผู้ร่วมต่อสู้ในการทำวิทยานิพนธ์ด้วยกันมาตลอดเวลากว่าสองปี รวมไปถึงทุกๆ ท่านที่มีส่วนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้ โดยผู้เขียนไม่สามารถเอ่ยนามได้อย่างครบถ้วน

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนมีความตั้งใจอย่างยิ่งให้ผู้ที่ได้ศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้รับประโยชน์ และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่วงการกฎหมายของประเทศไทย หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้พอจะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดา คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และต้องกราบขออภัยมา ณ ที่นี้

สารบัญ

| | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| สารบัญตาราง..... | ฑ |
| สารบัญรูป..... | ฒ |
| บทที่ 1 บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย..... | 6 |
| 1.3 ขอบเขตของการวิจัย..... | 7 |
| 1.4 สมมติฐานของการวิจัย..... | 7 |
| 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... | 7 |
| 1.6 วิธีการวิจัย..... | 8 |
| 1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง..... | 8 |
| บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 12 |
| 2.1 ความหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 13 |
| 2.2 ประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 19 |
| 2.2.1 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่ง (vertical) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ฝ่ายเดียวในแนวนอน (horizontal)..... | 19 |
| 2.2.2 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง (outright) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive)..... | 25 |
| 2.2.3 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกดตันราคา (margin squeeze หรือ price squeeze)..... | 27 |

| | |
|--|----|
| 2.2.4 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบไม่มีเงื่อนไข (unconditional) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไข (conditional) | 33 |
| 2.2.5 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยตรง (direct) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอ้อม (indirect) | 35 |
| 2.2.6 สรุปประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 37 |
| 2.3 พัฒนาการทางกฎหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 38 |
| 2.3.1 พัฒนาการทางกฎหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสหภาพยุโรป | 38 |
| 2.3.2 พัฒนาการทางกฎหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศสหรัฐอเมริกา | 46 |
| 2.4 ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 55 |
| 2.4.1 ผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจด้วยตนเอง | 55 |
| 2.4.1.1 สร้างอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธ | 56 |
| 2.4.1.2 กำจัดผู้ประกอบการอื่นและลดการแข่งขันในตลาด | 56 |
| 2.4.1.3 ปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด | 59 |
| 2.4.2 ผลกระทบต่อผู้บริโภค | 60 |
| 2.4.3 ผลกระทบต่อสังคม | 61 |
| 2.5 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 62 |
| 2.6 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทย | 65 |
| 2.6.1 เสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ | 66 |
| 2.6.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 | 72 |
| 2.6.2.1 การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 | 74 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 2.6.2.2 | วัตถุประสงค์ของมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560..... | 77 |
| 2.6.2.3 | องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560..... | 81 |
| 2.6.2.4 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทต่าง ๆ | 82 |
| 2.6.2.5 | หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 | 85 |
| 2.6.2.6 | ปัญหาการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560..... | 86 |
| บทที่ 3 | การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ..... | 89 |
| 3.1 | ประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 90 |
| 3.1.1 | วัตถุประสงค์ของมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act..... | 98 |
| 3.1.2 | องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act..... | 99 |
| 3.1.3 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act | 103 |
| 3.1.4 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act | 110 |
| 3.1.5 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act | 112 |
| 3.1.6 | หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act..... | 120 |
| 3.1.6.1 | หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้..... | 121 |
| 3.1.6.2 | หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย | 155 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.6.3 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการ กีดตันราคา | 155 |
| 3.1.7 ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act | 157 |
| 3.2 ประเทศญี่ปุ่น..... | 159 |
| 3.2.1 วัตถุประสงค์ของมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act | 166 |
| 3.2.2 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act..... | 167 |
| 3.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act | 174 |
| 3.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act | 180 |
| 3.2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดตันราคาตาม มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act..... | 182 |
| 3.2.6 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่าย เดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act | 187 |
| 3.2.6.1 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้..... | 188 |
| 3.2.6.2 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย | 201 |
| 3.2.6.3 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการ กีดตันราคา | 202 |
| 3.2.7 ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act | 207 |
| 3.3 สาธารณรัฐเกาหลี..... | 211 |
| 3.3.1 วัตถุประสงค์ของมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 217 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 3.3.2 | องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 220 |
| 3.3.3 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 225 |
| 3.3.4 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 237 |
| 3.3.5 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตาม มาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 240 |
| 3.3.6 | หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่าย เดียวภายใต้มาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 246 |
| 3.3.6.1 | หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้..... | 247 |
| 3.3.6.2 | หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย | 279 |
| 3.3.6.3 | หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการ กีดกันราคา | 280 |
| 3.3.7 | ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมกาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act..... | 280 |
| 3.4 | สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | 283 |
| 3.4.1 | วัตถุประสงค์ของมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition | 291 |
| 3.4.2 | องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition..... | 300 |
| 3.4.3 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition | 306 |
| 3.4.4 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition | 317 |
| 3.4.5 | แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตาม มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition..... | 321 |

| | | |
|---|---|-----|
| 3.4.6 | หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition | 332 |
| 3.4.6.1 | หลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้..... | 333 |
| 3.4.6.2 | หลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย | 344 |
| 3.4.6.3 | หลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา | 345 |
| 3.4.7 | ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition | 347 |
| บทที่ 4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาการควบคุมพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยกับต่างประเทศ | | |
| 4.1 | ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560..... | 349 |
| 4.1.1 | ด้านประเภทของการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 350 |
| 4.1.1.1 | การกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย..... | 351 |
| 4.1.1.2 | การกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา..... | 354 |
| 4.1.1.3 | ความสัมพันธ์ระหว่างการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภท | 355 |
| 4.1.2 | ด้านการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 359 |
| 4.1.3 | ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการกีดกันการแข่งขันที่ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 362 |
| 4.1.3.1 | หลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 364 |
| 4.1.3.2 | หลักเกณฑ์ของประเทศญี่ปุ่น..... | 366 |
| 4.1.3.3 | หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี..... | 368 |
| 4.1.3.4 | หลักเกณฑ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | 370 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 4.1.3.5 | ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเรื่องส่วนแบ่งตลาด | 373 |
| 4.1.3.6 | การนำเอาหลักเกณฑ์มาปรับใช้..... | 377 |
| 4.1.4 | ด้านข้อต่อสู่ของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 383 |
| 4.2 | ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560..... | 386 |
| 4.2.1 | วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ | 386 |
| 4.2.2 | วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560..... | 390 |
| 4.2.3 | ความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมกับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 393 |
| บทที่ 5 | บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 396 |
| 5.1 | บทสรุป..... | 396 |
| 5.2 | ข้อเสนอแนะ..... | 402 |
| 5.2.1 | ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย..... | 402 |
| 5.2.2 | ข้อเสนอแนะในการออกประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า | 405 |
| 5.2.3 | ข้อเสนอแนะในการจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า..... | 407 |
| 5.2.3.1 | แนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว | 407 |
| 5.2.3.2 | แนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านข้อต่อสู่สำหรับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว..... | 427 |
| | รายการอ้างอิง | 432 |
| | ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ | 441 |

สารบัญตาราง

หน้า

| | |
|--|-----|
| ตารางที่ 1 ตารางสรุปเปรียบเทียบประเภทของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูก ควบคุมภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและบทบัญญัติที่ใกล้เคียงในแต่ ละประเทศ | 357 |
| ตารางที่ 2 ตารางสรุปเปรียบเทียบการปรับใช้มาตรา 57 ในแต่ละอนุมาตราเพื่อควบคุม พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและปัญหาในการปรับใช้ที่เกิดขึ้น..... | 361 |
| ตารางที่ 3 ตารางสรุปเปรียบเทียบข้อยกเว้นด้านส่วนแบ่งตลาดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกควบคุมภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและ บทบัญญัติที่ใกล้เคียงในแต่ละประเทศ..... | 376 |
| ตารางที่ 4 ตารางสรุปเปรียบเทียบหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่นำมาใช้พิจารณาความผิดของการ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภท | 378 |
| ตารางที่ 5 ตารางสรุปเปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็น ธรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ | 392 |

สารบัญรูป

หน้า

| | |
|--|-----|
| รูปที่ 1 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวที่มีข้อตกลงในแนวดิ่ง | 17 |
| รูปที่ 2 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวที่มีข้อตกลงในแนวนอน | 17 |
| รูปที่ 3 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งตามความเห็นแนวทางแรก | 20 |
| รูปที่ 4 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งตามความเห็นแนวทางที่สอง | 21 |
| รูปที่ 5 รูปแสดงสถานการณ์การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป | 22 |
| รูปที่ 6 รูปแสดงสถานการณ์การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน | 24 |
| รูปที่ 7 รูปแสดงสถานการณ์การกีดกันราคาด้วยวิธีการต่าง ๆ | 31 |
| รูปที่ 8 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี <i>Sagisaka</i> | 36 |
| รูปที่ 9 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ต้นน้ำ | 58 |
| รูปที่ 10 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี <i>Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.</i> | 176 |
| รูปที่ 11 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี <i>NIPRO Corporation</i> | 180 |
| รูปที่ 12 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี <i>Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East)</i> | 185 |
| รูปที่ 13 รูปแสดงการกีดกันราคาในส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำและราคาสินค้าต้นน้ำเป็น บวก (positive effect) | 329 |

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการดำเนินธุรกิจตามปกติย่อมต้องมีการทำธุรกรรมต่าง ๆ เกิดขึ้นเป็นประจำ เป็นธรรมดาที่ธุรกรรมบางอย่างผู้ประกอบการอาจไม่สามารถตกลงกันได้อย่างลงตัวจึงเกิดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจขึ้น สำหรับการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งใช้ดุลยพินิจโดยอิสระของตนเองปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับลูกค้าหรือคู่แข่งอีกฝ่ายหนึ่ง หรือที่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเรียกว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal)”¹ นั้น โดยสภาพเป็นการที่เอกชนใช้เสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ที่ตนมีอยู่อย่างเต็มเปี่ยมในการเลือกที่จะเข้าทำสัญญากับใครหรือไม่เข้าทำสัญญากับใครก็ได้ ดังนั้นการใช้เสรีภาพที่ตนมีจึงไม่น่าจะเป็นความผิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดี่ยวนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทั้งผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย หรือต่อระบบการแข่งขันและต่อผู้บริโภคได้ จึงเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ เห็นว่าจำเป็นต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลและควบคุม

สำหรับประเทศไทย การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจถูกควบคุมภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 50 ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธโดยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม* ตามมาตรา 57 ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธโดยผู้ประกอบการทั่วไปแม้มิได้มีอำนาจเหนือตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 มีความน่าสนใจให้ศึกษามาก เนื่องจากมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างและเป็นบทบัญญัติที่สามารถบังคับใช้กับผู้ประกอบการทุกรายโดยไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเหมือนมาตรา 50 หรืออาจกล่าวได้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบการ

¹ Seth Schwartz, "Unilateral Refusals to Sell Production Facilities: Should Courts "Shake" the Invisible Hand?," *Fordham Law Review* 49, 5 (1981): 847.

* คำว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมแปลมาจากคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่ว่า “Unfair Trade Practices” ซึ่งภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีการแปลคำศัพท์ดังกล่าวไว้หลายคำ เช่น พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม หรือ การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขอแปลว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่มีอำนาจเหนือตลาดก็อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้ทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดและรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังมีอยู่น้อยมากและยังขาดความชัดเจน เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีประสบการณ์ในการดำเนินการกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยไม่มากนัก กอปรกับแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งออกโดยสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายในที่มีอยู่เดิม อาจไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน และมีได้ลงในรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ส่งผลให้การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาความไม่ชัดเจนหลายประการ ทั้งความไม่ชัดเจนในด้านการบังคับใช้ และด้านวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังนี้

ปัญหาการบังคับใช้ประการแรก คือ การบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีขอบเขตหมายความรวมถึงถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทใดบ้าง โดยหลักแล้ว พฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถจำแนกได้เป็นหลายประเภท ได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ (actual) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกดดันราคา (margin squeeze) และแม้มาตรา 57 จะถูกบัญญัติขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง จนอาจบังคับใช้เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบถ้วนทุกประเภทก็ตาม แต่แนวคิดในเรื่องประเภทของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยยังมีขอบเขตที่ไม่ชัดเจน ทำให้การบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวยังขาดความชัดเจนตามไปด้วย สาเหตุที่แนวคิดในเรื่องประเภทของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยมีขอบเขตที่ยังไม่ชัดเจนเป็นเพราะประเทศไทยมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่น้อย กล่าวคือ นับตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับเดิมในปี พ.ศ. 2542 ปราบกฏเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพียงแค่ 4 เรื่องเท่านั้น ซึ่งเรื่องร้องเรียนทั้งหมดล้วนแต่เป็นเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ทั้งสิ้น กอปรกับแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้มีการอธิบายถึงประเภทหรือรูปแบบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไว้ในข้อที่ 6.3 ไว้เพียงแค่ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 ได้นั้นจะเป็นการปฏิเสธในรูปแบบใดก็ได้ แต่ก็มีได้ระบุให้ชัดเจนว่า ครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง ซึ่ง

อาจทำให้นักกฎหมายบางส่วนหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เข้าใจและตีความไปได้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกควบคุมภายใต้มาตรา 57 ถูกจำกัดแค่เพียงกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เท่านั้น และมีได้ครอบคลุมไปถึงกรณีการปฏิเสธที่มีลักษณะพิเศษประเภทอื่น ๆ ด้วยแต่อย่างใด ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาสำคัญที่ตามมา คือ พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ อาจหลุดพ้นจากขอบเขตความรับผิดชอบของพฤติกรรมนี้เป็นช่องทางให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีเจตนาจะจำกัดการแข่งขันในตลาดสามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้โดยง่าย เพียงแค่ปรับเปลี่ยนรูปแบบการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ไปเป็นการปฏิเสธประเภทอื่น ๆ แทน

ปัญหาการบังคับใช้ประการที่สอง คือ ในการบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ยังไม่ชัดเจนว่าควรจะใช้มาตรามาตราใด เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นให้มีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ในปัจจุบันมาตรา 57 แบ่งออกเป็น 4 อนุมาตรา ซึ่งมีอยู่ 2 อนุมาตราที่สามารถควบคุมพฤติกรรมชนิดนี้ได้ ได้แก่ มาตรา 57(1) เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม และ มาตรา 57(3) เป็นบทบัญญัติที่ห้ามกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ในทางเทคนิคทางกฎหมาย อนุมาตราทั้งสองยังไม่สามารถใช้ควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประเภทภายในอนุมาตราเดียวกัน ส่งผลให้การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 57 จะต้องอาศัยหลายอนุมาตราประกอบกันจึงจะสามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบทุกประเภท จึงทำให้การบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวขาดความเป็นเอกภาพ

ปัญหาการบังคับใช้ประการต่อมา คือ มาตรา 57 ยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามองค์ประกอบความรับผิดชอบของมาตรา 57 จากการที่มาตรา 57 มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้าง โดยให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการวินิจฉัยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นโดยอิงตามหลักเหตุผลและผล (rule of reason) ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศไทยยังมีประสบการณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่น้อยมาก กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีประสบการณ์ในการดำเนินการกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพียงแค่เรื่องร้องเรียน 4 เรื่องเท่านั้น ซึ่งเรื่องร้องเรียนที่เกิดขึ้นทุกเรื่องล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งสิ้น

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจึงยังไม่เคยได้วินิจฉัยถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเลย ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีบรรทัดฐานในการวางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดจึงเป็นเหตุให้หลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาความผิดตามมาตรา 57 นั้นไม่มีความชัดเจนแต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาสามารถแก้ไขได้ด้วยการออกแนวปฏิบัติที่ระบุถึงหลักเกณฑ์และแนวทางในการวินิจฉัยความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว แม้ในปัจจุบันจะมีแนวปฏิบัติพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน เป็นแนวทางสำหรับการบังคับใช้และตีความบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมอยู่แล้วก็ตาม แต่แนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวยังไม่สามารถนำมาเป็นแนวทางในการบังคับใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากมิได้กล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้เลย ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทใดก็ตาม ทั้ง ๆ ที่เป็นส่วนสำคัญและจำเป็นจะต้องมีอย่างยิ่ง

ปัญหาการบังคับใช้ประการสุดท้าย คือ ปัญหาการไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้ตลอดจนข้อยกเว้นเพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57 อีกทั้งแนวปฏิบัติพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีอยู่เดิม ก็ไม่ได้ระบุถึงข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้ เมื่อมาตรา 57 บังคับใช้โดยปราศจากหลักเกณฑ์ในประเด็นว่าด้วยข้อต่อสู้ย่อมอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นฝ่ายปฏิเสธไม่สามารถทราบล่วงหน้าได้ว่าตนต้องยกข้อต่อสู้ใดบ้างเพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของตนไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57 ดังนั้นในการนำหลักเกณฑ์ใดขึ้นมาวินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจะไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้จึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงฝ่ายเดียว และยังอาจทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยเรื่องร้องเรียนโดยเข้าไปแทรกแซงยับยั้งและลงโทษการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ไม่ควรเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่ตั้งใจก็เป็นได้

นอกจากปัญหาการบังคับใช้ที่ไม่ชัดเจนแล้ว ผู้เขียนพบว่าการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาด้านความไม่ชัดเจนทางด้านวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาตรานี้อีกด้วย กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของมาตรา 57 มีความไม่ชัดเจนว่ามุ่งคุ้มครองสิ่งใดระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งหรือกระบวนกรรมการแข่งขันในตลาด ความไม่ชัดเจนดังกล่าวมีสาเหตุมาจากถ้อยคำที่บัญญัติ

อยู่ในมาตรา 57 มีเฉพาะถ้อยคำที่กล่าวถึงแต่เพียงผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่น แต่ไม่ปรากฏถ้อยคำที่สื่อถึงการคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันเลย ทำให้มีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเข้าใจไปว่า บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการรายอื่น มิได้มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองหรือรักษากระบวนการการแข่งขันในตลาดแต่อย่างใด พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เพียงแต่สร้างความเสียหายให้แก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง แม้จะไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 29 ได้แล้ว² ซึ่งหากปรับใช้และตีความมาตรา 57 ไปในแนวทางนี้แล้ว ย่อมจะทำให้แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ไม่อาจสอดคล้องกับแนวคิดและเกณฑ์การพิจารณาของต่างประเทศได้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างมีบทบัญญัติว่าด้วยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสามารถบังคับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้อย่างชัดเจน ภายใต้วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่แน่นอน ซึ่งมีสาเหตุเนื่องมาจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศดังกล่าวมีพัฒนาการในเรื่องพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาอย่างยาวนาน ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ารวมทั้งศาลในประเทศดังกล่าวมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาก ภายใต้แนวคิดในการควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างเป็นระบบและครบเกือบทุกประเภท และยังมีตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายที่แน่นอน ตลอดจนมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดที่สมบูรณ์ และยังมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้เพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวหลุดพ้นจากความรับผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมกำหนดเป็นแนวทางไว้อย่างชัดเจน โดย ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เป็นผลให้ปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นจะไม่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นได้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

เมื่อมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังมีความไม่ชัดเจนทั้งในการบังคับใช้และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ทำให้การควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่าย

² เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, สิงหาคม 2544), หน้า 4-2.

เดียวโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 57 ยังไม่มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบจากประเทศที่สามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อนำมาพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ให้มีความเหมาะสม ถูกต้องและสอดคล้องกับแนวทางของประเทศสากลต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อนำเสนอถึงนิยาม ประเภท พัฒนาการ ผลกระทบรวมทั้งข้อสังเกตบางประการของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

2. เพื่อนำเสนอรายละเอียดของการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้แก่ วัตถุประสงค์ของมาตรา 57 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 57 แนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทต่าง ๆ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดและข้อต่อสู้ของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 รวมทั้งปัญหาการบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

3. เพื่อนำเสนอถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

4. เพื่อนำเสนอถึงการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยศึกษาวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม องค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ โดยปริยาย รวมทั้งการกีดกันราคา หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิด ข้อยกเว้นความรับผิดและข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้และพัฒนากฎการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้มีความชัดเจน

5. เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยกับต่างประเทศ

6. เพื่อนำเสนอแนวทางการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย แนวทางในการออกประกาศ และแนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เพื่อให้การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยอาศัยมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีประสิทธิภาพทั้งการบังคับใช้และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และถูกต้องสอดคล้องกับแนวทางของประเทศสากล

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาแนวคิดพื้นฐานของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ได้แก่ ความหมาย ประเภท พัฒนาการทางกฎหมาย ผลกระทบ ข้อสังเกตบางประการ รวมทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยทั้งเสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับ การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศอื่นได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังขาดความชัดเจน จึงสมควรศึกษาหลักกฎหมาย คำพิพากษา คำวินิจฉัยและแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางที่ชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายของประเทศไทยต่อไป

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้เข้าใจถึงนิยาม ประเภท พัฒนาการ ผลกระทบรวมทั้งข้อสังเกตบางประการของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

2. ได้เข้าใจถึงการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

3. ได้เข้าใจถึงการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

4. ได้วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยกับต่างประเทศ

5. ได้แนวทางในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย แนวทางในการออกประกาศ และแนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่มีความเหมาะสม

1.6 วิธีการวิจัย

การศึกษาใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาข้อมูลจากหนังสือ ตำรา บทความในวารสาร รายงานการวิจัย เอกสารประกอบการวิจัย และสัมมนา รวมทั้งสิ่งพิมพ์อื่น ๆ ตลอดจนตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยและความเห็นของหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายรวมทั้งแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในการค้นคว้าวิจัยวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีการอ้างอิงวรรณกรรมในประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

1. ศักดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

หนังสือเล่มนี้ได้เขียนถึงแนวความคิดพื้นฐานของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ากับเศรษฐศาสตร์ ประกอบไปด้วยโครงสร้างตลาดในระบบเศรษฐกิจ ผลกระทบของการผูกขาด และอธิบายการควบคุมพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจและโครงสร้างตลาดไว้อย่างละเอียด โดยเฉพาะการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และการควบคุมวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยกล่าวถึงที่มาตลอดจนคำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยของ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศอย่างละเอียด แต่เนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ (refusal to deal) นั้น เน้นไปที่การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย (group boycott) เป็นส่วนมาก โดยไม่ได้มุ่งเน้นให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างพฤติกรรมร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal) แต่อย่างใด

2. สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

หนังสือเล่มนี้ให้ข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย และอธิบายเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันไว้หลายพฤติกรรม รวมไปถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย แต่หนังสือเล่มนี้ก็ยังไม่ได้มีการจำแนกความแตกต่างระหว่างพฤติกรรมร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแต่อย่างใด

3. เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, สิงหาคม 2544.

รายงานฉบับนี้มีการวิเคราะห์ถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้อย่างละเอียด โดยเฉพาะเรื่องวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของบทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และมีการพิจารณาพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 ไว้หลายพฤติกรรม รวมไปถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น สหภาพยุโรป สาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเม็กซิโกและประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

4. วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์. หลักและแนวความคิดเกี่ยวกับ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 26, 3 (กุมภาพันธ์ 2551): 263-290.

บทความนี้กล่าวถึงหลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นไว้อย่างละเอียด ตั้งแต่ความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมาย การตีความถ้อยคำต่าง ๆ ลักษณะและพฤติกรรมที่เข้าข่ายความผิด แนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้เพื่อให้พฤติกรรมไม่เป็นความผิดต่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ในการค้นคว้าวิจัยวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีการอ้างอิงวรรณกรรมต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง คือ

5. Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal. Organisation for Economic Co-operation and Development, 3 September 2009.

เอกสารการประชุมฉบับนี้เป็นเอกสารการประชุมขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจหรือ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ ส่งข้อมูลให้ OECD เพื่อรวบรวมและจัดทำเป็นเอกสารสรุปการประชุม โดยมีนาย Jeremy West ตำแหน่ง Principal Administrator in the OECD Secretariat เป็นผู้เขียนสรุปการประชุม เอกสารการประชุมฉบับนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ทั้งการแบ่งประเภท ผลกระทบทางเศรษฐกิจ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้ วิธีการเยียวยา ข้อสังเกตกฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว รวมไปถึงคดีความและคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าวของประเทศที่เข้าร่วมประชุม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศแคนาดา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไต้หวัน เป็นต้น

6. Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze. Organisation for Economic Co-operation and Development, 9 September 2010.

เอกสารการประชุมฉบับนี้เป็นเอกสารการประชุมขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจหรือ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) อันเป็นการรวบรวมแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับพฤติกรรมการกีดกันราคา โดยอธิบายทั้งความหมาย ลักษณะทั่วไป กฎหมายที่ใช้ควบคุม รวมทั้งคดีความและคำวินิจฉัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกีดกันราคา โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ เป็นผู้ส่งข้อมูลเข้ามาให้ OECD เพื่อรวบรวม

และจัดทำเป็นเอกสารการประชุมนี้ขึ้น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศแคนาดาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น

7. Sale Kwon. Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence. Asian-Pacific Law & Policy Journal 15, 2 (2014): 84-148.

บทความนี้เป็นกรณีศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี โดยเน้นไปที่การนำคดีและข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในคดีมาวิเคราะห์และสกัดเพื่อค้นหาเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ เนื่องมาจากเจตนาต่อต้านการแข่งขันเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้ปฏิเสธโดยแท้ การค้นหาเจตนาต่อต้านการแข่งขันสามารถทำได้โดยการพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในคดี

8. Shapiro, C. Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission [Online]. Available from: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf> [28 October 2017. 29 September 2005]

บทความนี้อธิบายแนวคิดพื้นฐานของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้อย่างละเอียด ทั้งการแบ่งประเภท ผลกระทบในทางเศรษฐศาสตร์ หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น รวมถึงได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยวิธีการบังคับให้ทำสัญญา (duty to deal) ว่าเป็นวิธีที่สามารถส่งเสริมให้มีการแข่งขันและยังอาจเป็นวิธีที่

ให้ผลเป็นการลดการแข่งขันลงได้เช่นกัน

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมิได้อำนาจเหนือตลาดมีสิทธิและเสรีภาพที่จะเลือกคู่สัญญาที่ตนประสงค์จะเข้าทำธุรกิจด้วย และเป็นธรรมดาของการทำธุรกิจที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องตัดสินใจว่าจะทำธุรกิจกับใครหรือไม่ทำธุรกิจกับใคร ไม่ว่าจะผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะเป็นผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกในตลาดปลายทาง หรือจะเป็นผู้ผลิตหรือเป็นผู้ที่ร่วมทำกิจการร่วมค้าในตลาดต้นน้ำก็ตาม ผู้ประกอบการธุรกิจอาจยุติความสัมพันธ์ทางการค้ากับผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดปลายทางไม่สามารถทำยอดขายสินค้าที่รับมาจำหน่ายได้ตามเป้าหรือไม่ได้ทำการตลาดอย่างเพียงพอ หรือต้นทุนวัตถุดิบต้นน้ำมีราคาแพงขึ้น หรืออาจด้วยเหตุผลง่าย ๆ ว่าต้องการการเปลี่ยนแปลง ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีได้อำนาจเหนือตลาดย่อมมีเสรีภาพในการตัดสินใจโดยมีความเสี่ยงน้อยมากที่จะละเมิดต่อกฎหมาย¹

ความกังวลว่าจะมีการละเมิดต่อกฎหมายส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายและการปฏิเสธเช่นนั้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันและสร้างความเสียหายต่อผู้บริโภคสุดท้าย (end-users) แม้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะมีได้ปฏิเสธการทำธุรกิจด้วยทั้งหมดอย่างสิ้นเชิง เช่น จัดหาสินค้าให้ในปริมาณน้อยกว่าที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องการหรือโดยจัดส่งสินค้าให้ล่าช้าเป็นเวลานานหรือโดยจัดหาสินค้าที่มีคุณภาพเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวก็ยังสามารถสร้างความเสียหายต่อการแข่งขันได้และมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายได้เช่นกัน²

กฎหมายที่เข้ามาควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจมิให้สร้างผลกระทบต่อผู้ประกอบการ ต่อการแข่งขันรวมทั้งต่อผู้บริโภค คือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายใต้บทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบหรือการผูกขาด (Abuse of Dominant Position or Monopolization) และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้ศึกษาถึงการควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบหรือการผูกขาด เนื่องจากมีหลักกฎหมายที่ชัดเจนและมีขอบเขตในการบังคับใช้ที่จำกัด โดยบังคับใช้กับผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่ง

¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, ed. Jeremy West (Organisation for Economic Co-operation and Development, 3 September 2009), p. 9.

² Ibid.

ศึกษาว่าในกรณีใดบ้างที่ผู้ประกอบการธุรกิจเพียงรายเดียวใช้ดุลยพินิจของตนโดยอิสระปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ใดแล้วจะถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันจะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีขอบเขตในการบังคับใช้ที่กว้างขวางแต่กลับมีหลักกฎหมายที่คลุมเครือจึงเป็นประเด็นน่าสนใจให้ศึกษา

ในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึง ความหมาย ประเภท พัฒนาการทางกฎหมาย ผลกระทบ ข้อสังเกตบางประการ รวมทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในเบื้องต้น เพื่อเป็นการนำเสนอสาระสำคัญของแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ความหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

ความหมายของคำว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ” มีความหมายอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับการบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยส่วนใหญ่คนทั่วไปก็เข้าใจกันว่า หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศได้ให้ความหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยอาจให้รวมถึงกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่งด้วย

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภทหลัก ๆ ได้แก่ การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย (concerted refusal to deal หรือ group boycott) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal) การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย หมายถึง ข้อตกลงของคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายในสัญญานั้นจะดำเนินการข่มขู่หรือในความเป็นจริงก็คือรวมตัวกันไม่ซื้อจากหรือไม่ขายให้หรือไม่ทำธุรกิจกับบุคคลที่ไม่ใช่คู่สัญญาในข้อตกลงดังกล่าว³ ตัวอย่างของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้เห็นได้จากคดี *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*⁴ ซึ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Klor โจทก์ในคดี เป็นผู้ค้าปลีกเครื่องใช้ไฟฟ้าทำธุรกิจแข่งขันกับบริษัท Broadway-Hale จำเลยในคดี ซึ่งทำธุรกิจจำหน่ายเครื่องใช้ไฟฟ้าเช่นเดียวกัน แต่ปรากฏว่าบริษัทผู้ผลิตและจัดจำหน่ายเครื่องใช้ไฟฟ้า เช่น บริษัท General Electric, RCA, Admiral, Zenith, Emerson และบริษัทอื่นอีก 2 บริษัท รวมมือกับจำเลยปฏิเสธที่จะจำหน่ายสินค้าให้โจทก์หรือยอมขายให้แต่ขายในราคาที่สูงมาก จนทำให้โจทก์ไม่สามารถแข่งขันในตลาดเครื่องใช้ไฟฟ้าได้ ศาลฎีกา

³ Joseph P. Bauer, "Per Se Illegality of Concerted Refusals to Deal: A Rule Ripe for Reexamination," *Columbia Law Review* 79(1979): 685.

⁴ *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.* 359 U.S. 207 (U.S. Supreme Court 1956).

ของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. supreme court) ได้วินิจฉัยว่า การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย เป็นความผิดเด็ดขาดในตัวเอง (per se rule) และเน้นย้ำว่าการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยแสดงถึง แนวโน้มของการผูกขาดตลาดอันเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้า⁵

สำหรับสาเหตุที่ต้องมีการจำแนกประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจออกเป็น การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นเนื่องมาจากเหตุผล 5 ประการ⁶ ดังนี้

ประการแรก การร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยเป็นการร่วมมือกันโดยผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปโดยธรรมชาติของการมารวมตัวกันย่อมแสดงถึงความเสี่ยงหรืออันตรายที่เป็นการต่อต้าน การแข่งขัน (inherently fraught with anticompetitive risk) ได้มากกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ฝ่ายเดียว

ประการที่สอง ผลกระทบที่เกิดจากการร่วมมือกันปฏิเสธโดยทั่วไปย่อมก่อให้เกิดผลกระทบที่ รุนแรงต่อการแข่งขันในตลาด ต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นและต่อผู้บริโภคได้มากกว่าการปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจฝ่ายเดียว

ประการที่สาม เมื่อมีการรวมตัวกันยอมทำให้เสรีภาพในการตัดสินใจเลือกคู่สัญญาของผู้ ประกอบธุรกิจแต่ละรายหมดไปโดยต้องยอมตัดสินใจตามความเห็นร่วมของกลุ่มซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่ พฤติกรรมการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยจึงเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่าง ชัดเจน

ประการที่สี่ หลักกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจทั้ง 2 ประเภทก็ มีความเข้มงวดต่างกัน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยหลักแล้วศาลจะปรับใช้หลักความผิดในตัวเอง หรือหลักความรับผิดเด็ดขาด (per se rule) กับพฤติกรรมการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย ยกตัวอย่างเช่น คดี *Klor's, Inc. V. Broadway-Hale Stores, Inc.*⁷ คดี *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Co.*⁸ หรือคดี *United States v. General Motors Corp.*⁹ เป็นต้น หากเป็นคดี เกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ศาลจะใช้หลักเหตุและผล (rule of reason) ใน

⁵ Hawaii Legislative Reference Bureau, "Hawaii Antitrust Act: Boycotts," [Online] Accessed: 10 December 2017. Updated: August 1961. Available from: <http://lrhawaii.info/lrbrpts/61/antitrstact.pdf>

⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 15, 2 (2014): 87-88.

⁷ *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.* 359 U.S. 207 (U.S. Supreme Court 1956).

⁸ *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Co.*, 364 U.S. 656 (1961).

⁹ *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966).

การพิจารณาคดี ตัวอย่างเช่น คดี *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*¹⁰ เป็นต้น ส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยนั้นเป็นความผิดและกำหนดการระงับการฟ้องให้กึ่งกลางข้อสันนิษฐานนั้นไว้กับผู้ปฏิเสธ ในขณะที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวกฎหมายจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายและจะกำหนดการระงับการฟ้องให้กึ่งกลางข้อสันนิษฐานนั้นไว้กับผู้ที่น่าคดีมาฟ้องร้อง

ประการสุดท้าย บทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจทั้ง 2 ประเภทนี้ก็มี ความแตกต่างกัน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้บทบัญญัติใน Sherman Act มาตรา 1 สำหรับการควบคุมพฤติกรรมกรรมการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย ในขณะที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติใน Sherman Act มาตรา 2 หรือกรณีของสาธารณรัฐเกาหลีจะใช้บทบัญญัติตามมาตรา 19 ของ Monopoly Regulation and Fair Trade Act ที่บัญญัติห้ามการร่วมมือกันกระทำการที่ไม่เหมาะสม (prohibition of improper concerted acts) ในการควบคุมพฤติกรรมกรรมการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย แต่จะใช้บทบัญญัติตามมาตรา 3-2 ของ Monopoly Regulation and Fair Trade Act ที่บัญญัติห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาเฉพาะพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธการทำธุรกิจประเภทที่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ยากและไม่ชัดเจน ซึ่งก็คือ “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว” จากนิยามของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว หมายถึง การที่ผู้ประกอบการเพียงหนึ่งรายใช้การตัดสินใจอย่างอิสระของตนเองปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับลูกค้าหรือคู่แข่งอื่นอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่ได้สนใจว่าผู้ถูกปฏิเสธจะมีเพียงหนึ่งรายหรือหลายรายก็ตาม¹¹ จะเห็นได้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้จะเน้นไปที่การปฏิเสธจะต้องมาจากการตัดสินใจอย่างอิสระของผู้ปฏิเสธโดยแท้ (refuser's independent judgment) ปรากฏจากแผนการร่วมมือกับผู้อื่น¹² มีตัวอย่างคดีที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว เช่น คดี *Lorain Journal Co. v. United States*¹³ มีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Lorain Journal ซึ่งเป็นบริษัทสำนักพิมพ์หนังสือพิมพ์และเป็นผู้ให้บริการพิมพ์โฆษณาลงในหนังสือพิมพ์ ได้ครองความเป็นผู้ผูกขาดการเผยแพร่โฆษณาในท้องถิ่นเป็นเวลายาวนานกว่า 15 ปี โดยสังเกตได้จาก

¹⁰ *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 131-32 (1998).

¹¹ Seth Schwartz, "Unilateral Refusals to Sell Production Facilities: Should Courts "Shake" the Invisible Hand?," *Fordham Law Review*: 847.

¹² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 93.

¹³ *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (U.S. Supreme Court 1951).

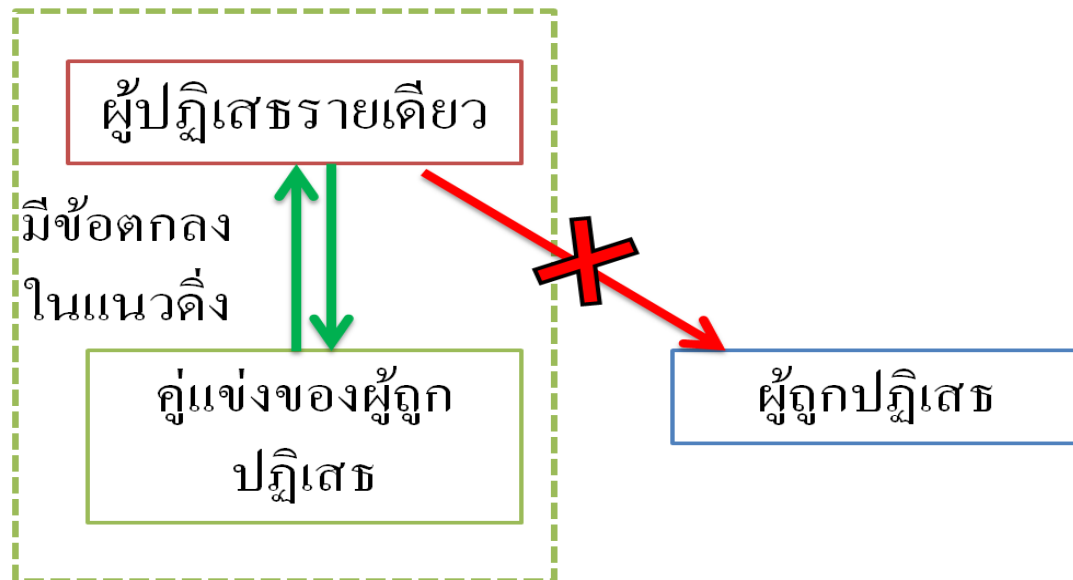
จำนวนครัวเรือนในท้องถิ่นสมัครเป็นสมาชิกของบริษัทนี้กว่าร้อยละ 99 หลังจากที่อยู่วิฤเริ่มแพร่กระจายและในท้องถิ่นที่บริษัท Lorain Journal ตั้งอยู่นั้นได้มีการก่อตั้งสถานีวิทยุขึ้นและมีการให้บริการโฆษณาทางวิฤแข่งกับบริษัท Lorain Journal จนมีบริษัทห้างร้านต่าง ๆ สนใจไปลงโฆษณาทางวิฤจำนวนมาก บริษัท Lorain Journal จึงปฏิเสธไม่ให้บริการโฆษณาทางหนังสือพิมพ์กับบริษัทที่ไปลงโฆษณาทางวิฤอีก ศาลฎีกาจึงตัดสินว่า บริษัท Lorain Journal มีความผิดฐานพยายามผูกขาด (attempt to monopolize interstate commerce) ขัดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act¹⁴ ในคดีนี้ผู้ประกอบการธุรกิจมีเพียงหนึ่งราย คือ บริษัท Lorain Journal และได้ใช้ดุลพินิจโดยอิสระตัดสินใจไม่ทำธุรกิจกับผู้อื่นจึงเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

นอกจากนี้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal) ยังมีความแตกต่างจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว (single firm refusal to deal) อีกด้วย เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวใช้เพียงแค่จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้ปฏิเสธเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ แม้ปรากฏผู้ปฏิเสธแค่เพียงหนึ่งรายก็เข้าข่ายเป็นการปฏิเสธประเภทนี้ได้แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นจะต้องมาจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธหรือไม่ หากผู้ประกอบการธุรกิจหนึ่งรายซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธได้มีการร่วมมือ (concerted action) กับผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ย่อมแสดงว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นไม่ได้มาจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธแต่เพียงผู้เดียวดังนั้นแม้ผู้ปฏิเสธจะมีเพียงหนึ่งรายแต่กรณีเช่นนี้ก็มิใช่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว เป็นแต่เพียงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวเท่านั้น ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวที่มีการร่วมมือกันกับผู้อื่นอาจเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์ที่ผู้ปฏิเสธรายเดียวมีข้อตกลงในแนวดิ่ง (vertical agreement) กับคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ¹⁵ ตามรูปภาพข้างล่าง

¹⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 95-96.

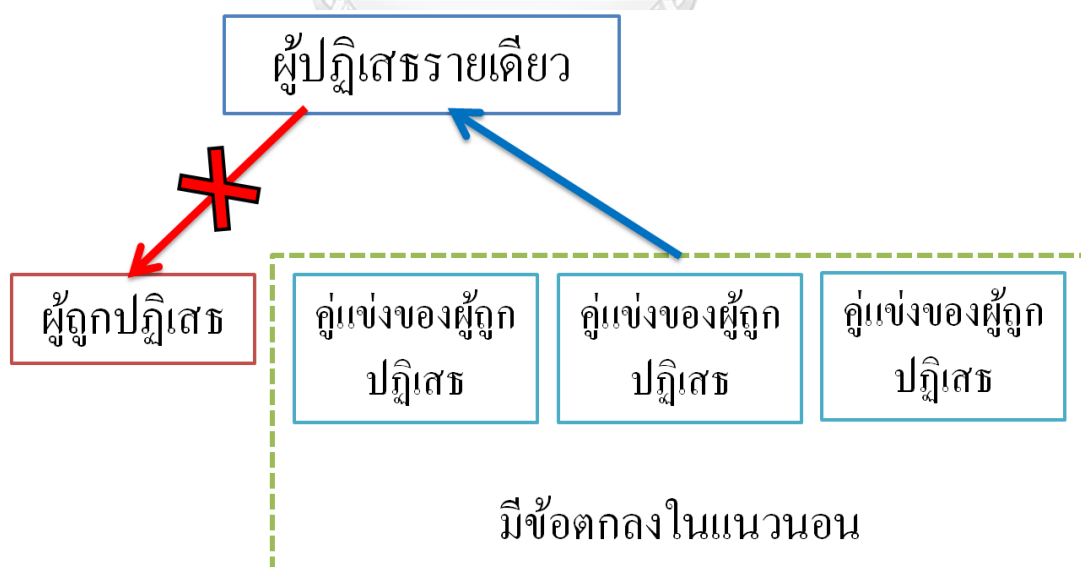
¹⁵ Ibid., 88.

รูปที่ 1 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายเดียวที่มีข้อตกลงในแนวดิ่ง



นอกจากนี้ ยังอาจเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์ที่มีข้อตกลงในแนวนอน (horizontal agreement) ระหว่างคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธเพื่อที่จะกดดันให้ผู้ปฏิเสธรายเดียวยุติการทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธ¹⁶ ตามรูปภาพข้างล่าง

รูปที่ 2 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายเดียวที่มีข้อตกลงในแนวนอน



¹⁶ Ibid.

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งสามารถนำมาอ้างอิงที่ดีในการจำแนกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวได้อย่างชัดเจน คือ คดี *Rossi v. Standard Roofing, Inc.*¹⁷ โดยมีข้อเท็จจริงว่า ผู้จัดจำหน่ายวัสดุหลังคาและผนัง 3 รายกดดันผู้ผลิตให้ปฏิเสธที่จะจำหน่ายสินค้าให้แก่คู่แข่งของผู้จัดจำหน่ายซึ่งขายตัดราคา ผู้ถูกปฏิเสธจึงเห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้มีสาเหตุมาจากแรงกดดันของผู้จัดจำหน่ายที่สามารถรวมตัวกันมากกว่าเป็นการปฏิเสธที่มาจาก การตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเองจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 1 ของ Sherman Act ซึ่งเป็นมาตราที่บัญญัติห้ามความตกลงร่วมกันที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันแทนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ซึ่งเป็นมาตราที่ควบคุมการกระทำฝ่ายเดียว เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้แม้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธจะมีเพียง 1 บริษัท แต่การตัดสินใจนั้นก็มิได้มาจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเองโดยแท้ ดังนั้น จึงไม่ใช่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแต่เป็นเพียงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวเท่านั้น¹⁸

ส่วนคำว่า “ธุรกิจ” ในที่นี้มีความหมายที่กว้างมากและหมายความรวมถึงการปฏิเสธที่จะขาย (refusal to sell) การปฏิเสธที่จะให้บริการ (refusal to supply a service) และการปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิ (refusal to license) ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นศึกษาไปที่ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) และบริการทั่วไปมากกว่ามุ่งเน้นไปที่ทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเฉพาะในบางกรณีต้องใช้หลักเกณฑ์เฉพาะทางเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาแยกต่างหากออกไป เช่น ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น* การพิจารณาเรื่องร้องเรียนที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (Japan Fair Trade Commission: JFTC) จะใช้แนวปฏิบัติเฉพาะเรื่องซึ่งก็คือ แนวปฏิบัติสำหรับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act) แยกต่างหากจากทรัพย์สินหรือบริการโดยทั่วไป¹⁹

¹⁷ *Rossi v. Standard Roofing, Inc.*, 156 F.3d 452, 456-61 (3d Cir. 1998).

¹⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 119.

* บางประเทศเรียกกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (competition law) ว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาด (antimonopoly law) หรือกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (antitrust law)

¹⁹ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 8.

2.2 ประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

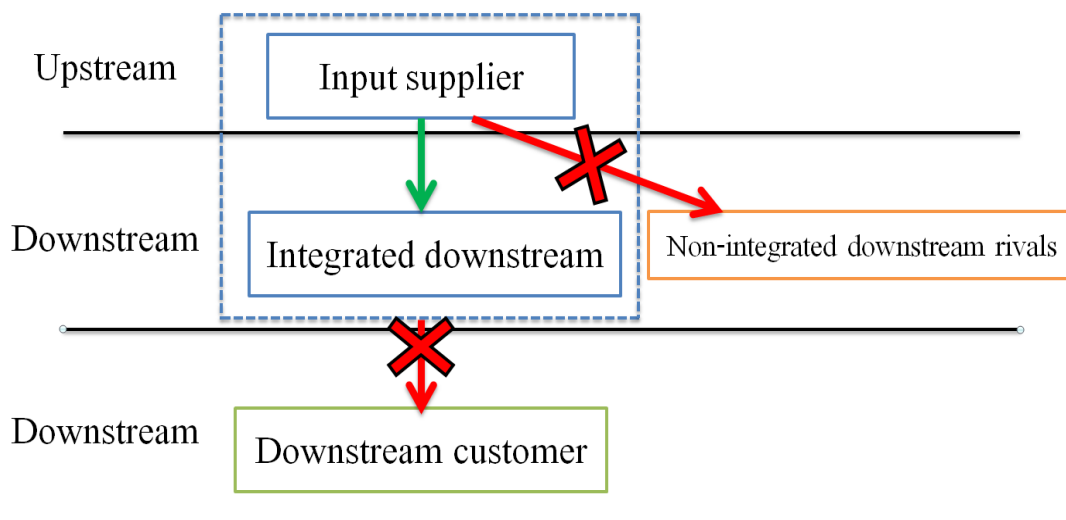
การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวยังสามารถจำแนกได้อีกหลายประเภทซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะของการปฏิเสธ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทใดก็จะถูกจัดเป็นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นเดียวกันทั้งสิ้น สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกดดันราคา (margin squeeze) อาจจะมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดเพิ่มเติมจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ บ้าง เนื่องจากเป็นการปฏิเสธที่มีลักษณะพิเศษ สำหรับประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่ง (vertical) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน (horizontal)

สำหรับความแตกต่างของนิยามและประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภทโดยใช้คำว่า “แนวดิ่ง (vertical)” และ “แนวนอน (horizontal)” เป็นเกณฑ์ แนวทางแรก มีความเห็นว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่ง (vertically unilateral refusal to deal)” หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ผลิตวัตถุดิบต้นน้ำซึ่งได้รวมตัวกับบริษัทปลายน้ำ (vertically integrated) ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัทปลายน้ำคู่แข่งที่ผู้ผลิตวัตถุดิบต้นน้ำนั้นไม่ได้เข้าไปรวมตัวด้วย นิยามดังกล่าวนี้หมายความรวมถึงสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการรวมตัวกันในแนวดิ่ง ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้บริโภคคนสุดท้ายซึ่งมิได้เป็นคู่แข่งกับบริษัทที่มีการรวมตัวกันในแนวดิ่งนั้นด้วย (non-rival downstream customers)²⁰

²⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 23.

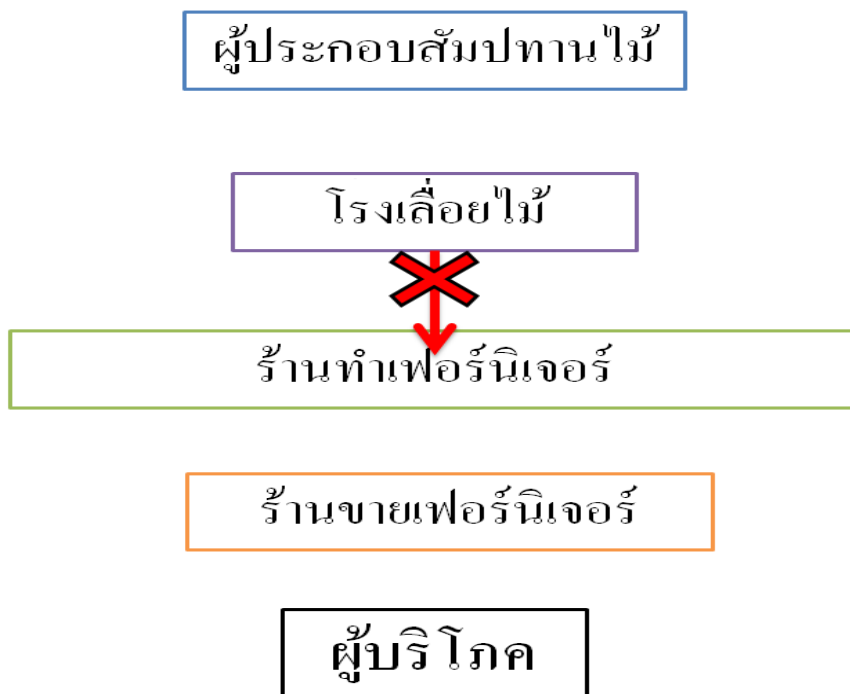
รูปที่ 3 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งตามความเห็นแนวทางแรก



แนวทางที่สอง เห็นว่าการอธิบายการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งตามความเห็นทางแรกนั้นเป็นความเห็นที่ไม่ถูกต้อง เพราะว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งโดยแท้ (purely vertically unilateral refusal to deal) นั้นต้องเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งดำเนินธุรกิจในตลาดเพียงตลาดเดียวในห่วงโซ่การผลิตนั้น ๆ (chain of production) ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวหรือหลายรายที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งกับผู้ปฏิเสธ แต่ดำเนินการประกอบธุรกิจในห่วงโซ่การผลิตลำดับถัดลงไป กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจจะไม่มีส่วนรวมตัวในแนวตั้งอย่างความเห็นในทางแรก สถานการณ์เช่นนี้อาจเกิดขึ้นเมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจถูกใช้เป็นเครื่องมือช่วยให้พฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอื่น ๆ สำเร็จลุล่วง เช่น การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคนอื่น (exclusive dealing) หรือ การขายควบหรือขายพ่วง (tying) หรือการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) เป็นต้น²¹

²¹ Ibid., 24.

รูปที่ 4 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งตามความเห็นแนวทางที่สอง



ในทางปฏิบัติ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งตามความเห็นแรกได้รับการยอมรับมากกว่าความเห็นที่สองและเมื่อยึดนิยามของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งตามความเห็นแรกแล้ว นิยามของคำว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน (horizontally unilateral refusal to deal) หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัทคู่แข่งที่ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการในระดับเดียวกัน รวมไปถึงปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้บริโภคคนสุดท้ายของบริษัทคู่แข่งนั้นด้วย ภายใต้ความหมายนี้ ความแตกต่างระหว่างการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอนนั้นแตกต่างกันตรงที่ทิศทางของผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจว่ากระทบไปในทิศทางใด หากกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบธุรกิจอยู่ต่างระดับกันก็จะเรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้ง แต่หากกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการในระดับเดียวกันก็จะเรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน²²

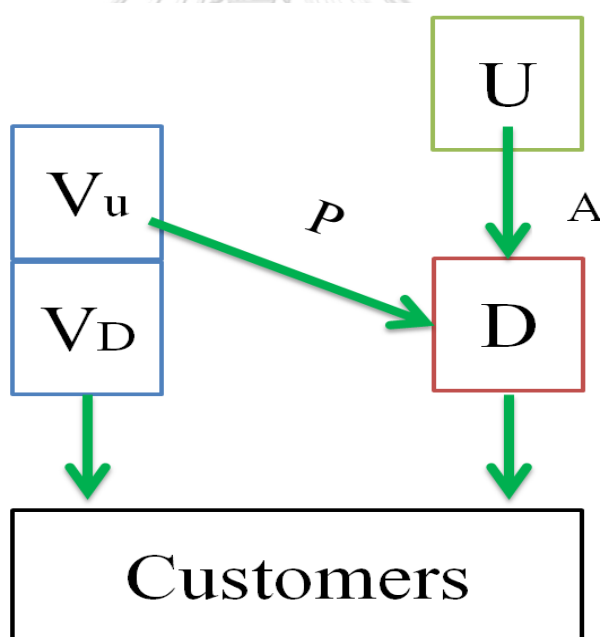
จากข้อความข้างต้น สรุปได้ว่า การจำแนกการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้ให้พิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไปในทิศทางใด ถ้าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจ

²² Ibid.

ที่ประกอบธุรกิจอยู่ต่างระดับกันจะเรียกว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่ง” เช่น ผู้ผลิตปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่าย เป็นต้น แต่ถ้าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ประกอบธุรกิจอยู่ในระดับเดียวกันก็จะเรียกว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน” เช่น ผู้ผลิตปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ผลิตด้วยกันหรือผู้จัดจำหน่ายปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายด้วยกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การจำแนกประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทนี้ไม่ใช่เรื่องสำคัญแต่อย่างใด เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งในแนวดิ่งและแนวนอนต่างก็ถูกควบคุมภายใต้กฎหมายมาตราเดียวกันอยู่ดี

ประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติที่ปรากฏเป็นจำนวนมาก คือ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่ง โดยมักเป็นสถานการณ์ที่มีรูปแบบดังที่แสดงไว้ตามภาพนี้

รูปที่ 5 รูปแสดงสถานการณ์การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป²³



บริษัทที่มีการรวมตัวกันในแนวดิ่งบริษัทหนึ่ง ชื่อบริษัท V ประกอบธุรกิจทั้งในตลาดต้นน้ำโดยใช้ชื่อว่า V_u และประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำด้วยโดยใช้ชื่อว่า V_D บริษัท V_u ผลิตวัตถุดิบ input ที่บริษัท V_D ใช้ในการผลิตเป็นสินค้าชนิดอื่นแล้วจึงจำหน่ายให้แก่ลูกค้า และยังมีอีกบริษัทหนึ่ง

²³ Carl Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission," [Online] Accessed: 28 October 2017. Updated: 29 September 2005. Available from: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf>

ประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำชื่อว่าบริษัท D ซึ่งไม่ได้เข้าไปรวมตัวกับบริษัท V ด้วย ได้พยายามที่จะแข่งขันกับบริษัท V_D บริษัท D ต้องการวัตถุดิบ input และพยายามติดต่อขอซื้อจากบริษัท V_U แต่ไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตามสองบริษัทนี้ไม่สามารถตกลงทำสัญญากันได้ P ในภาพคือราคาที่บริษัท V_U เสนอขายให้กับบริษัท D การที่บริษัท V_U จะปฏิเสธที่จะจัดหาสินค้าให้บริษัท D ทำได้ง่ายมากโดยตั้งราคา P ให้สูงมาก²⁴

จากสถานการณ์ตามรูปเดิม ลองสมมุติว่า แหล่งวัตถุดิบ input ทางเลือกถัดไปที่ดีที่สุดที่บริษัท D จะหาได้จะมีค่าใช้จ่ายที่บริษัท D ต้องใช้ในการไปหาวัตถุดิบ input มานั้นก็คือ ราคาของ A กล่าวคือ A เป็นค่าใช้จ่ายที่บริษัท D ต้องใช้ในการไปหาวัตถุดิบจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากบริษัท V_U โดยราคา A อาจแตกต่างกันไปตามสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นดังนี้

1. หากบริษัท V เป็นแหล่งผลิตที่มีศักยภาพทางเศรษฐกิจเพียงแหล่งเดียว A ก็จะถูกตั้งราคาไว้สูงกว่าราคา P
2. หากบริษัท D สามารถผลิตวัตถุดิบ input ได้ด้วยตัวเองโดยใช้ค่าใช้จ่ายจำนวนหนึ่ง ค่าใช้จ่ายจำนวนนั้นก็คือ ราคา A นั่นเอง
3. หรือบริษัท D อาจไปหาซื้อวัตถุดิบ input ได้จากบริษัท U ซึ่งราคาที่บริษัท D ไปซื้อเข้ามาจากบริษัท U ก็จะเป็นราคา A นั่นเอง²⁵

คดีอันเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งก็คือ คดี *Kodak*²⁶ ในคดีนี้บริษัท Kodak ผลิตชิ้นส่วนสำหรับเครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์ห่อ Kodak ซึ่งบริษัท Kodak จะต้องใช้ชิ้นส่วนเหล่านั้นร่วมกับแรงงานที่มีฝีมือเพื่อที่จะให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์ห่อ Kodak ที่ลูกค้าซื้อไป ในกรณีนี้ชิ้นส่วนของบริษัท Kodak จึงมีลักษณะเป็นวัตถุดิบ input ต้นน้ำ และการให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์เป็นสินค้าปลายน้ำ ศาล Ninth Circuit ตัดสินว่าบริษัท Kodak ได้กระทำความผิดตาม Sherman Act มาตรา 2 โดยการปฏิเสธไม่ขายชิ้นส่วนของบริษัท Kodak ให้แก่บริษัทซ่อมบำรุงเครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์เจ้าอื่น ๆ ที่พยายามแข่งขันกับบริการซ่อมบำรุงเครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์ของบริษัท Kodak และการรวมตัวกันในแนวดิ่งของคดีนี้ก็คือ ชิ้นส่วนของบริษัท

²⁴ Ibid.

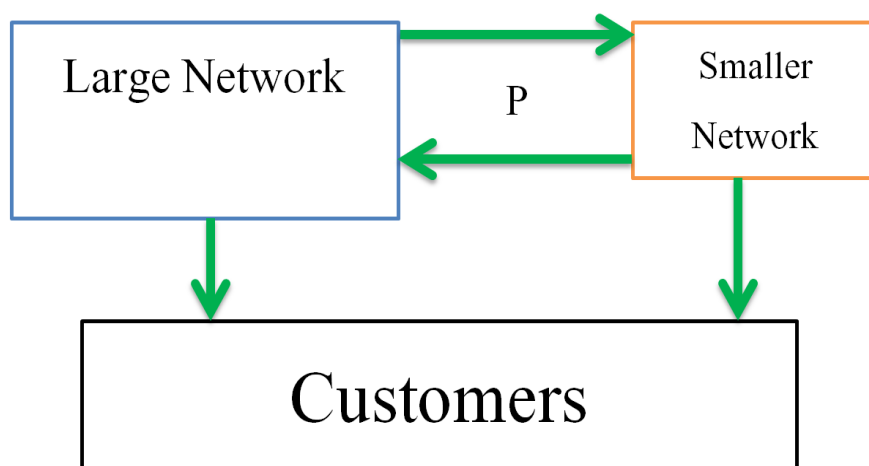
²⁵ Ibid.

²⁶ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 504 U.S. 451 (1992).

Kodak ในตลาดต้นน้ำรวมตัวกับการให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องถ่ายภาพเอกสารของบริษัท Kodak ในตลาดปลายน้ำนั่นเอง²⁷

ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอนอาจเกิดได้ในสถานการณ์ตามภาพ

รูปที่ 6 รูปแสดงสถานการณ์การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน²⁸



สถานการณ์เช่นนี้เริ่มมีมากขึ้นในเศรษฐกิจยุคใหม่ ข้อเท็จจริงตามรูปแบบนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีผู้ประกอบการอย่างน้อยสองราย รายแรกมีขนาดใหญ่กว่าอีกรายหนึ่งและรายที่เล็กกว่าก็เป็นคู่แข่งอยู่ในตลาดธุรกิจเครือข่าย (network effects market)* ในระดับเดียวกัน ประเด็นก็คือ ผู้ประกอบการที่มีเครือข่ายที่ใหญ่กว่าอาจกลายเป็นผู้ผูกขาดถ้าสมาชิกหรือสินค้าของผู้ประกอบการที่มีเครือข่ายเล็กกว่าไม่สามารถเข้าไปติดต่อสื่อสารหรือทำงานร่วมกับสมาชิกหรือสินค้าในเครือข่ายใหญ่ได้²⁹

ธุรกิจที่สามารถเกิดสถานการณ์ตามรูปนี้ได้ เช่น ธุรกิจโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือธุรกิจการสื่อสารไร้สาย เป็นต้น มีคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาคดีหนึ่งที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอนตามรูปแบบนี้ คือ คดี *Aspen Skiing*³⁰ มี

²⁷ Carl Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission."

²⁸ Ibid.

* ธุรกิจเครือข่ายหรือ network effect คือ "คุณลักษณะที่คุณค่าหลักของสินค้าหรือบริการหนึ่ง ๆ ไม่ได้อยู่ที่คุณสมบัติของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ แต่อยู่ที่จำนวนผู้ใช้สินค้าหรือบริการ ยังมีจำนวนมาก คุณค่าก็ยิ่งเพิ่มสูงขึ้น เช่น โทรศัพท์ คุณค่าหลักของโทรศัพท์ไม่ได้อยู่ที่แผงวงจรอิเล็กทรอนิกส์ภายในเครื่อง ไม่ได้อยู่ที่รูปลักษณ์อันสวยงามจับถนัดมือของตัวเครื่อง แต่อยู่ที่เครือข่ายโทรศัพท์ที่เชื่อมโยงถึงกันทั่วโลก"

²⁹ Carl Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission."

³⁰ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

ข้อเท็จจริงว่า บริษัท Aspen Skiing จำเลยในคดีผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการสกีบนภูเขา Aspen ซึ่งเป็นเจ้าของเครือข่ายขนาดใหญ่เนื่องจากมีสิ่งอำนวยความสะดวก (กระเช้าขึ้นไปเล่นสกีบนภูเขา) ให้บริการลูกค้าถึง 3 แห่ง ต่างจากบริษัท Aspen Highlands Skiing โจทก์ในคดีผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการสกีบนภูเขา Aspen เช่นเดียวกันแต่มีสิ่งอำนวยความสะดวกให้บริการลูกค้าเพียง 1 แห่ง ในตอนแรกผู้ประกอบการธุรกิจสองรายที่ร่วมกันครองสิ่งอำนวยความสะดวกทั้ง 4 แห่งนี้ได้ร่วมกันขายตั๋ว All Aspen ticket ซึ่งเป็นตั๋วที่ให้ผู้ถือตั๋วเข้าไปเล่นสกีได้หมดทั้ง 4 แห่ง โดยรายได้จะมีการแบ่งกันตามจริง แต่ต่อมามีความขัดแย้งกันในเรื่องการแบ่งรายได้ที่สร้างความเสียหายเปรียบเทียบกับบริษัทโจทก์เป็นอย่างมาก เมื่อโจทก์ไม่อาจยอมรับข้อเสนอในเรื่องการแบ่งรายได้ในอัตราใหม่ได้จำเลยจึงยกเลิกการขายตั๋ว All Aspen ticket และไม่ทำธุรกิจร่วมกับโจทก์อีก ศาลอุทธรณ์เห็นว่าการที่จำเลยปฏิเสธไม่ร่วมจำหน่ายตั๋วดังกล่าวทำให้จำเลยกลายเป็นผู้ประกอบการเพียงรายเดียวในบริเวณภูเขา Aspen จึงเป็นการกระทำเพื่อกีดกันหรือทำลายการแข่งขันอันเป็นการละเมิดมาตรา 2 แห่ง Sherman Act³¹ ที่ยกคดีนี้ขึ้นมาเพื่ออธิบายว่าคดีนี้เป็นตัวอย่างหนึ่งของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอน เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของบริษัท Aspen Skiing นั้นเป็นการปฏิเสธต่อบริษัท Aspen Highlands Skiing ซึ่งเป็นคู่แข่งที่อยู่ในตลาดบริการในระดับเดียวกัน และยังเป็น การปฏิเสธต่อลูกค้าของบริษัท Aspen Highlands Skiing ซึ่งไม่ใช่คู่แข่งของบริษัท Aspen Skiing อีกด้วย เนื่องจากลูกค้าที่ใช้บริการของบริษัท Aspen Highlands Skiing ก็จะไม่สามารถเข้ามาใช้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกทั้ง 3 แห่งอันเป็นเครือข่ายที่มีขนาดใหญ่ของบริษัท Aspen Skiing ได้

2.2.2 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง (outright) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive)

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง (outright) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจเพียงหนึ่งรายใช้ดุลยพินิจโดยอิสระของตนเองแล้วจึงแสดงเจตนาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่ออีกฝ่ายหนึ่งอย่างชัดเจน การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้เป็นการปฏิเสธในความหมายทั่วไปที่คนเข้าใจกัน หากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าควบคุมเพียงพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิงก็จะเป็นการง่ายสำหรับผู้ประกอบการที่จะสามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดได้ในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ โดยการสร้างข้อตกลงทางธุรกิจที่เป็นอุปสรรคมากเกินไปจนไม่มีคู่สัญญารายใดรู้สึกคุ้มค่าพอที่จะตัดสินใจเข้ามาทำธุรกิจด้วย วิธีที่ชัดเจนและเกิดขึ้นจริงมากที่สุดในการยับยั้งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือ การกำหนดราคาสูงอย่างสุดโต่ง นอกจากนั้นก็ยังมียังมีอีกหลายวิธีที่ไม่ใช่การกำหนดราคา (non-price

³¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 25.

term) ซึ่งสามารถยับยั้งคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ให้เข้ามาทำธุรกิจด้วยได้เช่นกัน เช่น การที่ผู้ประกอบการธุรกิจ แสร้งทำเป็นยอมรับข้อเสนอพอเป็นพิธี แต่กลับส่งมอบสินค้าให้คู่สัญญาอีกฝ่ายในเวลาที่ย่ำแย่ที่จะ สามารถรับได้ หรือการที่ผู้ประกอบการธุรกิจกำหนดความต้องการที่สร้างความไม่สะดวกให้แก่คู่สัญญา อีกฝ่าย เช่น บังคับให้คู่สัญญาต้องประสบกับขั้นตอนการซื้อที่ยุ่งยาก ซับซ้อน มีค่าใช้จ่ายสูงและกิน เวลายาวนาน หรือการที่ผู้ประกอบการธุรกิจลดคุณภาพการบริการลง (degraded service) หรือลดการ แลกเปลี่ยนข้อมูลทางเทคนิคระหว่างกันลง (reduced technical interoperability) หรือจำกัด ปริมาณสินค้าที่จำหน่ายลง (restriction of quantity of a supplied goods) เป็นต้น เพื่อปิด ช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าวนี้ศาลและหน่วยงานที่ปฏิบัติหน้าที่ดูแลด้านการแข่งขันทางการค้าต่าง ๆ ก็ได้ยอมรับกันมาอย่างยาวนานแล้วว่าผู้ประกอบการธุรกิจอาจถูกถือว่ามีพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ได้แม้ว่าจะไม่ใช่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยสิ้นเชิงก็ตาม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวนี้เรียกว่า “การ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย (constructive Refusal to deal)” ซึ่งจะถูกลงโทษโดยบทบัญญัติของ กฎหมายในมาตราเดียวกันกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยสิ้นเชิงทุกประการแต่ต้องมีหลักเกณฑ์สำหรับการ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเป็นการเฉพาะ³²

แม้กฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจะ เหมือนกับกฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง แต่เหตุผลที่การ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเป็นการเฉพาะ เนื่องมาจากสาเหตุ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก การเยียวยาในกรณีที่เกิดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายที่ผิดกฎหมาย ขึ้น คงไม่สามารถเยียวยาโดยสั่งให้ผู้ประกอบการทั้งสองฝ่ายมาตกลงทำธุรกิจกัน (order to deal) เหมือนกับการเยียวยาในคดีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง เพราะข้อตกลงในกรณีการ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้ปฏิเสธแต่ฝ่ายเดียวอย่างสุดโต่ง หาก ออกคำสั่งให้ทั้งสองฝ่ายตกลงทำธุรกิจกันก็จะไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถูกปฏิเสธเลย คำสั่งให้ตกลงทำ ธุรกิจกันในลักษณะนี้ อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีการกำหนดราคาขั้นสูงหรือเพดานราคา (price ceiling) และจะต้องมีการควบคุมข้อตกลงที่จะเกิดขึ้นจากคำสั่งให้ทำธุรกิจกันด้วย มิฉะนั้นก็จะมีสิ่งใดที่จะ มาป้องกันผู้ปฏิเสธจากการเข้าทำธุรกิจตามคำสั่งให้ทำธุรกิจเนื่องจากผู้ปฏิเสธยอมได้ประโยชน์จาก ราคาที่สูงหรือภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ดีดังคาดและไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกปฏิเสธเลยแม้แต่น้อย³³

³² Ibid., 26.

³³ Ibid.

ประการที่สอง ด้วยสภาพของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิงและโดยปริยายมีความแตกต่างกันตรงที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายมักเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจตั้งราคาสินค้าหรือบริการสูงเกินไป หรือเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจเสนอข้อสัญญาอันเป็นอุปสรรคต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายมากเกินไปกว่าที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะรับได้ ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิงจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจตรง ๆ โดยไม่มีการตั้งเงื่อนไขใด ๆ ต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจึงต้องการหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่า การตั้งราคาหรือการเสนอข้อสัญญาอย่างไรถึงจะเป็นการตั้งราคาที่สูงหรือเป็นการเสนอข้อสัญญาอันเป็นอุปสรรคมากเกินไปจนต้องรับผิดชอบตามเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ โดยไม่ใช่เป็นเพียงการตั้งราคาสินค้าหรือบริการสูงทั่ว ๆ ไป หรือเป็นเพียงการเสนอข้อสัญญาที่ผู้เสนอมักเป็นฝ่ายได้เปรียบทั่ว ๆ ไปซึ่งเป็นเรื่องปกติในการประกอบธุรกิจ³⁴ สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายนั้นจะอธิบายอย่างละเอียดในบทต่อ ๆ ไป

จากข้อความข้างต้น อาจสรุปได้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง (outright) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งตรง ๆ โดยไม่มีการตั้งเงื่อนไขใด ๆ ต่อผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย (constructive) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายหนึ่งแสวงตกลงว่าจะทำธุรกิจกับผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง แต่มีการกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจในลักษณะที่สุดโต่งจนไม่น่าจะมีผู้ประกอบการธุรกิจรายใดเข้ามาทำธุรกิจด้วยจริง เช่น กำหนดราคาสินค้าสูงมากเกินไป หรือแกล้งส่งมอบสินค้าให้ช้าเกินสมควร หรือจำกัดปริมาณสินค้าที่จำหน่ายลง เป็นต้น

2.2.3 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกดตันราคา (margin squeeze หรือ price squeeze)

การกดตันราคา (margin squeeze หรือ price squeeze) เป็นการกระทำที่เป็นทั้งการกีดกันการแข่งขัน (exclusionary practice) และการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuse) อีกรูปแบบหนึ่งที่นิยมใช้กันโดยผู้ประกอบการที่มีการรวมตัวในแนวตั้ง (vertically integrated firm) เพื่อยกระดับอำนาจตลาดในตลาดต้นน้ำโดยใช้วิธีการกดส่วนต่างของคู่แข่งในตลาดปลายน้ำ³⁵ และเป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดต้นน้ำซึ่งใน

³⁴ Ibid.

³⁵ Pietro Crocioni and Cento Veljanovski, "Price Squeezes, Foreclosure, and Competition Law: Principles and Guidelines," *Journal of Network Industries* 4(2003): 28.

ขณะเดียวกันผู้ประกอบการรายนั้นก็มีส่วนร่วมในการประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำด้วยเช่นกัน และได้เสนอหรือกำหนดราคาวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำที่จำเป็นต่อการนำไปประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าราคาสินค้าของตนเองในตลาดปลายน้ำที่กำหนดให้กับผู้บริโภค หรือกำหนดราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำไว้ในระดับที่ลูกค้าของตนซึ่งดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำ (หรือก็คือคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำซึ่งได้รวมตัวในแนวตั้ง) ไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นในตลาดปลายน้ำได้โดยการดำเนินธุรกิจที่สมเหตุสมผลทางเศรษฐกิจ³⁶

การกีดกันราคาเกิดขึ้นในสถานการณ์เมื่อผู้ประกอบการที่มีการรวมตัวในแนวตั้งซึ่งมีอำนาจตลาด (market power) อยู่ในวัตถุดิบ input สำคัญในตลาดต้นน้ำและได้ตั้งราคาวัตถุดิบ input ดังกล่าว หรือตั้งราคาสินค้าหรือบริการในตลาดปลายน้ำของตนในระยะเวลาที่ยาวนานเพียงพอเพื่อทำให้คู่แข่งในตลาดปลายน้ำ (ซึ่งก็คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีได้เข้ามารวมตัวในแนวตั้ง) ไม่สามารถทำกำไรได้อย่างเพียงพอที่จะดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดต่อไปได้³⁷ โดยคดีที่เกี่ยวข้องกับการกีดกันราคานี้มักเกิดขึ้นในธุรกิจเครือข่ายหรือ network effect เช่น ธุรกิจโทรคมนาคม เป็นต้น³⁸

ผู้ประกอบการที่มีการรวมตัวในแนวตั้งสามารถกีดกันราคาหรือส่วนต่างของคู่แข่งในตลาดปลายน้ำได้ 3 วิธีด้วยกัน ได้แก่ วิธีแรกโดยการเพิ่มราคาสินค้าต้นน้ำ วิธีที่สองโดยการลดราคาสินค้าปลายน้ำ และวิธีที่สามโดยการทำทั้ง 2 วิธีแรกประกอบกัน ซึ่งวิธีการกีดกันราคาที่มีลักษณะเป็นการเพิ่มราคาสินค้าต้นน้ำอาจถูกเรียกว่าการกีดกันราคาประเภทการกีดกันราคาแบบเลือกปฏิบัติ (discriminatory price or margin squeeze) ส่วนวิธีการกีดกันราคาที่มีลักษณะเป็นการลดราคาสินค้าปลายน้ำนั้นอาจถูกเรียกว่าการกีดกันราคาประเภทการกีดกันราคาแบบทำลายคู่แข่ง (predatory price squeeze)³⁹

การกีดกันราคาแบบเลือกปฏิบัติ (discriminatory price or margin squeeze) เกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการที่รวมตัวในแนวตั้งตั้งราคากับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำด้วยราคาของสินค้าต้นน้ำที่สูงกว่าที่เรียกเก็บจากผู้ประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำของตนเองและจะยิ่งชัดเจนว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น หากสูงกว่าราคาที่ผู้ประกอบการในตลาด

³⁶ Fumio Sensui *et al.*, "Competition Policy Research Center Fiscal Report: Competition Policy in the Network Industries – Comparative Legal Studies of Margin Squeeze Regulation across Japan, USA and EU and Economic Analysis," 2012, p. 1.

³⁷ Pietro Crocioni and Cento Veljanovski, "Price Squeezes, Foreclosure, and Competition Law: Principles and Guidelines," *Journal of Network Industries*: 30.

³⁸ *Ibid.*, 28.

³⁹ *Ibid.*, 31.

ปลายน้ำของตนนั้นได้จำหน่ายให้กับผู้บริโภค⁴⁰ การกีดกันราคาด้วยวิธีเพิ่มราคาสินค้าต้นน้ำเช่นนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive) กล่าวคือ เป็นการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งตั้งราคาสินค้าหรือบริการสูงเกินกว่าที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะรับได้ ดังนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงจัดว่าการกีดกันราคาด้วยวิธีนี้เป็นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง⁴¹

การกีดกันราคาแบบทำลายคู่แข่ง (predatory price squeeze) เกิดขึ้นหากผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต้นน้ำลดราคาของสินค้าในตลาดปลายน้ำให้ต่ำกว่าราคาสินค้าต้นน้ำที่จำหน่ายให้กับคู่แข่งรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการแปรรูปสินค้าต้นน้ำให้กลายเป็นสินค้าปลายน้ำ กรณีนี้คล้ายกับนิยามของการลดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (predatory behavior) ซึ่งมักใช้จำกัดในอุตสาหกรรมที่ราคาสินค้าต้นน้ำถูกกำกับดูแล แต่สินค้าปลายน้ำไม่ถูกกำกับดูแล⁴²

เมื่อการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่สามารถทำได้หลายวิธีและยังเกี่ยวข้องกับทั้งตลาดต้นน้ำ (ตลาดขายส่ง) และตลาดปลายน้ำ (ตลาดขายปลีก) จึงเป็นพฤติกรรมที่ถูกอธิบายได้ในหลายบริบทด้วยกัน ดังนี้

1. การกีดกันราคาที่มีลักษณะเป็นการตั้งราคากับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำด้วยราคาของสินค้าต้นน้ำที่สูงนั้น

1.1 ในประเทศสหรัฐอเมริการวมทั้งนักกฎหมายเศรษฐศาสตร์ฝ่ายหนึ่ง เช่น Carlton และ Sidak อธิบายการกีดกันราคาในลักษณะนี้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย (constructive refusal to deal) กล่าวคือ มองว่าการตั้งราคาวัตถุดิบต้นน้ำในราคาที่สูงมากนั้นเปรียบเสมือนเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย⁴³

1.2 ส่วนนักกฎหมายเศรษฐศาสตร์อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น Salop และ Scheffman อธิบายการกีดกันราคาในลักษณะนี้ว่าเป็นบริบทของการทำให้ต้นทุนของคู่แข่งเพิ่มขึ้น (raising rivals')

⁴⁰ Ibid., 32.

⁴¹ Fumio Sensui *et al.*, "Competition Policy Research Center Fiscal Report: Competition Policy in the Network Industries – Comparative Legal Studies of Margin Squeeze Regulation across Japan, USA and EU and Economic Analysis," 2012, p. 1.

⁴² Pietro Crocioni and Cento Veljanovski, "Price Squeezes, Foreclosure, and Competition Law: Principles and Guidelines," *Journal of Network Industries*: 33.

⁴³ Bruno Jullien, Patrick Rey, and Claudia Saavedra, "Institute of Industrial Economics: The Economics of Margin Squeeze," 2013, p. 4.

cost) เพราะเมื่อผู้ประกอบการที่รวมตัวในแนวตั้งซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตั้งราคาสินค้าต้นน้ำกับคู่แข่งชั้นในตลาดปลายน้ำด้วยราคาที่สูงกว่าราคาที่มีการแข่งขันกันตามปกติ (หรืออาจสูงกว่าราคาที่มีการผูกขาด) ย่อมส่งผลให้ต้นทุนของคู่แข่งชั้นที่ต้องยอมซื้อสินค้าต้นน้ำนั้นสูงขึ้นกว่าปกติ⁴⁴

1.3 เมื่อเป็นการตั้งราคาสินค้าต้นน้ำในราคาที่สูงมากจึงถูกมองว่าเป็นบริบทของการกำหนดราคาสินค้าสูงเกินไป (excessive prices) ซึ่งจัดเป็นการใช้อำนาจในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเองอันมิชอบชนิดหนึ่ง⁴⁵

1.4 และแน่นอนว่าเมื่อตั้งราคาสินค้าต้นน้ำให้กับคู่แข่งชั้นในราคาที่สูงแต่กลับจำหน่ายสินค้าต้นน้ำให้กับผู้ประกอบการปลายน้ำได้ที่เข้ามารวมตัวในแนวตั้งร่วมกับตนในราคาที่ต่ำกว่า จึงถูกพิจารณาว่าเป็นบริบทของการกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ (price discrimination) ได้อีกเช่นกัน⁴⁶

2. การกีดกันราคาที่มีลักษณะเป็นการลดราคาของสินค้าในตลาดปลายน้ำให้ต่ำกว่าราคาสินค้าต้นน้ำที่จำหน่ายให้กับคู่แข่งชั้นรวมกับค่าใช้จ่ายในการแปรรูปสินค้าต้นน้ำให้กลายเป็นสินค้าปลายน้ำ ในสถานการณ์ที่เกิดการกีดกันราคาในลักษณะเช่นนี้ขึ้นนั้นจะพบว่าสินค้าปลายน้ำที่ผู้กีดกันราคาจำหน่ายให้กับลูกค้านั้นย่อมมีราคาต่ำกว่าราคาสินค้าปลายน้ำของคู่แข่งชั้นที่จำหน่ายให้กับลูกค้า ดังนั้นหากพิจารณาราคาในระดับตลาดปลายน้ำหรือตลาดขายปลีกแล้วจะถูกจัดว่าเป็นบริบทของการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งชั้น (predatory pricing) เช่นคดี *linkLine*⁴⁷ ที่เกิดในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการตั้งราคาขายต่ำอย่างไม่เป็นธรรม (unjust low price sales) หรือการตัดราคาขาย (price cutting) เช่น คดี *NTT East*⁴⁸ ที่เกิดในประเทศญี่ปุ่น⁴⁹

⁴⁴ Steven C. Salop and David T. Scheffman, "Bureau Of Economics Federal Trade Commission: Raising Rivals Costs Working Paper No.81," 1983, p. 3.

⁴⁵ Bruno Jullien, Patrick Rey, and Claudia Saavedra, "Institute of Industrial Economics: The Economics of Margin Squeeze," 2013, p. 4.

⁴⁶ Ibid., 5.

⁴⁷ Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc. 555 U.S. 438 (2009).

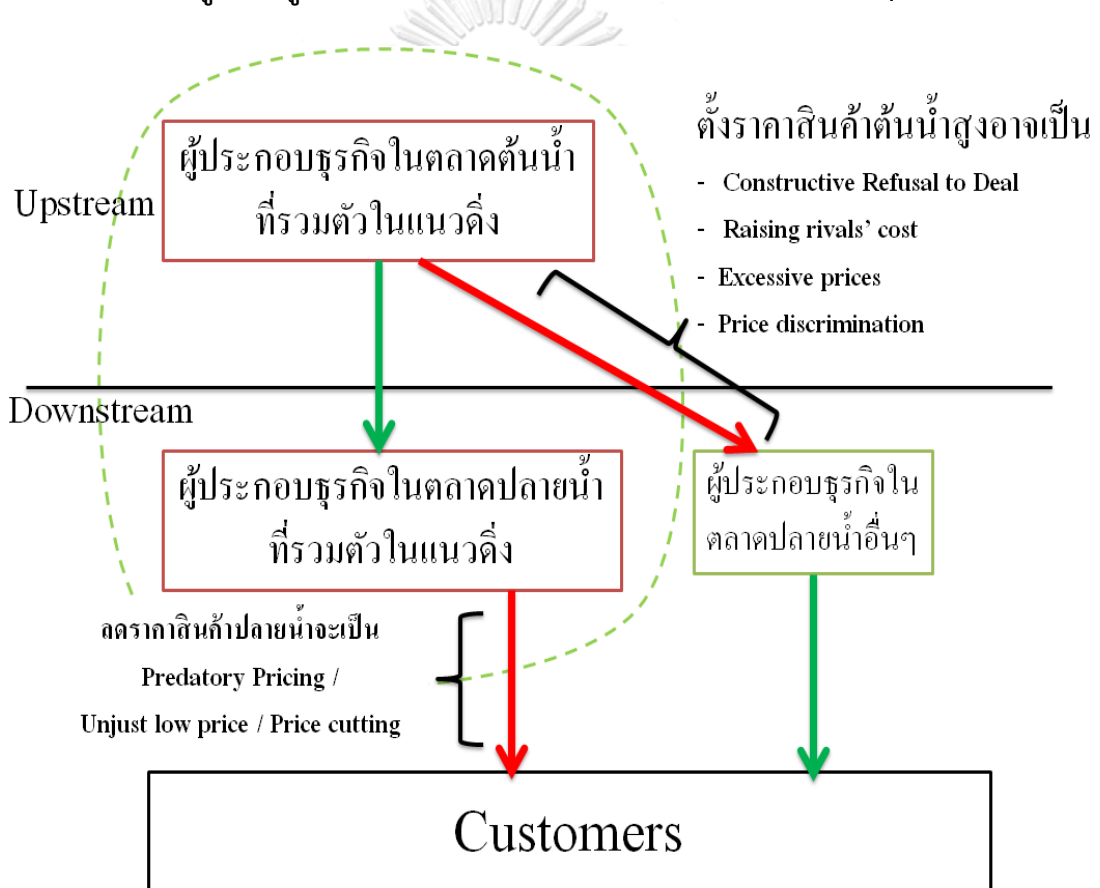
⁴⁸ Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East) (JFTC hearing decision on March 26, 2007), Supreme Court (on December 17, 2010).

⁴⁹ Fumio Sensui *et al.*, "Competition Policy Research Center Fiscal Report: Competition Policy in the Network Industries – Comparative Legal Studies of Margin Squeeze Regulation across Japan, USA and EU and Economic Analysis," 2012, p. 1.

3. ส่วนสหภาพยุโรป ในหลาย ๆ คดี เช่นคดี *Deutsche Telekom*⁵⁰ และ *TeliaSonera*⁵¹ อธิบายการกีดกันราคาในบริบทของพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอันเป็นความผิดชนิดหนึ่งที่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแยกต่างหากออกมาจากพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอื่น ๆ (stand-alone abuse)

เพื่อทำความเข้าใจเรื่องการกีดกันราคาทั้งวิธีเพิ่มราคาสินค้าต้นน้ำและวิธีลดราคาสินค้าปลายน้ำ และการอธิบายถึงการกีดกันราคาในบริบทต่าง ๆ ให้ชัดเจนมากขึ้น จึงขออธิบายด้วยรูปภาพนี้

รูปที่ 7 รูปแสดงสถานการณ์การกีดกันราคาด้วยวิธีการต่าง ๆ



อย่างไรก็ดี วิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้กำหนดขอบเขตเพียงเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยจะเน้นศึกษาการกีดกันราคาในบริบทที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดย

⁵⁰ Deutsche Telekom AG v. Commission of the European Communities, Case T-271/03 (2008).

⁵¹ Konkursverket v. TeliaSonera Sverige AB, Case C-52/09 (2011).

ปริยาย ดังนั้น ผู้เขียนจึงจำแนกให้การกีดกันราคาเข้ามาเกี่ยวข้องกับกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจในฐานะเป็นการปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจประเภทหนึ่ง

สำหรับกฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมกาการกีดกันราคาก็มักเป็นบทบัญญัติกฎหมายในมาตราเดียวกันกับที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นที่ใช้มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติห้ามการผูกขาดโดยเอกชน (Private Monopolisation) และมาตรา 19 ซึ่งบัญญัติห้ามพฤติกรรมกาการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) ครอบคลุมได้ทั้งพฤติกรรมกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและการกีดกันราคา⁵² หรือในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปที่ใช้มาตรา 82 EC Treaty หรือมาตรา 102 แห่ง TFEU ในปัจจุบันควบคุมได้ทั้ง 2 พฤติกรรมเช่นกัน⁵³ แต่ในบางประเทศก็อาจมีมาตราสำหรับการกีดกันราคาแยกเฉพาะออกไป เช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งมีบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่ในมาตรา 19 และ 20(1) และ (3) ของ Act against Restraints of Competition (GWB) ส่วนบทบัญญัติเฉพาะ (specific provision) สำหรับเรื่องกาการกีดกันราคาบัญญัติอยู่ในมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ Act against Restraints of Competition (GWB)⁵⁴

สาเหตุที่ต้องมีการจำแนกกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวออกเป็นประเภทกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคานั้นก็เพื่อต้องการแสดงให้เห็นว่า พฤติกรรมกาการกีดกันราคาในบางกรณีอาจถูกจัดว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ และยังต้องการชี้ให้เห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศมีบทบัญญัติเฉพาะที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมกาการกีดกันราคา นอกจากนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาเป็นการเฉพาะแยกออกมาจากหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกาปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยทั่วไปอีก เนื่องจากการกีดกันราคามีลักษณะเป็นการการยื่นข้อเสนอให้คู่แข่งในตลาดปลายน้ำในลักษณะที่สุดโต่งเกินกว่าที่คู่แข่งดังกล่าวจะรับได้คล้ายคลึงกับการปฏิบัติเสอไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายทำให้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกาปฏิบัติเสอไม่

⁵² Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 10.

⁵³ European Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 12.

⁵⁴ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 2-4.

ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ซึ่งเป็นการปฏิเสธออกไปตรง ๆ นั้นไม่เพียงพอที่จะใช้พิจารณาความผิดของการกีดกันราคา ส่วนรายละเอียดว่าการกีดกันราคาโดยวิธีการเพิ่มราคาสินค้าต้นน้ำให้สูงขึ้นขนาดไหนถึงจะเข้าข่ายเป็นความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ชี้ว่าเป็นการยากที่จะสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวขึ้น ซึ่งรายละเอียดสำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาระนั้นจะอธิบายอย่างละเอียดในบทต่อ ๆ ไป

2.2.4 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบไม่มีเงื่อนไข (unconditional) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไข (conditional)

หากพิจารณาอย่างคร่าว ๆ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบไม่มีเงื่อนไข (unconditional) กับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง (outright) คงมีลักษณะที่เหมือนกันแต่ในความเป็นจริง ทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิงกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายนั้นอาจเป็นได้ทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไขและไม่มีเงื่อนไข ลักษณะของการแบ่งประเภทการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวออกเป็นปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยสิ้นเชิงและโดยปริยายนั้นพิจารณาจากการที่มีการแสดงออกถึงการปฏิเสธโดยชัดแจ้งหรือไม่ ในขณะที่ลักษณะของการแบ่งประเภทการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจออกเป็นปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไขและไม่มีเงื่อนไขนั้นพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าเป็นการปฏิเสธต่อคนทุกคนในทุกสถานการณ์หรือไม่ หรือเป็นการเลือกปฏิเสธต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งเท่านั้น เช่น ผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้แก่เฉพาะผู้ซื้อที่เป็นคู่แข่งกับบริษัทปลายน้ำของตนเท่านั้น (downstream competitors) แต่มิได้ปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้กับคนอื่น ๆ กรณีเช่นนี้เรียกว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไข (conditional)” และยังเป็นปฏิเสธโดยสิ้นเชิงอีกด้วย จึงอาจเรียกได้ว่า เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิงแบบมีเงื่อนไข (conditionally outright unilateral refusal to deal) อีกกรณีหนึ่งคือ ผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นทั้งหมดแต่จะทำธุรกิจเฉพาะกับบริษัทปลายน้ำของตนเท่านั้น กรณีนี้เรียกว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบไม่มีเงื่อนไข (unconditional)” และยังเป็นปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิง จึงเรียกได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยสิ้นเชิงแบบไม่มีเงื่อนไข (unconditionally outright unilateral refusal to deal)⁵⁵

⁵⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 26.

ความเป็นไปได้ที่จะเกิดกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไขอีกลักษณะหนึ่ง คือ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจปฏิเสธที่จะให้คำรับรอง (guarantee) ต่อผู้ซื้อส่วนน้อยกว่าสินค้าที่ขายให้ไปจะสามารถปฏิบัติตามรายละเอียดที่ระบุไว้ แต่กลับให้คำรับรองต่อผู้ซื้อส่วนมาก ถ้าในตลาดสินค้าชนิดนั้นการให้คำรับรองเป็นสิ่งจำเป็นต่อผู้ซื้อ กรณีที่เกิดขึ้นนี้ก็เป็นอย่างหนึ่งของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไข ในทางตรงกันข้ามถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจปฏิเสธที่จะให้คำรับรองต่อผู้ซื้อทุกรายในตลาดนั้น กรณีนี้จะเป็นอย่างของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบไม่มีเงื่อนไข⁵⁶

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไขมักถูกใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการบังคับพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอื่น ๆ ให้สำเร็จ เช่น การห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคนอื่น (exclusive dealing) โดยการทำธุรกิจกับทุกคนแต่จะไม่ทำธุรกิจกับผู้ที่ไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธเท่านั้น หรือการขายควบหรือขายพ่วง (tying) โดยการทำธุรกิจกับคนทุกคนแต่จะไม่ทำธุรกิจกับผู้ที่ไม่ยอมซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งของผู้ปฏิเสธไปด้วย หรือการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) โดยการทำธุรกิจกับคนทุกคนแต่จะไม่ทำธุรกิจกับผู้ที่ไม่ยอมขายตามราคาที่กำหนดไว้ เป็นต้น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไขเป็นการง่ายสำหรับองค์กรกำกับดูแลกฎหมายที่จะกำหนดวิธีเยียวยา เนื่องมาจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้มักจะมีสัญญาที่เคยทำมาก่อนหน้า อาจจะเป็นสัญญาที่ผู้ปฏิเสธเคยทำกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น ๆ หรือกับผู้ที่ถูกปฏิเสธก็ตาม ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไขที่ง่ายที่สุดอาจเป็นการตัดเงื่อนไขที่ผู้ปฏิเสธวางไว้ออกไปจากสัญญา⁵⁷

ในประเทศญี่ปุ่น ปรากฏคดี *NIPRO Corporation*⁵⁸ มีข้อเท็จจริง ว่าบริษัท NIPRO ผู้จำหน่ายหลอดแก้ว (glass pipes) ซึ่งเป็นบริษัทต้นน้ำ ปฏิเสธคำสั่งซื้อจากบริษัท Naigai ผู้จำหน่ายหลอดแก้วปลายน้ำที่พยายามนำเข้าหลอดแก้วจากบริษัทผู้ผลิตหลอดแก้วในต่างประเทศ เนื่องมาจาก NIPRO เห็นว่า Naigai ได้ทำธุรกิจกับคู่แข่งของตนอยู่ด้วย NIPRO จึงปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับ Naigai อันเป็นการนำเอาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไขมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการบังคับพฤติกรรมห้ามมิให้ธุรกิจกับคนอื่น (exclusive dealing) ให้สำเร็จ ที่กล่าวว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไขก็เพราะจากข้อเท็จจริง NIPRO ยังทำธุรกิจกับบริษัทผู้จำหน่ายหลอดแก้วปลายน้ำอื่น ๆ อยู่ ยกเว้นแต่เพียง Naigai เท่านั้น ในคดีนี้วิธีเยียวยาที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (JFTC) ใช้ก็คือ ให้ NIPRO ยกเลิกการปฏิเสธ

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid., 9.

⁵⁸ Naigai Glass Industry Co. v. Nipro Corporation (JFTC hearing decision on June 5, 2006).

ไม่จัดส่งสินค้า (abandon the refusal to supply) ให้กับ Naigai และให้ NIPRO กับ Naigai กลับมาทำสัญญากัน (restore the same conditions) โดยใช้เงื่อนไขสัญญาที่ NIPRO เคยยื่นเสนอให้กับบริษัทผู้จำหน่ายหลอดแก้วปลายน้ำรายอื่นแต่ในระหว่างการพิจารณาคดีของ JFTC NIPRO ก็ได้ยุติการกระทำของตน⁵⁹

จากที่ได้อธิบายมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยการปฏิเสธต่อคนทุกคนในทุกสถานการณ์จะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบไม่มีเงื่อนไข (unconditional) ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยการปฏิเสธต่อคนใดคนหนึ่ง สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งเท่านั้นจะเรียกว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแบบมีเงื่อนไข (conditional) อย่างไรก็ตาม การแบ่งประเภทของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวออกเป็นแบบไม่มีเงื่อนไขและมีเงื่อนไขนั้น กฎหมายที่ใช้ควบคุมและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 2 ประเภทนี้ก็ไม่ได้มีความต่างกันแต่อย่างใด

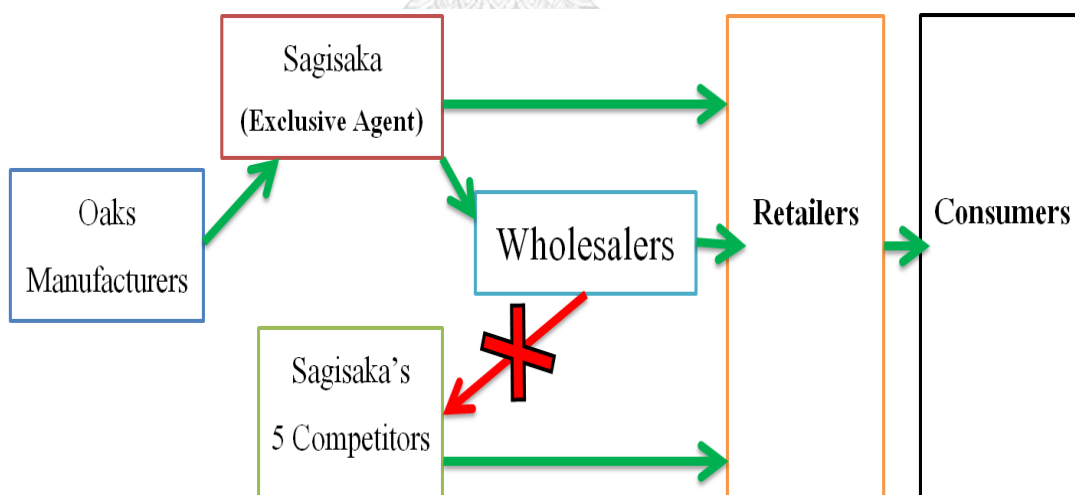
2.2.5 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยตรง (direct) และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอ้อม (indirect)

การแบ่งประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวออกเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยตรงและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอ้อมนี้ปรากฏชัดอยู่ในแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นเรื่อง Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982) ข้อที่ 2 เรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว หรือที่ในแนวปฏิบัตินี้เรียกว่า “การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal)” แนวปฏิบัติข้อที่ 2 ระบุว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถแบ่งออกได้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยตรง (directly unilateral refusal to deal) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายนั้นเองปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ หรือทำธุรกิจโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการต่อผู้ประกอบการรายหนึ่ง และยังสามารถแบ่งได้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอ้อม (Indirectly unilateral refusal to deal) ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทหนึ่งก่อให้เกิดหรือบังคับให้อีกบริษัทหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจหรือทำธุรกิจโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการกับบุคคลที่สาม

⁵⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 9.

ตัวอย่างคดีที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยตรงมีให้เห็นมาก ส่วนคดีที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอ้อมเกิดขึ้นน้อยกว่า แต่ก็พอปรากฏคดีอยู่บ้าง เช่น คดี *Sagisaka*⁶⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Sagisaka ประกอบธุรกิจเป็นตัวแทนจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานหลายยี่ห้อ และเป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive agent) สำหรับอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ซึ่งเป็นยี่ห้อที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในขณะนั้น โดยบริษัท Sagisaka จะซื้ออะไหล่รถจักรยานจากบริษัทผู้ผลิตอะไหล่แล้วนำมาบรรจุตามสเปคของ Sagisaka เองและจำหน่ายต่อไปให้กับผู้ค้าปลีกโดยตรง (retailers) หรือโดยผ่านทางผู้ค้าส่ง (wholesalers) การประกอบธุรกิจของบริษัท Sagisaka ประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีจนมียอดจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานให้แก่ผู้ค้าปลีกสูงเป็นอันดับ 1 ในประเทศญี่ปุ่น ในคดีนี้บริษัทตัวแทนจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานคู่แข่งของบริษัท Sagisaka จำนวน 5 บริษัทได้นำอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ที่ซื้อมาจากผู้ค้าส่งมาขายลดราคาให้กับผู้ค้าปลีก ทำให้ผู้ค้าปลีกหันมาซื้อสินค้าจากบริษัทคู่แข่งทั้ง 5 แทน จนทำให้ยอดขายอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ระหว่างบริษัท Sagisaka กับผู้ค้าปลีกต่ำลง บริษัท Sagisaka จึงบังคับให้บริษัทผู้ค้าส่งของตนปฏิเสธการจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ซึ่งมีตนเป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวต่อบริษัทคู่แข่งทั้ง 5 บริษัทนั้น⁶¹ ซึ่งคดีนี้สามารถแสดงเป็นรูปภาพได้ดังนี้

รูปที่ 8 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี *Sagisaka*



ในคดีนี้แม้บริษัท Sagisaka ไม่ได้เป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยตัวเองแต่เป็นการบังคับให้บริษัทผู้ค้าส่งของตนปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบุคคลที่ 3 อย่างไรก็ตาม JFTC ก็ได้วินิจฉัยว่า การกระทำ

⁶⁰ Case against Sagisaka (recommendation decision on May 16, 2000).

⁶¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 156.

ของบริษัท Sagisaka เข้าข่ายเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในรูปแบบอื่นซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice)⁶²

การแบ่งประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวออกเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยตรงและโดยอ้อมนี้ ไม่ได้มีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องของกฎหมายที่ใช้ควบคุมและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 2 ประเภท หากแต่ต้องการชี้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่จะมีความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสำหรับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้น ไม่จำเป็นว่าผู้ประกอบธุรกิจต้องเป็นผู้กระทำการปฏิเสธด้วยตนเองแต่ผู้ประกอบธุรกิจที่ไปก่อหรือบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไปยังบุคคลฝ่ายที่ 3 ก็อาจถูกจัดว่ามีความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้เช่นกัน

2.2.6 สรุปรูปแบบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

จากการศึกษาหัวข้อประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งหมดพบว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถจำแนกได้เป็นหลายประเภทขึ้นอยู่กับว่าใช้เกณฑ์ใดเป็นปัจจัยในการจำแนก โดยในวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีเนื้อหาหลัก คือ การศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถ้าหากแบ่งประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดมาเป็นเกณฑ์จะเป็นได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ (actual unilateral refusal to deal) หมายถึง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทุกประเภทที่ผู้ปฏิเสธได้แสดงเจตนาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจออกไปตรง ๆ อย่างชัดเจน
2. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive unilateral refusal to deal) หมายถึง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทุกประเภทที่ผู้ปฏิเสธมิได้แสดงเจตนาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจออกไปตรง ๆ อย่างชัดเจน แต่สร้างตกลงว่าจะทำธุรกิจกับอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีการกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจในลักษณะที่สุดโต่งจนไม่น่าจะมีผู้ใดเข้ามาทำธุรกิจด้วยจริง เช่น กำหนดราคาสินค้าสูงมากเกินไป หรือแกล้งส่งมอบสินค้าให้ช้าเกินสมควร หรือจำกัดปริมาณสินค้าที่จำหน่ายลง เป็นต้น

⁶² Ibid.

3. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกดดันราคา (margin squeeze หรือ price squeeze) จัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายได้ในกรณีที่เป็นการกดดันราคาด้วยวิธีการตั้งราคาวัตถุดิบต้นน้ำในราคาที่สูงมาก

2.3 พัฒนาการทางกฎหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

ทั้งสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างเป็นประเทศที่มีพัฒนาการของกฎหมายเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาอย่างยาวนาน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักกฎหมายและมีคดีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นมากมาย ซึ่งศาลในสหภาพยุโรปและในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์พร้อมทั้งให้เหตุผลเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้อย่างน่าสนใจหลายประการ โดยขอเริ่มอธิบายจากพัฒนาการของสหภาพยุโรปก่อน เนื่องจากหลักกฎหมายของสหภาพยุโรปมีหลักทั่วไปว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่ต้องทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น (general duty to supply) ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยเป็นเพียงข้อยกเว้น ซึ่งกลับกันกับหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งวางว่า ผู้ประกอบการธุรกิจแม้จะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้อื่น ซึ่งพัฒนาการของกฎหมายในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกามีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 พัฒนาการทางกฎหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสหภาพยุโรป

มาตรา 82 ของสนธิสัญญายุโรป (EC Treaty) เป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญายุโรปจึงต้องตีความตามกรอบแนวคิดของสนธิสัญญาดังกล่าว ด้วยมาตรา 82 และคำพิพากษาเกี่ยวกับมาตรานี้มักเป็นเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการทำอันตรายต่อผู้บริโภค แต่บางครั้งในคำพิพากษาก็ให้เหตุผลถึงผลกระทบในด้านอื่น ๆ ที่เทียบเท่าหรือบางครั้งมากกว่าเสียด้วยซ้ำ เช่นในคำพิพากษาคดีสำคัญ ๆ กลับแสดงถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ควบคุมหรือทำให้เกิดความชะงักต่อความคล่องตัวในด้านการค้าระหว่างรัฐสมาชิกในสหภาพยุโรปหรือพฤติกรรมอันเป็นการขัดขวางต่อการเข้าถึงตลาดตลอดจนพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อบริษัทขนาดเล็กที่กล่าวถึงในคำพิพากษาในช่วงหลัง ๆ แต่อย่างไรก็ตาม คดีความตามมาตรา 82 ยังไม่แน่ชัดว่าต้องแสดงให้เห็นถึงผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่ แต่ที่เห็นได้ชัดก็คือ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นเป็นข้อยกเว้น⁶³

⁶³ Ibid., 43.

ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามจารีตดั้งเดิมของยุโรป ถือว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้อื่น (general duty to supply) คำว่า “โดยทั่วไป” ในที่นี้มีความสำคัญและข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้ก็ได้เข้มงวดถึงขนาดกำหนดหน้าที่ให้กับผู้ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต้องยอมทำธุรกิจด้วยในทุกกรณีอย่างไม่มีเงื่อนไข อย่างเช่นในคดี *Bronner* ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice หรือ ECJ) ตัดสินในปี ค.ศ. 1998 เป็นคดีที่เป็นการทำลายข้อสันนิษฐานหรือทำให้ข้อสันนิษฐานมีความเข้มงวดน้อยลง และยังรวมถึงคดีอีก 2 คดี ได้แก่ คดี *Magill* และคดี *IMS* ซึ่งศาลได้ชี้แจงน้ำหนักและชี้ว่า ในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอาจปฏิเสธที่จะทำธุรกิจได้ แต่ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงหลักทั่วไปที่เข้มงวดในช่วงแรกก่อนว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่ต้องทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น⁶⁴

คดีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ศาลยุติธรรมยุโรปตัดสินเป็นคดีแรกคือ คดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission*⁶⁵ เมื่อปี ค.ศ. 1974 คดีนี้จำเลยเป็นบริษัทผลิตสารเคมีและผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสำหรับสารตั้งต้น amino butanol ได้ปฏิเสธไม่จำหน่ายสารเคมีดังกล่าวให้แก่บริษัท Zoja ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอิตาลีขนาดเล็ก ๆ โดยต้องการใช้สารตั้งต้นดังกล่าวไปผลิตเป็นยา Ethambutol และสารตั้งต้น amino butanol เป็นส่วนผสมสำคัญที่ใช้ในการผลิตยา Ethambutol จำเลยให้เหตุผลที่ไม่ขายสารตั้งต้นดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าเป็นเพราะจำเลยกำลังจะทำการผลิตยาชนิดเดียวกันในตลาด ศาลยุติธรรมยุโรปเห็นด้วยกับคณะกรรมการยุโรป (European Commission) และชี้ว่าจากพยานหลักฐานของจำเลย ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของบริษัท Commercial Solvents ที่ว่าตนไม่สามารถจัดส่งสารตั้งต้นให้แก่บริษัทอื่น ๆ ได้อีก นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมยุโรปยังให้เหตุผลอีกด้วยว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดต้นน้ำไม่สามารถทำลายการแข่งขันไปจากลูกค้าเก่าของตน ซึ่งหากอนุญาตให้กระทำเช่นนั้นได้ก็เท่ากับเป็นการกำจัดบริษัทผู้ผลิตยา Ethambutol รายใหญ่ในตลาดปลายน้ำ เพียงเพราะข้ออ้างที่ว่าจำเลยกำลังจะเข้ามาแข่งขันในตลาดปลายน้ำ เหตุผลที่ศาลยุติธรรมยุโรปอ้างว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดต้นน้ำไม่สามารถทำลายการแข่งขันไปจากลูกค้าเก่าของตนเท่ากับว่าศาล

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Cases 6 & 7/73 *Commercial Solvents Corp v. Commission* [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

ยุติธรรมยุโรปกำลังให้น้ำหนักในเรื่องความเสียหายที่เกิดกับคู่แข่งมากกว่าความเสียหายที่เกิดกับการแข่งขัน ซึ่งข้อความต่อไปนี้เป็นการแสดงถึงแนวคิดเช่นนั้น⁶⁶

“ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดวัตถุดิบ input ต้นน้ำและต้องการสงวนวัตถุดิบ input นั้นไว้ใช้ผลิตสินค้าในตลาดปลายน้ำขึ้นเอง จึงปฏิเสธไม่ขายวัตถุดิบนั้นให้แก่ลูกค้าซึ่งลูกค้าดังกล่าวก็เป็นผู้ผลิตสินค้าชนิดนั้นในตลาดปลายน้ำเช่นกัน นับได้ว่าการกระทำดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะเป็นการทำลายการแข่งขันทั้งหมดในส่วนของลูกค้ารายนั้น และการกระทำของผู้ประกอบการผู้ปฏิเสธเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (*abusing its dominant position*)”⁶⁷

แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าศาลยุติธรรมยุโรปไม่ได้พิจารณาปัจจัยเรื่องประสิทธิภาพของการรวมตัวกันในแนวตั้งของจำเลยที่อาจเกิดขึ้นได้แต่ประการใด⁶⁸

คดีสำคัญเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ตัดสินโดยศาลยุติธรรมยุโรปคดีต่อมา คือ คดี *United Brands v. Commission*⁶⁹ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้มีได้เป็นการกำหนดเงื่อนไขให้กับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธโดยตรง หากแต่เป็นการกำหนดเงื่อนไขต่อลูกค้าของผู้ปฏิเสธที่ไปให้ความร่วมมือกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ โดยข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า บริษัท United Brands จึงเลิกขายสินค้า ซึ่งก็คือ กล้วย Chiquita ให้แก่บริษัทสัญชาติเดนมาร์กซึ่งเป็นบริษัทผู้จัดจำหน่าย (distributor) ที่เข้าร่วมโฆษณาเชิญชวนให้หันมาซื้อสินค้าของคู่แข่งของบริษัท United Brands ผลจากการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัทผู้จัดจำหน่ายรายนั้นขายกล้วย Chiquita ของบริษัท United Brands ได้น้อยลง แม้คดีนี้จะเป็นเรื่องการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคนอื่น (*exclusive dealing*) แต่ก็มีคุณค่าและประโยชน์ในด้านการศึกษาถึงเหตุผลของศาลเพื่อนำไปเปรียบเทียบกับคดีอื่น ๆ ได้⁷⁰

คณะกรรมการยุโรปตัดสินว่า การกระทำของบริษัท United Brands เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ศาลยุติธรรมยุโรปเห็นด้วยว่า พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้ “จะทำให้ขนาดตลาดเล็กลง จนกระทบผู้บริโภค” และ “จะทำให้บริษัทผู้จัดจำหน่ายไม่กล้า

⁶⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 43.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Case C-27/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

⁷⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 44.

โฆษณาสินค้าที่ห่ออื่น ผลกระทบที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ผู้ปฏิเสธได้ทำขึ้นนั้นยิ่งทำให้อำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ (relevant market) แข็งแกร่งขึ้น” ศาลยุติธรรมยุโรปยังกล่าวต่อไปด้วยว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่สามารถเลิกติดต่อธุรกิจกับบริษัทที่ทำการค้ากับตนเป็นประจำได้ การไม่จัดส่งสินค้าให้ในสถานการณ์เช่นนี้มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นการมุ่งกำจัดผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นให้ออกไปจากตลาดที่เกี่ยวข้อง และยังกล่าวต่ออีกว่า แม้บริษัทซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะมีสิทธิโดยชอบที่จะปกป้องผลประโยชน์ทางการค้าของตน แต่สิทธิดังกล่าวย่อมมีขอบจำกัดโดยต้องได้สัดส่วน (proportionate) กับความเสียหายที่จะเกิดและต้องไม่เป็นการทำให้อำนาจตลาดเข้มแข็งขึ้นหรือเป็นการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ⁷¹

ศาลยุติธรรมยุโรปในคดี *United Brands* อย่างน้อยก็แสดงให้เห็นว่า ศาลพิจารณาประเด็นเรื่องผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการแข่งขัน (ซึ่งตรงกันข้ามกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับคู่แข่ง) แต่ศาลก็ไม่ได้ให้รายละเอียดหรืออธิบายว่า ผลกระทบที่ว่่านั้นคืออะไร ในคดีนี้ผลกระทบนั้นได้เกิดขึ้นหรือจะเกิดขึ้นหรือไม่และเรื่องสิทธิของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการปกป้องผลประโยชน์ทางการค้าของตนก็ยังเป็นเรื่องคลุมเครือ “หลักความได้สัดส่วน” ก็เป็นเรื่องอัตวิสัยจึงคาดหมายไม่ได้ และเป็นการให้น้ำหนักกับเรื่องเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจมากกว่าผลกระทบโดยแท้จริงที่เกิดขึ้น ยิ่งไปกว่านั้น อาจเป็นที่สงสัยได้ว่าจะมีประโยชน์อันใดหากห้ามมิให้บริษัทซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสร้างความแข็งแกร่งให้แก่บริษัทของตน แต่คดีนี้ศาลได้ตัดสินมานานตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 ซึ่งความเห็นของศาลในบางประเด็นก็ได้เปลี่ยนไปแล้ว⁷²

คดี *Magill*⁷³ เมื่อปี ค.ศ. 1995 เป็นคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา แต่ความคิดของศาลก็มีอิทธิพลต่อคดีที่เกี่ยวกับการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญา (refusal to license intellectual property) คดีนี้บริษัทสถานีโทรทัศน์ 3 แห่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ตารางรายการโทรทัศน์ (TV program schedules) จึงมีสิทธิที่จะป้องกันไม่ให้บริษัทอื่นตีพิมพ์รายการโทรทัศน์ในหนังสือแนะนำรายการโทรทัศน์ประจำสัปดาห์ และในช่วงนั้นเองก็ยังไม่มียุติพิพม์หนังสือแนะนำรายการโทรทัศน์ของทั้ง 3 สถานีนี้ ออกมาจำหน่ายในตลาด ศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินหลักการของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแตกต่างจากคดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission* และ *United Brands v. Commission* เพราะศาลพิจารณาประเด็นหลักเกี่ยวกับการ

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Magill, Joined Cases C-241 & 242/91P, [1995] E.C.R. I-743, 4 C.M.L.R. 718, 799-800.

ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เหมาะสม ศาลยุติธรรมยุโรปชี้ว่า พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นกรณีพิเศษหรือเป็นกรณีกเว้นจริง ๆ (exceptional circumstance) โดยต้องเข้าเงื่อนไขทั้ง 3 ข้อดังต่อไปนี้⁷⁴

1. สินค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจปฏิเสธไม่จัดหาให้ นั้นต้องเป็นวัตถุดิบ input ที่ขาดไม่ได้สำหรับการผลิตเป็นสินค้าชนิดใหม่
2. การปฏิเสธนั้นไม่มีเหตุผลหรือข้อแก้ตัว
3. ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหวังกั้นวัตถุดิบ input นั้นไว้เพื่อตนเองในตลาดปลายน้ำอันเป็นตลาดรอง (secondary downstream market)

จากเงื่อนไขทั้ง 3 ประการดังกล่าว ดูเหมือนว่าศาลยุติธรรมยุโรปจะได้เพิ่มหลักเกณฑ์ใหม่จากเงื่อนไขทั้ง 3 ประการอีก 1 ประการในเรื่อง “สินค้าที่ผู้ปฏิเสธ ปฏิเสธไม่จัดหาให้ นั้นนับเป็นวัตถุดิบ input ที่ขาดไม่ได้สำหรับการผลิตเป็นสินค้าชนิดใหม่” และไปนำหลักเดิมที่ปรากฏในคดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission* ซึ่งก็คือ หลัก “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวต้องเป็นการทำลายการแข่งขันทั้งหมดในส่วนของลูกค้ารายนั้น” ให้กลายเป็นหลักที่เข้มงวดกว่าเดิม ซึ่งก็คือ “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นไม่เพียงแต่เป็นการทำลายการแข่งขันทั้งหมดของลูกค้า แต่จำเลยต้องผูกขาดเหนือตลาดปลายน้ำด้วย” ศาลยุติธรรมยุโรปเห็นว่า คดี *Magill* เข้าเงื่อนไขทุกประการจึงสั่งให้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory licensing) ต่อบริษัทสถานีโทรทัศน์ทั้ง 3 แห่ง⁷⁵

ในปี ค.ศ. 1998 คดี *Oscar Bronner v. Mediaprint*⁷⁶ ยิ่งทำให้เห็นว่า แนวคิดของศาลยุติธรรมยุโรปเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเปลี่ยนไป แม้จะไม่ใช่คดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาก็ตาม คดีนี้จะเหมือนกับคดี *Magill* ตรงที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้วางหลักให้เกิดความรับผิดได้ยากขึ้นกว่าในคดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission* และ *United Brands v. Commission* ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า โจทก์บริษัท Bronner เป็นผู้ผลิตหนังสือพิมพ์รายวันในประเทศออสเตรีย ต้องการเข้าถึงระบบการจัดส่งหนังสือพิมพ์ตามบ้าน (home distribution system) ซึ่งเป็นของบริษัท Mediaprint จำเลยในคดีซึ่งเป็นบริษัทหนังสือพิมพ์ที่มี

⁷⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 44.

⁷⁵ *Ibid.*, 44-45.

⁷⁶ Case 7/97, *Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG* [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

ขนาดใหญ่กว่าและยังเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในตลาดหนังสือพิมพ์รายวัน จำเลยได้ปฏิเสธคำขอเข้าถึงระบบการจัดส่งหนังสือพิมพ์ตามบ้านของโจทก์ ศาลยุติธรรมยุโรปได้วางหลักว่า การปฏิเสธไม่ทำฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดต่อกฎหมายเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้⁷⁷

1. ต้องเป็นสินค้าหรือบริการที่ขาดไม่ได้ต่อการทำธุรกิจของบริษัทที่ร้องขอ กล่าวคือ ไม่สามารถหาทดแทนได้จากที่อื่นได้อีก
2. มุ่งทำลายการแข่งขันของบริษัทที่ร้องขอ
3. ไม่มีเหตุผลหรือข้อแก้ตัวได้ทางภาวะวิสัย

ศาลยุติธรรมยุโรปชี้ให้เห็นว่า สินค้าหรือบริการที่ขาดไม่ได้ตามเงื่อนไขข้อ 1. ไม่ใช่แค่ ว่า บริษัทที่ร้องขอนั้นไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะซื้อหรือสร้างเองได้ แต่อย่างน้อยจะต้องแสดงให้เห็นว่า จะต้องลงทุนมากกว่าหรือเท่ากับที่จำเลยลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นขึ้นมา เป็นที่น่าสนใจว่า ศาลยุติธรรมยุโรปกลับใช้ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบความผิดของคดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission* ว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวต้องเป็นการทำลายการแข่งขันทั้งหมดในส่วนของลูกค้ารายนั้น” ซึ่งเป็นคดีที่เก่ากว่าแทนที่จะใช้ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบความผิดของคดี *Magill* ซึ่งเป็นคดีที่ใหม่กว่าที่ว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวต้องเป็นการทำลายการแข่งขันทั้งหมดในตลาดปลายทาง” ศาลยุติธรรมยุโรปยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า ยังไม่จำเป็นที่ศาลต้องตัดสินว่าหลักเกณฑ์ในคดี *Magill* จะสามารถนำมาปรับใช้กับคดีที่ไม่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาได้หรือไม่ เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดี *Oscar Bronner v. Mediaprint* ยังไปไม่ถึงหลักเกณฑ์ที่วางไว้ในคดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission* และศาลยุติธรรมยุโรปให้เหตุผลว่า บริษัท Bronner จะไม่ถูกกำจัดให้ออกไปจากการแข่งขันเนื่องจากยังมีบริการจัดส่งหนังสือพิมพ์วิธีอื่นเหลืออยู่อีก เช่น บริการส่งหนังสือพิมพ์ทางไปรษณีย์หรือบริการตั้งตู้จำหน่ายหนังสือพิมพ์ และนอกจากนี้ก็ไม่ปรากฏว่ามีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทางเทคนิค ทางกฎหมายหรือทางเศรษฐกิจที่ปิดกั้นบริษัท Bronner จากการสร้างระบบการจัดส่งหนังสือพิมพ์ตามบ้านของตนเองและก็ได้เป็นอุปสรรคอย่างไม่สมเหตุสมผลที่จะทำเช่นนั้น ศาลยุติธรรมยุโรปจึงตัดสินให้จำเลยชนะคดีนี้⁷⁸

⁷⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 45.

⁷⁸ Ibid.

สิ่งที่พบในคดี *Oscar Bronner v. Mediaprint* อย่างน้อยก็เป็นการกระตุ้นให้ย้อนกลับมาพิจารณาเรื่องของการกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบอยู่ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก เงื่อนไขที่ว่าต้องเป็นสินค้าหรือบริการที่ขาดไม่ได้ซึ่งชัดเจนว่า ไม่สามารถที่จะหาสินค้าหรือบริการนั้นมาทดแทนได้จริงนั้นเป็นปัจจัยสำคัญที่ชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนเลยว่า จำเลยเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด การที่ยอมให้จำเลยครอบครองสินค้าหรือบริการที่ขาดไม่ได้นั้นแต่ผู้เดียวก็จะทำให้ระดับของจำเลยเพิ่มขึ้นไปถึงระดับผู้ผูกขาดมากกว่าจะเป็นเพียงผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ประเด็นในคดีนี้ คือ องค์กรประกอบเรื่องอำนาจตลาด (market power) ไม่ใช่พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abusive conduct)

ประการที่สอง เงื่อนไขที่ว่ามุ่งทำลายการแข่งขันของบริษัทที่ร้องขอนั้นก็คือพิจารณาว่าผู้ร้องขอนั้นสามารถแข่งขันได้หรือไม่ หากไม่สามารถเข้าถึงสินค้า input ของจำเลยนั้นได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ร้องขอสามารถหาสินค้า input นั้นมาทดแทนได้หรือไม่⁷⁹

ผู้พิพากษา Jacobs (judge advocate general) ได้เขียนความเห็นส่วนตัวไว้ว่าศาลต้องเอาใจใส่ในเรื่องดังต่อไปนี้ ประการแรก “สิทธิที่จะเลือกทำธุรกิจกับผู้ใดและสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของตนได้อย่างอิสระ” นั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งรัฐสมาชิกทุกรัฐให้การรับรองและในบางกรณีได้มีการตราไว้ในรัฐธรรมนูญของบางประเทศด้วย แต่หลักกฎหมายทั่วไปนี้ดูเหมือนเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ปรับใช้ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามากกว่าจะเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายจารีตประเพณีของสหภาพยุโรปที่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่โดยทั่วไปต้องจัดหาสินค้าให้ (general duty to supply) และประการที่สอง แรงจูงใจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งในการลงทุนในสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจะต้องไม่ถูกบั่นทอนลงไปโดยการต้องยินยอมให้คู่แข่งมาร่วมใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้นทันทีที่คู่แข่งร้องขอ⁸⁰

⁷⁹ Christopher Stothers, "Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union," *European Competition Law Review* 22, 7 (2001): 259-260.

⁸⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 46.

และในช่วงที่ผ่านมา ศาลยุติธรรมยุโรปก็ได้ตัดสินยืนยันในคดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์คดี IMS⁸¹ ปี ค.ศ. 2004 ว่าการที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจเป็นความผิดต่อกฎหมายได้ในบางกรณี โดยศาลได้ตัดสินว่า⁸²

“เป็นที่ชัดเจนจากคดีก่อน ๆ ว่า การที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงสินค้าหรือบริการที่ขาดไม่ได้สำหรับการประกอบธุรกิจบางอย่างนั้น นับว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ หากเข้าองค์ประกอบ 3 ประการดังต่อไปนี้

1. การปฏิเสธนั้นเป็นการขัดขวางการเกิดขึ้นของสินค้าชนิดใหม่ที่ผู้บริโภคต้องการ
2. การปฏิเสธนั้นไม่มีเหตุผลเพียงพอ
3. การปฏิเสธนั้นเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดปลายน้ำอันเป็นตลาดรอง”

องค์ประกอบที่ศาลปรับใช้ในคดี IMS เป็นองค์ประกอบเดียวกันกับที่ศาลปรับใช้ในคดี Magill แต่ในคดีนี้ศาลอธิบายคำว่า “ตลาดรอง (secondary market)” โดยไม่ได้หมายถึงตลาดที่มีการผูกขาดที่แยกออกไปต่างหากเพียงตลาดเดียว หากแต่เป็นตลาดที่มี 2 ระดับที่ต่างกันแต่เชื่อมต่อกันในกระบวนการผลิต โดยวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำเป็นวัตถุดิบ input สำคัญสำหรับผลิตสินค้าในตลาดปลายน้ำซึ่งผู้ประกอบการคู่แข่งต้องแสวงหาวัตถุดิบ input นั้นมาเพื่อผลิตเป็นสินค้าและนำมาจัดจำหน่ายต่อ เงื่อนไขที่ว่าการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นต้องเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดรอง ดูเป็นเงื่อนไขที่เข้มงวดกว่าในคดี *Commercial Solvents* ที่มีเงื่อนไขเพียงแค่ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันจากผู้ประกอบการซึ่งร้องขอที่จะเข้าถึงเท่านั้นก็เป็นความผิดแล้ว นอกจากนั้นเงื่อนไขที่ว่าผู้ถูกปฏิเสธต้องมีความมุ่งหมายที่จะผลิตสินค้าชนิดใหม่นั้นก็ทำให้เกิดความผิดได้ยากขึ้นอีกด้วย แต่ท้ายที่สุดศาลก็ไม่ได้ให้เหตุผลว่ากรณีใดบ้างที่การปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิจะสามารถทำได้บ้าง⁸³

จากที่ได้นำเสนอคำพิพากษาคดีต่าง ๆ มาทั้ง 5 คดี สามารถสรุปได้ว่า ศาลยุติธรรมยุโรปได้วางหลักในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเปลี่ยนไป โดยเปลี่ยนไปให้ความสนใจเรื่อง

⁸¹ Case C-418/01, IMS Health Care GmbH & Co. KG v. NDC Health GmbH & Co. KG, Judgment of April 29, 2004.

⁸² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 46.

⁸³ Ibid.

ผลกระทบที่มีต่อการแข่งขันตลอดจนผู้บริโภคมากกว่าที่จะไปเน้นที่ผลกระทบที่มีต่อคู่แข่งแต่เพียงอย่างเดียวอย่างเช่นในคดี *Commercial Solvents Corporation v. Commission* และดูเหมือนว่า ศาลยุติธรรมยุโรปมีท่าทีที่จะรับฟังเหตุผลข้อแก้ตัวสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมากขึ้น⁸⁴

2.3.2 พัฒนาการทางกฎหมายของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าในกรณีทั่วไปแล้วให้สันนิษฐานว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่มีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้อื่น แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะเป็นผู้ผูกขาดและแม้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นจะเป็นการจำกัดการแข่งขันก็ตาม ซึ่งต่างจากหลักทั่วไปของสหภาพยุโรปที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินวางหลักไว้จนเริ่มเปลี่ยนแปลงในคดี *Bronner* แม้ว่าความเคร่งครัดของข้อสันนิษฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีความผันผวนขึ้นลงต่างกันไปในแต่ละคดี หากแต่ข้อสันนิษฐานนี้ก็ได้รับการรับรองในคดี *United States v. Colgate*⁸⁵ เมื่อปี ค.ศ. 1919 ซึ่งศาลฎีกา (supreme court) ได้ตัดสินว่า “หากผู้ประกอบธุรกิจรายใดไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างหรือคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาดแล้วกฎหมาย Sherman Act ก็จะไม่เข้าไปจำกัดสิทธิอันได้รับรองเป็นเวลานานแล้วผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ผลิตสินค้าในการประกอบกิจการอันเป็นของเอกชนโดยแท้ย่อมมีอิสระที่จะใช้ดุลพินิจที่จะเลือกประกอบธุรกิจกับผู้ใดก็ได้” ตราบจนกระทั่งช่วงที่ศาลตัดสินในคดี *Aspen Skiing* และ คดี *Trinko* ช่วงปี ค.ศ. 1985-2004 ที่ดูเหมือนข้อสันนิษฐานทางกฎหมายดังกล่าวจะเจือจางลงและวางหลักใหม่ในเรื่องนี้ว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ (substantial market power) สามารถปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้เฉพาะในกรณีที่มี “เหตุผลทางธุรกิจอันชอบธรรม (legitimate business reason)”⁸⁶ หากปราศจากเหตุผลเช่นนั้นแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวขึ้นไปปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ศาลจะสันนิษฐานว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดคู่แข่ง ส่วนคดี *Trinko* เป็นเหมือนลูกตุ้มที่เหวี่ยงไปอีกทางหนึ่ง ศาลในคดีนี้ตัดสินต่างจากคดี *Colgate* ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงทั้ง 2 คดีนี้ต่อไป⁸⁷

นอกเหนือจากองค์ประกอบความรับผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ว่า การกระทำนั้นต้องเป็นการพยายามที่จะผูกขาดแล้ว (attempted monopolization) คดีหลังๆ

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

⁸⁶ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

⁸⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, pp. 46-47.

ศาลยังให้น้ำหนักกับองค์ประกอบที่ว่าต้องเป็นการปฏิเสธโดยมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันอีกประการหนึ่งด้วย (anticompetitive intent) ดังที่เห็นได้ชัดในคดี *Trinko* ที่ศาลได้ตัดข้อความที่ว่า “หากไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างหรือคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาด” ออก เมื่อศาลอ้างถึงคดี *Colgate* และองค์ประกอบเรื่องเจตนาที่ยังเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอยู่เป็นระยะเวลาหลายปี⁸⁸

คดีที่ตัดสินช่วงกลางศตวรรษที่ 20 คือ คดี *Lorain Journal Co. v. United States*⁸⁹ ซึ่งดูเหมือนจะเป็นคดีที่ตัดสินเกี่ยวกับการผูกขาดคดีเดียวที่นักวิจารณ์มีความเห็นตรงกันว่าผู้ผูกขาดสมควรมีความผิด บริษัท *Lorain Journal* จำเลยได้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแบบมีเงื่อนไขกับเฉพาะลูกค้าที่ไปทำธุรกิจกับบริษัทคู่แข่งของตน ศาลฎีกาได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า จำเลยมีเจตนาที่จะมุ่งทำลายคู่แข่งเพื่อรักษาสถานะความเป็นผู้ผูกขาดของตนเองไว้ จึงเห็นว่าคดีนี้เป็นข้อยกเว้นของข้อสันนิษฐานในคดี *Colgate* และตัดสินยืนตามศาลชั้นต้นให้จำเลยมีความผิดฐานพยายามผูกขาด (attempted monopolization) พฤติกรรมในคดีโดยสาระสำคัญแล้วเป็นเรื่องการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคนอื่น (exclusive dealing) แต่หลักสำคัญที่ปรากฏในคดี *Lorain Journal* ก็คือ ข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่แม้จะเป็นผู้ผูกขาดก็มีสิทธิปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้นั้นในบางกรณีก็เป็นความผิดได้อย่างเช่นในคดีนี้ เป็นต้น⁹⁰

ต่อมาปี ค.ศ. 1985 คดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*⁹¹ เป็นคดีสำคัญเกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและยังถูกใช้อ้างอิงเป็นบรรทัดฐานในประเทศสหรัฐอเมริกายาวนานเกือบ 20 ปี ในคดีนี้ศาลต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ว่าผู้

⁸⁸ *Ibid.*, 47. (ดูตัวอย่างเพิ่มเติมได้ในคดี *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* 273 U.S. 359 (1927) ศาลได้ตัดสินยืนยันหลักความรับผิดสำหรับการผูกขาดเมื่อบริษัท *Kodak* ที่พยายามจะรวมตัวในแนวเดียวกับบริษัทปลายน้ำจึงปฏิเสธที่จะขายสินค้าต้นน้ำให้บริษัทขายปลีกอื่นในราคาขายส่งหากบริษัทขายปลีกนั้นปฏิเสธที่จะมารวมตัวกับบริษัทตน โดยศาลให้เหตุผลต่อนหนึ่งว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของ *Kodak* นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งการผูกขาด ท่านผู้พิพากษา *Fox* กล่าวอ้างว่าข้อเท็จจริงในคดี *Colgate* ที่ถูกละไว้ไม่กล่าวถึง กลับถูกนำมาอ้างถึงเช่นในคดี *Lorain Journal* และคดี *Aspen Skiing* เป็นการแสดงว่า “ก่อนคดี *Trinko* ศาลไม่เคยวางหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าผู้ผูกขาดมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้” แต่ที่จริงแล้วคำกล่าวนั้นไม่ถูกต้อง เพราะแม้แต่ผู้ผูกขาดที่มีสิทธิปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้ภายใต้หลัก *Colgate* ได้ สิ่งที่ผู้ผูกขาดไม่สามารถทำได้ก็คือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสถานะความเป็นผู้ผูกขาด ในบางกรณีการใช้อ้างอิงองค์ประกอบเรื่องการมีเจตนาที่จะคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาดไว้เป็นตัววัดว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจใดนับเป็นความผิดก็เป็นคำแนะนำที่ไม่ดีนัก หากมองในมุมมองของตรรกะแล้วควรให้ผู้ผูกขาดพยายามที่จะรักษาสถานะความเป็นผู้ผูกขาดนั้นไว้ (ด้วยวิธีที่เป็นการส่งเสริมให้มีการแข่งขัน) เพราะถ้าหากผู้ผูกขาดไม่พยายามที่จะรักษาอำนาจผูกขาดนั้นไว้แล้ว ผู้ผูกขาดก็จะไม่มีแรงจูงใจที่จะแข่งขันอย่างเต็มประสิทธิภาพของตน)

⁸⁹ *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (U.S. supreme court 1951).

⁹⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 47.

⁹¹ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต้องทำธุรกิจร่วมกับคู่แข่งต่อไป จำเลย บริษัท Aspen Skiing เป็นเจ้าของลานสกี 3 ใน 4 แห่งในตลาด ขณะที่บริษัท Highlands โจทก์เป็นเจ้าของลานสกีเพียง 1 ลาน และเป็นระยะเวลายาวนานถึง 4 ปีที่ทั้ง 2 บริษัทได้ร่วมกันจำหน่ายตั๋วรวมเรียกว่า “All Aspen ticket” ที่ให้สิทธิลูกค้าสามารถขึ้นกระเช้าเพื่อไปเล่นสกีได้ทั้ง 4 ลาน ทั้ง 2 บริษัทแบ่งรายได้จากตัวดังกล่าวตามจริงโดยดูจากการใช้งานลานสกีแต่ละลาน แต่ต่อมาจำเลยต้องการให้โจทก์ยอมรับการแบ่งรายได้แบบใหม่โดยการคิดเป็นอัตราคงที่ซึ่งเป็นอัตราซึ่งน้อยกว่าที่โจทก์เคยได้รับมาในอดีต โจทก์จึงไม่อาจยอมรับวิธีการแบ่งรายได้แบบใหม่ได้ เป็นเหตุให้จำเลยเลิกสัญญา โจทก์พยายามหลายวิธีที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยหนึ่งในวิธีการแก้ปัญหา คือ การเสนอขอให้บัตรกำนัลแก่ผู้เล่นสกีเพื่อนำไปใช้ขึ้นกระเช้าสกีของจำเลย โดยให้ลูกค้าของโจทก์มอบบัตรกำนัลดังกล่าวให้แก่จำเลยและรายได้ก็ตกเป็นของจำเลยทั้งหมดซึ่งบัตรกำนัลมีมูลค่าเท่ากับค่าขึ้นกระเช้าสกีของจำเลยทั้ง 3 แห่ง แต่จำเลยก็ยังปฏิเสธที่จะรับบัตรกำนัลดังกล่าว⁹²

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยศาลเองก็ยอมรับว่า “แม้ผู้ประกอบการจะมีอำนาจผูกขาดก็ตามแต่ไม่มีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องร่วมทำธุรกิจกับคู่แข่ง” แต่ในคดีนี้เห็นว่า จำเลยกลับต้องมีหน้าที่เช่นนั้น โดยเรียกว่าเป็น “สิทธิเกือบเด็ดขาดที่จะปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ (less-than-absolute right to refuse to deal)” การที่ให้สิทธิเกือบจะเด็ดขาดในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นแล้ว มิได้หมายถึงการปฏิเสธจะเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี แต่บางสถานการณ์การปฏิเสธนั้นก็อาจเป็นความผิดได้ ถ้าจะกล่าวให้ชัดถึงเหตุผลที่ศาลใช้พิจารณาว่าพฤติกรรมของจำเลยเกินเลยไปกว่าที่พึงกระทำได้จริงก็คงมีการวิพากษ์วิจารณ์กันมาก เนื่องจากเหตุผลที่ศาลให้ก็มีได้ชัดเจนมาก⁹³

คดีนี้ศาลใช้หลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ใช้ตัดสินหลายประเด็น แต่ศาลก็ไม่ได้ระบุว่าหลักเกณฑ์เรื่องใดสำคัญไปกว่ากัน ซึ่งศาลอาจเห็นว่าสำคัญเท่ากันทุกเรื่องหรืออาจมีเรื่องใดสำคัญกว่าอีกเรื่องหนึ่งก็เป็นได้ นอกจากนั้นยังไม่อาจสรุปได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นจะต้องมีข้อเท็จจริงที่เข้าตามหลักเกณฑ์ที่ศาลได้วางไว้ก็ข้อถึงจะทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นเพียงพอที่จะเป็นความผิดกันแน่⁹⁴

⁹² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 47.

⁹³ *Ibid.*, 47-48.

⁹⁴ *Ibid.*, 48.

ข้อสังเกตที่ได้รับจากความเห็นของศาลในคดีนี้ ประการแรก คือ ศาลให้ความสำคัญที่ผลกระทบของพฤติกรรมของจำเลยที่เกิดขึ้นกับการแข่งขันและกับผู้บริโภคตลอดจนต่อคู่สัญญาอย่างเท่าเทียมกัน โดยสังเกตได้จากข้อความตอนหนึ่งในคำพิพากษาว่า

“ศาลต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อผู้บริโภคและดูว่าการพฤติกรรมนั้นเป็นการลดทอนการแข่งขันลงโดยไม่จำเป็นที่จะต้องกระทำเช่นนั้นหรือไม่ หากผู้ประกอบการรายใดก็ตามพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งออกไปโดยอ้างเหตุในเรื่องอื่น ๆ นอกจากเรื่องประสิทธิภาพ ก็นับว่าเป็นกรณีที่ชอบธรรมแล้วที่จะจัดว่าพฤติกรรมเช่นนั้นเป็นการจงใจกำจัดคู่แข่ง (predatory) ดังนั้นจึงเหมาะสมแล้วที่จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบของพฤติกรรมที่ถูกฟ้องร้องอันมีต่อผู้บริโภค ต่อคู่แข่งที่มีขนาดเล็กของจำเลยและที่มีต่อตัวจำเลยเอง”⁹⁵

ข้อความที่กล่าวมานี้ระบุเงื่อนไขไว้อย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่

1. พฤติกรรมของจำเลยต้องไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างไม่จำเป็น
2. จำเลยไม่มีสิทธิพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งออกไปโดยอาศัยเหตุอื่นใดนอกจากเหตุผลเรื่องประสิทธิภาพ
3. ผลกระทบของพฤติกรรมที่มีต่อผู้บริโภคซึ่งเป็นเหยื่อของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว และผลกระทบที่มีต่อจำเลยเองเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาในบางกรณี

ในคดี *Aspen Skiing* ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเข้าตามเงื่อนไขทั้ง 3 ข้อ ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเนื่องมาจากผู้บริโภคระสงค์ที่จะขึ้นไปเล่นสกีได้หลายลานมากกว่า แต่จำเลยกลับยกเลิกตัวดังกล่าว ส่วนความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ก็คือโจทก์ต้องสูญเสียส่วนแบ่งการตลาดไป และจำเลยก็ไม่มีเหตุผลที่ฟังขึ้นในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้น⁹⁶

คำพิพากษายังเน้นข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยเลิกติดต่อกับบริษัทโจทก์ที่เคยทำธุรกิจร่วมกันมานานซึ่งแตกต่างจากการปฏิเสธที่จะเริ่มทำธุรกิจต่อคำเสนอใหม่ นอกจากนี้ จำเลยยังปฏิเสธที่จะขายตัวให้แก่โจทก์แม้จะขอซื้อราคาขายปลีกแล้วก็ตาม ข้อเท็จจริงเหล่านี้นับว่ามีความสำคัญเพราะทำให้ศาลเห็นได้ทันทีว่า การที่จำเลยเคยร่วมทำธุรกิจกับโจทก์มาก่อนทำให้จำเลยได้ประโยชน์และเจตนาของจำเลยที่มุ่งทำลายโจทก์เห็นได้ชัดถึงขนาดไม่ยอมทำธุรกิจต่อ แม้ว่าขายตัวในราคาที่ขายให้แก่ผู้บริโภคอื่นทั่วไปก็ตาม ศาลจึงให้เหตุผลว่า “พยานหลักฐานชี้ชัดว่าการที่จำเลยปฏิเสธไม่

⁹⁵ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

⁹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 48.

ทำธุรกิจนั้นไม่ได้มาจากเหตุผลเรื่องประสิทธิภาพ การที่จำเลยยอมขาดทุนในระยะสั้นและยอมเสียความนิยมของผู้บริโภคไปก็เพื่อแลกกับผลกระทบที่จะเกิดกับคู่แข่งรายที่เล็กกว่าในระยะยาว” จากเหตุผลของศาลนี้จึงสามารถสรุปเป็นเงื่อนไขในข้อที่ 4 ได้ว่า 4. จำเลยต้องไม่กระทำโดยยอมขาดทุนในระยะสั้นเพื่อทำลายคู่แข่ง⁹⁷

โดยหลักการแล้วอาจจะมีเหตุผลอื่น ๆ อีกที่ทำให้จำเลยเลิกทำธุรกิจร่วมกับโจทก์ เช่น อาจจะเป็นเพราะว่าการมาทำธุรกิจร่วมกันแบบเดิมไม่ได้กำไรอีกต่อไปแล้วอันเนื่องมาจากสถานการณ์ที่เปลี่ยนไป หรืออาจเป็นเพราะจำเลยเห็นว่า การให้บริการสกีเพียง 3 ลานยังสามารถสร้างรายได้มากกว่าการทำธุรกิจร่วมกับโจทก์โดยให้บริการลานสกีทั้ง 4 ลานก็อาจเป็นไปได้ แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าศาลไม่ได้ชี้ให้เห็นว่า ปัจจัยเหล่านี้สามารถนำมาอ้างเป็นเหตุผลหรือข้อแก้ตัวทางธุรกิจต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้หรือไม่⁹⁸

ไม่ใช่เรื่องแปลกที่ในบางครั้ง ศาลชั้นต้นจะตระหนักว่าการนำเอาเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในคดี *Aspen Skiing* มาปรับใช้ในคดีเป็นสิ่งที่ยาก เนื่องจากมีข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงกับเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์นั้นเสียทีเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นให้ประสิทธิภาพต่อการแข่งขัน อย่างในคดีต่อมา คดี *Trinko* ที่ศาลฎีกาได้ตัดสินเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ศาลเห็นว่า มีข้อเท็จจริงที่แตกต่างไปจากคดี *Aspen Skiing* เป็นอย่างมาก และทำให้ศาลฎีกาตัดสินไปในทางตรงกันข้าม⁹⁹

สำหรับคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*¹⁰⁰ นี้ ศาลฎีกาให้ความกระจ่างในหลักกฎหมายที่ว่า ผู้ผูกขาดมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือคู่แข่ง แต่ก็ยังขาดความชัดเจนในหลักกฎหมายทั้งในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวรวมทั้งกฎหมายในเรื่องการผูกขาดโดยทั่วไปด้วย คดีนี้เกิดปัญหาขึ้นเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคม ค.ศ. 1996 ต้องการให้มีการแข่งขันในตลาดผู้ให้บริการโทรศัพท์ท้องถิ่นจึงมอบหน้าที่ให้กับผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (incumbent local exchange carriers หรือ ILECs) มีหน้าที่ในการให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน ผู้ประกอบการโทรคมนาคมซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในคดีนี้ คือ บริษัท Verizon ได้ทำสัญญาาร่วมกับคู่แข่งของตนในการให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นสามารถเข้าถึงระบบสนับสนุนการปฏิบัติการ (operation support system หรือ OSS)

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid., 48-49.

⁹⁹ Ibid., 49.

¹⁰⁰ Verizon Communications Inc. v. Trinko, 540 U.S. 398, (2004).

ของ Verizon ได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ร้องเรียนว่าตนไม่สามารถเข้าถึงระบบสนับสนุนการปฏิบัติการของ Verizon จึงไม่สามารถให้บริการแก่ลูกค้าของตนได้ ต่อมาสำนักงานกฎหมายในมลรัฐนิวยอร์ก Trinko ลูกค้าของบริษัท AT&T ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งของ Verizon ในมลรัฐนิวยอร์ก ได้ยื่นฟ้อง Verizon ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ว่า Verizon ได้ให้บริการแก่ลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างเลือกปฏิบัติซึ่งการกระทำดังกล่าวส่งผลให้ลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไม่ต้องการใช้บริการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอีกต่อไปอันเป็นการลดการแข่งขันในตลาดผู้ให้บริการโทรศัพท์ท้องถิ่น¹⁰¹

ศาลได้ให้เหตุผลและอธิบายว่า Sherman Act ไม่ได้กำหนดบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผูกขาดมีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องแบ่งปันวัตถุดิบส่วนที่ตนได้เปรียบให้กับคู่แข่งเพราะว่าถ้า Sherman Act กำหนดเช่นนั้นก็จะเท่ากับเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเสียเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเท่ากับเป็นการลดแรงจูงใจของผู้ผูกขาดหรือคู่แข่งหรือทั้งคู่ในการมุ่งลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จะเป็นประโยชน์ต่อการค้าของตน ยิ่งไปกว่านั้น หากกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้กับผู้ผูกขาดจริง ๆ ก็เท่ากับกำลังทำให้ศาลกลายเป็นนักวางแผนกลาง (central planner) ที่คอยทำหน้าที่กำหนดราคา ปริมาณสินค้าและข้อตกลงทางธุรกิจที่เหมาะสม ซึ่งหน้าที่ต่าง ๆ เหล่านี้ไม่เหมาะสมที่จะเป็นหน้าที่ของศาล และประการสุดท้าย ศาลชี้ว่าหากบังคับให้คู่แข่งหันมาร่วมมือกันอาจเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นฮั้วกันได้¹⁰²

ศาลยอมรับว่า ข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่มีว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ผูกขาดไม่มีหน้าที่ต้องช่วยเหลือผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งมีมาแล้วตั้งแต่ในอดีต แต่ศาลก็ให้ข้อสังเกตว่า ข้อยกเว้นดังกล่าวต้องใช้อย่างจำกัดเนื่องจาก “ความไม่แน่นอนของหลักเกณฑ์ในการบังคับให้ต้องแบ่งปันและความยุ่งยากในการระบุและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน” คดีที่ปรากฏข้อยกเว้นที่มีความสำคัญมาก คือ คดี *Aspen Skiing* จากการตีความเหตุผลเบื้องหลังคำพิพากษาพบว่า ประการแรก ศาลได้ชี้ให้เห็นว่า จำเลยผู้ปฏิเสธและโจทก์ผู้ถูกปฏิเสธในคดีดังกล่าวเคยร่วมทำธุรกิจด้วยกันมาก่อน ประการต่อมา ศาลตั้งข้อสังเกตว่า จำเลยในคดีปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับโจทก์แม้ว่าสัญญาอันจะมีเงื่อนไขอย่างเดียวกันกับที่จำเลยยอมทำกับผู้บริโภคคนสุดท้ายก็ตาม (retail customers) ด้วยข้อเท็จจริงทั้ง 2 ประการนี้จึงช่วยสนับสนุนให้ศาลสามารถสรุปได้ว่า จำเลย “มุ่งกระทำโดยยอมขาดทุนในระยะสั้นเพื่อมุ่งถึงผลอันเป็นการต่อต้าน

¹⁰¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 49.

¹⁰² *Ibid.*

การแข่งขันในท้ายที่สุด” และประการสุดท้าย ศาลระบุว่าจำเลยได้ปฏิเสธที่จะไม่ให้บริการเพียงเฉพาะคู่แข่งแต่ยังคงเต็มใจที่จะให้บริการกับประชาชนทั่วไป¹⁰³

จากการวิเคราะห์ห้องค์ประกอบทั้งหมด ศาลจึงชี้ให้เห็นว่า ข้อเท็จจริงในคดี *Aspen Skiing* ไม่อาจปรับใช้ในคดี *Trinko* ได้ เพราะคดีนี้ทั้งบริษัท Verizon และบริษัทคู่แข่งไม่เคยมีการติดต่อทำธุรกิจกันมาก่อน อีกทั้งไม่อาจสรุปได้ว่า บริษัท Verizon จะยอมขาดทุนผลกำไรในระยะสั้น โดยไม่ยอมให้ความร่วมมือกับคู่แข่งเพราะราคาที่บริษัท Verizon ได้รับไม่ใช่ราคาที่บริษัท Verizon ตั้งขึ้นเอง หากแต่เป็นราคาที่กำหนดขึ้นตามกฎหมาย (regulation-imposed) และประการสุดท้าย การให้บริการในคดี *Trinko* ไม่สามารถให้บริการโดยตรงต่อประชาชนได้ เนื่องจากบริษัท Verizon ต้องให้บริการเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมของตนกับโครงข่ายโทรคมนาคมของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมคู่แข่งตามที่กฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคมบังคับให้ทำเช่นนั้น ด้วยข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงกับข้อยกเว้นที่ศาลวางเงื่อนไขไว้ในคดี *Aspen Skiing* ศาลจึงพิพากษายกฟ้องคำฟ้องของบริษัท Trinko เพราะไม่อาจอ้างได้ว่าบริษัท Verizon มีความผิดตาม Sherman Act¹⁰⁴

ในคดี *Trinko* ศาลได้อ้างคำอธิบายต่าง ๆ ที่ปรากฏจากคดี *Aspen Skiing* ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็มีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้หลายประการ ประการแรก ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เรื่องการที่จำเลยและคู่แข่งเคยทำธุรกิจร่วมกันมาก่อน หลักนี้ถูกวิจารณ์อย่างหนักเพราะว่าหลักเกณฑ์ข้อนี้สามารถบั่นทอนให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผูกขาดไม่ยอมติดต่อทำธุรกิจกับคู่แข่งเลยตั้งแต่แรกเพราะเกรงว่าถ้ามีการทำธุรกิจด้วยกันไปแล้วจะต้องถูกบังคับให้ต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นไปตลอด¹⁰⁵ ในทางกลับกัน หากให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้ง 2 รายที่เป็นคู่แข่งกันต้องทำธุรกิจร่วมกันอาจเป็นการเร่งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผูกขาดฮั้วกับคู่แข่งก็ได้ จริง ๆ แล้วอาจมีข้อสงสัยว่า ผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งที่เป็นคู่ความกันในคดี *Aspen Skiing* เคยประกอบกิจการร่วมค้าด้วยกันมาตั้งแต่แรกหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลในคดี *Trinko* ให้ความสำคัญกับหลักที่ว่าผู้ประกอบธุรกิจทั้ง 2 เคยติดต่อทำธุรกิจร่วมกันมาก่อนหรือไม่เพื่อชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่แตกต่างระหว่าง 2 คดีนี้¹⁰⁶

ประการที่สอง ภาษาที่ศาลใช้ดูเหมือนจะสนับสนุนหลักว่าด้วยการยอมขาดกำไรในระยะสั้น (Profit Sacrifice Test หรือ PS test) ซึ่งเป็นหลักที่มีสาระสำคัญว่า หากผู้ประกอบธุรกิจซึ่ง

¹⁰³ Ibid., 49-50.

¹⁰⁴ Ibid., 50.

¹⁰⁵ Einer Elhauge, "Defining Better Monopolization Standards," *Stanford Law Review* 56, 2 (2003): 314.

¹⁰⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 50.

มีอำนาจเหนือตลาดยอมสละผลกำไรในระยะสั้น (short run profit) การยอมสละผลประโยชน์ เช่นนั้นควรจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าการกระทำดังกล่าวไว้ซึ่งเหตุผล แม้การกระทำเช่นนั้นจะไม่มีแนวโน้มที่จะกำจัดหรือลดการแข่งขันลงในระยะยาวก็ตาม¹⁰⁷ แต่หลัก PS test นี้ก็ยังไร้ข้อสรุปเนื่องจากศาลมิได้ให้ข้อแนะนำที่เป็นประโยชน์เพื่ออธิบายว่าอะไรคือความหมายของคำว่า “การมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันในท้ายที่สุด (anticompetitive end)” การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งสร้างความเสียหายให้กับผู้ประกอบการรายอื่นก็ไม่อาจนับได้ว่ามีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการแข่งขันในท้ายที่สุด ในบางกรณีก็อาจจำต้องยอมเสียกำไรไปบ้างเพื่อแลกกับประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อสังคม¹⁰⁸

ประการที่สาม เป็นประเด็นที่มีความสำคัญมาก ในคดี *Trinko* มีการระบุว่าคดี *Aspen Skiing* เป็นคดีที่ “อาจเรียกได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป” หากมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งเช่นเดียวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดี *Aspen Skiing* แล้วก็จะก่อให้เกิดความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ได้ ในคดี *Trinko* ศาลได้ปรับใช้หลักเกณฑ์ 3 ประการ (แม้จะมีนักวิชาการออกมาตั้งข้อสังเกตถึงหลักเกณฑ์ 2 ประการที่ศาลปรับใช้ว่ายังมีจุดอ่อนอยู่) แต่ศาลก็ยังไม่ได้ให้เหตุผลที่ชัดเจนว่า พฤติการณ์ใดจะอยู่ในขอบเขตที่เป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act บ้าง Lopatka กับ Page ได้ตั้งข้อสังเกตอย่างไม่ค่อยเห็นด้วยว่า “นักกฎหมายโดยทั่วไปต่างทราบกันอย่างชัดเจนว่า ผู้ผูกขาดไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือคู่แข่งของตน เว้นแต่ผู้ผูกขาดรายนั้นต้องการที่จะช่วย แต่ขอบเขตความรับผิดชอบตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ก็ยังคงไม่ชัดเจนอยู่ต่อไป”¹⁰⁹ ความไม่ชัดเจนดังกล่าวก็ยังปรากฏต่อมาภายหลังคดี *Trinko* คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายต่อต้านการผูกขาดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Antitrust Modernization Commission) ได้จัดทำรายงานประจำปีขึ้น ซึ่งมีข้อความตอนหนึ่งระบุว่า “สมควรให้มีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 โดยเฉพาะขอบข่ายที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เช่น ... ในสถานการณ์ใดบ้างที่ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดมีหน้าที่ต้องทำธุรกิจกับคู่แข่ง” แม้ว่าศาลจะได้มีคำตัดสินในคดี *Trinko* และได้ให้คำแนะนำเพิ่มเติมต่อหลักเกณฑ์ที่อาจก่อให้เกิดความผิดสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้ว แต่คำตัดสินก็ยังไม่ได้อธิบายถึงประเด็นดังกล่าวไว้อย่างครบถ้วนชัดเจน ผู้ประกอบการยังต้องการ

¹⁰⁷ Ibid., 36.

¹⁰⁸ Ibid., 50.

¹⁰⁹ John E. Lopatka and William H. Page, "Bargaining and Monopolization: In Search of the 'Boundary of Section 2 Liability' between Aspen and Trinko," *Antitrust Law Journal* 72, 1 (2005): 152.

คำแนะนำจากศาลที่ชัดเจนกว่านี้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจจะหลีกเลี่ยงความรับผิดจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้อย่างไร¹¹⁰

ไม่ใช่เรื่องแปลกที่คดี *Trinko* จะสร้างผลกระทบต่อคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ฟ้องร้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกา Jones ได้คาดหมายว่า ผลกระทบจากคำพิพากษา “ทำให้ชวนสงสัยไปได้ว่าต่อไปนี้การปฏิเสธไม่ช่วยเหลือคู่แข่งจะเป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้ยากมาก” หากว่านำเอาเหตุผลในคดี *Trinko* มาปรับใช้จะให้ผลเป็นว่า หลัก “หน้าที่ต้องทำธุรกิจหรือ duty to deal” จะถูกตัดทิ้งไปหรือจะถูกใช้ในสถานการณ์ที่จำกัดมาก ๆ¹¹¹ ส่วน Keyte กล่าวว่า คดี *Trinko* ได้สร้างหลักความคุ้มกันให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผูกขาด ผู้ผูกขาดนั้นไม่จำเป็นต้อง “สมัครใจ” ยินยอมให้คู่แข่งมาใช้สิ่งอำนวยความสะดวกร่วมกันได้ นอกเสียจากจะมีกฎหมายบังคับให้ทำเช่นนั้น¹¹² ในขณะที่ Fox กล่าวเพิ่มเติมอีกว่าในปัจจุบันศาลชั้นต้นจะรับฟังข้อยกเว้นโดยตีความอย่างแคบ ทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศสหรัฐจะเกิดความผิดได้ยากขึ้น ฉะนั้นจะเหลือสถานการณ์ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะเป็นความผิดอันเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่า ไม่มีหน้าที่ต้องทำธุรกิจด้วย (no-duty-to-deal principles) อย่างเช่น ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี *Aspen Skiing* หรือสถานการณ์ที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ยอมปฏิบัติตามหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities Doctrine) เท่านั้น¹¹³

แม้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะสร้างข้อสันนิษฐานขึ้นว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (dominant firms have a general duty to deal) ฉะนั้น โดยหลักแล้วการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจึงเป็นความผิดตามบทบัญญัติในกฎหมายการ

¹¹⁰ US Antitrust Modernization Commission, "Report and Recommendations," April 2007, pp. 101-102.

¹¹¹ Jones Alison, "A dominant firm's duty to deal: EC and US antitrust law compare," in *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, ed. Philip Marsden (Cheltenham: Edward Elgar, 2008), p. 262.

¹¹² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 51.

¹¹³ Eleanor M. Fox, "Is there Life in Aspen After Trinko? The Silent Revolution of Section 2 of the Sherman Act," *Antitrust Law Journal* 73, 1 (2005): 154. (คดีของศาลล่างเพิ่มเติมได้ในคดี *Covad Communications v. Bell Atlantic* 407 F.3d 1220 (D.C. Cir. 2005) ศาลยกฟ้องคำฟ้องตามมาตรา 2 Sherman Act เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่าผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นโจทก์และจำเลยในคดีเคยทำธุรกิจกันมาก่อน (no history of dealing) และคดี *MetroNet Services Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124, 1132 (9th Cir. 2004) ตัดสินว่า การเลิกทำธุรกิจทั้ง ๆ ที่เคยทำธุรกิจกันมาก่อนไม่เป็นความผิดตามมาตรา 2 Sherman Act เนื่องจากจำเลยในคดีนี้มุ่งสร้างผลกำไรให้เพิ่มขึ้นในระยะสั้น มิใช่การที่จ่ายมฆาตพุนในระยะสั้นเพื่อทำลายคู่แข่งอย่างในคดี *Aspen Skiing*)

แข่งขันทางการค้า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในบางกรณีที่เข้าข่ายกเว้นเท่านั้นถึงจะไม่เป็นความผิด แตกต่างจากข้อสันนิษฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สันนิษฐานว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่มีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องทำธุรกิจแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นจะเป็นผู้ผูกขาดหรือไม่ก็ตาม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยหลักแล้ว ย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาด จะมีก็แต่การปฏิเสธในบางกรณีที่เข้าข่ายกเว้นถึงจะเป็นความผิด ไม่ว่าหลักกฎหมายของทั้ง 2 ฝั่งจะมีข้อสันนิษฐานที่แตกต่างกันอย่างไร แต่พัฒนาการของกฎหมายในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของทั้ง 2 ฝั่งก็มีจุดร่วมเดียวกัน คือ การพยายามค้นหาหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ชัดเจนว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไรที่จะเป็นความผิด และการปฏิเสธอย่างไรที่ไม่เป็นความผิด ซึ่งเป็นสิ่งที่ภาคธุรกิจต้องการทราบเป็นอย่างมากเพื่อนำมาประเมินการตัดสินใจในการทำธุรกิจของตน หน่วยงานที่มีบทบาทสำคัญที่จะช่วยสร้างหลักเกณฑ์หรือแนวทางดังกล่าวนี้ให้ชัดเจนขึ้นก็อาจแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายที่ใช้ในแต่ละประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นศาลหรือคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศก็เป็นได้

2.4 ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

การที่รัฐต้องเข้ามาควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อหลายประการทั้งต่อผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเอง ต่อการแข่งขัน ต่อผู้บริโภคและต่อสังคม ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นก็เหมือนพฤติกรรมฝ่ายเดียว (unilateral conduct) พฤติกรรมอื่น ๆ กล่าวคือ เป็นการยากที่จะจำแนกพฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขัน (แม้จะส่งเสริมการแข่งขันเพียงเล็กน้อย) ออกจากพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน หากศาลและหน่วยงานที่ปฏิบัติหน้าที่ดูแลด้านการแข่งขันทางการค้าไม่พิจารณาถึงแรงจูงใจในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวให้ดี ก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันมากกว่าที่จะเป็นผลดี แต่แรงจูงใจบางอย่างก็มีความชัดเจนน้อย การที่จะตระหนักถึงแรงจูงใจของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นต้องการมุมมองอย่างรอบด้านเกี่ยวกับผลกระทบที่จะเกิดต่อตลาด¹¹⁴ ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจส่งผลกระทบต่ออย่างรอบด้านดังต่อไปนี้

2.4.1 ผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเอง

เมื่อผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไปยังผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ถูกปฏิเสธดังกล่าวย่อมได้รับผลกระทบโดยตรง ความรุนแรงของผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อผู้ประกอบธุรกิจ

¹¹⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 27.

ด้วยกันเองนั้นก็ขึ้นอยู่กับลักษณะและปัจจัยแวดล้อมของการปฏิเสธ หากผลกระทบของการปฏิเสธไม่รุนแรงก็จะส่งผลเพียงการสร้างอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธเท่านั้น แต่ถ้าผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นมีความรุนแรงก็สามารถส่งผลต่อการแข่งขันในตลาดได้เลยทีเดียว โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.4.1.1 สร้างอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธ

ผลกระทบจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเองประการแรกเป็นผลกระทบที่ไม่รุนแรงซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเพียงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธให้ต้องพบกับอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจบางประการเท่านั้น สาเหตุที่ผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่รุนแรงและไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเป็นวงกว้างก็เนื่องจากลักษณะและปัจจัยแวดล้อมของการปฏิเสธ เช่น สภาพของตลาดยังมีผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับผู้ปฏิเสธอีกเป็นจำนวนมาก หรือส่วนแบ่งตลาด (market share) ของผู้ปฏิเสธมีไม่มากนัก หรือระยะเวลาที่การปฏิเสธเกิดขึ้นเป็นเพียงระยะเวลาสั้น ๆ และผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธสามารถหาสินค้าหรือบริการจากแหล่งอื่นมาทดแทนได้ เป็นต้น เมื่อการปฏิเสธมีลักษณะและมีปัจจัยแวดล้อมเช่นนี้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธก็ย่อมส่งผลแค่เพียงแก่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธให้พบเจอกับอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจบางประการเท่านั้น

2.4.1.2 กำจัดผู้ประกอบธุรกิจอื่นและลดการแข่งขันในตลาด

ถ้าหากลักษณะและปัจจัยแวดล้อมของการปฏิเสธเปลี่ยนแปลงไป เช่น สภาพของตลาดของผู้ปฏิเสธมีลักษณะเป็นตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (oligopolistic market) หรือผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก หรือการปฏิเสธเกิดขึ้นเป็นระยะเวลานานและผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธไม่สามารถหาสินค้าหรือบริการจากแหล่งอื่นมาทดแทนได้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธก็ยิ่งรุนแรงและเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจมากขึ้นจนผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธไม่สามารถดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดต่อไปได้ และในท้ายที่สุดก็จะถูกกำจัดให้ออกไปจากการแข่งขันในตลาด เมื่อผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธใช้วิธีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพื่อกำจัดผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมาก ๆ ก็ จะส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นเหลืออยู่ในตลาดน้อยลงและการแข่งขันก็ย่อมลดลงตามลำดับ (reduce competition) จึงสามารถสรุปได้ว่า ผลกระทบจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเองประการที่สองซึ่งมีความรุนแรงมากกว่าประการแรกก็คือกำจัดผู้ประกอบธุรกิจอื่นและลดการแข่งขันในตลาด

ผลกระทบประการที่ 2 นี้เห็นได้จากตัวอย่างการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอนตามรูปที่ 6 เมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่เป็น Large Network ไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่

เป็น Smaller Network ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็น Smaller Network ไม่อาจเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นบางอย่างได้ จึงทำให้ไม่สามารถที่จะให้บริการแก่ลูกค้าได้ จึงขาดความสามารถที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็น Large Network จนถูกกำจัดออกจากการแข่งขันไปในท้ายที่สุด และยอมทำให้การแข่งขันน้อยลง อย่างเช่นในคดี *Aspen Skiing*¹¹⁵ เมื่อบริษัท Aspen Skiing ซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ Large Network ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัท Aspen Highlands Skiing ซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ Smaller Network จนบริษัท Aspen Highlands Skiing ไม่สามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของผู้ประกอบการธุรกิจ Large Network ได้ ทำให้รายได้ของบริษัท Aspen Highlands Skiing น้อยลงกล่าวคือ ส่วนแบ่งรายได้ที่เคยมีถึงร้อยละ 20.5 ในปี ค.ศ. 1976-1977 หลังจากมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในปี ค.ศ. 1978-1979 ทำให้เหลือส่วนแบ่งรายได้เพียงร้อยละ 13.1 และในปี ค.ศ. 1979-1980 เหลือร้อยละ 12.5 และในปี ค.ศ. 1980 -1981 เหลือเพียงร้อยละ 11 เท่านั้น¹¹⁶ มีแนวโน้มเป็นไปได้ว่าหากบริษัท Aspen Highlands Skiing ยังคงมีสถานะทางการเงินเป็นเช่นนี้ต่อไป บริษัท Aspen Highlands Skiing ย่อมถูกกำจัดออกไปจากตลาด และในท้ายที่สุด ผู้ประกอบการธุรกิจที่เหลืออยู่บนภูเขา Aspen นี้ก็จะเหลือแต่เพียงบริษัท Aspen Skiing เท่านั้น

สำหรับกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวตั้งที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปตามรูปที่ 5 จะเห็นได้ว่า เมื่อ V_U ซึ่งผู้ประกอบการในตลาดต้นน้ำปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับ D ในตลาดปลายน้ำทำให้ D ขาดวัตถุดิบ input ที่จะนำมาแปรรูปเป็นสินค้าเพื่อขายให้กับลูกค้าจนไม่สามารถแข่งขันกับ V_D ได้ และในที่สุด D ก็จะถูกกำจัดให้ออกไปจากตลาดปลายน้ำ และคู่แข่งในตลาดปลายน้ำอื่น ๆ ของ V จะน้อยลงเรื่อย ๆ หาก V_U ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยจนอาจเหลือแต่เพียง V_D สถานการณ์ที่เกิดขึ้นตามรูปภาพนี้ ถ้าการปฏิเสธของบริษัทที่มีการรวมตัวกันดังเช่นบริษัท V เป็นสาเหตุให้คู่แข่งในตลาดปลายน้ำที่ไม่ได้เข้าไปรวมตัวด้วยต้องออกไปจากตลาด ไม่ใช่มีแต่เพียงคู่แข่งเท่านั้นที่จะถูกกำจัดแต่บริษัทอื่น ๆ ในตลาดปลายน้ำที่แม้ไม่ได้มุ่งหวังจะแข่งขันกับบริษัท V แต่ก็ไม่ได้อเข้าไปรวมตัวด้วยก็จะต้องคอยระมัดระวังว่าจะถูกปฏิบัติอย่างเดียวกันกับบริษัท D ซึ่งอาจจะส่งผลให้บริษัทที่ไม่ได้เข้าไปรวมตัวด้วยนั้นต้องปฏิบัติตามที่บริษัท V ต้องการ เป็นที่ชัดเจนว่าผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในตลาดปลายน้ำเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึง¹¹⁷

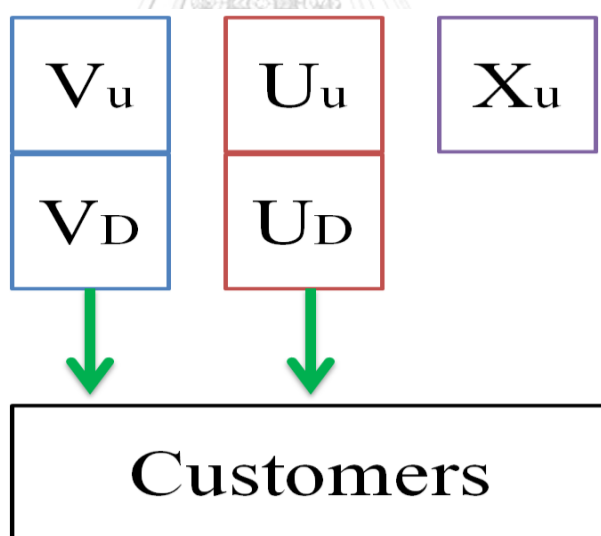
¹¹⁵ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

¹¹⁶ นันทินี สุนทรพิมล, "การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการโทรคมนาคมของ ไทยวิทยานิพนธ์ปริญญาโท (บัณฑิต)", คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 20.

¹¹⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 27.

นอกจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งจะส่งผลกระทบต่อคู่แข่งและการแข่งขันในตลาดปลายทางแล้ว ยังสามารถกำจัดคู่แข่งและลดการแข่งขันในตลาดต้นน้ำได้อีกด้วย เนื่องจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะเป็นสิ่งโน้มน้าวให้ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดต้นน้ำคิดว่าจะต้องเข้าไปดำเนินธุรกิจในทั้งตลาดต้นน้ำและปลายทางได้จึงจะสามารถอยู่รอดได้ หลังจากนั้น ผู้ประกอบธุรกิจต้นน้ำก็จะพยายามไปรวมตัวในแนวดิ่ง (vertically integrated) กับผู้ประกอบธุรกิจปลายทาง จนผู้ประกอบธุรกิจปลายทางอิสระที่ไม่ได้เข้าไปรวมตัวกับใครเหลืออยู่เพียงน้อยนิดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้นน้ำมาทำธุรกิจด้วย ด้วยเหตุนี้เองทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต้นน้ำอิสระที่ไม่ได้เข้าไปรวมตัวกับใครต้องถูกกำจัดออกไปจากตลาด เนื่องจากไม่มีผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ซื้อเหลืออยู่ในตลาดปลายทางอย่างเพียงพอที่จะให้ทำธุรกิจด้วย เมื่อไม่มีผู้ซื้อในตลาดปลายทางที่เป็นอิสระเหลืออยู่ผู้ขายในตลาดต้นน้ำก็อยู่ไม่ได้เพราะไม่มีใครมาซื้อสินค้า¹¹⁸ รูปภาพข้างล่างอธิบายให้เข้าใจถึงผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีต่อตลาดต้นน้ำ

รูปที่ 9 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวดิ่งที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดต้นน้ำ



จากรูปภาพนี้ จะเห็นได้ว่าบริษัท V_D และ U_D จะซื้อสินค้าจากบริษัทต้นน้ำที่ตนเข้าไปรวมตัวในแนวดิ่งด้วยเท่านั้น จนไม่ต้องหาซื้อสินค้าจากบริษัทต้นน้ำอื่นที่ไม่ได้เข้ามารวมตัว ทำให้บริษัท X_u บริษัทต้นน้ำอิสระที่ไม่ได้มีการรวมตัวกับใครต้องถูกกำจัดไปในที่สุดเพราะไม่มีผู้ซื้อในตลาดปลายทางรายใดเข้ามาขอซื้อสินค้า และการแข่งขันในตลาดต้นน้ำก็ย่อมลดลง

¹¹⁸ Ibid.

2.4.1.3 ปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด

คนส่วนใหญ่อาจจะคิดว่าผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นการกำจัดผู้ประกอบการธุรกิจอื่นและลดการแข่งขันในตลาดนั้นไม่น่าจะมีความแตกต่างจากผลกระทบที่เป็นการปิดกั้นคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่ตลาด เพราะคิดว่าผลกระทบทั้ง 2 กรณีนี้ก็ทำให้เหลือคู่แข่งในตลาดน้อยลงเช่นเดียวกัน แต่แท้ที่จริงแล้วผลกระทบทั้ง 2 กรณีมีความแตกต่างกันตรงที่การปิดกั้นคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่ตลาดนั้นเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม (fundamental level) หรือในบางครั้งอาจเป็นการสร้างอุปสรรคตั้งแต่คู่แข่งยังไม่ได้เข้ามาแข่งขันในตลาดเลยโดยทั่วไปแล้ว ตลาดที่มีการแข่งขันย่อมต้องมีผู้ประกอบการธุรกิจอยู่หลายรายแข่งขันกันในตลาดและมีผู้บริโภคเป็นผู้เลือกสินค้าที่ตอบสนองความต้องการของตนได้ดีที่สุด ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องปกติของผู้ประกอบการธุรกิจที่สามารถสร้างสินค้าที่ได้รับความนิยมสูงจะสามารถอยู่รอดในตลาดและทำกำไรต่อไป ส่วนผู้ประกอบการที่ไม่สามารถสร้างสินค้าที่ผู้บริโภคชื่นชอบได้ก็ต้องออกจากตลาดไปในที่สุด ฉะนั้นผู้ที่เลือกกว่าผู้ประกอบการรายใดควรอยู่แข่งขันในตลาดต่อไปก็คือผู้บริโภค แต่เมื่อมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเกิดขึ้นส่งผลให้ผู้ประกอบการซึ่งถูกปฏิเสธต้องออกไปจากการแข่งขันในตลาดก่อนเวลาโดยที่ผู้บริโภคยังไม่ได้เลือก แต่ผู้เลือกในกรณีนี้ก็กลับเป็นผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธ ดังนั้นจึงไม่ใช่สภาวะของตลาดที่มีการแข่งขันกันจริง¹¹⁹ นอกจากนี้ เมื่อผู้ประกอบการรายใหม่ ๆ (new entrants) เห็นว่าตลาดไม่มีการแข่งขันแล้วก็จะไม่กล้าเข้ามาแข่งขันกับผู้ปฏิเสธอีก ผลกระทบที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดนี้จึงเป็นการปิดกั้นทั้งคู่แข่งที่ดำเนินธุรกิจในตลาดอยู่แล้วและเป็นการปิดกั้นคู่แข่งรายใหม่ที่ประสงค์จะเข้ามาแข่งขันในตลาดอีกด้วย

ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีต่อผู้ประกอบการด้วยกันเองประการที่ 3 นี้มีผลสำคัญต่อการแข่งขัน หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีใดส่งผลกระทบต่อผลกระทบที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดก็มักจะถูกตัดสินว่า เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยมีคดีที่น่าสนใจ คือ คดี *Eastern Dental Corp. V. Isaac Masel Co.*¹²⁰ ซึ่งเกิดในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัท Eastern Dental โจทก์ประกอบธุรกิจจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทางทันตกรรมที่ใช้ในการจัดฟัน ส่วนบริษัท Isaac Masel Co จำเลยประกอบธุรกิจเป็นทั้งผู้ผลิตและจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทันตกรรมและเครื่องมืออีกหลายชนิด จำเลยจำหน่ายผลิตภัณฑ์ทาง ทันตกรรมหลายชนิดให้แก่โจทก์ ได้แก่ face-bows, elastics (หนังยางดึงฟันสำหรับจัดฟัน), lingual buttons,

¹¹⁹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 123.

¹²⁰ *Eastern Dental Corp. v. Isaac Masel Co., Inc.*, 502 F. Supp. 1354, 1357-58 (E.D. Pa. 1980).

cleats และ metal bases ซึ่งสินค้าที่จำเลยขายให้โจทก์นั้นจะติดฉลากว่า เป็นสินค้าของโจทก์ โจทก์ และจำเลยก็ทำธุรกิจด้วยกันยาวนานถึง 4 ปี แต่อยู่มาวันหนึ่งโจทก์เริ่มผลิต elastics ได้เอง ทำให้จำเลยรู้สึกว่ โจทก์กำลังจะเข้ามาเป็นคู่แข่งของตน จึงปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับโจทก์ทำให้โจทก์ต้องไปหาสินค้าจากแหล่งอื่นแต่ก็ไม่สามารถหาซื้อ face-bows และ metal bases จากแหล่งอื่นได้ ส่วนสินค้า buttons และ cleats ก็ยังพอหาได้แต่มีราคาสูงมาก ทำให้โจทก์เหลือสินค้าในตลาดผลิตภัณฑ์ทางทันตกรรมเพียงชนิดเดียวคือ elastics จนโจทก์ไม่อาจแข่งขันกับจำเลยได้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของจำเลยจึงมีผลเป็นการปิดกั้นโจทก์ที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดของจำเลยผู้ปฏิเสธนั่นเอง ศาลในคดีนี้จึงสรุปว่า จำเลยมีเจตนาที่จะผูกขาดสินค้าที่ปฏิเสธจะจำหน่ายให้แก่โจทก์เพื่อที่จะกำจัดโจทก์ให้ออกไปจากตลาดสินค้า elastics¹²¹ และคดี *Tyco Healthcare Korea*¹²² ในสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า มีบริษัทผลิตเครื่องมือแพทย์บริษัทหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธที่จะจำหน่ายอุปกรณ์รักษามะเร็งระดับให้กับผู้จัดจำหน่าย หลังจากที่ผู้ผลิตทราบว่าผู้จัดจำหน่ายรายนี้กำลังพัฒนาคิดค้นอุปกรณ์ที่ใช้ในการรักษามะเร็งมดลูกอยู่ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี (KFTC) ระบุว่า บริษัทซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธในคดีนี้ก็มีแผนที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดอุปกรณ์ที่ใช้ในการรักษามะเร็งมดลูกเช่นกัน KFTC จึงเห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ผลิตนั้นมีเจตนาเพื่อลงโทษผู้จัดจำหน่ายสำหรับการที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดกับบริษัทของตนในอนาคตอันใกล้¹²³

2.4.2 ผลกระทบต่อผู้บริโภค

ผลกระทบที่ผู้บริโภคได้รับจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นอาจไม่ใช่ผลกระทบโดยตรงเนื่องมาจากโดยปกติคงไม่มีผู้ประกอบการรายใดพอใจที่จะปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้บริโภคชั้นสุดท้าย (downstream customer) เนื่องจากเป็นแหล่งรายได้หลักของผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตาม ผู้บริโภคก็สามารถได้รับผลกระทบโดยอ้อมจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ เมื่อผู้ประกอบการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งแล้ว ย่อมเป็นการสร้างอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธและในบางกรณีอาจส่งผลกระทบต่อรุ่นแรงจนสามารถกำจัดผู้ถูกปฏิเสธนั้นให้ออกไปจากตลาดทำให้การแข่งขันในตลาดน้อยลง และยังสามารถก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการปิดกั้นคู่แข่งจากการเข้ามาแข่งขันในตลาดอีกด้วย ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ผลกระทบของการปฏิเสธไม่

¹²¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 123.

¹²² KFTC 2008-186, 2006DokGaam0747, (Tyco Healthcare), §§ 1, 2.Da.

¹²³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 125.

ทำธุรกิจโดยฝ่ายเดียวที่มีต่อผู้ประกอบการด้วยกันเองทั้ง 3 ประการนี้ทำให้อำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธเข้มแข็งขึ้นเรื่อย ๆ จนอาจกลายเป็นผู้ผูกขาดตลาดได้ในท้ายที่สุด¹²⁴

เมื่อผู้ปฏิเสธกลายเป็นผู้ผูกขาดแล้ว ณ จุดนี้เองที่ผู้บริโภคจะได้รับผลกระทบโดยอ้อมจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ซึ่งผลกระทบที่ผู้บริโภคอาจได้รับนี้ก็เหมือนผลกระทบที่ผู้บริโภคได้รับจากการผูกขาด (The Evil of Monopoly) หากผู้ประกอบการมีการแข่งขันกันย่อมทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์โดยตรงจากข้อเสนอของผู้ประกอบการแต่ละราย เช่น ทางด้านราคา ผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าและบริการได้ในราคาที่ต่ำเป็นธรรม ในราคาที่ผู้ประกอบการแข่งขันกันเพื่อช่วงชิงตลาดเป็นของตน ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าที่ดีและบริการที่หลากหลายตามระดับรายได้และความชื่นชอบของตน และการแข่งขันยังทำให้ผู้ประกอบการต้องหันมาสนใจปรับปรุงพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการ เพื่อให้ผลผลิตของตนเป็นที่ต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอหรือพยายามที่จะเสนอสินค้าและบริการใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาด ซึ่งสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้มักจะไม่มีหรือมีอยู่ไม่มากนักในตลาดที่มีการผูกขาดหรือตลาดที่มีการแข่งขันน้อยมาก ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับ (consumer surplus)* ขาดหายไป¹²⁵

2.4.3 ผลกระทบต่อสังคม

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแม้อาจไม่ได้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสังคมอย่างชัดเจน แต่การปฏิเสธดังกล่าวเป็นวิธีหนึ่งที่สามารถทำให้ผู้ปฏิเสธกลายเป็นผู้ผูกขาดได้และการผูกขาดก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมตามมา สิ่งที่สังคมต้องสูญเสียไปจากการผูกขาดที่ชัดเจนคือการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ กำไรส่วนเกิน (excess profit) ตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาด** และ

¹²⁴ Korea Fair Trade Commission, "ICN Unilateral Conduct WG Response for the Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 2006, p. 10.

* ส่วนเกินของผู้บริโภค (consumer surplus) คือ “ประโยชน์ของผู้บริโภคที่เกิดในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์จะส่งผลต่อผู้บริโภคทั่วไปคือทำให้สินค้าหรือบริการมีคุณภาพดีขึ้นหรือมีราคาถูก หรืออาจเป็นไปได้ทั้งสองอย่าง และมีผลดีต่อผู้ซื้อที่ตั้งราคาที่จะซื้อในใจ (reservation price) สูงกว่าราคาตลาดทำให้ซื้อสินค้าได้ถูกกว่าราคาที่ตั้งไว้ในใจซึ่งจะเกิดส่วนเกินของผู้บริโภค ตัวอย่างเช่นในตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ ผู้ซื้อต้องชำระราคาสินค้าและบริการ ณ ระดับราคาตลาด 4 เหรียญ แม้ว่าจริง ๆ แล้วผู้ซื้อหลายคนยินดีที่จะชำระราคาสินค้าและบริการที่สูงกว่า 4 เหรียญ ดังนั้นส่วนต่างระหว่างราคาที่ชำระจริงกับราคาที่ตั้งไว้ในใจจึงเรียกว่าประโยชน์ส่วนเกินของผู้บริโภค”

¹²⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 50.

** ในตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ผู้ประกอบการมีจำนวนมาก การซื้อขายของแต่ละรายเป็นปริมาณสินค้าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนซื้อของทั้งตลาด ผู้ขายแต่ละรายไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าได้ตามใจชอบแต่จะต้องขายตามราคาตลาดเท่านั้น (price taker) ซึ่งเป็นราคาคุณภาพเกิดจากอุปสงค์และอุปทานของตลาดตักกัน แต่กรณีของตลาดผูกขาด ผู้ผูกขาดจะเป็นผู้กำหนด

ประสิทธิภาพการผลิตที่เกิดจากการแข่งขันนั้นได้สูญหายไป (deadweight welfare loss) และเมื่อปราศจากการแข่งขันกันการปรับปรุงประสิทธิภาพในการผลิต (production efficiency) ก็จะไม่เกิดขึ้นเนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจที่ผูกขาดจะไม่มีการพัฒนาเทคโนโลยีเลย¹²⁶

2.5 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวส่งผลกระทบต่อหลายประการต่อทั้งผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันเอง ต่อการแข่งขันในตลาด ต่อผู้บริโภครวมทั้งต่อสังคม จึงจำเป็นต้องพิจารณาผลกระทบทุกประการอย่างรอบด้าน มีตำราและนักวิชาการจำนวนมากที่ได้ตั้งข้อสังเกตอันน่าสนใจเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้หลายประการดังนี้

ข้อสังเกตประการแรก หากพิจารณาถึงเรื่องการเยียวยาด้วยวิธีการบังคับให้ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต้นน้ำซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธต้องยอมทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำของตนหรือต้องยอมทำสัญญาโดยวางเงื่อนไขในสัญญาให้คิดราคาต่ำลงมา ต้องคำนึงถึงผลกระทบอย่างรอบด้านของวิธีเยี่ยวยานี้ด้วย หากมองถึงผลกระทบในแง่ดีก็เป็นที่ประจักษ์ชัดว่าวิธีการเยี่ยวยาดังกล่าวนี้ช่วยให้การแข่งขันในตลาดปลายน้ำเข้มแข็งขึ้น เนื่องจากคู่แข่งในตลาดปลายน้ำก็จะได้วัตถุดิบ input มา ทำให้มีศักยภาพที่จะแข่งขันในตลาดปลายน้ำต่อไปได้ แต่ข้อเสียก็คือวิธีการเยี่ยวยาดังกล่าวนี้อาจทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดต้นน้ำมีโอกาสเข้าสู่ตลาดได้น้อยลง และยังส่งผลให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธในตลาดต้นน้ำนั้นคงสถานะความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้เข้มแข็งกว่าเดิมอีกด้วย เหตุผลมีอยู่ว่าผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดต้นน้ำจะต้องทำการแข่งขันกับผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธในตลาดต้นน้ำซึ่งขณะนี้อยู่ถูกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบังคับให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำของตนด้วยข้อสัญญาที่ลดราคาสินค้าลงมา ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธดังกล่าวนี้จึงไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องยอมขายสินค้าให้ผู้ประกอบการในตลาดปลายน้ำในราคาที่ทั้ง 2 ฝ่ายยอมรับได้ แทนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยสิ้นเชิงหรือทำธุรกิจด้วยบนข้อสัญญาที่ผู้ซื้อในตลาดปลายน้ำยอมรับไม่ได้ จะเห็นได้ว่าในท้ายที่สุดแล้วผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอาจจะถูกบังคับให้กลับมาทำธุรกิจกับผู้ซื้อที่ตนปฏิเสธไปในตอนแรกบนเงื่อนไขสัญญาที่ถูกกฎหมายหรือรัฐกำหนดขึ้น ปัจจัยนี้เองที่ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดต้นน้ำขาดแรงจูงใจที่จะเข้ามาแข่งขันใน

ราคา (price maker) สามารถเลือกระดับราคาหรือระดับการผลิตที่จะทำให้หน่วยผลิตได้กำไรสูงสุด เนื่องจากไม่มีคู่แข่งทางการค้า ผู้ขายในอุตสาหกรรมผูกขาดจะกำหนดราคาอย่างไรก็ได้ ทำให้กำไรที่เคยได้เพียงเล็กน้อยในตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์กลับได้กำไรสูงสุดในตลาดผูกขาด กำไรส่วนเกินจึงตกเป็นกำไรของผู้ผูกขาดนั่นเอง

¹²⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 51.

ตลาดต้นน้ำเนื่องจากพอผู้ซื้อในตลาดปลายน้ำถูกบังคับให้ทำสัญญากับผู้ปฏิเสธแล้ว ผู้ซื้อที่ต้องการสินค้าจากบริษัทต้นน้ำอื่น ๆ น้อยลงนั่นเอง¹²⁷

ข้อสังเกตสำคัญประการต่อมาที่ต้องตระหนักถึง คือ ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการรวมตัวกันในตลาดต้นน้ำและปลายน้ำนั้นมีสถานะในตลาดต้นน้ำที่แข็งแกร่งมากจนไม่มีคู่แข่งในตลาดต้นน้ำรายใดแข่งขันได้ สถานการณ์เช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการรวมตัวกันนั้นเป็นผู้ครอบครอง ควบคุม สิทธิทรัพย์สินที่มีลักษณะเฉพาะและไม่สามารถผลิตทดแทนได้แต่เพียงผู้เดียว เช่น สิทธิสิทธิทางปัญญาที่สำคัญหรือทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญ เป็นต้น คู่แข่งขันต่าง ๆ ในตลาดปลายน้ำย่อมวางใจผู้ผูกขาดในตลาดต้นน้ำไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจที่รวมตัวกันในแนวตั้งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำ ก็จะเป็นการกำจัดคู่แข่งในตลาดปลายน้ำให้ออกไปจากตลาดจนเหลือแต่เพียงผู้ประกอบการรายเดียวที่ประกอบธุรกิจทั้งในตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ ถ้าหากผู้ประกอบการที่มีการรวมตัวในแนวตั้งถูกบังคับให้ขายวัตถุดิบ input ในราคาที่มีการผูกขาดให้แก่ผู้ประกอบการที่ไม่ได้รวมตัว ก็เกิดสถานะที่มีผู้ผูกขาดอยู่ในตลาดต้นน้ำส่วนในตลาดปลายน้ำยังคงมีการแข่งขันอยู่ แต่การสร้างให้มีการแข่งขันขึ้นในตลาดปลายน้ำเช่นนั้นก็อาจจะช่วยให้เกิดการแข่งขันเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีประโยชน์อันใดเลยตราบเท่าที่ยังมีผู้ผูกขาดอยู่ในตลาดต้นน้ำ¹²⁸ Shapiro บอกเป็นนัยว่าการกำหนดวิธีเยียวยาบังคับให้ต้องทำธุรกิจกัน (duty to deal) เป็นวิธีที่ไม่สามารถกำหนดได้อย่างสนิทใจในสถานการณ์ที่ไม่มีการแข่งขันอยู่ในตลาดต้นน้ำ และ Shapiro เห็นว่าในสถานการณ์การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแนวนอนตามรูปแบบที่เกิดขึ้นในคดี *Aspen Skiing* การกำหนดวิธีเยียวยาบังคับให้ต้องทำธุรกิจกันสามารถทำลายรากฐานของผู้ผูกขาดได้ แต่วิธีเยียวยานี้อาจใช้ไม่ได้ดีกับสถานการณ์การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในแนวตั้งที่ผู้ประกอบการมีการรวมตัวกันในตลาดต้นน้ำและปลายน้ำอย่างที่เกิดในคดี *Kodak*¹²⁹

ข้อสังเกตที่ต้องคำนึงถึงอีกประการหนึ่งก็คือ อาจเกิดความขัดแย้งกันระหว่างผลกระทบต่อการแข่งขันในระยะสั้นและในระยะยาว จำนวนคู่แข่งที่มีความสามารถที่จะแข่งขันในตลาดที่ตกอยู่ภายใต้พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นสามารถถูกส่งเสริมได้โดยการบังคับให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธต้องยอมทำธุรกิจกับคู่แข่งที่ในตอนแรกตนได้ปฏิเสธไม่จัดหาสินค้าให้ เมื่อถูกบังคับให้ทำธุรกิจกันแล้วผู้ซื้อก็จะกลายเป็นคู่แข่งที่มีความสามารถในการแข่งขันเนื่องจากผู้ซื้อสามารถเข้าถึง

¹²⁷ Carl Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission."

¹²⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 27.

¹²⁹ Carl Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission."

วัตถุดิบ input สำคัญบนเงื่อนไขสัญญาที่ดีกว่าเดิม หากปัญหามีเพียงเท่านั้นแล้วนโยบายการแข่งขันที่ดีที่สุดต่อพฤติกรรมกาปฏิเสศไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวก็คงจะชัดเจนและไม่ยุ่งยาก โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสศดังกล่าวต้องยอมทำธุรกิจในทุกกรณี¹³⁰

แต่ในความเป็นจริงปัญหามีความซับซ้อนมากกว่านั้น ขณะที่การแทรกแซงให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสศต้องยอมทำธุรกิจกับผู้ซื้อบนเงื่อนไขของสัญญาที่แตกต่างจากความต้องการของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสศในตอนแรก สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคในระยะสั้นได้ก็จริง แต่หากพิจารณาในระยะยาวแล้วจะพบความซับซ้อนยิ่งกว่านั้น การลงทุน การสร้างนวัตกรรมและการแข่งขันเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสศได้รับอำนาจตลาดมา (ยกเว้นกรณีของรัฐวิสาหกิจ) กล่าวคือ หากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสศต้องการคงสถานะความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้เขาจะต้องลงทุน สร้างนวัตกรรม และต้องแข่งขัน ซึ่ง 3 สิ่งนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในระยะยาว แต่การแทรกแซงให้ต้องทำธุรกิจร่วมกันย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อแรงจูงใจของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในการที่จะลงทุน การสร้างนวัตกรรมและการแข่งขัน เมื่อรัฐมีนโยบายบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นต้องแบ่งปันผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวได้รับจากการลงทุน การสร้างนวัตกรรมและจากการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ที่อาจจะกลายเป็นคู่แข่งหรืออาจกลายเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเสียเองในอนาคตก็ได้ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ถูกบังคับให้แบ่งปันผลประโยชน์เช่นนั้นก็ย่อมต้องเสียแรงจูงใจที่จะลงทุน ที่จะสร้างนวัตกรรม ที่จะแข่งขันต่อไป ซึ่งสุดท้ายแล้วย่อมส่งผลเสียต่อผู้บริโภคในระยะยาว¹³¹ นโยบายเรื่องการแข่งขันต่อพฤติกรรมกาปฏิเสศไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นมีความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในระยะสั้นและระยะยาว ความขัดแย้งดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่าเป็นเรื่องความแตกต่างกันของแนวคิดเรื่องประสิทธิภาพตามความหมายดั้งเดิมหรือตามความหมายสมัยใหม่ ประโยชน์ของผู้บริโภค (consumer welfare) อาจเพิ่มขึ้นก็จริงหากสนับสนุนให้มีการแข่งขันทางด้านราคาในระยะสั้น แต่พัฒนาการของสินค้าใหม่ ๆ และวิธีการผลิตที่ดีกว่าเดิมเนื่องจากมีนวัตกรรมที่ก้าวหน้ามากขึ้นนั้นอาจเพิ่มประโยชน์ให้ผู้บริโภคมมากขึ้นในระยะยาวก็ได้¹³² ด้วยข้อเท็จจริงทั้งหมดที่กล่าวมานี้ทำให้รัฐต้องมีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่ผู้สร้างสรรค์ แม้ว่ารัฐจะต้องยอมให้ผู้บริโภคอยู่ภายใต้อำนาจตลาดของผู้สร้างสรรค์เป็นเวลาหลายปีก็ตาม การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผล

¹³⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 28.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

มาจากการแลกได้แลกเสีย (trade-off) ระหว่างข้อเสียจากการยอมให้ผู้สร้างสรรค์มีโอกาสที่จะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดชั่วคราว และข้อดีจากการกระตุ้นให้มีการสร้างนวัตกรรมใหม่ ๆ เช่นเดียวกันนี้ การแลกได้แลกเสียก็เป็นประเด็นให้รัฐนำมาพิจารณาในการกำหนดนโยบายเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว¹³³

2.6 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศ ยอมรับกันว่าเมื่อมีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ผู้ฟ้องคดีอาจนำคดีมาฟ้องโดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องสัญญาหรือบทบัญญัติทางละเมิดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกเหนือไปจากการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ได้¹³⁴ แล้วการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจัดเป็นหนึ่งในพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น เมื่อเกิดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวขึ้นผู้เสียหายอาจฟ้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้ เช่น ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันอยู่ แล้วเกิดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อหรือยุติสัญญากลางคันซึ่งเป็นการผิดสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ ผู้ถูกปฏิเสธก็อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายสำหรับการผิดสัญญานั้น หรือในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธได้รับความเสียหายใด ๆ จากการปฏิเสธ ผู้ถูกปฏิเสธก็อาจฟ้องเป็นคดีละเมิดได้ แต่ต้องมีการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิเสธกับผลความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธให้ศาลเห็นตามหลักกฎหมายในเรื่องละเมิด หรือในกรณีที่การปฏิเสธส่งผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขัน ผู้ถูกปฏิเสธก็อาจดำเนินการเพื่อให้ผู้ปฏิเสธได้รับโทษตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ได้ เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่จะเลือกและขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในคดีว่าจะเข้าเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามกฎหมายใด อย่างไรก็ตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีได้มุ่งศึกษากฎหมายเรื่องสัญญาและละเมิดโดยตรง แต่มุ่งศึกษาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น

โดยที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว คือ การที่ผู้ประกอบการ 1 รายปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งการตัดสินใจนั้นมาจากดุลยพินิจอย่างอิสระของผู้ปฏิเสธโดยแท้ปราศจากแผนการร่วมมือกับผู้อื่นซึ่งเป็นกรณีที่ปัจเจกชนใช้เสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ที่ตนมีในการเลือกคู่สัญญา จึงไม่มีความเสี่ยงว่าจะเป็นความผิดต่อกฎหมายแต่อย่างใด แต่อย่างที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแล้วว่าพฤติกรรมนี้สามารถก่อให้เกิดผลกระทบ

¹³³ Carl Shapiro, "Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission."

¹³⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 102.

ทั้งต่อผู้ประกอบการด้วยกันเอง ต่อการแข่งขันในตลาด ต่อผู้บริโภคและต่อสังคมได้ ดังนั้นเมื่อการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาไปกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเข้ามาจำกัดกรอบของการใช้เสรีภาพนั้นเพื่อไม่ให้กระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายแรงงาน หรือกฎหมายสิทธิมนุษยชน เป็นต้น สำหรับกรณีพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวกฎหมายเช่นว่านั้น คือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่บังคับใช้อยู่ในประเทศไทยปัจจุบันก็คือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2560

การทำความเข้าใจถึงการจำกัดกรอบหรือการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้จะต้องเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเสียก่อน จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย มีอยู่ด้วยกัน 2 เรื่อง ได้แก่ เสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบทบัญญัติต่าง ๆ ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.6.1 เสรีภาพในการทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เอกชนทุกคนย่อมมีอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ความมีอิสระดังกล่าวในทางทฤษฎีเรียกว่า “หลักอิสระในทางแพ่ง (private autonomy)” Bianca และ Scognamiglio ให้นิยามหลักอิสระในทางแพ่งเอาไว้ว่า หมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ในทางส่วนตัวอาจเป็นเรื่องการสมรส การหย่า ในทางทรัพย์สินอาจเป็นการซื้อขาย การให้ การแลกเปลี่ยน ซึ่งสามารถจัดการโดยใช้นิติกรรมสัญญา¹³⁵ เมื่อผู้ประกอบการก็เป็นผู้ประกอบการหนึ่ง ผู้ประกอบการจึงมีอิสระในทางแพ่งตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน

พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นการที่เอกชนตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองในทางทรัพย์สินซึ่งสามารถจัดการได้โดยใช้นิติกรรมสัญญา เมื่อพูดถึงสัญญาแล้วจึงจำเป็นต้องกล่าวถึงหลักอีกหลักหนึ่งซึ่งเป็นหลักที่แคบกว่าหลักอิสระในทางแพ่งแต่ทั้ง 2 หลักนี้

¹³⁵ Bianca C.M., *Diritto Civile : Il Contratto* (Milano: Giuffrè, 1984). Page 10. และ Scognamiglio R., *Contratti in Generale : Trattato di Diritto Civile* (Milano : Dr. Francesco Vallardi, 1961). Page 9. อ้างถึงใน ศนันท์กรณ โสถถิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม สัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 27.

ก็มีความสัมพันธ์กัน นั่นก็คือ “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract)” สำหรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นก็เป็นกรณีที่ปัจเจกชนใช้ความเป็นอิสระของตนจัดการขอบเขตทางกฎหมายของตน แต่จัดการฝ่ายเดียวไม่ได้ ต้องเป็นการใช้เสรีภาพร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างฝ่ายต่างต้องการจัดการขอบเขตในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตน ซึ่งการจัดการขอบเขตในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตนและมีผู้อื่นร่วมด้วยในลักษณะของสัญญาจะเกิดได้ก็เฉพาะในเรื่องของทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้น หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักอิสระในทางแพ่งจึงต่างกันที่ประเด็นหลัก 2 ประเด็น¹³⁶ คือ

1. บุคคล

สำหรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นต้องใช้จากบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเท่านั้น ในส่วนของหลักอิสระในทางแพ่งอาจใช้จากบุคคลฝ่ายเดียวก็ได้ สองฝ่ายก็ได้ หลายฝ่ายก็ได้

2. ทรัพย์สิน

สำหรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นใช้สำหรับจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สัญญาเท่านั้น แต่หลักอิสระในทางแพ่งสามารถใช้จัดการในเรื่องส่วนตัวได้ด้วย

เสรีภาพในการทำสัญญาเริ่มตั้งแต่เสรีภาพในการคิดที่จะทำสัญญา เมื่อคิดรอบคอบแล้วก็มาสู่เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ ถ้าตัดสินใจว่าจะทำก็มีเสรีภาพที่จะเลือกทำสัญญากับใคร ทำสัญญาอะไร มีวัตถุประสงค์หรือมีเนื้อหาของสัญญาอย่างไร เมื่อตัดสินใจแล้วก็มีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาออกมาด้วยวิธีการที่ต้องการ และมีเสรีภาพที่จะกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นก่อให้เกิดผลตามที่ตนประสงค์ ซึ่งเสรีภาพทั้งหลายเหล่านี้ได้รับการรองรับจากบทบัญญัติมาตรา 151¹³⁷

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจึงเห็นว่าได้มีการบัญญัตินำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาบัญญัติไว้ในมาตรา 151 ดังนี้ “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวหมายความว่า นิติกรรมใดก็ตามเมื่อทำแล้วแตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมที่ทำนั้นได้ทำแตกต่างจาก

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 297-298.

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 297.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นก็
จะไม่สมบูรณ์คือตกเป็นโมฆะไป¹³⁸

สำหรับการทำนิติกรรมที่ “แตกต่าง” จากบทบัญญัติของกฎหมายนั้น มาตรา 151
มิได้ระบุไว้ว่าเป็นส่วนใด ย่อมหมายความว่า ผู้ทำนิติกรรมย่อมสามารถทำนิติกรรมแตกต่างจาก
กฎหมายได้ไม่ว่าในส่วนใด ๆ เช่น ไม่ว่าจะเป็นในเรื่ององค์ประกอบของนิติกรรม คือ เรื่องบุคคล
วัตถุประสงค์ แบบ เจตนา ย่อมใช้หลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้ทั้งสิ้น¹³⁹
หากจะพิจารณาให้เป็นรูปธรรม อาจพิจารณาได้ดังนี้

1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา

ก. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นคนธรรมดา
หรือนิติบุคคลก็ตาม

ข. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้ ไม่ว่าจะ
จะเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะของเอกเทศสัญญาในลักษณะของวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัยหรือ
วัตถุประสงค์เฉพาะของตัวคู่สัญญาเองในลักษณะของวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัย หรือวัตถุประสงค์
แบบผสม

ค. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญา ไม่ว่าจะด้วยวาจา กิริยา
อาการ หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

ง. คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะคิด ตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไร และมีเสรีภาพใน
การแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจไว้ หากการตัดสินใจผิดไปเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายมาทำกล
ฉ้อฉล ข่มขู่ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลฉ้อฉล ข่มขู่จะเสียเสรีภาพในการตัดสินใจก็จะได้รับความคุ้มครอง
จากกฎหมาย โดยกฎหมายจะให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ หากคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับที่
ตัดสินใจไว้เช่นเพราะความสำคัญผิดในสาระสำคัญ กฎหมายก็จะคุ้มครองเจตนาที่แท้จริงอันเป็นการ
คุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นตกเป็นโมฆะไป

2. หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ
คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้ในเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากที่

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน

กฎหมายกำหนด หากมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็ไม่เป็นโมฆะ

3. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ และเมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา นั่นคือสัญญาต้องเป็นสัญญาตามหลัก pacta sunt servanda¹⁴⁰

กรณีของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นเป็นการที่เอกชนใช้เสรีภาพในการทำสัญญาด้านองค์ประกอบของสัญญาในการเลือกคู่สัญญา โดยเอกชนย่อมมีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครหรือจะเลือกที่จะไม่ทำสัญญากับใครก็ได้ ดังนั้นการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งจึงไม่น่าก่อให้เกิดความผิดใด ๆ เนื่องจากเป็นการใช้เสรีภาพที่มีอยู่ของตน

อย่างไรก็ตาม แม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพมากมายในการทำสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วยเพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลบางคนต้องไปกระทบหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม ซึ่งกรอบดังกล่าวนี้ก็คือกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั่นเอง เพื่อพิจารณาให้เห็นเป็นรูปธรรมเสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจถูกจำกัดได้ดังนี้¹⁴¹

1. การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับองค์ประกอบของสัญญา เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินกิจการในลักษณะผูกขาด เขาย่อมไม่มีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย เพราะกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอหน้ากัน

ก. เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและด้วยความเป็นไปได้ตามมาตรา 150

ข. เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญานั้นอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ค. เสรีภาพในการตัดสินใจอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ดังเช่น กรณีของการแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก แทนที่

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 295.

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 296-297.

กฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ที่ถูกกลั่นแกล้ง กฎหมายกลับไปคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาทำสัญญาโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกโดยให้สัญญาที่เกิดจากกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกนั้นสมบูรณ์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการตัดสินใจถูกจำกัดจากหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของคู่กรณีที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

เสรีภาพในการแสดงเจตนาอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก แม้คู่สัญญาจะแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับเจตนาภายในเช่นในเรื่องของเจตนาลวง และแม้กฎหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจโดยให้เจตนาที่แสดงออกเป็นโมฆะแต่หากมีบุคคลภายนอกที่สุจริตหรือต้องเสียหายเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายก็จำเป็นต้องคุ้มครองเขามากกว่า

2. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดย

ก. การใช้เสรีภาพของคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจดีกว่าไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

ข. กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ได้แก่ การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

ค. กฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาควบคุมสำหรับสินค้าบางประเภท เป็นต้น

ง. ด้วยข้อตกลงของสหภาพแรงงานนายจ้างและสหภาพแรงงานลูกจ้างซึ่งส่งผลให้นายจ้างและลูกจ้างที่เป็นสมาชิกของสหภาพไม่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาเป็นประการอื่น

3. เสรีภาพของสัญญาในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลัก *Rebus sic stantibus* อันเป็นหลักที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ยังมีได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา หากยังต้องไปปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปจนสมควรและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไปจนสมควร ทำให้ ณ เวลาที่มีการชำระหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้และการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจะไม่สมดุลกัน สัญญาจึงไม่ควรเป็นสัญญาอีก ตามหลักที่ว่าเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (*rebus sic stantibus*)

ดังนั้นแม้ผู้ประกอบธุรกิจจะมีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาว่าจะทำสัญญากับผู้ใดหรือเลือกที่จะไม่ทำสัญญากับผู้ใดก็ได้ แต่เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญานั้นอาจถูกจำกัดได้โดยเฉพาะหากผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นเป็นผู้ผูกขาดหรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจซึ่งเป็นการใช้เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาในบางกรณีจึงถูกจำกัดและเป็นความผิดต่อกฎหมายได้ ซึ่งกฎหมายเช่นว่านั้นก็คือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจบางรายจะกล่าวอ้างว่าตนมีเสรีภาพในการทำสัญญาจึงจะเลือกทำธุรกิจกับเฉพาะคู่สัญญาที่ตนต้องการเท่านั้นไม่ได้ แต่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจำเป็นต้องยอมทำสัญญาหรือทำธุรกิจกับคู่สัญญาที่ตนไม่ประสงค์จะทำสัญญาด้วยแม้จะเป็นคู่แข่งทางธุรกิจกันก็ตาม เนื่องจากในบางกรณีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

สรุปได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีความสัมพันธ์กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในฐานะที่เป็นกฎหมายซึ่งเข้ามาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาให้ผู้ประกอบธุรกิจบางรายใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของตนไปกระทบหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยส่วนรวม (public interest) นั่นเอง¹⁴² ทำให้ในบางกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจบางรายซึ่งแม้จะเป็นการใช้เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาก็อาจเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ และในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธยังถูกแทรกแซงหรือบังคับให้ต้องทำธุรกิจกับผู้ที่ไม่ได้ประสงค์จะทำธุรกิจอีกด้วย

มีตัวอย่างคดีที่ศาลกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ที่จะต้องทำสัญญาหรือทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นแม้จะไม่เต็มใจทำธุรกิจด้วยก็ตาม เช่นคดี *Aspen Skiing*¹⁴³ ศาลฎีกาตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของบริษัท Aspen Skiing จำเลยในคดี ผู้มีอำนาจผูกขาดมีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และยอมรับว่าจำเลยในคดีนี้มีหน้าที่ต้องทำธุรกิจร่วมกันกับบริษัท Aspen Highlands Skiing ผู้เป็นโจทก์ แม้จำเลยจะไม่สมัครใจก็ตาม ในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นที่กำหนดว่าจำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจร่วมกับโจทก์โดยต้องร่วมทำธุรกิจจำหน่ายตั๋ว All Aspen ticket กับโจทก์ดังเดิม (the multiarea ticket could be characterized as an Essential Facility that Ski Co. had a duty to market jointly with Highlands) แม้จำเลยจะประสงค์ที่จะยกเลิกการจำหน่ายตั๋วชนิดนี้แล้วก็ตาม เหตุที่จำเลยในคดีมี

¹⁴² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 105.

¹⁴³ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

หน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับโจทก์เนื่องมาจากจำเลยผู้ผูกขาดมีอำนาจควบคุมเหนือ “สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facility)” ซึ่งในคดีนี้ก็คือตั๋ว All Aspen ticket ที่ให้สิทธิลูกค้าผู้ซื้อตั๋วสามารถเล่นสกีในลานสกีได้ทั้ง 4 แห่งนั่นเอง จะเห็นได้ว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาเป็นข้อยกเว้นหรือเป็นกรอบที่มาจำกัดหลักการทั่วไปที่ว่าผู้ประกอบการมีอิสระในการเลือกคู่ค้าหรือคู่สัญญาของตน (freedom of contract)¹⁴⁴ ซึ่งรายละเอียดของหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจะขออธิบายอย่างละเอียดในบทต่อ ๆ ไป

2.6.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นการใช้เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาแต่ในบางกรณีการใช้เสรีภาพเช่นนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลอื่น ๆ ต่อการแข่งขันในตลาดตลอดจนต่อสังคมส่วนรวมได้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเข้ามาจำกัดกรอบการใช้เสรีภาพนั้นซึ่งในกรณีนี้คือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เข้ามาจำกัดหรือควบคุมพฤติกรรม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยฉบับปัจจุบันคือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย โดยทั่วไปไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบการใน ตลาดมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับคู่แข่งในตลาด แต่มีบางกรณีเท่านั้นที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยจะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตัวอย่างเช่น บริษัทรัฐวิสาหกิจ ก. เป็นผู้ควบคุมดูแลสนามบินนานาชาติแห่งหนึ่งและมีอำนาจเด็ดขาดในการให้อนุญาตในการบำรุงรักษาและการให้บริการภาคพื้นดิน ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้บริษัทหนึ่งเข้าไปประกอบการ ทำอาหารส่งสายการบินแข่งกับบริษัทที่มีอยู่แล้ว การปฏิเสธยอมเป็นการมิชอบ บริษัทรัฐวิสาหกิจ ก. อาจถูกฟ้องได้ว่าเป็นการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบและเป็นการปิดกั้นการแข่งขันในตลาดการทำอาหารส่งสายการบิน และยังเป็นการทำลายประโยชน์ของผู้ใช้บริการการจัดส่งอาหารให้สายการบินเพราะต้องเสียค่าใช้จ่ายในราคาที่สูงและคุณภาพต่ำในด้านบริการเนื่องจากไม่มีการแข่งขัน¹⁴⁵ จึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเป็นอันดับแรกว่ามีบทบัญญัติในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย บทใดบ้างที่สามารถควบคุมพฤติกรรม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้

¹⁴⁴ นันทินี สุนทรพิมล, "การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการโทรคมนาคมของ ไทย," หน้า 23-24.

¹⁴⁵ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 47.

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยทั้งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่แก้ไขใหม่ บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำพฤติกรรมการแข่งขันและพฤติกรรมทางธุรกิจอยู่ 5 กลุ่ม ดังนี้

1. การควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 (มาตรา 25 เดิม)
2. การควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการตามมาตรา 51 (มาตรา 26 เดิม)
3. การควบคุมพฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 และมาตรา 55 (มาตรา 27 เดิม)
4. การควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 57 (มาตรา 29 เดิม)
5. การควบคุมมิให้ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดพฤติกรรมการผูกขาดหรือจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวมตามมาตรา 58 (มาตรา 28 เดิม)

แม้จะไม่มีมาตราใดเลยที่กล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอันเป็นการที่ผู้ประกอบธุรกิจ 1 รายใช้การตัดสินใจอย่างอิสระของตนเองปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการตัดสินใจนั้นมาจากดุลยพินิจอย่างอิสระของผู้ปฏิเสธโดยแท้ ปราศจากแผนการร่วมมือกับผู้อื่นอันเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral conduct) จึงไม่เกี่ยวข้องกับการควบรวมกิจการตามมาตรา 51 และไม่ใช่พฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น (concerted conduct) ตามมาตรา 54 และ 55 อีกทั้งไม่ใช่การทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศตามมาตรา 58 แต่ปรากฏว่าเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธเป็นผู้ประกอบธุรกิจทั่วไปซึ่งไม่จำเป็นต้องมีอำนาจเหนือตลาด

แม้จะมีบทบัญญัติอยู่ 2 มาตราที่สามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้ก็ตาม แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากมาตรา 57 มีขอบเขตการ

บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจทุกราย ประกอบกับการนำเอามาตรา 57 มาบังคับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้นยังมีความไม่ชัดเจนอยู่หลายประการ จึงมีความน่าสนใจให้ศึกษามากกว่าการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 50 ดังนั้นในหัวข้อต่อไปจึงขอนำเสนอถึงเนื้อหาในส่วนของมาตรา 57 เท่านั้น

2.6.2.1 การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ที่กล่าวว่บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นบทบัญญัติที่สามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้นั้น เนื่องจากในการตราบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมดังเช่นมาตรา 57 หรือมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์ให้เป็นมาตราที่จับการกระทำผิดทุกกรณี (catch-all provision) หากการกระทำความผิดใดซึ่งไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติใดเลยก็จะเข้าข่ายเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ ฉะนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 57 นี้จึงมีขอบเขตที่กว้างมาก กินความถึงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันหลาย ๆ ชนิด¹⁴⁶ รวมไปถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวด้วย

และแม้ว่าคณะผู้ร่างมีเป้าหมายในการยกมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อควบคุมพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งเพียง 4 พฤติกรรมเท่านั้น แยกเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่เกี่ยวกับการลดการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (intra-brand competition) 2 พฤติกรรม¹⁴⁷ ได้แก่

1. การกำหนดราคาขายปลีก (resale price maintenance)
2. การกำหนดตัวลูกค้าและท้องที่ขาย (customer and territorial restraints)

¹⁴⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 195.

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

กับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่เกี่ยวกับการลดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อกัน (interbrand competition) 2 พฤติกรรม ได้แก่

3. การกำหนดให้ทำธุรกิจเฉพาะกับตนเองเท่านั้น (exclusive dealing)
4. การขายพ่วงสินค้าอื่น (tying arrangement)

แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีความเห็นของนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าท่านหนึ่งของประเทศไทยที่เห็นว่าพฤติกรรมฝ่าฝืนมาตรา 29 ไม่ควรจำกัดอยู่เพียง 4 พฤติกรรมข้างบนนี้เท่านั้นแต่ควรรวมถึงพฤติกรรมการร่วมกันปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (หรือก็คือการปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมฝ่ายเดียว) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกันในการทำธุรกรรม การเลือกปฏิบัติในสมาคมการค้า การขายโดยตั้งราคาต่ำเกินสมควร การซื้อโดยให้ราคาสูงเกินควร การชักจูงลูกค้าโดยให้ประโยชน์อันไม่ควร การใช้สถานะการมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่ค้าโดยมิชอบ การแทรกแซงการทำธุรกรรมของคู่แข่ง และการแทรกแซงการดำเนินธุรกิจภายในบริษัทของคู่แข่งเข้าไปด้วย เพื่อให้สามารถควบคุมพฤติกรรมที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขันหรือกีดกันคู่แข่งได้ในทุกกรณี¹⁴⁸ จึงเป็นการยืนยันว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมฝ่ายเดียวสามารถถูกควบคุมและอาจตกเป็นความผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้

ความเห็นของนักกฎหมายเช่นนี้ยังสอดคล้องกับความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยด้วย เห็นได้จากแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของสำนักส่งเสริมแข่งขันทางการค้า ข้อที่ 5 ที่ระบุว่าพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) อันเป็นข้อห้ามตามมาตรา 29 ซึ่งมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันมีความหลากหลาย สามารถปรับเปลี่ยนได้อย่างต่อเนื่องตามระยะเวลาและสภาพแวดล้อมของการแข่งขันที่เปลี่ยนแปลงไป ไม่ได้มีเพียง 4 พฤติกรรมตามเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างในตอนแรก ซึ่งพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันอาจเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 29 ที่ปรากฏในแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของสำนักส่งเสริมแข่งขันทางการค้ามีตัวอย่างเช่น

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 235.

1. การกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อ/ ขายสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม
2. การกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจที่เป็นการจำกัดทางเลือกในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
3. การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร
4. การใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าในการเอาเปรียบผู้อื่น บังคับหรือชักจูงลูกค้าให้ประกอบธุรกิจกับตน หรือกำหนดข้อเรียกร้องใด ๆ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น
5. การกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าหรือเทคโนโลยีของผู้ประกอบธุรกิจอื่น
6. การกระทำอื่นใดที่มีใช่เป็นวิสัยทางการค้าปกติและมีเจตนาทำลายทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจ หรือมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกธุรกิจไป

เห็นได้ว่าในข้อที่ 5.3 ของแนวปฏิบัติฉบับนี้ได้ระบุว่าการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควรเป็นตัวอย่างหนึ่งของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันอาจเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 29 หรือมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้

ในปัจจุบัน บทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยซึ่งใช้ควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยบัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม
- (3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (4) กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 57 นี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยในปัจจุบัน มีการแบ่งพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมออกเป็น 4 อนุมาตรา จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว จะตกอยู่ภายใต้การควบคุมของอนุมาตราใด

2.6.2.2 วัตถุประสงค์ของมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีถ้อยคำดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้”

- (1) กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม
- (3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (4) กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

เมื่อพิจารณาเฉพาะถ้อยคำตามมาตรา 57 จะเห็นได้ว่า มีแต่ถ้อยคำที่ชวนให้เข้าใจไปว่า เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจ เช่นถ้อยคำว่า “เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น” หรือ “กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น” โดยไม่มีถ้อยคำที่ชี้ให้เห็นว่ามาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันในตลาดปรากฏอยู่เลย จึงเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้นักกฎหมายไทยฝ่ายหนึ่งเข้าใจไปว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นมาตรการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลายที่กำลังแข่งขันกันในตลาดและที่กำลังจะเข้ามาแข่งขันในตลาด¹⁴⁹ โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่าปรัชญาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมิได้ให้ความสำคัญแต่เพียงพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาดเท่านั้น แต่ยังให้ความสำคัญต่อการ “จัดระเบียบ” การแข่งขันทางการค้าโดยวางข้อกำหนดและกฎเกณฑ์ของการแข่งขันที่เป็นธรรมเพื่อให้การคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจในตลาด ดังนั้นพฤติกรรมทางการค้าบางประเภทจึงถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่

¹⁴⁹ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 13.

เป็นธรรมได้ในตัวเองแม้ว่าพฤติกรรมเช่นนั้นอาจไม่มีผลกระทบต่อสถานะของการแข่งขันในตลาดโดยรวมก็ตาม¹⁵⁰ ดังนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย จึงเป็นบทบัญญัติที่เน้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกลั่นแกล้ง มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการการแข่งขันหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้จึงเห็นว่าวัตถุประสงค์ในการมีบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (หรือมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560) มีขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น มิใช่เป็นการคุ้มครองหรือรักษาระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวมดังเช่นในกรณีของมาตรา 25, 26 และ 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542¹⁵¹

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของนักกฎหมายข้างต้นนี้ดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งระบุไว้ว่า “เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมทางการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ทำให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร สมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและมีการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมทางการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา” จะเห็นได้ว่าหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้มีการกล่าวถึงการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองกระบวนการแข่งขันในตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม มากกว่าที่จะเป็นเพียงการคุ้มครองผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งในตลาด และเมื่อบทบัญญัติตามมาตรา 57 เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงสมควรต้องแปลความให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัตินี้

¹⁵⁰ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก, หน้า 3-14.

¹⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-2.

ตามมาตรา 57 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม เช่นเดียวกัน

นอกจากนั้น ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าบทบัญญัติเรื่อง พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น มิใช่เป็นการคุ้มครองหรือรักษากระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวม ก็ดูเหมือนว่าจะไม่สอดคล้องกับความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่เห็นว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองกระบวนการแข่งขันในตลาด เห็นได้จากการที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน สังกัดกระทรวงพาณิชย์ อธิบายว่าผลกระทบตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มิได้หมายถึงผลกระทบต่อคู่แข่ง แต่เป็นผลกระทบต่อระบบการแข่งขันซึ่งเป็นการคุ้มครองระบบการแข่งขัน¹⁵² และยังเห็นได้จากแนวปฏิบัติ พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542* ข้อ 2 ที่ระบุถึงวัตถุประสงค์ของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ว่า “เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้อำนาจตลาดที่เหนือกว่ากระทำการใด ๆ เกินขอบเขตการดำเนินธุรกิจอย่างปกติ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า” ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามาตรานี้มุ่งกำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจมิให้ไปทำอันตรายต่อการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม อันเป็นการคุ้มครองกระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวมนั่นเอง

จากข้อความข้างต้น สรุปได้ว่านักกฎหมายในประเทศไทยยังมีความเห็นที่ยังไม่ลงรอยกันถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57

¹⁵² วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์, “หลักและแนวความคิดเกี่ยวกับ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศไทย” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 26, 3 (กุมภาพันธ์ 2551): 264.

* แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แม้เป็นแนวปฏิบัติสำหรับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่ยังมีผลใช้บังคับได้ต่อไป โดยอาศัยอำนาจของมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จนกว่าจะมีกฎกระทรวงประกาศ หรือระเบียบ ที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ ซึ่งมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “บรรดากฎกระทรวง ประกาศ หลักเกณฑ์ หรือระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวงประกาศ หรือระเบียบ ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการรายอื่น ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งรวมทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เห็นว่า บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองหรือรักษากระบวนการการแข่งขันในตลาดโดยรวม ทำให้การปรับใช้และการตีความบทบัญญัติตามมาตรา 57 นี้ไม่ชัดเจนว่ามุ่งคุ้มครองสิ่งใดกันแน่ จึงสมควรต้องศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้และตีความบทบัญญัติตามมาตรานี้ให้ถูกต้องและชัดเจนต่อไป

สาเหตุที่จำเป็นต้องศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็เพราะประเด็นที่ว่าวัตถุประสงค์ของมาตรานี้มุ่งคุ้มครองสิ่งใดระหว่างคุ้มครองการแข่งขันหรือคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจ จะเป็นประเด็นสำคัญสำหรับการพิจารณาต่อไปว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีเช่นใดถึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 57 กล่าวคือ ถ้าหากบทบัญญัติตามมาตรา 57 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขัน พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ก็จะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการการแข่งขัน โดยแนวทางในการพิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันได้แก่ การแข่งขันในตลาดลดลง จำนวนคู่แข่งในตลาดที่เหลืออยู่น้อยลง โอกาสที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาในตลาดมีน้อยลง สินค้ามีราคาสูงขึ้น ปริมาณและความหลากหลายของสินค้าลดลง ตลอดจนการสร้างสรรคนวัตกรรมใหม่ ๆ ช้าลง เป็นต้น¹⁵³ แต่ถ้าหากมาตรานี้มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งในตลาด เพียงแค่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้แล้ว แม้ว่ากระบวนการการแข่งขันจะไม่ได้ได้รับความเสียหายเลยก็ตาม แนวทางพิจารณาความเสียหายต่อผู้ประกอบการได้แก่ การที่ผู้ประกอบการซึ่งได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นมียอดขาย รายได้หรืออัตรากำไรลดลง หรือโอกาสในการสร้างรายได้หรือกำไรลดลง หรือต้องแบกรับค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น เป็นต้น¹⁵⁴

¹⁵³ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก, หน้า 4-2-4-3.

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-3.

2.6.2.3 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

องค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย แต่เดิมบัญญัติอยู่ในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” โดยเป็นการใช้ถ้อยคำอย่างกว้างและมีเพียงวรรคเดียวเท่านั้น แตกต่างจากองค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยในปัจจุบันที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีการแบ่งย่อยออกเป็น 4 อนุมาตรา ดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม
- (3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (4) กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

การปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจทำได้โดยง่าย เพราะมาตรา 29 มีอยู่เพียงวรรคเดียว แต่ในปัจจุบัน บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีการแบ่งย่อยออกเป็น 4 อนุมาตราข้างต้น จึงเกิดมีปัญหาคือจะต้องปรับใช้อนุมาตราใดในมาตรา 57 เพื่อให้การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทยมีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสมมากที่สุด

จากการศึกษาพบว่า พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขัน (exclusionary conduct) รูปแบบหนึ่ง¹⁵⁵ ฉะนั้นจึงอาจปรับใช้ มาตรา 57(1) เรื่องกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อควบคุม พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่าย เดียวโดยปริยายและการกีดกันราคาอันเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขทางการค้า แล้ว ยังพบว่ามาตรา 57(3) ที่บัญญัติถึงการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวาง การประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม ก็เป็นอีกอนุมาตราหนึ่งที่อาจปรับใช้เพื่อควบคุมการ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว 2 ประเภทนี้ได้เช่นกัน ฉะนั้นจึงมีอยู่ 2 อนุมาตราที่อาจปรับใช้เพื่อควบคุม พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวนี้อาจยังไม่อาจเป็นที่ยุติได้อย่างชัดเจน เพราะ หลังจากที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2560 ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีเรื่องร้องเรียนใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ฎกร้องเรียนขึ้นมาให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัย กล่าวได้ว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีโอกาสได้บังคับใช้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแม้แต่เรื่องเดียว ดังนั้น จึงยังไม่มีตัวอย่างเรื่องร้องเรียนออกมาว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยปรับ ใช้อนุมาตราใดเพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจริง จึงจำเป็นต้อง วิเคราะห์ต่อไปว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยรวมถึงศาล ควรจะปรับใช้ อนุมาตราใดในมาตรา 57 ถึงจะสามารถการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจ เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสมมากที่สุด

2.6.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทต่าง ๆ

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานที่มี หน้าที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยตรง เคยมีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมาย การแข่งขันทางการค้าเพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย อยู่บ้าง โดยเป็นการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 25 และมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นการดำเนินการตามขั้นตอนในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทาง

¹⁵⁵ Hans Henrik Lidgard, "Application of Article 82 EC to Abusive Exclusionary Conduct - Refusal to Supply or to License," *Europarättslig Tidskrift* 4(29 December 2009): 694.

การค้าที่ไปได้ไกลที่สุด เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่เคยมีการฟ้องร้องต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นคดีขึ้นถึงชั้นศาลแม้แต่คดีเดียว โดยนับแต่วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2542 จนถึงปี พ.ศ. 2559 มีเรื่องร้องเรียนมายังสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจำนวน 100 เรื่อง จำแนกตามมาตราได้ดังนี้¹⁵⁶

1. มาตรา 25 จำนวน 18 เรื่อง
2. มาตรา 26 ไม่มีเรื่องร้องเรียน
3. มาตรา 27 จำนวน 28 เรื่อง
4. มาตรา 29 จำนวน 54 เรื่อง

ในเรื่องร้องเรียนทั้งหมด 100 นั้นมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่ทั้งสิ้น 4 เรื่องตามข้อมูลที่สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ประกาศไว้ทางเว็บไซต์ของหน่วยงานโดยมีรายละเอียดดังนี้

เรื่องร้องเรียนที่ 1 เรื่องการถูกจำกัดสิทธิ์ในการทำธุรกิจภาพยนตร์วิดีโอเทป (วันรับเรื่องวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2542) มีประเด็นร้องเรียนว่าบริษัทผู้ให้แพรนไซส์รายใหญ่ใช้อำนาจทางธุรกิจบังคับให้บริษัทซึ่งได้รับลิขสิทธิ์ภาพยนตร์วิดีโอจากต่างประเทศระงับการจำหน่ายวิดีโอเทปแก่บริษัทผู้รับแพรนไซส์ของตน อันมีผลให้ไม่มีวิดีโอเทปที่จะนำไปจำหน่ายหรือให้เช่ากับสมาชิกเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีมติรับทราบกรณีข้อร้องเรียนดังกล่าว และมีข้อยุติแล้วเนื่องจากบริษัทผู้ให้แพรนไซส์รายใหญ่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยและไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและไม่มีอำนาจตลาด (market power) ที่จะสร้างผลกระทบต่อผู้บริโภค จึงไม่ต้องตามองค์ประกอบของมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542¹⁵⁷

เรื่องร้องเรียนที่ 2 เรื่องการกีดกันทางการค้าธุรกิจภาพยนตร์วิดีโอเทป (วันรับเรื่องวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2543) มีประเด็นร้องเรียนว่าผู้ผลิตภาพยนตร์วิดีโอเทปรายใหญ่กำหนด

¹⁵⁶ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: สถิติเรื่องร้องเรียน, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2560. แหล่งที่มา: http://otcc.dit.go.th/?page_id=61

¹⁵⁷ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2542 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2560. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2542.pdf>

เงื่อนไขการจำหน่ายในลักษณะที่เป็นการบังคับลูกค้าที่เป็นศูนย์เช่าวิดีโอให้ซื้อภาพยนตร์วิดีโอเทป จากตัวแทนจำหน่ายของบริษัทคู่แข่งทำให้บริษัทคู่แข่งได้รับความเสียหายทางธุรกิจซึ่ง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีมติรับทราบว่าจะไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าการ กำหนดเงื่อนไขการจำหน่ายกับศูนย์เช่าวิดีโอด้วยการเสนอส่วนลดให้ลูกค้า เพื่อมิให้ซื้อสินค้าของคู่แข่ง ของผู้ถูกร้องมีการขัดขวาง กีดกันหรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น จึงไม่ ครบองค์ประกอบการกระทำที่ฝ่าฝืนตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542¹⁵⁸

เรื่องร้องเรียนที่ 3 เรื่องผู้ผลิตน้ำมันเชื้อเพลิงรายใหญ่ห้ามตัวแทนจำหน่าย น้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่สถานีบริการในจังหวัดหนึ่ง (วันรับเรื่องวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546) มีประเด็น ร้องเรียนว่าผู้ผลิตน้ำมันเชื้อเพลิงรายใหญ่แจ้งเอเยนต์น้ำมันของตนห้ามมิให้ขายน้ำมันให้สถานีบริการ น้ำมันอื่น หากเอเยนต์ใดจำหน่ายน้ำมันให้จะถูกตัดโควตา ทำให้เอเยนต์ไม่กล้าจำหน่ายน้ำมันให้ สถานีบริการน้ำมันดังกล่าว ส่งผลให้ไม่มีน้ำมันจำหน่ายให้ชุมชน ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทาง การค้า มีมติให้ยุติเรื่องเนื่องจากไม่พบพฤติกรรมการกระทำผิด อีกทั้งผู้ร้องเรียนสามารถซื้อน้ำมันได้ ตามปกติและมีหนังสือขอยกเลิกเรื่องร้องเรียนดังกล่าวแล้ว¹⁵⁹

เรื่องร้องเรียนที่ 4 เรื่องผู้ให้แพรนไซสยกเลิกสัญญาแพรนไซสอย่างไม่เป็น ธรรม (วันรับเรื่องวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2550) มีประเด็นร้องเรียนว่าผู้ให้แพรนไซสกำหนดเงื่อนไข อย่างไม่เป็นธรรมบังคับให้ผู้รับแพรนไซสจำหน่ายไอศกรีมของผู้ให้แพรนไซส เมื่อไม่ดำเนินการจึงบอก เลิกสัญญาซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีมติให้ยุติเรื่องเนื่องจากการที่ผู้ถูกร้องเรียนบอก เลิกสัญญาแพรนไซสโดยยกประเด็นที่ผู้ร้องเรียนค้างชำระหนี้และไม่ยอมชำระหนี้ภายใน 15 วัน นับ แต่วันที่มีหนังสือบอกกล่าวเป็นมูลเหตุของการบอกเลิกสัญญาเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา ส่วนการที่ผู้ ร้องเรียนไม่ยอมสั่งไอศกรีมมาจำหน่ายถือเป็นส่วนหนึ่งของผู้ถูกร้องเรียนหยิบยกขึ้นประกอบการบอก

¹⁵⁸ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2543 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2560. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2543.pdf>

¹⁵⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2546 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2560. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2546.pdf>

เลิกสัญญาเท่านั้น ไม่ใช่เป็นประเด็นหลักในการบอกเลิกสัญญาการกระทำความผิดกล่าวไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีผลทำให้ผู้ร้องเรียนได้รับความเสียหาย หรือต้องล้มเลิกธุรกิจแต่อย่างใด¹⁶⁰

จากเรื่องร้องเรียนที่มีเพียง 4 เรื่องนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีอยู่น้อยมาก และมีแต่เฉพาะการดำเนินการกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ (actual unilateral refusal to deal) เท่านั้น โดยไม่ปรากฏว่ามีกรณีการดำเนินการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ เลย จึงไม่เป็นที่ชัดเจนว่าขอบเขตของเรื่องพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย หมายความว่ารวมไปถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกดดันราคาด้วยหรือไม่

นอกจากนั้น เรื่องร้องเรียนที่เกิดขึ้นทุกเรื่องล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องร้องเรียนที่ไม่มีความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งสิ้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจึงยังไม่เคยได้วินิจฉัยถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเลยแม้แต่คดีเดียว ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีโอกาสได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดไว้ในเรื่องร้องเรียนหรือคดีใด ๆ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเรื่องร้องเรียนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว จึงไม่อาจทราบได้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจะหยิบยกเอาหลักเกณฑ์หรือปัจจัยใดขึ้นมาวินิจฉัยความผิดของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

2.6.2.5 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

หลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจะนำมาใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเป็นความผิดต่อมาตรา 57 หรือไม่อย่างนั้น ควรมีระบุอย่างชัดเจนไว้ในแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง

¹⁶⁰ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2550 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, [Online] Accessed: 5 พฤษภาคม 2560. Available from: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2550.pdf>

การค้า พ.ศ. 2560 แต่ในปัจจุบันแนวปฏิบัติสำหรับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่นี้ยังจัดทำไม่แล้วเสร็จ

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ฉบับเดิม ปรากฏว่ามีแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีการกล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่ในข้อที่ 5.3 และ 6.3 โดยมีรายละเอียดดังนี้

ข้อที่ 5.3 ระบุว่า การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29

ข้อที่ 6.3 ระบุว่า การปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร หมายถึง การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วย (refusal to deal) ในรูปแบบใดก็ตามกับผู้ประกอบธุรกิจบางราย หรือการเลือกปฏิบัติในการประกอบธุรกิจด้วยการกำหนดข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไข

เมื่อพิจารณาเนื้อหาในแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 นี้ จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้เลย เป็นแต่เพียงการอธิบายว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจรูปแบบใดก็ตามโดยไม่มีเหตุผลอันควรก็อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 ได้เท่านั้น อีกทั้งในแนวปฏิบัติฉบับนี้ยังไม่มีมีการกล่าวถึงข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้เลย ปรากฏแต่ข้อต่อสู้สำหรับการกำหนดราคาจำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนรวม (sale below cost) การกำหนดราคาจำหน่ายเพื่อขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) และการบังคับขายพ่วง (tie-in-sale) เท่านั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า ในการบังคับใช้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ยังไม่มีหลักเกณฑ์สำหรับใช้ในการพิจารณาความผิด ตลอดจนยังไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้กำหนดไว้เป็นแนวทางอย่างชัดเจน

2.6.2.6 ปัญหาการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

แม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะมีบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ที่สามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อยู่แล้ว แต่อย่างที่กล่าวมาแล้วว่าทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทาง

การค้าและศาล ต่างมีประสบการณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มากนัก ตลอดจนแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ได้ลงในรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ดังนั้นในทางปฏิบัติ การควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังมีปัญหาอยู่หลายประการ ทั้งปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ และปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจน โดยมีรายละเอียดดังนี้

ปัญหาการบังคับใช้ประการแรก เมื่อได้ศึกษาถึงหัวข้อประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแล้วพบว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถจำแนกได้เป็นหลายประเภท ทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ โดยปริยายและการกีดกันราคา แต่ประสบการณ์ในการดำเนินการกับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในประเทศไทยมีแต่เรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ ประกอบกับแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ได้ระบุถึงประเภทของการปฏิเสธที่จะถูกควบคุมไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น แนวคิดในเรื่องประเภทของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของประเทศไทยจึงมีขอบเขตที่ยังไม่ชัดเจน เป็นผลให้การบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวขาดความชัดเจนตามไปด้วยว่าจะมีขอบเขตเพียงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ หรือจะหมายความรวมถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกีดกันราคาคด้วย

ปัญหาการบังคับใช้ประการที่สอง เมื่อได้ศึกษาถึงหัวข้อองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่ามีอนุมาตราในมาตรา 57 ถึง 2 อนุมาตราด้วยกันที่สามารถให้การควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ อันได้แก่มาตรา 57(1) และมาตรา 57(3) จึงเกิดมีปัญหาคือว่าจะต้องปรับใช้อันใดเพื่อให้การควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทยมีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสมมากที่สุด

ปัญหาการบังคับใช้ประการที่สาม เมื่อได้ศึกษาถึงหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 57 ก็ต่อเมื่อมีลักษณะเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งในมาตรา 57 แต่เมื่อพิจารณาจากเรื่องร้องเรียนที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศ

ไทยได้เคยวินิจฉัย และจากแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีอยู่เดิม กลับไม่ปรากฏหลักเกณฑ์พิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามองค์ประกอบความรับผิดนั้นอยู่แล้ว

ปัญหาการบังคับใช้ประการที่สี่ เมื่อได้ศึกษาถึงหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า นอกจากจะไม่ปรากฏหลักเกณฑ์พิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามองค์ประกอบความรับผิดแล้ว ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้เพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57 กำหนดไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย ทั้งแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีอยู่เดิม ก็ไม่มีส่วนใดในแนวปฏิบัติที่ระบุถึงข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้

ปัญหาประการต่อมา เป็นปัญหาความไม่ชัดเจนทางด้านวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาตรา 57 เมื่อได้ศึกษาถึงหัวข้อวัตถุประสงค์ของมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า มีความเห็นของนักกฎหมายไทยที่ยังไม่ลงรอยกันอยู่ว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย เช่นมาตรา 57 มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองสิ่งใดระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งหรือกระบวนกรรมการแข่งขันในตลาดกันแน่ ซึ่งวัตถุประสงค์ของมาตรา 57 ดังกล่าวนี้อาจมีผลต่อเรื่องการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 57 อีกด้วย โดยเฉพาะในเรื่องหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิด

เมื่อการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 57 ยังมีปัญหาสำคัญข้างต้นนี้ จึงสมควรต้องศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของประเทศไทยต่อไป

บทที่ 3

การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเป็นหัวข้อที่หลายประเทศให้ความสนใจอันเนื่องมาจากการกระทำในลักษณะที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (passive nature) ทำให้บ่อยครั้งศาลมักจะลังเลไม่ตรวจสอบถึงเจตนาและความผิดของพฤติกรรมชนิดนี้ ซึ่งรูปแบบพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นทั้งหมดนั้น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นการปฏิเสธรูปแบบที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยที่สุดเนื่องจากไม่มีการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกันในแนวนอน (horizontal agreement) แต่กระนั้นก็ตามภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศส่วนใหญ่ก็มีการควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี¹ รวมทั้งประเทศไทย

จากหัวข้อที่ผ่านมาแม้จะเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะสามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ แต่การควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวภายใต้มาตรา 57 ยังมีความไม่ชัดเจนในหลาย ๆ เรื่อง ดังนั้นเนื้อหาในบทที่ 3 นี้จึงมุ่งศึกษาถึงการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศซึ่งมีพัฒนาการทางกฎหมายในเรื่องนี้มาอย่างยาวนาน อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งจากหลักกฎหมาย คำพิพากษาของศาล แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า รวมทั้งแนวปฏิบัติและความเห็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งปรากฏว่ามีทั้งแนวคิดในเรื่องประเภท แนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรม หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิด และข้อต่อสู้ของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ชัดเจน ตลอดจนมีวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่แน่นอน สามารถนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้และพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ โดยมีรายละเอียดของแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 85.

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เป็นเรื่องยากกว่าในประเทศอื่น ๆ ที่จะฟ้องคดีเกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวให้ชนะได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี *United States v. Colgate*² ปี ค.ศ. 1919 ศาลฎีกา (supreme court) ของประเทศสหรัฐตัดสินวางหลักไว้ว่า “หากผู้ประกอบการธุรกิจรายใดไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างหรือคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาดแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่เข้าไปจำกัดสิทธิอันได้รับรองเป็นเวลานานแล้วว่าผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตสินค้าในการประกอบกิจการอันเป็นของเอกชนโดยแท้ย่อมมีอิสระที่จะใช้ดุลยพินิจที่จะเลือกประกอบธุรกิจกับผู้ใดก็ได้ (freely exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal)” คำตัดสินเช่นนี้เป็นการชี้ช่องว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีทางรอดจากการถูกควบคุมพฤติกรรมภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดอยู่ 2 ทางโดยอ้างหลัก Colgate Doctrine ทางแรกผู้ประกอบการธุรกิจต้องแสดงให้เห็นว่าการปฏิเสธนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (unilateral Conduct) กล่าวคือ เป็นการปฏิเสธที่ขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจอย่างอิสระของผู้ปฏิเสธโดยแท้ (refuser’s independent judgement) ส่วนทางที่สองผู้ประกอบการธุรกิจต้องแสดงให้เห็นว่าบริษัทไม่มีเจตนาที่จะผูกขาด อย่างเช่นแสดงว่าตนไม่มีเจตนาที่จะสร้างหรือคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาด³

ถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นไม่ได้มาจากการตัดสินใจของผู้ปฏิเสธฝ่ายเดียวโดยแท้แต่มีการร่วมมือกันกับผู้ประกอบการรายอื่นเพื่อทำการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ Sherman Act⁴ โดยในช่วงแรกนั้นศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ตราบจนกระทั่งช่วงปี ค.ศ. 1985 ถึงปี ค.ศ. 2004 เมื่อศาลได้ตัดสินคดี *Aspen Skiing* และคดี *Trinko* แล้ว หลัก Colgate doctrine ที่ว่าศาลจะไม่เข้าไปจำกัดสิทธิหากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการกระทำเพียงฝ่ายเดียวดูเหมือนว่าจะเจือจางลง โดยศาลได้วางหลักใหม่ในเรื่องนี้ว่าผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ (substantial market

² *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 92-93.

⁴ มาตรา 1 ของ Sherman Act บัญญัติว่า “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

power) สามารถปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้เฉพาะในกรณีที่มี “เหตุผลทางธุรกิจอันชอบธรรม (legitimate business reason)”⁵ นับแต่นั้นเป็นต้นมาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจึงอาจมีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ กล่าวได้ว่าหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนี้ถูกพัฒนามาเป็นลำดับโดยกฎหมายจารีตประเพณีผ่านการตีความของศาล (judicial decisions)⁶

แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้โดยตรงแต่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติอยู่ 2 มาตราที่สามารถควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวนี้ได้ครอบคลุมทุกประเภท ซึ่งได้แก่ Sherman Act มาตรา 2 และ Federal Trade Commission Act มาตรา 5⁷

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

ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 2 นี้บัญญัติห้ามการกระทำที่เป็นความผิดไว้ 3 ประการดังนี้

1. ผูกขาด (monopolization)
2. พยายามที่จะผูกขาด (attempted monopolization)
3. สมคบกับบุคคลอื่น ๆ เพื่อจะผูกขาด (conspiracy to monopolization)

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้นั้นมักจะถูกฟ้องร้องตามมาตรา 2 ของ Sherman Act โดยอ้างว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะความผิดตามประการที่ 1 หรือไม่ก็ถูกอ้างว่าเป็นความผิดตามประการที่ 1 และ 2 ประกอบกัน ส่วนการกระทำที่เป็นความผิดใน

⁵ Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985).

⁶ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 2.

⁷ Ibid.

ประการที่ 3 นั้นมักจะถูกฟ้องร้องเป็นคดีโดยอาศัยมาตรา 1 ของ Sherman Act เสียมากกว่า เนื่องจากมีใช้การกระทำฝ่ายเดียว (non-unilateral character)⁸

ฉะนั้นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act นี้ได้นั้นจะต้องเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการผูกขาดหรือเพื่อพยายามที่จะผูกขาด ในคดี *United States v. Grinnell Corp*⁹ ได้วางองค์ประกอบของความผิดฐานผูกขาดเอาไว้ 2 ประการดังนี้

1. เป็นเจ้าของอำนาจผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง
2. จงใจ (willful) ที่จะครอบครองหรือคงสถานะอำนาจผูกขาดนั้น ซึ่งแตกต่างจากการเจริญเติบโตหรือความก้าวหน้าอันเป็นผลมาจากสินค้าที่ดีกว่า หรือความมีไหวพริบทางธุรกิจ หรือเหตุบังเอิญที่เกิดขึ้นในอดีตทั่วไป

ส่วนองค์ประกอบความผิดฐานพยายามที่จะผูกขาดมีองค์ประกอบ 3 ประการตามหลักที่ศาลได้วางไว้ในคดี *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*¹⁰ ดังนี้

1. จำเลยมีพฤติกรรมที่เป็นการจงใจจัดคู่แข่งขึ้นหรือต่อต้านการแข่งขัน
2. โดยมีเจตนาอย่างเจาะจงที่จะผูกขาด (specific intent)
3. และมีโอกาสที่จะเป็นเจ้าของอำนาจผูกขาดได้

ในการพิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ศาลจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงเจตนาเนื่องจากเจตนามีความเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของความผิดฐานผูกขาดในข้อที่ 2 และความผิดฐานพยายามที่จะผูกขาดทั้ง 3 ข้อ ที่กล่าวว่าการวิเคราะห์ถึงเจตนามีความเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบทั้ง 3 ข้อของความผิดฐานพยายามที่จะผูกขาดนั้นก็เพราะว่าการที่จำเลยกระทำลงไปโดยมีเจตนาอย่างชัดแจ้งให้เห็นว่า

⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 93-94.

⁹ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966). The offense of monopoly under 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.

¹⁰ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456 (1993). In an attempted monopolization case the court required a plaintiff to prove that (1) the defendant has engaged in predatory or anticompetitive conduct with (2) a specific intent to monopolize and (3) a dangerous probability of achieving monopoly power.

จำเลยมีพฤติกรรมที่เป็นการจงใจจัดคู่แข่งหรือต่อต้านการแข่งขันและเจตนาที่นั้นยังสามารถชี้ให้เห็นถึงผลกระทบของการปฏิเสธได้อีกด้วย* ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในคดีที่ศาลได้ตัดสินถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ศาลจะพยายามวิเคราะห์ถึงเจตนาของผู้ปฏิเสธ

นอกจากองค์ประกอบเรื่องเจตนาแล้วในมาตรานี้ยังต้องการองค์ประกอบของการผูกขาดและพยายามที่จะผูกขาด ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ในคดี *United States v. Grinnell Corp.*¹¹ และ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*¹² ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นจำเลยในคดีตามมาตรา 2 ของ Sherman Act จะต้องเป็นผู้ครอบครองอำนาจผูกขาดหรือมีความเป็นไปได้สูงที่จะได้รับอำนาจผูกขาดนั้นมาเท่านั้น ดังนั้นผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 2 ได้นั้นจะต้องมีอำนาจผูกขาดหรือมีโอกาสอย่างสูงที่จะมีอำนาจผูกขาดในตลาดซึ่งการแข่งขันถูกทำลายลงโดยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเท่านั้น¹³

ส่วนมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งบทบัญญัติในเรื่องนี้มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและมีการตราขึ้นในปี ค.ศ. 1914 โดยมีบทบัญญัติว่า

“Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.”

มาตรานี้บัญญัติห้าม “วิธีการแข่งขันซึ่งไม่เป็นธรรม หรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Methods of Competition)” และ “พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (Unfair or Deceptive acts or practices)” ซึ่งในตอนแรกบทบัญญัติตามมาตรา 5 นี้มีเพียงส่วนของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น โดย FTC Act ให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission หรือ FTC) อย่างกว้างขวางในการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกฎหมายจึงไม่กำหนดนิยามหรือยกตัวอย่างใด ๆ เอาไว้เนื่องจาก “ความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์” สามารถก่อให้เกิด “พฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมได้มากมายเกินที่จะกำหนดนิยามเอาไว้”

* ในคดี *Chicago Bd. of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918). ศาลได้กล่าวไว้ว่าการรู้ถึงเจตนาอาจช่วยศาลในการตีความข้อเท็จจริงและช่วยให้คาดหมายถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นได้

¹¹ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966). ในคดี *Chicago Bd. of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

¹² *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 459 (1993).

¹³ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 2.

(*FTC v. Sperry & Hutchinson Co.* 405 US 233 (1972)).¹⁴ อำนาจอย่างกว้างขวางนี้ทำให้มาตรา 5 ดังกล่าวมีบทบาทในการยับยั้งการละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่อาจเกิดขึ้นได้ตั้งแต่เริ่มการกระทำ (*FTC v Brown Shoe Co., Inc.* 384 U.S. 316 (1966)).¹⁵ และจากการบัญญัติกฎหมายด้วยถ้อยคำที่กว้างเช่นนี้ทำให้บทบัญญัติในมาตรานี้สามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้อย่างครอบคลุมทุกประเภท

แม้ว่ามาตรา 5 นี้จะมีถ้อยคำที่กว้างมากแต่ศาลและ FTC กลับมีการบังคับใช้มาตรานี้อย่างแคบเมื่อปรับใช้กับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยมักไปอิงอยู่บนหลักกฎหมายตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และ FTC เองได้อธิบายว่า มาตรา 5 แห่ง FTC Act สามารถปรับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมที่เป็นความผิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act ได้ กล่าวได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act นั้น โดยหลักแล้วก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act ได้เช่นกัน¹⁶ ดังนั้นหลักกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของทั้ง 2 มาตรานี้จึงสอดคล้องกัน เห็นได้จากที่ศาลได้ตัดสินโดยใช้มาตรา 5 ในคดีต่าง ๆ ดังนี้

ในคดี *FTC v. Gratz*¹⁷ ศาลฎีกาตัดสินว่า “พฤติกรรมซึ่งขัดแย้งต่อศีลธรรมอันดีซึ่งมีลักษณะเป็นการหลอกลวง ไม่สุจริต ฉ้อฉล บังคับ ฝ่าฝืนตอนนโยบายสาธารณะ” ยังไม่ถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act เพราะมิได้มีการกล่าวหาถึงอำนาจผูกขาด (monopoly power) หรือมีเจตนาที่จะได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด (intent to acquire monopoly power) โดยพฤติกรรมในคดีมีอยู่ว่าผู้ผลิตรายหนึ่งปฏิเสธที่จะจำหน่ายห่วงรัดที่ทำจากเหล็ก (steel ties) ซึ่งใช้ในการมัดท่อสำลี และถุงกระสอบซึ่งใช้ในการบรรจุสำลีหากไม่ซื้อสินค้าทั้ง 2 ชิ้นนี้ด้วยกัน ศาลฎีกาตัดสินว่าพฤติกรรมดังกล่าวนี้ยังมีใช้พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากมิได้มีการกล่าวหาถึงอำนาจผูกขาดหรือมีเจตนาที่จะได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด¹⁸

ตั้งแต่คดี *FTC v. Gratz* เป็นต้นมาการปรับใช้หลักกฎหมายในมาตรา 5 แห่ง FTC Act กับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวส่วนใหญ่นั้นเดินตามหลักกฎหมายใน Sherman Act แทน

¹⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: .98

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 2.

¹⁷ *FTC v. Gratz* 253 U.S. 421 (1920).

¹⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 98.

ทั้งสิ้นหากเป็นประเด็นอย่างเดียวกัน¹⁹ เช่นคดี *FTC v. Beech-Nut Packing Co.*²⁰ ศาลฎีกาตัดสิน ยืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่วินิจฉัยว่าการกระทำของ Beech-Nut Packing บริษัทผู้ผลิตอาหารซึ่งปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ยอมปฏิบัติตาม นโยบายการกำหนดราคาขายต่อของบริษัท Beech-Nut Packing นั้นเป็นความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ศาลฎีกาให้เหตุผลว่านโยบายที่มีสภาพบังคับของบริษัท Beech-Nut Packing นั้นเป็นการ กระทำที่เกินไปกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เคยยอมให้ทำได้ในคดี *Colgate* เนื่องจาก นโยบายเช่นนั้นมิมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน จะเห็นได้ว่าเหตุผลของศาลที่ปรากฏในคดี นี้ไม่สามารถแยกออกจากหลักกฎหมายของ Sherman Act ได้เลยหากเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่าง เดียวกัน²¹ กล่าวคือ แม้ศาลจะปรับใช้มาตรา 5 ของ FTC Act แต่ศาลมักจะตัดสินตามหลักกฎหมาย ของ Sherman Act นั่นเอง

แนวโน้มการตีความอำนาจตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ตามกรอบแคบ ๆ ของ Sherman Act นั้นยังปรากฏในคดีต่อ ๆ มาอีก เช่นในคดี *FTC v. Raymond Bros.-Clark Co.*²² ศาลตัดสินเกี่ยวกับการที่ผู้ประกอบการธุรกิจขายส่งในตลาดปลายน้ำรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ผลิตในตลาดต้นน้ำ เนื่องจากผู้ผลิตไปทำธุรกิจกับผู้ค้าส่งรายอื่นในตลาดปลายน้ำซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ ศาลให้เหตุผล ว่า “ผู้ค้าส่งในตลาดปลายน้ำมีสิทธิที่จะหยุดทำธุรกิจกับผู้ผลิตในตลาดต้นน้ำด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตามที่ ตนพึงพอใจ ตราบใดที่การปฏิเสธนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายจารีตประเพณี (common law) หรือไม่มี แนวโน้มที่จะผูกขาด” ที่กล่าวว่าคดีนี้เป็นคดีที่ตัดสินตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act แต่กลับใช้หลัก กฎหมายของ Sherman Act ก็เพราะศาลตัดสินว่าการปฏิเสธของผู้ค้าส่งปลายน้ำตามข้อเท็จจริง ข้างต้นไม่ใช่พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยให้เหตุผลว่าเพราะการปฏิเสธนั้นไม่มีองค์ประกอบ ของการสมรู้ การผูกขาด หรือการบังคับ ซึ่งองค์ประกอบเหล่านี้เป็นหลักกฎหมายของ Sherman Act

¹⁹ Ibid., 99.

²⁰ *FTC v. Beech-Nut Packing Co.* 257 U.S. 441 (1922).

²¹ *United States v. Parke, Davis & Co.* 362 U.S. 29 (1960).

²² *FTC v. Raymond Bros.-Clark Co.* 263 U.S. 565 (1924). “In the absence of any element of conspiracy, monopoly, or oppression, a wholesale dealer, in interstate commerce, has a right to stop dealing with a manufacturer if he thinks that the manufacturer is undermining his trade by selling to a competing wholesaler or to a retailer competing with his customers, and such conduct is not an unfair method of competition within the meaning of the Trade Commission Act.”

แม้ในคดีต่อ ๆ มา* ตลอดจนมีการแก้ไข FTC Act โดย The Wheeler-Lea Act of 1938 เพื่อเพิ่มอำนาจให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจเพิ่มมากขึ้นในส่วนของ การควบคุมพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง (Unfair or Deceptive acts or practices) ทั้งนี้ก็เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคได้โดยตรง นอกเหนือไปจากหน้าที่คุ้มครองผู้แข่งขันที่มีอยู่เดิม และยังขยายขอบเขตของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไปถึงในจุดที่ว่าพฤติกรรมดังกล่าวไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่ามีการละเมิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทั้งการละเมิดตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ก็ไม่ได้ทำให้มุมมองอย่างแคบของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่มีต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายเดียวเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ยังมีมุมมองต่อหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเช่นเดิมว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกฟ้องร้องโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act นี้ต้องมีเจตนาเพื่อจำกัดการแข่งขันและต้องมีผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน (restrain competition) ด้วย²³

แม้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพยายามที่จะทบทวนการใช้อำนาจตามมาตรา 5 ของตน²⁴ แต่ก็ดูเหมือนว่าหลักกฎหมายดังกล่าวคงไม่ได้ถูกตีความให้กว้างขึ้นในระยะเวลาอันใกล้นี้ ในขณะที่การฟ้องคดีเองโดยเอกชนมีปริมาณมากถึงร้อยละ 90 ของคดีเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดทั้งหมด แต่ FTC Act นี้ไม่ได้ให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเองได้แต่อย่างใด นอกจากนี้วิธีการบังคับเบื้องต้นของมาตรา 5 ของ FTC Act นั้นก็คือการออกคำสั่งหยุดการกระทำ (cease order) และคำสั่งให้เลิกการกระทำ (desist order) และการตัดสินใจตามความยินยอม (consent decrees) ซึ่งเป็นวิธีที่ยังที่เบากว่าโทษปรับ 3 เท่า (treble damages) ที่อาจร้องขอได้หากฟ้องว่ามีการละเมิดตาม Sherman Act ความแตกต่างเหล่านี้ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า Sherman Act ตราขึ้นมาก่อน FTC Act จึงนำมาสู่พัฒนาการของหลักกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เข้มงวดขึ้นภายใต้ Sherman Act และการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตีความหลักกฎหมายในมาตรา 5 แห่ง FTC Act โดยอ้างอิงกับ Sherman Act ทำให้หลักกฎหมายตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act เกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายเดียวมีพัฒนาการน้อย อย่งที่เห็นได้

* คดี FTC v. Sperry & Hutchinson Co. 405 U.S. 233 (1972). ที่ศาลตัดสินว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องการหลอกลวงหรือต้องเป็นเรื่องการละเมิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทั้งการละเมิดตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

²³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 99-100.

²⁴ *Ibid.*, 100.

ในคดี *California Dental Assn. v. FTC*²⁵ ที่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยคดีตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act โดยอ้างอิงหลักกฎหมายใน *Sherman Act* และในคดี *Rambus Inc. v. FTC*²⁶ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับมาตรา 5 แห่ง FTC Act แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากลับไปกำหนดทฤษฎีความรับผิดเกี่ยวกับพฤติกรรมอันผิดกฎหมายของบริษัท Rambus ในการผูกขาดตลาดถึง 4 ตลาดตามมาตรา 2 ของ *Sherman Act* และมีนักวิชาการชี้ว่าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1968 เป็นต้นมาไม่มีคดีใดเลยที่เข้าสู่ศาลรัฐบาลกลาง (federal court) แล้วตัดสินว่ามีความผิดโดยอาศัยมาตรา 5 ของ FTC Act เพียงมาตราเดียว²⁷ ยิ่งไปกว่านั้นการที่ศาลฎีกาเริ่มยอมรับว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นเรื่องที่ไม่ผิดกฎหมายอย่างเช่นในคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko* และการที่แต่ละมลรัฐเองก็มีกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเป็นของตัวเองที่คล้ายคลึงกับมาตรา 5 ของ FTC Act นี้ ยิ่งทำให้การนำคดีมาฟ้องตามมาตรา 5 ต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมิใช่เป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดเนื่องมาจากทัศนคติที่แคบของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั่นเอง²⁸

อย่างไรก็ตาม ด้วยองค์ประกอบความรับผิดที่แท้จริงของ FTC Act ไม่ต้องการองค์ประกอบเรื่องการผูกขาดหรือโอกาสที่จะผูกขาดตลาด ฉะนั้นช่องทางการฟ้องร้องต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act นั้นมีเป้าหมายหลักคือเพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีผลกระทบเป็นการลดการแข่งขันในตลาด (restrain competition) แต่ผู้ปฏิเสธไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบเรื่องการผูกขาดหรือโอกาสที่จะผูกขาดตลาดเหมือนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ *Sherman Act* แต่การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ารวมทั้งศาลจะบังคับใช้อำนาจตามมาตรา 5 ของ FTC Act ที่มีอยู่อย่างกว้างขวางในการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวนั้นก็ต้องการว่าจะไปละเมิดหรือแทรกแซงกลไกตลาดด้วย²⁹

²⁵ *California Dental Assn. v. FTC* 526 U.S. 756 (1999).

²⁶ *Rambus Inc. v. FTC* 522 F.3d 456 (D.C. Cir.2008).

²⁷ Karin A. DeMasi and Jonathan J. Clarke, "Section 5 of the FTC Act and the End of Antitrust Modesty," [Online] Accessed: 15 February 2017. Updated: 25 June 2010. Available from: https://www.cravath.com/files/Uploads/Documents/Publications/3233999_1.pdf

²⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 101-102.

²⁹ *Ibid.*, 102.

3.1.1 วัตถุประสงค์ของมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

ระบบทุนนิยมและเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกายึดหลักการที่ว่า การแข่งขันต้องเสรีและเป็นธรรม (free and fair competition) ด้วยหลักการนี้ทำให้เศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญและมั่นคง กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งหลายของประเทศสหรัฐอเมริกา อันได้แก่ Sherman Act หรือ Clayton Act และ Federal Trade Commission Act ล้วนแล้วแต่เป็นเครื่องมือที่ช่วยรับรองว่าการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมนั้นจะเกิดขึ้นได้จริงโดยเท่าเทียมกันระหว่างผู้ประกอบการทั้งหลายที่เป็นคู่แข่งกันในตลาด³⁰

คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ทันสมัยของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือ Antitrust Modernization Commission ได้อธิบายลักษณะของการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมเอาไว้ว่า “ในตลาดที่เสรีและเป็นธรรมนั้น การแข่งขันในตลาดจะต้องเป็นไปอย่างเสรีซึ่งหมายถึงตลาดที่เปิดให้ผู้ประกอบการโดยทั่วไปสามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจได้โดยปราศจากการจำกัดการแข่งขันจากผู้ประกอบการรายอื่นหรือจากภาครัฐ ในตลาดเสรีเช่นนี้จะมีแรงผลักดันให้ผู้ประกอบการต้องพยายามลดราคา พัฒนาคุณภาพและพัฒนานวัตกรรม ผู้ประกอบการในตลาดที่มีการแข่งขันจะต้องมีความตื่นตัวที่จะพัฒนาและจำหน่ายสินค้าที่มีคุณภาพตามที่ผู้บริโภคต้องการ นอกจากนี้ผู้ประกอบการจะพยายามผลิตสินค้าหรือบริการด้วยวิธีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อที่จะสามารถจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นในราคาที่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่นได้ (competitive price)

ในตลาดที่เสรี ผู้บริโภคจะเป็นคนตัดสินว่าผู้ประกอบการรายใดประสบความสำเร็จ ผู้บริโภคจะได้รับผลดีจากการที่ผู้ประกอบการลดราคาสินค้า พัฒนาสินค้าหรือสร้างสรรค์บริการใหม่ๆ ออกมาเพื่อที่จะรักษาผู้บริโภคเดิมและดึงดูดผู้บริโภครายใหม่ โดยหลักแล้วกลไกของตลาดเสรีจะเอื้อให้ผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าและสินค้าของผู้ประกอบการที่สามารถตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้มากกว่าเป็นผู้ประกอบการที่ประสบความสำเร็จ

ตลาดที่มีการแข่งขันจะทำให้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจถูกใช้ไปอย่างเต็มประสิทธิภาพสำหรับการพัฒนาเศรษฐกิจ การแข่งขันจะส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ ขึ้นมาแทนที่กระบวนการผลิตแบบเดิม ๆ ที่มีประสิทธิภาพน้อยกว่า นวัตกรรมใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นนั้นจะช่วยพัฒนาคุณภาพของ

³⁰ American Bar Association, "Understanding Antitrust Laws, Competition, the Economy, and Their Impact on Our Everyday Lives," [Online] Accessed: 10 July 2017. Updated: 2010. Available from: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/public_education/lesson_plans/High%20School/AntitrustLaw_booklet_STUDENT.pdf

สินค้า บริการ วิธีการผลิต เทคโนโลยีให้ดีขึ้น และด้วยปัจจัยเหล่านี้เองจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับความสำเร็จจากการแข่งขันในตลาด และเมื่อเศรษฐกิจมีการแข่งขันอย่างต่อเนื่องก็จะนำมาซึ่งความมั่งคั่งและเป็นการยกระดับคุณภาพชีวิตให้ดีขึ้น

หากปราศจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะมาช่วยรับรองการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมเช่นนี้แล้ว ผู้บริโภคก็จะมีตัวเลือกน้อยลง ต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูงขึ้น สินค้าหรือบริการรวมทั้งความคิดสร้างสรรค์ก็จะไม่ค่อยเกิดขึ้น”³¹

ดังนั้นวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาทุกฉบับทั้ง Sherman Act หรือ Clayton Act และ Federal Trade Commission Act โดยหลักแล้วบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองการแข่งขันและสวัสดิภาพของผู้บริโภค มิได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่แข่งแต่อย่างใด³² ดังนั้นในการบังคับใช้มาตรา 5 ของ FTC Act เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจึงต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าจะใช้เพื่อควบคุมการปฏิเสธที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันเท่านั้น หากเป็นการปฏิเสธที่ส่งผลกระทบต่อเพียงคู่แข่งยังไม่จัดเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act แต่อย่างใด

3.1.2 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือ Federal Trade Commission (FTC) เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้มาตรา 5 แห่ง FTC Act โดย FTC จะบังคับใช้มาตรานี้เพื่อส่งเสริมพันธกิจของ FTC ในการคุ้มครองการแข่งขันและการสนับสนุนสวัสดิภาพของผู้บริโภคจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Methods of Competition) ที่มีผลกระทบต่อการค้า³³ แม้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยจะถูกรับไปโดยใช้ถ้อยคำกว้างๆ และไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าหมายถึงพฤติกรรมใดบ้าง แต่ FTC ก็ได้ให้องค์ประกอบของพฤติกรรมที่ถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้ว่าจะต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

³¹ Ibid.

³² Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws," 2006, p. 1.

³³ Joshua D. Wright, Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority (New York City: Executive Committee Meeting of the New York State Bar Association's Antitrust Section, 19 June 2013), p. 15.

1. พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต้องเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน (Unfair Methods of Competition must harm or likely to harm competition)

องค์ประกอบข้อแรกของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนี้คือพฤติกรรมเช่นนั้นจะต้องส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงต่อการแข่งขัน ซึ่งเป็นแนวคิดที่สอดคล้องตามกรอบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดั้งเดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่แล้วซึ่งได้แก่ Sherman Act และ Clayton Act ดังนั้นลักษณะที่สำคัญที่สุดขององค์ประกอบในข้อที่ 1 นี้ก็คือมาตรา 5 ของ FTC Act นี้จะให้ความสนใจเพียงแค่พฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเท่านั้น องค์ประกอบในข้อแรกนี้จะป้องกัน FTC จากการนำเอาปัจจัยอื่น ๆ ที่มีใช้ปัจจัยทางเศรษฐศาสตร์มาพิจารณาว่าพฤติกรรมใดจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น เป็นเพียงพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายเล็กหรือเป็นเพียงพฤติกรรมที่ขัดแย้งต่อศีลธรรมของสาธารณชนเท่านั้น นอกจากนี้พฤติกรรมที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act ได้นั้นไม่จำเป็นต้องละเมิดต่อ Sherman Act หรือ Clayton Act แต่อย่างใด³⁴

“เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน” เป็นแนวคิดที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันและได้ฝังรากลึกอยู่ในหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาไปแล้วย้อนกลับไปตั้งแต่เมื่อศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ในคดี *Chicago Board of Trade*³⁵ ฉะนั้นพฤติกรรมที่จะถูกฟ้องร้องให้รับผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act นี้จะต้องส่งผลเป็นอันตรายต่อการแข่งขันและก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่นเดียวกับที่ศาล D.C. Circuit ได้อธิบายไว้ว่าพฤติกรรมที่เป็นความผิดนั้น “ต้องเป็นอันตรายต่อกระบวนการการแข่งขันและเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค หากอันตรายที่เกิดขึ้นกระทบต่อคู่แข่งเพียงรายเดียวหรือแม้จะหลายรายก็ยังไม่เพียงพอที่จะฟ้องร้องให้รับผิดได้”³⁶

FTC ใช้ตัวชี้วัดหลายประการในการประเมินว่าพฤติกรรมที่ถูกกล่าวหาเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือไม่ และตัวชี้วัดที่สามารถชี้ให้เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันได้ชัดเจนที่สุดก็คือตัวชี้วัดด้านราคาและปริมาณสินค้า (output) นอกจากนี้ FTC ยังมีวิธีการและเทคนิคอื่น ๆ ในการพิสูจน์หลักฐานทางเศรษฐศาสตร์เพื่อนำมาพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขัน

³⁴ Ibid., 16-17.

³⁵ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

³⁶ Joshua D. Wright, Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority, p. 18.

ตัวอย่างเช่น การขึ้นราคาสินค้า ปริมาณสินค้าลดลง คุณภาพสินค้าถูกทำลายหรือลดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ เป็นต้น³⁷

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของมาตรา 5 แห่ง FTC Act ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าดั้งเดิมก็คือ การที่ FTC Act นี้ให้อำนาจแก่ FTC ในการดำเนินการจัดการกับพฤติกรรมที่ยังไม่ส่งผลเสียต่อการแข่งขันเพียงแต่น่าจะส่งผลเสียต่อการแข่งขันถ้าหากปล่อยให้มีการกระทำพฤติกรรมเช่นนั้นต่อไป ตามที่ศาล Federal Court ในคดี *Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC*³⁸ ให้ข้อสังเกตไว้ว่า “วัตถุประสงค์หลักของ FTC Act คือการให้อำนาจแก่ FTC ในการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมซึ่งยังไม่เข้าข่ายเป็นความผิดตาม Sherman Act แต่มันจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ถ้าหากปล่อยให้พฤติกรรมเช่นนั้นดำเนินต่อไป” ในการประเมินว่าพฤติกรรมใดน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน FTC จะประเมินจากความเป็นไปได้ที่จะเกิดอันตรายต่อการแข่งขันขึ้นจากพฤติกรรมนั้น ถ้าหากความเป็นไปได้อย่างที่จะเกิดอันตรายต่อการแข่งขันมีน้อยมาก FTC ก็จะไม่พิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากปราศจากเหตุผลที่จะทำให้ FTC เชื่อได้ว่าพฤติกรรมเช่นนั้นมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ในการประเมินความน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน FTC จะต้องใช้เหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์มาประเมินเช่นเดียวกัน³⁹

มีพฤติกรรมอยู่ 2 ประเภทที่ FTC มักจะเห็นว่าเป็นพฤติกรรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันแล้ว พฤติกรรมประเภทแรกเกิดขึ้นในกรณีผู้ประกอบการที่มีความพยายามที่จะจำกัดการแข่งขันลงแต่ความพยายามดังกล่าวถูกขัดขวางเสียก่อนที่จะบรรลุผลสำเร็จ พฤติกรรมประเภทแรกนี้เป็นการเชิญชวนให้ผู้อื่นเข้ามาร่วมทำอันตรายต่อการแข่งขัน แม้ความพยายามนั้นจะยังไม่ก่อให้เกิดสินค้าราคาสูงขึ้นหรือปริมาณสินค้าลดลงหรือยังไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อการแข่งขันประการอื่น ๆ ขึ้นก็ตาม แต่ความพยายามเช่นนี้ FTC พิจารณาว่าเป็นพฤติกรรมที่มีความน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันแล้ว⁴⁰

พฤติกรรมประเภทที่สองเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการใช้พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจตลาด (acquire market power) และอำนาจตลาดดังกล่าวไม่จำเป็นต้อง

³⁷ Ibid., 18-19.

³⁸ *Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC*, 168 F.2d 175 (7th Cir. 1948).

³⁹ Joshua D. Wright, *Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority*, pp. 19-20.

⁴⁰ Ibid., 20.

สูงถึงระดับอำนาจผูกขาดซึ่งเป็นองค์ประกอบความรับผิดที่สำคัญตาม Sherman Act แต่การกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจตลาดเช่นนั้นก็มีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อการแข่งขันแล้ว ตัวอย่างของพฤติกรรมประเภทที่สองนี้ได้แก่ในสถานการณ์ที่บริษัท A ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 30 อยู่ในตลาดไอศกรีม ได้ทำข้อตกลงกับห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่ง ให้ห้างนำเอาไอศกรีมของบริษัท B และบริษัท C ออกไปจากชั้นวางสินค้า ถ้าหากพฤติกรรมเช่นนี้ทำให้บริษัท A ได้มาซึ่งอำนาจตลาด FTC ก็สามารถวินิจฉัยว่าพฤติกรรมของบริษัท A เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 ของ FTC Act ได้⁴¹

2. พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นต้องปราศจากประสิทธิภาพ (Unfair Methods of Competition must lack cognizable efficiencies)

องค์ประกอบข้อที่ 2 ของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็คือพฤติกรรมนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพ (lack of cognizable efficiencies) FTC จะไม่วินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมถ้าหากพฤติกรรมนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพขึ้นได้ องค์ประกอบในข้อนี้เป็นประโยชน์ในการบังคับใช้มาตรา 5 ของ FTC Act อยู่ 3 ประการ ประการแรกองค์ประกอบข้อนี้ช่วยให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดมีความชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้ FTC บังคับใช้มาตรา 5 ของ FTC Act ตามอำเภอใจ ประการที่สองคือเนื่องจาก FTC มีเจ้าหน้าที่จำกัด องค์ประกอบในข้อนี้จะช่วยให้ FTC ใช้ทรัพยากรทั้งด้านกำลังคนและด้านเวลาไปกับพฤติกรรมที่ปราศจากประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ประการที่สามคือการป้องกันมิให้ FTC เข้าไปยับยั้งพฤติกรรมทางการค้าที่เป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้บริโภค⁴²

พฤติกรรมใดจะถูกวินิจฉัยว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อพฤติกรรมนั้นปราศจากประสิทธิภาพ นอกจากนี้พฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันและยังปราศจากประสิทธิภาพด้วยนั้นเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคมากที่สุดเนื่องจากเป็นพฤติกรรมที่ไม่ก่อประโยชน์อันใดต่อผู้บริโภคเลย การที่ FTC ต้องมาประเมินถึงประสิทธิภาพของพฤติกรรมก็เพื่อเป็นการรับรองว่า FTC จะไม่เข้าไปยับยั้งพฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพอย่างไม่ตั้งใจ สอดคล้องกับความเห็นของศาลฎีกาที่ได้อธิบายไว้ในคดี *linkLine*⁴³ ว่าการลงโทษพฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขันจะเป็นการลดสวัสดิภาพของผู้บริโภคอย่างร้ายแรงเนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่กล้าลงทุนทำพฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขันแต่กลับถูกลงโทษเช่นนั้นอีก ดังนั้นวิธีที่จะสามารถหลีกเลี่ยงการเข้าไปยับยั้งต่อ

⁴¹ Ibid., 20-21.

⁴² Ibid., 21.

⁴³ *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

พฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้บริโภคได้ก็คือ FTC จะบังคับใช้มาตรา 5 แห่ง FTC Act นี้กับเฉพาะพฤติกรรมที่ปราศจากประสิทธิภาพเท่านั้น⁴⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าหากพฤติกรรมทางการค้าที่ถูกฟ้องร้องนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าการต่อต้านการแข่งขัน FTC ก็จะไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าเช่นนั้นเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นความผิดต่อมาตรา 5 ของ FTC Act แต่อย่างใด

พฤติกรรมทางการค้าที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและส่งเสริมความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจและส่งเสริมให้เกิดแรงจูงใจที่จะแข่งขันนั้นจะส่งผลให้สินค้ามีราคาถูกลง คุณภาพของสินค้าพัฒนาขึ้น บริการมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น เกิดสินค้าชนิดใหม่ ๆ และประโยชน์ประการอื่นที่ส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้บริโภค ถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจรายใดสามารถพิสูจน์ได้ว่าพฤติกรรมทางการค้าของตนสามารถก่อให้เกิดประสิทธิภาพดังที่กล่าวมาได้ ก็จะไม่จัดว่าพฤติกรรมทางการค้าเช่นนั้นเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act⁴⁵

3.1.3 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีคดีที่ฟ้องร้องกันในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เกิดขึ้นมากโดยมักเป็นคดีที่มีการฟ้องร้องกันตามมาตรา 2 ของ Sherman Act เสียมากกว่า เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิทั้งแก่รัฐและเอกชน (private parties) ในการนำคดีมาฟ้อง แตกต่างจากมาตรา 5 ของ FTC Act ที่ต้องฟ้องร้องโดย FTC เท่านั้น แต่เมื่อการตีความตามมาตรา 5 ของ FTC Act สอดคล้องกับมาตรา 2 ของ Sherman Act แสดงว่ามาตรา 5 ของ FTC Act ก็สามารถปรับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act ก็ย่อมเป็นการละเมิดต่อมาตรา 5 ของ FTC Act ด้วยนั่นเอง⁴⁶ ดังนั้นการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้โดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 5 ของ FTC Act จึงสามารถศึกษาจากคดีที่ตัดสินโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ได้ด้วย

⁴⁴ Joshua D. Wright, *Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority*, pp. 21-25.

⁴⁵ *Ibid.*, 24.

⁴⁶ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws," 2006, p. 1.

เช่นกัน ซึ่งคดีที่ศาลได้ตัดสินเกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และ มาตรา 5 ของ FTC Act ที่น่าสนใจมีดังนี้

ในคดี *Lorain Journal Co. v. United States*⁴⁷ แสดงให้เห็นว่าหลัก Colgate doctrine ไม่ช่วยทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจซึ่งกระทำโดยมีเจตนาผูกขาดรอดไปจากความผิดตาม มาตรา 2 ของ Sherman Act ได้ คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Lorain Journal ซึ่งเป็นบริษัทสำนักพิมพ์ หนังสือพิมพ์และเป็นผู้ให้บริการพิมพ์โฆษณาลงในหนังสือพิมพ์ ได้ครองความเป็นผู้ผูกขาดการ เผยแพร่โฆษณาในท้องถิ่นเป็นเวลายาวนานกว่า 15 ปี สังเกตได้จากจำนวนครัวเรือนในท้องถิ่นสมัคร เป็นสมาชิกของบริษัทนี้กว่าร้อยละ 99 หลังจากที่สื่อวิทยุเริ่มแพร่กระจาย และในท้องถิ่นที่บริษัท Lorain Journal ตั้งอยู่นั้นได้มีการก่อตั้งสถานีวิทยุขึ้นและมีการให้บริการโฆษณาทางวิทยุแข่งกับ บริษัท Lorain Journal จนมีบริษัทห้างร้านต่าง ๆ สนใจไปลงโฆษณาทางวิทยุจำนวนมาก บริษัท Lorain Journal จึงปฏิเสธไม่ให้บริการโฆษณาทางหนังสือพิมพ์กับบริษัทที่ไปลงโฆษณาทางวิทยุอีก การปฏิเสธดังกล่าวจึงถูกฟ้องร้องภายใต้มาตรา 2 ของ Sherman Act กล่าวหาว่าการปฏิเสธเช่นนั้น มีเจตนาและยังมีผลกระทบที่เป็นการสร้างการผูกขาดในตลาดโฆษณาของท้องถิ่นนั้น และศาลฎีกาของ ประเทศสหรัฐก็ได้ตัดสินว่าบริษัท Lorain Journal มีความผิดฐานพยายามผูกขาด (attempt to monopolize interstate commerce) ละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Antitrust Act

ขณะที่ผู้ถูกปฏิเสธในคดี *Lorain Journal Co. v. United States* นั้นเป็น ความสัมพันธ์ในรูปแบบแนวดิ่งกับผู้ปฏิเสธกล่าวคือ ผู้ปฏิเสธอยู่คนละตลาดกันกับผู้ถูกปฏิเสธ แต่ผู้ถูก ปฏิเสธในคดี *Otter Tail Power Co. v. United States* นั้นมีทั้งความสัมพันธ์ในแนวนอนและ แนวดิ่งกับผู้ปฏิเสธ ข้อเท็จจริงในคดี *Otter Tail Power Co. v. United States*⁴⁸ มีอยู่ว่า Otter Tail เป็นผู้ประกอบธุรกิจด้านพลังงานไฟฟ้าซึ่งประกอบธุรกิจอยู่ในมลรัฐมินนิโซตา โดย Otter Tail ซื้อไฟฟ้าส่วนใหญ่มาจากเขื่อน Red Wing ของรัฐบาล โดยเขื่อนของรัฐบาลจะส่งกำลังไฟฟ้า (wheels) ผ่านมายังสายส่งไฟฟ้าแรงสูง (high-voltage power transmission lines) ซึ่ง Otter Tail เป็นเจ้าของ จากนั้นก็จะนำไฟฟ้าที่ซื้อมาขายปลีกไปยังเทศบาลเมืองเล็ก ๆ บริเวณมลรัฐ มินนิโซตาและเซาท์ดาโคตา เพื่อที่เทศบาลจะนำไฟฟ้าขายต่อให้กับครัวเรือน ซึ่ง Otter Tail มีส่วน แบ่งตลาดในบริเวณนั้นสูงถึงร้อยละ 91 เมื่อสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างเทศบาลเมืองกับ Otter Tail

⁴⁷ *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (U.S. Supreme Court 1951).

⁴⁸ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

หมดอายุ เทศบาลเมืองก็ตัดสินใจที่จะตั้งระบบไฟฟ้าขนาดเล็กของเทศบาล (municipal power system) ขึ้นเอง Otter Tail จึงมีการกระทำ 2 อย่างดังนี้

1. ปฏิเสธที่จะขายส่ง (wholesale) ไฟฟ้าให้กับระบบไฟฟ้าที่เทศบาลตั้งขึ้นมาใหม่ (การกระทำในข้อนี้เป็นพฤติกรรมในแนวตั้ง เนื่องจากเป็นความสัมพันธ์ระหว่าง Otter Tail ในตลาดต้นน้ำกับระบบไฟฟ้าขนาดเล็กของเทศบาลในตลาดปลายน้ำ)

2. เมื่อ Otter Tail ไม่ยอมขายส่งไฟฟ้าให้กับระบบไฟฟ้าของเทศบาลที่ตั้งขึ้นมาใหม่ เทศบาลจึงขอเชื่อมสายส่งไฟฟ้าแรงสูงของ Otter Tail เพื่อที่จะไปนำไฟฟ้ามาจากแหล่งอื่น แต่ Otter Tail ก็ปฏิเสธคำร้องขอของเทศบาล (การกระทำในข้อนี้เป็นพฤติกรรมในแนวนอนที่ระบบไฟฟ้าขนาดเล็กของเทศบาลขึ้นมาประกอบธุรกิจในตลาดต้นน้ำเช่นเดียวกับ Otter Tail แต่การจะขึ้นมาในตลาดต้นน้ำได้ต้องอาศัยสายส่งไฟฟ้าแรงสูงซึ่ง Otter Tail ปฏิเสธมิให้เทศบาลร่วมใช้ด้วยเพราะไม่ต้องการให้ระบบไฟฟ้าของเทศบาลเข้ามาเป็นคู่แข่งในการจำหน่ายไฟฟ้าวร่วมกับตน)

การกระทำทั้ง 2 อย่างของ Otter Tail ทำให้เทศบาลไม่สามารถประกอบธุรกิจระบบไฟฟ้าขนาดเล็กเป็นของตนเองได้และเป็นการป้องกันมิให้เทศบาลก่อสร้างระบบไฟฟ้าเป็นของตัวเองได้สำเร็จ เพื่อที่เทศบาลจะได้มาซื้อไฟฟ้ากับ Otter Tail ในราคาขายปลีกต่อไปซึ่งมีราคาแพงกว่าราคาขายส่ง ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า Otter Tail ใช้อำนาจผูกขาดของตนปิดกั้นการแข่งขันในเทศบาลเมืองบริเวณที่ Otter Tail ขายไฟฟ้าให้และตัดสินว่า Otter Tail มีความผิดมาตรา 2 ของ Sherman Act

คดี *Otter Tail Power Co. v. United States* นี้ เป็นหนึ่งในคดีสำคัญซึ่งมีการตีความสนับสนุนหลักที่เรียกว่า “สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities doctrine)” โดยหลักดังกล่าวศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อธิบายรายละเอียดไว้ในคดี *Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce Inc.*⁴⁹ ว่า “เจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกใด ๆ ซึ่งไม่สามารถสร้างขึ้นใหม่ได้อย่างสมเหตุผลและเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการแข่งขันในตลาด” มีภาระผูกพันตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่จะต้อง “ทำให้สิ่งอำนวยความสะดวกเช่นนั้นสามารถเข้าถึงได้ต่อทุก ๆ คนแม้ว่าจะเป็นผู้แข่งขันทางการค้า ด้วยหลักเกณฑ์ที่ไม่เลือกปฏิบัติ” ซึ่งหมายความว่าผู้ประกอบการที่

⁴⁹ *Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce Inc.* 848 F. 2d 976 (9th Cir. 1988). The "essential facilities" doctrine imposes on the owner of a facility that cannot reasonably be duplicated and which is essential to competition in a given market a duty to make that facility available to its competitors on a nondiscriminatory basis.

เป็นเจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจะยกข้ออ้างใด ๆ มาปฏิเสธเพื่อที่จะไม่ทำตามหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้ แต่ต้องทำให้ผู้อื่นสามารถเข้าถึงได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี *United States v. Terminal Railroad Ass'n*⁵⁰ ในปี ค.ศ. 1912 ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินวางหลักเอาไว้ในคดีเกี่ยวกับการรวมกลุ่มปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ แต่หลักดังกล่าวนี้จะสามารถใช้ได้อยู่หรือไม่ในปัจจุบันก็ยังเป็นที่สงสัย เพราะศาลไม่ยอมรับหลักนี้ในหลายคดีด้วยกัน เช่นคดี *Verizon Communications Inc. v. Trinko* แม้จะไม่สามารถอาศัยหลักนี้เพียงหลักเดียวมาพิสูจน์ความผิดตามมาตรา 2 ได้ แต่หลักดังกล่าวก็ยังสามารถแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบประการหนึ่งของความผิดตามมาตรา 2 ในเรื่องการมีอำนาจผูกขาดได้ กล่าวคือ ถ้าหากสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจแต่เพียงผู้เดียวและเป็นสิ่งที่ไม่สามารถสร้างขึ้นใหม่ได้อย่างสมเหตุสมผลและเป็นสิ่งจำเป็นต่อการทำธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นด้วย ก็ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นมีอำนาจผูกขาด (monopoly power)* ในขณะเดียวกันการที่ไม่สามารถยกข้ออ้างใด ๆ ขึ้นปฏิเสธเพื่อที่จะไม่ทำตามหน้าที่ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะผูกขาด อย่างในคดี *Trinko* ศาลไม่พบเจตนาที่จะผูกขาด จำเลยในคดีจึงไม่ต้องมีหน้าที่ตามหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ดังนั้นหากศาลตัดสินว่าจำเลยมีหน้าที่ตามหลักดังกล่าวแล้วจำเลยไม่ยอมปฏิบัติตามหน้าที่นั้นแสดงว่าจำเลยมีเจตนาที่จะผูกขาดนั่นเอง⁵¹

ในคดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*⁵² ผู้ถูกปฏิเสธพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าผู้ปฏิเสธมีอำนาจที่จะกำจัดผู้ถูกปฏิเสธให้ออกไปจากตลาดและผู้ปฏิเสธไม่อาจยกข้อต่อสู้ใด ๆ ขึ้นอ้างเพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นได้ ในการที่ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 2 นั้นศาลไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแต่ศาลให้น้ำหนักไปกับปัจจัยเรื่องอื่น ๆ แทน พฤติกรรมของบริษัท Aspen Skiing จำเลยในคดีมีการปฏิเสธในแนวนอนต่อคู่แข่งที่เคยทำธุรกิจร่วมกันมาก่อนกล่าวคือ จำเลยเป็นผู้ให้บริการสกี 3 ลานจาก 4 ลานบนภูเขา Aspen อยู่มาวันหนึ่งจำเลยตัดสินใจที่จะเลิกให้บริการตัวร่วมชนิดหนึ่งชื่อว่า All Aspen ticket ที่เคยร่วมให้บริการตัวชนิดนี้เป็นเวลานานหลายปีกับโจทก์ซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้ากัน คณะ

⁵⁰ *United States v. Terminal Railroad Ass'n* 224 U.S. 383 (1912).

* ในคดี *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* 351 U.S. 377 (1956). ให้นิยามคำว่าอำนาจผูกขาดไว้ว่า "อำนาจที่จะควบคุมราคาหรือกำจัดการแข่งขัน"

⁵¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 96.

⁵² *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

ลูกขุนมีความเห็นว่าจำเลยผู้ปฏิเสธใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบเพื่อที่จะจำกัดการแข่งขันในตลาดผู้ให้บริการสกี (skiing market) อันเป็นการละเมิดตามมาตรา 2⁵³

ศาลอุทธรณ์ภาค 10 (Tenth Circuit) ยืนยันคำตัดสินโดยอาศัยเหตุผล 2 ประการ ประการแรกศาลระบุว่าตั๋ว All Aspen ticket เป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ประการที่สองศาลกล่าวว่าการปฏิเสธของจำเลยนั้นมีเจตนาที่จะคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาด ส่วนศาลฎีกาพิพากษาต่อหลักฐานอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยมิได้หยิบมาเป็นประเด็นหลักแต่อย่างใด แต่ที่ตัดสินยืนตามศาลล่างเพราะเหตุผลว่าเจตนาที่จะผูกขาดสามารถดูได้จากความจงใจของผู้ปฏิเสธในการยอมสละผลกำไรในระยะสั้นและผลประโยชน์ของผู้บริโภคเพื่อแลกกับผลกระทบในระยะยาวที่จะเกิดกับคู่แข่งรายเล็กกว่า กล่าวคือ การที่จำเลยยอมเสียกำไรจากตั๋ว All Aspen ticket ไปสักระยะหนึ่งเพื่อแลกกับการที่โจทก์อาจจะต้องออกจากการแข่งขันในตลาดไปในที่สุด⁵⁴

หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแสดงว่าในคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดนั้นมักเกี่ยวกับการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ (discriminatory dealing) หรือการยุติความสัมพันธ์ (termination of a relationship) หรือเป็นทั้ง 2 อย่างประกอบกัน การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติอันเป็นความผิดนั้นเห็นได้จากคดี *Lorain Journal Co. v. United States* ที่ผู้ปฏิเสธเลือกที่จะไม่ทำธุรกิจเฉพาะกับบริษัทที่ไปลงโฆษณาที่สถานีวิทยุซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดการให้บริการโฆษณาของผู้ปฏิเสธ ส่วนในคดี *Otter Tail Power Co. v. United States* ก็เป็นการที่ผู้ปฏิเสธเลือกปฏิบัติไม่ยอมเชื่อมต่อสายส่งไฟฟ้าแรงสูงของ Otter Tail ให้กับผู้ถูกปฏิเสธแต่เพียงผู้เดียว เพราะผู้ถูกปฏิเสธจะเข้ามาแข่งขันในตลาดเดียวกันกับผู้ปฏิเสธ ส่วนการยุติความสัมพันธ์ก็เห็นได้จากข้อเท็จจริงในคดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing* ซึ่งจำเลยมีการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร⁵⁵

การปฏิเสธในคดี *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*⁵⁶ มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติและการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร ในคดีนี้บริษัทผู้ผลิตเครื่องถ่ายภาพเอกสารถูกฟ้องโดยผู้ให้บริการซ่อมแซมอิสระ (independent repair service providers “ISOs”) สำหรับนโยบายของผู้ผลิตเครื่องถ่ายภาพเอกสารที่ไม่ยอมขายชิ้นส่วนของเครื่องถ่าย

⁵³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 96.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid., 96-97.

⁵⁶ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451 (1992).

เอกสารให้กับ ISOs แต่กลับขายให้เฉพาะลูกค้าที่ซื้อบริการซ่อมแซมของผู้ผลิตเครื่องถ่ายเอกสารด้วยเท่านั้น ศาลฎีกาพิพากษาว่าจากข้อเท็จจริงดังกล่าวสามารถบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งและรักษาอำนาจผูกขาดไว้ทั้งในตลาดชิ้นส่วนของเครื่องถ่ายเอกสารและในตลาดการซ่อมแซมบำรุงเครื่องถ่ายเอกสาร ศาล Ninth Circuit จึงตัดสินว่าบริษัทผู้ผลิตเครื่องถ่ายเอกสารได้กระทำความผิดตาม มาตรา 2 ของ Sherman Act สำหรับการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติในคดีนี้คือการที่ผู้ปฏิเสธจะขายชิ้นส่วนเครื่องถ่ายเอกสารให้เฉพาะกับลูกค้าที่ซื้อบริการซ่อมแซมของผู้ปฏิเสธด้วยเท่านั้น ส่วนการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรก็คือการที่ในอดีตก่อนผู้ปฏิเสธจะใช้นโยบายดังกล่าว ผู้ปฏิเสธเคยขายชิ้นส่วนเครื่องถ่ายเอกสารให้กับ ISOs แล้วก็ได้กำไรตามปกติ พอมีการใช้นโยบายดังกล่าวผู้ปฏิเสธจึงยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรนี้

ความสำคัญของการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติและการยุติความสัมพันธ์ซึ่งจะทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมักถูกฟ้องร้องตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ยิ่งชัดแจ้งขึ้นในคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*⁵⁷ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Verizon ซึ่งเป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่มีอำนาจเหนือตลาดถูกฟ้องร้องตามมาตรา 2 เนื่องจากไม่สามารถที่จะจัดให้คู่แข่งเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้อย่างเพียงพอ แต่ศาลฎีกาในคดีนี้ตัดสินว่าบริษัท Verizon ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่จะต้องจัดให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมและศาลฎีกายังระบุว่า การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่ใช่สิ่งผู้ที่ประกอบการโทรคมนาคมที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องจัดให้กับผู้อื่นก่อนที่จะมีกฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคม ค.ศ. 1996 จึงแตกต่างจากคดี *Aspen Skiing* และ *Otter Tail* และศาลฎีกาชี้ว่าในคดีนี้ บริษัท Verizon และผู้ประกอบการโทรคมนาคมคู่แข่งไม่เคยมีการติดต่อทำธุรกิจกันมาก่อน และก่อนจะมีกฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคม ค.ศ. 1996 บริษัท Verizon ก็ไม่เคยให้ใครเชื่อมต่อโครงข่ายของตนเช่นเดียวกัน บริษัท Verizon จึงไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติกับคู่แข่งแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจสรุปได้ว่าบริษัท Verizon ยุติความสัมพันธ์ที่ได้กำไรเนื่องจากราคาที่บริษัท Verizon ได้รับจากผู้ประกอบการคู่แข่งในการขอเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่ได้เป็นราคาที่บริษัท Verizon ตั้งขึ้นเองหากแต่เป็นราคาที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายเกณฑ์ (regulation-imposed) ศาลฎีกาจึงยกคำฟ้องโจทก์⁵⁸

การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ และการยุติความสัมพันธ์ล้วนเป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยค้นหาเจตนาของผู้ผูกขาด แต่ก็ไม่ใช่ข้ออาศัยเพียงข้อเท็จจริง 2 อย่างนี้แล้วการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะ

⁵⁷ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398, (2004).

⁵⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 97.

เป็นความผิดเสมอไป อย่างในคดี *United States v. Colgate*⁵⁹ ถึงแม้มีการเลือกปฏิบัติและยุติความสัมพันธ์แต่ศาลฎีกากลับตัดสินว่า “หากผู้ประกอบการธุรกิจรายใดไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างหรือคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาดแล้วกฎหมาย Sherman Act ก็จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจของเอกชนที่จะเลือกประกอบธุรกิจกับผู้ใดก็ได้” ดังนั้นหลักกฎหมายตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ชี้ว่าข้อเท็จจริงเรื่องการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติและการยุติความสัมพันธ์รวมทั้งอำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธตลอดจนผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของการปฏิเสธนั้นล้วนแล้วแต่เป็นพยานหลักฐานสำคัญที่ช่วยพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธนั้นมีเจตนาที่จะต่อต้านการแข่งขัน⁶⁰

สรุปได้ว่าการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตาม Sherman Act มาตรา 2 นั้น ศาลมุ่งความสนใจไปที่การค้นหาเจตนาต่อต้านการแข่งขัน (anticompetitive intent) ของผู้ปฏิเสธเนื่องจากเจตนาต่อต้านการแข่งขันเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบที่ต้องการตามมาตรา 2 ซึ่งจากประสบการณ์ที่ศาลได้ตัดสินคดีเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาสามารถสรุปได้ว่าข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้เป็นหลักฐานสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านแข่งขันได้

1. การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ (discriminatory dealing)
2. การยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร (termination of a profitable relationship)
3. อำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธ (refuser's market power)
4. ผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของการปฏิเสธ (refusal's anticompetitive effects)⁶¹

ส่วนการฟ้องคดีเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้โดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act เกิดขึ้นไม่มากเท่าการฟ้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act แต่พอมีคดีให้ศึกษาอยู่บ้าง ดังนี้

ในคดี *Official Airline Guides, Inc. v. FTC*⁶² ศาลอุทธรณ์ภาคที่ 2 ตัดสินว่าผู้ประกอบธุรกิจพิมพ์ตารางการบินซึ่งเป็นผู้ผูกขาดมิได้มีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 5 แห่ง FTC Act แม้ว่าการปฏิเสธที่จะพิมพ์ข้อมูลสายการบินขนาดเล็ก (commuter airlines) สายการบิน

⁵⁹ *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

⁶⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 98.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Official Airline Guides Inc. v. FTC*, 630 F.2d 920, 921-28 (2d Cir. 1980).

หนึ่งลงในตารางการบิน เนื่องจากสายการบินดังกล่าวยังไม่ได้รับใบรับรองผู้ดำเนินการทางอากาศ (certificated airlines) นั้น จะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilaterally refused) ตามอำเภอใจก็ตาม ศาลกล่าวว่าผู้ปฏิเสธในคดีนี้ไม่มีเหตุจูงใจในการผูกขาดหรือไม่มีเจตนาที่จะได้เปรียบในการแข่งขันแต่อย่างใดเพราะผู้ปฏิเสธไม่ได้ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดสายการบินซึ่งเป็นตลาดที่การแข่งขันได้รับความเสียหาย⁶³

อย่างไรก็ตาม ในคดี *LaPeyre v. FTC*⁶⁴ ศาลอุทธรณ์ภาค 5 ตัดสินว่าบริษัทผู้ผลิตเครื่องจักรแปรรูปกุ้ง (shrimp processing machines) ซึ่งเป็นผู้ผูกขาดได้มีการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 5 แห่ง FTC Act ในการที่ผู้ผูกขาดปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัท Northwest ในเงื่อนไขเดียวกันกับผู้ผูกขาดให้ต่อบริษัท Gulf Coast ซึ่งทั้ง 2 บริษัทนี้เป็นบริษัทบรรจุกุ้งใส่กระป๋องเหมือนกัน การกระทำของผู้ผูกขาดดังกล่าวจึงทำให้การแข่งขันในธุรกิจบรรจุกุ้งใส่กระป๋องอันเป็นตลาดปลายน้ำลดลง ซึ่งข้อเท็จจริงในคดี *LaPeyre v. FTC* แตกต่างจากในคดี *Official Airline Guides, Inc. v. FTC* ตรงที่ว่าผู้ปฏิเสธในคดี *LaPeyre v. FTC* ได้ร่วมทำธุรกิจเป็นส่วนหนึ่งในบริษัท Gulf Coast ด้วย ผู้ปฏิเสธจึงให้ข้อสัญญาทางธุรกิจที่ดีกว่าบริษัท Northwest ซึ่งเป็นคู่แข่ง⁶⁵

3.1.4 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างไม่เคยมีการฟ้องร้องต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการการค้าที่ไม่เป็นธรรมแต่มีการฟ้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act อยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่เคยได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าการเสนอเงื่อนไขอย่างไรจึงจะถูกลือว่าเป็นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายที่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องมาจากคดีความหลายคดีที่โจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลโดยอ้างว่ามีพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเกิดขึ้นนั้น กลับมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าโดยแท้จริงแล้วจำเลยได้ทำธุรกิจร่วมกับโจทก์อยู่ เป็นเหตุผลให้ศาลพิพากษา

⁶³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 100.

⁶⁴ *LaPeyre v. FTC*, 366 F.2d 117, 120-21 (5th Cir. 1966).

⁶⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 100.

ยกฟ้อง⁶⁶ เห็นได้จากตัวอย่างในคดี *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt. Ltd.*⁶⁷ ในคดีนี้ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายนมและผลิตภัณฑ์ที่ทำจากนมท้องถิ่นในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์รายหนึ่งยื่นฟ้องบริษัทยักษ์ใหญ่สัญชาติแคนาดาและโรงรีดนมในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์หลายแห่งที่ถูกบริษัทสัญชาติแคนาดานั้นซื้อกิจการไป โดยโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act อันเนื่องมาจากจำเลยในคดีนี้ได้ซื้อกิจการโรงรีดนมซึ่งปกติแล้วโจทก์จะมาติดต่อขอซื้อนมแปรรูปจากโรงรีดนมวัวแห่งนี้ หลังจากที่โรงรีดนมนี้ถูกซื้อกิจการไปได้ไม่นานก็ขึ้นราคานมแปรรูปอย่างชูดเลือดชูดเนื้อแต่โจทก์ก็ต้องยอมซื้อนมแปรรูปในราคาที่สูงมากดังกล่าวเพราะว่าจำเลยเป็นเจ้าของโรงรีดนมวัวทั้งหมดที่สามารถจำหน่ายนมวัวแปรรูปตามความต้องการของโจทก์ได้ โจทก์จึงอ้างว่าการตั้งราคานมแปรรูปที่สูงเกินไปนั้นเสมือนว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายที่จะไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ศาลอุทธรณ์ภาคที่ 3 ได้มีคำตัดสินในประเด็นเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นภายใต้มาตรา 2 ของ Sherman Act ว่า “ตลอดระยะเวลา 5 ปีหลังจากที่จำเลยได้ขึ้นราคานมแปรรูปมา แม้จะเป็นราคาที่สูงแต่ธุรกิจของโจทก์ก็ยังสามารถดำเนินอยู่ได้” ดังนั้นศาลจึงสรุปว่าพฤติกรรมของจำเลยในคดีนี้ไม่ใช่การปฏิเสธไม่ให้เกิดสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยปริยายแต่อย่างใด

เช่นเดียวกับคดี *Anserphone, Inc. v. Bell Atlantic Corp.*⁶⁸ โจทก์ในคดีนี้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ให้บริการตอบรับโทรศัพท์ (telephone answering services) ซึ่งลูกค้าของโจทก์ส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทห้างร้านต่าง ๆ ในการให้บริการของโจทก์นั้นโจทก์ต้องพึ่งพาบริการโอนสาย (call-forwarding services) ของจำเลยซึ่งเป็นผู้ให้บริการโทรศัพท์ในมลรัฐเพนซิลเวเนีย ในช่วงปี ค.ศ. 1980 โจทก์ได้รับการร้องเรียนจากลูกค้าเป็นจำนวนมากว่า

- (1) บริการโอนสายของจำเลยสำหรับลูกค้าของโจทก์บางส่วนได้หยุดทำงาน
- (2) สายของลูกค้าที่โทรเข้ามาหาโจทก์มักจะถูกตัดไปหลังจากเสียงโทรศัพท์ดัง 1 ครั้ง

และ

(3) สายของลูกค้าที่โทรเข้ามาจำนวนมากมีหมายเลขประจำตัวที่ผิดจึงทำให้พนักงานของโจทก์ตอบรับไม่ถูกต้อง

⁶⁶ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 8.

⁶⁷ *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt. Ltd.*, 90 F.3d 737, 746-747 (3d Cir. 1996).

⁶⁸ *Anserphone, Inc. v. Bell Atlantic Corp.*, 955 F. Supp. 418 (W.D. Pa. 1996).

สรุปได้ว่าการให้บริการของจำเลยมีปัญหาทำให้ธุรกิจของโจทก์ได้รับผลกระทบ โจทก์จึงร้องเรียนไปยังบริษัทของจำเลยแต่จำเลยก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหาให้โจทก์พึงพอใจได้ โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลกล่าวหาว่าการที่จำเลยให้บริการโทรศัพท์ที่มีคุณภาพต่ำนั้นถือว่าการปฏิเสธไม่ให้โจทก์เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยปริยาย (constructively denied access to defendants' essential facilities) จึงเป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ในการพิจารณาคดีนี้ศาลได้หยิบยกหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt, Ltd.* และได้ตัดสินว่าพฤติกรรมของจำเลยในคดีนี้ไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยปริยายอันจะมีความรับผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด แม้ว่าโจทก์จะอ้างว่าการให้บริการของจำเลยนั้นไม่มีคุณภาพจนถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกโดยปริยาย (เหมือนกับที่โจทก์ในคดี *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt, Ltd.* พยายามอ้างว่ามีการตั้งราคาวัตถุดิบที่สูงมากจนถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นโดยปริยาย) แต่จำเลยในคดีนี้ก็ไม่สามารถพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของความเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในข้อที่ว่า “จำเลยปฏิเสธไม่ให้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อคู่แข่ง” ให้ศาลเห็นได้

ส่วนคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*⁶⁹ ก็ดูเหมือนว่าจะมีประเด็นเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเนื่องจากโจทก์ฟ้องร้องกล่าวหาว่าจำเลยให้บริการที่มีคุณภาพต่ำจนอาจจะถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ซึ่งในท้ายที่สุดศาลได้พิพากษายกฟ้องคดีนี้แต่ก็ได้อาศัยเหตุผลในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายมาเป็นเหตุผลในการยกฟ้องคดีแต่อย่างใด จึงไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้ศึกษาจากคดีนี้เช่นกัน⁷⁰

3.1.5 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

เช่นเดียวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ไม่เคยมีการฟ้องร้องต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม มีแต่คดีที่ฟ้องร้องโดยอาศัย Sherman Act ทั้งสิ้น

⁶⁹ Verizon Communications Inc. v. Trinko, 540 U.S. 398, (2004).

⁷⁰ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 8.

การกดตันราคาที่เราเรียกกันว่า “Margin squeeze” (หรือที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มักเรียกว่า Price squeeze) นั้นเป็นพฤติกรรมที่อาจเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการกดตันราคานี้สามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจต้นน้ำจำหน่ายวัตถุดิบ input ซึ่งไม่อาจหาทดแทนได้ในทางเศรษฐศาสตร์ให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจต้นน้ำดังกล่าวนั้นได้ลงมาแข่งขันในตลาดปลายน้ำด้วย โดยทั่วไปแล้วพฤติกรรมนี้มักเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการรวมตัวกันในแนวตั้งซึ่งดำเนินธุรกิจทั้งในตลาดค้าส่งและตลาดค้าปลีกโดยที่ผู้ประกอบการดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจตลาดอยู่ในตลาดค้าส่งได้ทำการแข่งขันกับคู่แข่งที่ไม่ได้เข้าร่วมตัวด้วยในตลาดค้าปลีก การกดตันราคาจะเกิดขึ้นเมื่อส่วนต่างระหว่างราคาขายปลีกในตลาดปลายน้ำและราคาขายส่งที่ถูกเรียกเก็บสำหรับการซื้อวัตถุดิบ input ต้นน้ำนั้นเหลือช่องว่างน้อยมากเสียจนไม่อาจดำเนินธุรกิจต่อไปในฐานะคู่แข่งในตลาดค้าปลีกได้⁷¹

แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องการกดตันราคาในประเทศสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน ปัญหาบางอย่างก็มีข้อสรุปแล้วในขณะที่ปัญหาบางประเด็นยังคงเปิดช่องให้มีการอภิปรายกันอยู่ ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยวินิจฉัยถึงการกดตันราคาไว้ในคดี *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*⁷² ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำของตน ในคดีนี้ศาลฎีกาจึงได้ตัดสินวางหลักไว้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกามีได้จัดให้การกดตันราคาเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอันเป็นความผิดตามลำพังแต่เป็นพฤติกรรมที่ต้องร่วมพิจารณากับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (แต่ในบางคดีศาลล่างของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้จัดให้การกดตันราคาเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอันเป็นความผิดตามลำพังได้) ฉะนั้นการกดตันราคาจะเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่าผู้ประกอบการในคดีนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้อื่นตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกายังไม่เคยมีประสบการณ์ในการวินิจฉัยถึงการกดตันราคาในกรณีที่ผู้ประกอบการมีหน้าที่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำของตนเลยแม้แต่คดีเดียว นอกจากนี้คดีล่าสุดที่ศาลได้ตัดสินให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้อื่นก็คือคดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*⁷³ ซึ่งได้ตัดสินไว้นานแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 ประกอบกับหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบการ

⁷¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, ed. Darryl Biggar (Organisation for Economic Co-operation and Development, 9 September 2010), p. 241.

⁷² *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.* 555 U.S. 438 (2009).

⁷³ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

ธุรกิจต้องมีหน้าที่ทำธุรกิจกับผู้อื่นในสถานการณ์อย่างใดบ้างนั้นก็เริ่มไม่ชัดเจนหลังจากที่ศาลได้ตัดสินคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*⁷⁴ ดังนั้นปัญหาว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคา ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดปลายทางของตน มีหลักเกณฑ์เป็นอย่างใดบ้างนั้นยังคงเป็นปัญหาให้อภิปรายกันต่อ⁷⁵

คดีที่ฟ้องร้องกันเกี่ยวกับการกีดกันราคาโดยอาศัยมาตรา 2 ของ Sherman Act มีมาอย่างยาวนานแล้ว และทฤษฎีเกี่ยวกับการกีดกันราคานี้ถูกสร้างขึ้นโดยท่านผู้พิพากษา Learned Hand ในการประชุมความเห็นของศาลอุทธรณ์ภาค 2 เกี่ยวกับคดี *United States v. Aluminum Co. of America*⁷⁶ หรือที่รู้จักกันในนามคดี *Alcoa* เมื่อกว่า 70 ปีมาแล้ว คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Alcoa เป็นผู้ผูกขาดในตลาดก่อนแท่งอะลูมิเนียม (aluminum Ingot) ซึ่งเป็นวัตถุดิบสำหรับนำมาผลิตเป็นอะลูมิเนียมแผ่น (aluminum Sheet) และ บริษัท Alcoa ยังได้จำหน่ายก้อนแท่งอะลูมิเนียมให้กับคู่แข่งในตลาดปลายทางซึ่งผลิตอะลูมิเนียมแผ่นเช่นกัน ในคดี *Alcoa* จำเลยและโจทก์ต่างแข่งขันกันในตลาดค้าปลีกปลายทาง ต่อมาโจทก์ได้ฟ้องร้องกล่าวหาว่าจำเลยได้ใช้ประโยชน์จากอำนาจผูกขาดที่ตนมีเหนือวัตถุดิบ input สำคัญและตั้งราคาขายส่งสำหรับวัตถุดิบ input นั้นสูงมากเพื่อให้โจทก์ไม่สามารถดำเนินธุรกิจแข่งขันอยู่ในตลาดปลายทางได้อย่างมีกำไร⁷⁷

สถานการณ์การกีดกันราคาในคดี *Alcoa* เกิดขึ้นเพราะคู่แข่งในตลาดปลายทางไม่สามารถ “ทำกำไร” ได้ เนื่องจากพวกเขาถูกกีดกันระหว่างราคาก่อนแท่งอะลูมิเนียมที่บริษัท Alcoa จำหน่ายให้ที่สูงเกินไปและราคาอะลูมิเนียมแผ่นที่บริษัท Alcoa จำหน่ายให้ต่ำเกินไป ศาลพบว่าการจำหน่ายอะลูมิเนียมแผ่นในหลาย ๆ ชนิดมีส่วนต่างที่เป็นลบ กล่าวคือ ต้นทุนสูงกว่าราคาจำหน่าย และก็มีบางชนิดเช่นกันที่ส่วนต่างเป็นบวกแต่ก็บวกเพียงแค่นี้เท่านั้น ต้นทุนของคู่แข่งที่ต้องซื้อก้อนแท่งอะลูมิเนียมบวกกับค่าใช้จ่ายในกระบวนการรีดก้อนแท่งอะลูมิเนียมให้เป็นแผ่นนั้นสูงกว่าราคาปลีกอะลูมิเนียมแผ่นของบริษัท Alcoa ที่จำหน่ายไปยังผู้บริโภคเสียอีก ศาลจึงตัดสินว่าการกระทำของบริษัท Alcoa เป็นความผิดต่อกฎหมายโดยเป็นการใช้อำนาจผูกขาดที่ตนมีในการตั้งราคา

⁷⁴ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398, (2004).

⁷⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 241.

⁷⁶ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁷⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 242.

ขายส่งก่อนแห่งอะลูมิเนียม “สูงอย่างไม่เป็นธรรม” และตั้งราคาขายปลีกอะลูมิเนียมแผ่น “ต่ำอย่างไม่เป็นธรรม”⁷⁸

ก่อนจะมาถึงคดี *linkLine* ซึ่งเป็นคดีล่าสุด ศาลได้ตัดสินคดีที่มีการฟ้องร้องกันในประเด็นการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ไว้หลายคดี เช่น คดี *Town of Concord v. Boston Edison Co.*⁷⁹ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ได้ตัดสินยกฟ้องในประเด็นการกีดกันราคาในสถานการณ์ที่การตั้งราคาของจำเลยนั้นถูกกำกับดูแลอย่างสมบูรณ์ทั้งราคาในตลาดค้าส่งและค้าปลีก แม้ว่าศาลจะตัดสินยกฟ้องเช่นนั้นแต่ศาลก็ยังได้ให้ข้อพิจารณาไว้ว่าการกีดกันราคาอาจมีผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ในอุตสาหกรรมที่ไม่มีการกำกับดูแล ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ชี้ให้เห็นว่ามีเหตุผลอยู่ 2 ประการที่ไม่ควรยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจผูกขาดขยายอำนาจของตนไปยังธุรกิจในตลาดรองหรือตลาดปลายน้ำ เหตุผลประการแรกคือจะยิ่งเป็นการสร้างความแข็งแกร่งให้กับผู้ผูกขาดในตลาดต้นน้ำ เหตุผลประการที่สองคือจะเป็นการกำจัดการแข่งขันที่มีใช้ทางด้านราคาในตลาดปลายน้ำ สถานการณ์ตามเหตุผลในประการแรกคือผู้ผูกขาดในตลาดต้นน้ำสามารถเพิ่มต้นทุนของการที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดต้นน้ำได้โดยการขยายอำนาจตลาดของตนไปยังตลาดปลายน้ำ ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดต้นน้ำจะถูกกีดขวางทั้งจากอุปสรรคที่มีอยู่แต่เดิมในการที่จะเข้ามาแข่งขันและจากอุปสรรคใหม่ที่จะต้องแข่งขันบนข้อสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกันกับผู้ผูกขาด เนื่องจากเมื่อผู้ผูกขาดเข้ามาควบคุมเหนือตลาดปลายน้ำแล้วผู้ผูกขาดสามารถตั้งราคาอย่างไม่สนใจให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาแข่งขันในตลาดต้นน้ำได้ เช่นตั้งราคารับซื้อสินค้าต้นน้ำให้ต่ำจนไม่สนใจให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาแข่งขันในตลาดต้นน้ำ และเมื่อผู้ผูกขาดสามารถผูกขาดในตลาดทั้ง 2 ระดับได้แล้วก็จะนำมาซึ่งการขึ้นราคาสินค้าในที่สุด ส่วนสถานการณ์ตามเหตุผลประการที่สองคือเมื่อผู้ผูกขาดสามารถกำจัดการแข่งขันในตลาดปลายน้ำได้แล้ว การแข่งขันที่มีใช้ทางด้านราคา เช่น คุณภาพของสินค้าหรือบริการก็จะถูกทำลายไปด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้ผูกขาดย่อมขาดแรงจูงใจที่จะพัฒนาสินค้าหรือพัฒนาวิธีการผลิตสินค้าให้มีประสิทธิภาพดีขึ้นทำให้สินค้าในตลาดปลายน้ำไม่มีการพัฒนา⁸⁰

แม้ว่าในอดีตศาลล่างมักจะยอมรับว่าการกีดกันราคาจัดเป็นพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน แต่ในเดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 2009 ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกากลับมีคำ

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17 (1st Cir. 1990).

⁸⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 243.

ตัดสินในคดี *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*⁸¹ หรือที่รู้จักกันในคดี *linkLine* ว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้มีการรวมตัวในแนวดิ่งสามารถปฏิเสธไม่จำหน่ายวัตถุดิบ input ในตลาดต้นน้ำได้โดยไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว การฟ้องร้องเกี่ยวกับการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ย่อมไม่อาจทำได้ ศาลฎีกาในคดีนี้ได้ตัดสินโดยอาศัยหลักจากคดี *Trinko* ในปี ค.ศ. 2004 และได้ตัดสินว่าหากผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจด้วยแล้ว ศาลย่อมไม่ต้องลงไปตรวจสอบถึงราคาของผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวนั้นตั้งเลยว่าจะมีราคาสูงมากน้อยเพียงใด⁸²

ข้อเท็จจริงในคดี *linkLine* มีว่า ผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการอินเทอร์เน็ต 4 รายกับบริษัท AT&T แข่งขันกันให้บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงแบบ Digital Subscriber line (DSL)* แก่ลูกค้าผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย บริษัท AT&T นั้นเป็นเจ้าของสายโทรศัพท์ที่เชื่อมต่อระหว่างบ้านหรือที่ทำงานของลูกค้าเข้ากับระบบโทรศัพท์อันเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งบริษัทคู่แข่งทั้ง 4 รายนั้นจำเป็นต้องเข้าถึงเพื่อที่จะสามารถให้บริการ DSL แข่งขันกับ AT&T ได้ ซึ่งคณะกรรมการกลางกำกับดูแลกิจการสื่อสารของประเทศสหรัฐอเมริกา (Federal Communications Commission หรือ FCC) ได้กำหนดให้ AT&T มีหน้าที่ต้องยอมให้คู่แข่งเชื่อมต่อสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในราคาที่ไม่สูงเกินกว่าราคาค่าบริการอินเทอร์เน็ต DSL ที่บริษัท AT&T คิดต่อลูกค้าผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตกล่าวคือ ราคาค้าส่ง (wholesale) ต้องไม่สูงเกินกว่าราคาค้าปลีก (retail) คู่แข่งขันทั้ง 4 รายยื่นฟ้องบริษัท AT&T ในข้อหาผูกขาดตลาด DSL โดยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับโจทก์และปฏิเสธโจทก์ไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นรวมทั้งกล่าวหาว่าจำเลยมีพฤติกรรมกีดกันราคา เฉพาะพฤติกรรมกีดกันราคาดังกล่าวโจทก์อ้างว่าจำเลยกีดกันส่วนต่างกำไรโดยการจัดราคาค้าส่งสำหรับการเชื่อมต่อสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นไว้สูงมาก และตั้งราคาค้าปลีกสำหรับค่าบริการอินเทอร์เน็ต DSL ไว้ต่ำมาก พฤติกรรมของบริษัท AT&A จึงเป็น

⁸¹ *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.* 555 U.S. 438 (2009).

⁸² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, pp. 241-242.

* DSL ย่อมาจาก digital subscriber line คือเทคโนโลยีการสื่อสารข้อมูลความเร็วสูงผ่านสายโทรศัพท์ โดยการสื่อสารนี้จะใช้ย่านความถี่ที่ไม่มีการใช้งานในระบบโทรศัพท์ ซึ่งทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเล่น Internet พร้อมกับพูดคุยโทรศัพท์ได้ในเวลาเดียวกัน นอกจากนี้ระบบ DSL เป็นระบบที่ Online 24 ชั่วโมง ซึ่งผู้ใช้บริการไม่จำเป็นต้อง dial-up เหมือนกับโมเด็มทั่ว ๆ ไป เป็นระบบที่มีคุณสมบัติในการเข้าถึงข้อมูลได้อย่างรวดเร็ว

การกำจัดและขัดขวางการแข่งขันอย่างไรเหตุผล เป็นเหตุให้จำเลยสามารถคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาดและควบคุมการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต DSL ได้⁸³

ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าการที่จะพิสูจน์ความเสียหายจากการกีดกันราคาในกรณีที่จำเลยไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งตามมาตรา 2 ของ Sherman Act นั้น โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าราคาค้าปลีกซึ่งจำเลยคิดต่อลูกค้านั้นเป็นการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจขัดคู่แข่ง (predatory pricing) ตามหลักเกณฑ์เรื่อง Predatory pricing ที่ศาลฎีกาได้วางไว้ในคดีต่างๆ ศาลฎีกาในคดีนี้จึงปฏิเสธที่จะสร้างหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการพิจารณาการกีดกันราคาเป็นการเฉพาะ⁸⁴

สรุปได้ว่าศาลฎีกาในคดี *linkLine* ตัดสินว่าถ้าผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหน้าที่ที่จะต้องจำหน่ายวัตถุดิบต้นน้ำแล้ว คำฟ้องกล่าวหาต่อพฤติกรรมการกีดกันราคาย่อมฟังไม่ขึ้นและไม่เป็นความผิดภายใต้ Sherman Act โดยศาลในคดีนี้ได้อ้างข้อความส่วนหนึ่งจากคำพิพากษาของศาลในคดี *Trinko* ที่ว่า “ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งในตลาดค้าส่งแล้วย่อมหมายความว่าผู้ประกอบการเช่นนั้นไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจภายใต้เงื่อนไขข้อสัญญาที่คู่แข่งเห็นว่าได้ประโยชน์ทางการค้าเช่นกัน” เมื่อนำเหตุผลนี้มาปรับใช้ในการกีดกันราคา ศาลจึงตัดสินว่าในกรณีผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจแล้วการที่ผู้ผูกขาดในตลาดต้นน้ำใช้อำนาจของตนในตลาดค้าส่งเพื่อกีดกันคู่แข่งไม่ให้สามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพในตลาดค้าปลีกจึงไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด เว้นแต่โจทก์จะสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าราคาในตลาดปลายน้ำนั้นเป็นการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจขัดคู่แข่งหรือ Predatory Pricing ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่อง Predatory Pricing ที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไว้ในหลายคดี เช่น *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁸⁵ ซึ่งไม่อยู่ในขอบข่ายของเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอีกต่อไปแต่ถูกจัดอยู่ในเรื่อง Predatory Pricing การตัดสินคดี *linkLine* ของศาลฎีกานี้มิได้เป็นการกลับหลักในคดี *Alcoa* อย่าง

⁸³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 242.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (92-466), 509 U.S. 209 (1993).

ชัดแจ้ง หากแต่เป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลได้พัฒนาทฤษฎีในทางเศรษฐศาสตร์และหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้นจากที่เคยตัดสินคดี *Alcoa* เมื่อกว่า 70 ปีมาแล้ว⁸⁶

ในคดี *linkLine* ศาลฎีกายังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่าเป็นเรื่องยากสำหรับศาลที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบราคาในระดับต้นน้ำและปลายน้ำเพื่อที่จะพิจารณาว่ามีการกีดกันราคาเกิดขึ้นหรือไม่ อีกทั้งการเยียวยาความเสียหายจากการกีดกันราคาก็เป็นเรื่องยากเช่นกัน ดังนั้นศาลฎีกาจึงเสนอให้มีการกำหนดเขตปลอดภัยซึ่งเป็นข้อยกเว้นความรับผิด (safe harbor) สำหรับเรื่องการกีดกันราคานี้ไว้ ซึ่งศาลก็ได้ยอมรับว่าผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ มักจะตั้งราคาสินค้าโดยอิงจากเขตปลอดภัยที่จะไม่ทำให้เขาต้องรับผิด หากไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดกำหนดไว้แล้วผู้ประกอบการเหล่านั้นอาจจะไม่กล้าตั้งราคาแข่งขันกันซึ่งโดยแท้จริงแล้วเป็นสิ่งจำเป็นต่อการแข่งขันและเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเพราะเกรงว่าหากตั้งราคาต่ำเกินไปอาจจะเกิดความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ ในคดี *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* ได้ปรากฏว่ามีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดไว้ว่า “ผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดสำหรับเรื่องการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ถ้าหากราคาค้าปลีกของตนสูงกว่าราคาวัตถุดิบต้นน้ำที่ตนจำหน่ายให้กับคู่แข่ง”⁸⁷

คำตัดสินในคดี *linkLine* นี้มิได้ห้ามผู้ผูกขาดในตลาดต้นน้ำซึ่งไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำสัญญาจากการตั้งราคาวัตถุดิบในตลาดค้าส่งไว้สูงเพื่อแสวงหากำไรให้ได้มาก ๆ เท่าที่ผู้ผูกขาดต้องการ เพราะกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ห้ามผู้ผูกขาดซึ่งมิได้ทำผิดต่อกฎหมายแสวงหาประโยชน์จากการตั้งราคาเช่นนั้น หลังจากคดี *linkLine* คำฟ้องที่มีการอ้างประเด็นการกีดกันราคาโดยที่ผู้ประกอบการนั้นไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งนั้นนั้นยังไม่เคยชนะคดีเลยแม้แต่คดีเดียวถ้าหากราคาค้าปลีกของจำเลยตั้งไว้สูงกว่าราคาสินค้าต้นน้ำที่จำเลยจำหน่ายให้กับโจทก์หรือราคาค้าปลีกนั้นต้องไม่ใช้การกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจขจัดคู่แข่งตามหลักที่ได้วางไว้ในคดี *Brooke Group*⁸⁸

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อมาคืออาการกีดกันราคาในกรณีที่จำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งหรือก็คือเป็นกรณีที่จำเลยปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแล้วจะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในสถานการณ์เช่นนี้ศาลจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกีดกันราคาอย่างไร ใน

⁸⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, pp. 242-243.

⁸⁷ *Ibid.*, 244.

⁸⁸ *Ibid.*

ประเทศสหรัฐอเมริกาการที่ผู้ประกอบการธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวต่อคู่แข่งชั้นนั้นอาจเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ในบางสถานการณ์ ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดต่อกฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ แต่ในบางกรณีผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการรวมตัวในแนวดิ่งซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งในระดับค้าส่งก็ยอมทำธุรกิจกับคู่แข่งด้วย แต่กลับตั้งราคาในระดับค้าส่งที่สูงมากจนเกิดเป็นการกีดกันราคาขึ้น ในสถานการณ์เช่นนี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะจัดการกับปัญหาอย่างไร⁸⁹

วิธีหนึ่งที่ศาลใช้แก้ปัญหานี้ก็คือ ถือว่าการตั้งราคาในระดับค้าส่งที่สูงเกินไปนี้เสมือนว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย การกีดกันราคาจึงถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่งโดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาการกีดกันราคาควบคู่ไปกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเฉพาะในสถานการณ์ที่ศาลเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งชั้นเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าในคดีนั้นผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งชั้นแล้วศาลถึงจะเข้ามาดูว่าการตั้งราคาในระดับค้าส่งที่สูงจนเกิดเป็นการกีดกันราคานั้นสูงเกินไปจนถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายหรือไม่ แต่วิธีนี้ก็ยังมีปัญหาอยู่ 2 ประการ⁹⁰ คือ

1. ศาลจะต้องตัดสินว่าราคาเท่าใดถึงจะเป็นราคาที่สูงมากเสียจนถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์มากมายที่จะนำมาชี้วัด เช่น ราคาสินค้าในระดับค้าส่งนั้นสูงกว่าราคาของผู้ผูกขาดจำหน่ายเพื่อให้ได้กำไรสูงสุด ซึ่งเป็นสิ่งที่ซับซ้อนและยากที่จะชี้วัดได้สำเร็จ

2. เมื่อศาลตัดสินแล้วว่าราคาที่ตั้งไว้นั้นสูงจนถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย ศาลยังจะต้องตัดสินอีกว่าราคาที่เหมาะสมนั้นควรจะต้องต่ำลงเท่าใดเพื่อเป็นการเยียวยาให้แน่ใจว่าราคาวัตถุดิบค้าส่งนั้นจะไม่สูงเกินกว่าระดับราคาที่ศาลกำหนด

สรุปได้ว่าภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการใช้พิจารณาว่าการตั้งราคาในระดับค้าส่งต้องสูงขนาดไหนจึงจะถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายที่เป็นความผิด หลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันราคาในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่พัฒนามากเท่าที่ควรเนื่องจากศาลนำเอาการกีดกันราคาไปพิจารณาร่วมกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ เมื่อศาลเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจในคดีนั้น ๆ ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจแล้วศาลจะไม่เข้าไปพิจารณาถึงการกีดกันราคาเลย เนื่องจากเมื่อศาลเห็นว่าผู้ประกอบการไม่มี

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., 245.

หน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะตั้งราคาสินค้าในระดับค้าส่งอย่างไรก็ได้ จึงทำให้ประเด็นการกีดกันราคาขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลต่อเมื่อศาลเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจในคดีมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจเท่านั้น ซึ่งคดีล่าสุดที่ศาลได้ตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ที่ต้องทำธุรกิจก็ยาวนานมาแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 ในคดี *Aspen Skiing*

จึงมีนักกฎหมายบางส่วนเห็นควรให้แยกเอาการกีดกันราคาออกเป็นความผิดต่างหากจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพื่อที่หลักกฎหมายในเรื่องนี้จะได้มีพัฒนาการมากขึ้น โดยมีข้อดีว่าศาลจะได้ไม่ต้องเสียเวลากับการพิจารณาว่าจำเลยในคดีมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจหรือไม่ จากนั้นถึงจะเข้าไปพิจารณาราคาว่าตลุมในระดัขยส่งนั้นสูงเกินเท่าใดจนจะถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย แล้วยังต้องมาพิจารณาต่ออีกว่าราคาว่าตลุมดังกล่าวควรจะลดลงมาเป็นการเท่าไรถึงจะเป็นราคาที่เหมาะสมให้ทำธุรกิจ แต่ถ้าให้การกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดแยกออกมาต่างหากเลยศาลก็จะสามารถเข้าไปพิจารณาประเด็นการกีดกันราคาได้ทันที เช่น ศาลสามารถสั่งให้จำเลยตั้งราคาว่าตลุมในระดัขยส่งตามที่ศาลเห็นว่าสมควรได้เลย แต่อย่างไรก็ตาม จากการที่ศาลฎีกาได้ตัดสินคดี *linkLine* ย่อมแสดงให้เห็นแล้วว่าศาลฎีกาได้ปฏิเสธแนวคิดที่ให้แยกการกีดกันราคาออกเป็นอีกพฤติกรรมหนึ่งเพื่อพิจารณาต่างหากจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว⁹¹

3.1.6 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

จากการศึกษาถึงองค์ประกอบความรับผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 5 ของ FTC Act มาแล้ว พบว่ามาตรานี้มีการตีความหลักกฎหมายโดยอิงอยู่กับหลักกฎหมายตามมาตรา 2 ของ Sherman ซึ่งเป็นมาตราสำหรับควบคุมการผูกขาด ดังนั้นหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้พิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดจึงคล้ายคลึงกันมาก จะมีความแตกต่างกันที่องค์ประกอบความรับผิดบางเรื่องเท่านั้น เช่น มาตรา 5 ของ FTC Act ไม่ต้องการองค์ประกอบว่าผู้ปฏิเสธต้องเป็นผู้ผูกขาดหรือมีโอกาสที่จะเป็นเจ้าของอำนาจผูกขาด เพียงแต่ผู้ปฏิเสธมีอำนาจตลาดมากพอที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ก็เพียงพอแล้ว⁹²

⁹¹ Ibid.

⁹² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 102.

ในกรณีเช่นใดถึงจะถือว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบต่อเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันอันจะเป็นความผิดต่อมาตรา 5 แห่ง FTC Act นั้น ศาลและ FTC เป็น 2 หน่วยงานที่มีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยของ FTC ที่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคดีความต่าง ๆ⁹³ โดยมีรายละเอียดแบ่งตามการปฏิเสธในแต่ละประเภทดังนี้

3.1.6.1 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เป็นประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ถูกฟ้องร้องเป็นคดีความมากที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้อย่างละเอียด ดังนี้

1) สภาพของตลาด

สภาพตลาดเป็นปัจจัยหนึ่งที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ถ้าหากมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นในคดีว่ายังมีผู้ประกอบการรายอื่นที่ทำธุรกิจเหมือนกันกับผู้ปฏิเสธอยู่ในตลาด การปฏิเสธในกรณีเช่นนั้นก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้น้อย เห็นตัวอย่างได้จากคดี *Electrics Communications Corp. v. Toshiba American Consumer Productions Inc.*⁹⁴ ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ปรับใช้หลักเหตุและผล (rule of reason) กับการเลิกสัญญาการเป็นตัวแทนจำหน่าย และตัดสินว่าแม้คู่แข่งของตัวแทนจำหน่ายที่ถูกเลิกสัญญายาจะบีบบังคับให้มีการเลิกสัญญานั้นขึ้น แต่ก็ไม่อาจฟังว่าเป็นความผิดตามคำฟ้องของโจทก์ได้เนื่องจากในตลาดของผู้ปฏิเสธยังมีคู่แข่งของผู้ปฏิเสธดำเนินธุรกิจอยู่อีกเป็นจำนวนมาก⁹⁵ แสดงให้เห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสภาพตลาดที่ยังมีการแข่งขันอยู่มากนั้นมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อทั้งมาตรา 2 ของ Sherman Act และมาตรา 5 ของ FTC Act ได้น้อยมาก เนื่องจากการปฏิเสธในสถานการณ์เช่นนั้นไม่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันแต่อย่างใด

⁹³ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 2.

⁹⁴ *Elects. Commc'ns Corp. v. Toshiba Am. Consumer Prods., Inc.*, 129 F.3d 240, 245-46 (2d Cir. 1997).

⁹⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 122.

2) สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

จากองค์ประกอบความรับผิดของมาตรา 5 แห่ง FTC Act ที่ศึกษามา พบว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องรับผิดตามมาตรานี้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ ถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจผูกขาด (monopoly power) พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจเช่นนี้ย่อมสามารถเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้อย่างชัดเจน ซึ่งลักษณะของผู้มีอำนาจผูกขาดที่ศาลได้อธิบายไว้ในคดี *AD/SAT v. Associated Press*⁹⁶ หมายถึง ผู้มีความสามารถในการตั้งราคาสินค้าหรือบริการของตนให้สูงกว่าราคาที่มีการแข่งขันตามปกติอย่างมากและสามารถคงราคาเช่นนั้นต่อไปได้เป็นเวลายาวนานโดยปราศจากการเข้ามาแข่งขันจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น⁹⁷ ดังนั้นถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดก็ย่อมมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act หรือมาตรา 5 ของ FTC Act

มาตรา 2 ของ Sherman Act มิได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าผู้ประกอบธุรกิจต้องมีส่วนแบ่งตลาดเท่าใดถึงจะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจผูกขาด แต่เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินไว้ในคดีต่าง ๆ สามารถสรุปเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะความเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดได้ว่า ถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าร้อยละ 70 ก็มีมูลเหตุให้เชื่อได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจผูกขาด และไม่มีคดีใดเลยที่ศาลพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละ 50⁹⁸

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act ไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นถึงผู้มีอำนาจผูกขาดก็ได้ แต่ต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาด (market power) ในระดับที่สามารถเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ ฉะนั้นหากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธนั้นไม่มีอำนาจผูกขาด (absent monopoly power) หรือไม่มีโอกาสที่จะเป็นเจ้าของอำนาจผูกขาด (absent dangerous probability of achieving monopoly power)⁹⁹ หรือไม่มีอำนาจตลาดหรือไม่มีส่วนแบ่งตลาดสูงมากพอ (absent of Substantial market power) ที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อ

⁹⁶ *AD/SAT v. Associated Press*, 181 F.3d 216, 227 (2d Cir. 1999).

⁹⁷ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws," 2006, p. 13.

⁹⁸ *Ibid.*, 15.

⁹⁹ *Ibid.*

การแข่งขันแล้ว การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นก็ไม่มีความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act แต่อย่างใด ดังตัวอย่างในคดี *FTC v. Raymond Bros.-Clark Co.*¹⁰⁰ และคดี *FTC v. Curtis Pub. Co.*¹⁰¹ ที่ผู้ประกอบธุรกิจใน 2 คดีดังกล่าวนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดอยู่น้อยมาก หรือมิได้มีอำนาจเหนือตลาด (non-dominant company) ทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในคดีเหล่านี้ไม่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือไม่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน จึงเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นทั้ง 2 คดีนี้ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act แต่อย่างใด¹⁰²

สำหรับการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดมากเท่าใดถึงจะสามารถเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือไม่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันนั้น FTC มิได้มีแนวทางในการพิจารณาประกาศออกมาอย่างเป็นทางการ แต่มีเจ้าหน้าที่ FTC ท่านหนึ่งได้ยกตัวอย่างไว้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 30 ก็น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันและเข้าข่ายที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ได้แล้ว¹⁰³ ฉะนั้นอาจแปลความในทางกลับกันได้ว่า ถ้าหากเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 30 ก็มีแนวโน้มมากกว่าจะหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act

ดังนั้น หากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาดอยู่น้อยมาก ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธก็จะตกอยู่กับตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก็จะเป็นความผิดทั้งตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และ มาตรา 5 ของ FTC Act เนื่องจากแนวคิดของ Sherman Act และ FTC Act มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองตลาด (market-oriented perspective) มิได้มีแนวคิดมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายแต่อย่างใด¹⁰⁴

¹⁰⁰ *FTC v Raymond Bros.-Clark Co.* 263 U.S. 565 (1924).

¹⁰¹ *FTC v. Curtis Pub. Co.*, 260 U.S. 568, 579-82 (1923).

¹⁰² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 118.

¹⁰³ Joshua D. Wright, *Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority*, p. 20.

¹⁰⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 144.

3) สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ

ถ้าสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นหรือ Essential Facilities แล้ว การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นก็จะมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดมากขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการที่ไม่สามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นย่อมไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เห็นได้จากคดี *Otter Tail Power Co. v. United States* ที่ศาลได้ให้น้ำหนักต่อหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว แต่ก็ไม่อาจอาศัยหลักนี้เพียงหลักเดียวมาพิจารณาตัดสินว่าการปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแล้วจะต้องเป็นความผิดเสมอไปเพราะในบางคดีศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับหลักดังกล่าว เช่นในคดี *Verizon Communications Inc. v. Trinko* เป็นต้น

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินวางหลักเกี่ยวกับหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นไว้ในหลายคดี เช่น คดี *Hecht v. Pro-Football, Inc.*¹⁰⁵ หรือคดี *Ferguson v. Greater Pocatello*¹⁰⁶ โดยมีหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องตรงกันว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ¹⁰⁷ คือ

1) สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต้องเป็นสิ่งจำเป็นต่อการแข่งขัน (essential to competition) ซึ่งคู่แข่งต้องการที่จะได้มาหรือต้องการเข้าถึงเพื่อที่จะสามารถแข่งขันในตลาดได้ การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าวนั้นย่อมเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจของคู่แข่งเป็นอย่างมากและส่งผลให้คู่แข่งเสียเปรียบอย่างรุนแรง

2) ในทางปฏิบัติสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นต้องไม่สามารถสร้างขึ้นใหม่หรือทำซ้ำได้ (cannot be duplicated) ทั้งเป็นไปได้ในความเป็นจริงและเป็นไปไม่ได้ในทางเศรษฐกิจ (economically infeasible)

3) เป็นการปฏิเสธต่อคู่แข่ง

¹⁰⁵ *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 312 F. Supp. 472 (D.D.C. 1970).

¹⁰⁶ *Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce Inc* 848 F. 2d 976 (9th Cir. 1988).

¹⁰⁷ Mary L. Azcuenaga, *Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?: The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary practices* (Washington D.C.: American Bar Association National Institute, 5 October 1989), pp. 3-4.

หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้ย่อมแสดงให้เห็นในตัวว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้ครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นย่อมมีอำนาจผูกขาดโดยเป็นผู้ถือครองสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นแต่เพียงผู้เดียวเนื่องจากไม่สามารถสร้างขึ้นใหม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธนั้นเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นก็มักจะถูกฟ้องร้องเป็นคดีตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act มากกว่าที่จะฟ้องตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act

อย่างไรก็ตาม FTC ก็เคยมีประสบการณ์ในการปรับใช้หลักนี้ภายใต้บทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act เช่นกัน ในคดี *Official Airline Guides Inc. v. FTC.*¹⁰⁸ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Reuben H. Donnelley Corporation ผู้เป็นจำเลยในคดีประกอบธุรกิจเป็นผู้จัดพิมพ์ตารางเวลาเที่ยวบินและผู้ผูกขาดในธุรกิจจัดพิมพ์ตารางเวลาเที่ยวบินดังกล่าว ซึ่งเรียกกันว่า Official Airline Guide (OAG) โดย FTC เห็นว่า OAG นั้นมีลักษณะเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแล้วเนื่องจาก OAG เป็นตารางเที่ยวบินที่สมบูรณ์ที่สุดเพียงหนึ่งในอเมริกาเหนือซึ่งเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับผู้โดยสารและสายการบินต่าง ๆ ในอุตสาหกรรมการบินจึงเรียก OAG ว่าเหมือน “ไบเบิล” ของสายการบิน หากสายการบินใดที่ไม่มีเวลาเที่ยวบินปรากฏอยู่ใน OAG ก็จะไม่สามารถแข่งขันกับสายการบินที่มีการตีพิมพ์เวลาเที่ยวบินลง OAG ได้ ดังนั้น OAG จึงเข้าหลักเกณฑ์ประการแรกของการเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแล้วนั้นคือ OAG เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการแข่งขัน และ FTC ยังเห็นว่า OAG นั้นมีลักษณะเข้าหลักเกณฑ์ที่ 2 ของการเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นอีกด้วยเนื่องจากการยากที่จะจัดพิมพ์ตารางเวลาเที่ยวบินที่มีลักษณะเหมือนกับ OAG ขึ้นมาใหม่ ดังนั้น FTC จึงเห็นว่าการที่จำเลยปฏิเสธไม่ยอมจัดพิมพ์ตารางเวลาเที่ยวบินของสายการบินขนาดเล็ก (small commuter) ลงใน OAG เป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรา 5 ของ FTC Act แล้ว แม้ในท้ายที่สุดศาลอุทธรณ์ภาคที่ 2 จะไม่เห็นด้วยกับความเห็นของ FTC จึงตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act ก็ตาม¹⁰⁹ แต่ก็แสดงให้เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act นี้ก็มีการให้น้ำหนักถึงหลัก Essential Facilities เช่นกันซึ่งสอดคล้องกับที่เคยกล่าวมาในตอนแรกแล้วว่าแม้ FTC จะบังคับใช้มาตรา 5 แห่ง FTC Act อยู่แต่ก็จะอิงอยู่บนหลักเกณฑ์ของมาตรา 2 แห่ง Sherman Act นั้นเอง

4) ลักษณะของการปฏิเสธ

¹⁰⁸ *Official Airline Guides Inc. v. FTC.*, 630 F.2d 920, 921-28 (2d Cir. 1980).

¹⁰⁹ Mary L. Azcuenaga, *Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?: The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary practices*, pp. 4-6.

ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก็จะยิ่งเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และมาตรา 5 ของ FTC Act มากขึ้น พยานหลักฐานที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาเบื้องหลังของผู้ปฏิเสธนั้นช่วยให้ศาลและ FTC เข้าใจถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธได้ชัดเจนมากขึ้น กล่าวคือ ถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจมีเจตนาทำอันตรายต่อการแข่งขันก็จะช่วยให้ศาลและ FTC เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันได้ง่ายขึ้น¹¹⁰ อย่างไรก็ดีตาม เจตนาเป็นเรื่องอัตวิสัยที่อยู่ภายในจิตใจของผู้ปฏิเสธดังนั้นศาลและ FTC จึงต้องวิเคราะห์และตีความจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีว่าข้อเท็จจริงอย่างไรจึงจะถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงตามข้อที่ 4.1 ถึง 4.6 ที่ศาลและ FTC มักใช้สรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน (indicative factors) และข้อเท็จจริงในข้อที่ 4.7 ถึง 4.11 ที่บ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมีได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน (vindicating factors)¹¹¹ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1) ระดับของอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ

ข้อเท็จจริงสำคัญประการหนึ่งที่ช่วยชี้เจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธได้ก็คือระดับของอำนาจตลาด (refuser's market power) หรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ¹¹² แม้มาตรา 5 ของ FTC Act จะไม่ได้กำหนดว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่อาจมีความผิดต้องเป็นผู้ครอบครองอำนาจผูกขาดหรือมีความเป็นไปได้สูงที่จะได้รับอำนาจผูกขาดนั้นมาอย่างมาตรา 2 ของ Sherman Act แต่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่อาจมีความผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act ได้นั้นก็ต้องมีอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดสูงมากพอที่จะเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ ถ้าอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดไม่สูงพอการปฏิเสธก็จะส่งผลเพียงทำให้ผู้ถูกปฏิเสธเปลี่ยนไปหาคู่สัญญารายใหม่เท่านั้น¹¹³

ดังนั้นหากผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธไม่มีอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดที่มากพอ (absence of a substantial market share) ศาลก็จะสรุปว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันและไม่มีความรับผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด เห็นตัวอย่างได้จากในคดี *FTC v. Raymond Bros.-Clark*

¹¹⁰ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 6.

¹¹¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 115.

¹¹² *Ibid.*, 98.

¹¹³ *Ibid.*, 115.

Co.¹¹⁴ การที่ร้านขายส่งของชำ (grocery wholesaler) ปฏิเสธไม่ซื้อสินค้าจากผู้จัดหาสินค้า (supplier) ซึ่งจำหน่ายสินค้าให้กับร้านขายส่งของชำคู่แข่งของผู้ปฏิเสธด้วยนั้นไม่ใช่พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 ของ FTC Act แต่อย่างใด ด้วยเหตุผลว่าผู้ปฏิเสธในคดีนี้ไม่มีอำนาจตลาดมากพอที่จะควบคุมตลาด (lack dominant control of the market) และเงื่อนไขทางการค้าที่ผู้จัดหาสินค้าทำกับผู้ปฏิเสธและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธยังมีเงื่อนไขที่เท่าเทียมกัน และเห็นได้จากคดี *FTC v. Curtis Pub. Co.*¹¹⁵ ที่ FTC วินิจฉัยว่าการที่บริษัทหนังสือพิมพ์ซึ่งมีผู้ใช้มีอำนาจเหนือตลาด (non-dominant) ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าเนื่องจากผู้จัดจำหน่ายดังกล่าวไปจัดส่งหนังสือพิมพ์ให้กับบริษัทหนังสือพิมพ์คู่แข่งด้วยนั้นไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 5 ของ FTC Act แต่อย่างใด¹¹⁶ จะเห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบการซึ่งมีได้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยากมากแม้จะเป็นการฟ้องร้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act ก็ตาม

4.2) การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ

ในหลายคดีศาลให้น้ำหนักว่าถ้าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีขึ้นอย่างเลือกปฏิบัติแล้ว ศาลมีแนวโน้มที่จะตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีเช่นนั้นมีความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่นในคดี *Lorain Journal Co. v. United States*¹¹⁷ ที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีความยินดีที่จะทำธุรกิจกับทุกบริษัทยกเว้นแต่บริษัทที่ไปลงโฆษณากับสถานีวิทยุซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดการให้บริการโฆษณาของผู้ปฏิเสธ อันเป็นการเลือกปฏิบัติแบ่งแยกบริษัททั่วไปกับบริษัทที่ไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของตน หรือเช่นในคดี *Otter Tail Power Co. v. United States*¹¹⁸ ที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีความยินดีที่จะทำธุรกิจกับทุกบริษัทยกเว้นแต่กับเพียงผู้ถูกปฏิเสธในคดีเนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธจะเข้ามาแข่งขันในตลาดเดียวกันกับผู้ปฏิเสธ และยังเห็นได้จากคดี *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*¹¹⁹ ที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีการเลือกปฏิบัติว่าจะยอมขายชิ้นส่วนของเครื่องถ่ายภาพเอกสารให้กับลูกค้าที่ซื้อบริการซ่อมบำรุงซ่อมแซมของผู้ปฏิเสธ

¹¹⁴ *FTC v. Raymond Bros.-Clark Co.* 263 U.S. 565 (1924).

¹¹⁵ *FTC v. Curtis Pub. Co.*, 260 U.S. 568, 579-82 (1923).

¹¹⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 118.

¹¹⁷ *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (U.S. Supreme Court 1951).

¹¹⁸ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

¹¹⁹ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451 (1992).

ด้วยเท่านั้นแต่จะไม่ยอมจำหน่ายชิ้นส่วนเครื่องถ่ายเอกสารให้กับบริษัทที่ไม่ยอมซื้อบริการซ่อมบำรุง ซึ่งทั้ง 3 คดีนี้ศาลตัดสินว่าผู้ปฏิเสธมีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ทั้งสิ้น¹²⁰

ผลคดีมักเป็นไปในทางตรงข้ามเมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มีข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นอย่างเลือกปฏิบัติ เช่นในคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*¹²¹ ที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีถูกฟ้องร้องตามมาตรา 2 ของ Sherman Act เนื่องจากไม่สามารถที่จะจัดให้คู่แข่งเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมได้อย่างเพียงพอ แต่ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าก่อนจะมีกฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคม ค.ศ. 1996 ผู้ปฏิเสธก็ไม่เคยให้ใครเชื่อมต่อโครงข่ายของตนเช่นเดียวกัน ผู้ปฏิเสธจึงไม่ได้มีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ จึงเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act เห็นได้ชัดเจนว่าข้อเท็จจริงเรื่องการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติมีความสำคัญต่อการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว¹²²

4.3) การมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร

หากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อน การปฏิเสธเช่นนั้นก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดได้มากกว่าการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรด้วยแล้วก็ยิ่งเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้มากขึ้น เห็นตัวอย่างได้จากคดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*¹²³ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธในคดีเคยทำธุรกิจจำหน่ายตั๋ว All Aspen ticket ร่วมกับผู้ถูกปฏิเสธเป็นระยะเวลายาวนานถึง 4 ปี และตลอดช่วงที่ทั้ง 2 ฝ่ายร่วมกันทำธุรกิจนั้นก็ได้รับกำไรเป็นอย่างดีแต่ต่อมาผู้ปฏิเสธกลับยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรนั้นลง ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเห็นว่าการที่ผู้ปฏิเสธยอมสละผลกำไรในระยะสั้นและผลประโยชน์ของผู้บริโภคนั้นก็เพื่อแลกกับผลกระทบในระยะยาวที่ผู้ถูกปฏิเสธจะต้องถูกกำจัดออกจากตลาดไปในที่สุด ศาลฎีกาจึงสรุปว่าผู้ปฏิเสธในคดีนี้มีเจตนาที่จะผูกขาดและมีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และยังเห็นตัวอย่างได้จากคดี *Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*¹²⁴

¹²⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 96-97.

¹²¹ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398, (2004).

¹²² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 97-98.

¹²³ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

¹²⁴ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451 (1992).

ซึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าก่อนที่ผู้ปฏิเสธจะไม่ยอมจำหน่ายชิ้นส่วนของเครื่องถ่ายเอกสารให้กับผู้ถูกปฏิเสธ ผู้ปฏิเสธเคยจำหน่ายชิ้นส่วนเครื่องถ่ายเอกสารให้กับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อนซึ่งก็ได้รับกำไรตามปกติ เป็นเหตุผลให้ศาล Ninth Circuit ตัดสินว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้มีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act¹²⁵

ผลคดีมักเป็นไปในทางตรงข้ามเมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร เช่น ในคดี *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*¹²⁶ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Verizon และผู้ประกอบการโทรคมนาคมคู่แข่งไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนอีกทั้งไม่อาจสรุปได้ว่าบริษัท Verizon ได้ยุติความสัมพันธ์ที่ได้กำไรเนื่องจากราคาที่บริษัท Verizon ได้รับจากการให้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมไม่ใช่เป็นราคาที่บริษัท Verizon ตั้งขึ้นเองหากแต่เป็นราคาที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายเกณฑ์ (regulation-imposed) จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act เห็นได้ชัดเจนว่าข้อเท็จจริงเรื่องความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรมีความสำคัญต่อการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว¹²⁷

4.4) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ

เมื่อผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ที่เป็นคู่แข่งของผู้ปฏิเสธนั้นอาจสรุปได้ว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธมีขึ้นเพื่อต่อต้านการแข่งขันเนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในกรณีเช่นนี้มีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ถูกปฏิเสธสำหรับการที่ไปเป็นคู่ค้าทางธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ และอาจเป็นการกีดกันคู่แข่งของผู้ปฏิเสธมิให้ได้รับวัตถุดิบหรือทรัพยากรต่าง ๆ หรือกีดกันคู่แข่งซึ่งมีให้ลูกค้าซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจในตลาดให้ประสบความสำเร็จ และยังผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดมากพอที่จะกำจัดผู้ถูกปฏิเสธหรือคู่แข่งให้ออกไปจากส่วนสำคัญของตลาดได้แล้ว ศาลมักมีแนวโน้มที่จะชี้ว่าการปฏิเสธนั้นมีเจตนาเพื่อที่จะต่อต้านการแข่งขัน¹²⁸

¹²⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 96-97.

¹²⁶ *Verizon Communications Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398, (2004).

¹²⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 97-98.

¹²⁸ *Ibid.*, 116.

ในคดี *Lorain Journal Co. v. United States*¹²⁹ บริษัทที่ประสงค์จะโฆษณาในบริเวณนั้นมีโอกาสทำได้อย่างมีประสิทธิภาพหากปราศจากการใช้บริการโฆษณาในหนังสือพิมพ์ของผู้ปฏิเสธซึ่งมีครัวเรือนในเมืองนั้นสมัครเป็นสมาชิกกว่าร้อยละ 99 ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่าการปฏิเสธของบริษัทหนังสือพิมพ์ที่จะให้บริการโฆษณาแก่บริษัทใดก็ตามที่ไปใช้บริการโฆษณาของสถานีวิทยุซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ปฏิเสธด้วยนั้นเป็นการพยายามขัดขวางคู่แข่งจากการเข้าสู่ตลาดโฆษณาในบริเวณนั้น¹³⁰

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นเพราะผู้ถูกปฏิเสธไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธนี้ แม้ผู้ปฏิเสธจะมีได้มีอำนาจผูกขาดอย่างชัดเจน (virtual monopoly)* แต่ศาลก็มักจะตัดสินว่าการปฏิเสธในลักษณะนี้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน เห็นตัวอย่างได้จากคดี *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*¹³¹ แม้บริษัทผู้ผลิตเครื่องมือทางทันตกรรมซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 75-80 แต่ก็ถูกศาลตัดสินว่ามีเจตนาที่จะขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้จำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นการละเมิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act แล้ว เมื่อบริษัทผู้ผลิตเครื่องมือทางทันตกรรมดังกล่าวปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าให้กับผู้จำหน่ายที่จำหน่ายสินค้าของคู่แข่งด้วย หรือเช่นในคดี *U.S. Horticultural Supply, Inc. v. Scotts Co.*¹³² ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าบริษัทผู้ผลิตปุ๋ยซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 75 มีเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงที่จะผูกขาดแล้วเมื่อบริษัทดังกล่าวยุติการทำธุรกิจกับผู้จำหน่ายที่จำหน่ายสินค้าของคู่แข่งด้วย บริษัทผู้ผลิตปุ๋ยจึงมีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act¹³³

แม้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะเกิดขึ้นเพราะผู้ถูกปฏิเสธไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธก็ตาม แต่ถ้าผู้ปฏิเสธไม่มีส่วนแบ่งตลาดที่มากพอ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัทที่ไปทำ

¹²⁹ *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (U.S. Supreme Court 1951).

¹³⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 116-117.

* ส่วนแบ่งตลาดเป็นหนึ่งในหลายปัจจัยที่ชี้ให้เห็นถึงอำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธ ปัจจัยที่สำคัญประการอื่น ได้แก่ การกระจุกตัวของตลาด และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

¹³¹ *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181, 188-89 (3d Cir. 2005).

¹³² *U.S. Horticultural Supply, Inc. v. Scotts Co.*, No. Civ.A.03-773, 2004 WL 1529185, at 1, 6-8 (E.D. Pa. Feb. 18, 2004).

¹³³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 117.

ธุรกิจกับคู่แข่งของตนนั้นก็ดูเหมือนว่าจะไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด เห็นได้จากตัวอย่างในคดี *FTC v. Raymond Bros.-Clark Co.* และ *FTC v. Curtis Pub. Co.* ที่ได้กล่าวถึงมาแล้ว¹³⁴

เห็นได้ชัดว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเพราะผู้ถูกปฏิเสธไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธหากมีข้อเท็จจริงประกอบว่าผู้ปฏิเสธนั้นมีอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดที่สูงมากพอที่จะยังส่งผลให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นนั้นมีความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มากยิ่งขึ้นและจากคดีที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นสามารถสรุปเป็นสมมติฐานได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ปราศจากอำนาจตลาด (no market power) ไม่สามารถมีเจตนาที่จะกีดกันคู่แข่งโดยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจกับคู่แข่งได้ และเมื่อไม่มีเจตนาจำกัดการแข่งขันเช่นนั้นแล้วการปฏิเสธดังกล่าวย่อมไม่มีความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้ง Sherman Act และ FTC Act¹³⁵

4.5) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ

แท้จริงแล้วการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นไม่ใช่การกระทำฝ่ายเดียวจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตของวิธานินท์เล่มนี้เนื่องจากการตัดสินใจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากดุลยพินิจของตัวผู้ปฏิเสธเอง แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมีข้อเท็จจริงเช่นว่านี้ปรากฏขึ้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นก็มิแน่ว่าจะเป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้ง่ายยิ่งขึ้นซึ่งมักจะถูกฟ้องโดยบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการตกลงร่วมกัน (concerted conduct)

หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจถูกกระตุ้นโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธจำนวนหลายราย แรงกดดันก็จะยิ่งมีมากขึ้นและทำให้โอกาสที่ผู้ปฏิเสธจะตัดสินใจได้เองนั้นลดน้อยลงไปด้วย ในคดี *Rossi v. Standard Roofing, Inc.*¹³⁶ มีข้อเท็จจริงว่าผู้จัดจำหน่ายวัสดุหลังคาและผนังจำนวน 3 รายกดดันผู้ผลิตให้ปฏิเสธการจำหน่ายสินค้าให้แก่คู่แข่งของผู้จัดจำหน่ายทั้ง 3 รายเนื่องมาจากการขายสินค้าตัดราคา โดยที่ผู้จัดจำหน่ายทั้ง 3 รายนั้นซื้อสินค้าจากผู้ผลิตคิดเป็นจำนวนมากถึงร้อยละ 44.5 ของยอดขายทั้งหมดของผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่ายทั้ง 3 รายดังกล่าวจึงมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่สำคัญ (substantial economic leverage) เหนือผู้ปฏิเสธ และยังพบว่าการปฏิเสธนั้นไม่สอดคล้องกับนโยบายส่วนตัวของผู้ผลิตที่โดยปกติแล้วจะจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ที่มาติดต่อทำธุรกิจทุกราย ในการ

¹³⁴ Ibid., 118.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ *Rossi v. Standard Roofing, Inc.*, 156 F.3d 452, 456-61 (3d Cir. 1998).

ตัดสินคดีศาลอุทธรณ์ภาค 3 มีความเห็นว่าลูกขุนซึ่งเป็นวิญญูชนย่อมเห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวมีสาเหตุมาจากแรงกดดันของผู้จัดจำหน่ายที่มารวมตัวกันมากกว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเอง นอกจากนี้ยังมีคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันเช่นคดี *Toledo Mack Sales, Inc. v. Mack Trucks, Inc.*¹³⁷ เป็นคดีที่บริษัทหลายบริษัทร่วมสมคบกันเพื่อกดดันผู้ผลิตให้หยุดทำธุรกิจกับคู่แข่งของบริษัทเหล่านั้น ศาลจึงเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ Sherman Act เนื่องจากการปฏิเสธมีสาเหตุมาจากแรงกดดันร่วมกันของคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ และในคดี *Bowen v. New York News, Inc.*¹³⁸ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัทหนังสือพิมพ์แห่งหนึ่งซึ่งมีการตีพิมพ์มากที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกาหยุดที่จะใช้ช่องทางการจัดจำหน่ายของผู้จัดจำหน่ายอิสระเนื่องจากผู้จัดจำหน่ายที่เป็นแฟรนไชส์จำนวนหลายบริษัทซึ่งจัดจำหน่ายหนังสือพิมพ์ของผู้ปฏิเสธเพียงเจ้าเดียวร้องขอมา จึงมีการนำคดีมาฟ้องว่าการปฏิเสธนั้นเป็นการละเมิดต่อมาตรา 1 ของ Sherman Act ศาลอุทธรณ์ภาค 2 เห็นว่าการเปลี่ยนวิธีการจัดจำหน่ายสินค้าของผู้ปฏิเสธไม่ได้เกิดขึ้นจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเองแต่เกิดจากการสมคบกันในแวดวงระหว่างบริษัทหนังสือพิมพ์ผู้ปฏิเสธกับผู้จัดจำหน่ายที่เป็นแฟรนไชส์ซึ่งมีเจตนาที่จะตัดแหล่งที่มาของสินค้าของผู้จัดจำหน่ายอิสระจึงทำการกำจัดผู้จัดจำหน่ายอิสระออกไปจากตลาดในฐานะที่เป็นคู่แข่ง¹³⁹

จากคดีทั้งหมดนี้ชี้ให้เห็นถึงประเด็นสำคัญก็คือการถูกกระตุ้นโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นมีผลทำให้แผนการทำธุรกิจที่เกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเปลี่ยนไปในทางตรงกันข้าม¹⁴⁰ ประเด็นสำคัญดังกล่าวนั้นก็ยังคงมีอยู่แม้จะเป็นการปฏิเสธที่ถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธเพียงบริษัทเดียวก็ตาม ในคดี *Harold Friedman Inc. v. Thorofare Markets, Inc.*¹⁴¹ ศาลอุทธรณ์ภาค 3 ปฏิเสธที่จะยกฟ้องคำฟ้องตามมาตรา 1 ของ Sherman Act ที่กล่าวหาต่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของห้างสรรพสินค้าที่จะต่อสัญญาเช่าให้กับร้านค้าในห้าง ศาลระบุว่า การปฏิเสธของห้างสรรพสินค้าดังกล่าวมิได้เกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระของห้างสรรพสินค้า แต่เกิดจากการกดดันของร้านค้าคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธซึ่งมีข้อตกลงพิเศษในสัญญาเช่ากับผู้ปฏิเสธและตัดสินว่ามี

¹³⁷ *Toledo Mack Sales, Inc. v. Mack Trucks, Inc.*, 530 F.3d 204, 225-26 (3d Cir. 2008).

¹³⁸ *Bowen v. New York News, Inc.*, 522 F.2d 1242, 1246-47 (2d Cir. 1975).

¹³⁹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 119-120.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 120.

¹⁴¹ *Harold Friedman Inc. v. Thorofare Mkts. Inc.*, 587 F.2d 127, 130-31, 144 (3d Cir. 1978).

ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าข้อตกลงพิเศษนั้นเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่

หากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ (substantial market power) ก็ไม่จำเป็นต้องอาศัยสิทธิตามสัญญา (contractual right) เพื่อชักจูงให้เกิดการปฏิเสธแต่อย่างใด ในคดี *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*¹⁴² มีข้อเท็จจริงว่าสมาคมผู้ค้าปลีกของเล่นแห่งชาติ (national toy retailer) ประสบความสำเร็จในการกระตุ้นให้บริษัทผู้ผลิตของเล่นรายใหญ่ ทั้ง 10 รายซึ่งผลิตของเล่นคิดเป็นจำนวนร้อยละ 40 ของของเล่นทั้งหมดในตลาด หยุดจำหน่ายของเล่นที่ได้รับความนิยมต่อร้านโกดังขายของเล่นที่นำของเล่นมาขายลดราคา (warehouse-type discounters) ศาลอุทธรณ์ภาค 7 ให้เหตุผลว่าการหยุดทำธุรกิจดังกล่าวเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับความต้องการที่แท้จริงของผู้ผลิตของเล่นที่ต้องการกระจายสินค้าของตนผ่านช่องทางการจัดจำหน่ายให้ได้มาก ๆ แต่ที่ผู้ผลิตของเล่นต้องปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก็เพราะว่าสมาคมผู้ค้าปลีกของเล่นแห่งชาติมีอำนาจตลาดเพียงพอที่จะบังคับเหนือผู้ผลิตของเล่นได้ ดังนั้นศาลอุทธรณ์ภาค 7 จึงเห็นด้วยกับความเห็นของ FTC ที่ว่าการปฏิเสธในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันสมาคมผู้ค้าปลีกของเล่นแห่งชาติจากการแข่งขันทางด้านราคาที่เกิดจากการลดราคาโดยร้านโกดังซึ่งเป็นคู่แข่งของสมาคม แต่ถ้าหากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นมิได้มีอำนาจเหนือผู้ปฏิเสธหรือเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลทางธุรกิจที่ฟังขึ้น การปฏิเสธเช่นนั้นก็อาจจะไม่พบว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันก็เป็นได้¹⁴³ เช่นในคดี *Blankenship v. Herzfeld*¹⁴⁴ ศาลอุทธรณ์ภาค 10 เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้จัดจำหน่ายโดยคำร้องขอของคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นเป็นการตัดสินใจโดยอิสระเนื่องจากคู่แข่งดังกล่าวไม่ได้มีอำนาจเหนือผู้ปฏิเสธ หรือในคดี *Dunnivant v. Bi-State Auto Parts*¹⁴⁵ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 11 เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้จัดจำหน่ายโดยคำร้องขอของคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นเป็นการตัดสินใจโดยอิสระเนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธซื้อสินค้าอย่างเอาแน่เอานอนไม่ได้¹⁴⁶

จากคดีทั้งหมดที่ปรากฏในหัวข้อนี้แสดงให้เห็นว่า หากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธมีอำนาจต่อรองมากเมื่อพิจารณาจากมุมมองของผู้ปฏิเสธทำให้ผู้ปฏิเสธไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้อง

¹⁴² *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928, 937 (7th Cir. 2000).

¹⁴³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 121.

¹⁴⁴ *Blankenship v. Herzfeld*, 661 F.2d 840, 844-45 (10th Cir. 1981).

¹⁴⁵ *Dunnivant v. Bi-State Auto Parts*, 851 F.2d 1575, 1580 (11th Cir. 1988).

¹⁴⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 121.

ปฏิบัติตามที่คู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธสั่งและหากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดที่มากพอเมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกการปฏิเสธ จนการปฏิเสธนั้นสามารถกำจัดให้ผู้ถูกปฏิเสธต้องออกไปจากการแข่งขันได้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกรณีเช่นนี้ก็ยังมีแนวโน้มที่จะเป็นความผิดได้มากขึ้น แสดงให้เห็นได้ว่าข้อเท็จจริงเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเกิดขึ้นจากการถูกระงับโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธสามารถช่วยชี้ให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้¹⁴⁷

4.6) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ

อย่างที่เคยกล่าวไว้ในหัวข้อผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแล้วว่าคนส่วนใหญ่อาจจะคิดว่าผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นการกำจัดผู้ประกอบการธุรกิจอื่นและลดการแข่งขันในตลาดไม่น่าจะมีความแตกต่างจากผลกระทบที่เป็นการปิดกั้นคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ เพราะคิดว่าผลกระทบทั้ง 2 กรณีนี้ทำให้เหลือคู่แข่งในตลาดน้อยลงเช่นเดียวกัน แต่แท้ที่จริงแล้วผลกระทบทั้ง 2 กรณีนี้มีความแตกต่างกันตรงที่การปิดกั้นคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธนั้นเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม (fundamental level) หรือในบางกรณีอาจเป็นการสร้างอุปสรรคตั้งแต่คู่แข่งยังไม่ได้เข้ามาแข่งขันในตลาดเลยเสียด้วยซ้ำ เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญความสามารถในการเข้าไปสู่กระบวนการการแข่งขันในตลาดแล้วจึงไม่แปลกใจที่ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการตรวจสอบการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ให้ผลเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดอย่างเข้มงวด¹⁴⁸ ฉะนั้นหากมีข้อเท็จจริงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวใดที่ส่งผลเป็นการปิดกั้นคู่แข่งจากการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธแล้วก็มีมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มากขึ้น

เห็นได้จากตัวอย่างในคดี *Otter Tail Power Co. v. United States*¹⁴⁹ มีข้อเท็จจริงว่าการปฏิเสธของบริษัทพลังงานที่ไม่ส่งกำลังไฟฟ้า (Wheels) หรือไม่ยอมขายพลังงานไฟฟ้าในราคาขายส่งให้กับระบบไฟฟ้าที่เทศบาลตั้งขึ้นมาใหม่ (municipal power system) นั้นสร้างความยากลำบากให้กับแผนที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดขายปลีกพลังงานไฟฟ้า (retail electric power markets) ของเทศบาลดังกล่าว การปฏิเสธในคดีนี้จึงถูกลงความเห็นว่ามีความเจตนาเพื่อรักษาสถานะความเป็นผู้ผูกขาดในตลาดนั้น หรือในคดี *E. Dental Corp. v. Isaac Masel Co.*¹⁵⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ทางทันตกรรมที่ใช้ในการจัดฟันหลายชนิดยุติการจำหน่ายสินค้า

¹⁴⁷ Ibid., 122.

¹⁴⁸ Ibid., 123.

¹⁴⁹ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 368-72, 377-79 (1973).

¹⁵⁰ *E. Dental Corp. v. Isaac Masel Co.*, 502 F.Supp. 1354, 1357-58 (E.D. Pa. 1980).

ให้กับผู้จัดจำหน่ายรายหนึ่งหลังจากที่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นสามารถผลิต elastics (หนังยางดึงฟันสำหรับจัดฟัน) ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ทางทันตกรรมที่ใช้ในการจัดฟันชนิดหนึ่งซึ่งผู้ปฏิเสธก็จำหน่ายสินค้าชนิดนี้อยู่เช่นกัน ทำให้ผู้ปฏิเสธเห็นว่าผู้จัดจำหน่ายดังกล่าวอาจเข้ามาแข่งขันในตลาดของผู้ปฏิเสธได้ ศาลในคดีนี้จึงตัดสินยืนตามความเห็นของลูกค้าที่เห็นว่าเจตนาของผู้ผลิตดังกล่าวมิขึ้นเพื่อรักษาสถานะความเป็นผู้ผูกขาดเอาไว้จากพฤติกรรมที่ผู้ผลิตปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าเพื่อกำจัดให้ผู้จัดจำหน่ายต้องออกไปจากการแข่งขันในตลาด elastics

แม้ว่าผู้ปฏิเสธจะยังมีได้ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดที่ตนมีความพยายามจะปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด แต่มีแผนที่จะเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้นในอนาคตอันใกล้ การปฏิเสธเช่นนั้นก็มีแนวโน้มที่จะถูกลงความเห็นว่ามิเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันเช่นเดียวกัน การปฏิเสธในกรณีนี้ส่วนใหญ่แล้วมักเกิดในตลาดที่มีการผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly market)* ซึ่งเป็นตลาดที่ต้องการให้มีผู้ประกอบการเพียงรายเดียวครองตลาดทั้งหมด ในคดี *Fishman v. Estate of Wirtz*¹⁵¹ กลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลกลุ่มที่หนึ่งซึ่งพยายามทำข้อตกลงซื้อทีมนักกีฬาบาสเกตบอลอาชีพภายใต้การอนุมัติจาก National Basketball Association (NBA) ต้องเสียข้อตกลงดังกล่าวไปให้กับกลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลอีกกลุ่มหนึ่ง เนื่องจากสมาชิกของกลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลกลุ่มที่สองนี้เป็นผู้ควบคุมสนามแข่งซึ่งทีมบาสเกตบอลตามข้อตกลงซื้อทีมดังกล่าวได้ใช้สนามแข่งนี้เป็นที่แข่งขันมานานหลายปีและได้ปฏิเสธไม่ให้กลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลกลุ่มที่หนึ่งเช่าสนามแข่ง กลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลกลุ่มที่หนึ่งจึงไม่มีทางเลือกอื่นเนื่องจากไม่ว่าจะทำอย่างไรกลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลกลุ่มที่สองก็ปฏิเสธไม่ยอมให้เช่าสนามแข่ง การปฏิเสธดังกล่าวจึงเป็นการปิดกั้นผู้ถูกปฏิเสธจากการเข้าสู่ตลาดและทำให้ผู้ปฏิเสธได้ครองตลาดการจัดการแข่งขันบาสเกตบอลอาชีพรอบสดในท้องถิ่นนั้น (local market for the presentation of live professional basketball) จากพฤติการณ์เช่นนี้จึงนำมาสู่คำตัดสินว่าการปฏิเสธของกลุ่มผู้ซื้อตัวนักกีฬาบาสเกตบอลกลุ่มที่สองในคดีนี้มีเจตนาเพื่อขจัดการแข่งขันและต้องมีความรับผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดภายใต้มาตรา 1 และมาตรา 2 ของ Sherman Act¹⁵²

* ในบางอุตสาหกรรมการผลิตที่ทำให้เกิดการประหยัดจากขนาด (economy of scale) จำเป็นต้องมีผู้ผลิตเพียงรายเดียว เพราะตลาดที่จะรองรับสินค้ามีขนาดจำกัด เพราะฉะนั้นการมีผู้ผลิตหลายรายจึงทำให้สินค้าล้นตลาด ผู้ผลิตรายใหญ่เพียงรายเดียวจึงมีต้นทุนที่ต่ำกว่าการมีผู้ผลิตรายย่อยหลาย ๆ ราย การผูกขาดลักษณะนี้จึงเป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) ตัวอย่างเช่น การผลิตสินค้าประเภทสาธารณูปโภค ได้แก่ ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท เป็นต้น

¹⁵¹ *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F.2d 520, 525-29 (7th Cir. 1986).

¹⁵² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 124-125.

4.7) การปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ

การที่ผู้ปฏิเสธไม่เคยทำธุรกิจร่วมกับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อนเป็นข้อบ่งชี้ให้เห็นว่าการปฏิเสธนั้นไม่มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันที่มีน้ำหนักมาก น้ำหนักของข้อบ่งชี้ดังกล่าวแทบจะมีน้ำหนักที่เด็ดขาด หากผู้ปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดที่เชื่อมโยงกันนั้นด้วย เพราะผู้ที่ไม่เคยมีส่วนร่วมหรือไม่เคยมีความเกี่ยวข้องในตลาดก็คงไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดที่ตนไม่เคยมีความเกี่ยวข้อง ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นเช่น คดี *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*¹⁵³ มีข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่อนุญาตให้คู่แข่งเข้าถึงโครงข่ายแม้คู่แข่งยอมเสียค่าใช้จ่ายให้ การปฏิเสธในคดีนี้ถูกตัดสินว่าไม่มีพยานหลักฐานใดชี้ว่ามีเจตนาเพื่อผูกขาดเนื่องจากผู้ปฏิเสธและผู้ประกอบการโทรคมนาคมคู่แข่งไม่เคยมีการติดต่อทำธุรกิจกันมาก่อน และมีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธก็ไม่เคยให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดเข้าเชื่อมต่อโครงข่ายของตนเช่นเดียวกัน ก่อนจะมีกฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคม ค.ศ. 1996 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมกับโครงข่ายโทรคมนาคมของตน และในคดี *In re Elevator Antitrust Litigation*¹⁵⁴ ซึ่งศาลอุทธรณ์ภาค 2 ได้ตัดสินยกฟ้องคำฟ้องตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ต่อการปฏิเสธของบริษัทผู้ผลิตลิฟต์ที่ไม่ยอมจำหน่ายชิ้นส่วนและเครื่องมือที่สำคัญที่ใช้ซ่อมแซมบำรุงรักษาลิฟต์ของผู้ผลิต โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายนี้ไม่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน (no prior relationship between parties) แทนที่ศาลจะให้น้ำหนักไปกับเรื่องความสามารถของผู้ปฏิเสธในการควบคุมการให้บริการซ่อมบำรุงลิฟต์ที่จำหน่ายออกไปแล้วในตลาด เนื่องจากบริการซ่อมบำรุงเป็นปัจจัยสำคัญในการรักษาชื่อเสียงของสินค้า ความน่าเชื่อถือรวมทั้งความปลอดภัย แต่ศาลกลับให้น้ำหนักไปกับข้อเท็จจริงเรื่องการไม่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนมากกว่า¹⁵⁵

ข้อบ่งชี้ยังสามารถยืนยันว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้อยู่ แม้จะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายโดยเฉพาะเจาะจง แต่ในขณะที่เดียวกันผู้ปฏิเสธนั้นยังคงทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาด

¹⁵³ *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407-11, 416 (2004).

¹⁵⁴ *In re Elevator Antitrust Litig.*, 502 F.3d 47, 48-54 (2d Cir. 2007).

¹⁵⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 126.

เดียวกัน เห็นได้จากคดี *RxUSA Wholesale, Inc. v. Alcon Laboratories, Inc.*¹⁵⁶ ที่บริษัทผู้ขายส่งยานำคดีมาฟ้องโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act กล่าวหาต่อบริษัทผู้ผลิตยาที่ปฏิเสธไม่จำหน่ายยาให้กับตนในขณะที่ยังจำหน่ายยาให้กับบริษัทผู้ขายส่งยาบริษัทอื่น คำฟ้องของผู้ขายส่งยาดังกล่าวถูกยกฟ้องโดยศาลให้เหตุผลว่าคู่กรณีไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน (no prior course of dealing between the parties)¹⁵⁷

ในทางตรงกันข้าม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน ข้อเท็จจริงนี้ก็มักมีบทบาทสำคัญในการพิสูจน์ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวเช่นนั้นมีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน¹⁵⁸ ในคดี *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*¹⁵⁹ ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นสำหรับการเล่นสกีรายใหญ่ ยุติการทำกิจการร่วมค้ากับคู่แข่งทั้ง ๆ ที่กิจการนั้นประสบความสำเร็จดี การยุติการทำธุรกิจร่วมกันดังกล่าวแสดงออกถึงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ที่ยอมสละผลประโยชน์ในระยะสั้น (sacrifice short-run benefits) เพื่อแลกกับผลประโยชน์ที่เป็นการขจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดในระยะยาวซึ่งผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ในคดีนี้ยอมคาดหมายให้ตลาดมีการแข่งขันน้อยลง หรือในคดี *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*¹⁶⁰ ที่ศาลได้ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีเจตนาเพื่อขจัดคู่แข่งขึ้นโดยเจตนาดังกล่าวเห็นได้จากนโยบายของผู้ผลิตชิ้นส่วนเครื่องถ่ายภาพเอกสารที่ตัดสินใจไม่จำหน่ายชิ้นส่วนของตนให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ซื้อบริการซ่อมแซมเครื่องถ่ายภาพเอกสารของตนด้วย ทั้ง ๆ ที่ก่อนจะใช้นโยบายนี้ผู้ผลิตก็เคยขายชิ้นส่วนเครื่องถ่ายภาพเอกสารให้กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นทุกรายและก็ได้รับกำไรตามปกติ คดีนี้ก็เป็นอีกหนึ่งคดีที่แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของข้อเท็จจริงที่ว่าถ้าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนจะสามารถช่วยพิสูจน์ถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้¹⁶¹

¹⁵⁶ *RxUSA Wholesale, Inc. v. Alcon Labs., Inc.*, 661 F.Supp.2d 218, 225, 228-29 (E.D.N.Y. 2009), *aff'd*, *RxUSA Wholesale, Inc. v. Alcon Labs., Inc.*, 391 Fed.App'x 59 (2d Cir. 2010).

¹⁵⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 126.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 127.

¹⁵⁹ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 610-11 (1985).

¹⁶⁰ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451 (1992).

¹⁶¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 127.

แม้ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ชี้ให้เห็นว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันอันมีน้ำหนักมากก็ตาม แต่การที่ทั้ง 2 ฝ่ายไม่เคยมีความสัมพันธ์เช่นนั้นก็ได้หมายความว่าสามารถสรุปได้โดยอัตโนมัติว่าการปฏิเสธในคดีนั้นไม่ได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันเสียในทันที¹⁶² แม้ในคดี *In re Elevator Antitrust Litigation*¹⁶³ ศาลอุทธรณ์ภาค 2 จะตัดสินว่าการปฏิเสธของบริษัทผู้ผลิตลิฟต์ในคดีนี้ไม่มีความผิดเนื่องจากผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนก็ตาม แต่ก็ดูเหมือนว่าจะไม่สอดคล้องกับคดี *Lorain Journal*¹⁶⁴ ที่ศาลฎีกาตัดสินว่าการปฏิเสธในคดีเป็นการละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act ทั้ง ๆ ที่คดีนี้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนก็ตาม แม้แต่ในคดี *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* ที่ตัดสินโดยศาลฎีกาซึ่งศาลในคดี *In re Elevator Antitrust Litigation* ได้นำหลักกฎหมายในคดี *Trinko* มาสนับสนุนคำตัดสินคดีของตน ก็ได้ยอมรับอย่างเป็นทางการถึงหลักที่ปรากฏอยู่ในคดี *Otter Tail Power Co. v. United States* ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจแม้ระหว่างคู่กรณีจะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนก็ยังคงอาจเป็นความผิดได้¹⁶⁵

มีข้อโต้แย้งว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งควรที่จะไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสียด้วยซ้ำ” เนื่องจากการที่คู่แข่งหันมาทำธุรกิจร่วมกันอาจมีแนวโน้มฮั้วกันได้ซึ่งเป็นสิ่งที่ชั่วร้ายที่สุดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งข้อโต้แย้งนี้ก็มีส่วนถูกอยู่บ้างถ้าเป็นกรณีที่ผู้ปฏิเสธกับคู่แข่งไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน การไปบังคับให้ทั้ง 2 ฝ่ายมาทำธุรกิจร่วมกันก็มีโอกาสที่ทั้ง 2 ฝ่ายจะฮั้วกันได้จริง แต่ในกรณีที่ทั้ง 2 ฝ่ายเคยทำธุรกิจร่วมกันมาก่อนในลักษณะที่ไม่มีการฮั้วกันแล้ว การบังคับให้ทั้ง 2 ฝ่ายกลับมาทำธุรกิจร่วมกันดังเดิมก็ดูเหมือนจะไม่ใช่การเพิ่มความเสี่ยงให้มีการฮั้วกันแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม แม้คู่กรณีจะไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนแต่ความเสี่ยงที่จะเกิดการฮั้วกันก็มีไม่สูงมากถ้าหากคู่กรณีต้องแข่งขันกันเพื่อครองตลาดทั้งหมด ในตลาดที่ผู้ชนะจะได้ครองตลาดทั้งหมด (winner-take-all markets) เช่นตลาดที่มีการผูกขาดโดยธรรมชาติหรือการประมูลโครงการขนาดใหญ่ การบังคับให้

¹⁶² Ibid., 128.

¹⁶³ *In re Elevator Antitrust Litig.*, 502 F.3d 47, 48-54 (2d Cir. 2007).

¹⁶⁴ *Lorain Journal v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

¹⁶⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 128.

คู่แข่งต้องมาทำธุรกิจร่วมกันไม่น่าจะนำมาสู่การฮั้วกันได้เพราะว่าโดยสภาพของตลาดดังกล่าวไม่สามารถแบ่งส่วนแบ่งตลาดและจัดสรรไปให้กับคู่แข่งรายอื่นได้¹⁶⁶

นอกจากการพิจารณาในมุมมองด้านเจตนาซึ่งการที่ไม่ปรากฏความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนมักจะถูกลือว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแล้ว หากพิจารณาในมุมมองด้านผลกระทบของการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจจะพบว่าความสัมพันธ์ทุกอย่าง เช่นทางด้านธุรกิจหรือด้านอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่ต้องมีการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์ทั้งสิ้น (relationship-specific investment) เช่นค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมต่าง ๆ หากการประกอบธุรกิจชนิดหนึ่งมีค่าใช้จ่ายที่เท่ากันแล้ว ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน ทั้ง 2 ฝ่ายนี้ย่อมไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์แต่อย่างใด ดังนั้นการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธน้อยกว่าการยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่¹⁶⁷

4.8) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่มีผิดสัญญา

วิธีที่ตรงไปตรงมาที่สุดที่ผู้ปฏิเสธจะสามารถอ้างว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของตนนั้นมีเหตุผลก็คือการแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกปฏิเสธเป็นคู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดี (poor partner) ไม่สมควรที่จะมีความสัมพันธ์กันต่อไป อาจสรุปได้ว่าคู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดีนั้นมีอยู่ 3 ประเภทซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับแล้วว่าการปฏิเสธต่อคู่ค้าทางธุรกิจทั้ง 3 ประเภทนั้นอาจเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลและไม่มีความรับผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด ซึ่งในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเฉพาะคู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดีประเภทที่ 1 ซึ่งก็คือคู่ค้าทางธุรกิจที่เป็นผู้ผิดสัญญาอันชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคู่ค้าที่ไม่ดีประเภทอื่น ๆ จะอธิบายในหัวข้อถัดไป เนื่องจากการผิดสัญญาเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนถึงความไม่น่าไว้วางใจหรือไม่น่าเชื่อถือของผู้ถูกปฏิเสธที่ผิดสัญญา ดังนั้นศาลจึงไม่เต็มใจนักที่จะตัดสินว่าการปฏิเสธต่อผู้ที่มีผิดสัญญาเช่นนี้ได้กระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน¹⁶⁸

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีที่เกิดขึ้นอย่างคดี *Moore v. New York Cotton Exchange*¹⁶⁹ มีข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบธุรกิจรับแลกเปลี่ยนฝ่ายรายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ผูกขาดปฏิเสธไม่รับใบเสนอราคาของบริษัทผู้รับแลกเปลี่ยนฝ่ายอีกรายหนึ่ง การปฏิเสธดังกล่าวมีเหตุผลว่า

¹⁶⁶ Ibid., 128-129.

¹⁶⁷ Ibid., 129.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ *Moore v. New York Cotton Exchange* 270 U.S. 593, 601-02 (1926).

สมาชิกเก่าและสมาชิกปัจจุบันของผู้ถูกปฏิเสธได้ทำผิดกฎหมายฐานเป็นผู้รับพนันหุ้ม (bucket shops) ซึ่งแทนที่จะมีการซื้อ ขาย โอนหุ้นและสินค้ากันจริงแต่กลับเป็นการพนันที่อิงอยู่กับความผันผวนของราคาหุ้นและสินค้าเท่านั้น โดยไม่มีการซื้อ ขาย โอนหุ้นและสินค้ากันจริงแต่อย่างใด ศาลฎีกาในคดีนี้ตัดสินว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นสิ่งที่เหมาะสมและไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act เนื่องจากการปฏิเสธดังกล่าวมีเจตนาเพื่อปกป้องมูลค่าของใบเสนอราคาจากการรับพนันหุ้ม ซึ่งการรับพนันหุ้มนี้ไม่เพียงแต่ผิดกฎหมายแต่ยังเป็นสิ่งที่ระบุห้ามไว้ในสัญญาที่ผู้ถูกปฏิเสธได้ลงนามไว้อีกด้วย¹⁷⁰

ในความเป็นจริงน้ำหนักของข้อบ่งชี้เรื่องการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธที่ผิดสัญญายังคงมีน้ำหนักมากแม้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจหลายราย (concerted refusal to deal) ซึ่งปกติแล้วจะเป็นพฤติกรรมที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายต่อต้านการผูกขาดอย่างเข้มงวดกว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว กระนั้นก็ตามปรากฏว่ามีบางคดีที่ศาลตัดสินว่าไม่พบเจตนาต่อต้านการแข่งขันจากการปฏิเสธโดยผู้ประกอบธุรกิจหลายรายต่อผู้ถูกปฏิเสธที่ผิดสัญญา¹⁷¹ ในคดี *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*¹⁷² มีข้อเท็จจริงว่าสหกรณ์ร้านค้าปลีกสินค้าเครื่องใช้ในสำนักงานแห่งหนึ่งขับไล่สมาชิกรายหนึ่งออกจากสหกรณ์โดยให้เหตุผลว่าสหกรณ์รายนั้นไม่ยอมแจ้งเรื่องการเปลี่ยนแปลงการถือหุ้นตามกฎหมายเกณฑ์ของสหกรณ์ (cooperative's bylaw) ให้สหกรณ์รับทราบหากสมาชิกในสหกรณ์มีการโอนเปลี่ยนมือกรรมสิทธิ์ในใบหุ้น ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริการะบุว่ากฎหมายเกณฑ์ของสหกรณ์เช่นนั้นเป็นวิธีการสำหรับการควบคุมและตรวจสอบความน่าเชื่อถือของสมาชิกในสหกรณ์และยังเป็นวิธีการที่สำคัญที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าสหกรณ์นั้นดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นศาลฎีกาจึงตัดสินว่าคำพิพากษาของศาลล่างที่ใช้หลักความผิดในตัวเอง (per se) ในการพิจารณาพฤติกรรมการขับไล่สมาชิกออกจากสหกรณ์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

สำหรับกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธที่ละเมิดต่อสัญญาอันจะเป็นข้อบ่งชี้ว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้นั้นต้องปรากฏว่าข้อสัญญาที่ถูกละเมิดในตัวเองต้องไม่มีเงื่อนไขที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าด้วย หากข้อสัญญาที่ถูกละเมิดมีเงื่อนไขอันมิชอบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วก็เท่ากับยังเป็นการส่งเสริมให้เห็นถึงเจตนาต่อต้าน

¹⁷⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 130.

¹⁷¹ *Ibid.*, 131.

¹⁷² *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 286-87 (1985).

การแข่งขันของผู้ปฏิเสธตนเอง¹⁷³ ในคดี *Osborn v. Sinclair Refining Co.*¹⁷⁴ มีข้อเท็จจริงว่าตัวแทนจำหน่ายน้ำมันแก๊สโซลีนยอมรับข้อตกลงกับบริษัทค้าน้ำมันว่าตนจะยอมซื้อยางรถยนต์แบบเตอรัลยนต์และอุปกรณ์เกี่ยวกับรถยนต์ยี่ห้อหนึ่งเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่บริษัทค้าน้ำมันนั้นจะยอมให้ตนเช่าปั้มน้ำมันและยอมจำหน่ายน้ำมันแก๊สโซลีนให้กับตนและเมื่อตัวแทนจำหน่ายน้ำมันดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นได้บริษัทค้าน้ำมันจึงยกเลิกสัญญาให้เช่าปั้มน้ำมันและสัญญาซื้อขายสินค้าทั้งหมด โดยศาลอุทธรณ์ภาค 4 ตัดสินว่ากรณีดังกล่าวนี้เป็นความผิดในเรื่องการขายพ่วง (tie-in) ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ Sherman Act อันเป็นการกลับคำพิพากษาของศาลล่างและย้อนสำนวนไปให้ศาลล่างตัดสินใหม่ จากเดิมที่เคยตัดสินว่าการยกเลิกสัญญานั้นเป็นคนละเรื่องกับข้อตกลงขายพ่วงและปฏิเสธที่จะให้ค่าเสียหายที่เกิดจากการยกเลิกสัญญากับตัวแทนจำหน่ายน้ำมัน ในการพิจารณาอุทธรณ์ครั้งใหม่ศาลอุทธรณ์ภาค 4 จึงตัดสินว่าการยกเลิกสัญญาให้เช่าปั้มน้ำมันดังกล่าวนั้นมีขอบด้วยกฎหมายเนื่องจากข้อสัญญาที่อ้างว่าผู้ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ให้ผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันซึ่งมีขอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ศาลให้เหตุผลเพิ่มเติมว่าการปฏิเสธในคดีนี้ไม่อาจอ้างความคุ้มกันตามหลัก Colgate ได้ เนื่องจากผู้ปฏิเสธมีเจตนาใช้การปฏิเสธเพื่อเป็นเครื่องมือในการจำกัดการแข่งขัน¹⁷⁵

ถ้าสิ่งที่ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามไม่ได้มีสภาพบังคับเป็นสัญญาแต่เป็นเพียงนโยบายฝ่ายเดียว (unilateral policy) ของผู้ปฏิเสธ คดีความต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก็มักจะชี้ว่าการปฏิเสธอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวนั้นมีแนวโน้มว่าเป็นการปฏิเสธที่ไม่ได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันเช่นกัน ในคดี *Morris Communications Corp. v. PGA Tour, Inc.*¹⁷⁶ ผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการรวบรวมคะแนนกอล์ฟซึ่งเป็นผู้ผูกขาดได้ตั้งนโยบายขึ้นมาว่าทุกคนที่เข้ามาในศูนย์ข้อมูลของตนจะต้องไม่นำข้อมูลเกี่ยวกับคะแนนกอล์ฟที่ได้รับจากศูนย์ข้อมูลออกไปจำหน่ายให้กับบุคคลภายนอกซึ่งมิได้สมัครเป็นสมาชิก หากผู้ใดไม่ปฏิบัติตามนโยบายนี้ผู้ผูกขาดก็จะห้ามมิให้ผู้นั้นเข้ามาในศูนย์ข้อมูลของตนอีก จึงมีบริษัทที่ไม่เห็นด้วยกับนโยบายดังกล่าวนำคดีไปฟ้องต่อศาลโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 2 ของ Sherman Act เพื่อให้บริษัทผู้ผูกขาดดังกล่าวอนุญาตให้ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามนโยบายนั้นสามารถเข้าไปในศูนย์ข้อมูลได้ดังเดิม ศาลอุทธรณ์ภาค

¹⁷³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 131.

¹⁷⁴ *Osborn v. Sinclair Ref. Co.*, 324 F.2d 566, 568-69 (4th Cir. 1963).

¹⁷⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 132.

¹⁷⁶ *Morris Commc'ns Corp. v. PGA Tour, Inc.*, 364 F.3d 1288, 1290-92 (11th Cir. 2004).

11 เห็นว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธในคดีนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันคู่แข่งของตนจากการได้ประโยชน์จากการลงทุนของตนไปฝ่ายเดียวโดยคู่แข่งไม่ได้เสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด (free riding) ในการพัฒนาคิดค้นระบบรวบรวมคะแนนกอล์ฟอันเป็นระบบที่ทันสมัยที่สุด (state-of-the-art) หรือเช่นในคดี *Trans Sport, Inc. v. Starter Sportswear, Inc.*¹⁷⁷ ผู้ผูกขาดในคดีนี้เป็นผู้ผลิตสินค้าที่มีนโยบายว่าห้ามมิให้ผู้ค้าปลีกของตนนำสินค้าที่ตนจำหน่ายให้ไปจำหน่ายต่อให้กับผู้ค้าปลีกรายอื่นหรือห้ามผู้ค้าปลีกของตนขนถ่ายสินค้าที่ตนจำหน่ายให้ไปยังเรือของผู้ค้าปลีกรายอื่นอีก ซึ่งนโยบายนี้ถูกเรียกว่านโยบายห้ามขนถ่ายสินค้าไปยังเรือลำอื่น (no transshipment policy) มีผู้ค้าปลีกของผู้ผูกขาดบางรายไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าวผู้ผูกขาดจึงปฏิเสธไม่ธุรกิจด้วย จึงมีการนำคดีมาฟ้องตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ตัดสินว่านโยบายนี้มีขึ้นเพื่อป้องกันสินค้าปลอมและช่วยรักษาภาพลักษณ์และคุณภาพของสินค้าของผู้ผูกขาดจากผู้ค้าปลีกที่มีได้รับอนุญาตจากผู้ผูกขาดจึงไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act และถ้านโยบายฝ่ายเดียวนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพของการรวมกลุ่มทางธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งจัดตั้งขึ้นระหว่างบริษัทที่เป็นคู่แข่งกัน การที่คู่กรณีคนใดในกลุ่มธุรกิจนั้นไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าวอาจเป็นข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้ แม้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจหลายรายก็ตาม¹⁷⁸ ในคดี *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*¹⁷⁹ ศาลตัดสินว่าการที่ตัวแทนสายการเดินรถตู้หลายรายร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัทรถตู้อื่น ๆ ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายที่ตัวแทนสายการเดินรถตู้ตั้งขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาการใช้ทรัพยากรโดยไม่ยอมเสียค่าใช้จ่าย (free-riding) นั้น ศาลไม่เห็นว่าการรวมกลุ่มปฏิเสธดังกล่าวมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด

น้ำหนักของข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันในกรณีที่ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวนั้น ดูจะมีน้ำหนักน้อยกว่าการที่ผู้ถูกปฏิเสธละเมิดสัญญา ในขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจแม้จะเป็นผู้ผูกขาดก็สามารถยุติความสัมพันธ์กับผู้ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่ถ้าหากเป็นเพียงการที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียว ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่ตั้งนโยบายนั้นขึ้นมาสามารถยุติความสัมพันธ์ได้แต่ในเฉพาะกรณีที่นโยบายฝ่ายเดียวนั้นให้

¹⁷⁷ *Trans Sport, Inc. v. Starter Sportswear, Inc.*, 964 F.2d 186, 188-91 (2d Cir. 1992).

¹⁷⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 133.

¹⁷⁹ *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 229 (D.C. Cir. 1986).

ประสิทธิภาพมากกว่าความเสียหายที่เป็นการขจัดการแข่งขันที่เกิดจากการปฏิเสธ¹⁸⁰ กล่าวคือ ถ้าผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ผิดสัญญา ศาลก็มีแนวโน้มที่จะตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในกรณีเช่นนั้นไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้ง่ายกว่ากรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธเป็นเพียงผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียว จะเห็นได้จากคดีดังต่อไปนี้ว่าถ้าเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวต้องมีการพิสูจน์ถึงประโยชน์ของนโยบายและความเสียหายที่เป็นการขจัดการแข่งขัน ในคดี *PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Prods., Inc.*¹⁸¹ การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าให้กับผู้ถูกปฏิเสธที่ไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายการกำหนดราคาขายต่อนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดแต่อย่างใด โดยศาลอุทธรณ์ภาค 5 ให้เหตุผลว่าผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันมีมากกว่าประโยชน์ของนโยบายที่ช่วยสนับสนุนให้มีการแข่งขัน ที่น้ำหนักของข้อบ่งชี้ว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวนั้นมีน้ำหนักน้อยกว่าการที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก็เพราะการฝ่าฝืนนโยบายฝ่ายเดียวนั้นกระทบแต่เพียงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากนโยบายนั้นเท่านั้น แต่การไม่ปฏิบัติตามสัญญานอกจากจะเป็นการกระทบต่อประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากสัญญาแล้ว ยังเป็นการทำลายความผูกพันอันชอบด้วยกฎหมายของสัญญาและยังทำให้คู่สัญญาสูญเสียความไว้วางใจจากการที่สัญญาถูกทำลายลงอีกด้วย ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจึงเป็นข้อบ่งชี้ว่ามีได้กระทำความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีน้ำหนักมากกว่า¹⁸² ฉะนั้นหากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ที่ผิดสัญญาแล้วจึงไม่ควรมาเรียกร้องให้ผู้ปฏิเสธต้องรับผิดชอบใด ๆ ได้

เป็นเรื่องประหลาดที่บ่อยครั้งเมื่อสัญญาที่มีข้อตกลงอันผิดกฎหมายระงับลงแล้ว ผู้ถูกปฏิเสธมักมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลตัดสินลงโทษผู้ปฏิเสธสำหรับการยุติสัญญาที่ผิดกฎหมายนั้น อาจมีบางคนโต้แย้งว่าการนำคดีมาฟ้องร้องนั้นก็เพื่อเป็นการชดเชยให้ผู้ถูกปฏิเสธสำหรับความเสียหายที่ได้รับจากสัญญาที่มีข้อตกลงเป็นการต่อต้านการแข่งขัน แต่เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วเมื่อผู้ถูกปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาที่มีข้อตกลงอันผิดกฎหมายอีกต่อไป ความสัมพันธ์ที่เหลือระหว่างกันก็จะได้รับการปรับเพื่อชดเชยผลประโยชน์ที่ต้องเสียไปจากข้อตกลงที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันนั้นได้เอง หรือถ้าข้อตกลงดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเข้ามาสร้างความสัมพันธ์กัน หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้นแล้วทั้ง 2 ฝ่ายก็คงไม่ตัดสินใจเข้ามาผูกสัมพันธ์กัน

¹⁸⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 133.

¹⁸¹ *PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Prods., Inc.*, 615 F.3d 412, 417-20 (5th Cir. 2010).

¹⁸² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 133.

ดังนั้นแล้วผู้ถูกปฏิเสธก็มีได้สูญเสียสิ่งใดไปจากการที่ตกลงเข้ามาผูกสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ปฏิเสธเลย การที่ผู้ถูกปฏิเสธยอมเข้ามาทำธุรกิจด้วยเช่นนี้แล้วกลับมาฟ้องเป็นคดีในภายหลังเมื่อความสัมพันธ์ไม่เป็นไปด้วยดี ซึ่งโจทก์ที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธนั้นก็รู้ถึงข้อตกลงที่มีชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วตั้งแต่เข้าทำสัญญาแต่ก็ยังยอมเข้าทำสัญญาด้วยนั้นอาจขัดต่อหลักมือสะอาด (Doctrine of clean hand) ซึ่งมีหลักอยู่ว่าผู้ที่จะใช้สิทธิทางศาลต้องมาศาลด้วยมือสะอาด ภายใต้หลักนี้จึงไม่ยอมรับให้ผู้ถูกปฏิเสธมาใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องกล่าวหาว่าสัญญาที่ตนเข้าไปผูกพันด้วยนั้นมิชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธก็รู้ถึงข้อตกลงที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นอยู่แล้วตั้งแต่ต้นแต่กลับเข้าเสี่ยงภัยทำสัญญาด้วยเอง อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาในประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธอย่างชัดเจนที่จะรับฟังข้อต่อสู้เรื่องหลักมือสะอาดในการฟ้องร้องคดีต่อต้านการผูกขาดโดยเอกชน (private antitrust suit)¹⁸³

การไม่รับฟังข้อต่อสู้ของผู้ปฏิเสธเรื่องหลักมือสะอาดนั้นเป็นสิ่งที่สามารถเข้าใจได้เมื่อเปลี่ยนความสนใจจากการเข้าทำสัญญาของผู้ถูกปฏิเสธมาเป็นให้ความสนใจกับเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธแทน มาตรการป้องปรามที่มีประสิทธิภาพนั้นจะต้องลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่มีเจตนาพยายามจะจำกัดการแข่งขันมิใช่ไปลงโทษคู่สัญญาฝ่ายที่ยอมเข้าทำสัญญาด้วยอย่างไม่เต็มใจแต่ที่ต้องทำไปก็เพราะเพียงแต่หวังประโยชน์จากความสัมพันธ์ซึ่งในบางกรณีสัญญาที่มีข้อตกลงอันผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดก็มีด้านที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ด้วย การยอมรับข้อต่อสู้เรื่องหลักมือสะอาดของผู้ปฏิเสธในบริบทของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดก็เท่ากับเป็นการสนับสนุนให้พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันต่าง ๆ เช่น การกำหนดราคาขายต่อหรือการขายพ่วงหรือการกำหนดตัวลูกค้าเข้มแข็งขึ้น และยังเป็น การส่งเสริมให้ผู้ปฏิเสธกระทำพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่นนั้นต่อไปกับความสัมพันธ์ทางธุรกิจอื่น ๆ อีกในอนาคต ดังนั้นศาลจึงต้องลงโทษการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นเครื่องมือบังคับให้พฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเหล่านั้นบรรลุผล เพื่อที่ศาลจะสามารถจัดการกับต้นตอของปัญหาได้นั้นก็คือเจตนาของผู้ปฏิเสธที่เป็นการต่อต้านหรือจำกัดการแข่งขันนั่นเอง¹⁸⁴

4.9) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพ

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะถูกสันนิษฐานว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ไร้ประสิทธิภาพ (poor performer) สิทธิของผู้ประกอบธุรกิจในการเลือกคู่สัญญาของตนด้วยเหตุผลด้านความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นเป็น

¹⁸³ Ibid., 133-134.

¹⁸⁴ Ibid., 134.

สิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขัน ดังนั้นหากมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ การปฏิเสธเช่นนั้นก็ไม่ถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใดโดยไม่ต้องคำนึงถึงการปฏิเสธดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ขึ้นในระยะสั้นบ้างก็ตาม แม้นิยามคำว่าประสิทธิภาพ (performance) จะมีความหมายคลุมเครือยากที่จะให้คำนิยาม แต่ก็ไม่มีควมจำเป็นอย่างใดที่จะต้องให้นิยามถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนเพื่อที่จะจำแนกออกจากนิยามคำว่าไร้ประสิทธิภาพ เพียงแค่ผู้ถูกปฏิเสธไม่อาจชำระหนี้ให้ตรงตามกำหนดระยะเวลาได้ก็ถือเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นธรรมแล้ว¹⁸⁵

ในประเทศสหรัฐอเมริกา คดี *Americom Distributing Corp. v. ACS Communications Inc.*¹⁸⁶ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทผู้จัดจำหน่ายหุฟังไม่สามารถชำระเงินต่อบริษัทผู้ผลิตหุฟังให้ตรงตามกำหนดระยะเวลาได้และยังยกเลิกข้อตกลงที่ทำไว้กับธนาคารซึ่งให้สิทธิแก่ธนาคารในการเก็บเงินโดยตรงจากลูกค้าของผู้จัดจำหน่ายเพื่อนำไปชำระให้กับผู้ผลิตก่อนที่จะนำมาจ่ายให้กับผู้จัดจำหน่ายโดยไม่ได้แจ้งให้ผู้ผลิตทราบถึงการยกเลิกข้อตกลงดังกล่าวก่อน เมื่อผู้ผลิตทราบว่าผู้จัดจำหน่ายยกเลิกข้อตกลงเช่นนั้นผู้ผลิตจึงระงับการจัดส่งสินค้าและหลังจากนั้นไม่นานก็ยุติการจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายอีก ศาลอุทธรณ์ภาค 5 ตัดสินว่าการยุติการทำธุรกิจในคดีนี้มีเหตุผลเพียงพอเนื่องจากผู้จัดจำหน่ายไม่สามารถชำระเงินได้ตรงเวลาโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีการสมรู้คิดกันระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายรายใหม่หรือไม่อย่างไร เช่นเดียวกันกับในคดี *Burdett Sound, Inc. v. Altec Corp.*¹⁸⁷ ศาลอุทธรณ์ภาค 5 ในคดีนี้เห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้ไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย Sherman Act ในการที่ผู้ปฏิเสธยุติการทำธุรกิจกับผู้รับเหมาก่อสร้างเนื่องจากผู้รับเหมาก่อสร้างมีแนวโน้มว่าจะชำระเงินล่าช้าและยังค้างชำระหนี้ผู้ปฏิเสธเป็นเงินประมาณ 127,000 ดอลลาร์สหรัฐ¹⁸⁸

นอกจากการไม่สามารถชำระหนี้ให้ตรงตามกำหนดระยะเวลาแล้วยังปรากฏว่ามีปัจจัยอื่น ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงความไร้ประสิทธิภาพได้อีก เช่น การตัดสินใจที่ไม่ดี (poor judgment) ก็เป็นตัวอย่างหนึ่ง ในคดี *Germon v. Times Mirror Co.*¹⁸⁹ เกิดกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไปทะเลาะกับลูกค้าซึ่งเป็นลูกค้าที่ทำธุรกิจร่วมกันมาอย่างยาวนานจนถึงขั้นขว้างปาสิ่งของใส่กัน แต่การที่ผู้ถูก

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ *Americom Distrib. Corp. v. ACS Commc'ns, Inc.*, 990 F.2d 223, 225 (5th Cir. 1993).

¹⁸⁷ *Burdett Sound, Inc. v. Altec Corp.*, 515 F.2d 1245, 1247 (5th Cir. 1975).

¹⁸⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 135.

¹⁸⁹ *Germon v. Times Mirror Co.*, 520 F.2d 786, 787 (9th Cir. 1975).

ปฏิเสธมียอดขายที่ไม่ดีและมีนโยบายส่งเสริมการขายที่ไร้ประสิทธิภาพ (poor sales and promotion) จนนำมาสู่การปฏิเสธนั้นปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งกว่า¹⁹⁰ เช่น ในคดี *Becker v. Egypt News Co., Inc.*¹⁹¹ มีข้อเท็จจริงว่าผู้ค้าส่งรายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ผูกขาดสิ่งพิมพ์เกี่ยวกับกีฬาแข่งม้ายุติการทำธุรกิจกับผู้ค้าปลีกรายหนึ่งโดยให้เหตุผลว่าผู้ค้าปลีกรายนั้นมีนโยบายส่งเสริมการขายสิ่งพิมพ์ดังกล่าวที่ไม่มีประสิทธิภาพ และยังจัดแผนวางจำหน่ายสิ่งพิมพ์ไม่ดี โดยมีรูปภาพ ป้าย แผ่นพับที่ไม่ดึงดูด ตลอดจนยอดขายลดลงทั้ง ๆ ที่จำนวนผู้ชมกีฬาแข่งม้ามีจำนวนสูงขึ้น ศาลอุทธรณ์ภาค 8 จึงเห็นว่าการยุติการทำธุรกิจในคดีนี้เป็นสิ่งที่สมควรแล้วโดยศาลให้เหตุผลว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธในคดีนี้ไม่ได้มีขึ้นเพื่อขับไล่คู่แข่งให้ออกไปจากตลาดแต่มีเจตนาเพื่อป้องกันสิทธิในการจัดจำหน่ายสินค้าของตน (distribution right) โดยการเลือกผู้ค้าปลีกที่มีประสิทธิภาพที่สุดเพื่อให้รับผิดชอบจำหน่ายสินค้าในบริเวณนั้น ๆ เช่นเดียวกันกับคดี *Sargent-Welch Scientific Co. v. Ventron Corp. & Ventron Instruments Corp.*¹⁹² ที่ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของบริษัทผู้ผลิตเครื่องชั่งน้ำหนักระดับไมโครกรัม (microbalance) ต่อผู้จัดจำหน่ายนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act แม้ว่าผู้ปฏิเสธจะเป็นผู้ผูกขาดก็ตาม โดยศาลให้เหตุผลว่าการปฏิเสธนั้นมีสาเหตุมาจากยอดขายของผู้จัดจำหน่ายลดต่ำลงอย่างรุนแรงมากกว่าที่จะเป็นการใช้การปฏิเสธเพื่อเป็นเครื่องมือบังคับตามการขายพ่วง¹⁹³

แม้จะมีคดีมากมายที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพไว้ แต่น้ำหนักของข้อบ่งชี้ดังกล่าวนี้ดูเหมือนจะมีน้ำหนักไม่มากเท่ากับข้อบ่งชี้ในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธมีการละเมิดสัญญาหรือการละเมิดนโยบายฝ่ายเดียวที่ได้กล่าวถึงมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ เพราะความไร้ประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่ยากจะพิสูจน์ด้วยเหตุที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางอัตวิสัย (subjective nature) ผู้ถูกปฏิเสธมักจะไม่ยอมรับว่าตนเป็นผู้ไร้ประสิทธิภาพจนถึงขนาดต้องนำมาสู่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างที่ผู้ปฏิเสธกล่าวอ้าง อีกทั้งเรื่องประสิทธิภาพที่ไม่ดีของผู้ถูกปฏิเสธนี้ก็เป็นสิ่งที่ควรถูกตำหนิน้อยกว่าการละเมิดต่อสัญญาหรือนโยบายด้วย หากพิจารณาในเรื่องเจตนาคงแทบไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่

¹⁹⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 135.

¹⁹¹ *Becker v. Egypt News Co., Inc.*, 713 F.2d 363, 365 (8th Cir. 1983).

¹⁹² *Sargent-Welch Scientific Co. v. Ventron Corp. & Ventron Instruments Corp.*, No. 72 C 2330, 1979 WL 1588, at 2-3 (N.D. Ill. Feb. 16, 1979).

¹⁹³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 135-136.

ตั้งใจดำเนินธุรกิจให้ไม่มีประสิทธิภาพ แต่ในขณะที่การละเมิดต่อสัญญาหรือนโยบายนั้นอาจเกิดขึ้นโดยเจตนาได้โดยเป็นกลยุทธ์หนึ่งในการประกอบธุรกิจ เช่น พบว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นไปได้อย่างยากลำบากและมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญา เป็นต้น¹⁹⁴

ด้วยเหตุที่ความไร้ประสิทธิภาพของผู้ถูกปฏิเสธเป็นเรื่องทางอัตวิสัย ในบางคดีศาลจึงปฏิเสธที่จะรับฟังข้ออ้างดังกล่าวเนื่องจากอาจมีการยกข้ออ้างเรื่องความไร้ประสิทธิภาพนี้ขึ้นเพื่อปิดบังเจตนาที่แท้จริงซึ่งมุ่งต่อต้านการแข่งขัน¹⁹⁵ ในคดี *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*¹⁹⁶ ผู้ปฏิเสธอ้างว่าที่ตนต้องยุติการให้บริการตั๋ว All Aspen ticket ร่วมกับผู้ถูกปฏิเสธก็เพราะตนไม่ยอมรับร่วมทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธซึ่งเป็นผู้ให้บริการเล่นสกีที่มีคุณภาพต่ำ (inferior skiing services) อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ปฏิเสธที่จะรับฟังข้ออ้างดังกล่าวเนื่องจากศาลเห็นว่าผู้ปฏิเสธยังมีเจตนาที่จะทำธุรกิจร่วมกับผู้ถูกปฏิเสธในตลาดอื่น ๆ อยู่ ศาลจึงเห็นว่าการที่ผู้ปฏิเสธยกข้ออ้างเรื่องความไร้ประสิทธิภาพของผู้ถูกปฏิเสธขึ้นกล่าวอ้างนั้นก็เพื่อนำมาปิดบังเจตนาต่อต้านการแข่งขันซึ่งเป็นเจตนาที่แท้จริงของผู้ปฏิเสธ หรือในคดี *Milsen Co. v. Southland Corp.*¹⁹⁷ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 7 เห็นว่าคำพิพากษาของศาลล่างไม่ถูกต้องเนื่องจากศาลล่างเห็นว่าการยุติสัญญาแพรนไฮส์ต่อผู้รับสิทธิมีเหตุผลมาจากการที่ผู้รับสิทธิค้างชำระค่าธรรมเนียมตามสัญญาแพรนไฮส์เพียงเหตุผลเดียว แต่แท้ที่จริงแล้วการยุติสัญญาแพรนไฮส์ดังกล่าวยังถูกใช้เพื่อบังคับตามพฤติกรรมความร่วมมือกันกำหนดราคา (price-fixing) และการขายพ่วง (tying-arrangement) อีกด้วย

คดีต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ว่าความไร้ประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธสามารถช่วยชี้ให้เห็นได้ว่าผู้ปฏิเสธไม่ได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด¹⁹⁸

4.10) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับคู่สัญญาที่เป็นปรปักษ์

คู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดีประเภทสุดท้ายซึ่งถ้าหากถูกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยแล้ว การปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มว่าไม่ได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งก็คือคู่ค้าทางธุรกิจที่เป็นปรปักษ์กับผู้ถูกปฏิเสธ เป็นเรื่องปกติที่คู่สัญญาจะเข้ามาผูกสัมพันธ์ทางธุรกิจกันเมื่อทั้ง 2 ฝ่ายมีความสัมพันธ์อัน

¹⁹⁴ Ibid., 136.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 610-11 (1985).

¹⁹⁷ *Milsen Co. v. Southland Corp.*, 454 F.2d 363, 367-68 (7th Cir. 1971).

¹⁹⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 137.

อุทธรณ์ภาค 9 ตัดสินว่าการปฏิเสธของบริษัทผู้จัดจำหน่ายแผ่นเสียงที่ไม่จำหน่ายสินค้าให้ผู้ค้าปลีก หลังจากที่ถูกผู้ค้าปลีกฟ้องร้องเป็นคดีตาม Robinson-Patman Act นั้นเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากหากให้คู่กรณีคงความสัมพันธ์กันต่อไปก็จะนำมาซึ่งความเสี่ยงในการ ฟ้องร้องกันเสียมากกว่าที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ หรือในคดี *House of Materials, Inc. v. Simplicity Pattern Co.*²⁰³ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 2 มีความเห็นว่าความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้นต้องการ ความสามัคคีเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันดังนั้นหากคู่ค้าทางธุรกิจเกิดข้อพิพาทระหว่างกันจนถึงขนาด ฟ้องร้องเป็นคดีกันแล้วจึงเป็นเหตุผลทางธุรกิจที่พียงขึ้นสำหรับการยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้น จะมี ข้อยกเว้นอยู่บ้างก็แต่ในเฉพาะกรณีที่มีการปฏิเสธนั้นมีเจตนาเพื่อขัดขวางการดำเนินคดีที่มีการฟ้องร้อง กล่าวหาผู้ปฏิเสธซึ่งผู้ปฏิเสธมีแนวโน้มว่าจะแพ้คดี ในกรณีเช่นนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการปฏิเสธนั้น ไว้ในระหว่างพิจารณาเพื่อคุ้มครองความชอบธรรมของกระบวนการพิจารณาคดี เห็นได้จากคดี *Bergen Drug Co. v. Parke, Davis & Co.*²⁰⁴ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 3 มีคำสั่งให้ระงับการปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจนั้นไว้ในระหว่างที่ศาลพิจารณาคดี (pendente lite) เนื่องจากการปฏิเสธดังกล่าวอาจสร้าง ความเสียหายต่อการดำเนินคดีของผู้ถูกปฏิเสธได้ และในคดี *Milsen Co. v. Southland Corp.*²⁰⁵ ศาลอุทธรณ์ภาค 7 มีคำสั่งให้ระงับการเลิกสัญญาแพรนไซส์ในระหว่างที่ศาลพิจารณาคดีเนื่องจากการ เลิกสัญญาดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันได้²⁰⁶

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะยังถูกตัดสินว่าขาดเจตนาต่อต้านการ แข่งขันหากเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยแค่ช่วงระยะเวลาสั้น ๆ จำกัดอยู่เพียงช่วงเวลาที่มีคดีความ ระหว่างผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเท่านั้น ในคดี *Mutual Fund Investors, Inc. v. Putnam Mgmt. Co.*²⁰⁷ กลุ่มนักลงทุนในกองทุนรวม (mutual fund) ได้เลิกจ้างลูกจ้างที่กำลังวางแผนจะตั้งบริษัทเป็น ของตนเอง และเมื่อลูกจ้างคนดังกล่าวสามารถจัดตั้งบริษัทได้สำเร็จกลุ่มนักลงทุนนั้นจึงปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจด้วยและยังนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลระดับมลรัฐ (state court) กล่าวหาว่าลูกจ้างนั้นมีการ กระทำอันเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจนชนะคดี หลังจากนั้นลูกจ้างดังกล่าวจึงได้นำคดีมาฟ้อง กล่าวหาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของกลุ่มนักลงทุนนั้นเป็นความผิดตาม Sherman Act ศาลอุทธรณ์ ภาค 9 ชี้ว่าการปฏิเสธดังกล่าวเกิดขึ้นเพียงแค่ช่วงระยะเวลาที่มีการฟ้องร้องคดีต่อศาลระดับมลรัฐ

²⁰³ *House of Materials, Inc. v. Simplicity Pattern Co., Inc.*, 298 F.2d 867, 871 (2d Cir. 1962).

²⁰⁴ *Bergen Drug Co. v. Parke, Davis & Co.*, 307 F.2d 725, 728-29 (3d Cir. 1962).

²⁰⁵ *Milsen Co. v. Southland Corp.*, 454 F.2d 363, 365-67 (7th Cir. 1971).

²⁰⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 138-139.

²⁰⁷ *Mutual Fund Investors, Inc. v. Putnam Mgmt. Co.*, 553 F.2d 620, 623 (9th Cir. 1977).

เท่านั้นเพราะหลังจากนั้นคู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายยังทำสัญญาซื้อขายต่อกันอยู่ ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ได้ตัดสินว่าการปฏิเสธของกลุ่มนักลงทุนมีเจตนาเพียงเพื่อป้องกันเครือข่ายการขายของบริษัท (company's sales network) จากการที่ลูกจ้างรายนั้นอาจเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบได้ จึงเป็นการปฏิบัติทางธุรกิจที่มีเหตุผล (reasonable business practice) โดยที่ไม่มีเจตนาเพื่อผูกขาดหรือเจตนาเพื่อขจัดคู่แข่งแต่อย่างใด²⁰⁸

ความสัมพันธ์ในเชิงปรปักษ์ยังมีแนวโน้มที่จะสามารถใช้เป็นข้อบ่งชี้ได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นไม่มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน แม้สาเหตุของความเป็นปรปักษ์กันนั้นจะไม่ได้เกิดจากการที่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายฟ้องร้องเป็นคดีพิพาทระหว่างกันก็ตาม ในคดี *Fulton v. Hecht*²⁰⁹ ในปี ค.ศ. 1972 มีสโมสรผู้จัดการแข่งขันวิ่งแข่งสุนัขสโมสรหนึ่งชื่อว่า West Flagler Kennel Club ซึ่งมีจำเลยในคดีเป็นผู้บริหารและเป็นเจ้าของสโมสรได้ปฏิเสธที่จะต่อสัญญากับนาย George Fulton โจทก์ในคดี ผู้เป็นนักผสมพันธุ์สุนัขพันธุ์เกรย์ฮาวด์และยังนำสุนัขพันธุ์ดังกล่าวออกไปแข่งขันวิ่งแข่งตามสนามแข่งต่าง ๆ อีกด้วย คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่านาย George Fulton เป็นผู้เลี้ยงและเป็นนักแข่งวิ่งสุนัขพันธุ์เกรย์ฮาวด์มายาวนานกว่า 15 ปี โดยเขามักจะนำสุนัขออกไปแข่งขันที่บริเวณตอนใต้ของมลรัฐฟลอริดาซึ่งมีสนามแข่งวิ่งสุนัขใหญ่ ๆ ทั้งหมด 3 แห่งประกอบไปด้วย West Flagler Kennel Club, Miami Beach Kennel Club และ Biscayne Kennel Club สโมสรทั้ง 3 แห่งนี้จะมีการจัดสรรวันแข่งขันภายใต้ระเบียบว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคณะกรรมการมลรัฐฟลอริดา (Florida Board of Business Regulation) โดยสโมสรทั้ง 3 แห่งดังกล่าวสามารถจัดการแข่งขันได้สโมสรละ 109 วัน สโมสรต่าง ๆ จะทำสัญญากับเจ้าของสุนัขว่าจะอนุญาตให้เจ้าของสุนัขสามารถนำสุนัขเข้ามาแข่งขันในสนามแข่งของสโมสรนั้น ๆ ได้ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่เจ้าของสุนัขจะต้องส่งสุนัขลงแข่งขันตามจำนวนที่ตกลงกันไว้และสโมสรจะแบ่งปันกำไรที่ได้จากการจัดการแข่งขันให้เจ้าของสุนัขด้วย นอกจากนี้ถ้าหากสุนัขตัวใดแข่งขันก็จะได้รับรางวัลพิเศษเพิ่มเติมโดยสโมสรจะต่อสัญญากับเจ้าของสุนัขเป็นรายฤดูกาลไป ในฤดูร้อนของปี ค.ศ.1972 สโมสร West Flagler Kennel Club ซึ่งมีจำเลยในคดีเป็นผู้บริหารและเป็นเจ้าของได้ปฏิเสธที่จะต่อสัญญากับโจทก์สำหรับฤดูใบไม้ร่วงที่กำลังจะมาถึง โจทก์จึงนำมาฟ้องเป็นคดีนี้กล่าวอ้างว่าการปฏิเสธของจำเลยเป็นการละเมิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act โดยแสดงพยานหลักฐานว่าที่จำเลยปฏิเสธไม่ต่อสัญญาดังกล่าวกับโจทก์นั้นเป็นเพราะโจทก์เคยไปเป็นพยานในกรณีที่มีข้อพิพาทกันระหว่างสโมสรจำเลยกับ

²⁰⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 139-140.

²⁰⁹ *Fulton v. Hecht*, 580 F.2d 1243, 1245-46 (5th Cir. 1978).

สโมสร Biscayne Kennel Club เกี่ยวกับเรื่องการจัดสรรวันแข่งขันที่ไม่ลงตัวของการแข่งขันปี ค.ศ. 1973 จนมีเรื่องร้องเรียนถึงคณะกรรมการมลรัฐฟลอริดา คณะกรรมการดังกล่าวจึงเรียกให้โจทก์มาเป็นพยานซึ่งโจทก์ก็ได้ตอบรับต่อหมายเรียกนั้นพร้อมเปิดความสร้างความได้เปรียบให้แก่สโมสร Biscayne Kennel Club สุดท้ายแล้วคณะกรรมการมลรัฐฟลอริดาได้ตัดสินให้การจัดการแข่งขันในช่วงฤดูร้อนของปี ค.ศ. 1973 ตกเป็นของสโมสร Biscayne Kennel Club ซึ่งการจัดการแข่งขันในช่วงฤดูร้อนนี้มีผู้ชมเป็นจำนวนมากและจะสร้างกำไรให้สโมสรได้มากที่สุดและโดยปกติแล้วสโมสรจำเลยมักจะได้รับ การจัดสรรให้จัดการแข่งขันในช่วงฤดูร้อน โจทก์จึงกล่าวอ้างว่าจำเลยโกรธเคืองตนจากสาเหตุดังกล่าวจนไม่ต่อสัญญาในฤดูกาลหน้าให้ตน แต่ศาลอุทธรณ์ภาค 5 กลับตัดสินว่าการปฏิเสธของจำเลยในคดีนี้ไม่มีเจตนาเพื่อการผูกขาดแต่อย่างใดเนื่องจากแม้จะมีคำเบิกความของโจทก์หรือไม่ก็ก็ตาม จำเลยก็ยังได้รับการจัดสรรวันแข่งขันเป็นจำนวน 109 วันเท่าเดิมเพียงแต่ย้ายไปจัดในช่วงฤดูกาลอื่นของปี ค.ศ. 1973 คำเบิกความของโจทก์เพียงแต่ส่งผลให้จำเลยย้ายวันจัดการแข่งขันไปในฤดูกาลแข่งขันที่ได้กำไรน้อยลงเท่านั้น²¹⁰

ในประเทศสหรัฐอเมริกาถ้าความสัมพันธ์ในเชิงปรปักษ์นั้นเกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบ (wrongful conduct) ของผู้ปฏิเสธเอง แต่การกระทำโดยมิชอบดังกล่าวไม่ได้เป็นการจำกัดการแข่งขัน (competition-restraining) แล้ว ก็ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องเป็นคดีตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้²¹¹ เห็นได้จากคดี *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*²¹² บริษัท Discon เป็นบริษัทผู้รับถอดถอนการติดตั้งอุปกรณ์โทรศัพท์ที่ล้ำสมัยนำคดีมาฟ้องร้องกล่าวหาต่อบริษัท NYNEX ซึ่งเป็นบริษัทผู้ให้บริการโทรศัพท์ว่าตนถูกบริษัท NYNEX ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยโดยหันไปทำธุรกิจกับบริษัทคู่แข่งของตนเองแทน เนื่องจากตนไม่ปฏิบัติตามแผนงานของบริษัท NYNEX ที่ให้กระทำการหลอกลวงเจ้าหน้าที่และน้องลูกค้า เมื่อพิจารณาถึงแผนงานที่ไม่เหมาะสมนั้นแล้วศาลก็ยังเห็นว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้ไม่ได้สร้างความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้างเนื่องจากบริษัท NYNEX เป็นผู้ผูกขาดตลาดการให้บริการโทรศัพท์ที่ชอบด้วยกฎหมายอีกทั้งตลาดผู้ให้บริการถอดถอนอุปกรณ์โทรศัพท์ก็ยังคงเป็นตลาดที่มีการแข่งขันกันอยู่ โดยมีได้มีการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดอย่างชัดเจนต่อผู้ให้บริการถอดถอนอุปกรณ์โทรศัพท์รายอื่นแต่อย่างใด ศาลในคดีนี้ให้เหตุผลไว้ชัดเจนว่าถ้าไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้างแล้ว เพียงแค่เป็น

²¹⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 140.

²¹¹ *Ibid.*, 141.

²¹² *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 131-32 (1998).

การกระทำที่มีเหตุผลอันไม่เหมาะสมเช่น การเลือกปฏิบัติหรือการใช้ความรู้สึส่วนตัวหรือเป็นความประสงค์ร้ายก็ไม่สามารถฟ้องร้องการกระทำดังกล่าวให้ต้องรับผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของรัฐ (federal antitrust law) ได้ เช่นเดียวกับกับในคดี *Balaklaw v. Lovell*²¹³ ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ตัดสินว่าแม้โรงพยาบาลจะเลิกจ้างวิสัญญีแพทย์คนหนึ่งด้วยเหตุผลที่ว่าโรงพยาบาลไม่พอใจในเรื่องการใช้เงินของวิสัญญีแพทย์รายนั้น (economic vendetta) เนื่องจากวิสัญญีแพทย์คนดังกล่าวให้การช่วยเหลือผู้ป่วยมากเกินไป แต่ก็ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดแต่อย่างใดเนื่องจากในคำฟ้องไม่ได้กล่าวถึงความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้าง²¹⁴

4.11) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อสันนิษฐานที่มีน้ำหนักมากอยู่ข้อหนึ่งว่าผู้ประกอบการธุรกิจอาจเลือกและเปลี่ยนตัวคู่ค้าทางธุรกิจได้ตามที่ผู้ประกอบการนั้น ๆ เห็นสมควร ข้อสันนิษฐานนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดี *Ark Dental Supply Co. v. Cavitron Corp.*²¹⁵ ที่กล่าวไว้ว่าไม่อาจปฏิเสธได้ว่าผู้ผลิตรายเดียวหรือผู้ขายรายหนึ่งโดยปกติแล้วสามารถเลิกทำธุรกิจกับบริษัท A และย้ายไปประกอบธุรกิจกับบริษัท B ได้ ทั้งการย้ายการประกอบธุรกิจดังกล่าวยังคงสมบูรณ์อยู่แม้ว่าบริษัท B จะเป็นผู้ที่โน้มน้าวให้เกิดการย้ายการประกอบธุรกิจและแม้ว่าผู้ขายอาจจะทำข้อตกลงกับบริษัท B ก่อนที่ผู้ขายจะยุติการทำธุรกิจกับบริษัท A ก็ตาม หากจะกล่าวว่าเมื่อครั้งหนึ่งผู้ประกอบการได้เลือกคู่ค้าทางธุรกิจแล้วเขาจะต้องยึดติดกับคู่ค้ารายเดิมไปตลอดจนกว่าสัญญาจะระงับหรือจนกว่าคู่สัญญาจะมาตกลงยกเลิกสัญญากันใหม่นั้นก็ดูจะเป็นคำกล่าวที่เข้มงวดเสียจนเกินไป โดยแท้จริงแล้วการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะได้รับการพิจารณาว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเพื่อกลับไปทำธุรกิจกับคู่ค้าเดิม ดังเช่นในคดี *Ark Dental Supply Co. v. Cavitron Corp.* ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ตัดสินว่าการเปลี่ยนคู่ค้าจากตัวแทนจำหน่ายรายหนึ่งเพื่อไปทำธุรกิจกับตัวแทนจำหน่ายอีกรายหนึ่งซึ่งเคยรู้จักกันมาก่อนแล้วไม่เป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ Sherman Act หรือเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเพื่อไปทำธุรกิจกับคู่ค้ารายใหม่เลยก็ตาม ดังเช่นในคดี *Chandler Supply Co. v. GAF Corp.*²¹⁶ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ตัดสินว่าการเปลี่ยนคู่ค้าเพื่อไปทำธุรกิจกับตัวแทนจำหน่ายรายใหม่โดยมีเหตุผลว่ากำลังพยายามพัฒนาระบบการจัดจำหน่ายให้ดีขึ้นจึง

²¹³ *Balaklaw v. Lovell*, 14 F.3d 793, 796 n.7, 801 n.17 (2d Cir. 1994).

²¹⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 141.

²¹⁵ *Ark Dental Supply Co. v. Cavitron Corp.*, 461 F.2d 1093, 1094 (3d Cir. 1972).

²¹⁶ *Chandler Supply Co. v. GAF Corp.*, 650 F.2d 983, 989 (9th Cir. 1980).

ต้องกำจัดตัวแทนจำหน่ายรายเดิมที่ไม่มีประสิทธิภาพและเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับตัวแทนจำหน่ายรายใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากกว่านั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ Sherman Act แต่อย่างใด หรือเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเพราะคู่สัญญาใหม่ชักจูงให้เปลี่ยนก็ตาม ดังเช่นในคดี *A. H. Cox & Co. v. Star Mach. Co.*²¹⁷ ศาลอุทธรณ์ภาค 9 พิจารณาการสมคบกันในแนวตั้งระหว่างผู้ปฏิเสธกับตัวแทนจำหน่ายรายใหม่ที่สมคบกันเรื่องการเปลี่ยนตัวแทนจำหน่ายคนปัจจุบันด้วยหลักเหตุและผล (rule of reason) โดยศาลให้เหตุผลว่า “สิทธิในการแนะนำ การนำเสนอ หรือการริเริ่มให้มีการเปลี่ยนตัวแทนจำหน่ายรายเดิมนั้นมิใช่เป็นสิทธิของผู้ผลิตสินค้าแต่เพียงผู้เดียว” เนื่องจาก “การเปลี่ยนตัวแทนจำหน่ายรายเดิมนั้นไม่ได้มีสาเหตุมาจากการชักจูง จูงใจหรือการริเริ่มของตัวแทนจำหน่ายรายใหม่แต่เพียงฝ่ายเดียว แต่มีสาเหตุมาจากการตัดสินใจทางธุรกิจโดยอิสระบนดุลยพินิจของผู้ผลิตสินค้าเองด้วยส่วนหนึ่ง” หรือเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยผู้เปลี่ยนมีเจตนาที่ไม่ดีก็ตาม ดังเช่นในคดี *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*²¹⁸ ซึ่งชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของ “เสรีภาพในการเปลี่ยนตัวคู่สัญญา” ว่ายังสามารถทำได้แม้การตัดสินใจเปลี่ยนตัวคู่สัญญานั้นจะเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรฐานที่เหมาะสมของศีลธรรมทางธุรกิจ (proper standards of business morality) ก็ตามและหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการตัดสินใจดังกล่าวอาจเรียกร้องให้มีการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (unfair competition law) หรือกฎหมายในเรื่องละเมิด หรือกฎระเบียบต่าง ๆ ได้ แต่มีอาจเรียกร้องให้มีการเยียวยาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของรัฐ (federal antitrust law) หรือเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยตกลงร่วมกันเปลี่ยน (concerted refusal) ก็ตาม ดังเช่นในคดี *Cartrade, Inc. v. Ford Dealers Adver. Ass'n of S. Cal.*²¹⁹ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ตัดสินว่าการที่ผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายรวมตัวกันเปลี่ยนตัวคู่สัญญานั้นไม่ได้มีเจตนาเพื่อจัดการแข่งขัน ก็ล้วนแล้วแต่ถือว่าไม่มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันทั้งสิ้น²²⁰

การที่ข้อเท็จจริงเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญามักถูกสรุปว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนั้นไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันเป็นเพราะ Sherman Act และ FTC Act มีแนวคิดที่มุ่งเน้นคุ้มครองตลาด (market-oriented perspective) แต่การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาจะส่งผลกระทบต่อเฉพาะคู่ค้าที่ถูกเปลี่ยนตัว (particular firm) เท่านั้น²²¹ ดังนั้นเมื่อการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาไม่อาจสร้าง

²¹⁷ *A. H. Cox & Co. v. Star Mach. Co.*, 653 F.2d 1302, 1305-07 (9th Cir. 1981).

²¹⁸ *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 131-32 (1998).

²¹⁹ *Cartrade, Inc. v. Ford Dealers Adver. Ass'n of S. Cal.*, 446 F.2d 289, 292-94 (9th Cir. 1971).

²²⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 142-143.

²²¹ *Ibid.*, 144.

ผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อตลาดหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อตลาดแล้วจึงไม่เป็นความผิดตาม Sherman Act และ FTC Act นั้นเอง

5) ผลกระทบของการปฏิเสธ

หลักทั่วไปของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเลือกคู่ค้าทางธุรกิจของตนได้และยังให้สิทธิปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวกับผู้ที่ตนไม่ประสงค์จะทำธุรกิจด้วยได้ภายใต้หลัก Colgate doctrine ที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดี *United States v. Colgate & Co.* ตั้งแต่ปี ค.ศ.1919 แต่ในปัจจุบันการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นนี้อาจเป็นความผิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act ถ้าหากการปฏิเสธส่งผลกระทบเป็นการกำจัดคู่แข่งและเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้ามการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวส่งผลกระทบในแง่ลบต่อคู่แข่ง (disadvantaging a rival) เพียงอย่างเดียว กรณีเช่นนี้ยังไม่อาจถือว่าเป็นความผิดต่อมาตรา 2 ของ Sherman Act อย่างไรก็ตาม ภายใต้มาตราดังกล่าวนี้มีได้หมายความว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะต้องส่งผลกระทบเป็นการกำจัดคู่แข่งทุกรายที่มีอยู่ในตลาดถึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้แต่อย่างไร²²²

ส่วนบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act ที่ควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นก็ต้องปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน²²³ หรือที่เรียกว่าต้องมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขัน (restrain of competition) ลงด้วยถึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ แม้หากพิจารณาตามตัวอักษรในมาตรา 5 ของ FTC Act แล้วจะพบว่ามาตรานี้ไม่ได้จำกัดการบังคับใช้เพียงแค่พฤติกรรมที่ต้องเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติมาตรานี้ดูเหมือนจะไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงพฤติกรรมที่เพียงแต่ไม่ชอบด้วยศีลธรรมทางธุรกิจ (legitimate business morality statute) หากแต่มุ่งควบคุมพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อตลาดในวงกว้างอยู่ดี ในระยะหลังจึงมีการโต้เถียงกันว่า FTC ควรปรับใช้มาตรา 5 นี้อย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น²²⁴

²²² Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 pp. 5-6.

²²³ Joshua D. Wright, *Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority*, p. 16.

²²⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 144.

สรุปได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act นี้มุ่งคุ้มครองการแข่งขันในตลาด ผู้ประกอบธุรกิจที่อาจจะมีผลได้ก็ต้องมีอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดที่มากพอ ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมิได้มีอำนาจเหนือตลาดจึงเป็นความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยากมาก แม้จะเป็นการฟ้องร้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 5 ของ FTC Act ก็ตาม

3.1.6.2 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

จากประสบการณ์ของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้เคยวินิจฉัยประเด็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายมานั้นยังไม่เคยมีคดีใดเลยที่ศาลพิพากษาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นนั้นเป็นความผิด ศาลจึงยังไม่มีโอกาสได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เอาไว้อย่างชัดเจน แต่จากคดีที่ศาลได้ตัดสินถึงการปฏิเสธประเภทนี้เอาไว้ในคดี *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt, Ltd.* และ *Anserphone, Inc. v. Bell Atlantic Corp.* พอสรุปเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายได้ว่า ถ้าหากโจทก์นำคดีมาฟ้องว่าจำเลยมีพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย เช่น ตั้งราคาสินค้าที่ทำธุรกิจกันในราคาที่สูงมากเกินไป หรือให้บริการที่มีคุณภาพต่ำมากเกินไป แต่กลับมีข้อเท็จจริงว่าในความเป็นจริงแล้วโจทก์ก็ยอมทำธุรกิจกับจำเลยภายใต้เงื่อนไขอันเป็นอุปสรรคนั้น และธุรกิจของโจทก์ก็ยังสามารถดำเนินธุรกิจมาได้อย่างยาวนาน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเช่นนี้ก็มิแน่ว่าศาลจะพิพากษายกฟ้องเนื่องจากการที่โจทก์สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นอุปสรรคนั้นได้อย่างยาวนานแสดงว่าการตั้งเงื่อนไขเช่นนั้นยังไม่น่าจะเป็นอันตรายต่อโจทก์และยังไม่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันด้วยเช่นกัน²²⁵

3.1.6.3 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา

ศาลฎีกาในประเทศสหรัฐยังไม่เคยตัดสินวางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาไว้เช่นเดียวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย แต่จากการศึกษาเรื่องการกีดกันราคาในประเทศสหรัฐอเมริกาพอสรุปหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความผิดได้ดังนี้

²²⁵ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 8.

1) เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวคิดว่าการกีดกันราคาจัดเป็นพฤติกรรมกฏประทุษร้ายไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง ศาลจึงต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกว่าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นจำเลยในคดีนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจ (duty to deal) กับผู้ประกอบการธุรกิจอื่นหรือไม่

2) ถ้าไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจด้วย ศาลก็จะไม่เข้ามายุ่งกับการตั้งราคาเลย เว้นแต่โจทก์จะสามารถแสดงให้เห็นว่าราคาค้าปลีกซึ่งจำเลยคิดต่อลูกค้านั้นเป็นการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ตามหลักเกณฑ์เรื่อง Predatory pricing ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

3) เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจแล้วศาลก็จะเข้าไปพิจารณาถึงการกีดกันราคา

4) ถ้าหากราคาวัตถุดิบต้นน้ำที่จำเลยจำหน่ายให้กับคู่แข่งรวมทั้งค่าใช้จ่ายของคู่แข่งในการผลิตวัตถุดิบดังกล่าวให้เป็นสินค้าปลายน้ำสูงกว่าราคาสินค้าปลายน้ำที่จำเลยจำหน่ายให้กับลูกค้า ก็มีความเสี่ยงมากที่จะต้องรับผิด (หลักเกณฑ์ในข้อนี้ปรากฏในคดี *United States v. Aluminum Co. of America* ที่ศาลอุทธรณ์ภาคที่ 2 ได้ตัดสินในประเด็นการกีดกันราคาเอาไว้)

5) การที่ศาลจะพิจารณาว่าราคาวัตถุดิบต้นน้ำที่จำเลยตั้งต้องสูงเท่าใดถึงขนาดจะถูกถือว่าเป็นการกฏประทุษร้ายไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายนั้นมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ยากมากและยังไม่แน่นอน เช่น อาจยึดหลักว่าถ้าจำเลยจำหน่ายวัตถุดิบดังกล่าวให้กับคู่แข่งในระดับราคาที่สูงเกินกว่าราคาจากผู้ผูกขาดจำหน่ายเพื่อให้ได้กำไรสูงสุดยอมเป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

เป็นเรื่องยากสำหรับศาลที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบราคาในระดับต้นน้ำและปลายน้ำเพื่อที่จะพิจารณาว่ามีการกีดกันราคาเกิดขึ้นหรือไม่ อีกทั้งการเยียวยาความเสียหายจากการกีดกันราคาก็เป็นเรื่องยากเช่นกัน ดังนั้นศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้เสนอว่าควรกำหนดเป็นเขตปลอดภัยหรือข้อยกเว้นความรับผิด (safe harbor) ว่าผู้ประกอบการธุรกิจต้องตั้งราคาอย่างไรถึงจะไม่มีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดในเรื่องการกีดกันราคาเพื่อเป็นการสร้างความชัดเจนให้ผู้ประกอบการธุรกิจมากขึ้น ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวมีหลักอยู่ว่าในสถานการณ์ที่มีการกีดกันราคาเกิดขึ้น ผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่มี ความรับผิดในเรื่องการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจได้จำหน่ายสินค้าในระดับราคาขายปลีกให้กับลูกค้าในราคาที่สูงกว่าราคาวัตถุดิบต้นน้ำในระดับขายส่งที่จำหน่ายให้กับคู่แข่งรวมทั้งค่าใช้จ่ายของคู่แข่งในการผลิตวัตถุดิบดังกล่าว

ให้เป็นสินค้าปลายน้ำ (retail price is above it costs)²²⁶ มีข้อสังเกตอยู่ว่า ข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับพฤติกรรมกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง มิได้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแต่อย่างใด

3.1.7 ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาบิบทบาทสำคัญในการสร้างหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว รวมไปถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย ดังนั้นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และมาตรา 5 ของ FTC Act จึงสามารถศึกษาได้จากคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดีต่าง ๆ ซึ่งต้องเป็นข้อต่อสู้ที่แสดงให้เห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีประสิทธิภาพต่อการแข่งขันหรือมีเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ ถึงจะหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 5 ของ FTC Act โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) ข้อต่อสู้ในเรื่องประสิทธิภาพของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

จากองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act นี้ทำให้ทราบได้ว่า พฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นพฤติกรรมที่ปราศจากประสิทธิภาพ (lack efficiencies) ฉะนั้นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 5 เนื่องจาก FTC มีแนวคิดว่า การเข้าไปยับยั้งพฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพอย่างไม่ตั้งใจจะส่งผลเป็นการลดสวัสดิภาพของผู้บริโภคอย่างร้ายแรง เนื่องจากผู้ประกอบการจะไม่กล้าลงทุนทำพฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขันแต่กลับถูกลงโทษเช่นนั้นอีก ดังนั้นหากผู้ปฏิเสธสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของตนก่อให้เกิดประสิทธิภาพและส่งเสริมความสามารถของผู้ประกอบการและส่งเสริมให้เกิดแรงจูงใจที่จะแข่งขัน เป็นผลให้ สินค้ามีราคาถูกลง คุณภาพของสินค้าพัฒนาขึ้น บริการมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น เกิดสินค้าชนิดใหม่ ๆ สวัสดิภาพของผู้บริโภคมีเพิ่มมาก

²²⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 244.

ขึ้นแล้ว การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ให้ประสิทธิภาพเช่นนี้ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act แต่อย่างไร²²⁷

2) ข้อต่อสู้ในเรื่องเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ

เหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถยกขึ้นอ้างเพื่อเป็นข้อต่อสู้สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ เห็นได้จากการที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินยอมรับข้ออ้างในเรื่องนี้ไว้ในคดีต่าง ๆ เช่น คดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*²²⁸ ส่วนหนึ่งของคำพิพากษาในคดีนี้กล่าวว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวต่อคู่แข่งชั้นย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ถ้าหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการปฏิเสธนั้นมีเหตุผลทางธุรกิจที่ฟังขึ้น (valid business reason) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือถ้าหากมีเหตุผลหรือมีความจำเป็นในการประกอบธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate business reason) สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ แม้ผู้ปฏิเสธจะเป็นผู้ผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องก็ไม่มีผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างไร” หรือในคดี *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*²²⁹ ศาลยอมรับว่า “จำเลยอาจไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act ถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้ได้ทำไปเพราะมีเหตุผลทางธุรกิจที่ฟังขึ้น โดยในคดีนี้ บริษัท Kodak ผู้ปฏิเสธได้อ้างว่าการปฏิเสธไม่ยอมขายชิ้นส่วนของเครื่องถ่ายเอกสารของตนให้กับผู้ถูกปฏิเสธ แต่กลับขายให้เฉพาะลูกค้าที่ซื้อบริการซ่อมแซมของตนด้วยนั้น ทำขึ้นเพราะมีเหตุผลในทางธุรกิจ 3 ประการดังนี้ 1) ผู้ปฏิเสธต้องการเพิ่มคุณภาพของบริการซ่อมแซมเครื่องถ่ายเอกสารเพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันระหว่างสินค้าชิ้นส่วนของเครื่องถ่ายเอกสารต่างยี่ห้อให้มากขึ้น 2) เพื่อพัฒนาการจัดการสินทรัพย์ให้ดีขึ้นโดยลดต้นทุนของสินค้าคงคลังของผู้ปฏิเสธลง 3) เพื่อป้องกันมิได้ผู้ถูกปฏิเสธได้ประโยชน์จากการลงทุนในการผลิตชิ้นส่วนของเครื่องถ่ายเอกสารและบริการของผู้ปฏิเสธแต่ฝ่ายเดียว (free-riding) แต่อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดศาลในคดีนี้เห็นว่าข้ออ้างต่าง ๆ ที่ผู้ปฏิเสธยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นฟังไม่ขึ้น”²³⁰

²²⁷ Joshua D. Wright, *Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority*, p. 24.

²²⁸ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 604-605 (1985).

²²⁹ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 483 (1992).

²³⁰ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 30 November 2009 p. 9.

ส่วนคดีที่ศาลยอมรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่องเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจว่าเป็นข้อต่อสู้ที่ฟังขึ้น เห็นตัวอย่างได้จากคดี *Dunnivant v. Bi-State Auto Parts*²³¹ ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 11 เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้จัดจำหน่ายโดยคำร้องขอของคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นเป็นการตัดสินใจโดยอิสระและมีเหตุผลทางธุรกิจ (business reason) เนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธซื้อสินค้าอย่างเอาแน่เอานอนไม่ได้ (erratic purchases)²³²

สรุปได้ว่าแม้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับฟังเหตุผลหรือความจำเป็นในการประกอบธุรกิจเพื่อเป็นข้อต่อสู้ในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ไม่ได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเหตุผลหรือความจำเป็นในการประกอบธุรกิจที่ฟังขึ้นนั้นได้แก่ข้อเท็จจริงอย่างไรบ้าง ดังนั้นจึงเป็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ละคดีโดยศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ชั่งน้ำหนักว่าเหตุผลหรือความจำเป็นในการประกอบธุรกิจที่ผู้ปฏิเสธยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นมีน้ำหนักฟังขึ้นหรือไม่

3.2 ประเทศญี่ปุ่น

มุมมองของประเทศญี่ปุ่นต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีอยู่ว่าโดยทั่วไปแล้วกล่าวได้ว่าบริษัทเอกชนทุกบริษัทย่อมมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเลือกทำธุรกิจกับผู้ใดก็ได้ แม้ว่าบริษัทดังกล่าวจะตัดสินใจไม่ทำธุรกิจกับใครอื่นเนื่องมาจากปัจจัยทางด้านราคา คุณภาพ บริการหรือเหตุผลส่วนตัวประการอื่นก็ตาม โดยหลักแล้วการตัดสินใจไม่ทำธุรกิจดังกล่าวก็ไม่มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น (Antimonopoly Act: AMA หรือที่มิชื่อเต็มว่า The Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade) แต่อย่างใด²³³

พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถถูกควบคุมในฐานะที่เป็น “การผูกขาดโดยเอกชน (Private Monopolisation)” อันเป็นความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA หากการปฏิเสธนั้นส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาด (substantially restrains competition in markets) และพฤติกรรมนี้ยังสามารถถูกควบคุมในฐานะที่เป็น “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal)” ซึ่งเป็นหนึ่งใน “พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade

²³¹ *Dunnivant v. Bi-State Auto Parts*, 851 F.2d 1575, 1580 (11th Cir. 1988).

²³² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 121.

²³³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 153.

Practices)” อันเป็นความผิดตาม มาตรา 19 ของ AMA ถ้าหากการปฏิเสธดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด (tends to impede fair competition in the market)²³⁴

มาตรา 3 ของ AMA²³⁵ บัญญัติห้ามการผูกขาดโดยเอกชน ทั้งนี้การผูกขาดโดยเอกชนตาม มาตรา 2(5) หมายถึง การดำเนินการทางธุรกิจที่ผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายรวมกัน หรือวางแผนร่วมกันกีดกัน (exclusion) หรือควบคุม (control) กิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเป็นเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก (substantially restrains competition) และขัดต่อประโยชน์สาธารณะในธุรกิจบางประเภท

“การกีดกัน (exclusion)” ตามนิยามนี้หมายถึงการทำให้การดำเนินการทางธุรกิจหรือการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นเกิดความยุ่งยาก “การควบคุม (control)” หมายถึงการทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นขาดเสรีภาพในการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินการทางธุรกิจและเป็นการบังคับให้ผู้ประกอบการรายอื่นต้องยอมกระทำตามเจตนาของผู้ควบคุม

ส่วนนิยามคำว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก” ปรากฏอยู่ในคดี *Toho/Shintoho* ที่ศาล Tokyo High Court ตัดสินไว้เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1953 โดยระบุว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก” หมายถึงสถานการณ์ที่การแข่งขันถูกทำให้ลดน้อยลงอันเป็นผลให้ผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายรวมกันสามารถควบคุมตลาดได้โดยมีอิสระในการกำหนดราคา คุณภาพ ปริมาณ และเงื่อนไขอื่น ๆ ตามความต้องการของตน”²³⁶

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวนี้ไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบการจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการที่จะกระทำความผิดดังกล่าวได้จะต้องมีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงโดยทั่วไปแล้วก็มักจะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมทั่วไปไม่สามารถที่จะกีดกันหรือควบคุมกิจกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นจนเป็นเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันอย่างมากได้²³⁷

²³⁴ Ibid.

²³⁵ มาตรา 3 ของกฎหมาย The Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade บัญญัติว่า “An enterprise must not effect private monopolization or unreasonable restraint of trade.”

²³⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 155.

²³⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Guidance to Business on Monopolisation and Abuse of Dominance* (Organisation for Economic Co-operation and Development, 17 June 2008), pp. 23-24.

ดังนั้นพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเช่นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนี้จึงสามารถถูกควบคุมตามบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนซึ่งเป็นความผิดตาม AMA ได้ ถ้าหากการกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากโดยการกีดกันหรือควบคุมการดำเนินการทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น²³⁸

ส่วนบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นปรากฏอยู่ในมาตรา 19 ของ AMA²³⁹ ซึ่งได้บัญญัติห้ามถึงพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดใช้พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม”

ซึ่งมาตรานี้มีเนื้อหาที่คลุมเครือและครอบคลุมพฤติกรรมทางการค้าที่กว้างมาก ดังนั้นเพื่อให้มาตรา 19 มีความชัดเจนขึ้นจึงมีบทบัญญัติตามมาตรา 2(9) ของ AMA²⁴⁰ มาประกอบ เพื่อให้มีความ

²³⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal, p. 155.

²³⁹ มาตรา 19 ของกฎหมาย The Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade บัญญัติว่า “No enterprise shall employ unfair trade practices.”

²⁴⁰ มาตรา 2(9) ของกฎหมาย The Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade บัญญัติว่า “(9) The term “unfair trade practices” as used in this Act means an act falling under any of the following items:

(i) engaging, without justifiable grounds, in any of the following acts, in concert with a competitor:

(a) refusing to supply to a certain enterprise or restricting the quantity or substance of goods or services supplied to a certain enterprise

(b) causing another enterprise to refuse to supply a certain enterprise, or to restrict the quantity or substance of goods or services supplied to a certain enterprise

(ii) unjustly and continually supplying goods or services at a price applied differentially between regions or between parties, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other enterprise

(iii) without justifiable grounds, continuously supplying goods or services at a price far below the cost incurred to supply them, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other enterprises

(iv) supplying goods to another party who purchases the relevant goods from oneself while imposing, without justifiable grounds, one of the restrictive terms listed below:

(a) causing the party to maintain the selling price of the goods that one has determined, or otherwise restricting the party's free decision on selling price of the goods

(b) having the party cause an enterprise that purchases the goods from the party maintain the selling price of the goods that one has determined, or otherwise causing the party to restrict the relevant enterprise's free decision on the selling price of the goods.

(v) engaging in any act specified in one of the following by making use of one's superior bargaining position over the counterparty unjustly, in light of normal business practices:

ชัดเจนมากขึ้นโดยระบุว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งใช้ในกฎหมายฉบับนี้แบ่งได้เป็น 6 ข้อ ดังนี้

- (i) การร่วมกันกับคู่แข่งชั้นเพื่อปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้อื่นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร
- (ii) การตั้งราคาที่แตกต่างกันอย่างไม่สมควร
- (iii) การกำหนดราคาต่ำกว่าทุนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร
- (iv) การจำหน่ายสินค้าโดยใช้เงื่อนไขที่จำกัดการประกอบธุรกิจของคู่ค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร
- (v) การใช้สถานะการมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่ค้าอย่างไม่สมควรตามธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมอันปกติ

(a) causing the counterparty in continuous transactions (including a party with whom one newly intends to engage in continuous transactions; the same applies in (b) below) to purchase goods or services other than those to which the relevant transactions pertain

(b) causing the counterparty in continuous transactions to provide money, services or other economic benefits

(c) refusing to receive goods in transactions with the counterparty, causing the counterparty to take back such goods after receiving them from the counterparty, delaying payment to the counterparty or reducing the amount of payment, or otherwise establishing or changing trade terms or executing transactions in a way disadvantageous to the counterparty

(vi) any act falling under any of the following items, which tends to impede fair competition and which is designated by the Fair Trade Commission, other than the acts listed in the preceding items:

(a) unjustly treating other enterprise in a discriminatory manner

(b) engaging in transactions at an unjust price

(c) unjustly inducing or coercing the customers of a competitor to deal with one

(d) dealing with another party on such conditions that will unjustly restrict the business activities of the counterparty

(e) dealing with the counterparty by making use of one's superior bargaining position unjustly

(f) unjustly interfering with a transaction between an enterprise in competition with one in Japan or a corporation of which one is a shareholder or an officer and another transaction counterparty; or, if such enterprise is a corporation, unjustly inducing, instigating or coercing a shareholder or officer of such corporation to act against the corporation's interests.”

(vi) การกระทำใด ๆ ในข้อใดข้อหนึ่งต่อไปนี้ อันเป็นการกระทำซึ่งอาจขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมและเป็นการกระทำที่ถูกกำหนดโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าเป็น พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม นอกเหนือไปจากการกระทำที่ระบุไว้ใน (i) ถึง (v)

(a) การเลือกปฏิบัติอย่างไม่ชอบธรรมต่อผู้ประกอบการอื่น ๆ

(b) การทำธุรกรรมโดยใช้ราคาที่ไม่ชอบธรรม

(c) การชักจูงหรือบังคับลูกค้าของคู่แข่งทางธุรกิจให้ทำธุรกรรมกับตนโดยไม่ชอบธรรม

(d) การทำธุรกรรมโดยใช้เงื่อนไขที่จำกัดการประกอบธุรกิจของคู่ค้าโดยไม่ชอบธรรม

(e) การทำธุรกรรมกับคู่ค้าโดยใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม

(f) การเข้าแทรกแซงธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งกับตนในประเทศญี่ปุ่น หรือบริษัทซึ่งตนเป็นผู้ถือหุ้นหรือกรรมการและคู่ค้าในธุรกรรมอย่างอื่นโดยไม่ชอบธรรม หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการนั้นเป็นบริษัทกระทำการชักชวนยุยงส่งเสริมหรือบังคับให้ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทให้กระทำการที่ขัดประโยชน์ของบริษัท”

เมื่อพิจารณาเฉพาะมาตรา 2(9) ข้อที่ (i) ถึง (vi) จะเห็นว่า ยังไม่มีข้อไหนที่กล่าวถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้อย่างชัดเจน แต่มาตรา 2(9)(vi) ระบุว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมให้รวมถึงการกระทำที่ถูกกำหนดโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (JFTC) ว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย ซึ่งในปี ค.ศ. 1953 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติ (ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมาย) ตามมาตรา 2(9)(vi) ระบุว่าการกระทำลักษณะใดบ้างที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดว่าเป็น “พฤติกรรมทางการค้าไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 2(9)(vi) ต่อมาในปี ค.ศ. 1982 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ยกเลิกแนวปฏิบัติปี ค.ศ. 1953 และออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมฉบับปี ค.ศ. 1982 เรียกว่า “Designation of Unfair Trade Practices” เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1982 โดยมีผลบังคับเมื่อวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1982 แนวปฏิบัติปี ค.ศ. 1982 ได้กำหนดการกระทำที่ถือว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ที่เป็นรูปธรรมทั้งหมด 16 การกระทำ และต่อมาแนวปฏิบัติปี ค.ศ. 1982 นี้ได้ถูกปรับปรุงบางส่วนและมีผลบังคับใช้ล่าสุดเมื่อวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 2010 โดยกำหนดการกระทำที่ถือว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ทั้งสิ้น 15 การกระทำ ดังนี้

1) การร่วมกันปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วย (concerted refusal to deal)

2) การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal) หรือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

3) การตอบแทนหรือแลกเปลี่ยนอย่างเลือกปฏิบัติ (discriminatory consideration)

4) การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกันในการทำธุรกรรม (discriminatory treatment on trade terms, etc.)

5) การเลือกปฏิบัติในสมาคมการค้า (discriminatory treatment, etc. in a trade association)

6) การขายโดยตั้งราคาต่ำเกินสมควร (unjust low price sales)

7) การซื้อโดยให้ราคาสูงเกินควร (unjust high price purchasing)

8) การชักจูงลูกค้าโดยวิธีการหลอกลวง (deceptive customer inducement)

9) การชักจูงลูกค้าโดยให้ประโยชน์อันไม่ควร (customer inducement by unjust benefits)

10) การขายควบ (tie-in sales, etc.)

11) การทำธุรกรรมโดยมีเงื่อนไขห้ามคู่ค้าทำธุรกรรมกับคู่แข่ง (trading on exclusive terms)

12) ทำธุรกรรมโดยมีเงื่อนไขไม่ชอบธรรมผูกมัดคู่ค้ามิให้ทำธุรกรรมในลักษณะต่าง ๆ (trading on restrictive terms)

13) การแทรกแซงการแต่งตั้งพนักงานของคู่ค้าเกินสมควร (unjust Interference with appointment of officer in one's transacting party)

14) การแทรกแซงการทำธุรกรรมของคู่แข่ง (interference with a competitor's transactions)

15) การแทรกแซงการดำเนินธุรกิจภายในบริษัทของคู่แข่ง (interference with internal operation of a competing company)

สรุปได้ว่าการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal) หรือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวซึ่งอาจขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 2(9)(vi) ประกอบแนวปฏิบัติเพื่อกำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมฉบับปี ค.ศ. 1982 และอาจมีความผิดตามมาตรา 19 ได้ ซึ่งข้อ (2) ของแนวปฏิบัติดังกล่าวได้อธิบายถึงลักษณะของการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ เอาไว้ 3 ลักษณะด้วยกันว่า การปฏิเสธที่

จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ หมายถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยไม่เป็นธรรม หรือการทำธุรกรรมโดยการจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือจำกัดการบริการต่อผู้ประกอบการธุรกิจบางราย หรือก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายอื่นต้องกระทำการใดในลักษณะเช่นเดียวกันนี้²⁴¹

1. “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยไม่เป็นธรรม” หมายถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้ (actual) หรือตรง (direct refusal to deal) ซึ่งเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ทำขึ้นโดยผู้ซื้อหรือผู้ขายก็ได้ อาจเป็นการหยุดติดต่อการทำธุรกิจกับบริษัทที่เคยติดต่อกันมาก่อนหรือเป็นการปฏิเสธต่อคำเสนอขอทำธุรกิจของบริษัทที่ยังไม่เคยทำธุรกิจกันมาก่อนก็ได้ ส่วนคำว่า “ความไม่เป็นธรรม” ตาม AMA หมายถึงการมีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม²⁴²

2. “การทำธุรกรรมโดยการจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือจำกัดการบริการต่อผู้ประกอบการธุรกิจบางราย” การปฏิเสธในลักษณะที่ 2 วางเงื่อนไขว่า แม้จะมีใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้ (actual) หรือโดยสิ้นเชิง (outright) แต่เป็นการทำธุรกรรมโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือจำกัดการบริการที่จำเป็นในการทำธุรกิจต่อผู้ประกอบการธุรกิจบางรายด้วยหรือที่เรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย (constructive) ก็อาจเป็นความผิดได้เช่นกัน²⁴³

3. “การก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายอื่นต้องกระทำการใดในลักษณะเช่นเดียวกันนี้” การปฏิเสธในลักษณะที่ 3 วางเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยอ้อม (indirect refusal to deal) ซึ่งเป็นการที่บริษัทหนึ่งก่อให้เกิดบริษัทอื่นปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบุคคลที่สาม การกีดกันโดยตรงไปยังบริษัทอื่นบริษัทหนึ่งไม่ใช่องค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทอื่นบริษัทหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบุคคลที่สามตามคำขอของบริษัทผู้ทำละเมิด (tortfeasor) ก็เพียงพอที่จะนับเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยอ้อมแล้ว²⁴⁴

²⁴¹ Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982) (Other Refusal to Trade) (2) “Unjustly refusing to trade, or restricting the quantity or substance of goods or services pertaining to trade with a certain entrepreneur, or causing another entrepreneur to undertake any act that falls under one of these categories.”

²⁴² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 153.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid., 153-154.

3.2.1 วัตถุประสงค์ของมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

มาตรา 1 ของ AMA²⁴⁵ ระบุวัตถุประสงค์ของ AMA เอาไว้ว่าเป็นกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อ “สนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” เพื่อกระตุ้นให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดความคิดสร้างสรรค์ เพื่อกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางธุรกิจ เพื่อยกระดับการจ้างงานและรายได้ที่แท้จริงของประชาชน และเพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศตลอดจนเพื่อรับรองผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยทั่วไป โดยการบัญญัติห้ามกระทำการผูกขาดโดยเอกชนและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและอื่น ๆ

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นบทบัญญัติหนึ่งที่อยู่ใน AMA ดังนั้นจึงต้องปรับใช้ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ตามมาตรา 1 ข้างต้นนี้ด้วย²⁴⁶ พฤติกรรมต่าง ๆ ที่จัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างไม่สมควร การทำธุรกิจโดยการกำหนดเงื่อนไขไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การขายต่ำกว่าทุนโดยไม่สมควร การเลือกปฏิบัติด้านราคา การขายพ่วง อาจถูกใช้เป็นวิธีเพื่อสร้างหรือคงไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดอย่างไม่สมควรในตลาดที่เกี่ยวข้องโดยการควบคุมหรือกำจัดคู่แข่ง ดังนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA นั้นจึงมีเป้าหมายเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชนตั้งแต่ในระยะเริ่มแรก (preventing private monopolization at an incipient level)²⁴⁷ กล่าวคือ บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นมาตรการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชนขึ้น²⁴⁸

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁴⁵ มาตรา 1 ของกฎหมาย The Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade บัญญัติว่า “*The purpose of this Act is to promote fair and free competition, stimulate the creative initiative of enterprise, encourage business activity, heighten the level of employment and actual national income, and thereby promote the democratic and wholesome development of the national economy as well as secure the interests of general consumers by prohibiting private monopolization, unreasonable restraint of trade and unfair trade practices, preventing excessive concentration of economic power and eliminating unreasonable restraints on production, sale, price, technology, etc, and all other unjust restrictions on business activity through combinations, agreements, etc.*”

²⁴⁶ Japan Fair Trade Commission, "ICN Unilateral Conduct WG Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws," 2006, pp. 1-4.

²⁴⁷ Ibid., 3.

²⁴⁸ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 2.

3.2.2 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

จากมาตรา 19 ของ AMA ที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดใช้พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และจากนิยามคำว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 2(9)(vi) ประกอบกับ แนวปฏิบัติเพื่อการกำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมฉบับปี ค.ศ. 1982 ทำให้สามารถสรุป องค์ประกอบความรับผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 ของ AMA ได้ 2 องค์ประกอบ ดังนี้

1. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจ
2. ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม

องค์ประกอบในข้อแรก หมายถึงบทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม นี้ โดยหลักแล้วจะบังคับใช้กับทั้งผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมิได้มีอำนาจเหนือตลาด²⁴⁹ แต่สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม ส่วนที่ 2 Chapter ที่ 3 ระบุว่า JFTC จะเข้ามาตรวจสอบพฤติกรรมดังกล่าวเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งทำการปฏิเสธมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด (a firm which influential in the market) เท่านั้น ซึ่งลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวนี้มีรายละเอียดอย่างไรจะขออธิบายในหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

องค์ประกอบข้อที่สองต้องพิจารณาถึงลักษณะของพฤติกรรม “ซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นตัวที่บ่งบอกถึงความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ในทุก ๆ กรณี

พฤติกรรม “ซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” อาจสรุปได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันในระดับที่ไม่รุนแรงถึงขนาดเป็นการ “การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก” อันเป็นองค์ประกอบความรับผิดที่สำคัญในบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA²⁵⁰

²⁴⁹ Japan Fair Trade Commission, "ICN Unilateral Conduct WG Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws," 2006, p. 3.

²⁵⁰ Ibid.

คำว่า “แนวโน้ม” ตามมาตรา 2(9)(vi) ของ AMA นี้หมายถึง “แนวโน้มอันตรายที่จะเกิดขึ้นในลักษณะทั่ว ๆ ไปและเป็นนามธรรม” เท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงการแข่งขันที่เป็นธรรมได้ถูกทำลายจากพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งโดยเฉพาะและส่งผลกระทบต่อให้เกิดแนวโน้มหรือความน่าจะเป็นในการลงมือกระทำจริงเป็นอย่างสูง หรืออาจกล่าวได้ว่าองค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณา “แนวโน้ม” ในที่นี้จะไม่พิจารณาจาก “ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจริง” แต่จะอยู่ที่ “ลักษณะของพฤติกรรม” เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม การพิจารณาแนวโน้มจาก “ลักษณะของพฤติกรรม” แค่เพียงองค์ประกอบเดียวเป็นสิ่งที่ยากมากในทางปฏิบัติซึ่งในบางครั้งอาจมีความจำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกอื่น ๆ อีกด้วย เช่น องค์ประกอบด้านสภาพตลาดที่แตกต่างกันในแต่ละอุตสาหกรรม แต่กระนั้นก็ตามเกณฑ์ในการพิจารณาคำว่า “แนวโน้ม” ในที่นี้ก็ยังคงมุ่งเน้นไปที่ “แนวโน้มอันตรายที่จะเกิดขึ้นในลักษณะทั่ว ๆ ไปและมีลักษณะเป็นนามธรรม” อยู่เช่นเดิม ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจริงจากพฤติกรรมดังกล่าวหรือจากแนวโน้มและความน่าจะเป็นที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน²⁵¹

ส่วนนิยามของคำว่า “การแข่งขันที่เป็นธรรม” โดยทั่วไปแล้วหมายถึงการแข่งขันในด้านประสิทธิภาพ นั่นคือการพยายามหาลูกค้าโดยอาศัยการนำเสนอสินค้าหรือบริการของตนที่มีราคาถูกกว่าและคุณภาพดีกว่าเป็นปัจจัยช่วยสนับสนุนการแข่งขัน หรืออาจกล่าวได้ว่า “การแข่งขันที่เป็นธรรม” หมายถึง ผลจากความพยายามของผู้ประกอบธุรกิจในการนำเสนอสินค้าหรือบริการของตนที่วางขายในตลาดให้ผู้บริโภคหรือลูกค้าแต่ละรายให้สามารถเปรียบเทียบและเลือกสินค้าหรือบริการได้ (หรืออาจเรียกว่าเป็นมุมมองด้านเศรษฐศาสตร์จุลภาค) และในขณะเดียวกันก็เป็นผลสืบเนื่องจากการแข่งขันซึ่งมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในตลาดโดยมองในภาพรวม (หรืออาจเรียกว่าเป็นมุมมองด้านเศรษฐศาสตร์มหภาค) ทั้งนี้ มุมมองจากด้านการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเองในลักษณะเช่นนี้จะพิจารณาไปที่ความพยายามของผู้ประกอบธุรกิจเป็นสำคัญ ซึ่งจะช่วยให้การบริหารกิจการของผู้ประกอบธุรกิจมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นปัจจัยสนับสนุนกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันในตลาดอีกประการหนึ่งด้วยและผลประโยชน์ก็จะไปถึงมือผู้บริโภคในท้ายที่สุด²⁵²

แต่อย่างไรก็ตาม คำอธิบายเกี่ยวกับนิยามของคำว่าการแข่งขันที่เป็นธรรมซึ่งมองแต่เพียงว่า “การแข่งขันที่เป็นธรรม” หมายถึง “การแข่งขันในด้านประสิทธิภาพ” นั้นยังมีจุดอ่อนตรงที่ไม่สามารถบ่งบอกได้โดยตรงว่าพฤติกรรมในลักษณะใดที่เข้าข่าย “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็น

²⁵¹ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "หลักและแนวความคิดเกี่ยวกับ "วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม" ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 276-277.

²⁵² เรื่องเดียวกัน, 277-278.

ธรรม”เนื่องจากการให้นิยามที่ชัดเจนแก่คำว่า “ราคา” และ “คุณภาพ” ไม่ใช่เรื่องง่าย ส่งผลกระทบต่อให้ไม่สามารถกำหนดนิยามที่แท้จริงของคำว่า “การแข่งขันที่เป็นธรรม” ออกมาได้และอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาความผิดในขั้นตอนอื่น ๆ ต่อไปได้ จึงปรากฏว่ามีความเห็นที่ยังไม่ลงรอยกันของนักวิชาการญี่ปุ่นถึงการให้นิยามของคำว่า “การแข่งขันที่เป็นธรรม” อยู่ แต่อย่างไรก็ตามนักวิชาการส่วนใหญ่ต่างได้ให้ความสำคัญไปที่ตัว “แนวโน้มในการทำลายการแข่งขัน” แทนมุมมองที่มองการแข่งขันในด้านประสิทธิภาพ โดยการอาศัยวิธีพิสูจน์ว่าการแข่งขันในตลาดที่กำลังเป็นปัญหาอยู่ในขณะนั้นได้รับผลกระทบอย่างไรบ้าง ซึ่งการพิจารณาในลักษณะนี้ถือว่าการพิจารณาในด้านความดีความของนิยามที่แท้จริงตามหลักกฎหมายบัญญัติในส่วนของ “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม”²⁵³

นักวิชาการญี่ปุ่นได้พยายามเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับนิยามของ “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” ไว้หลายแนวความคิดด้วยกัน แต่ในปัจจุบัน JFTC ได้เสนอความคิดของตนเองโดยอธิบายใน “รายงานการวิจัยกฎหมาย AMA” ซึ่งเป็นแนวคิดที่ผสมผสานระหว่างแนวคิดที่แตกต่างกันเข้าไว้ด้วยกันและถือได้ว่าเป็นที่ยอมรับของนักวิชาการญี่ปุ่นส่วนใหญ่ ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงขอยึดตามความเห็นของ JFTC นี้ โดย JFTC ได้กำหนดนิยามของ “การแข่งขันที่เป็นธรรม” ไว้ให้มีความหมาย 3 ความหมายด้วยกัน คือ

1. การรักษาการแข่งขันที่อิสระ หมายถึง การแข่งขันอิสระระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันเองซึ่งมิได้ถูกขัดขวางและหมายรวมถึงกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ถูกขัดขวางในการเข้าแข่งขันในตลาด หรืออาจเรียกองค์ประกอบในการพิจารณาตามความหมายนี้ได้ว่าเป็นองค์ประกอบ “การลดการแข่งขัน” ตัวอย่างของการกระทำที่เข้าข่ายตามความหมายนี้ เช่น การกำหนดราคาขายปลีก การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การเลือกปฏิบัติ การขายต่ำกว่าทุน การทำธุรกิจโดยการกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจของคู่สัญญา

2. การรักษาวิธีการแข่งขันที่เป็นธรรม หมายถึง การแข่งขันอิสระที่เน้นในด้านราคาคุณภาพและการบริการเป็นหลัก ซึ่งอาจเรียกองค์ประกอบในการพิจารณาในกรณีนี้ได้ว่าเป็นองค์ประกอบ “ความไม่เป็นธรรมในการใช้วิธีการแข่งขัน” ตัวอย่างของการกระทำที่เข้าข่ายตามความหมายนี้ เช่น การหลอกลวงชักจูงลูกค้าให้หลงเชื่อเข้าใจผิดคิดว่าสินค้าหรือบริการของตนเหนือกว่าของคู่แข่ง การชักจูงลูกค้าโดยการเสนอเงื่อนไขที่เป็นประโยชน์สำหรับตนเองอย่างไม่

²⁵³ เรื่องเดียวกัน, 278-279.

เหมาะสม การขายพ่วง การบังคับให้ทำธุรกิจกับตน หรือกับผู้ประกอบการอื่นที่ตนกำหนด การขัดขวางการประกอบธุรกิจของคู่แข่ง การเข้าแทรกแซงกิจการภายในของคู่แข่ง เป็นต้น

3. การรักษาฐานการแข่งขันที่อิสระ หมายถึง การทำธุรกรรมในลักษณะที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้พิจารณาและตัดสินใจโดยอิสระ และหากพฤติกรรมดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการทำลายหรือก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งหมายความว่า เป็นการทำลายหรือขัดขวาง “การแข่งขันที่เป็นธรรม” โดยอาจเรียกองค์ประกอบในการพิจารณาในกรณีนี้ได้ว่าเป็นองค์ประกอบ “การทำให้ฐานการแข่งขันได้รับความเสียหาย” พฤติกรรมที่เข้าข่ายตามความหมายนี้ หมายถึง การใช้อำนาจหรือสถานะทางตลาดที่เหนือกว่าของตนในทางที่ไม่ถูกต้อง

เกณฑ์การพิจารณา “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” โดยทั่วไปแล้วจะพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้น ๆ ส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขหรือรายละเอียดตามความหมายใดความหมายหนึ่งใน 3 กรณีหรือไม่ หรืออาจเข้าข่ายหลายกรณีในเวลาเดียวกันก็ได้²⁵⁴ ดังนั้นพฤติกรรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันที่อิสระ หรือต่อวิธีการแข่งขันที่เป็นธรรม หรือต่อฐานการแข่งขันที่อิสระ ก็จัดเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ได้แล้ว

แม้ JFTC และนักวิชาการจะได้พยายามอธิบายนิยามของ “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” เอาไว้โดยละเอียดในระดับหนึ่งแล้ว แต่ปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนในการพิจารณาความผิดตามองค์ประกอบ “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” ก็ยังไม่หมดไป ดังนั้น JFTC จึงได้พยายามคิดหามาตรการใหม่ ๆ ในการแก้ไขปัญหาในเรื่องความชัดเจนโดยการออกประกาศ “แนวปฏิบัติ (guideline)” ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมขึ้นมาหลายฉบับเพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้าใจได้โดยง่ายว่าพฤติกรรมในลักษณะใดที่เข้าข่ายความผิดและอีกทั้งยังเป็นการรักษาเสถียรภาพด้านกฎหมายอีกประการหนึ่งด้วย²⁵⁵

สำหรับแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA มากที่สุดคือแนวปฏิบัติตามกฎหมาย AMA ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม (Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices) ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่

²⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, 280-282.

²⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, 272.

กำหนดเกณฑ์ที่มีความชัดเจนและโปร่งใสในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมในลักษณะต่าง ๆ²⁵⁶ รวมถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวด้วย

แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมได้มีการปรับปรุงแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 2017 โดยในแนวปฏิบัติส่วนที่ 1 เรื่องข้อจำกัดด้านกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้า (restrictions on trading partners' business activities) ข้อที่ 3 ได้วางหลักเกณฑ์สำหรับใช้ประเมินความชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ซึ่งใน (2) ของข้อนี้ได้อธิบายถึง “แนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” เอาไว้ว่าพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรกคือการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance practices) และอีกประเภทหนึ่งคือการจำกัดการแข่งขันที่มีใช้การจำกัดด้านราคา (vertical non-price restraints) การกำหนดราคาขายต่อเป็นพฤติกรรมที่ลดหรือจำกัดการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้าดังนั้นพฤติกรรมประเภทนี้จึงส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ โดยหลักแล้วจึงเป็นพฤติกรรมซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม ในทางตรงกันข้าม ผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันที่มีใช้การจำกัดด้านราคาต่อตลาดนั้นแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าเป็นพฤติกรรมใด โดยหลักแล้วการจำกัดการแข่งขันประเภทนี้ไม่มีความผิดต่อกฎหมาย AMA แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าพฤติกรรมนั้น ๆ มีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ เช่นต้องพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้น ๆ มีผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการรายอื่น (foreclosure effect) หรือมีผลกระทบต่อ การกำหนดราคา (price maintenance) หรือไม่ ถ้ามีก็แสดงว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันที่มีใช้การจำกัดด้านราคาซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม

สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจัดเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งประเภทการจำกัดการแข่งขันที่มีใช้การจำกัดด้านราคา ดังนั้นโดยหลักแล้วจึงไม่มีความผิดต่อกฎหมาย AMA แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการรายอื่นหรือไม่ ถ้ามีก็แสดงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA

ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม ส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(2) a ได้อธิบายถึงพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่มีใช้การจำกัดด้านราคาที่ส่งผลกระทบต่อ การปิดกั้นผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA เอาไว้ว่าหมายถึง

²⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, 272-273.

สถานการณ์ที่พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งดังกล่าวนี้มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ในตลาดที่เกี่ยวข้องและผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในฐานะคู่แข่งถูกกำจัดออกไปจากตลาด และหรือโอกาสในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นถูกทำให้ลดลง ตัวอย่างเช่น ในสถานการณ์ที่พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคในการหาคู่ค้ารายอื่นได้อย่างสะดวก และทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นเพิ่มสูงขึ้น และหรือลดความสนใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดหรือลดความสนใจในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ

นอกจากนั้น ในแนวปฏิบัตินี้ยังได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินความผิดและความชอบด้วยกฎหมายของพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่มีใช้การจำกัดด้านราคาที่สูงผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเอาไว้ด้วย ซึ่งจะอธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

จากแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(2) a สามารถสรุปได้ว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ในตลาดที่เกี่ยวข้องและผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในฐานะคู่แข่งถูกกำจัดออกไปจากตลาด และหรือโอกาสในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นถูกทำให้ลดลง เช่น ในสถานการณ์ที่พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวก่อให้เกิดอุปสรรคในการหาคู่ค้ารายอื่นได้อย่างสะดวก และทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นเพิ่มสูงขึ้น และหรือลดความสนใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดหรือลดความสนใจในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ ก็จะถูกจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งจะถูกสรุปว่ามีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมจึงจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 2(9)(vi) อันเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA

นอกจากแนวปฏิบัติฉบับนี้จะได้อธิบายถึง “แนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” อันเป็นองค์ประกอบความรับผิดโดยทั่วไปของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ในแนวปฏิบัติส่วนที่ 2 เรื่องการเลือกคู่ค้า Chapter ที่ 3 ยังได้กล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้ด้วย ซึ่งในแนวปฏิบัติเรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว (primary refusals to deal by a single enterprise) โดยอธิบายว่า ปกติแล้วผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายย่อมมีเสรีภาพในการเลือกว่าจะทำธุรกิจกับคู่ค้ารายใดก็ได้ แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจเมื่อคำนึงถึงปัจจัยด้านต่าง ๆ เช่น ราคา คุณภาพ บริการ แล้วจึงใช้ดุลยพินิจของตนตัดสินใจไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดก็ตาม โดยหลักแล้วก็ไม่มีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดตาม AMA แต่อย่างไรก็ตาม พฤติกรรม

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ในฐานะที่เป็นการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal) ตามแนวปฏิบัติเพื่อกำหนดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมฉบับปี ค.ศ. 1982 อันเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ใน 2 กรณีดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพื่อเป็นหลักประกันให้สามารถใช้อุปกรณ์ที่ผิดต่อกฎหมาย AMA ได้อย่างมีประสิทธิภาพ (where the enterprise refuses to deal as a means to secure the effectiveness of its illegal conduct under the Antimonopoly Act)

ตัวอย่างของกรณีแรกนี้ เช่น ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด (influential manufacturer in a market) สั่งห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าทำธุรกิจกับผู้ผลิตสินค้ารายอื่นอันเนื่องมาจากเป็นคู่แข่งของตน ซึ่งเป็นการลดโอกาสทางธุรกิจของคู่แข่งลงและยังเป็นการป้องกันมิให้คู่แข่งของตนสามารถหาคู่ค้าทางธุรกิจรายอื่นได้อย่างสะดวก และเพื่อที่จะบังคับตามคำสั่งห้ามเหนือผู้จัดจำหน่ายสินค้าดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดจึงประกาศว่าตนจะปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าถ้าหากไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งห้ามทำธุรกิจเช่นนั้น

2. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเป็นวิธีเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ไม่สมควรตาม AMA เช่นการกำจัดคู่แข่งของตนให้ต้องออกไปจากตลาด และหรือน่าจะเป็นการสร้างอุปสรรคต่อผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธให้ไม่สามารถดำเนินธุรกิจตามปกติต่อไปได้

ตัวอย่างของกรณีที่สองนี้ เช่น ผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบ (material manufacturer) ที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด พยายามที่จะป้องกันมิให้ผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปผลิตวัตถุดิบได้ด้วยตนเอง จึงหยุดที่จะจำหน่ายวัตถุดิบหลักที่ผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบเช่นนั้นให้กับผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูป หรือ ผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งของลูกค้านั้น (ลูกค้าในที่นี้หมายถึงผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบที่ได้ใช้วัตถุดิบของผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบ) ให้ออกไปจากตลาดสินค้าสำเร็จรูป จึงหยุดที่จะจำหน่ายสินค้าวัตถุดิบที่ตนผลิตได้ให้กับคู่แข่งของลูกค้านั้น

ถ้าหากพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนี้ส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาดก็จะจัดว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชน ในกรณีเช่นนี้ JFTC ระบุให้ไปดูรายละเอียดในแนวปฏิบัติเรื่อง Exclusionary Private Monopolization Guidelines

และเนื่องจากองค์ประกอบความรับผิดของมาตรา 19 แห่ง AMA มีความเข้มงวดน้อยกว่าจึงบังคับใช้ได้ง่ายกว่าบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 แห่ง AMA กล่าวคือ มาตรา 19 ของ AMA ไม่ต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบที่รุนแรงถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาด เพียงแต่พิสูจน์ว่าพฤติกรรมนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมก็เพียงพอแล้ว และไม่ต้องยากลำบากในการกำหนดขอบเขตตลาดเพื่อคำนวณส่วนแบ่งตลาดอย่างมาตรา 3 ของ AMA นอกจากนี้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมยังมีขอบเขตที่กว้างมากสามารถครอบคลุมบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนในส่วนสำคัญได้ทั้งหมด ดังนั้นแม้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวบางกรณีที่คุณเหมือนจะเข้าเงื่อนไขเป็นความผิดตามมาตรา 3 ได้ แต่ JFTC ก็มักเลือกที่จะใช้ประโยชน์จากมาตรา 19 มากกว่า²⁵⁷ ซึ่งรายละเอียดการควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นมีรายละเอียดจำแนกตามการปฏิเสธในแต่ละประเภทดังต่อไปนี้

3.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

JFTC ได้วินิจฉัยถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 19 แห่ง AMA ไว้อยู่หลายคดี โดยมีคดีที่น่าสนใจดังนี้

คดีแรกมีชื่อว่าคดี *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.*²⁵⁸ เป็นคดีเกี่ยวกับร้านขายอุปกรณ์ไฟฟ้ายี่ห้อ Matsushita ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัทอุตสาหกรรม Matsushita (Matsushita Electric Industrial) หรือที่ปัจจุบันรู้จักกันในนามบริษัท Panasonic ประกอบธุรกิจผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าหลายชนิด มีช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าของตนไปยังลูกค้าอยู่ด้วยกัน 2 ช่องทาง ได้แก่

1. ช่องทางที่หนึ่งบริษัทอุตสาหกรรม Matsushita จะจัดส่งสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายของตน (distributors) ซึ่งตนถือหุ้นอยู่ ต่อจากนั้นผู้จัดจำหน่ายจะจัดส่งไปยังร้านค้าปลีก (shop retailers) ที่ขายเครื่องใช้ไฟฟ้ายี่ห้อ Matsushita แต่เพียงยี่ห้อเดียว ก่อนที่จะจำหน่ายให้แก่ลูกค้าโดยตรง

²⁵⁷ Ping Lin and Hiroshi Ohashi, "Treatments of Monopolization in Japan and China," in *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics Volume 2*, eds. Roger D. Blair and D. Danial Sokol (New York: Oxford University Press, 2015), p. 195.

²⁵⁸ Case against Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. (JFTC recommendation decision on July 27, 2001).

2. ช่องทางที่สองจะจัดส่งสินค้าให้ร้านค้าส่ง (wholesalers) และร้านค้าส่งจะจัดส่งต่อไปให้ร้านค้าปลีกเครื่องใช้ไฟฟ้าต่าง ๆ (hardware stores) ที่จำหน่ายเครื่องใช้ไฟฟ้าหลายยี่ห้อ ก่อนที่จะจำหน่ายไปยังลูกค้า

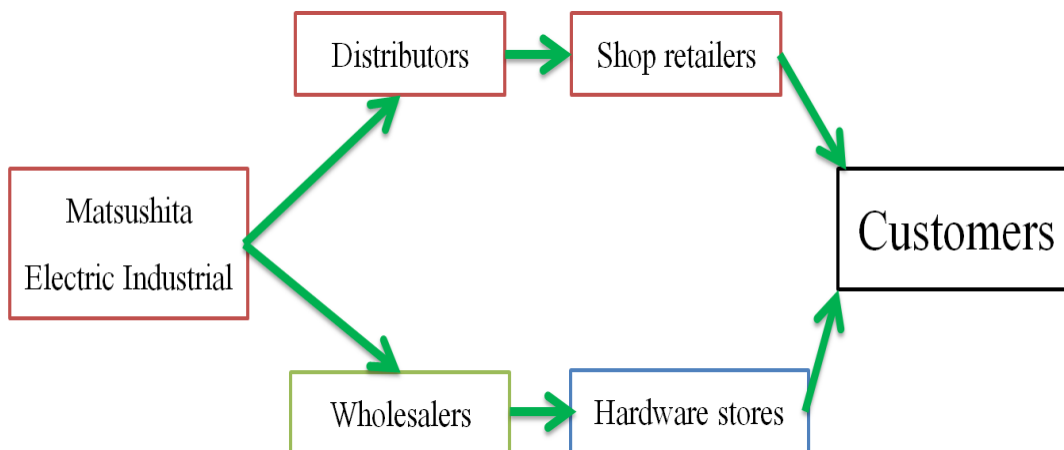
ในวันหนึ่งบริษัทอุตสาหกรรม Matsushita ได้รับเรื่องร้องเรียนจากร้านค้าปลีก Shop retailers ที่จำหน่ายสินค้าของ Matsushita แต่เพียงยี่ห้อเดียวว่า มีร้านค้าปลีกเครื่องใช้ไฟฟ้า Hardware stores จำนวนหนึ่งที่ได้รับสินค้ามาโดยช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้าช่องทางที่ 2 นำสินค้ายี่ห้อ Matsushita มาขายลดราคา บริษัทอุตสาหกรรม Matsushita ได้ทำการสืบสวนสอบสวนถึงช่องทางการจัดจำหน่ายดังกล่าวและหลังจากนั้นจึงมีคำสั่งบังคับให้ทั้งผู้จัดจำหน่าย (distributors) ร้านค้าส่ง (wholesalers) รวมถึงร้านค้าปลีก (shop retailers) ทุกร้านว่าห้ามจำหน่ายสินค้าของ Matsushita ให้กับร้านค้าปลีกเครื่องใช้ไฟฟ้างดงกล่าวที่นำสินค้ายี่ห้อ Matsushita มาขายลดราคาอีก

JFTC ได้วินิจฉัยว่าการกระทำของบริษัทอุตสาหกรรม Matsushita เช่นนี้เข้าข่ายเป็นลักษณะของ "Other form refusal to deal" ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมแล้ว²⁵⁹ โดยเป็นการที่บริษัทอุตสาหกรรม Matsushita ก่อให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันได้แก่ ผู้จัดจำหน่ายร้านค้าส่ง และร้านค้าปลีกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมกับร้านค้าปลีกเครื่องใช้ไฟฟ้า Hardware stores ที่พยายามจะแข่งขันทางด้านราคาอันเป็นนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันและผู้บริโภคจนก่ให้ร้านค้าปลีกเครื่องใช้ไฟฟ้างดงกล่าวเกิดอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจไม่สามารถหาสินค้ายี่ห้อ Matsushita มาจำหน่ายให้กับลูกค้าได้ เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจจึงขอสรุปเป็นรูปภาพ ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁵⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 155.

รูปที่ 10 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.*



คดีต่อมาคือคดี *Uemura Kaihatsu Co., Ltd. and 16 other parties, and WAKITA Corporation*²⁶⁰ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัทรับเหมาก่อสร้าง 17 แห่งที่ใช้วิธีการก่อสร้างแบบ Rockman (Rockman construction method)* ซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมก่อสร้างระบบ Rockman (Rockman association) ได้ร่วมมือกับบริษัท Wakita ซึ่งเป็นบริษัทจำหน่ายอุปกรณ์การก่อสร้างที่จำหน่ายเฉพาะเครื่องจักรที่ใช้สำหรับวิธีการก่อสร้างแบบ Rockman เท่านั้น อาทิเช่น รถเจาะดิน รถเกลี่ยดิน เป็นต้น โดยมีการร่วมมือกันกระทำการดังนี้

1. บริษัทรับเหมาก่อสร้างทั้ง 17 แห่งร่วมกันปฏิเสธไม่จำหน่ายต่อหรือไม่ให้เช่าเครื่องจักรแก่บริษัทที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสมาคมก่อสร้างระบบ Rockman โดยไม่มีเหตุอันควร
2. บริษัท Wakita ปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เช่าเครื่องจักรแก่บริษัทที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของสมาคมก่อสร้างระบบ Rockman จนกว่าจะได้รับเข้ามาเป็นสมาชิกแล้ว

JFTC ได้วินิจฉัยว่าการกระทำตามข้อ 2. ของ Wakita นั้นเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ เนื่องจากการปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เช่าเครื่องจักรนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดแล้ว²⁶¹

²⁶⁰ Case against Uemura Kaihatsu Co., Ltd. and 16 other parties, and WAKITA Corporation (JFTC recommendation decision on October 31, 2000).

* Rockman Construction method คือ วิธีการเจาะรูที่ใช้สำหรับงานวางแผ่นท่อระบายน้ำซึ่งเป็นวิธีที่เหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับการวางแผ่นท่อระบายน้ำบนพื้นดินที่มีความแข็งสูงเช่นดินที่มีก้อนหินปะปนอยู่มาก

²⁶¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 156.

และคดี *Sagisaka*²⁶² ซึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏในคดีว่าบริษัท Sagisaka ประกอบธุรกิจเป็นตัวแทนจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานหลายยี่ห้อ และเป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive agent) สำหรับอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ซึ่งเป็นยี่ห้อที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในขณะนั้น โดยบริษัท Sagisaka จะซื้ออะไหล่รถจักรยานจากบริษัทผู้ผลิตอะไหล่แล้วนำมาบรรจุตามสเปกของ Sagisaka เองและจำหน่ายต่อไปให้ผู้ค้าปลีกโดยตรง (retailers) หรือโดยผ่านทางผู้ค้าส่ง (wholesalers) การประกอบธุรกิจของบริษัท Sagisaka ประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีจนมียอดจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานให้แก่ผู้ค้าปลีกสูงเป็นอันดับ 1 ในประเทศญี่ปุ่น ในคดีนี้บริษัท Sagisaka มีการกระทำดังนี้

1. เมื่อบริษัท Sagisaka ซื้ออะไหล่จากบริษัทผู้ผลิต บริษัท Sagisaka จะบังคับห้ามมิให้บริษัทผู้ผลิตจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานให้แก่ผู้ค้าปลีกที่บริษัท Sagisaka ทำธุรกิจด้วยทั้งโดยตรงและโดยอ้อมโดยไม่ผ่านบริษัท Sagisaka เสียก่อน

2. บริษัท Sagisaka บังคับให้บริษัทผู้ค้าส่งของตนปฏิเสธการจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ซึ่งมีตนเป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวต่อบริษัทตัวแทนจำหน่ายอะไหล่รถจักรยานคู่แข่งของตนเป็นจำนวน 5 บริษัท เนื่องจากยอดขายอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ระหว่างบริษัทตนกับผู้ค้าปลีกต่ำลง อันเป็นผลมาจากการที่บริษัทคู่แข่งทั้ง 5 นั้นนำอะไหล่รถจักรยานยี่ห้อ Oaks ที่ซื้อมาจากบริษัทผู้ค้าส่งมาขายลดราคาให้กับผู้ค้าปลีก ทำให้ผู้ค้าปลีกหันมาซื้อสินค้าจากบริษัทคู่แข่งทั้ง 5 แทน

JFTC ได้วินิจฉัยว่าการกระทำในข้อ 2. ข้างต้นเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในรูปแบบอื่นเนื่องจากการก่อกำแพงให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นต้องปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยไม่เป็นธรรมซึ่งมีแนวโน้มจะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดแล้ว เพราะการปฏิเสธในคดีนี้มีสาเหตุมาจากการที่ผู้ถูกปฏิเสธมีการแข่งขันทางด้านราคาจนทำให้ยอดขายของผู้ปฏิเสธลดลง²⁶³ ทั้ง ๆ ที่การแข่งขันทางด้านราคาย่อมเป็นผลดีต่อการแข่งขันและผู้บริโภค เพื่อความสะดวกในการทำความเข้าใจโปรดดูรูปที่ 8

นอกจากทั้ง 3 คดีที่ JFTC ได้มีคำวินิจฉัยแล้ว JFTC ยังเคยออกหนังสือเตือนถึงการกระทำของบริษัท *Konami Corporation*²⁶⁴ ว่ามีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal) ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา

²⁶² Case against Sagisaka (JFTC recommendation decision on May 16, 2000).

²⁶³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 156.

²⁶⁴ Case against Konami Corporation (JFTC warning on May 22, 2003).

19 ของ AMA ในกรณีที่บริษัท Konami ซึ่งประกอบธุรกิจเป็นผู้ผลิตและพัฒนาเกมได้เข้าทำสัญญากับองค์กรเบสบอลอาชีพของประเทศญี่ปุ่นเพื่อขอใช้สิทธิทางการค้าแต่เพียงผู้เดียวในทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ เช่น สิทธิในการใช้ชื่อทีมเบสบอล สิทธิในการใช้ชื่อนักกีฬาเบสบอลและสิทธิในการใช้เครื่องหมายทีมเบสบอลของทีมเบสบอลอาชีพ 12 ทีมซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรเบสบอลอาชีพดังกล่าวเป็นระยะเวลา 3 ปีนับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ปี ค.ศ. 2000 ในสัญญาที่ทำขึ้นนั้นระบุให้บริษัท Konami มีหน้าที่ในการอนุญาตให้ใช้สิทธิช่วงไปยังบริษัทผู้ผลิตเกมอื่น ๆ ซึ่งเป็นคู่แข่งกันของบริษัท Konami ด้วย เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควรในการปฏิเสธซึ่งก็มีบริษัทผู้ผลิตและพัฒนาเกมหลายบริษัทยื่นคำร้องขออนุญาตใช้สิทธิช่วงต่อบริษัท Konami เข้ามามากมาย อย่างไรก็ตาม บริษัท Konami ได้ปฏิเสธคำร้องขอทำสัญญาเหล่านั้นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจนเป็นเหตุให้บริษัทผู้ผลิตและพัฒนาเกมเหล่านั้นต้องเลื่อนการจำหน่ายเกมเบสบอลตัวใหม่ออกไปหรือทำให้บางบริษัทต้องหยุดพัฒนาเกมเบสบอลตัวใหม่เนื่องจากไม่สามารถใช้ชื่อทีม ชื่อนักกีฬาและเครื่องหมายทีมเบสบอลในเกมได้ ประกอบกับ JFTC เห็นว่าสิทธิตามสัญญาที่บริษัท Konami ทำกับองค์กรเบสบอลอาชีพนี้เป็นสิ่งจำเป็นซึ่งจะขาดเสียไม่ได้ (indispensable) ในการผลิตและจำหน่ายเกมเกี่ยวกับเบสบอลอาชีพ จึงเป็นเหตุให้ JFTC ออกหนังสือเตือนว่าการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิช่วงของบริษัท Konami นี้มีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA และมีคำเตือนว่าบริษัท Konami ไม่ควรมีการกระทำเช่นนี้อีก²⁶⁵

นอกจากคดีที่ได้มีการวินิจฉัยถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้โดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA แล้ว JFTC ยังได้เคยวินิจฉัยถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้โดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 เอาไว้ด้วย ซึ่งสามารถนำมาศึกษาเพื่อเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 3 และ 19 ของ AMA ได้ ในคดี *NIPRO Corporation*²⁶⁶ มีข้อเท็จจริงว่า บริษัท NIPRO เป็นผู้จำหน่ายหลอดแก้ว (glass pipes/ampule) แต่เพียงรายเดียวบริเวณอาณาเขตภาคตะวันตกในประเทศญี่ปุ่นของบริษัท Nippon Electric Glass ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตหลอดแก้ว

²⁶⁵ Japan Fair Trade Commission, "JFTC warns Konami Corporation against unfair trade practices through sub-license agreements," [Online] Accessed: 27 May 2017. Updated: 22 April 2003. Available from: http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2003/apr/individual_000389.html

²⁶⁶ *Nagai Glass Industry Co. V. Nipro Corporation* (JFTC hearing decision on June 5, 2006).

แต่เพียงผู้เดียวในประเทศญี่ปุ่น โดยบริษัท NIPRO มีการกระทำต่อบริษัท Naigai ซึ่งเป็นผู้ซื้อ
 หลอดแก้วจากบริษัท Nipro ดังนี้

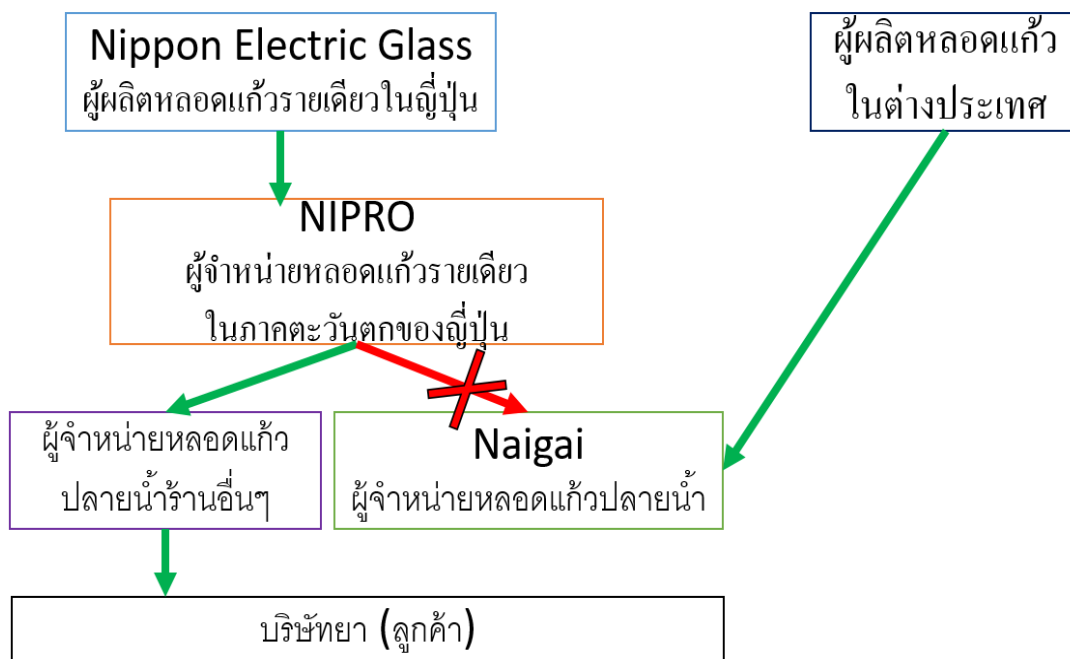
1. ทำข้อเสนอขอเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาที่เคยทำกันไว้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1995 โดยมีการขึ้นราคาไปจนถึงราคาที่รัฐบาลควบคุม ลดเวลาผ่อนชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงิน และยกเลิกเงื่อนไขเกี่ยวกับการลดราคาพิเศษทั้งหมด

2. หลังจากเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 1997 ได้ปฏิเสธคำสั่งซื้อจากบริษัท Naigai ผู้
 จำหน่ายหลอดแก้วปลายน้ำที่พยายามนำเข้าหลอดแก้วจากบริษัทผู้ผลิตหลอดแก้วในต่างประเทศ
 เนื่องจาก NIPRO เห็นว่า Naigai ได้ทำธุรกิจกับคู่แข่งของตนอยู่ด้วย NIPRO จึงปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ
 กับ Naigai

3. แก้อสัญญาโดยระบุให้เฉพาะบริษัท Naigai เท่านั้นที่จะต้องมีส่วนประกันหนี้และ
 ต้องใช้เงินสดในกรณีประนอมหนี้ ในวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1999

JFTC วินิจฉัยว่าการกระทำทั้งหมดดังกล่าวนี้เป็นการกีดกันการดำเนินธุรกิจของผู้
 ประกอบธุรกิจรายอื่นเนื่องจากบริษัท NIPRO เป็นผู้จำหน่ายหลอดแก้วแต่เพียงรายเดียวบริเวณอาณา
 เขตภาคตะวันตกในประเทศญี่ปุ่นของบริษัท Nippon Electric Glass ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตหลอดแก้ว
 แต่เพียงผู้เดียวในประเทศญี่ปุ่น ดังนั้นบริษัท NIPRO จึงเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในตลาดการจัด
 จำหน่ายหลอดแก้วของประเทศญี่ปุ่นบริเวณภาคตะวันตก (glass pipe supply market of western
 Japan) การกระทำของบริษัท NIPRO ต่อบริษัท Naigai โดยมีเจตนาที่จะป้องกันมิให้มีการนำเข้า
 หลอดแก้วจากต่างประเทศโดยการกำหนดบทลงโทษต่าง ๆ ประกอบกับการที่บริษัท NIPRO มีเจตนา
 หลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดหรือพยายามจะไม่ให้เกิดการแข่งขันทั้งในด้านคุณภาพและราคาโดยการจำกัดหรือ
 ยับยั้งการนำเข้าหลอดแก้วของคู่แข่งที่ผลิตโดยบริษัทคู่แข่งของ NIPRO ส่งผลต่อการแข่งขันโดยเป็น
 การจำกัดการแข่งขันในตลาดการจัดจำหน่ายหลอดแก้วของประเทศญี่ปุ่น บริเวณภาคตะวันตกอย่าง
 มาก จึงเป็นการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA²⁶⁷ เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจจึงขอ
 อธิบายด้วยรูปภาพดังนี้

²⁶⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 157.

รูปที่ 11 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี *NIPRO Corporation*

จากข้อเท็จจริงข้างต้น จะเห็นได้ว่าในคดี *NIPRO* นี้ มีข้อเท็จจริงชี้ว่าบริษัท *NIPRO* ผู้ปฏิเสธในคดีเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตั้งนั้นการปฏิเสธจึงย่อมส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาด *JFTC* จึงดำเนินคดีตามมาตรา 3 แทนที่จะใช้มาตรา 19 ของ *AMA*

3.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 19 แห่ง *Japanese Antimonopoly Act*

ในประเทศญี่ปุ่นนอกจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ที่อาจเป็นความผิดต่อ *AMA* ได้แล้ว การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายก็อาจเป็นความผิดต่อ *AMA* ได้ด้วยเช่นกันซึ่งอาจเป็นความผิดได้ทั้งมาตรา 3 และมาตรา 19 ขึ้นอยู่กับว่าผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเช่นนั้นรุนแรงเพียงใด ถ้าหากผลกระทบของการปฏิเสธเช่นนั้นรุนแรงถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาดก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 3 แต่ถ้าส่งผลกระทบเพียงมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 19²⁶⁸

ในประเทศญี่ปุ่นยังไม่เคยมีการฟ้องร้องกันในประเด็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทนี้เกิดขึ้นเลยประกอบกับ *JFTC* เองก็ยังไม่เคยมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการ

²⁶⁸ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 10.

ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทนี้เช่นกัน เป็นเหตุให้แนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยปริยายปรากฏขึ้นไม่มากนักภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม JFTC ได้มีแนวปฏิบัติที่กล่าวถึงแนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายภายใต้ มาตรา 3 และมาตรา 19 เอาไว้บ้างดังนี้

สำหรับแนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายภายใต้มาตรา 3 ของ AMA นั้นปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติของ JFTC เรื่องแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) ในข้อที่ 5 ของแนวปฏิบัตินี้ได้กล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและได้ปรากฏแนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายอยู่ว่า “หากผู้ประกอบการได้กระทำการไปอย่างเกินระดับของความพอดี ในการที่ผู้ประกอบการต้นน้ำได้กำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนปริมาณหรือชนิดของสินค้าต่อคู่ค้าในตลาดปลายน้ำ ถ้าหากสินค้านั้นเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำอย่างยิ่ง การกระทำเช่นนี้อาจก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำที่ไม่สามารถหาผู้จัดจำหน่ายสินค้าในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวกและยังเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดปลายน้ำให้น้อยลงอีกด้วย ฉะนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกินไปจากระดับของความพอดีเกี่ยวกับสินค้าที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในตลาดปลายน้ำเช่นนี้ อาจเข้าข่ายของการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันซึ่งเป็นการผิดตามมาตรา 3” จากแนวปฏิบัตินี้ทำให้ทราบว่าหากผู้ประกอบการยอมทำธุรกิจกับคู่ค้าแต่กลับกำหนดเงื่อนไขให้ซื้อสินค้าได้ในปริมาณหรือชนิดที่น้อยหรือมากจนเกิดอุปสรรคต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้า หรือที่เรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA ได้เช่นกัน

สำหรับแนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายภายใต้มาตรา 19 ของ AMA นั้นปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติของ JFTC เรื่อง Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982) ในข้อที่ (2) ของแนวปฏิบัตินี้ กล่าวไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า “การจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการต่อผู้ประกอบการรายใด อย่างเจาะจงอาจเข้าข่ายเป็นการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ได้”

ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจะเป็นความผิดต่อมาตรา 19 ของ AMA ได้ในสถานการณ์อย่างไรบ้างนั้นจะขออธิบายต่อไปในหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา

ความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

3.2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตาม มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

แนวคิดเรื่องการกีดกันราคาภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นมีความคล้ายคลึงกับแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การกีดกันราคาไม่ได้เป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดในตัวเองแต่ไปอิงอยู่กับหลักเกณฑ์เรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ในส่วนของการขายราคาต่ำ (price cutting)²⁶⁹ ซึ่งการกีดกันราคาในประเทศญี่ปุ่นเป็นพฤติกรรมที่สามารถถูกควบคุมโดยอาศัยทั้งบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA เช่นเดียวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้และโดยปริยาย ขึ้นอยู่กับว่าผลกระทบของการกีดกันราคาที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลกระทบหรือไม่ ถ้าหากการกีดกันราคาส่งผลกระทบที่รุนแรงถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากก็จะถูกจัดเป็นความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA แต่ถ้าส่งผลกระทบเพียงมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA²⁷⁰

ในประเทศญี่ปุ่นมีคดีเกี่ยวกับการกีดกันราคาที่สำคัญอยู่คดีหนึ่งซึ่งมีความน่าสนใจให้ศึกษากว่าคดี *linkLine* ของประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจากผู้ทำการกีดกันราคาในคดีของประเทศญี่ปุ่นนี้มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจ (duty to deal) กับคู่แข่งด้วย คดีที่ว่านั้นคือคดี *Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East)*²⁷¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Nippon Telegraph and Telephone East ผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่รู้จักกันในนาม NTT เป็นผู้มีส่วนแบ่งตลาดสูงมากในบริเวณภาคตะวันออกของประเทศญี่ปุ่นในแง่ของจำนวนผู้ที่สมัครเป็นสมาชิกผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงผ่านเส้นใยแก้วนำแสง (fiber optic) และยังเป็นหนึ่งในผู้ให้บริการ Fiber to the home (FTTH) แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน (new family type) ที่มีอยู่เพียงสามรายใน

²⁶⁹ Fumio Sensui *et al.*, "Competition Policy Research Center Fiscal Report: Competition Policy in the Network Industries – Comparative Legal Studies of Margin Squeeze Regulation across Japan, USA and EU and Economic Analysis," 2012, p. 1.

²⁷⁰ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 10.

²⁷¹ Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East) (JFTC hearing decision on March 26, 2007), Supreme Court (on December 17, 2010).

บริเวณภาคตะวันออกของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งบริการ FTTH เป็นบริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงผ่านเส้นใยแก้วนำแสง บริษัท NTT ได้เริ่มให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน ตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2002 โดยบริษัท NTT จะติดตั้งเส้นใยแก้วนำแสงจากสถานีผู้ให้บริการโทรคมนาคมไปยังที่อยู่อาศัยของผู้ใช้บริการจากนั้นผู้ให้บริการจะให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตผ่านเส้นใยแก้วนำแสงนั้นซึ่งจะทำให้อินเทอร์เน็ตมีความเร็วสูง โดยที่บริษัท NTT มีหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจโทรคมนาคม (Telecommunications Business Act) ต้องยอมให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของตนได้ซึ่งบริษัท NTT สามารถคิดค่าธรรมเนียมในการขอเชื่อมต่อโครงข่ายได้ โดยค่าธรรมเนียมนั้นจะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (Minister of Internal Affairs and Communications) ก่อนด้วย²⁷²

บริษัท NTT ได้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจโทรคมนาคมโดยยอมให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นสามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของตนได้ ซึ่งในการเชื่อมต่อโครงข่ายเพื่อให้บริการแก่ผู้ใช้บริการแพ็กเกจสำหรับครัวเรือนนั้นสามารถทำได้ 2 วิธีด้วยกัน ดังนี้

1. วิธีแรกเป็นการเชื่อมต่อผ่านระบบที่มีชื่อว่า Direct cable connection system อันเป็นการใช้เส้นใยแก้วนำแสง 1 เส้นต่อเชื่อมจากสถานีของบริษัท NTT มายังบ้านของผู้ใช้บริการแต่ละรายโดยตรง ระบบนี้จะทำให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่น ๆ ที่มาขอบริษัท NTT เพื่อเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงนั้นต้องมีต้นทุนค่าธรรมเนียมในการขอเชื่อมต่อโครงข่ายที่สูงมากเนื่องจากเส้นใยแก้วนำแสง 1 เส้นสามารถให้บริการแก่ผู้ใช้บริการได้เพียง 1 รายเท่านั้น โดยที่ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่น ๆ ที่มาขอเชื่อมต่อจะต้องจ่ายค่าเชื่อมต่อให้กับบริษัท NTT เป็นเงิน 5,074 เยนต่อเส้นใยแก้วนำแสง 1 เส้น นอกจากนี้ยังมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ อีก เช่น ค่าธรรมเนียมสำหรับการแปลงสัญญาณอีก เบ็ดเสร็จแล้วการเชื่อมต่อโดยวิธีนี้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่เข้ามาขอเชื่อมต่อมีต้นทุนทั้งสิ้นเป็นเงิน 6,328 เยนต่อผู้ใช้บริการ 1 ราย

2. วิธีที่สองเป็นการเชื่อมต่อผ่านระบบที่มีชื่อว่า Branch system อันเป็นระบบที่ใช้เส้นใยแก้วนำแสงชนิดพิเศษ 1 เส้นแต่สามารถแบ่งย่อยออกเป็นหลาย ๆ สายเพื่อสามารถให้บริการแก่ผู้ใช้บริการได้หลายรายซึ่งสามารถแบ่งย่อยได้มากที่สุดถึง 32 สาย ต่อเชื่อมจากสถานีของบริษัท NTT มายังบ้านของผู้ใช้บริการแต่ละราย กล่าวคือ เส้นใยแก้วนำแสงชนิดพิเศษ 1 เส้น สามารถให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือนแก่ผู้ใช้บริการได้มากถึง 32 ราย แน่นนอนว่าค่าธรรมเนียม

²⁷² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, pp. 145-147.

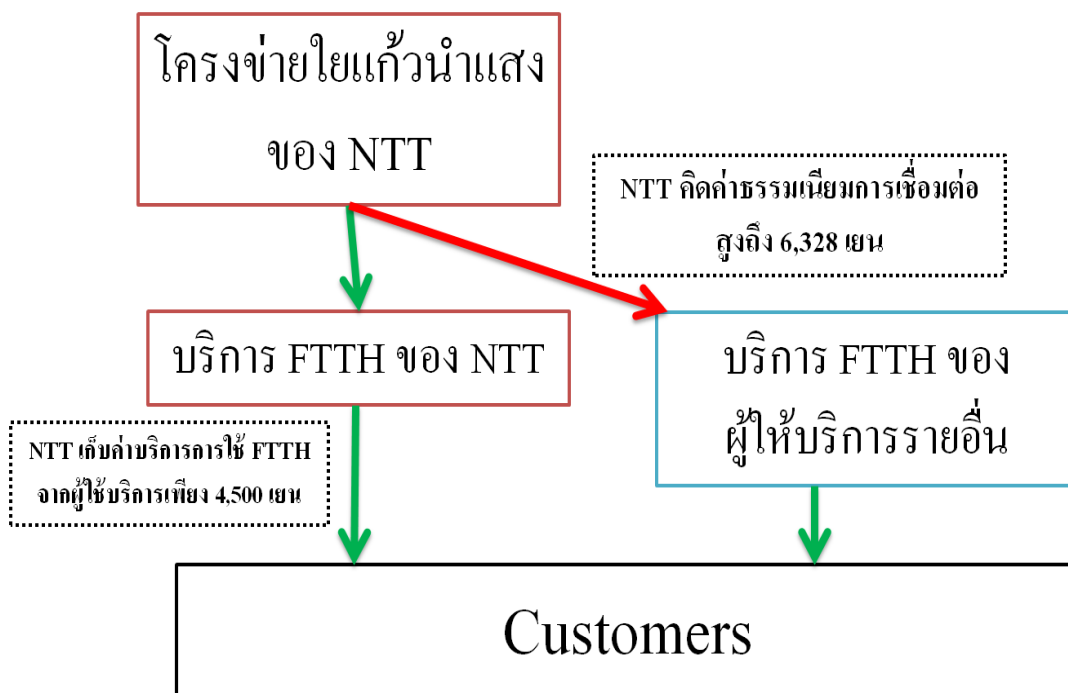
ในการขอเชื่อมต่อโครงข่ายโดยวิธีที่สองนี้ในเบื้องต้นจะมีราคาสูงมากถึง 20,130 เยนต่อเส้นใยแก้วนำแสงชนิดพิเศษ 1 เส้น แต่ถ้าหากมีผู้ใช้บริการมาก ๆ ก็จะช่วยลดต้นทุนค่าธรรมเนียมในการขอเชื่อมต่อโครงข่ายลง เบ็ดเสร็จแล้วการเชื่อมต่อโดยวิธีที่สองนี้ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมซึ่งเข้ามาขอเชื่อมต่อมีต้นทุนทั้งสิ้นเป็นเงิน 2,326 เยนต่อผู้ใช้บริการ 1 ราย

แต่ในความเป็นจริงบริษัท NTT ไม่เคยให้การเชื่อมต่อโครงข่ายผ่านระบบ Branch system เลย แต่กลับให้บริการผ่านระบบ Direct cable connection system แต่เพียงอย่างเดียว และบริษัท NTT ได้เก็บค่าธรรมเนียมการใช้บริการอินเทอร์เน็ตจากผู้ให้บริการเดือนละ 5,800 เยนในตอนเริ่มให้บริการและลดลงเหลือเพียงเดือนละ 4,500 เยนในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2003 แต่บริษัท NTT กลับเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อจากผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นที่ต้องการเข้ามาให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน ผ่านระบบ Direct cable connection system เป็นเงินสูงถึง 6,328 เยน ซึ่งเป็นจำนวนที่สูงกว่าค่าธรรมเนียมการใช้บริการอินเทอร์เน็ตที่บริษัท NTT เรียกเก็บจากผู้ให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือนเสียอีก ทำให้ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมรายอื่นไม่สามารถแข่งขันในตลาดผู้ให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน กับบริษัท NTT ได้²⁷³ เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจคดีนี้จึงขอแสดงด้วยรูปภาพดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁷³ Ibid.

รูปที่ 12 รูปแสดงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดี *Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East)*



JFTC ได้สอบสวนพฤติกรรมของบริษัท NTT ตามบทบัญญัติของ AMA และได้ออกคำแนะนำ (recommendation) ในวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 2003 ว่าพฤติกรรมดังกล่าวของ NTT เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติตามมาตรา 3 ของ AMA ซึ่งบัญญัติห้ามการผูกขาดโดยเอกชน โดยในคำแนะนำดังกล่าว JFTC ได้มีคำสั่งให้บริษัท NTT ต้องดำเนินการตามมาตรการดังต่อไปนี้

1. บริษัท NTT ควรหยุดและเลิกการแทรกแซงการเข้าสู่ตลาดของผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นที่ประสงค์จะขอเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของบริษัท NTT เพื่อเข้ามาให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน โดยบริษัท NTT ต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายดังกล่าวโดยคิดค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อในอัตราการเชื่อมต่อผ่านระบบ Branch system

2. บริษัท NTT ควรแจ้งผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นที่ประสงค์จะขอเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของบริษัท NTT และควรแจ้งผู้บริโภครวมไปให้ทราบถึงมาตรการตามข้อ 1

3. บริษัท NTT ควรหยุดการกระทำตามที่ระบุไว้ในข้อ 1 ต่อไปในอนาคต

แต่บริษัท NTT ไม่ยอมรับคำแนะนำดังกล่าว JFTC จึงนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของ JFTC และในวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2007 JFTC ได้มีคำวินิจฉัย (hearing decision) ว่าบริษัท NTT มีความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA จริง โดยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของบริษัท NTT เป็นการก้าวกัด

ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นที่ให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือนผ่านการคิดค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงที่สูงจนเป็นสาเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันในตลาดการให้บริการ FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน การกระทำเช่นนั้นจึงเป็นการผูกขาดโดยเอกชนตามนิยามในมาตรา 2 อนุมาตราห้าของ AMA อันเป็นความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA อย่างไรก็ตาม NTT ก็ได้ฟ้องร้องต่อศาล Tokyo High Court เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยของ JFTC ในวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2009 แต่ศาล Tokyo High Court ได้มีคำพิพากษาขึ้นตามคำวินิจฉัยของ JFTC²⁷⁴ บริษัท NTT จึงสู้คดีถึงชั้นศาลฎีกาและในที่สุดศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีคำตัดสินคดีนี้เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2010 ว่าบริษัท NTT มีความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA และได้ระบุว่าการกระทำของ NTT เช่นนี้เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขัน (exclusionary conduct) ซึ่งการกีดกันการแข่งขันภายใต้ AMA นี้จะต้อง

1. มิใช่พฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจตามปกติ (artificial nature) และไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นวิธีการแข่งขันอันชอบด้วยกฎหมาย

2. ก่อให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่อคู่แข่งอย่างมีนัยสำคัญ²⁷⁵

อย่างไรก็ตาม ศาลไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งในเรื่องมาตรการแก้ไขพฤติกรรมของบริษัท NTT ให้ถูกต้องแต่อย่างใดเพราะบริษัท NTT ได้หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย AMA ไปแล้วตั้งแต่เดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2004²⁷⁶

สังเกตได้ว่าในคดีนี้แม้บริษัท NTT จะยอมปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจโทรคมนาคมโดยยอมให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นสามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของตนและค่าธรรมเนียมในการขอเชื่อมต่อโครงข่ายก็ได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารแล้ว แต่อย่างไรก็ตามผู้ประกอบธุรกิจจะยอมปฏิบัติตามกฎหมายฉบับหนึ่งก็ไม่อาจได้รับการยกเว้นจากการถูกตรวจสอบตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ ได้

²⁷⁴ Ibid., 145.

²⁷⁵ Naoko Teranishi, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Groups (Istanbul Turkey): Refusal to Deal in Japan," [Online] Accessed: 15 March 2017. Updated: 13 November 2015. Available from: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1057.pdf>

²⁷⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 146.

กล่าวคือ แม้บริษัท NTT จะได้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจโทรคมนาคมอย่างถูกต้องครบถ้วนทุกประการแล้วแต่พฤติกรรมของบริษัท NTT ก็ยังสามารถถูกควบคุมตาม AMA ได้อีก²⁷⁷

แม้ในคดีนี้ศาลและ JFTC จะตัดสินโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA แต่ในทางปฏิบัติแล้วการกีดกันราคาก็อาจเป็นความผิดภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA ได้เช่นกัน ถ้าผลของการกีดกันราคาเป็นการส่งผลกระทบต่อเพียงมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดเท่านั้น โดยการกีดกันราคานี้ อาจจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA ทั้งในส่วนของ การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ (other refusal to deal) การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (discriminatory pricing) และการขายโดยตั้งราคาต่ำเกินสมควร (unjust low price sales) ตามแนวปฏิบัติเรื่อง Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982) ประกอบกันทั้ง 3 กรณี แต่ที่ JFTC เลือกดำเนินคดีนี้โดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 3 ของ AMA เป็นเพราะสถานะของบริษัท NTT ในตลาดโทรคมนาคม จำนวนโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงที่บริษัท NTT ถือครองอยู่ตลอดจนผลกระทบของการกีดกันราคาที่มีต่อผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายใหม่ที่ประสงค์จะเข้าสู่ตลาด จึงทำให้ JFTC เห็นว่าการกระทำของบริษัท NTT ในคดีนี้ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA มากกว่าที่จะเป็นความผิดเพียงเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA²⁷⁸

3.2.6 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น พฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถตกอยู่ภายใต้การควบคุมของบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA และเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA และอย่างที่กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติทั้ง 2 มาตรานี้มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือสนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม อีกทั้งเป้าหมายของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชนตั้งแต่ในระยะเริ่มแรกหรือกล่าวได้ว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นมาตรการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชนขึ้น ดังนั้นหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาความผิดภายใต้บทบัญญัติของทั้ง 2 มาตรานี้จึงคล้ายคลึงกัน โดยสามารถนำหลักเกณฑ์

²⁷⁷ Ibid., 149-150.

²⁷⁸ Ibid., 148-149.

ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนมาช่วยส่งเสริมหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมให้ชัดเจนมากขึ้นได้ แต่พึงระวังว่าบทบัญญัติทั้ง 2 มาตรานี้มีองค์ประกอบความรับผิดบางประการที่แตกต่างกันอยู่บ้าง

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้ AMA นั้น นอกจากจะปรากฏจากคำวินิจฉัยของ JFTC และคำพิพากษาของศาลแล้วยังปรากฏจากแนวปฏิบัติต่าง ๆ ของ JFTC อีกด้วย ซึ่งมีแนวปฏิบัติของ JFTC อยู่ 2 เรื่องด้วยกันที่กล่าวถึงพฤติกรรมกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจเอาไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ แนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices Under the Antimonopoly Act)²⁷⁹ ซึ่ง JFTC จะใช้หลักเกณฑ์ทั้งหมดที่ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติเพื่อพิจารณาว่าการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างใดที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 3 หรือมาตรา 19 ของ AMA ในหัวข้อนี้จะอธิบายโดยเน้นไปที่หลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 ของ AMA ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นอันเป็นเนื้อหาหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม จำแนกตามการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจในแต่ละประเภทได้ดังนี้

3.2.6.1 หลักเกณฑ์สำหรับการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

การกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เป็นการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจประเภทหนึ่งที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีความกันมากที่สุดในประเทศญี่ปุ่น จึงปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้อย่างละเอียด นอกจากหลักเกณฑ์ในหัวข้อนี้จะใช้สำหรับการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้แล้วยังสามารถนำไปพิจารณาความผิดของการกฏเสื่อไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกฏเสื่อที่มีลักษณะเป็นการกีดตันราคาได้อีกด้วย

²⁷⁹ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, pp. 3-4.

เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทหลักและเป็นพื้นฐานสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ ANA นั้น ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม ส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(1) ซึ่งอธิบายว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งเช่นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ ANA ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม และในข้อที่ 3(2)a ของแนวปฏิบัติฉบับนี้ระบุว่าการประเมินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่นั้น JFTC จะประเมินจากหลักเกณฑ์หรือปัจจัยดังต่อไปนี้

1) สภาพการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ

เช่น การกระจุกตัวของตลาด (market concentration)* ลักษณะของสินค้าที่ถูกปฏิเสธ ระดับของความแตกต่างในด้านผลิตภัณฑ์ (product differentiation) ช่องทางการจัดจำหน่าย และอุปสรรคหรือความยากลำบากของการเข้าสู่ตลาดใหม่ และปัจจัยอื่น ๆ

2) สภาพการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกัน

เช่น การกระจายราคา (dispersion in prices) และประเภทธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ และปัจจัยอื่น ๆ

3) สถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

เช่น ส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ ลำดับที่ คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า (brand value of products) และปัจจัยอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีสถานะที่เข้มแข็งอยู่ในตลาด (holding stronger position in a market) ก็อย่างยิ่งแสดงถึงผลกระทบที่เป็นการปิดกั้นผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้มากขึ้น แสดงว่ายังมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม

4) ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกปฏิเสธ

* การกระจุกตัวของตลาด (market concentration) หมายถึง “การที่ผู้ประกอบธุรกิจน้อยรายสามารถควบคุมสินทรัพย์หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ ไว้ได้เป็นสัดส่วนที่สูงเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนสินทรัพย์ หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหมดที่มีอยู่ในตลาดหรือในธุรกิจนั้น ๆ”

เช่น ระดับและลักษณะของการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้น

5) จำนวนของคู่ค้าที่ได้รับผลกระทบจากการถูกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและสถานะของผู้ที่ได้รับผลกระทบในตลาด

ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้น นอกจาก JFTC จะพิจารณาผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันแล้ว JFTC ยังจะต้องพิจารณาผลกระทบที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นอีกเพื่อนำมาชั่งน้ำหนักกัน

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์หรือปัจจัยทั้ง 5 ประการที่ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมข้างต้นนี้ พบว่ามีความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขัน (The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act) เป็นอย่างมาก จึงขอนำมาพิจารณาร่วมกันเพื่อให้เห็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องจากแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันนั้น นอกจากจะมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเป็นการเฉพาะแล้ว ยังอธิบายหลักเกณฑ์ในละเอียดละเอียด โดยปรากฏหลักเกณฑ์เช่นว่านั้นอยู่ในส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(2) ของแนวปฏิบัติโดยมีรายละเอียดดังนี้

ในสถานการณ์ที่พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก่อให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจของลูกค้าที่ถูกปฏิเสธจนไม่สามารถหาผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวก พฤติกรรมในสถานการณ์เช่นนั้นจะถูกพิจารณาว่าเป็นการกีดกันการแข่งขัน (ซึ่งเป็นองค์ประกอบความรับผิดในมาตรา 3 ของ AMA) โดย JFTC จะใช้ปัจจัยดังต่อไปนี้ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดอุปสรรคต่อผู้ถูกปฏิเสธในการหาผู้ประกอบการรายอื่นได้อย่างสะดวกหรือไม่

1) สภาพของตลาด

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(2)A เมื่อต้องมีการประเมินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันหรือไม่นั้น JFTC จะพิจารณาถึงสภาพของตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำทั้งหมด เช่น ระดับการกระจุกตัวของตลาด

ลักษณะของสินค้า การประหยัดจากขนาดการผลิต ระดับของความแตกต่างในด้านผลิตภัณฑ์ (product Differentiation) ช่องทางการจัดจำหน่าย พลวัตของตลาด (dynamics of the market)* และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ

ตัวอย่างเช่นในกรณีในตลาดต้นน้ำมีลักษณะเป็นตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (oligopolistic market) ซึ่งมีระดับของการกระจุกตัวของตลาดที่สูงทำให้คู่ค้าไม่สามารถหาผู้ผลิตรายอื่นในตลาดต้นน้ำได้อย่างสะดวก การจัดหาสินค้าโดยผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต้นน้ำเช่นนี้จึงยังเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้า ดังนั้นในสถานการณ์เช่นนี้จึงยังมีแนวโน้มที่จะถูกถือว่เป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำที่ไม่สามารถหาผู้ผลิตสินค้าในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวก

ปัจจัยเช่นนี้ส่งเสริมให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 3 และมาตรา 19 ของ AMA ได้มากยิ่งขึ้น

2) สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธในตลาดต้นน้ำ

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(2)B ในกรณีที่ JFTC จะประเมินถึงสภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธในตลาดต้นน้ำนั้น JFTC จะพิจารณาจาก ส่วนแบ่งตลาดของสินค้า อันดับของสินค้า คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า (brand value of products)** ความสามารถส่วนเกินในการผลิตสินค้า ขนาดธุรกิจของผู้ปฏิเสธและขนาดธุรกิจของคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่สินค้าของบริษัทผู้ปฏิเสธเป็นสินค้าที่มีคุณค่าทางยี่ห้อ

สูงอยู่ในตลาดต้นน้ำ ทำให้บริษัทคู่ค้าที่ถูกปฏิเสธไม่สามารถหาผู้ผลิตรายอื่นในตลาดต้นน้ำได้อย่างสะดวก การจัดหาสินค้าโดยผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต้นน้ำในกรณีเช่นนี้จึงยังเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับคู่ค้า ยิ่งไปกว่านั้นถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ปฏิเสธในตลาดต้นน้ำเป็นเพียงคู่แข่งรายเล็ก

* พลวัตของตลาด (dynamics of the market) หมายถึง “ปฏิสัมพันธ์ระหว่างแรงของอุปสงค์และอุปทานหรือที่เรียกกันว่า “สัญญาณราคา” ซึ่งหมายถึงสัญญาณที่ส่งให้กับผู้บริโภคและผู้ผลิตสินค้าในรูปแบบของราคาที่จ่ายสำหรับสินค้านั้น ๆ เป็นสัญญาณบ่งชี้สำหรับผู้ผลิตในการเพิ่มจำนวนการผลิต และ/หรือผู้บริโภคในการลดความต้องการในการบริโภคสินค้านั้น ๆ เช่น หากราคาสินค้านั้นแพง ผู้ผลิตจะเพิ่มจำนวนการผลิตและผู้บริโภคจะลดการบริโภคสินค้านั้น และในตลาดเสรี พลวัตของตลาดจะอยู่เหนือการควบคุมของผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง”

** คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า (brand value of products) คือ “คุณค่าภายในตัวสินค้าที่ลูกค้ามีต่อสินค้า ไม่ว่าจะเป็ด้านชื่อเสียง ประสบการณ์หรือความรู้สึกพิเศษ”

ที่มีขนาดธุรกิจไม่ใหญ่มากและมีความสามารถในการผลิตสินค้าที่จำกัด ความสำคัญของบริษัทผู้ปฏิเสธก็จะยิ่งมีมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้นในสถานการณ์ดังกล่าวนี้จึงยังมีแนวโน้มที่จะถูกถือว่าเป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายทางที่ไม่สามารถหาผู้จัดจำหน่ายสินค้าในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวก

เมื่อต้องพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นควรจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมในเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้น สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญมากที่สุดในการจำแนกแต่ปัจจัยที่สำคัญมากที่สุดคือระดับของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขัน (degree of influence to the competition) อย่างไรก็ตามสภาพของผู้ปฏิเสธก็เป็นปัจจัยที่สามารถช่วยชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันที่มีน้ำหนักสูงมาก กล่าวคือ ถ้าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดของสินค้าชนิดนั้นสูงมากจนถึงขั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจเช่นนี้ก็มักจะถูกพิจารณาว่ามีผลกระทบที่รุนแรงต่อการแข่งขันและมีโอกาสที่จะถูกจัดว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA ได้มาก²⁸⁰

ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบการซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดของสินค้าชนิดนั้นไม่สูงถึงขนาดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดอย่างมีนัยสำคัญ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีเช่นนี้ก็มักจะถูกพิจารณาว่ามีผลกระทบที่ไม่รุนแรงต่อการแข่งขันโดยส่งผลกระทบเพียงมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด จึงเป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงก็สามารถส่งเสริมให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ได้มากขึ้นเช่นเดียวกันเพราะหากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดที่มากก็จะช่วยชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อการแข่งขันได้ชัดเจนมากขึ้นไปด้วย เห็นได้จากคดี *Sagisaka*²⁸¹ ที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ปฏิเสธในคดีมียอดจำหน่ายสินค้าที่ปฏิเสธสูงเป็นอันดับ 1 ในประเทศญี่ปุ่น เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ JFTC วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้เข้าข่ายเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในรูปแบบอื่นซึ่งมีความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA²⁸²

²⁸⁰ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 2.

²⁸¹ Case against Sagisaka (recommendation decision on May 16, 2000).

²⁸² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 156.

ฉะนั้นถ้าหากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดน้อยเกินไป ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธนั้นก็ไม่ว่าจะเห็นได้อย่างเด่นชัด ตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices Under the Antimonopoly Act) ส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(4) ระบุเอาไว้ว่าผู้ปฏิเสธที่อาจมีความผิดในเรื่อง การปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ อันจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA ได้นั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เรียกว่า “ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด (a firm influential in a market)” และการที่ผู้ประกอบธุรกิจใดจะมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดหรือไม่นั้น JFTC จะประเมินจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเป็นอันดับแรกว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้น ๆ มีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 20 หรือไม่ ถ้าเกินก็มีแนวโน้มว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจใดจะมีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 20 ตามเงื่อนไขในข้อแรกนี้ก็มิได้หมายความว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะเป็นความผิดเสมอไป แต่การปฏิเสธของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 20 นั้นจะต้องมีผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (foreclosure effect) อีกด้วยถึงจะเป็นความผิด

ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 20 หรือน้อยกว่า หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่งเข้ามาดำเนินธุรกิจในตลาด (new entrant) กล่าวคือมิได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดนั้น JFTC เห็นว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเช่นนี้มักไม่สามารถลดโอกาสทางธุรกิจของคุณคู่แข่งได้และไม่สามารถทำให้คู่แข่งได้รับอุปสรรคในการที่จะหาคุณค่าทางธุรกิจรายอื่นได้อย่างสะดวกจึงไม่มีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมแต่อย่างใด การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA

สรุปได้ว่าถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 20 หรือต่ำกว่านั้นหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาดำเนินธุรกิจในตลาด การปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจเหล่านี้จะถือถือว่าไม่เป็นการสร้างอุปสรรคต่อใด ๆ ต่อผู้ถูกปฏิเสธ และไม่มีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม ดังนั้นจึงไม่มีความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA หรือสามารถกล่าวได้ว่า ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่หรือน้อยกว่าร้อยละ 20 ลงมา หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่งเข้ามาดำเนิน

ธุรกิจอยู่ในตลาดย่อมได้รับยกเว้นจากการถูกตรวจสอบตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม²⁸³

3) สภาพของคู่ค้าที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธในตลาดปลายทาง

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(2)C ในการที่ JFTC จะประเมินถึงสภาพของคู่ค้าที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธในตลาดปลายทางนั้น JFTC จะพิจารณาจาก ส่วนแบ่งตลาดของสินค้า อันดับของสินค้า คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า (brand value of products) ความสามารถส่วนเกินในการผลิตสินค้า ขนาดธุรกิจของคู่ค้าที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธในตลาดปลายทาง

ตัวอย่างเช่นถ้าหากสินค้าของคู่ค้าที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธในตลาดปลายทางมีส่วนแบ่งตลาดสูงและมีคุณค่าทางยี่ห้อที่เข้มแข็งอยู่ในตลาดปลายทาง แสดงให้เห็นได้ว่าผู้ถูกปฏิเสธมีความเข้มแข็งสูงดังนั้นการไม่ยอมจำหน่ายสินค้าต้นน้ำให้ก็ดูจะมีความสำคัญต่อผู้ถูกปฏิเสธได้น้อย ในสถานการณ์เช่นนี้มีแนวโน้มว่าการปฏิเสธจะไม่เป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายทางแต่อย่างใดจึงมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อมาตรา 3 และมาตรา 19 ของ AMA ได้น้อย

4) สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ

ถ้าหากสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธมีลักษณะเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าหรือไม่ยอมให้บริการเช่นนั้นก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดทั้งในเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA

แม้ AMA จะไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (essential facilities) ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้ผู้ถือครองทรัพย์สินเช่นนั้นต้องยอมทำธุรกิจกับคู่แข่งก็ตาม แต่ในกรณีที่สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอันจะขาดเสียไม่ได้ (indispensable) ในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งเป็นการยากมากที่จะลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกเช่นเดียวกันนั้นขึ้นใหม่ การปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเช่นนั้นย่อมมีความเสี่ยงมากที่จะเป็นความผิดทั้งต่อมาตรา 3 และมาตรา 19 ของ AMA ได้²⁸⁴

²⁸³ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 11.

²⁸⁴ Ibid., 8.

ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจกิจการโทรคมนาคมรายหนึ่งเป็นผู้ถือครองสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นสำหรับการให้บริการโทรคมนาคมซึ่งเป็นการยากมากที่จะลงทุนสร้างสิ่งเช่นเดียวกันนั้นขึ้นใหม่ ถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นได้ปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้ามาเชื่อมโยงโครงข่ายหรือยอมให้เชื่อมต่อโครงข่ายภายใต้เงื่อนไขที่แตกต่างกันอย่างมากเมื่อเทียบกับกิจการของตนเอง การกระทำในลักษณะนี้ย่อมเป็นการกีดขวางการเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดโทรคมนาคมของผู้ประกอบธุรกิจกิจการโทรคมนาคมรายใหม่ ๆ และทำให้ผู้ประกอบธุรกิจกิจการโทรคมนาคมรายอื่นประสบความยากลำบากในดำเนินธุรกิจ ถ้าหากผลของการกระทำเช่นนั้นส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาดก็จะถูกจัดว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชนซึ่งจะมีความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA แต่ถ้าผลกระทบของการกระทำมีเพียงแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม พฤติกรรมดังกล่าวก็จะถูกควบคุมโดยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA²⁸⁵

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(1) ระบุว่าถ้าหากสินค้าที่ปฏิเสธเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายทาง การปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าเช่นนั้นให้ก็อาจก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายทางที่ไม่สามารถหาผู้จัดจำหน่ายสินค้าในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวกและยังเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดปลายทางให้ลดน้อยลงอีกด้วย จึงมีความเสี่ยงที่จะเข้าข่ายของการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันอันเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA และย่อมมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA ด้วยเช่นเดียวกัน เห็นได้จากคดี *Konami Corporation*²⁸⁶ แสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์เรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นหรือสิ่งจำเป็นซึ่งจะขาดเสียไม่ได้ (indispensable) ก็เป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่ JFTC ใช้ในการพิจารณาความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน โดยในคดีนี้ JFTC เห็นว่าสิทธิในการใช้ชื่อทีม ชื่อนักกีฬาและเครื่องหมายทีมเบสบอลตามสัญญาที่บริษัท Konami ทำกับองค์กรเบสบอลอาชีพนี้ เป็นสิ่งจำเป็นซึ่งจะขาดเสียไม่ได้ในการผลิตและจำหน่ายเกมเกี่ยวกับเบสบอลอาชีพ จึงเป็นเหตุให้ JFTC ออกหนังสือเตือนว่าการที่บริษัท Konami ปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิช่วงต่อ

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Case against Konami Corporation (JFTC warning on May 22, 2003).

บริษัทผู้ผลิตเกมรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนี้มีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA

ในการพิจารณาว่าสินค้าในตลาดต้นน้ำใดเป็น “สินค้าที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำอย่างยิ่ง” นั้น แนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(1) ระบุว่า JFTC ใช้เกณฑ์ในการประเมินดังนี้

a. สินค้าชิ้นนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถหาทดแทนได้ (unsubstitutable) และเป็นสินค้าที่จำเป็นอย่างยิ่ง (indispensable) สำหรับคู่ค้าเพื่อจะดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในตลาดปลายน้ำ และ

b. ในความเป็นจริงคู่ค้าไม่สามารถผลิตสินค้านั้นได้แม้คู่ค้านั้นจะใช้ความพยายามทั้งด้านการลงทุนและการพัฒนาทางเทคโนโลยี

c. ในธุรกิจประเภทที่การประหยัดจากขนาดการผลิต (economies of scale) และธุรกิจเครือข่าย (network effect) มีประสิทธิภาพ มีอยู่หลายกรณีที่ผู้ประกอบการถือครองสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นซึ่งผู้ประกอบการดังกล่าวได้รับสิทธิในการใช้สิ่งนั้นแต่เพียงผู้เดียวจากรัฐหรือหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ ในกรณีเช่นนี้ถ้าหากผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถใช้สิ่งอำนวยความสะดวกนั้นได้แล้วก็จะยอมจะเกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากในการประกอบธุรกิจของตนในตลาดปลายน้ำ ดังนั้นการอนุญาตให้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่มีลักษณะตามข้อ a และข้อ b จึงถูกพิจารณาว่าเป็น “สินค้าที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำอย่างยิ่ง”

CHULALONGKORN UNIVERSITY

5) ลักษณะของการปฏิเสธ

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการผูกขาดโดยเอกชนที่เป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนที่ 2 ข้อที่ 5(2) D และ E ในการที่ JFTC จะประเมินถึงลักษณะของพฤติกรรมว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวใดจะเป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขันหรือไม่นั้น JFTC จะพิจารณาถึง เงื่อนไขและรายละเอียดของธุรกรรมที่ทำกับคู่ค้าระยะเวลาในการปฏิเสธ รวมทั้งเจตนาและวัตถุประสงค์ของผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธ

5.1) เงื่อนไขและรายละเอียดของธุรกรรมที่ทำกับคู่ค้า

เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่ได้มีเพียงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการปฏิเสธไม่

ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาด้วย ดังนั้นแม้ในกรณีที่มีการทำธุรกิจกับคู่ค้าก็ยังไม่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้เช่นกัน

ตัวอย่างเช่น ถ้าหากราคาสินค้าวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจำหน่ายให้กับคู่ค้ารายใดรายหนึ่งสูงกว่าที่จำหน่ายให้กับคู่ค้ารายอื่น ๆ จนเกินกว่าระดับที่เหมาะสม (beyond reasonable degree) คู่ค้าที่ซื้อวัตถุดิบต้นน้ำมาในราคาสูงนั้นย่อมต้องตั้งราคาสินค้าสำเร็จรูปของตนในตลาดปลายน้ำสูงกว่าผู้ประกอบการในตลาดปลายน้ำรายอื่น ๆ เนื่องจากราคาวัตถุดิบต้นน้ำที่ตนซื้อสูงกว่าผู้ประกอบการรายอื่น ในกรณีเช่นนี้ถ้าหากราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำสูงกว่าราคาสินค้าสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบการในตลาดปลายน้ำรายอื่นจำหน่ายให้กับผู้บริโภค หรือสูงกว่าราคาสินค้าสำเร็จรูปปลายน้ำที่ผู้ประกอบการในตลาดต้นน้ำจำหน่ายไปยังผู้บริโภคเสียเอง หรือที่เรียกว่าสถานการณ์ “การกีดกันราคา” นั้น ก็จะถูกพิจารณาว่าคู่ค้าที่ต้องซื้อสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำในราคาที่สูงกว่าผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น (หรือผู้ประกอบการที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี) ได้ โดยการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจที่มีความเหมาะสมทางเศรษฐกิจ ดังนั้นการตั้งราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำเช่นนั้นย่อมถูกจัดว่าเป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำที่ไม่สามารถหาผู้จัดจำหน่ายสินค้าในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวก

แต่สำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกีดกันราคานั้นขอแยกอธิบายไว้โดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

5.2) ระยะเวลาในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

ในการที่ JFTC จะประเมินถึงระยะเวลาในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้น JFTC จะพิจารณาว่าระยะเวลาที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นนั้นยาวนานเพียงใด

ตัวอย่างเช่นถ้าหากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเป็นระยะเวลานาน ในสถานการณ์เช่นนี้ก็มีความเป็นไปได้ที่จะถูกถือว่าเป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของคู่ค้าในตลาดปลายน้ำที่ไม่สามารถหาผู้จัดจำหน่ายสินค้าในตลาดต้นน้ำรายอื่นได้อย่างสะดวก

5.3) วัตถุประสงค์ของผู้ประกอบการปฏิเสธ

แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมส่วนที่

a. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพื่อเป็นหลักประกันให้สามารถใช้พฤติกรรมที่ผิดต่อกฎหมาย AMA ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด (influential manufacturer in a market) สั่งห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าทำธุรกิจกับผู้ผลิตสินค้ารายอื่นอันเนื่องมาจากเป็นคู่แข่งของตน ซึ่งเป็นการลดโอกาสทางธุรกิจของคู่แข่งลงและยังเป็นการป้องกันมิให้คู่แข่งของตนสามารถหาคู่ค้าทางธุรกิจรายอื่นได้อย่างสะดวก และเพื่อที่จะบังคับตามคำสั่งห้ามเหนือผู้จัดจำหน่ายสินค้าดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดจึงประกาศว่าตนจะปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าถ้าหากไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งห้ามทำธุรกิจเช่นนั้น

b. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นวิธีเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ไม่สมควรภายใต้ AMA เช่นการกำจัดคู่แข่งของตนให้ต้องออกไปจากตลาด และหรือน่าจะเป็นการสร้างอุปสรรคต่อผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธให้ไม่สามารถดำเนินธุรกิจตามปกติต่อไปได้

ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบ (material manufacturer) ที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด พยายามที่จะป้องกันมิให้ผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปผลิตวัตถุดิบได้ด้วยตนเอง จึงหยุดที่จะจำหน่ายวัตถุดิบหลักที่ผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบเช่นนั้นให้กับผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูป หรือ ผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งของลูกค้านั้น (ลูกค้าในที่นี้หมายถึงผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบที่ได้ใช้วัตถุดิบของผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบ) ให้ออกไปจากตลาดสินค้าสำเร็จรูป จึงหยุดที่จะจำหน่ายสินค้าวัตถุดิบที่ตนผลิตได้ให้กับคู่แข่งของลูกค้านั้น

หากการปฏิเสธเกิดขึ้นเพราะผู้ปฏิเสธมีวัตถุประสงค์ตามข้อ a หรือ b ข้างต้นนี้ ย่อมเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 19 แห่ง AMA

5.4) เจตนาของผู้ปฏิเสธ

แม้ว่าเจตนาจัดการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นและเจตนาที่จะให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้รับอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจ หรือที่เรียกว่าเจตนาต่อต้านการแข่งขัน (intent of exclusion) นั้นจะมีใจองค์ประกอบความรับผิดตามบทบัญญัติในมาตรา 3 และมาตรา 19 ของ AMA ก็ตาม แต่เจตนาต่อต้านการแข่งขันก็เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งซึ่งชี้ให้เห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นเป็นการผูกขาดโดยเอกชนหรือเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ โดยเจตนาของผู้ปฏิเสธนั้นเป็นสิ่งที่ป็นอัครวิสัย JFTC และศาลจึงเป็นผู้ทำหน้าที่ค้นหาเจตนาของผู้ปฏิเสธ

จากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในคดี²⁸⁷ ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงที่ JFTC และศาลมักใช้สรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน ดังต่อไปนี้

5.4.1) การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ

ข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธมีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติก็เป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่จะช่วยให้ JFTC และศาลเห็นว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะกำจัดการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้รับอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจได้ง่ายขึ้น เห็นได้จากคดี *NIPRO Corporation*²⁸⁸ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท NIPRO ผู้ปฏิเสธในคดีนี้ไม่ยอมทำธุรกิจเฉพาะกับบริษัท Naigai ผู้จำหน่ายหลอดแก้วปลายน้ำ เนื่องจากบริษัท Naigai ไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของตน แต่มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท NIPRO ยังทำธุรกิจกับบริษัทผู้จำหน่ายหลอดแก้วปลายน้ำรายอื่นอยู่ การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติของบริษัท NIPRO เช่นนี้เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ JFTC วินิจฉัยว่าบริษัท NIPRO มีความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA²⁸⁹

5.4.2) การมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร

แม้การมีความสัมพันธ์กันมาก่อนจะไม่ถูกจัดเป็นองค์ประกอบความรับผิดโดยตรงในเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็ตาม แต่การปฏิเสธต่อข้อเสนอที่จะทำธุรกิจใหม่ (refusal of an offer for a new deal) ก็มีโอกาสที่จะเป็นความผิดในเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้น้อยกว่าเมื่อเทียบกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่ค้าที่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน²⁹⁰

เห็นได้จากหลายคดีในประเทศญี่ปุ่นที่ JFTC และศาลได้ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดตามบทบัญญัติการผูกขาดโดยเอกชนหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็มักจะมีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธนั้นมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน เช่นในคดี *NIPRO Corporation*²⁹¹ มีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธได้ทำสัญญากับผู้ถูกปฏิเสธตั้งแต่

²⁸⁷ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 7.

²⁸⁸ Naigai Glass Industry Co. V. Nipro Corporation (JFTC hearing decision on June 5, 2006).

²⁸⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 157.

²⁹⁰ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, pp. 7-8.

²⁹¹ Naigai Glass Industry Co. V. Nipro Corporation (JFTC hearing decision on June 5, 2006).

วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1995 ก่อนจะมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1997²⁹² หรือในคดี *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.*²⁹³ และคดี *Sagisaka*²⁹⁴ ก็มีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธได้เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจอยู่กับผู้ถูกปฏิเสธกันมาทั้งสิ้น

5.4.3) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ

หากมีข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธก็เป็นข้อเท็จจริงที่ช่วยให้ JFTC และศาลเห็นว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้ง่ายขึ้น เช่นในคดี *NIPRO Corporation*²⁹⁵ ที่บริษัท NIPRO ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายหลอดแก้วได้ปฏิเสธคำสั่งซื้อจากบริษัท Naigai อันเนื่องมาจากบริษัท Naigai ได้ไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของบริษัท NIPRO โดยพยายามนำเข้าและสั่งซื้อหลอดแก้วจากบริษัทผู้ผลิตหลอดแก้วในต่างประเทศ จึงเป็นเหตุผลให้ JFTC เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของบริษัท NIPRO เช่นนี้มีความผิดตามมาตรา 3 แห่ง AMA²⁹⁶

6) ผลกระทบของการปฏิเสธ

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA ได้นั้นจะต้องปรากฏว่าการปฏิเสธนั้นส่งผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก (substantial restraint of competition) ในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง ซึ่งอย่างไรถึงจะเป็น “การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก” นั้นปรากฏนิยามอยู่ในคดี *Toho/Shintosho* ที่ศาล Tokyo High Court ตัดสินไว้เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 1953 โดยระบุว่า “การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก” หมายถึงสถานการณ์ที่การแข่งขันถูกทำให้ลดน้อยลงอันเป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายรวมกันสามารถควบคุมตลาดได้โดยมีอิสระในการกำหนดราคา คุณภาพ ปริมาณ และเงื่อนไขอื่น ๆ ตามความต้องการของตน”²⁹⁷ เห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA นี้เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแข่งขัน

²⁹² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 157.

²⁹³ Case against Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. (JFTC recommendation decision on July 27, 2001).

²⁹⁴ Case against Sagisaka (recommendation decision on May 16, 2000).

²⁹⁵ Naigai Glass Industry Co. V. Nipro Corporation (JFTC hearing decision on June 5, 2006).

²⁹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 157.

²⁹⁷ *Ibid.*, 155.

ที่เสรีและเป็นธรรมในตลาด การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 19 นี้จึงต้องส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเท่านั้น

เช่นเดียวกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA ก็มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมในตลาดเช่นกัน แต่บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนี้มีความแตกต่างจากบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตรงที่ผลกระทบต่อการแข่งขันที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องรุนแรงถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก เพียงแต่มีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมก็เป็นความผิดได้แล้ว ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่ามาตรา 19 ของ AMA นั้นมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดโดยเอกชนตั้งแต่ในระยะเริ่มแรก²⁹⁸

ในการปฏิบัติงานของ JFTC มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมระบุอยู่ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม ส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(2) ว่า “หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดที่เกี่ยวข้องและผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในฐานะคู่แข่งถูกกำจัดออกไปจากตลาด และหรือโอกาสในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นถูกทำให้ลดลง ตัวอย่างเช่น ในสถานการณ์ที่พฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคในการหาคู่ค้ารายอื่นได้อย่างสะดวก และทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นเพิ่มสูงขึ้น และหรือลดความสนใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดหรือลดความสนใจในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ” ก็แสดงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมแล้ว

3.2.6.2 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

นอกจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้แล้ว การทำธุรกิจโดยกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนปริมาณหรือชนิดของสินค้า หรือการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติในเงื่อนไขเกี่ยวกับการจัดหาสินค้าทั้งในด้านราคาและด้านอื่น ๆ เกินกว่าระดับของความพอดี (beyond reasonable degree) สำหรับสินค้าที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ซื้อสินค้าในตลาดปลายทาง สามารถถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายซึ่งอาจเป็นความผิดได้ทั้งเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ขึ้นอยู่กับว่าผลกระทบของการ

²⁹⁸ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 2.

ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากหรือเป็นเพียงแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาด²⁹⁹

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายอย่างไรถึงจะมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมอันจะถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA นั้น JFTC ได้ให้ตัวอย่างไว้ว่าการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติทางด้านราคาและเงื่อนไขด้านอื่น ๆ จนเกินกว่าระดับของความพอดี เป็นสาเหตุให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อลูกค้าที่ถูกเลือกปฏิบัติซึ่งกระทบต่อการแข่งขันที่เป็นธรรม³⁰⁰ จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายของประเทศญี่ปุ่นเองก็มีรายละเอียดอยู่น้อยเป็นเพราะยังไม่เคยมีประเด็นเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้ขึ้นมาให้ JFTC และศาลได้วินิจฉัย

3.2.6.3 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา

หลักเกณฑ์สำหรับใช้พิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีลักษณะเป็นการกีดกันราคาภายใต้ AMA นั้นสามารถศึกษาได้จาก คดี *Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East)*³⁰¹ เนื่องจากเป็นคดีสำคัญที่ทั้ง JFTC และศาลได้ตัดสินวางหลักเกี่ยวกับการกีดกันราคาไว้อย่างละเอียด ซึ่งหลักเกณฑ์บางข้อก็เป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ ส่วนบางข้อก็เป็นหลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันราคาโดยเฉพาะ

1) สภาพตลาด

ตลาดผู้ให้บริการ FTTH แพคเกจสำหรับครัวเรือนนอกจากบริษัท NTT แล้วก็มีอีกเพียง 2 บริษัทที่เป็นผู้ให้บริการดังกล่าว ดังนั้นโดยสภาพจึงเป็นตลาดที่มีผู้ให้บริการน้อยราย³⁰² จึงมีความเสี่ยงที่จะมีความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 3 และมาตรา 19 ของ AMA ได้มาก

²⁹⁹ Ibid., 10.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East) (JFTC hearing decision on March 26, 2007), Supreme Court (on December 17, 2010).

³⁰² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 146.

2) สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้กีดตันราคา

บริษัท NTT มีส่วนแบ่งตลาดสูงมากในภูมิภาคตะวันออกของประเทศญี่ปุ่น ทั้งในแง่ของการเป็นผู้ถือครองโครงข่ายใยแก้วนำแสงส่วนใหญ่และในแง่ของการมีผู้สมัครสมาชิกเป็นผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตของบริษัท NTT เป็นจำนวนมาก³⁰³ การมีส่วนแบ่งตลาดสูงก็จะยิ่งแสดงถึงผลกระทบของการกีดตันราคาให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นซึ่งผลกระทบจะเป็นตัวชี้ว่าการกีดตันราคาที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นความผิดตามมาตรา 3 หรือมาตรา 19 ของ AMA

3) สภาพของสินค้าหรือบริการที่ถูกกีดตันราคา

สิ่งที่ถูกกีดตันราคาในคดีนี้คือการคิดค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อโครงข่ายใยแก้วนำแสงซึ่งโครงข่ายนี้เป็นสิ่งจำเป็นอันขาดเสียไม่ได้ (indispensable) สำหรับการให้บริการโทรคมนาคมที่ต้องอาศัยเส้นใยแก้วนำแสง เช่น การให้บริการอินเทอร์เน็ต FTTH³⁰⁴ ดังนั้นจึงมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นความผิดทั้งตามมาตรา 3 และมาตรา 19 ของ AMA

4) ลักษณะของการกีดตันราคา

ถ้าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้กีดตันราคามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันก็จะยิ่งมีความเสี่ยงที่จะมีความผิดตามมาตรา 3 หรือมาตรา 19 ของ AMA ได้มากขึ้น แต่การกีดตันราคาที่เกิดขึ้นในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงที่ช่วยชี้ให้ JFTC และศาลเห็นถึงเจตนาของผู้กีดตันราคาไม่มากนัก เช่น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่เคยมีกันมาก่อนเนื่องจากการให้บริการอินเทอร์เน็ต FTTH แพ้คู่แข่งสำหรับครัวเรือนเป็นธุรกิจที่เพิ่งถือกำเนิดขึ้นมาใหม่ แต่การกีดตันราคาในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้กีดตันราคาซึ่งเป็นข้อเท็จจริงข้อหนึ่งที่ช่วยชี้ให้เห็นถึงเจตนาของผู้กีดตันราคาได้เช่นกัน การปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดเห็นได้จากเมื่อบริษัท NTT เริ่มต้นให้บริการอินเทอร์เน็ต FTTH แพ้คู่แข่งสำหรับครัวเรือนในวันที่ 1 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2002 และเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นสามารถเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของตนได้ก็ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจเพียง 1 รายเท่านั้นที่เข้ามาขอเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของบริษัท NTT เพื่อให้บริการ FTTH แพ้คู่แข่งสำหรับครัวเรือนแข่งขันกับบริษัท NTT³⁰⁵ อาจมีสาเหตุมาจากการที่อัตราค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อโครงข่ายของบริษัท NTT นั้นสูงมากจนไม่คุ้มค่าที่จะเชิญชวนให้ผู้ประกอบธุรกิจให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นเข้ามาลงทุนแข่งขันด้วย

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid., 148.

5) ผลกระทบของการกีดกันราคา

ถ้าการกีดกันราคาที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลรุนแรงถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาดก็จะเป็นความผิดในเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนตามมาตรา 3 ของ AMA แต่ถ้าส่งผลเพียงแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมก็จะเป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA ซึ่งในคดี *NTT East* ปราบกฏข้อเท็จจริงหลายประการ เช่น สภาพตลาด สภาพของบริษัท NTT ผู้กีดกันราคา ที่ชี้ว่าผลกระทบของการกีดกันราคานี้ส่งผลรุนแรงถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากในตลาดการให้บริการอินเทอร์เน็ต FTTH แพ็กเกจสำหรับครัวเรือน ส่งผลให้ JFTC และศาลตัดสินว่าบริษัท NTT มีความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA ไม่ใช่มีความผิดแค่เพียงเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA³⁰⁶

การกีดกันราคาอย่างไรถึงจะส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดอันจะถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA นั้น JFTC เห็นว่า

a. เมื่อการกีดกันราคานั้นส่งผลให้กิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นมีแนวโน้มที่จะได้รับอุปสรรค

b. เมื่อผู้ที่ถูกกีดกันราคาได้รับเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เอื้ออำนวยในการแข่งขัน

c. เมื่อการกีดกันราคานั้นถูกใช้เป็นวิธีเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมายหรือไม่เหมาะสมตาม AMA เช่น การจำกัดสินค้าของคู่แข่ง หรือการป้องกันมิให้มีการแข่งขันทางด้านราคาขึ้น

หากมีข้อเท็จจริงเช่นนี้ JFTC ย่อมเห็นว่าการกีดกันราคานั้นส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดอันจะถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA แล้ว³⁰⁷

นอกจากหลักเกณฑ์ทั้ง 5 ประการที่เหมือนกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกีดกันการแข่งขันแล้ว ก็มีหลักเกณฑ์ข้ออื่น ๆ ที่เป็นหลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันราคาโดยเฉพาะ ดังนี้

³⁰⁶ Ibid., 145-146.

³⁰⁷ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, p. 10.

6) หน้าที่ที่ต้องทำธุรกิจด้วย

อย่างที่กล่าวมาในหัวข้อการควบคุมพฤติกรรมกฏเสกไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตามมาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act แล้วว่าการกีดกันราคาในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีใช้พฤติกรรมที่เป็นความผิดในตัวเองแยกออกมาจากความผิดในเรื่องอื่น ๆ แต่เป็นพฤติกรรมที่อิงอยู่กับเรื่องกฏเสกไม่ทำธุรกิจและเรื่องกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งเช่นเดียวกับแนวคิดในเรื่องการกีดกันราคาของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁰⁸ ฉะนั้นเมื่อเกิดสถานการณ์การกีดกันราคาขึ้น JFTC หรือศาลก็ต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการกีดกันราคานั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจ (duty to deal) กับคู่แข่งหรือไม่ ถ้าไม่มีหน้าที่แล้ว การตั้งราคาสินค้าต้นน้ำ (หรือสินค้าในตลาดค้าส่ง) ในราคาที่สูงเพียงใดก็ไม่เป็นความผิดในเรื่องการกฏเสกไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอีก แต่อาจเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดต่อกฎหมาย AMA ชนิดอื่น ๆ ได้เช่น การตั้งราคาที่แตกต่างกัน (discriminatory pricing) สำหรับการตั้งราคาสินค้าต้นน้ำที่แตกต่างกัน หรือการขายโดยตั้งราคาต่ำเกินสมควร (unjust low price sales) สำหรับการตั้งราคาสินค้าปลายน้ำ (หรือสินค้าในตลาดค้าปลีก) ต่อผู้บริโภคในราคาต่ำกว่าที่ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถทำได้³⁰⁹

ดังนั้นในแง่ของการกฏเสกไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาแล้ว การจะพิจารณาว่าการกีดกันราคาเป็นความผิดตามมาตรา 3 หรือมาตรา 19 ของ AMA หรือไม่นั้นทั้ง JFTC และศาลจะต้องดูก่อนว่าผู้ทำการกีดกันราคามีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งหรือไม่ ซึ่งในคดี *NTT East* นี้บริษัท NTT ผู้ทำการกีดกันราคามีหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจโทรคมนาคม (Telecommunications Business Act) ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งเช่นโดยบริษัท NTT ต้องยอมให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นเข้ามาเชื่อมต่อโครงข่ายเส้นใยแก้วนำแสงของตนได้ เมื่อมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งแล้วถึงจะเข้าไปวินิจฉัยถึงการตั้งราคาที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาทั้งราคาสินค้าต้นน้ำและปลายน้ำว่าเป็นความผิดต่อ AMA หรือไม่ ซึ่งจะกล่าวถึงในหลักเกณฑ์ข้อที่ 7

³⁰⁸ Fumio Sensui *et al.*, "Competition Policy Research Center Fiscal Report: Competition Policy in the Network Industries – Comparative Legal Studies of Margin Squeeze Regulation across Japan, USA and EU and Economic Analysis," 2012, p. 1.

³⁰⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 149.

7) ราคาสินค้าต้นน้ำ (หรือสินค้าในตลาดค้าส่ง) และราคาสินค้าปลายน้ำ (หรือสินค้าในตลาดค้าปลีก)

ราคาสินค้าต้นน้ำหรือราคาสินค้าในตลาดค้าส่งนั้นคือราคาของผู้ทำการกีดกันราคาติดต่อคู่แข่งซึ่งในคดี *NTT East* นี้ก็คืออัตราค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อโครงข่ายใยแก้วนำแสงที่บริษัท NTT คิดต่อผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นซึ่งการเชื่อมต่อผ่านระบบ Direct cable connection system จะทำให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นที่เข้ามาขอเชื่อมต่อนั้นมีค่าใช้จ่ายในการขอเชื่อมต่อสูงถึง 6,328 เยนต่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต 1 ราย ทั้ง ๆ ที่บริษัท NTT สามารถให้การเชื่อมต่อในอีกระบบหนึ่งที่เรียกว่าระบบ Branch system ภายใต้ระบบนี้จะทำให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่มาขอเชื่อมต่อสามารถลดค่าใช้จ่ายในการขอเชื่อมต่อลงเหลือเพียง 2,326 เยนต่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต 1 รายเท่านั้น ซึ่งจะทำให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกับบริษัท NTT สามารถให้บริการอินเทอร์เน็ตแพ็คเกจสำหรับครัวเรือนแข่งขันกับบริษัท NTT ได้³¹⁰ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัท NTT ไม่เคยให้เชื่อมต่อผ่านระบบที่ 2 เลย จึงทำให้ผู้ที่เข้ามาขอเชื่อมต่อต้องแบ่งรับค่าใช้จ่ายในการขอเชื่อมต่อที่สูงมาก ทั้ง ๆ ที่มีอีกวิธีหนึ่งที่สามารถทำให้ค่าใช้จ่ายลดลงได้³¹¹ จึงยังเป็นการส่งเสริมให้การกีดกันราคาในคดีนี้มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อ AMA ได้มากขึ้น

ราคาสินค้าปลายน้ำหรือราคาสินค้าในตลาดค้าปลีกที่ผู้ประกอบการธุรกิจติดต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคในคดี *NTT East* ก็คืออัตราค่าบริการอินเทอร์เน็ตที่ผู้ให้บริการติดต่อผู้ใช้บริการซึ่งบริษัท NTT คิดอัตราค่าบริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้ใช้บริการแต่ละรายเพียง 5,800 เยนต่อเดือนในตอนแรกและต่อมาได้ลดเหลือเพียง 4,500 เยนต่อเดือนตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ปี ค.ศ. 2003³¹² จะเห็นได้ว่าราคาสินค้าปลายน้ำในคดีนี้ต่ำกว่าราคาสินค้าต้นน้ำที่บริษัท NTT คิดต่อคู่แข่งอย่างชัดเจน ภายใต้การตั้งราคาของตลาดทั้ง 2 ระดับเช่นนี้จะทำให้ไม่สามารถมีผู้ประกอบการรายใดเข้ามาแข่งขันกับบริษัท NTT ได้เลย จึงเป็นเหตุผลให้ทั้ง JFTC และศาลตัดสินว่าการกีดกันราคาในคดี *NTT East* นี้เป็นความผิดตามมาตรา 3 ของ AMA

อย่างไรก็ตาม ทั้ง JFTC และศาลเองก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่าบริษัท NTT ต้องลดราคาสินค้าต้นน้ำลงมาเท่าใดถึงจะไม่เป็นความผิด กล่าวคือ ทั้ง JFTC และศาลต่างก็ไม่ได้สร้างหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่าการตั้งราคาอย่างไรถึงจะเหมาะสมและไม่เป็นความผิดในเรื่องการ

³¹⁰ Ibid., 147-148.

³¹¹ Ibid., 146.

³¹² Ibid.

กีดกันราคา เพียงแต่ตัดสินว่าการที่ผู้กีดกันราคาตั้งราคาสินค้าปลายน้ำต่ำกว่าราคาสินค้าต้นน้ำอย่างชัดเจนเช่นในคดี *NTT East* นี้นิยมเป็นการกีดกันราคาที่เป็นความผิดต่อ AMA สอดคล้องกับความเห็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารที่ได้มีแนวปฏิบัติทางปกครอง (administrative guidance) ออกมาว่าบริษัท NTT ไม่ควรตั้งราคาค่าบริการอินเทอร์เน็ตต่อผู้ใช้บริการ (user fee) ให้ต่ำกว่าอัตราค่าธรรมเนียมการเชื่อมต่อโครงข่ายใยแก้วนำแสง (interconnection fee)³¹³

3.2.7 ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 19 แห่ง Japanese Antimonopoly Act

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น มีข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่ 3 ประการ ดังนี้

1) ข้อต่อสู้เรื่องประสิทธิภาพและการส่งเสริมการแข่งขันของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นให้ผลเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในด้านต่าง ๆ เช่น ส่งผลให้เกิดการประหยัดต่อขนาด ความสะดวกในการผลิตสินค้า ลดต้นทุนการขนส่ง ส่งเสริมให้มีผลผลิตที่เพิ่มขึ้น ส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ ส่งเสริมประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจและส่งเสริมการแข่งขัน ข้อเท็จจริงเหล่านี้จะช่วยสนับสนุนให้เห็นถึงการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม และมีส่วนช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งจะทำให้ JFTC พิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นไม่เป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ของ AMA³¹⁴

ในการที่จะพิจารณาว่าประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นหรือไม่นั้น ต้องปรากฏว่า 1) ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและไม่สามารถเพิ่มขึ้นได้ด้วยวิธีอื่นซึ่งไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดแล้ว 2) ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นจะต้องส่งผลให้ราคาสินค้าถูกลง คุณภาพของสินค้าเพิ่มมากขึ้น เกิดสินค้าชนิดใหม่ขึ้น หรือผลดีต่อผู้บริโภคด้านอื่น ๆ³¹⁵

³¹³ Ibid., 147.

³¹⁴ Japan Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 11 November 2009, pp. 11-12.

³¹⁵ Ibid.

ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม ส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(3) ระบุถึงพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน (procompetitive effect) เอาไว้ว่า ในกรณีที่พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งใดส่งเสริมยอดขายของผลิตภัณฑ์ชนิดใหม่ สนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้ามาแข่งขันในตลาด พัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ และอื่น ๆ จะถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันซึ่งทำให้หลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ได้ ซึ่งในแนวปฏิบัติดังกล่าวได้ยกตัวอย่างของสถานการณ์ที่ส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันไว้ดังนี้

a) เพื่อป้องกันภาวะการฉวยโอกาส (free-rider problem) : ผู้จัดจำหน่ายโดยทั่วไปแล้วอาจจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิตโดยไม่ยอมจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย (promotional activities) ใด ๆ ถ้าหากมีผู้จัดจำหน่ายรายอื่นได้ทำกิจกรรมส่งเสริมการขายสำหรับสินค้าชนิดเดียวกันแล้ว ซึ่งกิจกรรมส่งเสริมการขายนี้จะช่วยเพิ่มอุปสงค์ของสินค้าให้มากขึ้น ในสถานการณ์เช่นนี้คงไม่มีผู้จัดจำหน่ายรายใดสมัครใจจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง ผลที่ตามมาคือไม่มีการดึงดูดให้ผู้บริโภคเข้ามาซื้อสินค้าหรือทำให้ผู้บริโภคเปลี่ยนใจเป็นไม่ต้องการซื้อสินค้าไปในที่สุด สถานการณ์เช่นนี้เรียกว่า “ปัญหาการฉวยโอกาส” ดังนั้นเพื่อเป็นการขจัดปัญหาดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าจึงจัดสรรให้ผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียวอยู่ในหนึ่งพื้นที่การขาย อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมของผู้ผลิตเช่นนี้จะแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันได้ก็ต่อเมื่อกิจกรรมส่งเสริมการขายนั้นต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเป็นจำนวนมากซึ่งไม่มีข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับสินค้า ต้องช่วยเพิ่มยอดขาย ต้องมีความเหมาะสมสำหรับสินค้าและผู้จัดจำหน่ายที่ลงทุนจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายไม่สามารถหาค่าใช้จ่ายสำหรับการลงทุนจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายนั้นคืนได้ ถ้าหากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นได้รับอนุญาตให้ขายสินค้าชนิดเดียวกันนั้นโดยไม่ต้องลงทุนจัดกิจกรรมส่งเสริมการขายใด ๆ เลย

b) เพื่อสร้างชื่อเสียงในด้านคุณภาพให้กับสินค้าใหม่ : ในบางกรณีเพื่อเป็นการสร้างภาพลักษณ์ว่าสินค้าตัวใหม่มีคุณภาพสูง ผู้ผลิตจำเป็นต้องใช้กลยุทธ์ในการจำหน่ายสินค้าตัวใหม่นั้นให้กับผู้ค้าปลีกที่มีชื่อเสียงในด้านการจำหน่ายสินค้าคุณภาพสูง ในกรณีเช่นนี้หากผู้ผลิตอนุญาตให้ผู้จัดจำหน่ายขายสินค้าตัวใหม่ของตนให้กับผู้ค้าปลีกที่มีชื่อเสียงในด้านการจำหน่ายสินค้าคุณภาพสูงเท่านั้น แต่จะไม่อนุญาตให้ผู้จัดจำหน่ายขายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่ไม่มีชื่อเสียง ถือได้ว่าการกระทำของผู้ผลิตเช่นนี้ส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน

c) เพื่อตอบแทนการลงทุนของผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่ได้ลงทุน : ในการผลิตและจำหน่ายสินค้าชนิดใหม่ ผู้ผลิตอาจต้องร้องขอให้ผู้จัดจำหน่ายลงทุนก่อสร้างบางสิ่งบางอย่างเพิ่มเติม เช่น การติดตั้งอุปกรณ์พิเศษ ในกรณีเช่นนี้ผู้จัดจำหน่ายที่ได้ลงทุนก่อสร้างไปอาจไม่สามารถหา

ค่าใช้จ่ายสำหรับการลงทุนนั้นคืนได้ ถ้าหากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นได้รับอนุญาตให้ขายสินค้าชนิดเดียวกันนั้นแต่ไม่ต้องลงทุนสร้างสิ่งใดเลย ผลที่ตามมาคือผู้จัดจำหน่ายทุกรายก็จะหลีกเลี่ยงไม่ยอมลงทุนก่อสร้างแต่จะรอให้ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นสร้างแทน ในสถานการณ์เช่นนี้ถ้าหากผู้ผลิตจัดสรรอาณาเขตให้มีผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียวในอาณาเขตนั้นอาจเป็นการช่วยกระตุ้นให้ผู้จัดจำหน่ายเข้ามาลงทุนก่อสร้างดังกล่าวและส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน

d) เพื่อการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของสินค้า (brand image) : ในสถานการณ์ที่ผู้ผลิตพยายามที่จะสร้างการขายที่สม่ำเสมอ และหรือพยายามที่จะสร้างมาตรฐานด้านคุณภาพของการขาย เพื่อที่จะสร้างชื่อเสียงต่อลูกค้าให้กับสินค้าของตนหรือที่เรียกว่าเป็นการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้กับสินค้า ในกรณีที่ผู้ผลิตมีความประสงค์เช่นนี้ การที่ผู้ผลิตยินยอมให้ผู้จัดจำหน่ายจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือวิธีการขายที่ผู้ผลิตกำหนดไว้ได้เท่านั้น ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ช่วยสร้างภาพลักษณ์ที่ดีต่อสินค้าและส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน

2) ข้อต่อสู้เรื่องผลประโยชน์ของผู้บริโภค

ในกรณีที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเพื่อรับรองผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยทั่วไปทั้งในด้านความปลอดภัย สุขภาพและเหตุผลด้านอื่น ๆ และส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อผู้บริโภคเช่นนี้เป็นปัจจัยที่นำมาพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ กล่าวได้ว่าถ้าหากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นสามารถชี้ให้เห็นได้ว่าเกิดขึ้นเพื่อรับรองผลประโยชน์โดยทั่วไปของผู้บริโภคซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของกฎหมาย AMA ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 แล้ว การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นนั้นก็จะมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมแต่อย่างไร³¹⁶

3) ข้อต่อสู้เรื่องเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ

ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น มีการถกเถียงกันว่าเหตุผลและความจำเป็นของผู้ประกอบธุรกิจในด้านการดำเนินกิจการหรือบริหารกิจการจะถือว่าเป็นข้อต่อสู้ในการพิจารณาความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ด้วยหรือไม่³¹⁷

³¹⁶ Ibid., 12.

³¹⁷ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "หลักและแนวความคิดเกี่ยวกับ "วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม" ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 282.

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ใช้เหตุผลดังกล่าวเป็นข้ออ้างสำหรับทั้งตัวผู้ประกอบการธุรกิจเองและคู่สัญญาด้วยนั้นจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น คดีนินมพงทากรครั้งที่ 1 หรือคดี *Meijishouji*³¹⁸ ซึ่งบริษัท Meijishouji เป็นตัวแทนจำหน่ายนินมพงทากรแต่เพียงผู้เดียวและจำหน่ายสินค้าดังกล่าวโดยกำหนดราคาขายปลีกให้กับร้านค้าส่งขนาดใหญ่เป็นส่วนมากและร้านค้าปลีกขนาดเล็กในบางส่วน เช่น ซูเปอร์มาร์เก็ต โดยบริษัท Meijishouji ได้อ้างถึงเหตุผลในการที่บริษัทตนใช้วิธีกำหนดราคาขายปลีกว่าได้กระทำไปเพื่อเป็นการป้องกันการจำหน่ายสินค้าในราคาที่ถูกลงกว่าที่มีลักษณะเป็นการหลอกล่อผู้บริโภคโดยอาศัยการโฆษณาสินค้าในบางรายการในระดับราคาที่ถูกลงมากเป็นพิเศษให้ซื้อสินค้าจากตน (ร้านค้าส่งขนาดใหญ่) และส่งผลกระทบต่อร้านค้าปลีกรายย่อยต้องล้มเลิกกิจการและมีจำนวนลดน้อยลง และอีกทั้งยังประกอบกับเหตุผลทางด้านการให้บริการที่ด้อยคุณภาพของผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นการจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคทั้งทางตรงและทางอ้อมในท้ายที่สุด³¹⁹

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็ปฏิเสธเหตุผลดังกล่าวโดยอธิบายว่า การที่ผู้ประกอบการธุรกิจอ้างถึงเหตุผลด้านความจำเป็นในการประกอบธุรกิจหรือการบริหารกิจการแค่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นยังมีน้ำหนักไม่เพียงพอที่จะสามารถนำมาใช้เป็น “เหตุผลอันสมควร” ได้ และนอกจากนี้บริษัท Meijishouji ได้กล่าวว่าเหตุผลดังกล่าวของบริษัทฯ สมควรได้รับการพิจารณาเนื่องจากเป็นเหตุผล “ทางด้านมุมมองในทางสังคมทั่ว ๆ ไปหรือเป็นเหตุผลทางเศรษฐกิจอันสมควร” แต่ศาลก็ไม่มีท่าทีว่าจะยอมรับเหตุผลดังกล่าวและในที่สุดศาลยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า หลักเกณฑ์การพิจารณา “เหตุผลอันสมควร” โดยทั่วไปแล้วจะพิจารณาจาก “มุมมองทางด้านการรักษากระบวนการแข่งขันที่เป็นธรรมเป็นหลัก”³²⁰

และจากเหตุดังกล่าวทำให้เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปในอดีตที่ผ่านมาว่า เหตุผลหรือความจำเป็นทางด้านการประกอบธุรกิจหรือบริการกิจการของผู้ประกอบการจะไม่ถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาความผิดแต่อย่างใด³²¹

แต่ในปัจจุบัน แนวความคิดเกี่ยวกับเหตุผลทางด้านเหตุผลหรือความจำเป็นทางด้านการประกอบธุรกิจดังกล่าวได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทิศทางในการตีความ นักวิชาการบางท่านได้

³¹⁸ Meiji Shoji v JFTC, 22 Shinketsushu 201 (Supreme Court, 11 July 1975)

³¹⁹ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “หลักและแนวความคิดเกี่ยวกับ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศไทย”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย: 282.

³²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 282-283.

³²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 283.

พยายามอธิบายและอ้างอิงถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี *Meijishouji* ข้างต้นว่าศาลจะปฏิเสธเฉพาะในกรณีที่เหตุผลหรือความจำเป็นทางด้านการประกอบธุรกิจหรือการบริหารกิจการไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับกระบวนการแข่งขันเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า หากเหตุผลหรือความจำเป็นดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์โดยตรงกับกระบวนการแข่งขันในตลาดก็จะถือว่าเหตุผลหรือความจำเป็นดังกล่าวถูกรวมเข้ามาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของ “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” และนอกจากนี้ยังมีบางความคิดเห็นได้อธิบายว่า เหตุผลหรือความจำเป็นในการประกอบธุรกิจหรือการบริหารกิจการของผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถแยกออกจาก “การขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” ต่างหากได้ ซึ่งโดยทั่วไปต้องพิจารณาร่วมกันอยู่เสมอ³²²

สรุปได้ว่า ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจสามารถยกข้อต่อสู้ในเรื่องเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจที่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์โดยตรงกับกระบวนการแข่งขันในตลาดขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา 19 แห่ง AMA ได้

3.3 สาธารณรัฐเกาหลี

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่มีพัฒนาการมาจากคดีความต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น แตกต่างจากของสาธารณรัฐเกาหลีที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีพัฒนาการมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผ่านการแก้ไขกฎหมายเป็นจำนวนหลายครั้ง The Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) เป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งมีลำดับศักดิ์เป็น Act มีการประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1980 ตั้งแต่ประกาศใช้จนถึงปี ค.ศ. 2014 มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ความชัดเจนและทันสมัยมากขึ้นกว่า 45 ครั้ง กฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิกับประชาชนผู้ซึ่งได้รับความเสียหายจากการละเมิดบทบัญญัติตาม MRFTA มาฟ้องเป็นคดีด้วยตนเองเพื่อเรียกค่าเสียหายที่แท้จริง (actual damages) ต่อผู้ที่กระทำละเมิดโดยประมาทและเจตนา³²³ นอกจากนั้นไม่ว่าจะเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิด MRFTA หรือไม่ก็ตาม อาจรายงานพฤติกรรมที่เข้าข่ายความผิดของ MRFTA ต่อคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี (Korea Fair Trade Commission: KFTC) ได้ ซึ่ง KFTC เป็นองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายการ

³²² เรื่องเดียวกัน

³²³ มาตรา 56 ของ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act ให้สิทธิแก่ประชาชนผู้เสียหายในการฟ้องคดีด้วยตนเอง “If an enterpriser or an enterprisers organization violates the provisions of this Act, and thereby inflicts on a person any damage, he or the organization shall be liable for compensation of such damage to the person. Provided, that if enterpriser or business associations prove themselves that they did not intend to make any faults and there is no mistake, this is not the case.” และนอกเหนือจากการฟ้องเป็นคดีแข่งขันทางการค้าแล้ว ผู้เสียหายอาจนำคดีมาฟ้องตามมูลสัญญาหรือละเมิดตามกฎหมายแพ่งต่อพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ที่เกิดขึ้นได้

แข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งมีหน้าที่ทั้งการสอบสวน ค้นหาการกระทำความผิด ออกคำสั่งให้หยุดหรือเลิกการกระทำ ปรับ หรือใช้วิธีการแก้ไขพฤติกรรมให้ถูกต้องอื่น ๆ (corrective measures) ที่ KFTC เห็นว่าเหมาะสม³²⁴

หากการละเมิดนั้นร้ายแรงจนถึงขนาดเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก (substantially restrain competition) KFTC มีภาระที่จะต้องรายงานต่ออัยการเพื่อดำเนินคดีอาญาต่อไป และข้อเท็จจริงที่ปรากฏในรายงานดังกล่าวเท่านั้นที่จะถูกดำเนินคดีอาญาได้ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการดำเนินคดีอาญาต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาเป็นเวลานานแล้ว³²⁵ คำวินิจฉัยว่ามีการละเมิดต่อ MRFTA ของ KFTC อาจอุทธรณ์ต่อ KFTC นั้นเองเพื่อให้มีการพิจารณาใหม่ (rehearing) หรือจะอุทธรณ์โดยตรงไปยังศาล Seoul High Court ก็ได้หากยังไม่พอใจคำพิพากษาของศาล Seoul High Court ก็สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกา (supreme court) ต่อได้อีก หาก KFTC ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการค้นหาการกระทำความผิดหรือไม่รายงานต่อพนักงานอัยการให้มีการดำเนินคดีอาญา อาจอุทธรณ์การงดเว้นหน้าที่นั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยอ้างเหตุผลว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบหรือเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีของผู้ถูกระงับซึ่งเป็นสิทธิที่ได้การรับรองตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุด 2 ศาลของสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีต่างประเภทกัน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญส่วนศาลฎีกาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายระดับ Act กฎเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ คำสั่งทางปกครอง รวมทั้งหน้าที่อื่น ๆ ที่อยู่นอกขอบเขตหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ มีโอกาสน้อยมากที่ศาลสูงทั้ง 2 แห่งนั้นต้องตัดสินคดีความในประเด็นเดียวกัน³²⁶

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีให้การคุ้มครองพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติใน 2 เรื่อง ได้แก่ บทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Market-Dominance) ตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA และบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ตามมาตรา 23 ของ MRFTA โดยที่ขอบเขตของมาตรา 3-2 นั้นแคบกว่ามาตรา 23 เนื่องจากมาตรา 3-2 ต้องมีองค์ประกอบว่าผู้ปฏิเสธต้องเป็นผู้มี

³²⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 102.

³²⁵ Korea Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 2-3.

³²⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 103.

อำนาจเหนือตลาด ตลอดจนผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดเป็นวงกว้าง (market-wide harm) ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ไม่จำเป็นหากเป็นการฟ้องร้องว่ามีการละเมิดตามมาตรา 23 และตั้งแต่มีการแก้ไขโทษปรับตามมาตรา 3-2 ให้สูงขึ้น KFTC จึงดำเนินคดีตามมาตรา 23 เฉพาะในกรณีที่ KFTC เห็นว่าพฤติกรรมอันเป็นความผิดนั้นไม่สามารถเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 3-2 ได้อย่างชัดเจนเท่านั้น³²⁷

มาตรา 3-2 ของ MRFTA³²⁸ บัญญัติห้ามทั้งการกระทำที่เป็นการกีดกันการแข่งขัน (exclusionary abuses) และการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses)³²⁹ ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมิให้กระทำการใน 5 ลักษณะดังต่อไปนี้“(1) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการอันเข้าข่ายตามวรรคย่อยต่อไปนี้วรรคใดวรรคหนึ่ง (ซึ่งต่อไปในที่นี้เรียกว่า “การกระทำอันมิชอบ”):

1. การกระทำอันเป็นการกำหนด การรักษา หรือการเปลี่ยนแปลงราคาโภคภัณฑ์หรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (ซึ่งต่อไปในที่นี้เรียกว่า “ราคา”);
2. การกระทำอันเป็นการควบคุมการขาย โภคภัณฑ์หรือการจัดบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร;
3. การกระทำอันเป็นการแทรกแซงกิจกรรมธุรกิจของผู้ประกอบวิสาหกิจอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร;

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³²⁷ Ibid., 104.

³²⁸ มาตรา 3-2 ของ Monopoly Regulation and Fair Trade Act บัญญัติว่า “(1) No market-dominating enterpriser shall commit acts falling under any of the following subparagraphs (hereinafter referred to as “abusive acts”):

1. An act determining, maintaining, or changing unreasonably the price of commodities or services (hereinafter referred to as the “price”);
2. An act unreasonably controlling the sale of commodities or provision of services;
3. An act unreasonably interfering with the business activities of other enterprisers;
4. An act unreasonably impeding the participation of new competitors; and
5. An act unfairly excluding competitive enterprisers, or which might considerably harm the interests of consumers.

(2) Categories or standards for abusive acts shall be determined by Presidential Decree.”

³²⁹ Min-Ho Lee and Karen Yookyung Choi, "Korea: Abuse of Market Dominance," [Online] Accessed: 31 March 2017. Updated: 2009. Available from: http://www.shinkim.com/upload_files/data/GCR_2009_MHL.pdf

4. การกระทำอันเป็นการขัดขวางการมีส่วนร่วมของผู้แข่งขันรายใหม่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร; และ

5. การกระทำอันเป็นการตัดผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งออกอย่างไม่เป็นธรรม หรือซึ่งอาจเสียหายต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างมาก”

การกระทำทั้ง 5 ลักษณะนี้ อนุมาตราสามซึ่งบัญญัติเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันควรหรือโดยไม่เป็นธรรมนั้นเป็นอนุมาตราที่ถูกใช้ในการฟ้องร้องต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมากที่สุด แต่อนุมาตราสามนี้ไม่สามารถปรับใช้กับพฤติกรรมดังกล่าวได้ หากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้บริโภค การปฏิเสธต่อผู้บริโภคอาจถูกควบคุมได้โดยอาศัยอนุมาตราห้าในขอบเขตของการปฏิเสธที่เป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างร้ายแรงและไม่เป็นธรรม (*might considerably harm the interests of consumers*)* ตัวอย่างของการแทรกแซงโดยไม่มีเหตุอันควรหรือไม่เป็นธรรมนั้นถูกระบุไว้อย่างละเอียดขึ้นในอนุบัญญัติเพื่อบังคับใช้ MRFTA³³⁰ ส่วนในแนวปฏิบัติเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบของ KFTC ได้ระบุถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอันผิดกฎหมายไว้เป็นตัวอย่างหนึ่งของเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม³³¹ ตามแนวปฏิบัตินี้ได้ระบุว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอันจะเป็นความผิดนั้น

* คดี T-Broad Kangseo Supreme Court [S. Ct.], 2009Du1983, May 27, 2010, § 1 (S. Kor.). ที่ KFTC อาศัยมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งอนุมาตราห้าดำเนินการคดีต่อบริษัทผู้ให้บริการเคเบิลทีวีที่ยุติการให้บริการแพ็คเกจรายการโทรทัศน์ราคาถูกลง ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายต้องจ่ายเงินซื้อแพ็คเกจที่ราคาสูงขึ้นแต่กลับได้รายการโทรทัศน์ช่องเดิมเหมือนกับที่มีในแพ็คเกจราคาถูกลง

³³⁰ Enforcement Decree of The Monopoly Regulation And Fair Trade Act Presidential Decree No.25840, Dec. 9, 2014 มาตรา 5(3) “*The unfair obstruction of business activities carried out by other enterprisers referred to in Article 3-2 (1) 3 of the Act shall be cases where business activities are made hard to be carried by other enterprisers by performing directly or indirectly an act falling under any of the following subparagraphs:*

1. *Obstructing the purchase of raw materials by other enterprisers for their production activities without justifiable grounds;*

2. *Employing workers essential for other enterprisers to carry out their business activities, promising the workers economic interests that are deemed abnormally higher in the light of normal practices;*

3. *Denying, interrupting or limiting access to the use of elements indispensable for other enterprisers to produce, supply and market their goods or services without justifiable grounds;*

4. *Making it difficult for other enterprisers to carry out their business activities in unfair ways, other than those referred to in subparagraphs 1 through 3, which is publicly announced by the Fair Trade Commission.”*

มีข้อสังเกตอยู่ว่าหลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นได้ถูกนำมาบัญญัติอยู่ในมาตรา 5 วรรคสี่อนุมาตรา 3 ของอนุบัญญัติดังกล่าวนี้ด้วยว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่จัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งโดยปราศจากเหตุผล”

³³¹ Guideline for Review of the Abuse of Market Dominant Position (13 สิงหาคม ค.ศ. 2013) ข้อ IV.3.D.(1)

ต้องเป็นการปฏิเสธไปยังบริษัทใดบริษัทหนึ่งเป็นการเฉพาะกล่าวคือ เป็นการปฏิเสธการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ (discriminatory dealing)³³²

ส่วนบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 23 ของ MRFTA ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมดังนี้

“มาตรา 23 ของ Monopoly Regulation and Fair Trade Act³³³ บัญญัติว่า “(1) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการอันเข้าข่ายตามวรรคย่อยต่อไปนี้วรรคใดวรรคหนึ่ง และอันอาจเป็นการขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม (ซึ่งต่อไปในที่นี้เรียกว่า “พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม”) หรือให้บริษัทในเครือหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการดังกล่าว:

1. การกระทำอันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรม หรือเลือกปฏิบัติกับคู่ธุรกรรมบางราย;
2. การกระทำอันกำหนดขึ้นเพื่อตัดคู่แข่งออกโดยไม่เป็นธรรม;
3. การกระทำอันเป็นการบีบบังคับหรือจูงใจลูกค้าของคู่แข่งโดยไม่เป็นธรรมให้ซื้อขายกับตน;

³³² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 104-105.

³³³ มาตรา 23 ของ Monopoly Regulation and Fair Trade Act บัญญัติว่า “(1) No enterpriser shall commit any act falling under any of the following subparagraphs and that is likely to impede fair trade (hereinafter referred to as “unfair business practices”), or make an affiliated company or other enterprisers perform such an act:

1. An act which unfairly refuses any transaction, or discriminates against a certain transacting partner;
2. An act designed to unfairly exclude competitors;
3. An act unfairly coercing or inducing customers of competitors to deal with oneself;
4. An act making a trade with a transacting partner by unfairly taking advantage of his position in the business area;
5. An act of trade under terms and conditions which unfairly restrict or disrupt business activities;
6. Deleted;
7. An act assisting a person with a special interest or other companies by providing advanced payment, loans, manpower, immovable assets, stocks and bonds, or intellectual properties thereto, or by transacting under substantially favorable terms therewith; and
8. Any act that threatens to impair fair trade other than those listed in subparagraphs 1 through 7.”

4. การกระทำอันเป็นการทำการค้ากับคู่ธุรกรรมโดยใช้ประโยชน์จากฐานะของคู่ธุรกรรมในพื้นที่ธุรกิจนั้นโดยไม่เป็นธรรม;

5. การกระทำการค้าภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขซึ่งจำกัดหรือทำให้เกิดการชะงักงันต่อกิจกรรมธุรกิจโดยไม่เป็นธรรม;

6. ตัดออกทั้งข้อ;

7. การกระทำอันเป็นการช่วยเหลือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียพิเศษหรือบริษัทอื่นโดยการจัดเงินล่วงหน้า เงินกู้ กำลัคน อสังหาริมทรัพย์ หุ้นทุนและพันธบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญา ให้ผู้นั้น หรือโดยทำธุรกรรมกับผู้นั้นภายใต้ข้อกำหนดซึ่งเอื้อประโยชน์ให้อย่างมีนัยสำคัญ; และ

8. การกระทำใด ๆ ซึ่งคุกคามต่อการค้าที่เป็นธรรมอันนอกไปจากที่ระบุในวรรคย่อย 1 ถึง 7”

เห็นได้ว่ามาตรา 23 ของ MRFTA มีบทบัญญัติเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวบัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตราหนึ่ง โดยบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรม (unfairly refuses any transaction) และอนุบัญญัติเพื่อบังคับใช้ MRFTA รวมทั้งแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC (Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices) ได้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นเป็นพฤติกรรมที่เป็นธรรมเว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าไม่เป็นธรรม³³⁴ นอกจากนั้นแนวปฏิบัติของ KFTC ดังกล่าว ยังได้ระบุถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้ว่า พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจจะละเมิดต่อมาตรา 23 ได้นั้น ผู้ถูกปฏิเสธต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจไม่ใช่เป็นเพียงผู้บริโภคและการปฏิเสธนั้นต้องมีเป้าหมายต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใดโดยเฉพาะเจาะจงในวิธีทางที่ไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลทางธุรกิจตามปกติในทางการค้า โดยแนวปฏิบัติเพื่อประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ฉบับนี้ระบุไว้ว่า KFTC จะใช้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ในการพิจารณาความผิดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

1. การปฏิเสธนั้นมีผลเป็นการกำจัดผู้ถูกปฏิเสธให้ออกไปจากตลาดหรือไม่
2. การปฏิเสธนั้นปิดกั้นผู้ถูกปฏิเสธจากการเข้าสู่ตลาดหรือไม่

³³⁴ Appendix 1-2 ของมาตรา 36 วรรคหนึ่งอนุมาตราหนึ่ง Enforcement Decree of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act Presidential Decree No.25840, 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2014 และแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อ V.1.B.(2)(B)

3. มีผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับผู้ปฏิเสธเหลืออยู่หรือไม่
4. มีความเสียหายต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคหรือไม่
5. การปฏิเสธนั้นถูกใช้เป็นวิธีเพื่อที่จะบังคับพฤติกรรมอันมิชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ ให้บรรลุผลหรือไม่ เช่น ใช้วิธีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยหากไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายการกำหนดราคาขายต่อซึ่งเป็นการผิดตามมาตรา 29 MRFTA

แนวปฏิบัติฉบับนี้ยังคำนึงถึงเหตุผลโดยชอบทางธุรกิจสำหรับเป็นข้อต่อสู้ให้การปฏิเสธไม่เป็นการผิดอีกด้วย เช่น สินค้าขาดตลาด ความเสี่ยงของบริษัทที่จะล้มละลายหากทำธุรกิจนั้น ความน่าเชื่อถือของผู้ถูกปฏิเสธ³³⁵ เป็นต้น

สรุปได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวถูกควบคุมตาม MRFTA โดยอาศัยบทบัญญัติอยู่ 2 เรื่อง ได้แก่ เรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 3-2 และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23

3.3.1 วัตถุประสงค์ของมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

MRFTA เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ “เพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี อันจะเป็นการสนับสนุนกิจกรรมการลงทุนประกอบการที่สร้างสรรค์ เป็นการปกป้องผู้บริโภค และเป็นการเพียรพยายามเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจชาติอย่างสมดุล โดยป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการกระจุกตัวมากเกินไปของอำนาจทางเศรษฐกิจ และโดยการวางระเบียบควบคุมการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมคิดที่ผิดคลองธรรมและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของ MRFTA³³⁶

เมื่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA เป็นบทบัญญัติหนึ่งที่อยู่ภายใต้ MRFTA จึงสรุปได้ว่าวัตถุประสงค์หลักของมาตรา 23 แห่ง MRFTA

³³⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 110.

³³⁶ มาตรา 1 ของ Monopoly Regulation and Fair Trade Act บัญญัติว่า “The purpose of this Act is to promote fair and free competition, to thereby encourage creative enterprising activities, to protect consumers, and to strive for balanced development of the national economy by preventing the abuse of Market-Dominant Positions by enterprisers and the excessive concentration of economic power, and by regulating improper concerted acts and unfair business practices.”

นั้น มีขึ้นเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี อันจะเป็นการสนับสนุนกิจกรรมการลงทุน ประกอบการที่สร้างสรรค์ เป็นการปกป้องผู้บริโภค และเป็นการเพียรพยายามเพื่อการพัฒนา เศรษฐกิจชาติอย่างสมดุลเช่นเดียวกัน ซึ่งวัตถุประสงค์ของ MRFTA นี้อาศัยอำนาจตามมาตรา 119 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีที่บัญญัติถึงเรื่องการจัดระเบียบทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐ เกาหลีอันมีหลักการว่า “ต้องเคารพเสรีภาพและความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้ประกอบธุรกิจและ ปึงเจกชนที่อยู่ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจและป้องกันการใช้อำนาจตลาดและอำนาจทางเศรษฐกิจโดยมิ ชอบ”³³⁷

ในการปรับใช้มาตรา 23 แห่ง MRFTA นั้น KFTC จะใช้เป็นมาตรการป้องปรามผู้ ประกอบธุรกิจที่พยายามจะครองอำนาจเหนือตลาด (attempt to acquire market dominance) โดยใช้พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เมื่อผู้ประกอบการพยายามที่จะ ครองอำนาจเหนือตลาดโดยใช้พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว หรือโดยใช้พฤติกรรมทาง การค้าที่ไม่เป็นธรรมวิธีอื่น ๆ การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตความรั บผิดตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ซึ่ง KFTC จะเข้ามาดำเนินการสืบสวนสอบสวนพฤติกรรมและออก คำสั่งแก้ไขพฤติกรรมเช่นนั้นให้ถูกต้องต่อไป³³⁸

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA นี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มด้วยกัน กลุ่มที่ 1 เป็นกลุ่มที่มีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน เช่น การ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การเลือกปฏิบัติ การขจัดคู่แข่ง การบังคับในการทำการค้า ธุรกิจที่อยู่บน เกณฑ์เงื่อนไขอันจำกัดและการแทรกแซงในกิจกรรมธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น กลุ่มที่ 2 เป็นกลุ่ม การจูงใจลูกค้าโดยไม่ชอบธรรมและพฤติกรรมอื่น ๆ ที่ใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมสำหรับการแข่งขัน กลุ่ม ที่ 3 เป็นกลุ่มธุรกิจที่มีความไม่เป็นธรรม ตัวอย่างพฤติกรรมที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มที่ 3 นี้คือการใช้ฐานะ ที่เหนือกว่าในการทำธุรกรรมโดยมิชอบ (abuse of superior position in transaction)³³⁹

พฤติกรรมที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มที่ 3 นี้ถูกตราขึ้นเพื่อขจัดและป้องกันความไม่เป็นธรรมใน การทำธุรกรรมต่าง ๆ อันเนื่องมาจากคู่สัญญาที่เข้าทำธุรกรรมมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน จึงดู เหมือนว่าพฤติกรรมที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มนี้จะไม่ค่อยมีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกา

³³⁷ Korea Fair Trade Commission, "ICN Unilateral Conduct WG Response for the Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 2006, p. 1.

³³⁸ Ibid., 10.

³³⁹ Ibid., 2.

ของสาธารณรัฐเกาหลีได้ตัดสินวางหลักไว้อย่างชัดเจนในคดี 2001Du9646 ว่า “หลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้ฐานะที่เหนือกว่าในการทำธุรกรรมโดยมิชอบถูกรื้อถอนขึ้นเพื่อรับรองว่าคู่สัญญาที่เข้ามาทำธุรกิจกันจะสามารถแข่งขันในสนามแข่งขันเดียวกัน (level playing field) หรือตลาดได้อย่างเสรีและเป็นธรรมตามที่กฎหมายให้การรับรองไว้...” ซึ่งในท้ายที่สุดหลักเกณฑ์นี้ก็เป็วิธีหนึ่งในการส่งเสริมการแข่งขันนั่นเอง³⁴⁰

นอกจากนั้นในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของศาลบางคดีทำให้นักกฎหมายบางรายของสาธารณรัฐเกาหลีเข้าใจไปได้ว่ามาตรา 23 ของ MRFTA นอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแข่งขันแล้วยังมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองคู่แข่งจากพฤติกรรมที่ไม่สอดคล้องกับการแข่งขันที่เป็นธรรมอีกด้วย นักกฎหมายฝ่ายนี้จึงเห็นว่ามาตรา 23 ของ MRFTA มีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างกว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ในคดี *Pasteur Milk*³⁴¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าตัวแทนจำหน่ายนมรายหนึ่งประท้วงการตัดสินใจของบริษัทผู้ผลิตที่ปล่อยให้ตัวแทนจำหน่ายต้องแบกรับความเสียหายจากการที่ผู้ผลิตจัดส่งนมที่หมดอายุให้เอาไว้อเอง เพราะการประท้วงนั้นจึงเป็นผลให้ตัวแทนจำหน่ายรายนั้นไม่ได้รับการต่อสัญญา อีกทั้งคำร้องขอให้มีการโอนสิทธิในการเป็นตัวแทนจำหน่ายไปให้บุคคลภายนอกก็ได้รับการปฏิเสธ ในการพิจารณาคดีใหม่ (on remand) ของศาล Seoul High Court ตามคำสั่งของศาลฎีกาที่สั่งให้ศาลล่างกลับมาค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาอันแท้จริงของการปฏิเสธคำร้องมิให้โอนสิทธิในการเป็นตัวแทนจำหน่ายนั้น ศาล Seoul High Court พบว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการแก้แค้นที่ตัวแทนจำหน่ายรายนั้นได้ประท้วงเรื่องและผู้ผลิตจัดส่งนมหมดอายุในท้ายที่สุด ศาล Seoul High Court ได้ตัดสินว่าการปฏิเสธในคดีนี้เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA คดีนี้เองที่ทำให้นักกฎหมายบางรายในสาธารณรัฐเกาหลีเข้าใจไปว่าวัตถุประสงค์ตามมาตรา 23 ของ MRFTA นอกจากจะให้ความคุ้มครองต่อการแข่งขัน (competition) แล้ว ยังให้การคุ้มครองต่อผู้ที่มีส่วนร่วมในตลาดแต่ละราย (individual market participants) จากพฤติกรรมที่ไม่สอดคล้องกับการแข่งขันที่เป็นธรรมอีกด้วย ฉะนั้นการ

³⁴⁰ Ibid., 2-3.

³⁴¹ Asian Legal Information Institute, "Revocation of a Corrective Order - Supreme Court Decision 97Nu19427 (Pasteur Milk) [2000] KRSC 16 (9 June 2000)," [Online] Accessed: 6 November 2017. Updated: 2 February 2014. Available from: <http://www.asianlii.org/kr/cases/KRSC/2000/16.html>

ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่แข่งก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว แม้ว่ากรกระทำที่ไม่เป็นธรรมเช่นนั้นจะไม่มีผลกระทบต่อตลาดในวงกว้างก็ตาม³⁴²

อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวก็เป็นเพียงความเห็นของนักกฎหมายบางส่วนเท่านั้น เพราะในการบังคับใช้มาตรา 23 โดย KFTC ยังคงยืนอยู่บนวัตถุประสงค์ดั้งเดิมที่ว่ามาตรา 23 ของ MRFTA นี้ตราขึ้นเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี อันจะเป็นการสนับสนุนกิจกรรมการลงทุนประกอบการที่สร้างสรรค์ เป็นการปกป้องผู้บริโภค และเป็นการเพียรพยายามเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจชาติอย่างสมดุล ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของ MRFTA เท่านั้น และ KFTC ยังได้เน้นย้ำอีกว่า MRFTA นี้มิได้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดอีกนอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1³⁴³

3.3.2 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

เมื่อปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 23 ของ MRFTA เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแล้วสามารถแยกองค์ประกอบความรับผิดได้ 3 องค์ประกอบดังนี้

1. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการหรือให้บริษัทในเครือหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการ (no enterpriser shall commit any act or make an affiliated company or other enterprisers perform such an act)
2. อันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรม (which unfair refuses any transaction)
3. และมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม (and likely to impede fair trade)

องค์ประกอบข้อที่ 1 หมายถึงบทบัญญัติตามมาตรานี้ใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกราย ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่มีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม³⁴⁴ และนอกจากจะบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยตัวเองหรือที่เรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยตรง (direct refusal to deal) แล้ว ยังหมายความรวมไปถึงการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจ

³⁴² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 142.

³⁴³ Korea Fair Trade Commission, "ICN Unilateral Conduct WG Response for the Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 2006, p. 4.

³⁴⁴ *Ibid.*, 12.

อีกรายปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไปยังบุคคลที่ 3 หรือที่เรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยอ้อม (indirect refusal to deal) อีกด้วย

องค์ประกอบข้อที่ 2 จะพิจารณาไปพร้อมกับองค์ประกอบข้อที่ 3 กล่าวคือ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยไม่เป็นธรรมจะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธดังกล่าวต้องมีแนวโน้มชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรมด้วย

ส่วนวลีที่ว่า “มีแนวโน้มชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรม” มีความหมายว่าอย่างไรนั้น KFTC ได้อธิบายไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ III.1.A.(2) โดยมีรายละเอียดดังนี้

ความหมายของคำว่า “ชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรม” นั้นก็คือ “ความไม่เป็นธรรม” ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 23 อนุมาตรา 1 ของ MRFTA

“ชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรม” ประกอบไปด้วยคำ 2 คำก็คือ “การจำกัดการแข่งขัน” และ “ความไม่เป็นธรรม”

“การจำกัดการแข่งขัน” หมายถึงพฤติกรรมที่เป็นสาเหตุให้เกิดการลดการแข่งขันในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งลง หรือลดการแข่งขันในตลาดลงอย่างมีนัยสำคัญ อาจเป็นการลดลงอย่างแท้จริงหรือมีความเป็นไปได้ว่าจะลดลงก็ได้

“ความไม่เป็นธรรม” หมายถึงข้อตกลงทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ข้อตกลงทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหมายถึงการทำลายรากฐานของการค้าที่เป็นธรรมโดยการกำหนดให้คู่สัญญาทางการค้าอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายเปรียบในการแข่งขันหรือขัดขวางความสามารถในการตัดสินใจอย่างอิสระของคู่สัญญาทางการค้าอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหมายถึงการทำลายหรือมีโอกาสดังกล่าวการแข่งขันที่เป็นธรรมโดยใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เหมาะสม นอกเหนือไปจากการแข่งขันทางด้านราคาและคุณภาพของสินค้าหรือบริการ

คำว่า “มีแนวโน้ม” ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ III.1.A.(4) ได้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึงพฤติกรรมที่ได้ทำลายการค้าที่เป็นธรรมไปแล้ว รวมถึงพฤติกรรมที่มีความเป็นไปได้สูงว่าจะทำลายการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งคำว่า “มีแนวโน้ม” นี้ปรับใช้กับกรณีที่มีความเป็นไปได้ว่าจะทำลายการค้าที่เป็นธรรมนั้นยังมีอยู่เพียงเล็กน้อยหรือยังไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม

ในการประเมินว่าพฤติกรรมใด “ชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรม” หรือไม่นั้น ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ III.1.B. ระบุไว้ว่า KFTC

จะพิจารณาจากผลลัพธ์ที่เกิดจากพฤติกรรมนั้น ๆ ส่วนเจตนาของผู้กระทำและการคาดการณ์ถึงผลลัพธ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมนั้น ๆ ก็อาจนำมาเป็นพยานแวดล้อมสำหรับการประเมินว่าพฤติกรรมใดขัดขวางการค้าที่เป็นธรรมได้เช่นกัน

ในทางปฏิบัติ KFTC และศาลเป็นหน่วยงานที่มีบทบาทในการวางหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไรที่ไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม อันเป็นองค์ประกอบความรับผิดของมาตรา 23 ในข้อที่ 2 และข้อที่ 3 ดังกล่าว โดยหลักเกณฑ์ของ KFTC นั้นปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ในข้อ V.1.B.(2)(B) ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสถานการณ์ดังต่อไปนี้ถูกจัดว่าส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน

1. สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหรือไม่ ถ้าไม่ ก็แสดงว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของพฤติกรรมการปฏิเสธนั้นมีเพียงเล็กน้อย

2. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธนั้นสามารถหาคู่สัญญาอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้หรือไม่ ถ้าสามารถหาแทนได้โดยง่ายและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจเพิ่มเติมมาก ก็แสดงว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นมีเพียงเล็กน้อย

3. การปฏิเสธทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ ถึงขนาดเป็นเรื่องยากต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่จะสามารถดำเนินธุรกิจอยู่ต่อไปได้

4. การปฏิเสธนั้นทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่อคู่แข่ง (รวมถึงต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่กำลังจะเข้ามาแข่งขัน)

5. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นถูกใช้เป็นวิธีในการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นต้องยอมกระทำการอันมิชอบตาม MRFTA เช่น การกำหนดราคาขายต่อ หรือ การฮั้วราคา

นอกจากนั้นเพื่อให้ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจสามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น แนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.1.B.(5) จึงได้ยกตัวอย่างสถานการณ์ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจถูกถือว่าเป็นการละเมิดต่อมาตรา 23 ของ MRFTA เอาไว้ 8 สถานการณ์ดังนี้

a. ผู้ประกอบธุรกิจได้ขีดขวางการค้าเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นด้วยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และการปฏิเสธเช่นนั้นส่งผลเป็นการลดระดับการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลงอย่างรุนแรง

b. ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ถอนหรือจำกัดการทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของตนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ในขณะที่เดียวกันผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ถอนหรือจำกัดการทำธุรกิจนั้นยังคงทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ซึ่งมีความสัมพันธ์พิเศษทางการค้าระหว่างกัน (exclusive trade relationship) และการกระทำเช่นนั้นส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง

c. ผู้ประกอบธุรกิจที่ห้ามผู้จัดจำหน่ายหรือตัวแทนจำหน่ายของตนมิให้จัดหาวัตถุดิบให้กับคู่แข่งในตลาดปลายทางโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและการกระทำเช่นนั้นส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง

d. ผู้ประกอบธุรกิจที่ปฏิเสธหรือบังคับให้ผู้อื่นปฏิเสธการจัดจำหน่ายวัตถุดิบให้กับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากจากผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีความตั้งใจจะเข้ามาแข่งขันในตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ปฏิเสธหรือบังคับให้ผู้อื่นปฏิเสธนั้นประกอบธุรกิจอยู่ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและการกระทำเช่นนั้นส่งผลเป็นการลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง

e. ผู้ประกอบธุรกิจที่ปฏิเสธการจัดจำหน่ายวัตถุดิบให้กับคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจที่ตนจัดหาวัตถุดิบให้เพื่อผลิตเป็นสินค้าสำเร็จรูป วัตถุประสงค์ของการปฏิเสธเช่นนั้นก็เพื่อกำจัดคู่แข่งดังกล่าวให้ออกไปจากตลาดสินค้าสำเร็จรูป

f. ผู้ผลิตวัตถุดิบที่ปฏิเสธโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรที่จะจัดจำหน่ายวัตถุดิบให้กับผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปซึ่งพยายามที่จะจัดหาวัตถุดิบด้วยตนเองและนำมาผลิตเป็นสินค้าสำเร็จรูป วัตถุประสงค์ของการปฏิเสธดังกล่าวมีเพื่อการคงสถานะหรือทำให้อำนาจตลาดของตนนั้นมากขึ้น

g. ผู้ประกอบธุรกิจที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าบางประเภท เช่น ผู้จัดจำหน่ายที่ลดราคาสินค้า หรือผู้จัดจำหน่ายสินค้าผ่านทางออนไลน์ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และการปฏิเสธเช่นนั้นทำให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าบางประเภทนั้นต้องตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบต่อการแข่งขันเมื่อเทียบกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าอื่นที่ไม่ถูกปฏิเสธ

h. ผู้ประกอบธุรกิจที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ยินยอมซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจที่ระบุไว้และการปฏิเสธเช่นนั้นส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการนั้น

ส่วนหลักเกณฑ์ของศาลนั้นปรากฏอยู่ในคดีความต่าง ๆ ที่ศาลได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์ไว้ เช่น คดี *Woolim*³⁴⁵ ศาลฎีกากล่าวว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 นั้นให้ประเมินจาก อำนาจต่อรองของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การกระจุกตัวของตลาด เจตนาหรือวัตถุประสงค์ของการปฏิเสธ รวมทั้งผลกระทบของการปฏิเสธ หรือในคดี *Coca Cola*³⁴⁶ ที่ศาลฎีกาได้วางหลักทดสอบ 3 ประการสำหรับใช้พิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ได้แก่

1. การปฏิเสธมีแนวโน้มที่จะกีดกันโอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้เสียหายจนเป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหาย (likely deprive the victim of sufficient transaction opportunities to jeopardize the victim's business)
2. การปฏิเสธนั้นเป็นการใช้อำนาจต่อรองของผู้ปฏิเสธที่มีเหนือกว่าโดยมิชอบโดยมีเจตนาเพียงประการเดียวที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหาย
3. การปฏิเสธนั้นถูกใช้เป็นวิธีการหนึ่งเพื่อให้บรรลุเป้าหมายอันผิดต่อกฎหมาย (as a means to achieve an unlawful objective)

สังเกตได้ว่าหลักเกณฑ์ของ KFTC และศาลต่างมีความสอดคล้องกัน นอกจากนี้ยังมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 23 อื่น ๆ อีกซึ่งจะขออธิบายในหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

เห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี มีมาตราที่ให้การควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นการเฉพาะปรากฏอยู่ในมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตรา 1 ซึ่งบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำอย่างกว้างว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการหรือให้บริษัทในเครือหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการอันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรม” ทำให้บทบัญญัตินี้สามารถควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบทุกประเภท ซึ่งมีรายละเอียดการควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภทดังนี้

³⁴⁵ Supreme Court , 96Nu9003, September 8, 1998 (S. Kor.).

³⁴⁶ Supreme Court [S. Ct.], 98Du17869, Jan. 5, 2001, § 1 (S. Kor.).

3.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เป็นประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นมากที่สุดในสาธารณรัฐเกาหลี ดังนั้น KFTC และศาลจึงได้มีโอกาสบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตราหนึ่งอยู่บ่อยครั้ง โดยมีคดีที่น่าสนใจดังนี้

คดี *Hanil*³⁴⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทยาแห่งหนึ่งปฏิเสธไม่จัดหาสินค้าจำพวกน้ำยาทางการแพทย์ (clinical reagent) ชนิดหนึ่งซึ่งเป็นสินค้าที่ผู้ปฏิเสธมีจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวต่อบริษัทคู่แข่งท้องถิ่น หลังจากที่ผู้ปฏิเสธแพ้ประมวลการตัดสินซื้อสินค้าหลายชนิดต่อคู่แข่งรวมถึงน้ำยาที่เป็นของผู้ปฏิเสธแต่เพียงผู้เดียวด้วย การปฏิเสธดังกล่าวจึงทำให้ผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายที่ประมวลชนะมาได้และในท้ายที่สุดจึงมีการเปลี่ยนตัวผู้ชนะการประมวลมาเป็นผู้ปฏิเสธ ศาล Seoul High Court ระบุว่าผู้ปฏิเสธเคยจัดจำหน่ายน้ำยาดังกล่าวให้กับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อนในราคาตามปกติ ภายหลังเมื่อแพ้การประมวลผู้ปฏิเสธจึงไม่จำหน่ายน้ำยาดังกล่าวให้ผู้ถูกปฏิเสธอีกโดยไม่มี การแจ้งล่วงหน้าซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดไปจากการกระทำในอดีต ศาล Seoul High Court จึงสรุปได้ว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดน้ำยาทางการแพทย์นี้ (clinical reagent market) และตัดสินว่าการปฏิเสธดังกล่าวเป็นการปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23³⁴⁸

คดีต่อมาคดีคือ *Woolim*³⁴⁹ ซึ่งได้ให้รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 23 ต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ในคดีนี้ศาล Seoul High Court ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของบริษัทกลั่นน้ำมันรายหนึ่งที่ไม่จัดจำหน่ายสินค้าให้กับบริษัทผู้จัดจำหน่ายมิใช่ การปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แต่อย่างใด เนื่องจากผู้ปฏิเสธมีเจตนาเพียงเพื่อลดความเสี่ยงทางการเงินของตนเพราะว่าผู้จัดจำหน่ายซึ่งถูกปฏิเสธรายนั้นมีทรัพย์สินที่เอาไว้อันประกันหนี้เหลืออยู่น้อยมาก ต่อมาคดีนี้มีการสู้กันถึงชั้นฎีกาซึ่งศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีได้พิพากษาขึ้นและระบุ

³⁴⁷ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu34120, Dec. 14, 1995, § 1.Ga.-Ma. (S. Kor.) aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 96Nu2019, June 25, 1996 (S. Kor.).

³⁴⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 110.

³⁴⁹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu39927, May 23, 1996 (S. Kor.).

เพิ่มเติมว่าความไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ต้องประเมินจาก อำนาจต่อรองของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การกระทำตัวของตลาด เจตนาหรือวัตถุประสงค์ของการปฏิเสธ รวมทั้งผลกระทบของการปฏิเสธ³⁵⁰

คดีที่ศาลตัดสินตรงข้ามกับคดี *Woolim* เกิดในคดี *Hite Beer II*³⁵¹ มีข้อเท็จจริงในคดีว่าผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์ (beer brewer) ปฏิเสธที่จะทำธุรกิจโดยไม่จัดจำหน่ายเบียร์ให้กับผู้ค้าส่ง (wholesale) รายหนึ่งซึ่งเป็นลูกค้าเก่า และยังปฏิเสธไม่จัดจำหน่ายเบียร์ให้กับผู้ค้าส่งรายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดค้าส่งเบียร์ได้ไม่นาน ศาล Seoul High Court เห็นว่าการปฏิเสธครั้งที่ 1 เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อโดยการไม่จัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าส่งรายเก่าเพราะผู้ปฏิเสธถูกร้องขอจากกลุ่มคู่แข่งของผู้ค้าส่งดังกล่าวซึ่งไม่พอใจที่ผู้ถูกปฏิเสธขายสินค้าตัดราคาและกลุ่มผู้ค้าส่งที่ร้องขอให้มีการปฏิเสธนั้นเป็นกลุ่มผู้ค้าส่งที่มีชื่อเสียงอยู่ในตลาดค้าส่งเบียร์ จึงสรุปได้ว่าการปฏิเสธของผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์มีเจตนาเพื่อขัดขวางการประกอบธุรกิจค้าส่งของผู้ถูกปฏิเสธ โดยความร่วมมือกับกลุ่มคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ ส่วนการปฏิเสธครั้งที่ 2 ศาลพบความไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติดั้งเดิมของผู้ปฏิเสธและโดยที่ผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 80 ศาลจึงเห็นว่าผลกระทบของการปฏิเสธนั้นทำให้ผู้ถูกปฏิเสธหมดสิ้นโอกาสที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดผู้ค้าส่งเบียร์ (wholesale beer market) ได้ จากการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดดังกล่าว ศาลจึงสรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะรักษากำไรที่จะได้จากการขายสินค้าให้ผู้ค้าปลีกชื่อดังเหล่านั้นเอาไว้และยังเป็นการคงสถานะความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้อีกด้วย โดยปกติแล้วผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์ย่อมมีแรงจูงใจที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดค้าปลีกนั้นมีมากขึ้นไม่ใช่น้อยลงอย่างในคดีนี้ เพื่อที่จะรักษาอำนาจต่อรองที่ตนมีเหนือผู้ค้าปลีกให้เข้มแข็ง แต่ในคดีนี้ผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์กลับทำให้การแข่งขันในตลาดค้าส่งมีน้อยลงโดยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับทั้งผู้ค้าส่งรายเก่าและผู้ค้าส่งรายใหม่ โดยการปฏิเสธครั้งที่ 1 ต่อผู้ค้าส่งรายเก่า นั้นถูกกระตุ้นจากกลุ่มผู้ค้าส่งชื่อดังที่เชื่อว่าจะไม่ทำธุรกิจ (boycott) กับผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์ถ้าหากโรงกลั่นเบียร์ยังจำหน่ายเบียร์ให้กับผู้ถูกปฏิเสธ ส่วนการปฏิเสธครั้งที่ 2 ต่อผู้ค้าส่งรายใหม่นั้นศาลเห็นว่ามีกรีย่นข้อแลกเปลี่ยนกันในลักษณะต่างตอบแทนระหว่างผู้ปฏิเสธกับกลุ่มผู้ค้าส่งชื่อดังโดยมีเงื่อนไขว่ากลุ่มผู้ค้าส่งชื่อดังจะช่วยให้ผู้ปฏิเสธรักษาสถานะความเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้ เช่นกลุ่มผู้ค้าส่งนี้จะซื้อเบียร์จากผู้ปฏิเสธเท่านั้นโดยไม่ซื้อเบียร์จากโรงกลั่นเบียร์อื่น ๆ อีก เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ผู้ปฏิเสธต้องไม่จำหน่ายเบียร์ให้กับ

³⁵⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 110-111.

³⁵¹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2005Nu2744, Mar. 27, 2006, § 1.Na. (S. Kor.) aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2006Du9924, Aug. 31, 2006 (S. Kor.).

ผู้ค้าส่งรายใหม่ที่พยายามจะเข้ามาแข่งขันในตลาด ดังนั้นการปฏิเสธทั้ง 2 ครั้งจึงถูกกระดุนจากกลุ่มผู้ค้าส่งชื่อดังดังกล่าวซึ่งเป็นผู้ที่จะได้ประโยชน์จากการที่การแข่งขันในตลาดค้าส่งเปียร์ลดลง³⁵²

ถ้าหากการปฏิเสธไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันย่อมแสดงได้ว่า ผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาที่จะขจัดการแข่งขัน (non-exclusionary intent) ในคดี *Coca Cola*³⁵³ บริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มน้ำอัดลมในตลาดต้นน้ำปฏิเสธที่จะต่อสัญญาจำหน่ายน้ำอัดลมให้กับบริษัทผู้บรรจุขวด (bottler) ในตลาดปลายน้ำ แต่ในขณะเดียวกันนั้นบริษัทผู้บรรจุขวดได้ก่อตั้งบริษัทลูกขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจผลิตน้ำอัดลมเป็นของตนเอง ศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีได้วางหลักทดสอบ 3 ประการ เพื่อใช้พิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีใดที่จะถือว่าเป็นธรรมตาม มาตรา 23 บรรคหนึ่งอนุมาตราหนึ่ง โดยหลักทดสอบ 3 ประการดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้³⁵⁴

1. การปฏิเสธมีแนวโน้มที่จะกีดกันโอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้เสียหายจนเป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหาย (likely deprive the victim of sufficient transaction opportunities to jeopardize the victim's business)

2. การปฏิเสธนั้นเป็นการใช้อำนาจต่อรองของผู้ปฏิเสธที่มีเหนือกว่าโดยมิชอบโดยมีเจตนาเพียงประการเดียวที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหาย

3. การปฏิเสธนั้นถูกใช้เป็นวิธีการหนึ่งเพื่อให้บรรลุเป้าหมายอันผิดต่อกฎหมาย (as a means to achieve an unlawful objective)

เมื่อปรับใช้หลักทดสอบ 3 ประการนี้เข้ากับข้อเท็จจริงในคดี *Coca Cola* แล้วศาลพบว่า การปฏิเสธของบริษัท *Coca Cola* นี้ไม่เป็นอันตรายต่อธุรกิจของบริษัทผู้บรรจุขวดซึ่งถูกปฏิเสธแต่อย่างใด เนื่องจากบริษัทผู้บรรจุขวดได้ก่อตั้งบริษัทผลิตน้ำอัดลมเป็นของตนเองแล้วจึงไม่เข้าหลักทดสอบข้อที่ 1 อีกทั้งเมื่อพิจารณาหลักทดสอบข้อที่ 2 เรื่องการใช้อำนาจต่อรองของผู้ปฏิเสธที่มีเหนือกว่าบริษัทผู้บรรจุขวดโดยมิชอบนั้นก็ไม่มีปรากฏว่ามีพยานหลักฐานใด ๆ ที่ชี้ว่าการปฏิเสธนั้นมีเจตนาเพียงประการเดียวเพื่อที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อธุรกิจของบริษัทผู้บรรจุขวด และก็ไม่ปรากฏว่า

³⁵² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 111.

³⁵³ Supreme Court [S. Ct.], 98Du17869, Jan. 5, 2001, § 1 (S. Kor.).

³⁵⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 111-112.

มีการใช้การปฏิเสธเพื่อเป็นวิธีการบังคับให้บริษัทผู้บรรจขวดต้องยอมขายกิจการให้กับผู้ปฏิเสธภายใต้เงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมตามหลักทดสอบข้อที่ 3 แต่อย่างไร³⁵⁵

หลักทดสอบ 3 ประการนี้ถูกนำมาปรับใช้หลายครั้งกับคดีที่ตัดสินตามมาตรา 23 โดยทั้งศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีและศาลรัฐธรรมนูญ ในหลักทดสอบข้อที่ 1 หากพิจารณาตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียวแล้วหมายถึงการปฏิเสธที่เป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหายย่อมถูกถือว่าเป็นธรรมแล้วโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้ปฏิเสธอีก แต่คดีที่เกิดขึ้นหลังคดี *Coca Cola* กล่าวว่ายังต้องการองค์ประกอบเรื่องเจตนาของผู้ปฏิเสธอยู่โดยอ้างหลักที่ปรับใช้ในคดี *Woolim* ที่ศาลตัดสินโดยให้ความสำคัญกับทั้งเจตนา (intent) หรือวัตถุประสงค์ของการปฏิเสธ (refusal's purpose) และผลกระทบ (effect) ในการพิจารณาความไม่เป็นธรรมของการปฏิเสธ การตัดสินคดีที่เกิดขึ้นหลังคดี *Coca Cola* ศาลมักปรับใช้หลักในคดี *Woolim* ควบคู่ไปกับหลักทดสอบ 3 ประการที่ปรากฏในคดี *Coca Cola* เพื่อพิจารณาความไม่เป็นธรรมของการปฏิเสธตามมาตรา 23 ดังเช่นในคดี *UK ChemiPharm*³⁵⁶ ศาล Seoul High Court เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้เป็นกรปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 โดยอ้างหลักข้อที่ 1 ของหลักทดสอบ 3 ประการในคดี *Coca Cola* และยังอ้างหลักเรื่องเจตนาในคดี *Woolim* อีกด้วย³⁵⁷

องค์กรผู้ทำหน้าที่บังคับใช้ MRFTA นอกจาก KFTC และศาลยุติธรรมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีก็เป็นอีกองค์กรหนึ่งซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้เช่นกัน ยิ่งไปกว่านั้นศาลรัฐธรรมนูญยังเคยมีประสบการณ์ในการบังคับใช้มาตรา 23 ของ MRFTA เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอีกด้วย หลักกฎหมายตามมาตรา 23 ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์อันเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้มีจุดเริ่มต้นจากคดี *Ace Bed*³⁵⁸ เป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในการตรวจสอบดุลยพินิจของ KFTC ที่ตัดสินใจไม่รายงานว่ามีกรณีละเมิดตามมาตรา 23 อย่างร้ายแรงเกิดขึ้นต่อพนักงานอัยการเพื่อให้มีการดำเนินคดีทางอาญา ในคดี *Ace Bed* นี้ศาลตัดสินว่าการที่บริษัทผู้ผลิตเตียงยุติการทำธุรกิจกับตัวแทนจำหน่ายซึ่งเคยทำธุรกิจกันมายาวนานถึง 10 ปีโดยไม่มีการแจ้งเตือนล่วงหน้าเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมแต่ไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะต้องดำเนินคดีอาญา เพราะการปฏิเสธดังกล่าวมิได้ให้ผลรุนแรง

³⁵⁵ Ibid., 112.

³⁵⁶ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2006Nu30777, (UK ChemiPharm), Dec. 20, 2007, § 2.Na.(2) (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2008Du1474, May 15, 2008 (S. Kor.).

³⁵⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 112.

³⁵⁸ Constitutional Court [Const. Ct.], 94HunMa136, July 21, 1995, § 3.Na. (S. Kor.).

ถึงขนาดเป็นอันตรายต่อตลาดเฟอร์นิเจอร์ทั่วไป และความเสียหายใด ๆ ที่ผู้ถูกปฏิเสธได้รับก็สามารถเรียกร้องให้ผู้ปฏิเสธชดเชยได้อย่างครบถ้วนโดยการจ่ายค่าเสียหายผ่านบทบัญญัติในมาตรา 56 ของ MRFTA หรือเรียกร้องตามมูลสัญญาหรือมูลละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งได้อยู่แล้ว ต่อมาในคดี S1³⁵⁹ ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบนั้นได้ขยายไปถึงการตรวจสอบคำวินิจฉัยของ KFTC ที่ได้วินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิดต่อ MRFTA อีกด้วย จากเดิมที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่ KFTC ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการค้นหาการกระทำความผิดหรือไม่รายงานต่อพนักงานอัยการให้มีการดำเนินคดีอาญาเท่านั้น³⁶⁰

ด้วยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ขยายเข้ามาถึงหลักกฎหมายตามมาตรา 23 ในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมากขึ้นจึงเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลสูงสุดของประเทศทั้ง 2 ศาลจะถูกถามในประเด็นเดียวกันว่าการปฏิเสธในครั้งนั้นเป็นธรรมหรือไม่ ในคดี *Inchon Refinery Constitutional*³⁶¹ ศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ KFTC ที่ KFTC ได้ยกคำร้องของผู้ร้องเรียนที่กล่าวหาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของบริษัท Inchon Refinery ผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นน้ำมันรายหนึ่งในตลาดต้นน้ำที่มีการรวมตัวในแนวดิ่ง (vertically integrated) กับผู้จัดจำหน่ายน้ำมันในตลาดปลายน้ำต่อผู้จัดจำหน่ายน้ำมันอีกรายหนึ่งซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดปลายน้ำ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการปฏิเสธนี้เข้าเงื่อนไขข้อที่ 1 ของหลักทดสอบ 3 ประการในคดี Coca Cola แล้ว เนื่องจากตลาดน้ำมันในสาธารณรัฐเกาหลีมีการกระจุกตัวอย่างมาก โดยมีผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นน้ำมันอยู่เพียงไม่กี่รายซึ่งโรงกลั่นน้ำมันที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด 3 อันดับแรกมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันทั้งหมดคิดเป็นร้อยละ 75 และในคดีนี้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของโรงกลั่นน้ำมันที่มีขนาดใหญ่เป็นอันดับ 3 อีกทั้งธุรกิจจัดจำหน่ายน้ำมันของผู้ถูกปฏิเสธนั้นอาศัยน้ำมันที่มาจากโรงกลั่นของผู้ปฏิเสธเป็นจำนวนถึงร้อยละ 55 ของน้ำมันในประเทศทั้งหมด ฉะนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวจึงเป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธได้ ในส่วนของประเด็นเรื่องเจตนา ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่าเมื่อการปฏิเสธดังกล่าวเป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธแล้วย่อมไม่เพียงพอที่ผู้ปฏิเสธจะอ้างเพียงว่าการปฏิเสธนั้นเป็นประโยชน์ต่อธุรกิจของผู้ปฏิเสธ ฉะนั้นข้ออ้างที่ฟังได้นั้นจะต้องได้สัดส่วนตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบธุรกิจอื่นทำธุรกิจนั้นไปแล้วอาจจะต้องเลิกกิจการ ภายใต้หลักทดสอบเรื่องข้ออ้างที่ได้สัดส่วน (commensurate justification test) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าความขัด

³⁵⁹ Constitutional Court [Const. Ct.], 2001HunMa381, June 27, 2002, § 3.Ga. (S. Kor.).

³⁶⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 112-113.

³⁶¹ Constitutional Court [Const. Ct.], 2002HunMa496, May 24, 2004 (S. Kor.).

สนทางด้านการเงินที่ผู้ปฏิเสธอ้างนั้นไม่เพียงพอจะใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ เนื่องจากตอนที่ผู้ปฏิเสธได้ทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธ ผู้ปฏิเสธยังคงมีกำไรอยู่และความขัดสนทางด้านการเงินดังกล่าวก็ไม่ได้มีสาเหตุหรือมีสถานการณ์เลวร้ายลงเนื่องจากการทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธแต่อย่างใด³⁶²

นับเป็นกรณีที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าในวันเดียวกันกับที่ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีมีคำพิพากษาว่าการปฏิเสธในคดี *Inchon Refinery Constitutional* นั้นเป็นการปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรม ศาล Daejeon High Court กลับตัดสินยกฟ้องคดีส่วนแพ่งที่ผู้ถูกปฏิเสธฟ้องขอให้พิพากษาว่าสัญญาระหว่างผู้ถูกปฏิเสธกับผู้ปฏิเสธยังคงมีผลผูกพันอยู่³⁶³ 4 ปีต่อมาศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินยืนตามคำพิพากษาศาล Daejeon High Court ในคดี *Inchon Refinery Supreme*³⁶⁴ โดยให้เหตุผลว่าแม้จะเลิกสัญญากันไปแล้วแต่ผู้ถูกปฏิเสธยังมีกำไรเพิ่มมากขึ้น (increase in the refusee's profits) การปฏิเสธดังกล่าวจึงไม่เป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ เมื่อไม่มีผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นต่อผู้ถูกปฏิเสธเท่ากับว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธที่จะจำกัดการแข่งขันย่อมไม่มี ดังนั้นการปฏิเสธในคดีนี้จึงมิใช่การปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรม ศาลฎีกาจึงตัดสินว่าความสัมพันธ์ตามสัญญาจัดจำหน่ายน้ำมันระหว่างผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธนั้นไม่มีอีกต่อไป³⁶⁵ คำพิพากษาของทั้ง 2 ศาลที่ตัดสินไม่สอดคล้องกันนี้ทำให้เกิดสถานการณ์ที่ยากลำบากต่อ KFTC ซึ่ง KFTC จะต้องดำเนินการลงโทษการปฏิเสธในคดีนี้ตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ แต่จากข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏว่า KFTC ได้ดำเนินการลงโทษบริษัท Incheon Refinery แต่อย่างใด แต่ก็ไม่น่าแปลกใจเพราะแม้ KFTC จะดำเนินการลงโทษการปฏิเสธนั้น บริษัท Incheon Refinery ผู้ปฏิเสธก็คงจะกล่าวว่าคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นถูกยกเลิกไปแล้วโดยอ้างคำพิพากษาคดี *Inchon Refinery Supreme* ของศาลฎีกา³⁶⁶ น่าสังเกตว่าในคดี *Inchon Refinery Supreme* ศาลฎีกาได้ปรับใช้หลักทดสอบ 3 ประการในคดี Coca Cola และหลักกฎหมายที่ปรากฏในคดี Woolim แต่ศาลฎีกาไม่ได้กล่าวอ้างถึงหลักทดสอบเรื่องข้ออ้างที่ได้สัดส่วนที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้แต่อย่างใด ประเด็นนี้น่าสนใจตรงที่ว่าแม้จะมีการปรับใช้หลักทดสอบเรื่องข้ออ้างที่ได้สัดส่วนก็คงจะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนแปลงไป

³⁶² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 113.

³⁶³ Daejeon High Court 2004. 6.24. 2003Na4974.

³⁶⁴ Daejeon High Court 2004. 6.24. 2003Na4974, aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2004Da39238, (Inchon Refinery Supreme), Feb. 14, 2008 (S. Kor.).

³⁶⁵ Daejeon High Court 2004. 6.24. 2003Na4974, aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2004Da39238, (Inchon Refinery Supreme), Feb. 14, 2008 (S. Kor.).

³⁶⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 114.

เนื่องจากศาลฎีกาไม่พบผลกระทบที่เป็นการจัดการแข่งขันจากการปฏิเสธในคดีนี้เพราะข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทผู้ถูกปฏิเสธยังคงมีกำไรอยู่ คดีนี้เป็นตัวอย่างของการที่ศาลสูงสุด 2 ศาลของสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินให้ผลคดีแตกต่างกัน อีกทั้งยังมีความแตกต่างในเรื่องหลักกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้กับคดีอีกด้วย³⁶⁷ ดังนี้

1. วิธีการปรับใช้หลักทดสอบ (how to apply certain tests) ต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว กล่าวคือ แม้ทั้ง 2 ศาลมีการปรับใช้หลักทดสอบในคดี *Coca Cola* แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะทำอันตรายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ แตกต่างจากศาลฎีกาที่เห็นว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาดังกล่าวแต่อย่างใด

2. หลักทดสอบใดที่จะนำมาปรับใช้ (what tests to apply) ต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยทั่วไป กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีการปรับใช้หลักทดสอบเรื่องข้ออ้างที่ได้สัดส่วน (commensurate justification test) แตกต่างจากศาลฎีกาที่ไม่ได้มีการปรับใช้หลักดังกล่าวในคดี

หลักทดสอบในคดี *Coca Cola* นั้นมีข้อบกพร่องอยู่หนึ่งประการก็คือความคลุมเครือของถ้อยคำที่ว่า “เป็นอันตรายต่อ (jeopardize)” คำพิพากษาของศาลในบางคดีเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวจะต้องรุนแรงถึงขนาดที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถประกอบธุรกิจได้อีกต่อไป (no longer run its business) เช่นที่ปรากฏในคดี *Inchon Refinery Supreme* ในขณะที่บางคดีกลับเห็นว่าเพียงแค่อุปกรณ์ที่สำคัญบางอย่างถูกปฏิเสธหรือเพียงล่าช้าออกไปก็เป็นอันตรายแล้ว (some important transactions denied or delayed) เช่นในคดี *Inchon Refinery Constitutional* หรือคดี *UK ChemiPharm* เป็นต้น แสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ในส่วนนี้ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่³⁶⁸

นอกจากคดีที่ได้มีการวินิจฉัยและตัดสินถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้โดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แล้ว KFTC และศาลในสาธารณรัฐเกาหลียังมีประสบการณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดมาตรา 3-2 เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้อยู่หลายคดี ซึ่งสามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นความแตกต่างในการปรับใช้กฎหมายของทั้ง 2 มาตราเพื่อควบคุมพฤติกรรมเดียวกัน โดยมีคดีสำคัญดังต่อไปนี้

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Ibid.

คดีที่มีอิทธิพลมากที่สุดเกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวซึ่งมีการฟ้องเป็นคดีตามมาตรา 3-2 คือคดี *POSCO*³⁶⁹ โดยบริษัท *POSCO* เป็นผู้ผลิตเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วน (hot-rolled coil) อันเป็นวัตถุดิบ input ต้นน้ำที่ใช้ในการทำเป็นเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนา (cold rolled steel plate) และมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 79.8 ในตลาดเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วน ปฏิเสธที่จะจัดหาสินค้า input ต้นน้ำให้กับบริษัท *Hyundai Hysco* เนื่องจากเป็นคู่แข่งในตลาดเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนาอันเป็นสินค้าปลายน้ำซึ่งบริษัท *Posco* ก็ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนาดูด้วยเช่นกัน โดยในตลาดปลายน้ำ บริษัท *Posco* มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 58.4 และบริษัท *Hyundai Hysco* มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 11.1 ศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีให้เหตุผลไว้ว่าแม้องค์ประกอบความรับผิดในมาตรา 3-2 จะมีคำว่าความไม่เป็นธรรม “Unfairness” อยู่แต่ก็มีความแตกต่างจากคำว่าความไม่เป็นธรรมในมาตรา 23 ตรงที่มาตรา 3-2 นั้นต้องมียุทธศาสตร์ประกอบของความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายต่อตลาดเป็นวงกว้างและต้องมีเจตนาที่จะสร้างหรือคงสถานะอำนาจผูกขาดเอาไว้ ศาลกล่าวต่อไปอีกว่าเมื่อใดก็ตามที่การปฏิเสธนั้นก่อให้เกิดสินค้ามีราคาสูงขึ้น ปริมาณสินค้าลดลง การสร้างสรรค์นวัตกรรมใหม่ ๆ ซ้ำลง คู่แข่งขันต้องออกไปจากตลาด หรือความหลากหลายของสินค้ามีน้อยลง เมื่อนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าเจตนาหรือความเสียหายเช่นนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นเป็นอย่างอื่นได้ เมื่อผลกระทบเหล่านี้ไม่ปรากฏชัดก็ต้องค้นหาเจตนาและผลกระทบดังกล่าวจากข้อเท็จจริงอื่น ๆ ของการปฏิเสธ เช่น เหตุผลที่โจทก์กล่าวอ้างมาในคำฟ้อง สภาพของตลาดที่เกี่ยวข้องและความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดี ศาลฎีการะบุว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีนี้จำกัดอยู่เพียงแค่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ถูกปฏิเสธเท่านั้นและยังไม่ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานอื่น ๆ เช่นสินค้ามีราคาสูงขึ้นหรือสินค้าในตลาดมีปริมาณน้อยลง ประเด็นเรื่องความเสียหายในคดีนี้ยังมีน้ำหนักน้อยเนื่องจากธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธยังทำกำไรได้อย่างต่อเนื่องแม้จะต้องสั่งซื้อเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนาจากประเทศญี่ปุ่นมาก็ตาม ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ศาลฎีกาจึงตัดสินว่าการปฏิเสธในคดีนี้ไม่มียุทธศาสตร์ประกอบของความไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2 MRFTA³⁷⁰

การตีความมาตรา 3-2 ในคดี *POSCO* นี้จะสามารถเข้าใจได้ชัดเจนมากขึ้นหากนำไปเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยที่ KFTC ตัดสินเกี่ยวกับมาตรา 3-2 จำนวน 3 คดีก่อนหน้า ในคดี *Dongyang Beer*³⁷¹ KFTC วินิจฉัยว่าบริษัทผู้ผลิตเบียร์ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีความผิดตาม

³⁶⁹ Supreme Court [S. Ct.], 2002Du8626, Nov. 22, 2007 (S. Kor.).

³⁷⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 105-106.

³⁷¹ *Dongyang Beer Co.*, KFTC Decision 93-106, 9306Dok343, July 22, 1993.

มาตรา 3-2 จากพฤติกรรมที่ผู้ผลิตเบียร์รายนี้ปฏิเสธไม่จัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าส่งที่จำหน่ายเบียร์ของบริษัทคู่แข่งด้วย KFTC เห็นว่า

1. การปฏิเสธดังกล่าวเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธรวมทั้งบริษัทคู่แข่งของผู้ปฏิเสธเนื่องจากผู้ปฏิเสธครองส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 90 ในตลาดนั้น
2. การปฏิเสธนั้นเกิดขึ้นประจวบเหมาะกับการที่บริษัทคู่แข่งกำลังออกผลิตภัณฑ์ใหม่พอดี
3. ผู้ปฏิเสธตั้งเงื่อนไขว่าจะจัดจำหน่ายสินค้าให้อีกครั้งเมื่อผู้ถูกปฏิเสธยอมยุติการทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธแล้ว

เมื่อปรับใช้หลักกฎหมายที่ปรากฏในคดี *POSCO* แล้ว เจตนาที่มุ่งกำจัดคู่แข่งชั้นนี้สามารถตีความได้จากการเลือกปฏิบัติของผู้ปฏิเสธเองที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับเฉพาะบริษัทที่เป็นลูกค้าของคู่แข่งเท่านั้นและผลกระทบที่เกิดความเสียหายต่อตลาดเป็นวงกว้างสามารถพิจารณาได้จากส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธที่มีมากถึงร้อยละ 90 ด้วยส่วนแบ่งตลาดที่มีสูงมากย่อมทำให้การแข่งขันในตลาดถูกจำกัดลงอย่างแน่นอนหากผู้ปฏิเสธมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นนี้ ด้วยเหตุที่ในคดี *Dongyang Beer* นี้มีข้อเท็จจริงที่สนับสนุนทั้งองค์ประกอบในทางอ้อมวิสัย (องค์ประกอบเรื่องเจตนา) และองค์ประกอบในทางภาวะวิสัย (องค์ประกอบเรื่องผลกระทบ) ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการละเมิดต่อมาตรา 3-2 จึงทำให้ผลของคดีย่อมออกมาเช่นเดิมแม้จะมีการนำคดีนี้ไปฟ้องหลังคดี *POSCO* ก็ตาม³⁷²

คดีต่อมาชื่อว่าคดี *RITCO*³⁷³ โดย KFTC เห็นว่าบริษัทผู้ผลิตเครื่องตรวจจับไฟ (fire detector) รายหนึ่ง มีพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 เมื่อมีการปฏิเสธไม่จัดหาเครื่องตรวจจับไฟอันเป็นสินค้าที่ผู้ปฏิเสธมีจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวต่อบริษัทผู้ชนะการประมูลการก่อสร้างซึ่งบริษัทผู้ชนะการประมูลดังกล่าวนี้เป็นคู่แข่งทางการค้ากับบริษัทผู้ปฏิเสธ KFTC เห็นว่าเนื่องจากสินค้าเครื่องตรวจจับไฟของผู้ปฏิเสธเป็นสิ่งจำเป็นต่อโครงการก่อสร้างนี้ การปฏิเสธดังกล่าวจึงมีผลทำให้โครงการก่อสร้างที่ประมูลกันนี้ต้องเปลี่ยนตัวผู้ชนะจากผู้ชนะรายเดิมมาเป็นบริษัทผู้ปฏิเสธแทน ด้วยเหตุผลทั้งหมด KFTC จึงสรุปว่าผู้ปฏิเสธมีการใช้อำนาจผูกขาดใน

³⁷² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 106.

³⁷³ *RITCO*, KFTC 2006-221, 2005GyungChok2649, § 2.Ga.

ตลาดเครื่องตรวจจับไฟโดยมิชอบเพื่อไปทำลายการแข่งขันของโครงการก่อสร้าง กล่าวคือ บริษัทที่จะมายื่นประมูลโครงการก่อสร้างนี้ก็จะเหลือแต่เพียงผู้ปฏิเสธ³⁷⁴

คดี *RITCO* เป็นคดีที่นำไปเปรียบเทียบกับคดี *POSCO* ได้ยาก แม้ว่าทั้ง 2 คดีจะเป็นคดีเกี่ยวกับผู้ประกอบการที่มีการรวมตัวในแนวตั้ง (vertically integrated) โดยผู้ประกอบการในตลาดต้นน้ำซึ่งมีสถานะเป็นผู้ผูกขาดปฏิเสธไม่จัดจำหน่ายสินค้าให้กับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำเหมือนกัน แต่คดี *RITCO* มีความแตกต่างกับคดี *POSCO* อยู่ตรงที่ว่า ในคดี *RITCO* ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่ระบุว่าบริษัท *RITCO* ได้ทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติกล่าวคือ ไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ปฏิเสธเคยจำหน่ายเครื่องตรวจจับไฟให้กับผู้ติดตั้งรายอื่นเช่นกัน และยังไม่แน่ชัดว่าการที่โครงการก่อสร้างดังกล่าวซึ่งผู้ถูกปฏิเสธถูกแย่งงานไปนั้นจะส่งผลกระทบต่อขนาดเป็นการลดการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้างหรือไม่ ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้างเป็นประเด็นที่ศาลในคดี *POSCO* ให้น้ำหนักมาก KFTC ถือเอาตลาดติดตั้งเครื่องตรวจจับไฟ (installation market) เป็นตลาดที่เกี่ยวข้องแต่ไม่มีหลักฐานชี้ว่าบริษัท *RITCO* เป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น แต่เพียงผู้เดียวและยังไม่มีหลักฐานเรื่องส่วนแบ่งตลาดและระดับของการรวมตัวในแนวตั้งอีกด้วย เช่นว่าบริษัทผู้จำหน่ายเครื่องตรวจจับไฟในตลาดต้นน้ำที่มีการรวมตัวในแนวตั้งนั้นได้ให้บริการติดตั้งด้วยหรือไม่ กล่าวโดยละเอียดคือแม้ผู้ปฏิเสธจะเป็นผู้ผูกขาดในตลาดเครื่องตรวจจับไฟแต่ตลาดเครื่องตรวจจับไฟและบริการติดตั้งเป็นตลาดซึ่งแยกจากกันไม่ได้ ดังนั้นหากรวม 2 ตลาดนี้เข้าด้วยกันแล้วผู้ปฏิเสธจึงอาจเป็นเพียงผู้ประกอบการธรรมดาที่มีอำนาจเหนือตลาดก็เป็นได้³⁷⁵

ต่อมาคือคดี *T-Broad Chonju*³⁷⁶ ซึ่งหากนำคดีนี้มาพ้องในปัจจุบันก็คาดได้ว่าคงจะไม่ชนะเช่นเดิม ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าผู้ประกอบการเคเบิลทีวีรายหนึ่งซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจอย่างถูกต้องจากรัฐบาลโดยมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 85 ระบุการออกอากาศของจำหน่ายสินค้าช่องหนึ่งเป็นเวลานาน 42 ชั่วโมงเพื่อประท้วงการเข้าซื้อกิจการของบริษัทผู้ให้บริการช่องจำหน่ายสินค้าดังกล่าว เนื่องจากผู้ซื้อกิจการเป็นผู้ประกอบธุรกิจค้าปลีกซึ่งเป็นคู่แข่งกับบริษัทที่ถูกซื้อกิจการ KFTC จึงกล่าวหาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 โดยให้เหตุผลว่าการปฏิเสธที่จะออกอากาศทำให้ผู้ถูกปฏิเสธต้องเสียเปรียบในการแข่งขันในตลาดขายสินค้าออนไลน์ (online sales market) คดี *T-Broad Chonju* นี้โดยแท้จริงแล้วอาจเป็นเรื่องผิดสัญญา

³⁷⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 106-107.

³⁷⁵ *Ibid.*, 107.

³⁷⁶ *T-Broad Chonju*, KFTC 2007-137, 2006SuhGyung2380.

มากกว่าและดูเหมือนว่าจะไม่สามารถปรับเข้ากับองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 3-2 ได้ เนื่องจากผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาที่จะสร้างหรือคงสถานะความเป็นผู้ผูกขาดเอาไว้ ในทางกลับกันการประท้วงดังกล่าวเป็นการป้องกันการผูกขาดที่อาจเกิดขึ้นเสียด้วยซ้ำเพราะผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ให้บริการช่องจำหน่ายสินค้ารายใหญ่เป็นลำดับ 4 ของสาธารณรัฐเกาหลีและผู้ที่เกี่ยวข้องกิจการของผู้ถูกปฏิเสธก็เป็นผู้ประกอบการธุรกิจค้าปลีกรายใหญ่ในสาธารณรัฐเกาหลี การรวมตัวกันของ 2 บริษัทนี้ทำให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดได้ หากยอมรับเหตุผลเรื่องความเสียหายเปรียบเทียบในการแข่งขันของ KFTC ว่าเป็นหลักเกณฑ์ความรับผิดตามมาตรา 3-2 ก็เท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธความแตกต่างระหว่างความเสียหายที่เกิดกับคู่แข่ง (harm to competitors) และความเสียหายที่เกิดกับการแข่งขัน (harm to competition)³⁷⁷ ซึ่งความเสียหายที่เกิดในคดีดูเหมือนจะเป็นความเสียหายต่อคู่แข่งชันมากกว่าที่จะเป็นความเสียหายต่อการแข่งขันแต่องค์ประกอบความรับผิดของมาตรา 3-2 ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดกับการแข่งขันในตลาดในวงกว้าง

องค์ประกอบความรับผิดในเรื่องผลกระทบต่อตลาดในวงกว้างที่ปรับใช้ในคดี *POSCO* นั้น มิได้ปรับใช้กับคดีการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งอนุมาตราสามเท่านั้น แต่ผลกระทบดังกล่าวยังนำมาปรับใช้กับคดีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งอนุมาตราห้า ในส่วนหลังอีกด้วย ในคดี *T-Broad Kangseo*³⁷⁸ บริษัทผู้ให้บริการเคเบิลทีวีซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเล็กให้บริการแพ็คเกจรายการโทรทัศน์ที่มีราคาต่ำสุดออกไป ทำให้ผู้ชมต้องจ่ายค่าบริการเพิ่มขึ้นเพื่อรับชมรายการโทรทัศน์ช่องเดิมซึ่งเคยมีอยู่ในแพ็คเกจราคาต่ำสุดดังกล่าว ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีให้เหตุผลเอาไว้ว่าการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคอย่างร้ายแรงตามมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งอนุมาตราห้า นั้นต้องพิจารณาเป็นรายคดีไปโดยพิจารณาว่า มีการกระทำบ่อยแค่ไหน ความยาวนาน ระยะเวลา จำนวนผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย และการกระทำเมื่อเปรียบเทียบกับสิ่งที่ผู้บริโภคเคยได้รับในตลาดเดียวกันนั้นเป็นอย่างไร ตามความเห็นของศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลี การกระทำอันไม่เป็นธรรมภายใต้มาตรา 3-2 จะต้องมีข้อเท็จจริงแสดงว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะแสวงหาผลกำไรส่วนเกินจากการผูกขาด (excessive monopoly profit) มิใช่มีเจตนาเพียงแค่ว่าเป็นการบ่อนทำลายผลประโยชน์ของผู้บริโภคเฉพาะราย จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีแล้วศาลจึงเห็นว่า KFTC ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ถึงความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ เช่น ค่าบริการสูงขึ้นอย่างมาก หรือ การลด

³⁷⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 107.

³⁷⁸ Supreme Court [S. Ct.], 2009Du1983, May 27, 2010, § 1 (S. Kor.).

ช่องเคเบิลทีวีให้น้อยลงนั้นเป็นความเสียหายร้ายแรงเพียงใด เพราะไม่มีการเปรียบเทียบบริการเคเบิลทีวีของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดเดียวกันให้ศาลเห็น ส่วนองค์ประกอบเรื่องความไม่เป็นธรรม KFTC ก็ไม่มีหลักฐานอีกว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธนั้นต้องการที่จะแสวงหาผลกำไรส่วนเกินจากการผูกขาด³⁷⁹

หลักเกณฑ์ที่ใช้ทดสอบเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง (considerably harm) ซึ่งพิจารณาจากจำนวนผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย ความร้ายแรงที่เกิดขึ้นและการกระทำที่เกิดขึ้นนั้น ผิดปกติหรือไม่หากเทียบกับการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดเดียวกันนั้น มีเพื่อค้นหาผลกระทบซึ่งเป็นองค์ประกอบตามมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งอนุมาตราห้าตอนท้าย ส่วนคำว่าความไม่เป็นธรรมในมาตรา 3-2 อนุมาตราห้า นั้นต้องการองค์ประกอบเรื่องเจตนาที่จะผูกขาดเช่นเดียวกับคำว่าความไม่เป็นธรรมในมาตรา 3-2 อนุมาตราสาม ฉะนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจซึ่งไม่เป็นความผิดตามอนุมาตราสามเนื่องจากไม่มีองค์ประกอบเรื่องความไม่เป็นธรรมนั้น ก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามอนุมาตราห้าด้วยเช่นกัน³⁸⁰

ในคดี *SK Telecom*³⁸¹ ผู้ประกอบธุรกิจการสื่อสารโทรคมนาคมรายหนึ่งปฏิเสธที่จะแบ่งปันสิทธิดิจิทัล (digital right management: DRM) ขึ้นหนึ่งของตนต่อคู่แข่งในตลาด ศาลฎีกาตัดสินยืนยันคำพิพากษาของศาล Seoul High Court ว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ไม่มีองค์ประกอบเรื่องความไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งทั้งอนุมาตราสามและอนุมาตราห้า ข้อเท็จจริงในคดีมีว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งครองส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 60 ในตลาดผู้ให้บริการซื้อขายไฟล์เพลง MP3 ผ่านทางเครือข่ายไร้สายบนมือถือ ได้พัฒนาสิทธิดิจิทัลของตนเองขึ้นมาขึ้นหนึ่งซึ่งเป็นโปรแกรมที่ให้ซื้อขายไฟล์เพลง MP3 ผ่านทางเว็บไซต์ของผู้ปฏิเสธและผู้ปฏิเสธรายนี้ได้นำโปรแกรมดังกล่าวมาติดตั้งไว้บนโทรศัพท์มือถือโดยที่โปรแกรมนี้มีหน้าที่ป้องกันมิให้ไฟล์เพลง MP3 ที่ซื้อมาจากแหล่งอื่นเล่นบนมือถือได้ เว้นแต่จะต้องไปผ่านขั้นตอนการแปลงไฟล์เสียก่อนซึ่งกินเวลานาน

ศาล Seoul High Court ตัดสินว่าการปฏิเสธที่จะแบ่งปันสิทธิทางดิจิทัลขึ้นนั้นต่อบริษัทผู้ขายเพลงซึ่งเป็นคู่แข่งกับผู้ปฏิเสธมิใช่การกระทำอันไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นองค์ประกอบของมาตรา 3-2 เพราะว่าการปฏิเสธของสิทธิทางดิจิทัลดังกล่าวนี้มีเพื่อป้องกันไฟล์เพลง MP3 จาก

³⁷⁹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 108.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2007Nu8623, Dec. 27, 2007 (S. Kor.). aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2008Du1832, Oct. 13, 2011 (S. Kor.).

การดาวน์โหลดที่ผิดกฎหมายและสิทธิทางดิจิทัลของผู้ปฏิเสธไม่ใช่สิ่งจำเป็น อันจะเห็นได้จากการที่บริษัทคู่แข่งรายใหญ่ของผู้ปฏิเสธทั้ง 2 รายยังคงใช้สิทธิทางดิจิทัลชิ้นอื่นของตัวเองในการเล่นไฟล์เพลง MP3 บนมือถือได้อยู่ ด้วยเหตุที่สิทธิทางดิจิทัลชิ้นนี้ไม่ใช่สิ่งจำเป็น การปฏิเสธที่จะแบ่งปันโปรแกรมนี้จึงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้างอีกทั้งไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคอย่างร้ายแรง อีกทั้งไม่มีเจตนาที่จะผูกขาดอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของคำว่าความไม่เป็นธรรมที่ศาลใช้ตัดสินในคดี *POSCO*³⁸²

สรุปได้ว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจถูกฟ้องร้องได้ตามมาตรา 3-2 วรรคหนึ่งทั้งอนุมาตราสาม หากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ประกอบธุรกิจ และอนุมาตราห้า ส่วนท้ายหากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้บริโภค แม้ทั้ง 2 อนุมาตรานี้จะมีถ้อยคำในบทบัญญัติต่างกันแต่หากมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตาม 2 อนุมาตรานี้ ศาลก็จะดูองค์ประกอบเหล่านี้เพื่อใช้ในพิจารณาความผิดของการปฏิเสธเช่นเดียวกันคือ

1. ต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด
2. องค์ประกอบทางอัตวิสัย คือดูเจตนาของผู้ปฏิเสธนั้นว่าจะต้องมีเจตนาที่จะรักษาสถานะความเป็นผู้ผูกขาดไว้ (intent to monopoly or to maintain monopoly) หรือต้องมีเจตนาที่จะแสวงหาผลกำไรส่วนเกินจากการผูกขาด (excessive monopoly profit) ไม่ใช่มีเจตนาเพียงทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคเป็นการเฉพาะ
3. องค์ประกอบทางภาวะวิสัย คือดูความเสียหายที่เกิดจากการปฏิเสธว่าจะต้องเกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้าง (harm to market-wide competition)

เห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 นั้นต้องมีองค์ประกอบทั้ง 3 ประการนี้ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีหากเป็นการฟ้องคดีโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA

3.3.4 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

นอกจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ที่จะสามารถเป็นความผิดตาม MRFTA ได้แล้ว การที่ผู้ประกอบธุรกิจยอมทำธุรกิจโดยการสร้างข้อตกลงทางธุรกิจที่เป็นอุปสรรคมากเกินไป

³⁸² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 108-109.

จนไม่มีคู่สัญญารายใดรู้สึกคุ้มค่าพอที่จะตัดสินใจเข้ามาทำธุรกิจด้วยหรือที่เรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายก็อาจเป็นความผิดตาม MRFTA ได้เช่นกัน โดยอาจเป็นความผิดได้ทั้ง บทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 3-2 และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23

แนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 3-2 นั้นปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position) ของ KFTC ในส่วนที่ IV.3.D.(1) และ (2) ซึ่งระบุไว้ว่าการทำธุรกิจด้วยโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการลงอย่างรุนแรงและการตั้งราคาอย่างเลือกปฏิบัติหรือการเสนอเงื่อนไขทางธุรกิจต่อคู่ค้าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างไม่สมเหตุผลเมื่อเปรียบเทียบการแนวปฏิบัติทางการค้าตามปกติ อาจเป็นความผิดในเรื่องการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันควรหรือไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2(3) ได้เช่นเดียวกันกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

ตามมาตรา 23 ก็ปรากฏแนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเช่นเดียวกันในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices) ของ KFTC ในส่วนที่ V.1.B.(1)(B) ระบุถึงนิยามของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 23 นั้นรวมถึงการทำธุรกิจด้วยโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการหรือการกำหนดเงื่อนไขที่เสียเปรียบอย่างมากให้กับคู่ค้าอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ยังมีคดีที่พิพาทกันในประเด็นเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายอยู่บ้างเช่นคดี *RITCO*³⁸³ ที่เคยกล่าวถึงมาแล้วซึ่งเป็นคดีที่มีทั้งการปฏิเสธโดยแท้และการปฏิเสธโดยปริยายรวมอยู่ด้วยกันแต่ในหัวข้อนี้จะอธิบายให้เห็นถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายอย่างละเอียด โดยมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท Royal Industrial Tech Corp (RITCO) บริษัท Shinhwa Electronics และบริษัท Woo Seok Electronics เป็นผู้ประกอบธุรกิจผลิตและติดตั้งระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ (fire detection system) ซึ่งบริษัท RITCO เป็นเจ้าของสิทธิบัตรแต่เพียงผู้เดียวในเทคโนโลยีสำคัญที่ใช้ในระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ อยู่มาวันหนึ่งบริษัทรับเหมาก่อสร้าง A เปิดประมูลให้มีบริษัทต่าง ๆ เข้ามาดำเนินการติดตั้งระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ ซึ่งเทคโนโลยีตามสิทธิบัตรของบริษัท RITCO เป็นสิ่งจำเป็นในการดำเนินการตามสัญญาประมูลให้สำเร็จ ในการประมูลที่บริษัทรับเหมาก่อสร้าง A จัดขึ้นนั้นบริษัท Shinhwa Electronics ได้รับเลือกให้เป็นผู้ชนะการประมูลอันดับ

³⁸³ RITCO, KFTC 2006-221, 2005GyungChok2649, § 2.Ga.

หนึ่ง บริษัท Woo Seok Electronics เป็นผู้ชนะการประมูลอันดับสอง และบริษัท RITCO เป็นผู้ชนะการประมูลอันดับสาม ในการปฏิบัติตามสัญญาประมูล บริษัท Shinhwa Electronics ได้พยายามร้องขอบริษัท RITCO อยู่หลายครั้งเพื่อให้บริษัท RITCO เข้ามาดำเนินการติดตั้งระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้แต่อย่างไรก็ตาม บริษัท RITCO ได้ปฏิเสธคำร้องขอดังกล่าว บริษัท Shinhwa Electronics จึงแจ้งไปยังบริษัทรับเหมาก่อสร้าง A ว่าขอยกเลิกสิทธิตามสัญญาประมูล บริษัทรับเหมาก่อสร้าง A เลยดำเนินการให้บริษัท Woo Seok Electronics ซึ่งเป็นผู้ชนะการประมูลอันดับสองเข้ามาดำเนินการปฏิเสธตามสัญญาประมูลแทน แต่ก็เช่นเดียวกันกับบริษัท Shinhwa Electronics กล่าวคือ บริษัท Woo Seok Electronics ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาประมูลให้สำเร็จได้ด้วยตนเองแต่ต้องไปร้องขอให้บริษัท RITCO เข้ามาดำเนินการแทน ซึ่งบริษัท RITCO ยอมทำธุรกิจกับบริษัท Woo Seok Electronics แต่กลับตั้งราคาการติดตั้งระบบเพลิงไหม้ไว้สูงมากโดยสูงเกินกว่าร้อยละ 48 จากราคาตามปกติทำให้บริษัท Woo Seok Electronics ไม่สามารถได้กำไรจากการปฏิบัติตามสัญญานี้ได้เลย จนทำให้บริษัท Woo Seok Electronics ต้องยอมถอนตัวออกจากสัญญา จนในท้ายที่สุดบริษัทรับเหมาก่อสร้าง A จึงได้เลือกให้บริษัท RITCO เข้ามาปฏิบัติตามสัญญาการประมูล³⁸⁴

KFTC เห็นว่านอกจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้ที่บริษัท RITCO ปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่อบริษัท Shinhwa Electronics จะเป็นความผิดในเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบแล้ว KFTC ยังเห็นว่าการที่บริษัท RITCO แม้จะยอมทำธุรกิจกับบริษัท Woo Seok Electronics แต่กลับเรียกราคาสูงจนบริษัท Woo Seok Electronics ไม่มีความสามารถที่จะจ่ายไหวก็ถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายอันเป็นความผิดในเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเช่นเดียวกัน เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 2 ครั้งนั้นทำให้บริษัทคู่แข่งชั้นของบริษัท RITCO ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาประมูลนี้ได้อย่างแท้จริง และยังไม่อาจมีส่วนร่วมในการประมูลครั้งอื่น ๆ ได้ ซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดอย่างร้ายแรง ฉะนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจึงสามารถส่งผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างรุนแรงได้ เช่นเดียวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ และ KFTC ยังสรุปว่าบริษัท RITCO มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน เห็นได้จากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นนั้นส่งผลเป็นการป้องกันคู่แข่งมิให้เข้าสู่

³⁸⁴ Korea Fair Trade Commission, "Case Annex To ICN Unilateral Conduct Working Group Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws," [Online] Accessed: 6 June 2017. Updated: April 2010. Available from: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc611.pdf>

ตลาดที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น KFTC จึงได้มีคำสั่งให้บริษัท RITCO แก้ไขพฤติกรรม (corrective order) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวดังกล่าวให้ถูกต้อง³⁸⁵

อย่างไรก็ตาม คดี *RITCO* ก็เป็นเพียงการกล่าวว่าการยอมทำธุรกิจด้วยแต่กลับตั้งราคาสินค้าหรือบริการสูงมากเช่นนี้อาจถือถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 หรือมาตรา 23 ของ MRFTA ได้เช่นเดียวกันกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้ แต่ KFTC ก็มิได้วางหลักเกณฑ์โดยละเอียดว่าการตั้งเงื่อนไขทางธุรกิจอย่างสุดโต่งขนาดไหนถึงจะถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

3.3.5 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

โดยปกติแล้วการกีดกันราคามักเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ผู้กีดกันราคาเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ทั้งในตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำหรืออย่างน้อยก็เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในตลาดต้นน้ำ³⁸⁶ ดังนั้น KFTC จึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA เป็นบทบัญญัติที่สามารถควบคุมการกีดกันราคาได้ตรงกว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA

มาตรา 3-2 ของ MRFTA บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ 5 ลักษณะใน 5 อนุมาตรา โดยไม่มีอนุมาตราใดเลยที่สามารถควบคุมเหนือการกีดกันราคาได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์แต่ต้องอาศัยความยืดหยุ่นในการปรับใช้อนุมาตราต่าง ๆ ที่มีอยู่ประกอบกันซึ่งมีอยู่ 3 พฤติกรรมด้วยกันที่สามารถปรับใช้เพื่อควบคุมการกีดกันราคา³⁸⁷

1) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ (refusal to deal)

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดต้นน้ำปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเหนือวัตถุดิบต้นน้ำที่จำเป็น เช่นไม่ยอมจำหน่ายหรือไม่ยอมให้เข้าถึงสิ่งจำเป็นในการประกอบธุรกิจ ทำให้การดำเนินธุรกิจของคู่แข่งในตลาดปลายน้ำเกิดอุปสรรค การกระทำเช่นนี้อาจถือถือว่าเป็น “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ” ซึ่งเป็นความผิดตามบทบัญญัติในมาตรา 3-2 ของ MRFTA การปฏิเสธไม่ทำ

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Korea Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 9.

³⁸⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 153.

ธุรกิจนอกจากจะหมายถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้แล้ว (actual refusal to deal) ยังรวมไปถึง การทำธุรกิจอย่างจำกัด (restriction) อันเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายอีกด้วย จึงทำให้ พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนี้สามารถควบคุมการกีดกันราคาได้อย่างครอบคลุมมากขึ้นเพราะใน บางกรณีการกีดกันราคาก็เกิดขึ้นจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายได้เช่นกัน³⁸⁸ เช่นใน สถานการณ์ที่ผู้กีดกันราคาจำหน่ายวัตถุดิบต้นน้ำให้ผู้ที่ถูกกีดกันราคาในราคาที่สูงมาก

2) การกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ (price discrimination)

ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดต้นน้ำเลือกปฏิบัติต่อคู่แข่ง ทางด้านราคาโดยการตั้งราคาวัตถุดิบต้นน้ำในราคาที่สูงมาก การกระทำเช่นนี้อาจเป็นความผิดในเรื่อง การกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ สถานการณ์เช่นนี้จะเกิดขึ้นในกรณีผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีการ รวมตัวในแนวตั้ง (vertically integrated firm) กำหนดราคาวัตถุดิบต้นน้ำอย่างเลือกปฏิบัติโดยการ กำหนดราคาวัตถุดิบต้นน้ำต่อคู่แข่งซึ่งไม่ได้เข้ามารวมตัวด้วยในราคาที่สูงกว่าเพื่อสร้างอุปสรรค ให้กับคู่แข่งดังกล่าว สถานการณ์เช่นนี้ KFTC จะปรับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดราคาสินค้า อย่างเลือกปฏิบัติ³⁸⁹

3) การกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง (predatory pricing)

ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีการรวมตัวในแนวตั้งพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งซึ่งไม่ได้ เข้ามารวมตัวด้วยโดยการตั้งราคาสินค้าปลายน้ำหรือที่เรียกว่าราคาขายปลีกปลายน้ำ (downstream retail price) ในราคาต่ำ ในสถานการณ์เช่นนี้ KFTC จะปรับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดราคา สินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งซึ่งไม่จำเป็นว่าต้องเป็นการตั้งราคาสินค้าปลายน้ำให้ต่ำกว่าต้นทุน (below cost) ถึงจะเป็นความผิด แต่การตั้งราคาสินค้าปลายน้ำให้ต่ำกว่าราคาซื้อขายกันตามปกติ (usual transaction price) ซึ่งมีโอกาสที่จะกำจัดคู่แข่งได้นั้นก็สามารถเป็นความผิดในเรื่องการ กำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งได้แล้ว อันเป็นการปรับใช้บทบัญญัติในเรื่องนี้ให้ ยืดหยุ่นเพื่อควบคุมการกีดกันราคา³⁹⁰

แม้ KFTC จะมีความเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตาม มาตรา 3-2 ของ MRFTA เป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้เพื่อควบคุมการกีดกันราคาได้ตรงกว่าเนื่องมาจาก โดยปกติผู้กีดกันราคาจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่อง

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid., 153-154.

³⁹⁰ Ibid., 154.

พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA มีบทบัญญัติที่กว้าง สามารถครอบคลุมพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกีดกันราคาทั้ง 3 พฤติกรรมที่กล่าวมาข้างต้นได้ทั้งหมด ดังนั้น บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นอีกบทบัญญัติหนึ่งที่สามารถบังคับใช้เพื่อควบคุมการกีดกันราคาได้เช่นกัน

ในสาธารณรัฐเกาหลียังไม่เคยมีคดีที่พิพาทกันในเรื่องการกีดกันราคาโดยตรง KFTC และศาลจึงยังไม่เคยมีประสบการณ์ในการบังคับใช้ MRFTA เพื่อควบคุมพฤติกรรมชนิดนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีคดีที่ฟ้องร้องกันเกี่ยวกับพฤติกรรมซึ่งมีความสัมพันธ์กับการกีดกันราคา เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและการกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ ให้พอศึกษาเทียบเคียงได้อยู่บ้าง ซึ่งคดีที่มีประเด็นพิพาทในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและการกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัตินั้นมีประโยชน์เชิงลึกในการศึกษาเพื่อพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องการกีดกันราคาของสาธารณรัฐเกาหลีต่อไปในอนาคต โดยมีคดีที่เป็นประโยชน์ในการศึกษาเทียบเคียงกับการกีดกันราคาอยู่ดังนี้³⁹¹

คดีแรกคือคดี *POSCO*³⁹² ซึ่งได้กล่าวถึงมาแล้วในหัวข้อการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act แต่ในหัวข้อนี้จะชี้ให้เห็นว่าหากพิจารณาในอีกมุมหนึ่งก็อาจจัดว่าคดีนี้มีประเด็นเรื่องการกีดกันราคาได้เช่นกัน ในคดีปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัท P เป็นผู้มีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 79.8 สำหรับเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วน (hot-rolled coil) อันเป็นสินค้าต้นน้ำ และในเวลาเดียวกันยังเป็นผู้มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 58.4 สำหรับเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนา (cold rolled steel plate) อันเป็นสินค้าปลายน้ำ บริษัท P ได้ปฏิเสธไม่จำหน่ายวัตถุดิบต้นน้ำดังกล่าวโดยไม่แจ้งเหตุผลที่ชัดเจนต่อบริษัท H ซึ่งเป็นบริษัทใหม่ที่เพิ่งเข้ามาดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนาปลายน้ำ ทำให้บริษัท H ไม่มีวัตถุดิบต้นน้ำมาแปรรูปเป็นเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนา ดังนั้นบริษัท H จึงถูกบังคับให้ต้องนำเข้าเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนจากต่างประเทศซึ่งมีค่าใช้จ่ายที่สูงมากทั้งค่าระวางเรือ ภาษีศุลกากรและค่าขนส่ง ซึ่งเป็นการสร้างอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจให้กับบริษัท H เป็นอย่างมาก³⁹³ เปรียบได้กับว่าบริษัท H โดนกีดกันราคาสินค้าต้นน้ำให้แพงขึ้นมากจนไม่สามารถแข่งขันในตลาดปลายน้ำได้เพราะฝืนขายสินค้าปลายน้ำต่อไปก็ไม่มีกำไร

³⁹¹ Ibid., 155.

³⁹² Supreme Court [S. Ct.], 2002Du8626, Nov. 22, 2007 (S. Kor.).

³⁹³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 155.

ในคดี *POSCO* นี้ KFTC วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของบริษัท P เช่นนี้เป็นพฤติกรรมที่มีขอบด้วย MRFTA และสั่งให้มีการแก้ไขพฤติกรรมให้ถูกต้อง (corrective order) พร้อมทั้งสั่งปรับ โดย KFTC มีความเห็นว่าเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนเป็นวัตถุดิบจำเป็นสำหรับใช้ในการผลิตเป็นเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนา เมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลอันชอบธรรมใด ๆ นอกเหนือไปจากการสร้างอุปสรรคให้แก่คู่แข่งในตลาดปลายน้ำ กล่าวคือ การกระทำของบริษัท P เป็นการทำลายหรือจำกัดความสามารถในการแข่งขันด้านราคาของบริษัท H ในตลาดปลายน้ำ จึงเป็นเหตุผลให้ KFTC สรุปได้ว่าบริษัท P ได้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA ในตลาดต้นน้ำเพื่อที่จะจำกัดการแข่งขันในตลาดปลายน้ำ³⁹⁴

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินกลับคำวินิจฉัยของ KFTC โดยให้เหตุผลว่าไม่มีหลักฐานที่ชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (lack of evidence of anti-competitive effects) ศาลฎีกายังให้เหตุผลต่อไปอีกว่าในการพิสูจน์ให้เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันนั้น โจทก์ควรพิสูจน์ให้เห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายต่อการแข่งขันขึ้นเป็นวงกว้างหรืออย่างร้ายแรง เช่น สินค้ามีราคาสูงขึ้น ปริมาณสินค้าลดลง ขัดขวางการสร้างนวัตกรรมใหม่ ๆ ลดปริมาณและลดความหลากหลายและจำนวนของคู่แข่งลง แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายจำนวนหนึ่งวิจารณ์ว่าภาระการพิสูจน์เช่นนี้เป็นการยากสำหรับโจทก์เกินไปที่จะชี้ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่กล่าวมาได้ครบทั้งหมดเพื่อพิสูจน์ความผิด ดังนั้นจึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างแคบจนเกินไป นอกจากนี้ ศาลควรที่จะให้ถ้อยคำที่ชัดเจนเมื่อต้องตัดสินคดีเพื่อควบคุมการกีดกันราคาในฐานะที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่งและ KFTC ยังควรต้องมีความพยายามมากขึ้นที่พิสูจน์ให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันหากเป็นการดำเนินคดีตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA³⁹⁵

คดีที่สองเป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจร้านค้าส่งน้ำมัน LPG (LPG oil refineries wholesaler) โดยมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท A เป็นร้านค้าส่งน้ำมันซึ่งซื้อน้ำมัน LPG มาจากโรงกลั่นน้ำมันแล้วจัดจำหน่ายให้กับผู้ค้าปลีกอีกทีหนึ่งในบริเวณภูมิภาคหนึ่งของสาธารณรัฐเกาหลี ส่วนบริษัท B เป็นร้านค้าปลีกน้ำมัน LPG ซึ่งมีบริษัท A เป็นผู้ถือหุ้่นอยู่ถึงร้อยละ 96.67 ส่วนหุ้่นอีกร้อยละ 3.33 ถือโดยผู้แทนของบริษัท A เช่นกัน ในการจัดจำหน่ายน้ำมัน LPG ของบริษัท A ให้กับร้านค้าปลีกต่าง ๆ นั้น บริษัท A มีการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาระหว่างร้านค้าปลีกอื่น ๆ กับบริษัท B เพื่อเอื้อประโยชน์ให้บริษัท B โดยบริษัท A จะจำหน่ายน้ำมันให้กับบริษัท B ในราคาถูกลงกว่าที่จำหน่ายให้กับ

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid.

ร้านค้าปลีกรายอื่นเป็นจำนวนร้อยละ 15 โดยเฉลี่ยหรือบางทีก็ต่ำกว่าถึงร้อยละ 31 และในบางช่วงเวลาบริษัท A ยอมจำหน่ายน้ำมันให้กับบริษัท B ในราคาต่ำกว่าราคาทุนที่ซื้อมาจากโรงกลั่นน้ำมันร้อยละ 6-14 การที่บริษัท A เลือกปฏิบัติทางด้านราคาเช่นนี้ บริษัท A ไม่สามารถอ้างเหตุผลใด ๆ ที่ฟังขึ้นได้³⁹⁶

ในคดีนี้ KFTC มีคำสั่งให้บริษัท A แก้ไขพฤติกรรมให้ถูกต้องโดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (unfair discriminatory treatment) ตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA โดย KFTC เห็นว่าราคาสินค้าต้นน้ำ (หรือสินค้าขายส่ง) ของบริษัท A ที่จำหน่ายให้กับบริษัท B และร้านค้าปลีกอื่น ๆ นั้นมีช่องว่างที่ชัดเจนซึ่งราคาที่แตกต่างกันอย่างมากนี้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางด้านราคาในตลาดปลายน้ำ (หรือตลาดค้าปลีก) และหากการกระทำนี้เกิดขึ้นเป็นเวลานานมากพอก็สามารถกระทบต่อการแข่งขันเป็นวงกว้างและร้ายแรงในตลาดที่เกี่ยวข้องได้ KFTC ระบุไว้เป็นพิเศษว่าวัตถุประสงค์หลักของการกระทำของบริษัท A ที่ยอมเสียมกำไรไปบางส่วนเช่นนี้ก็เพื่อช่วยเหลือให้บริษัท B รักษาความได้เปรียบในการแข่งขันเมื่อเทียบกับร้านค้าปลีกน้ำมันรายอื่น ๆ³⁹⁷

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าร้านค้าปลีกอื่น ๆ มีช่องทางจัดจำหน่ายน้ำมัน LPG (distribution channel) ไปยังลูกค้ามากกว่าช่องทางที่บริษัท A มีเสียอีก ดังนั้นคดีนี้จึงไม่เหมาะสมนักหากปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้ากับเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเหนือวัตถุดิบที่จำเป็นแต่ควรปรับเข้ากับเรื่องการกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีข้อเท็จจริงปรากฏอีกว่าบริษัท A เป็นร้านค้าส่งน้ำมันซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในบริเวณภูมิภาคหนึ่งของสาธารณรัฐเกาหลีและการที่ร้านค้าปลีกน้ำมันรายอื่น ๆ ต้องไปจัดหาน้ำมัน LPG จากแหล่งอื่น ๆ นั้นก็มีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก ดังนั้นการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาของบริษัท A จึงเป็นการขัดขวางการแข่งขันทางด้านราคาของบริษัทค้าปลีกน้ำมันรายอื่นอย่างร้ายแรง ยิ่งไปกว่านั้นบริษัท A ได้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบก็เพื่อช่วยเหลือให้บริษัท B ซึ่งตนถือหุ้นอยู่ให้คงความได้เปรียบในการแข่งขันในตลาดร้านค้าปลีกน้ำมัน LPG ด้วยวิธีขยายอำนาจเหนือตลาดของตนไปยังตลาดค้าปลีกน้ำมัน LPG เนื่องจากบริษัท A และบริษัท B มีกรรมการผู้ทำหน้าที่ตัดสินใจการดำเนินธุรกิจชุดเดียวกันและที่สำคัญยังแบ่งผลประโยชน์ที่ได้จากการจำหน่ายน้ำมันร่วมกันอีกด้วย แม้ในทางกฎหมายแล้วจะมีสถานะเป็นบุคคลแยกต่างหาก

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid., 156.

จากกันก็ตามจึงเป็นเหตุผลให้บริษัท A ยอมขาดทุนในช่วงสั้น ๆ เพื่อให้แน่ใจว่าบริษัท B จะมีความได้เปรียบในการแข่งขัน³⁹⁸

จากข้อความข้างต้น สรุปได้ว่าการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่มีรูปแบบซับซ้อนละเอียดอ่อน ยกที่จะจำแนกว่าเป็นการกระทำชนิดใดได้อย่างเจาะจง จึงเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก ในสาธารณรัฐเกาหลีเองก็ยังไม่เคยเกิดคดีที่มีการฟ้องร้องกันในประเด็นเรื่องการกีดกันราคาโดยตรง และ KFTC ก็ยังไม่มีบทบัญญัติที่ใช้เพื่อควบคุมการกีดกันราคาเป็นการเฉพาะ แต่ KFTC มีความเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบสามารถนำมาปรับใช้อย่างยืดหยุ่นเพื่อควบคุมการกีดกันราคาได้อย่างเพียงพอ แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่มีอยู่ที่อาจนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมการกีดกันราคาได้ อันได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ และการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งขึ้นนั้น ต่างก็มีข้อจำกัดในการควบคุมการกีดกันราคาให้มีประสิทธิภาพ อันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมแต่ละชนิดก็ถูกออกแบบมาเพื่อพิจารณาเฉพาะพฤติกรรมนั้น ๆ เท่านั้น ฉะนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีจึงต้องการหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคาเป็นการเฉพาะอยู่อีกมาก ในการแก้ไขปัญหานี้ KFTC กำลังวางแผนที่จะพัฒนากฎหมายและพิจารณาหลักเกณฑ์ที่สามารถควบคุมพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบรูปแบบใหม่ให้มีประสิทธิภาพและได้ผลมากที่สุดซึ่งพฤติกรรมรูปแบบใหม่นั้นคือ “การกีดกันราคา”³⁹⁹

จากการปรับใช้ MRFTA เพื่อควบคุมการกีดกันราคา จะเห็นได้ว่าการกีดกันราคาในสาธารณรัฐเกาหลีนี้ KFTC จะปรับใช้บทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA ทั้ง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ และการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งขึ้น เพื่อควบคุมการกีดกันราคา โดยมีได้จัดให้การกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่งเหมือนอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น จึงทำให้ KFTC สามารถเข้าไปพิจารณาถึงประเด็นในการตั้งราคาได้เลยโดยไม่ต้องวินิจฉัยเรื่องกรณีหน้าที่ที่ต้องทำธุรกิจก่อนเหมือนอย่างการกีดกันราคาในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นที่ต้องพิจารณาก่อนว่าผู้กีดกันราคามีหน้าที่ที่ต้องทำธุรกิจ (duty to deal) กับคู่แข่งขึ้นหรือไม่ ถ้ามีหน้าที่ดังกล่าวแล้วถึงจะเข้าไปพิจารณาในประเด็นเรื่องการจัดตั้งราคาได้ และแม้ว่า KFTC จะเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA นั้นเป็น

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid.

บทบัญญัติที่ควบคุมการกีดกันราคาได้ตรงกว่าเนื่องจากผู้กีดกันราคาโดยปกติจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตาม มาตรา 23 ของ MRFTA ก็มีขอบเขตที่สามารถควบคุมได้ทั้ง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ และการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งขึ้น ฉะนั้นมาตรา 23 แห่ง MRFTA จึงเป็นอีกบทบัญญัติหนึ่งที่สามารถควบคุมการกีดกันราคาได้เช่นกัน

3.3.6 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

จากคดีต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างการปรับใช้มาตรา 23 ของ MRFTA โดยเฉพาะบทบัญญัติตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตราหนึ่งที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอันมีองค์ประกอบความรับผิดว่า

1. ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใดกระทำการหรือให้บริษัทในเครือหรือผู้ประกอบการอื่นกระทำการ
2. อันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรม
3. และมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม

จากองค์ประกอบดังกล่าวทำให้ทราบได้ว่าผู้ปฏิเสธไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเหมือนมาตรา 3-2 และการปฏิเสธที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 จะต้องเป็นการปฏิเสธต่อผู้ประกอบการเท่านั้น ทั้งนี้องค์ประกอบความรับผิดที่สำคัญที่สุดของมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตราหนึ่งอยู่ตรงองค์ประกอบข้อที่ 2 และข้อที่ 3 ในส่วนที่ว่า “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม” คำว่าโดยไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรมตามมาตรานี้มีความหมายว่าอย่างไรนั้น KFTC และ ศาลได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณา เห็นได้จาก KFTC เองก็ได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ไว้ในหลายคดีรวมทั้งได้ออกแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices) และยังเห็นได้จากการที่ศาลของสาธารณรัฐเกาหลีเองพยายามตัดสินวางหลักเกณฑ์ไว้ในคดีต่าง ๆ เช่น คดี *Woolim* คดี *Coca Cola* และ คดี *Inchon Refinery Constitutional* เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นในแต่ละคดีแท้จริงแล้วก็คือการพิจารณาจากเจตนาและผลกระทบของการปฏิเสธนั่นเอง

หลักเกณฑ์ที่ KFTC และศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณาพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรมอันเป็นความผิดภายใต้

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA มีรายละเอียดตามการปฏิเสธรในแต่ละประเภทดังต่อไปนี้

3.3.6.1 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธรไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ คดีเกี่ยวกับการปฏิเสธรไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทนี้เกิดขึ้นมากจึงปรากฏหลักเกณฑ์ทั้งจากที่ KFTC และศาลของสาธารณรัฐเกาหลีได้วางไว้ อย่างละเอียด โดยมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธรไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ภายใต้มาตรา 23 ของ MRFTA ดังนี้

1) สภาพของตลาด

ในคดี *POSCO*⁴⁰⁰ ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีระบุว่าหากผลกระทบของการปฏิเสธรไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นไม่ปรากฏชัดก็ต้องพยายามค้นหาจากข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น สภาพของตลาดที่เกี่ยวข้อง (characteristic of the relevant market)⁴⁰¹ สอดคล้องกับในคดี *Woolim*⁴⁰² ที่ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีระบุว่าสภาพตลาดและการกระจุกตัวของตลาด (market concentration) เป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่ศาลใช้พิจารณาความไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23⁴⁰³ ถ้าหากตลาดมีการกระจุกตัวสูงย่อมแสดงว่ามีผู้ประกอบการรายที่น้อยรายที่เป็นผู้ควบคุมสินทรัพย์หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ การปฏิเสธรไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสภาพของตลาดที่มีผู้ขายน้อยรายเช่นนี้ย่อมมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ได้มาก และยังเห็นได้จากคดี *Inchon Refinery Constitutional*⁴⁰⁴ อันมีข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการรายที่น้อยรายในประกอบธุรกิจโรงกลั่นน้ำมันที่มีขนาดใหญ่ที่สุดเป็นอันดับ 3 ของสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งตลาดน้ำมันในสาธารณรัฐเกาหลีมีการกระจุกตัวสูงมากโดยมีผู้ประกอบการโรงกลั่นน้ำมันอยู่เพียงไม่กี่รายเท่านั้น เห็นได้จากโรงกลั่นน้ำมันที่มีขนาดใหญ่ที่สุด 3 อันดับแรกก็มีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันสูงถึงร้อยละ 75 แล้ว ด้วยสภาพของตลาดที่มีผู้ประกอบการโรงกลั่นน้ำมันอยู่รายที่น้อยรายเช่นนี้จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้

⁴⁰⁰ Supreme Court [S. Ct.], 2002Du8626, Nov. 22, 2007 (S. Kor.).

⁴⁰¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 106.

⁴⁰² Supreme Court , 96Nu9003, September 8, 1998 (S. Kor.).

⁴⁰³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 111.

⁴⁰⁴ Constitutional Court [Const. Ct.], 2002HunMa496, May 24, 2004 (S. Kor.).

ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ธุรกิจในครั้งนี้เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA

2) สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

ผู้ประกอบธุรกิจที่อาจมีความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ได้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างมาตรา 3-2 ของ MRFTA แต่อย่างใด ดังนั้นผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะมีส่วนแบ่งตลาดมากหรือน้อยก็อาจเข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ได้ทั้งสิ้น⁴⁰⁵ อย่างไรก็ตาม หากผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงก็ย่อมมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ได้ง่ายขึ้นเนื่องจากส่วนแบ่งตลาดที่สูงย่อมแสดงให้เห็นถึงผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีต่อการแข่งขันได้อย่างชัดเจนและถ้าหากมีส่วนแบ่งตลาดสูงมากถึงขั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็อาจเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 3-2 ได้เลยทีเดียว เห็นได้จากคดี *Hite Beer II*⁴⁰⁶ ที่ผู้ปฏิเสธในคดีนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 80 อันเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ศาลฎีกาเห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้นั้นไม่เป็นธรรมเนื่องจากส่วนแบ่งตลาดที่สูงย่อมแสดงให้เห็นถึงผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีต่อการแข่งขันได้อย่างชัดเจน⁴⁰⁷

แม้มาตรา 23 แห่ง MRFTA จะบังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ก็ตาม แต่ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(4) ได้ระบุถึงข้อยกเว้นความรับผิด (safety zone) เอาไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือในกรณีที่ผู้ปฏิเสธมียอดขายรวมรายปี (total annual sale) จำนวนต่ำกว่า 2,000,000,000 วอน (สองพันล้านวอน) หากส่วนแบ่งตลาดไม่สามารถคำนวณได้หรือคำนวณได้ยาก ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะหลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบพฤติกรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA เนื่องจากผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ถูกปฏิเสธเพียงแค่การไปหาคู่ค้ารายใหม่เท่านั้น⁴⁰⁸ แสดงให้เห็นได้ว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันย่อมมีเพียง

⁴⁰⁵ Korea Fair Trade Commission, "ICN Unilateral Conduct WG Response for the Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 2006, p. 12.

⁴⁰⁶ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2005Nu2744, Mar. 27, 2006, § 1.Na. (S. Kor.) aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2006Du9924, Aug. 31, 2006 (S. Kor.).

⁴⁰⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 111.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 115.

เล็กน้อยจนไม่มีแนวโน้มชัดเจนว่าการค้าที่เป็นธรรม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ได้ ฉะนั้นแม้มาตรา 23 จะบังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่จะมีความรับผิดตามมาตรา 23 ได้นั้นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไปถึงพอจะแสดงให้เห็นถึงผลกระทบของการปฏิเสธที่มีต่อการแข่งขันได้

3) สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(B)(1) ระบุว่าหากสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธนั้นมีสภาพเป็นสิ่งจำเป็นในการประกอบธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ ย่อมแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันได้อย่างชัดเจนและมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ซึ่งสินค้าหรือบริการที่เป็นสิ่งจำเป็นในการประกอบธุรกิจในที่นี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities) ก็ได้ แต่ถ้าสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธนั้นมีสภาพเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น การปฏิเสธในสถานการณ์เช่นนี้ก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ได้มากขึ้นเช่นกัน

แนวคิดเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position) ของ KFTC ข้อที่ I.V.3.C. โดยระบุว่า การปฏิเสธ การยกเลิก การจำกัดมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ใช้หรือได้เข้าถึงต่อปัจจัยที่จำเป็นสำหรับการผลิต การจัดจำหน่าย การขายสินค้า หรือการให้บริการ โดยปราศจากเหตุผลอันควรถือเป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันควรหรือโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2 อนุมาตรา 3

แนวปฏิบัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position) ของ KFTC ข้อที่ I.V.3.C.(1) ระบุถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นเอาไว้ว่าสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นหมายความว่ารวมถึงวัตถุดิบ อุปกรณ์ และปัจจัยอื่น ๆ ที่ไม่อาจจับต้องได้เช่นโครงข่าย และต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(a) หากปราศจากสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวแล้วย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไม่สามารถผลิต จัดจำหน่าย ขายสินค้าหรือให้บริการได้อย่างแท้จริง ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่การประกอบธุรกิจนั้นได้หรือทำให้ตกอยู่ในฐานะที่ด้อยประสิทธิภาพในการแข่งขันอย่างร้ายแรงจนไม่อาจประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้

(b) ผู้ประกอบธุรกิจที่อาจกระทำความผิดต้องเป็นเจ้าของหรือควบคุมปัจจัยดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว

(c) เป็นไปไม่ได้สำหรับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ประสงค์จะใช้หรือต้องการที่จะเข้าถึงปัจจัยดังกล่าวที่จะสามารถสร้างหรือหาสิ่งอื่นมาทดแทนสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นได้อย่างแท้จริงทั้งในแง่กฎหมายและในแง่ความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ

มีตัวอย่างคดีที่ศาลได้วินิจฉัยถึงสภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธในคดี *SK telecom*⁴⁰⁹ ศาลตัดสินว่าสิ่งที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนี้ไม่ใช่สิ่งจำเป็น เพราะเมื่อปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไปแล้วผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นก็ยังสามารถใช้สิ่งอื่นทดแทนเพื่อดำเนินธุรกิจต่อไปได้จึงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดเป็นวงกว้างซึ่งเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้มีใช้การปฏิเสธอันเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA

4) ลักษณะของการปฏิเสธ

ในคดี *Woolim*⁴¹⁰ ศาลฎีกาได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่าลักษณะของการปฏิเสธทั้งระยะเวลา วัตถุประสงค์และเจตนาของการปฏิเสธเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่ศาลใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 23 ของ MRFTA⁴¹¹ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1) ระยะเวลาในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ

การปฏิเสธจะมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ได้น้อยลงและถือว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันหากเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยแค่ช่วงระยะเวลาสั้น ๆ จำกัดอยู่เพียงช่วงเวลาหนึ่ง เช่น จำกัดอยู่เพียงช่วงเวลาของผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธฟ้องร้องเป็นคดีความกันเท่านั้น ในคดี *Woolim*⁴¹² เป็นคดีที่มีข้อพิพาทตามมาตรา 23 ของ MRFTA ซึ่ง Seoul High Court ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่จัดส่งน้ำมันเพียงชั่วคราวของบริษัทกลั่นน้ำมันในระหว่างที่มีการ

⁴⁰⁹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2007Nu8623, Dec. 27, 2007 (S. Kor.). aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2008Du1832, Oct. 13, 2011 (S. Kor.).

⁴¹⁰ Supreme Court , 96Nu9003, September 8, 1998 (S. Kor.).

⁴¹¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 111-112.

⁴¹² Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu39927, May 23, 1996, § 2.Da.-Ra. (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 96Nu9003, Sept. 8, 1998 (S. Kor.).

ฟ้องร้องเป็นคดีกันอยู่นั้นมิใช่การปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าบริษัทกลั่นน้ำมันรายนี้ได้รับหนังสือแจ้งจากผู้จัดจำหน่ายรายหนึ่งว่ามีความประสงค์จะเปลี่ยนตัวคู่สัญญาโดยจะไปซื้อน้ำมันจากบริษัทกลั่นน้ำมันอื่นแทน บริษัทกลั่นน้ำมันดังกล่าวจึงยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการเปลี่ยนตัวคู่สัญญานั้นไว้ก่อนโดยอ้างว่าการแจ้งเตือนนั้นกะทันหันเกินไป ในระหว่างที่รอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจากศาล บริษัทกลั่นน้ำมันจึงได้ระงับการจัดส่งน้ำมันให้กับผู้จัดจำหน่ายคู่พิพาทในคดีไว้ก่อน เมื่อศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามคำร้องที่บริษัทกลั่นน้ำมันขอมาแล้วจึงจัดส่งน้ำมันให้ผู้จัดจำหน่ายนั้นตามเดิม มุมมองของศาล Seoul High Court เห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ช่วยสนับสนุนให้เห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้ไม่ได้เป็นการใช้สถานะการมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคู่ค้าโดยมิชอบ (abuse of superior bargaining power) และไม่ได้เป็นการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้จัดจำหน่ายโดยไม่เป็นธรรม (unfair interference with the distributor's business) แต่อย่างไร⁴¹³

4.2) วัตถุประสงค์ของผู้ปฏิเสธ

ในคดี *Woolim Supreme*⁴¹⁴ ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีระบุว่าในการประเมินความไม่เป็นธรรมของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 23 นั้น ศาลประเมินจากวัตถุประสงค์ของการปฏิเสธ (refusal's purpose) ด้วย⁴¹⁵ โดยในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(B)(5) ระบุว่าถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวถูกใช้เป็นวิธีในการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นต้องยอมกระทำการอันมิชอบตาม MRFTA เช่น การกำหนดราคาขายต่อ หรือการฮั้วราคา หรือพฤติกรรมอื่น ๆ ย่อมแสดงให้เห็นว่าการแข่งขันถูกจำกัด

4.3) เจตนาของผู้ปฏิเสธ

เจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ เป็นปัจจัยหนึ่งที่ KFTC และศาลใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเนื่องจากเจตนาที่ช่วยชี้ให้เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันของการปฏิเสธได้ชัดเจนมากขึ้น เห็นได้จากศาลฎีกาได้ตัดสินวางหลัก

⁴¹³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 140.

⁴¹⁴ Supreme Court , 96Nu9003, September 8, 1998 (S. Kor.).

⁴¹⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 111-112.

ไว้ในคดี *POSCO*⁴¹⁶ ว่า ในการที่จะตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไรที่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น ควรมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นได้ว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน แต่เมื่อใดก็ตามที่พิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็น การต่อต้านการแข่งขันขึ้นแล้ว KFTC และศาลก็จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาและมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขัน⁴¹⁷ และยังสามารถเห็นได้จากการที่ KFTC จะประเมินว่าพฤติกรรมใด “ขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม” หรือไม่นั้น ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ III.1.B. ระบุไว้ว่าเจตนาของผู้กระทำเป็นพยานแวดล้อมชิ้นหนึ่งสำหรับใช้ในการประเมินว่าพฤติกรรมใดขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม เจตนาเป็นเรื่องทางอัตวิสัยที่อยู่ภายในจิตใจของผู้ปฏิเสธ KFTC และศาลจึงต้องพยายามค้นเจตนาของผู้ปฏิเสธจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี โดย KFTC และศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าถ้ามีข้อเท็จจริงในข้อที่ 4.3.1 ถึงข้อที่ 4.3.5 เกิดขึ้น ย่อมสามารถสรุปได้ว่าผู้ปฏิเสธนั้นมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแล้ว ซึ่งข้อเท็จจริงที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาที่จะทำอันตรายต่อการแข่งขันอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA สามารถศึกษาได้จากคดีที่ KFTC วินิจฉัยและศาลได้ตัดสินเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 23 โดยตรงหรือเทียบเคียงจากคดีที่ตัดสินโดยใช้มาตรา 3-2 โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1) การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ

หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ KFTC และศาลก็มักจะสรุปว่าการปฏิเสธที่เกิดขึ้นนั้นมีขึ้นเพื่อต่อต้านการแข่งขัน จึงมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 และมาตรา 23 ได้มากขึ้น

ในคดี *Dongyang Beer*⁴¹⁸ ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีการเลือกปฏิบัติ โดยผู้ประกอบการธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับเฉพาะบริษัทที่เป็นลูกค้าของคู่แข่งเท่านั้นและผู้ปฏิเสธยังตั้งเงื่อนไขอีกว่าจะยอมกลับมาจัดจำหน่ายสินค้าให้ผู้ถูกปฏิเสธอีกครั้งหนึ่งเมื่อผู้ถูกปฏิเสธยอมยุติการทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ แล้ว KFTC จึงสรุปว่าการเลือกปฏิบัติของผู้ปฏิเสธเช่นนี้สนับสนุนให้เห็นว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนามุ่งกำจัดคู่แข่ง ซึ่งชี้ให้ KFTC เห็นถึงเจตนาต่อต้าน

⁴¹⁶ Supreme Court [S. Ct.], 2002Du8626, Nov. 22, 2007 (S. Kor.).

⁴¹⁷ Korea Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 6.

⁴¹⁸ *Dongyang Beer Co.*, KFTC Decision 93-106, 9306Dok343, July 22, 1993.

การแข่งขันของผู้ปฏิเสธได้อย่างชัดเจนอันเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ KFTC วินิจฉัยว่าการปฏิเสธในคดีนี้ มีความผิดตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA

อย่างไรก็ตาม หากมีข้อเท็จจริงเรื่องการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติปรากฏขึ้นในคดีนั้นก็มิได้หมายความว่าต้องเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 หรือมาตรา 23 เสมอไป เช่นใน คดี *RITCO*⁴¹⁹ แม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นในคดีนี้เลยกล่าวคือ ผู้ปฏิเสธในคดีนี้ไม่เคยให้สิทธิบัตรหรือจำหน่ายเครื่องตรวจจับเพลิงไหม้อันเป็นสิทธิบัตรของผู้ปฏิเสธแต่เพียงผู้เดียวให้กับผู้ติดตั้งรายอื่นแต่อย่างใด แต่ KFTC ก็ใช้หลักเกณฑ์หรือปัจจัยในข้ออื่น ๆ มา

สรุปได้ว่าข้อเท็จจริงเรื่องการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติเป็นข้อเท็จจริงที่ช่วยให้ KFTC และศาลเห็นถึงเจตนาของผู้ปฏิเสธได้ชัดเจนขึ้นเท่านั้นแต่มิได้หมายความว่าหากมีข้อเท็จจริงเรื่องการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติปรากฏขึ้นในคดีแล้วจะต้องเป็นความผิดเสมอไป

4.3.2) การมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร

ภายใต้ MRFTA การปฏิเสธต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนหรือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อ (refusal to continue dealing) หรือการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจใหม่ (refusal to start dealing) ก็สามารถเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 หรือมาตรา 23 ของ MRFTA ได้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนย่อมชี้ให้เห็นถึงเบื้องหลังเจตนาและผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้ชัดเจนกว่า ฉะนั้นการปฏิเสธต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนจึงมักเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 และมาตรา 23 ของ MRFTA ได้ง่ายกว่าการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจใหม่⁴²⁰

ในคดี *Hanil*⁴²¹ มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ปฏิเสธเคยจัดจำหน่ายน้ำยาทางการแพทย์ชนิดหนึ่งให้กับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อนในราคาตามปกติ ภายหลังเมื่อแพ้การประมูลผู้ปฏิเสธจึงไม่จำหน่ายน้ำยาดังกล่าวให้กับผู้ถูกปฏิเสธอีกโดยไม่มีการแจ้งเตือนล่วงหน้าซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดไปจากการกระทำในอดีต ศาล Seoul High Court จึงสรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดน้ำยาทางการแพทย์ (clinical reagent market) และตัดสินว่าการปฏิเสธดังกล่าว

⁴¹⁹ RITCO, KFTC 2006-221, 2005GyungChok2649, § 2.Ga.

⁴²⁰ Korea Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 6.

⁴²¹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu34120, Dec. 14, 1995, § 1.Ga.-Ma. (S. Kor.) aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 96Nu2019, June 25, 1996 (S. Kor.).

เป็นการปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA และในท้ายที่สุดศาลฎีกาก็ได้ตัดสินยืนตามศาลล่าง⁴²²

4.3.3) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ

ผู้ประกอบธุรกิจที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ อาจกล่าวได้ว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธนั้นมีเพื่อต่อต้านการแข่งขัน การปฏิเสธเช่นนั้นมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ถูกปฏิเสธสำหรับการที่ไปเป็นคู่ค้าทางธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ และหรืออาจเป็นการกีดกันคู่แข่งของผู้ปฏิเสธมิให้ได้รับทรัพยากรต่าง ๆ หรือลูกค้าที่คู่แข่งนั้นต้องการเพื่อความสำเร็จในการประกอบธุรกิจในตลาดนั้น หากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดมากพอที่จะกำจัดผู้ถูกปฏิเสธหรือคู่แข่งให้ออกไปจากส่วนสำคัญของตลาดได้ ศาลมักมีแนวโน้มที่จะชี้ว่าการปฏิเสธนั้นมีเจตนาเพื่อที่จะต่อต้านการแข่งขัน⁴²³

ในคดี *Yeha Media*⁴²⁴ KFTC ได้มีคำวินิจฉัยถึงการปฏิเสธที่มีลักษณะเดียวกันกับในคดี *Lorain Journal Co. v. United States* ของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อเท็จจริงในคดี *Yeha Media* มีว่าสำนักพิมพ์ที่มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดหนังสืออ้างอิง (reference book) สูงถึงร้อยละ 92 หยุดที่จะจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกจนกว่าผู้ค้าปลีกจะเลิกจำหน่ายเครื่องมือช่วยศึกษาออนไลน์ (aids study online) ซึ่งเป็นสินค้าของคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ KFTC จึงเห็นว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธในคดีนี้มีเพื่อคงอำนาจความเป็นผู้ผูกขาดในตลาดหนังสืออ้างอิง (reference book market) โดยการบังคับให้ผู้ค้าปลีกเลิกจำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง หรือเช่นในคดี *Dongyang Beer*⁴²⁵ ศาลเห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยบริษัทโรงกลั่นเบียร์ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงถึงร้อยละ 90 ต่อผู้ค้าส่งซึ่งซื้อเบียร์จากคู่แข่งของผู้ปฏิเสธด้วยนั้นมีเจตนาเพื่อที่จะแทรกแซงการทำตลาดสินค้าตัวใหม่ของบริษัทคู่แข่ง

เจตนาต่อต้านการแข่งขันจากการปฏิเสธในลักษณะนี้ไม่ต้องการอำนาจผูกขาดอย่างชัดแจ้ง (virtual monopoly) เช่นในคดี *Tyco Healthcare*⁴²⁶ ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเพียง

⁴²² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 110.

⁴²³ *Ibid.*, 116.

⁴²⁴ KFTC 2006-058, 2005KyungChok2293.

⁴²⁵ KFTC 93-106, 9305Dok343, §§ 1-3.

⁴²⁶ KFTC 2008-186, 2006DokGaam0747, (Tyco Healthcare), §§ 1, 2.Da.

ร้อยละ 70 ก็ถูกถือว่ามีเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญตามมาตรา 23 MRFTA แล้ว เมื่อบริษัทผลิตเครื่องมือแพทย์ยุติการจำหน่ายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่จัดจำหน่ายสินค้าของบริษัทสัญชาติเยอรมนีซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ จึงเป็นการปิดกั้นช่องทางการจัดจำหน่ายอุปกรณ์ที่ใช้ในการรักษามะเร็งมดลูก (radiofrequency lesion generator) ช่องทางเดียวของคู่แข่งที่มีอยู่ในสาธารณรัฐเกาหลี⁴²⁷

เช่นเดียวกันกับคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา หากไม่มีส่วนแบ่งตลาดที่มากพอ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับบริษัทที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของตนในสาธารณรัฐเกาหลีก็ดูเหมือนจะไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด ในคดี *Beautiful House*⁴²⁸ มีข้อเท็จจริงว่าการที่บริษัทผู้ผลิตเส้นใยไหม (embroidery floss) ซึ่งมีได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ยุติการทำธุรกิจกับผู้ค้าปลีกที่มีแผนจะนำสินค้าของคู่แข่งของผู้ผลิตดังกล่าวมาจำหน่ายด้วยนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นมิสาเหตุเพื่อปกป้องเครือข่ายการจัดจำหน่ายของตนในตลาดเส้นใยไหมในสาธารณรัฐเกาหลีมากกว่าที่จะเป็นการปิดกั้นคู่แข่งหรือเป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มีขอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ แต่อย่างใด⁴²⁹

ฉะนั้นจากคดีทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นสามารถนำมาสรุปเป็นสมมติฐานที่เหมือนกับของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เช่นกันว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่ปราศจากอำนาจตลาดไม่สามารถมีเจตนาที่จะกีดกันคู่แข่งโดยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจกับคู่แข่งได้ และเมื่อไม่มีเจตนาจำกัดหรือต่อต้านการแข่งขันเช่นนั้นแล้วการปฏิเสธดังกล่าวย่อมไม่เสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี⁴³⁰

4.3.4) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ

ในบางครั้งผู้ประกอบธุรกิจก็ถูกกระตุ้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นให้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้กระตุ้น โดยธรรมชาติของการแข่งขันแล้วผู้ประกอบธุรกิจทุกรายต่างก็ต้องการให้คู่แข่งของตนออกจากการแข่งขันไปและวิธีหนึ่งที่จะทำให้บรรลุผลดังกล่าวได้ก็คือทำให้บริษัทที่เคยทำธุรกิจอยู่กับคู่แข่งของตนต้องหยุดทำธุรกิจกันต่อ ในขณะที่เดียวกันโดยทั่วไปแล้วผู้

⁴²⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 117.

⁴²⁸ Supreme Court [S. Ct.], 2002Nu4466, May 26, 2005, § 2.Da. (S. Kor.).

⁴²⁹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 118.

⁴³⁰ Ibid.

ปฏิเสธจะไม่มีแรงจูงใจที่จะช่วยคู่ค้าทางธุรกิจของตนไม่ว่าจะประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดต้นน้ำหรือตลาดปลายน้ำในการลดการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ลง เพราะว่ายิ่งการแข่งขันในตลาดของคู่ค้ามีน้อยลงเท่าใดคู่ค้านั้นก็จะยังมีอำนาจต่อรองเหนือผู้ปฏิเสธมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจทำการปฏิเสธเนื่องจากถูกระงับโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธแล้วจึงมีแนวโน้มว่าการปฏิเสธนั้นมีสาเหตุมาจากแรงกดดันของการกระงับมากกว่าเป็นการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเองซึ่งแสดงออกถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขัน⁴³¹

เมื่อการปฏิเสธถูกระงับโดยคู่แข่งจำนวนหลายรายของผู้ถูกปฏิเสธมิใช่เพียงการกระงับโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธเพียงบริษัทเดียว แรงกดดันก็จะยิ่งมีมากขึ้นและทำให้โอกาสสำหรับผู้ปฏิเสธที่จะตัดสินใจอย่างอิสระนั้นย่อมลดน้อยลงไปด้วย ในคดี *Hite Beer II*⁴³² การที่บริษัทโรงกลั่นเบียร์ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายรายหนึ่ง ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีเห็นว่า เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA แล้ว เนื่องจากการปฏิเสธนั้นถูกระงับโดยสมาคมผู้จัดจำหน่ายเบียร์ที่เป็นการรวมตัวกันของผู้จัดจำหน่ายเบียร์หลายบริษัทซึ่งไม่พอใจที่ผู้ถูกปฏิเสธนำเบียร์มาจำหน่ายโดยลดราคาและศาลไม่เห็นว่ามีเหตุผลหรือข้ออ้างทางธุรกิจที่ฟังขึ้น และในคดี *Sulfuric Acid*⁴³³ เกี่ยวข้องกับผู้ปฏิเสธจำนวนหลายรายซึ่งไม่ได้มีการสมคบกันแต่ถูกระงับโดยกลุ่มของผู้จัดจำหน่ายเดียวกันว่าให้หยุดทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายรายใหม่ที่เพิ่งเข้าสู่ตลาด จำนวนการผลิตกรดซัลฟิวริก (sulfuric acid) ของผู้ปฏิเสธทุกรายที่ถูกระงับจากผู้จัดจำหน่ายกลุ่มเดียวกันนั้นรวมกันแล้วคิดเป็นร้อยละ 41 ของจำนวนการผลิตทั้งหมดที่ผลิตได้ในสาธารณรัฐเกาหลี และการที่ผู้ปฏิเสธปฏิบัติตามคำร้องขอโดยหยุดทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายรายใหม่ทั้ง ๆ ที่เป็นช่วงกลางของสัญญา การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ปฏิเสธในกรณีเช่นนี้ศาล Seoul High Court เห็นว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA และในคดี *Jinro Ballantines*⁴³⁴ ที่ KFTC วินิจฉัยว่าการปฏิเสธของผู้นำเข้าสุราต่างประเทศต่อผู้จัดจำหน่ายเนื่องจากถูกระงับจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA จากคดี

⁴³¹ Ibid., 119.

⁴³² Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2005Nu2744, March 27, 2006, § 3.Da. (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2006Du9924, Aug. 31, 2006 (S. Kor.).

⁴³³ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 99Nu3999, Oct. 13, 1999, § 1.Ga. (S. Kor.).

⁴³⁴ KFTC 2006-177, 2005GwangSa4184.

ทั้งหมดนี้ชี้ให้เห็นถึงประเด็นสำคัญก็คือการถูกระงับโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธนั้นมีผลทำให้แผนการทำธุรกิจที่เกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเปลี่ยนไปในทางตรงกันข้าม⁴³⁵

ประเด็นสำคัญดังกล่าวนั้นก็ยังคงมีอยู่แม้จะเป็นการปฏิเสธโดยถูกระงับจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธเพียงบริษัทเดียวก็ตามและหากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธมีอำนาจตลาดอย่างน้อยสำคัญก็ไม่จำเป็นต้องอาศัยสิทธิตามสัญญา (contractual right) เพื่อชักจูงให้เกิดการปฏิเสธแต่อย่างใด ซึ่งในสาธารณรัฐเกาหลีก็มีคดีที่ KFTC ต้องพิจารณาการปฏิเสธที่คล้ายคลึงกับคดี *Toys "R" Us, Inc. v. FTC* ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴³⁶ ในคดี *Korea Telecom*⁴³⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Korea Telephone Directory Company หรือที่รู้จักกันในนาม KTDC เป็นบริษัทผู้จัดทำสมุดโทรศัพท์ในสาธารณรัฐเกาหลี มีส่วนแบ่งตลาดอยู่ในตลาดสมุดโทรศัพท์สูงถึงร้อยละ 83 โดยมีบริษัท Korea Telecommunication (KT) ผู้ประกอบธุรกิจให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่อันดับ 2 ดังนั้น KT จึงมีอิทธิพลอย่างมากใน KTDC ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 1999 KTDC ประสงค์ที่จะตีพิมพ์หมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย Hanaro Telecommunication (HTI) โดยรวมเข้ากับสมุดโทรศัพท์ที่ตีพิมพ์หมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย KT KTDC จึงสอบถามไปยังบริษัท KT ถึงความเป็นไปได้ในการรวมหมายเลขโทรศัพท์ของทั้ง 2 เครือข่ายเข้าไว้ในสมุดโทรศัพท์เล่มเดียวกัน ในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1999 บริษัท KT ตอบกลับมาว่าสมุดโทรศัพท์ของ KT ควรจะมีเฉพาะหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย KT เท่านั้น ในช่วงเดือนมกราคมถึงเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 2000 บริษัท HTI จึงเข้าไปขอเจรจากับบริษัท KTDC และบริษัท KT ให้มีการตีพิมพ์หมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการทั้ง 2 เครือข่ายไว้ในสมุดโทรศัพท์เล่มเดียวกันโดยเรียงตามตัวอักษรของชื่อเจ้าของหมายเลขแทนการตีพิมพ์แยกเล่มกัน อย่างไรก็ตาม คำร้องขอของบริษัท HTI ไม่เป็นผล บริษัท KT ยังคงยืนยันที่จะปฏิเสธดังเดิมจึงทำให้บริษัท KTDC ไม่อาจตีพิมพ์โดยรวมเอาหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย KT และ HTI เข้าไว้ในสมุดโทรศัพท์เล่มเดียวกันได้⁴³⁸

ในการวินิจฉัยความผิด KFTC เห็นว่าการที่ KTDC ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อ HTI เช่นนั้นเป็นเพราะอิทธิพลของบริษัท KT ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่อันดับ 2 อยู่ในบริษัท KTDC

⁴³⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 120.

⁴³⁶ Ibid., 121.

⁴³⁷ KFTC 2001-043, 2001DokJum0265, §§ 1, 2.Ga.

⁴³⁸ Korea Fair Trade Commission, "Annual report concerns the competition laws and policies of Korea: Case Korea Telecommunications," [Online] Accessed: 27 July 2017. Updated: 2001. Available from: <https://www.oecd.org/korea/2488909.pdf>

และ KFTC ยังเห็นว่าในตลาดผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ การตีพิมพ์หมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่ายลงในสมุดโทรศัพท์เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ เนื่องจากเป็นการระบุนัยตัวตนของผู้ใช้บริการ ซึ่งการระบุนัยตัวตนของผู้ใช้บริการนี้เป็นสิ่งจำเป็นต่อการแข่งขันในตลาดผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือเป็นอย่างมาก ในคดีนี้บริษัท KT เป็นผู้ครองตลาดอยู่ในตลาดผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ เห็นได้จากมีจำนวนผู้ใช้บริการคิดเป็นจำนวนถึงร้อยละ 98.2 ส่วนเครือข่าย HTI มีผู้ใช้บริการเพียงร้อยละ 1.8 ดังนั้นจึงเป็นไปได้ในความเป็นจริงที่จะตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ที่บรรจุแต่เพียงหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย HTI เนื่องจากยอมไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายในการตีพิมพ์ KFTC เห็นว่าควรให้มีการรวมเอาหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย HTI และ KT ไว้ในสมุดโทรศัพท์เล่มเดียวกัน⁴³⁹

ภายใต้สถานการณ์เช่นนี้ HTI จำเป็นต้องพึ่งพาบริษัท KTDC ดังนั้นการที่บริษัท KT ไม่อนุญาตให้มีการรวมเอาหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการทั้ง 2 เครือข่ายเข้าไว้ในสมุดโทรศัพท์เล่มเดียวกันจน KTDC ไม่อาจตีพิมพ์ได้นั้นจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA แล้ว เนื่องจากการปฏิเสธส่งผลเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่แข่ง KFTC มีคำสั่งว่า KT ไม่ควรปฏิเสธการตีพิมพ์สมุดโทรศัพท์ที่มีการรวมเอาหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่ายของคู่แข่งเข้ากับสมุดโทรศัพท์ของตน เป็นผลให้หมายเลขโทรศัพท์ของผู้ใช้บริการเครือข่าย HTI และ KT จะต้องถูกตีพิมพ์ไว้ในสมุดโทรศัพท์เล่มเดียวกันเพื่อเป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้บริโภค⁴⁴⁰ จะเห็นได้ว่าปัจจัยข้อหนึ่งที่ทำให้ KFTC เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้จัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นเพราะในตอนแรก KTDC ดูเหมือนต้องการทำธุรกิจกับ HTI แต่ถูกกระตุ้นจากบริษัท KT ซึ่งเป็นคู่แข่งของบริษัท HTI ผู้ถูกปฏิเสธ จึงทำให้การตัดสินใจโดยอิสระของ KTDC เปลี่ยนไปในทางตรงกันข้าม⁴⁴¹

หรือในคดี *DuPont Korea*⁴⁴² ก็มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน ศาล Seoul High Court ตัดสินว่าการปฏิเสธที่จะจัดจำหน่ายวัตถุดิบ input สำคัญต่อผู้ถูกปฏิเสธเนื่องจากถูกกระตุ้นโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธซึ่งเป็นลูกค้ารายใหญ่ของผู้ปฏิเสธนั้นแสดงถึงเจตนาที่ไม่เป็นธรรมจึง

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 121-122.

⁴⁴² Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2003Nu1709, (*DuPont Korea*), Nov 25, 2004, § 2.Da.-Ra. (S. Kor.) aff'd, Supreme Court 2005Du746, May 27, 2005 (S. Kor.).

เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA⁴⁴³ และต่อมาศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีก็ได้ตัดสินยืนตามคำพิพากษาของศาล Seoul High Court

เป็นที่ชัดเจนว่าผู้ปฏิเสธจะต้องครอบครองอำนาจตลาดพอสมควรการปฏิเสธถึงจะสามารถจำกัดการแข่งขันได้ หากปราศจากอำนาจตลาดดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจสรุปได้ว่าการปฏิเสธนั้นมีเจตนาจำกัดการแข่งขันซึ่งศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีก็ให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องอำนาจตลาดเช่นเดียวกันกับในประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นได้จากคดี G-Market⁴⁴⁴ ซึ่งมีประเด็นให้ศาลวินิจฉัยตามมาตรา 3-2 ศาลในคดีนี้ไม่พบความไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นองค์ประกอบความรับผิดสำคัญตามมาตรา 3-2 จากการปฏิเสธโดยผู้ค้าปลีกทั้ง 7 รายที่ปฏิเสธไม่จำหน่ายสินค้าให้กับเว็บไซต์ขายของออนไลน์เว็บหนึ่งเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของเว็บไซต์ดังกล่าว โดยศาลเห็นว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ค้าปลีกทั้ง 7 รายรวมกันแล้วมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 0.24 ซึ่งเป็นจำนวนที่น้อยมาก⁴⁴⁵

จากคดีทั้งหมดที่ปรากฏในหัวข้อนี้แสดงให้เห็นว่า

1. เมื่อคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธมีอำนาจต่อรองมากพอเมื่อพิจารณาจากมุมมองของผู้ปฏิเสธทำให้ผู้ปฏิเสธไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากปฏิบัติตามที่คู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธสั่งและ
2. ผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดที่มากพอเมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกปฏิเสธ จนการปฏิเสธนั้นเป็นการกำจัดให้ผู้ถูกปฏิเสธต้องออกไปจากการแข่งขันได้อย่างสิ้นเชิง

การปฏิเสธโดยผู้ปฏิเสธที่ถูกกระตุ้นโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธที่มีลักษณะข้างต้นนั้น ในสาธารณรัฐเกาหลีก็เห็นว่ามีความโน้มที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้มากเหมือนกันกับในประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁴⁶

4.3.5) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ให้ผลกระทบเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธนั้นส่งผลให้คู่แข่งในตลาดลดลงและเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม (fundamental level) หรือในบางที่อาจเป็นการสร้างอุปสรรคตั้งแต่คู่แข่งยังไม่ได้เข้ามาแข่งขันใน

⁴⁴³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 121-122.

⁴⁴⁴ Supreme Court [S. Ct.], 2008Du16322, May 10, 2011 (S. Kor.).

⁴⁴⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 122.

⁴⁴⁶ Ibid.

ตลาด เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของความสามารถในการเข้าไปสู่กระบวนการการแข่งขันในตลาดแล้ว สาธารณรัฐเกาหลีจึงมีการตรวจสอบการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ส่งผลเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁴⁷

ศาลในสาธารณรัฐเกาหลีรวมทั้ง KFTC ได้เผยให้เห็นถึงแนวโน้มในการสรุปว่าการปฏิเสธที่ส่งผลเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธนั้นแสดงถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขัน โดยสังเกตได้จากคดีดังต่อไปนี้ ในคดี *Hanil*⁴⁴⁸ ศาล Seoul High Court ระบุว่า การปฏิเสธของบริษัทที่จะจัดจำหน่ายน้ำยาทางการแพทย์ชนิดหนึ่งซึ่งเป็นสินค้าที่ตนมีจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวให้กับบริษัทคู่แข่ง เป็นการป้องกันอย่างสิ้นเชิงไม่ให้คู่แข่งสามารถเข้ามาแข่งขันกับตนเองโดยทำให้คู่แข่งรายนั้นไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาจัดซื้อน้ำยาดังกล่าวที่คู่แข่งประมูลชนะมาได้ ในท้ายที่สุดจึงมีการเปลี่ยนตัวผู้ชนะการประมูลมาเป็นผู้ปฏิเสธ ผลกระทบจากการปฏิเสธดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่ามีเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมอันเป็นองค์ประกอบสำคัญตามมาตรา 23 ของ MRFTA และในคดี *Yeha Media*⁴⁴⁹ KFTC ได้มีคำวินิจฉัยถึงมาตรา 23 ของ MRFTA เช่นกันซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่านอกจากสำนักพิมพ์หนังสืออ้างอิงซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะหยุดจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกแล้ว ยังเลิกจำหน่ายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่พยายามจะเข้ามาแข่งขันกับตนโดยการจำหน่ายเครื่องมือช่วยศึกษาออนไลน์ (aids study online) ซึ่งเป็นสินค้าที่ผู้จัดจำหน่ายรายนั้นผลิตขึ้นเองอันเป็นสิ่งที่สามารถใช้อ้างอิงได้เช่นกัน (reference material) จึงจัดเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกันกับสินค้าของผู้ปฏิเสธ การเลิกจำหน่ายสินค้าให้ผู้จัดจำหน่ายดังกล่าวจึงเป็นการกำจัดผู้จัดจำหน่ายให้ออกไปจากตลาดหนังสืออ้างอิง (reference book market) ได้อย่างสิ้นเชิง KFTC จึงเห็นว่าการเลิกจำหน่ายสินค้านั้นมีเจตนาเพื่อขจัดคู่แข่งหากพิจารณาในมุมมองของผู้ปฏิเสธ⁴⁵⁰

แม้ว่าผู้ปฏิเสธจะยังมีได้ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดที่ตนมีความพยายามจะปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด แต่มีแผนที่จะเข้าสู่ตลาดดังกล่าวนั้นในอนาคตอันใกล้ก็ตาม การปฏิเสธเช่นนั้นก็มิแนวโน้มที่จะถูกลงความเห็นว่ามีความเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันเช่นกัน การปฏิเสธในกรณีนี้ส่วนใหญ่แล้วมักเกิดในตลาดที่มีการผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly market) ซึ่งเป็นตลาดที่ต้องการให้มีผู้ประกอบธุรกิจเพียงรายเดียวครองตลาดทั้งหมด ในสาธารณรัฐเกาหลีการปฏิเสธเช่นนี้

⁴⁴⁷ Ibid., 123.

⁴⁴⁸ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu34120, Dec. 14, 1995, § 2.Da. (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 96Nu2019, May 6, 1996 (S. Kor.).

⁴⁴⁹ KFTC 2006-058, 2005KyungChok2293.

⁴⁵⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 124.

พบได้บ่อยครั้งในสถานการณ์การประมูลซึ่งผู้ชนะการประมูลเพียงบริษัทเดียวได้รับงานตามโครงการไปทั้งหมด ในคดี *KA*⁴⁵¹ ผู้รับเหมาก่อสร้างรายหนึ่งถูกคัดเลือกให้เข้าทำสัญญาผ่านการเปิดประมูลที่จัดขึ้นโดยองค์การวิจัยของรัฐบาลเพื่อให้ได้รับสิทธิเข้ามาเป็นพันธมิตรทางธุรกิจในโครงการการพัฒนาดาวเทียมอเนกประสงค์ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งซึ่งประสงค์ที่จะได้รับสิทธิในโครงการดังกล่าวเช่นกัน ได้ปฏิเสธการจำหน่ายส่วนประกอบที่จำเป็นซึ่งต้องใช้ประกอบเป็นหน่วยประมวลผลกลางของดาวเทียมอันเป็นส่วนประกอบซึ่งผู้ปฏิเสธมีความเชี่ยวชาญและสามารถประดิษฐ์ได้แต่เพียงผู้เดียวให้กับผู้รับเหมาที่ได้รับสิทธิ ทำให้ผู้รับเหมาที่ได้รับสิทธิต้องสูญเสียโครงการมูลค่า 36.1 พันล้านวอนให้กับผู้ปฏิเสธ ด้วยเหตุที่เจตนาของผู้ปฏิเสธในการปิดกั้นคู่แข่งจากการเข้าสู่ตลาดนั้นมีขึ้นเพื่อขยายอำนาจผูกขาดที่มีอยู่ในตลาดส่วนประกอบ (component market) ที่จำเป็นดังกล่าวเข้าไปในตลาดดาวเทียม (satellite market) KFTC จึงเห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA ส่วนการปฏิเสธที่มีผลเป็นการปิดกั้นคู่แข่งจากการเข้าสู่ตลาดซึ่งข้อพิพาทไม่ได้เกิดจากการประมูลก็มีคดีเกิดขึ้นเช่นกัน ในคดี *Tyco Healthcare Korea*⁴⁵² ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทผลิตเครื่องมือแพทย์บริษัทหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธที่จะจำหน่ายอุปกรณ์รักษามะเร็งระดับให้กับผู้จัดจำหน่าย หลังจากที่ถูกผู้ผลิตทราบจากผู้จัดจำหน่ายรายนี้กำลังพัฒนาคิดค้นอุปกรณ์ที่ใช้ในการรักษามะเร็งมดลูกอยู่ KFTC ระบุว่าบริษัทผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวก็มีแผนที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดอุปกรณ์ที่ใช้ในการรักษามะเร็งมดลูกเช่นกัน KFTC จึงเห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ผลิตนั้นมีเจตนาเพื่อลงโทษผู้จัดจำหน่ายสำหรับการที่จะเข้ามาแข่งขันกับบริษัทตนในอนาคตอันใกล้⁴⁵³

คำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยของ KFTC เหล่านี้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ในข้อที่ V.B.(2)(B)(4) ซึ่งระบุว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ส่งผลให้คู่แข่งที่ดำเนินธุรกิจอยู่หรือประสงค์จะเข้ามาแข่งขันในอนาคตเข้าสู่ตลาดได้ยาก จัดเป็นการปฏิเสธที่ส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันจึงเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA

นอกจากนั้น เมื่อเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธช่วยชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันได้ง่ายขึ้น ในทางกลับกัน ถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้าน

⁴⁵¹ KFTC 2011-177, 2010BuSa0687, §§ 1.Ra., 2.Ga.

⁴⁵² KFTC 2008-186, 2006DokGaam0747, (Tyco Healthcare), §§ 1, 2.Da.

⁴⁵³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 125.

การแข่งขัน โอกาสที่จะถูกพิจารณาว่าการปฏิเสธเช่นนั้นส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันก็ย่อมมีน้อยลง มีข้อเท็จจริงอยู่กลุ่มหนึ่งในข้อที่ 4.3.6 ถึงข้อที่ 4.3.10 ที่ KFTC และศาลมักสรุปว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่ได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน แต่ที่ต้องตัดสินใจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไป เพราะมีเหตุผลอันชอบธรรมหรือความจำเป็นประการอื่นซึ่งลดความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 และมาตรา 23 ลงได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.6) การปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ

การที่ผู้ปฏิเสธไม่เคยทำธุรกิจร่วมกับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อนเป็นปัจจัยที่บ่งชี้ให้เห็นว่าการปฏิเสธนั้นไม่มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันที่มีน้ำหนักมากในสาธารณรัฐเกาหลี น้ำหนักของบ่งชี้ตัวดังกล่าวแทบจะเป็นข้อบ่งชี้ที่เด็ดขาดหากผู้ปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดที่เชื่อมโยงกันนั้นด้วยเพราะผู้ที่ไม่เคยมีส่วนร่วมหรือไม่เคยมีความเกี่ยวข้องในตลาดก็คงไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดที่ตนไม่เคยมีความเกี่ยวข้อง และข้อบ่งชี้ยังสามารถยืนยันว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้อยู่ แม้จะเป็นการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายโดยเฉพาะเจาะจงแต่ในขณะเดียวกันนั้นผู้ปฏิเสธยังคงทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาดเดียวกัน⁴⁵⁴ เห็นได้จากคดี *POSCO*⁴⁵⁵ ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อพิพาทกันตามมาตรา 3-2 ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีระบุว่าไม่พบเจตนาที่ไม่เป็นธรรมในการปฏิเสธของผู้ผลิตเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่แจ้งจำหน่ายสินค้าให้กับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำในขณะที่ยังคงจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอยู่ เนื่องจากคู่ความในคดีไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนและลำพังเพียงการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจกับผู้แข่งขันรายใหม่ในตลาดก็ไม่ได้ทำให้สินค้า output มีราคาสูงขึ้นหรือปริมาณสินค้า output มีจำนวนลดลงจากระดับที่เคยเป็นอยู่เดิมแต่อย่างใด ข้อบ่งชี้เช่นนี้ยังปรากฏในคดี *HP Korea*⁴⁵⁶ ซึ่งเป็นคดีที่ตัดสินตามมาตรา 23 ของ MRFTA อันมีข้อเท็จจริงว่าผู้จำหน่ายอุปกรณ์คอมพิวเตอร์รายหนึ่งไม่สามารถส่งมอบอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ตามสัญญาให้กับลูกค้าได้ทันเวลาเพราะว่าผู้ผลิตชิ้นส่วนอุปกรณ์คอมพิวเตอร์นั้นปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจจำหน่ายอุปกรณ์ดังกล่าวให้กับผู้จำหน่ายในราคาที่ผู้จำหน่ายทำค่าเสนอซื้อขึ้นไป โดยผู้ผลิตให้เหตุผลว่าตนมีนโยบายจำกัดจำนวนสินค้าที่ให้ส่วนลดร้อยละ 30-45 ลง เพื่อที่จะนำไปจำหน่ายให้กับพันธมิตรทางธุรกิจที่ผู้ผลิตจัดตั้งขึ้นก่อนที่จะนำไปจำหน่าย

⁴⁵⁴ Ibid., 126.

⁴⁵⁵ Supreme Court [S. Ct.], 2002Du8626, Nov. 22, 2007, § 2.Na.-Da. (S. Kor.).

⁴⁵⁶ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2002Nu16612, Jan. 13, 2004 (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2004Du2264, Jan. 13, 2006 (S. Kor.).

ให้กับผู้จัดจำหน่ายรายอื่น ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีเห็นว่านโยบายดังกล่าวเป็นนโยบายที่มีเหตุผลเนื่องจากพันธมิตรทางธุรกิจที่ผู้ผลิตตั้งขึ้นนั้นจะต้องซื้อสินค้าจากผู้ผลิตในปริมาณมากและจะต้องลงทุนอย่างต่อเนื่องเพื่อให้การสนับสนุนสินค้าของผู้ผลิตอยู่แล้ว ดังนั้นศาลจึงไม่เห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้มีเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด⁴⁵⁷

เช่นเดียวกันกับในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน ข้อเท็จจริงเช่นนี้ในสาธารณรัฐเกาหลีก็มักมีบทบาทสำคัญในการพิสูจน์ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวเช่นนั้นมีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน⁴⁵⁸ ในคดี *Hanil*⁴⁵⁹ การปฏิเสธของบริษัทยาแห่งหนึ่งซึ่งปฏิเสธไม่จัดหาสินค้าจำพวกน้ำยาทางการแพทย์ (clinical reagent) ชนิดหนึ่งซึ่งเป็นสินค้าที่ผู้ปฏิเสธมีจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวให้กับบริษัทคู่แข่งถูกถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน โดยที่ศาล Seoul High Court เน้นว่าสิ่งที่บ่งชี้ถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันในคดีนี้ได้อย่างชัดเจนก็คือการเปลี่ยนแปลงของผู้ปฏิเสธจากที่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจจำหน่ายยาที่ผู้ปฏิเสธมีจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวดังกล่าวให้กับคู่แข่งมาก่อน หรือในคดี *T-Broad Chonju*⁴⁶⁰ ซึ่งหากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่ามีความเจตนาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA บางส่วน เนื่องจากการปฏิเสธของบริษัทเคเบิลทีวีที่ไม่ยอมออกอากาศช่องจำหน่ายสินค้าช่องหนึ่งเป็นสาเหตุให้ผู้ผลิตรายการทีวีช่องนั้นได้รับความเสียหายจากการที่จำนวนผู้รับชมรายการลดลงทั้ง ๆ ที่บริษัทเคเบิลทีวีและผู้ผลิตรายการทีวีดังกล่าวได้ทำสัญญาต่อกันไว้แล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธในคดีนี้มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน⁴⁶¹

แม้ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ชี้ให้เห็นว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันอันมีน้ำหนักมากก็ตาม แต่การที่ทั้ง 2 ฝ่ายไม่เคยมีความสัมพันธ์เช่นนั้นก็ได้หมายความว่าสามารถสรุปได้โดยอัตโนมัติว่า

⁴⁵⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 127.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu34120, Dec. 14, 1995, § 2.Da. (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 96Nu2019, May 6, 1996 (S. Kor.).

⁴⁶⁰ KFTC 2007-137, 2006SuhGyung2380, § 2.Da.

⁴⁶¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 127.

การปฏิเสธในคดีนั้นไม่ได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันเสียในทันที⁴⁶² และข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาดังกล่าวนี้ ดูเหมือนว่าจะมีน้ำหนักน้อยลงหากเป็นคดีที่มีประเด็นพิพาทกันตามมาตรา 23 ของ MRFTA ดังจะเห็นได้จากคดี *Jinro Ballantines*⁴⁶³ โดย KFTC วินิจฉัยว่าการที่บริษัทผู้นำเข้าสุราจากต่างประเทศปฏิเสธที่จะจำหน่ายสินค้าให้กับบริษัทผู้ค้าส่งรายใหม่นั้นเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่าคู่กรณีไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนก็ตาม เนื่องจากการปฏิเสธในคดีนี้เกิดขึ้นจากการกดดันของคู่แข่งของผู้ค้าส่งอันเป็นปัจจัยที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันปัจจัยหนึ่งตามที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้แล้ว ภายใต้การพิจารณาคดีตามมาตรา 23 ของ MRFTA เพียงแค่ผู้ปฏิเสธปฏิบัติต่อผู้ถูกปฏิเสธแตกต่างไปจากที่ผู้ปฏิเสธเคยทำต่อผู้ประกอบการรายอื่นก็ดูเหมือนจะเพียงพอแล้วที่จะหักล้าง ข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันสำหรับกรณีการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจหรือการไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนได้แล้ว อย่างไรก็ตามในคดี *Hite Beer II*⁴⁶⁴ ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าการปฏิเสธของผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นเบียร์ที่ปฏิเสธไม่จัดจำหน่ายเบียร์ให้กับผู้ค้าปลีกรายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดค้าปลีกเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA โดยให้เหตุผลว่าผู้ปฏิเสธปฏิบัติต่อผู้ถูกปฏิเสธแตกต่างไปจากการปฏิบัติที่ผู้ปฏิเสธได้ทำต่อผู้ค้าปลีกรายอื่น⁴⁶⁵

หากพิจารณาในมุมมองด้านผลกระทบของการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ (effect approach to a refusal to start dealing) จะพบว่าความสัมพันธ์ทุกอย่างเช่นทางด้านธุรกิจหรือด้านอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่ต้องมีการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์ (relationship-specific investment) เช่นค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมต่าง ๆ หากการประกอบธุรกิจชนิดหนึ่งมีค่าใช้จ่ายที่เท่ากันแล้วในกรณีที่ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน ทั้ง 2 ฝ่ายนี้ย่อมไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์แต่อย่างใด ดังนั้นการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธน้อยกว่าการยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่และอาจจะหลุดพ้นความรับผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ได้ง่ายอีกด้วย เพราะมาตรา 23 นี้มีนัยกฎหมายชาวสาธารณรัฐเกาหลีบางส่วนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่มีแนวโน้มคุ้มครองความเสียหายระหว่างเอกชนด้วยกันมากกว่าที่จะเป็นการคุ้มครองความเสียหายต่อตลาดในวงกว้าง

⁴⁶² Ibid., 128.

⁴⁶³ KFTC 2006-177, 2005GwangSa4184, 4185, §§ 1-2.

⁴⁶⁴ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2005Nu2744, March 27, 2006, § 3.Da. (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2006Du9924, Aug. 31, 2006 (S. Kor.).

⁴⁶⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 128.

และด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันนี้การปฏิเสธที่จะต่อสัญญา (refusal to renew) ก็มีโอกาที่จะหลุดพ้นความรับผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA มากกว่าการยุติความสัมพันธ์กลางคัน (mid-term termination) ในคดี *Samsung Networks II*⁴⁶⁶ ได้ตัดสินสนับสนุนว่าเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 MRFTA นั้นจะพบในการปฏิเสธที่จะต่อสัญญาได้น้อยกว่าการยุติความสัมพันธ์กลางคันนักกฎหมายในสาธารณรัฐเกาหลีที่มีความเห็นไปในทางนี้ยังแสดงความเห็นต่ออีกว่ามุมมองด้านผลกระทบนี้จะมีน้ำหนักน้อยหากเป็นการพิจารณาภายใต้บทบัญญัติที่มีองค์ประกอบความรับผิดว่าการปฏิเสธนั้นต้องสร้างความเสียหายให้เกิดกับตลาดเป็นวงกว้าง (market-wide impact) เท่านั้น เช่นมาตรา 3-2 ของ MRFTA เนื่องจากมุมมองในด้านผลกระทบนี้พิจารณาเฉพาะผลกระทบระหว่างคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายแต่เพียงอย่างเดียว⁴⁶⁷

4.3.7) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ผิดสัญญา

วิธีที่ตรงไปตรงมาที่สุดที่ผู้ปฏิเสธจะสามารถอ้างว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของตนนั้นมีเหตุผลก็คือการแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกปฏิเสธเป็นคู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดี (poor partner) ไม่สมควรที่จะมีความสัมพันธ์ต่อกัน อาจสรุปได้ว่าคู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดีนั้นมีอยู่ 3 ประเภทซึ่งศาลในสาธารณรัฐเกาหลีได้ยอมรับแล้วว่าการปฏิเสธต่อคู่ค้าทางธุรกิจทั้ง 3 ประเภทนั้น อาจเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลและไม่มีความรับผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด ซึ่งในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเฉพาะคู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดีประเภทที่ 1 ซึ่งก็คือคู่ค้าทางธุรกิจที่เป็นผู้ผิดสัญญาอันชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคู่ค้าที่ไม่ดีประเภทอื่น ๆ จะอธิบายในหัวข้อถัดไป เนื่องจากการผิดสัญญาเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนถึงความไม่น่าไว้วางใจหรือไม่น่าเชื่อถือของผู้ถูกปฏิเสธที่ผิดสัญญา ดังนั้นศาลจึงไม่เต็มใจนักที่จะตัดสินว่าการปฏิเสธต่อผู้ผิดสัญญาเช่นนี้ได้ทำไปโดยมีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน⁴⁶⁸

ในสาธารณรัฐเกาหลีมีคดีที่เกิดขึ้นคือคดี *KBS*⁴⁶⁹ ที่ศาล Seoul Southern District Court ตัดสินว่าไม่พบเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA ในการที่สถานีโทรทัศน์แห่งชาติยุติการดำเนินธุรกิจต่อบริษัทผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ ศาล Seoul Southern District Court เห็นว่าการยุติการดำเนินธุรกิจดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สมเหตุผลแล้วเพราะบริษัทผู้ผลิต

⁴⁶⁶ Constitutional Court [Const. Ct.], 2006HunMa1033, (Samsung Networks II), Oct. 30, 2008, § 3.Na.(2) (S. Kor.).

⁴⁶⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 129.

⁴⁶⁸ Ibid.

⁴⁶⁹ Seoul Southern District Court [Seoul S. Dist. Ct.], 2007GaHap2764, June 21, 2007, §§ 1.Sa, 2.Na. (S. Kor.).

รายการโทรทัศน์ได้ทำผิดสัญญาหลายข้อด้วยกัน เช่น ยักยอกเงินที่ได้รับจากสถานีโทรทัศน์และผลิตรายการประเภทสารคดีซึ่งมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องให้กับสถานีโทรทัศน์ เช่นเดียวกันกับคดี *Hyundai Motors*⁴⁷⁰ ที่ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าไม่พบเจตนาต่อต้านการแข่งขันภายใต้มาตรา 23 ของ MRFTA ในการปฏิเสธของบริษัทผู้ผลิตยานยนต์รายใหญ่แห่งชาติที่ไม่ต่อสัญญากับผู้รับเหมาช่วงเนื่องจากผู้รับเหมาช่วงดังกล่าวทำผิดต่อสัญญาหลายครั้ง และในคดี *Lotteria*⁴⁷¹ ศาลฎีกาตัดสินในประเด็นตามมาตรา 23 ของ MRFTA ว่าการยุติการทำธุรกิจของบริษัทฟาสต์ฟู้ดรายใหญ่ของประเทศต่อผู้รับสิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ (franchisee) ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้รับสิทธิดังกล่าวผิดสัญญาแฟรนไชส์หลายข้อนั้นไม่เป็นความผิดต่อมาตรา 23 ของ MRFTA แต่อย่างใด แม้แต่ผู้ผูกขาดที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐบาล (government-authorized monopolists) ก็สามารถปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ผิดสัญญาได้ ในคดี *JU Network*⁴⁷² และคดี *Urban Gas*⁴⁷³ ผู้ผูกขาดในคดี *JU Network* เป็นสมาคมช่วยเหลือผู้บริโภคที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายทำหน้าที่เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากความเสียหายที่เกิดจากรูทการตลาดขายตรงหลายชั้น (multi-level marketing) หรือที่นิยมเรียกกันว่าการตลาดแบบเครือข่าย (network marketing) ส่วนผู้ผูกขาดในคดี *Urban Gas* เป็นบริษัทแก๊สที่รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีจัดตั้งขึ้นซึ่งเป็นผู้ผูกขาดตลาดการจัดจำหน่ายแก๊สอยู่ในภูมิภาคหนึ่ง ศาลทั้ง 2 คดีนี้ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของผู้ผูกขาดทั้ง 2 คดีไม่ปรากฏว่ามีเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA แต่อย่างใด โดยศาลของทั้ง 2 คดีเห็นว่าหน่วยงานของรัฐผู้ปฏิเสธมีสิทธิที่จะไม่ทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธในคดีซึ่งก็คือบริษัทที่ทำธุรกิจการตลาดขายตรงหลายชั้นและบริษัทผู้ให้บริการบำรุงรักษาตามลำดับได้ เพราะว่าผู้ถูกปฏิเสธทั้ง 2 คดีไม่สามารถแสดงบัญชีรายรับหรือไม่สามารถแสดงรายละเอียดการเก็บค่าธรรมเนียมได้ ซึ่งเป็นการละเมิดต่อข้อสัญญาที่ทำไว้กับหน่วยงานของรัฐ⁴⁷⁴

ในความเป็นจริงน้ำหนักของข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันสำหรับกรณีการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธที่ผิดสัญญายังคงมีน้ำหนักมาก แม้เป็นการ

⁴⁷⁰ Constitutional Court [Const. Ct.], 2005HunMa818, (*Hyundai Motors*), Mar. 30, 2006, § 3.Na. (S. Kor.).

⁴⁷¹ Supreme Court [S. Ct.], 2002Du332, (*Lotteria*), Mar. 10, 2006, § 2.Ra. (S. Kor.). การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในสัญญาแฟรนไชส์ที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2002 ตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมสัญญาแฟรนไชส์ที่เป็นธรรม (Fair Franchise Transactions Act: FFTA) แทน MRFTA

⁴⁷² Seoul Central District Court [Seoul C. Dist. Ct.], 2006GaHap1133, (*JU Network*), Nov. 10, 2006, §§ 1, 2.Ma. (S. Kor.).

⁴⁷³ Constitutional Court [Const. Ct.], 2006HunMa1083, (*Urban Gas*), Sept. 25, 2008, §§ 1.Ga, 4.Ma.(2) (S. Kor.).

⁴⁷⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 130-131.

ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจหลายราย (concerted refusal to deal) ซึ่งปกติแล้วจะเป็นพฤติกรรมที่ถูกลงโทษตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างเข้มงวดกว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว กระนั้นก็ตามปรากฏว่ามีบางคดีที่ศาลตัดสินว่าไม่พบเจตนาต่อต้านการแข่งขันจากการปฏิเสธโดยผู้ประกอบธุรกิจหลายรายต่อผู้ถูกปฏิเสธที่ผิดสัญญา⁴⁷⁵ ในสาธารณรัฐเกาหลีมีคดีเกิดขึ้นซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกับคดี *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.* ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี *Hana Bank*⁴⁷⁶ อันเป็นคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยกลุ่มของธนาคารสาธารณรัฐเกาหลีรายใหญ่ซึ่งมีชื่อว่ากลุ่มธนาคาร Hana Bank กลุ่มธนาคารดังกล่าวนี้ร่วมกันสามารถครอบครองตู้ ATMs ได้ถึงครึ่งหนึ่งของจำนวนตู้ ATMs ที่มีทั้งหมดในสาธารณรัฐเกาหลี ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของกลุ่มธนาคาร Hana Bank ต่อธนาคารผู้ถูกปฏิเสธรายหนึ่งนั้นเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลเพียงพอที่จะโต้แย้งว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้เนื่องจากธนาคารผู้ถูกปฏิเสธละเมิดต่อข้อสัญญาที่เกิดขึ้นโดยปริยายว่าจะต้องใช้เครือข่าย ATMs ของกลุ่มธนาคาร Hana Bank เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากการบริการฝากเงินและถอนเงินเท่านั้น⁴⁷⁷

สำหรับกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธที่ละเมิดต่อสัญญาอันจะเป็นข้อบ่งชี้ว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้นั้น ต้องปรากฏว่าข้อสัญญาที่ถูกละเมิดในตัวเองต้องไม่มีเงื่อนไขที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าด้วย หากข้อสัญญาที่ถูกละเมิดมีเงื่อนไขอันมิชอบตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วก็เท่ากับยังเป็นการส่งเสริมให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธนั่นเอง⁴⁷⁸ ในคดี *Namyang Aloe*⁴⁷⁹ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัทผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่ทำมาจากว่านหางจระเข้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยเลิกสัญญาการเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้ากับผู้จัดจำหน่ายสินค้ารายหนึ่ง ส่งผลให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้านั้นต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจไปโดยให้เหตุผลว่าผู้จัดจำหน่ายละเมิดต่อข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายต่อและการกำหนดตัวลูกค้า (customer restriction) ซึ่ง KFTC เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนี้เป็นการละเมิดต่อ MRFTA จึงมีคำสั่งให้ผู้ปฏิเสธจ่ายค่าชดเชยสำหรับค่าขาดกำไรให้ผู้ถูกปฏิเสธพึงจะได้รับจนถึงวันที่มีการยกเลิก

⁴⁷⁵ *Ibid.*, 131.

⁴⁷⁶ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2002Nu1641, (Hana Bank), Oct. 23, 2003, §§ 1, 4 (S. Kor.), *aff' d*, Supreme Court [S. Ct.], 2003Du14253, May 12, 2006 (S. Kor.).

⁴⁷⁷ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 131.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ Supreme Court [S. Ct.], 96Da54195, (Namyang Aloe), Apr. 22, 1997 (S. Kor.).

สัญญา ในชั้นศาล Seoul High Court กลับปฏิเสธที่จะให้ค่าชดเชยดังกล่าวโดยกล่าวว่า KFTC ควรวินิจฉัยเอาผิดกับพฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อและการกำหนดตัวลูกค้ามากกว่าที่จะมาวินิจฉัยเอาผิดกับพฤติกรรมการยกเลิกสัญญา แต่ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีไม่เห็นด้วยกับมุมมองของศาลล่าง จึงตัดสินว่าการยกเลิกสัญญานั้นก็เป็นการละเมิดต่อมาตรา 23 ของ MRFTA ด้วยเช่นกัน เพราะว่าการยกเลิกสัญญาเช่นนั้นแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะบังคับให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอันมิชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่าคดีนี้ศาลฎีกาในสาธารณรัฐเกาหลีมีความเห็นคล้ายคลึงกับศาลอุทธรณ์ภาค 4 ของประเทศสหรัฐที่ตัดสินไว้ในคดี *Osborn v. Sinclair Refining Co.* ที่ว่าการปฏิเสธไม่อาจอ้างความคุ้มกันตามหลัก Colgate ได้หากผู้ปฏิเสธมีเจตนาใช้การปฏิเสธเพื่อเป็นเครื่องมือในการจำกัดการแข่งขัน⁴⁸⁰

ถ้าหากสิ่งที่คุณปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามไม่ได้มีสภาพบังคับเป็นสัญญาแต่เป็นเพียงนโยบายฝ่ายเดียว (unilateral policy) ของผู้ปฏิเสธ คดีความต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก็มักจะชี้ว่าการปฏิเสธอันเนื่องมาจากการที่ผู้ปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวนั้นมีแนวโน้มว่าเป็นการปฏิเสธที่มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันเช่นกันและนโยบายฝ่ายเดียวดังกล่าวที่พบได้บ่อยในสาธารณรัฐเกาหลีมักเป็นนโยบายเรื่องกำหนดราคาขายต่อ ในคดี *Callaway Golf Korea*⁴⁸¹ ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ KFTC ที่วินิจฉัยว่าการยุติสัญญาตัวแทนจำหน่ายของบริษัทผู้นำเข้าไม้กอล์ฟต่อตัวแทนจำหน่ายที่ไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายกำหนดราคาขายต่อ (RPM policy) ที่บริษัทผู้นำเข้าไม้กอล์ฟกำหนดขึ้นนั้นเป็นความผิด โดยศาลให้เหตุผลว่าบริษัทผู้นำเข้าไม้กอล์ฟไม่ได้รับโอกาสให้พิสูจน์ถึงผลกระทบด้านที่เป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันของนโยบายกำหนดราคาขายต่อดังกล่าวซึ่งศาลเห็นว่านโยบายนั้นมีประโยชน์มากกว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน เช่นนโยบายนั้นช่วยส่งเสริมประโยชน์ของผู้บริโภค (consumer welfare) เป็นต้น และถ้านโยบายฝ่ายเดียวนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการดำเนินงานที่มีประสิทธิภาพของการรวมกลุ่มทางธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งจัดตั้งขึ้นระหว่างบริษัทที่เป็นคู่แข่งกัน การที่คู่กรณีคนใดในกลุ่มธุรกิจนั้นไม่ยอมปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าวอาจเป็นข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้ แม้เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบการหลายรายก็ตาม ในคดี *Hankuk Super Chain*⁴⁸² ศาล Seoul High Court ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของสหกรณ์

⁴⁸⁰ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 131-132.

⁴⁸¹ Supreme Court [S. Ct.], 2010Du9976, Mar. 10, 2011, §§ 1-2 (S. Kor.).

⁴⁸² Seoul High Court [Seoul High Ct.], 92Gu20257, (Hankuk Super Chain), June 24, 1993, § 2 (S. Kor.).

ต่อสมาชิกที่ละเมิดต่อนโยบายสำคัญซึ่งตั้งขึ้นเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของสหกรณ์นั้นไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 23 ของ MRFTA เนื่องจากศาลเห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจดังกล่าวไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน⁴⁸³

น้ำหนักของข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันในกรณีที่ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวนั้นดูจะมีน้ำหนักน้อยกว่าการที่ผู้ถูกปฏิเสธละเมิดสัญญา ในขณะที่ผู้ประกอบการแม้จะเป็นผู้ผูกขาดก็สามารถยุติความสัมพันธ์กับผู้ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่ถ้าหากเป็นเพียงการที่ผู้ประกอบการฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียว ผู้ประกอบการฝ่ายที่ตั้งนโยบายนั้นขึ้นมาสามารถยุติความสัมพันธ์ได้โดยชอบแต่ในเฉพาะกรณีทีนโยบายฝ่ายเดียวนั้นให้ประสิทธิภาพมากกว่าความเสียหายที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันจากการปฏิเสธ⁴⁸⁴ จะเห็นได้จากคดีดังต่อไปนี้ว่าถ้าเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวต้องมีการพิสูจน์ถึงประโยชน์ของนโยบายและความเสียหายที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ในคดีหนึ่งศาล Seoul High Court ได้ตัดสินว่าการปฏิเสธที่จะจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ถูกปฏิเสธที่ไม่ปฏิบัติตามนโยบายการกำหนดราคาขายต่อ นั้นเป็นความผิด เนื่องจากผู้ปฏิเสธไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่านโยบายดังกล่าวสามารถช่วยส่งเสริมให้มีการแข่งขันมากขึ้นได้ซึ่งมีประโยชน์มากกว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน⁴⁸⁵ ที่ข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันในกรณีที่ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามนโยบายฝ่ายเดียวมีน้ำหนักน้อยกว่ากรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก็เพราะการฝ่าฝืนนโยบายฝ่ายเดียวนั้นกระทบแต่เพียงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากนโยบายนั้นเท่านั้น แต่การไม่ปฏิบัติตามสัญญานอกจากจะเป็นการกระทบต่อประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากสัญญาแล้ว ยังเป็นการทำลายความผูกพันอันชอบด้วยกฎหมายของสัญญาและยังทำให้คู่สัญญาสูญเสียความไว้วางใจจากการที่สัญญาถูกทำลายลงอีกด้วย ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจึงเป็นข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนากระทำ ความผิดตาม MRFTA ที่มีน้ำหนักมากกว่า⁴⁸⁶

เป็นเรื่องประหลาดที่บ่อยครั้งเมื่อสัญญาที่มีข้อตกลงอันผิดกฎหมายระงับลงแล้วผู้ถูกปฏิเสธมักมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลตัดสินลงโทษผู้ปฏิเสธสำหรับการยุติสัญญาที่ผิดกฎหมายนั้น อาจมีบางคนโต้แย้งว่าการนำคดีมาฟ้องร้องนั้นก็เพื่อเป็นการชดเชยผู้ถูกปฏิเสธ

⁴⁸³ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 133.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2011Nu10777, Apr. 19, 2012, § 2.Da. (S. Kor.).

⁴⁸⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 133.

สำหรับความเสียหายที่ได้รับจากสัญญาที่มีข้อตกลงเป็นการต่อต้านการแข่งขัน แต่เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วเมื่อผู้ถูกปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาที่มีข้อตกลงอันผิดกฎหมายอีกต่อไป ความสัมพันธ์ที่เหลือระหว่างกันก็จะได้รับการปรับเพื่อชดเชยผลประโยชน์ที่ต้องเสียไปจากข้อตกลงที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันนั้นได้เอง หรือถ้าข้อตกลงดังกล่าวเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเข้ามาสร้างความสัมพันธ์กัน หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้นแล้วทั้ง 2 ฝ่ายก็คงไม่ตัดสินใจเข้ามาผูกสัมพันธ์กัน ดังนั้นแล้วผู้ถูกปฏิเสธก็ได้สูญเสียสิ่งใดไปจากการที่ตกลงเข้ามาผูกสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ปฏิเสธเลย การที่ผู้ถูกปฏิเสธยอมเข้ามาทำธุรกิจด้วยเช่นนี้แล้วกลับมาฟ้องเป็นคดีในภายหลังเมื่อความสัมพันธ์ไม่เป็นไปด้วยดี ซึ่งโจทก์ที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธนั้นก็รู้ถึงข้อตกลงที่มีชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วตั้งแต่เข้าทำสัญญาแต่ก็ยินยอมเข้าทำสัญญาด้วยนั้นอาจขัดต่อหลักมือสะอาด (doctrine of clean hand) ซึ่งมีหลักอยู่ว่าผู้ที่จะใช้สิทธิทางศาลต้องมาศาลด้วยมือสะอาด ภายใต้หลักนี้จึงไม่ยอมรับให้ผู้ถูกปฏิเสธมาใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องกล่าวหาว่าสัญญาที่ตนเข้าไปผูกพันด้วยนั้นมีชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธก็รู้ถึงข้อตกลงที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นอยู่แล้วตั้งแต่ต้นแต่กลับเข้าเสี่ยงภัยทำสัญญาด้วยเอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีก็ไม่รับฟังข้อต่อสู้ของผู้ปฏิเสธที่ยกหลักมือสะอาดขึ้นอ้างเช่นเดียวกันกับศาลฎีกาในประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นได้จากศาลยังเยียวยาความเสียหายให้ผู้ถูกปฏิเสธที่แม้จะมาศาลด้วยมือที่ไม่สะอาดอยู่⁴⁸⁷

4.3.8) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพ

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะถูกสันนิษฐานว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ไร้ประสิทธิภาพ (poor performer) สิทธิของผู้ประกอบธุรกิจในการเลือกคู่สัญญาของตนด้วยเหตุผลด้านความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพของคู่สัญญานั้นเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขัน ดังนั้นหากมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ การปฏิเสธเช่นนั้นก็ไม่ถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการปฏิเสธดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายใดขึ้นในระยะสั้นบ้างก็ตาม แม้นิยามคำว่าประสิทธิภาพ (performance) จะมีความหมายคลุมเครือยากที่จะให้คำนิยาม แต่ก็ไม่มีความจำเป็นอย่างใดที่จะต้องให้นิยามถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนเพื่อที่จะจำแนกออกจากนิยามคำว่าไร้ประสิทธิภาพ เพียงแค่การที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่อาจจ่ายเงินตรงตามกำหนดระยะเวลาได้ก็เป็นข้ออ้างที่สมเหตุสมผลให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจได้แล้ว⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ Ibid., 133-134.

⁴⁸⁸ Ibid.

ในสาธารณรัฐเกาหลีคดี *KT SkyLife*⁴⁸⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าสถานีโทรทัศน์ยุติการส่งสัญญาณความคมชัดปานกลางและความคมชัดสูงให้กับสถานีโทรทัศน์ดาวเทียมที่ติดต่อขอซื้อสัญญาณโทรทัศน์เพื่อนำมาแพร่ภาพออกอากาศคู่ขนาน โดยให้เหตุผลว่าสถานีโทรทัศน์ดาวเทียมไม่ชำระหนี้ให้ตรงตามกำหนดเวลา ศาล Seoul Southern District Court เห็นว่าหากพิจารณาตามลักษณะของการประกอบธุรกิจสถานีโทรทัศน์โดยทั่วไปแล้วพบว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะส่งสัญญาณคืนให้ทันทีที่ถูกปฏิเสธชำระหนี้ ศาลจึงปฏิเสธข้อกล่าวหาที่ว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่จะทำลายการประกอบธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธหรือมีเจตนาที่จะให้มีการบรรลุเป้าหมายที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ หรือในคดี *Hite Beer I*⁴⁹⁰ ที่ศาลตัดสินว่าการปฏิเสธในคดีไม่ปรากฏว่ามีเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA แต่อย่างไรก็ตาม ในการที่ผู้ผลิตปฏิเสธไม่จัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ชำระหนี้ให้ตรงตามเวลาที่กำหนด ข้ออ้างเรื่องการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่มีประสิทธิภาพนี้สอดคล้องกับความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ในคดี *Kyungnam Textile*⁴⁹¹ ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของบริษัทสิ่งทอต่อตัวแทนจำหน่ายของตนเนื่องจากตัวแทนจำหน่ายดังกล่าวนั้นค้างชำระหนี้ให้กับตนเป็นจำนวนมาก ศาลจึงตัดสินว่าการปฏิเสธในคดีนี้ไม่มีความผิดแต่อย่างใด⁴⁹²

นอกจากการไม่สามารถชำระหนี้ให้ตรงตามกำหนดระยะเวลาแล้วยังปรากฏว่ามีปัจจัยอื่น ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงความไร้ประสิทธิภาพได้อีก เช่น การตัดสินใจที่ไม่ดี (poor judgment) ก็เป็นตัวอย่างหนึ่ง แต่การที่ผู้ถูกปฏิเสธมียอดขายที่ไม่ดีและมีนโยบายส่งเสริมการขายที่ไร้ประสิทธิภาพ (poor sales and promotion) จนนำมาสู่การปฏิเสธนั้นปรากฏให้เห็นบ่อยครั้งกว่า เช่นในคดี *Chosunibo*⁴⁹³ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัทผู้ผลิตหนังสือพิมพ์ปฏิเสธที่จะต่อสัญญาเกี่ยวกับตัวแทนจำหน่ายรายหนึ่งโดยยกข้ออ้างเรื่องประสิทธิภาพของผู้ถูกปฏิเสธ เนื่องจากตัวแทนจำหน่ายรายนี้ไม่สามารถคิดหาวิธีการใหม่ ๆ ที่จะช่วยเพิ่มยอดขายซึ่งเขาตลอดช่วง 5 ปีที่ผ่านมาให้กระเตื้องขึ้น โดยที่ตัวแทนจำหน่ายรายนี้เป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive dealer) อยู่ในบริเวณ

⁴⁸⁹ Seoul Southern District Court [Seoul S. Dist. Ct.], 2011KaHap198, Apr. 12, 2011, § 1 (S. Kor.).

⁴⁹⁰ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2001Nu4971, (*Hite Beer I*), Sept. 26, 2002, § 2.Da. (S. Kor.) *aff'd*, Supreme Court [S. Ct.], 2002Du11059, July 9, 2004 (S. Kor.).

⁴⁹¹ Constitutional Court [Const. Ct.], 2008HunMa497, (*Kyungnam Textile*), Feb. 25, 2010, § 3.Ga-Na. (S. Kor.).

⁴⁹² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 135.

⁴⁹³ Seoul Central District Court [Seoul C. Dist. Ct.], 2009KaHap1948, Jan. 18, 2010, § 3 (S. Kor.).

หนึ่งและแม้ว่าจะรับหนังสือพิมพ์มาขายในจำนวนที่มากกว่าตัวแทนจำหน่ายรายอื่น ๆ แต่ยอดขายของตัวแทนจำหน่ายในคดีนี้ก็ยิ่งต่ำกว่ายอดขายของตัวแทนจำหน่ายรายอื่นที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียง⁴⁹⁴

แม้จะมีคดีมากมายที่ได้ตัดสินเกี่ยวกับข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพไว้ แต่น้ำหนักของข้อบ่งชี้ดังกล่าวนี้ดูเหมือนจะมีน้ำหนักไม่มากเท่ากับข้อบ่งชี้ในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธมีการละเมิดสัญญาหรือการละเมิดนโยบายฝ่ายเดียวที่ได้กล่าวถึงมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ เพราะความไร้ประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่ยากจะพิสูจน์ด้วยเหตุที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางอัตวิสัย (subjective nature) ผู้ถูกปฏิเสธมักจะไม่ยอมรับว่าตนเป็นผู้ไร้ประสิทธิภาพจนถึงขนาดต้องนำมาสู่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างที่ผู้ปฏิเสธกล่าวอ้าง เช่นในคดี *Daejeon Expo*⁴⁹⁵ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าเทศบาลเมืองแดจอนได้ทำสัญญาจ้างบริษัทหนึ่งให้มาบริหารจัดการอุทยานวิทยาศาสตร์ของเทศบาล ต่อมาเทศบาลเมืองแดจอนได้ยุติสัญญาจ้างกับบริษัทดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าจำนวนผู้เข้าชมอุทยานมีไม่เพียงพอกับเป้าหมายที่เทศบาลตั้งไว้และบริษัทดังกล่าวบำรุงรักษาอุทยานได้ไม่ดี แต่ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีกลับเห็นว่าข้ออ้างเรื่องความไร้ประสิทธิภาพที่เทศบาลเมืองแดจอนยกขึ้นอ้างนั้นไม่มีเหตุผลเพียงพอเพราะว่าตัวเทศบาลเมืองเองก็เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้อุทยานวิทยาศาสตร์ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ศาลจึงตัดสินให้บริษัทที่ถูกยกเลิกสัญญาได้รับค่าชดเชยเป็นจำนวนร้อยละ 40 ของความเสียหายทั้งหมดที่บริษัทได้รับ อีกทั้งเรื่องประสิทธิภาพที่ไม่ดีของผู้ถูกปฏิเสธนี้ก็เป็นที่ควรถูกตำหนิน้อยกว่าการละเมิดต่อสัญญาหรือนโยบายฝ่ายเดียวด้วย หากพิจารณาในเรื่องเจตนาคงแทบไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่ตั้งใจดำเนินธุรกิจให้ไม่มีประสิทธิภาพ แต่ในขณะที่การละเมิดต่อสัญญาหรือนโยบายนั้นอาจเกิดขึ้นโดยเจตนาได้โดยเป็นกลยุทธ์หนึ่งในการประกอบธุรกิจ เช่น พบว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นไปได้อย่างยากลำบากและมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญาจึงตั้งใจละเมิดสัญญาเพื่อไม่ต้องทนขาดทุนต่อ เป็นต้น⁴⁹⁶

ด้วยเหตุที่ความไร้ประสิทธิภาพของผู้ถูกปฏิเสธเป็นเรื่องทางอัตวิสัย ในบางคดีศาลจึงปฏิเสธที่จะรับฟังข้ออ้างดังกล่าวเนื่องจากอาจมีการยกข้ออ้างเรื่องความไร้ประสิทธิภาพขึ้นเพื่อปิดบังเจตนาที่แท้จริงซึ่งมุ่งต่อต้านการแข่งขัน⁴⁹⁷ การยกเอาข้ออ้างเรื่องความไร้ประสิทธิภาพ

⁴⁹⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 135-136.

⁴⁹⁵ Supreme Court [S. Ct.], 2003Da15501, (*Daejeon Expo*), Feb. 10, 2006 (S. Kor.).

⁴⁹⁶ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 136.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

ขึ้นเพื่อปิดบังเจตนาที่แท้จริงในสาธารณรัฐเกาหลีพบในคดี *Pasteur Milk*⁴⁹⁸ ซึ่งศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลล่างที่ตัดสินว่าการปฏิเสธของบริษัทผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ซึ่งทำจากนมที่ไม่อนุมัติให้ตัวแทนจำหน่ายที่ถูกยกเลิกสัญญาโอนสิทธิในการเป็นตัวแทนจำหน่ายไปให้บุคคลภายนอกนั้นไม่เป็นความผิด โดยศาลล่างพิจารณาแล้วเห็นว่าตัวแทนจำหน่ายที่ถูกยกเลิกสัญญาดังกล่าวมียอดขายต่ำ ขาดการประชุมตัวแทนจำหน่าย 1 ครั้งและไม่เข้าร่วมการดำเนินงานนอกสถานที่ซึ่งบริษัทผู้ผลิตจัดขึ้น 1 ครั้งและยังไม่ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการจัดส่งน้ำนมในการส่งมอบให้กับลูกค้าบางรายอีกด้วย ศาลฎีกาเห็นว่าข้อพิจารณาของศาลล่างนี้ไม่เพียงพอที่จะขัดขวางไม่ให้ศาลลงไปค้นหาเจตนาอันไม่เป็นธรรมของการปฏิเสธที่จะอนุมัติการโอนสิทธิในการเป็นตัวแทนจำหน่ายดังกล่าว ศาลฎีกาจึงมีคำสั่งให้ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีใหม่เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของการปฏิเสธ ในการย้อนสำนวนลงมาให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่ (on remand) ศาลล่างพบว่ากรณีที่ตัวแทนจำหน่ายรายนี้มียอดขายไม่ดีส่วนหนึ่งมีสาเหตุมาจากการที่ผู้ผลิตยกเลิกการให้เงินสนับสนุนและมีเหตุขัดข้องประการอื่น ๆ ที่นำมาสู่ความล้มเหลว จากการพิจารณาคดีใหม่นี้ศาลสามารถสรุปได้ว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธที่ไม่ยอมอนุมัติการโอนสิทธิในการเป็นตัวแทนจำหน่ายในคดีนี้มีเพื่อลงโทษตัวแทนจำหน่ายในคดีที่ไม่ค่อยเชื่อฟังคำสั่งของผู้ผลิตจึงเป็นเจตนาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA และยังพบได้ในคดี *Naray & Company*⁴⁹⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าการตัดไม่ให้ตัวแทนผู้ให้บริการเพจจิง (paging service dealer) เข้าถึงเครือข่ายลูกค้าอิเล็กทรอนิกส์ (electronic customer network) นั้นเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ของ MRFTA เพราะแม้ว่าตัวแทนผู้ให้บริการดังกล่าวจะล้มเหลวในการหาลูกค้าใหม่เข้ามาเพิ่มและยังเก็บเงินจากผู้ใช้บริการเพจเจอร์ได้น้อยกว่าตัวแทนรายอื่นก็ตาม แต่ธุรกิจของตัวแทนนั้นขึ้นอยู่กับกรเข้าถึงเครือข่ายดังกล่าวและยังมีวิธีเรียกเก็บค่าบริการวิธีอื่น ๆ อีกที่รุนแรงน้อยกว่าวิธีนี้ และยังพบได้ในคดี *Livestock Feed*⁵⁰⁰ ที่ศาล Daejeon High Court ตัดสินลงโทษการยกเลิกสัญญาการเป็นตัวแทนจำหน่ายโดยอ้างว่าตัวแทนจำหน่ายรายนั้นมีประสิทธิภาพที่ไม่ดี เนื่องจากศาลเห็นว่าตัวแทนจำหน่ายดังกล่าวสามารถทำยอดขายให้ดีขึ้นได้ในเวลาไม่กี่เดือนถัดมาและยังมีความพยายามที่จะจัดนโยบายส่งเสริมการขายต่าง ๆ⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Asian Legal Information Institute, "Revocation of a Corrective Order - Supreme Court Decision 97Nu19427 (Pasteur Milk) [2000] KRSC 16 (9 June 2000)."

⁴⁹⁹ Supreme Court [S. Ct.], 2001Du1444, (Naray & Company), Oct. 25, 2002, § 2 (S. Kor.).

⁵⁰⁰ Daejeon High Court [Daejeon High Ct.], 98Na268, (Livestock Feed), May 27, 1999 (S. Kor.).

⁵⁰¹ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 136-137.

คดีต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ว่าความไร้ประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธสามารถช่วยชี้ให้เห็นได้ว่าผู้ปฏิเสธไม่ได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด⁵⁰²

4.3.9) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับคู่สัญญาที่เป็นปรปักษ์

คู่ค้าทางธุรกิจที่ไม่ดีประเภทสุดท้ายซึ่งถ้าหากถูกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยแล้ว การปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มว่าไม่ได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันนั่นก็คือคู่ค้าทางธุรกิจที่เป็นปรปักษ์กับผู้ปฏิเสธ เป็นเรื่องปกติที่คู่สัญญาจะเข้ามาผูกสัมพันธ์ทางธุรกิจกันเมื่อทั้ง 2 ฝ่ายมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน แต่หากทั้ง 2 ฝ่ายมิได้มีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันแล้วก็เป็นธรรมชาติของธุรกิจที่คู่ค้าทั้ง 2 ฝ่ายจะแยกทางกันและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ควรส่งเสริมให้มีการเชื่อมผู้ประกอบการธุรกิจ 2 ฝ่ายที่มีความเห็นไม่ลงรอยกัน ขัดแย้งกัน หรือแม้แต่มีคดีฟ้องร้องกันอยู่เข้าด้วยกัน ลักษณะของความเป็นปรปักษ์นี้แตกต่างออกไปจากการผิดสัญญาหรือความไร้ประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจตรงที่ความเป็นปรปักษ์กันนั้นไม่ได้เป็นความผิดอันใด ทั้งไม่ได้เป็นการผิดต่อศีลธรรมในการไม่รักษาสัญญาที่เคยให้ไว้และก็ได้ไม่ได้เป็นการประกอบธุรกิจอย่างผิดพลาดจนเกิดเป็นความไร้ประสิทธิภาพขึ้นอีกด้วย ในความเป็นจริงผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นปรปักษ์กับผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง มักจะเป็นคู่ค้าทางธุรกิจที่มีประโยชน์กับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งเสมอเพราะว่าความสัมพันธ์ในเชิงปรปักษ์ (antagonistic relationship) นั้นมักจะส่งผล 2 ด้านกล่าวคือ หากผู้ใดเป็นปรปักษ์กับคนอีกฝ่ายหนึ่ง ก็มีโอกาสมากที่ผู้นั้นจะเป็นมิตรกับคู่แข่งของคนอีกฝ่ายหนึ่งนั้น นอกจากนี้หากความเป็นปรปักษ์ระหว่างกันถูกพบว่าเป็นการกระทำความผิดของผู้ปฏิเสธ ก็จะทำให้หน้าหนักของข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาในกรณีนี้ถูกทำลายลง ซึ่งบ่อยครั้งที่ข้อบ่งชี้ในเรื่องนี้มีน้ำหนักน้อยกว่าข้อบ่งชี้อื่น ๆ ที่ได้อธิบายมาแล้วก่อนหน้านี้⁵⁰³

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในเชิงปรปักษ์กันนั้นมีไม่มากนัก ส่วนมากจะเป็นสถานการณ์ที่คู่กรณีมีข้อพิพาทฟ้องร้องเป็นคดีความกัน ในสาธารณรัฐเกาหลีมีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นได้แก่คดี *Real Estate Network*⁵⁰⁴ ซึ่งมีข้อพิพาทตามมาตรา 23 MRFTA โดยมีข้อเท็จจริงว่ากลุ่มนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์กลุ่มที่ 1 รวมตัวกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับสมาชิกของกลุ่มนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์กลุ่มที่ 2 ซึ่งเป็นคู่แข่งกันเนื่องมาจากนายหน้าทั้ง 2 กลุ่มนี้มีข้อพิพาท

⁵⁰² Ibid., 137.

⁵⁰³ Ibid., 137-138.

⁵⁰⁴ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2001Nu15209, June 24, 2004, § 2.Da. (S. Kor.), aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2004Du8514, Mar. 30, 2007 (S. Kor.).

กันจนถึงชั้นฟ้องร้องเป็นคดีหลายคดี จุดเริ่มต้นของความขัดแย้งมาจากผู้ก่อตั้งกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 2 เคยเป็นสมาชิกอยู่ในกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 1 มาก่อน ขณะที่ยังเป็นสมาชิกอยู่ในกลุ่มที่ 1 ผู้ก่อตั้งกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 2 นั้นได้โน้มน้าวเพื่อนสมาชิกคนอื่น ๆ ให้เปลี่ยนเครือข่ายข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (electronic real estate information network) อันเป็นเครือข่ายข้อมูลของกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 1 ไปใช้เครือข่ายข้อมูลระบบอื่น การโน้มน้าวให้เปลี่ยนเครือข่ายข้อมูลดังกล่าวเป็นสาเหตุให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในกลุ่ม ทำให้ผู้ก่อตั้งกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 2 และเพื่อนสมาชิกอื่นที่มีความเห็นตรงกันออกจากกลุ่มที่ 1 เพื่อมาตั้งตัวเป็นกลุ่มคู่แข่ง ตั้งแต่มีการแยกตัวออกมาสมาชิกของทั้ง 2 กลุ่มก็ได้ฟ้องร้องเป็นคดีความระหว่างกันหลายคดี หลังจากนั้นผู้ให้บริการเครือข่ายข้อมูลได้แยกตัวออกมาตั้งเป็นบริษัทอิสระแต่กลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 1 ยังคงมีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทเครือข่ายข้อมูลดังกล่าวจึงสั่งให้บริษัทเครือข่ายข้อมูลนั้นระงับไม่ให้สมาชิกของกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 2 เข้าถึงเครือข่ายข้อมูลได้ เนื่องจากกลุ่มนายหน้าทั้ง 2 กลุ่มมีความเป็นปรปักษ์ต่อกัน ศาล Seoul High Court จึงตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ให้สมาชิกของกลุ่มนายหน้ากลุ่มที่ 2 เข้าถึงเครือข่ายข้อมูลได้นั้นมีเจตนาเพียงเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของกลุ่มสมาชิกของตนจากการเข้ามาล่วงละเมิดของกลุ่มคู่แข่งโดยมิได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด⁵⁰⁵

ความสัมพันธ์ในเชิงปรปักษ์ยังมีแนวโน้มที่จะสามารถใช้เป็นข้อบ่งชี้ได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นไม่มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน แม้สาเหตุของความเป็นปรปักษ์กันนั้นจะไม่ได้เกิดจากการที่คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่ายฟ้องร้องเป็นคดีพิพาทระหว่างกันก็ตาม ในคดี *Chicken Franchise*⁵⁰⁶ ผู้อนุญาตให้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ (franchisor) ร้านไก่ทอดปฏิเสธไม่ต่อสัญญาแฟรนไชส์กับผู้รับสิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ (franchisee) รายหนึ่งซึ่งเป็นผู้นำให้มีการประท้วงต่อต้านนโยบายของผู้อนุญาตให้สิทธิที่ตั้งนโยบายขึ้นว่าต้องการให้ผู้รับสิทธิต่าง ๆ ย้ายสถานที่และขยายขนาดของธุรกิจขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าการปฏิเสธดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 13 ของ Fair Franchise Transactions Act (FFTA)⁵⁰⁷ และไม่เป็นการละเมิดต่อหลักความไว้วางใจและหลักสุจริต (trust and good faith) ในมาตรา 2 ของ Civil Act แม้ในการพิจารณาคดีนี้ศาลได้มุ่งความสนใจไปที่การปฏิเสธไม่ต่อสัญญานั้นไม่ได้สร้างอันตรายอย่างร้ายแรง

⁵⁰⁵ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 138-139.

⁵⁰⁶ Constitutional Court [Const. Ct.], 2009HunMa582, June 30, 2011, § 3.Ga. (S. Kor.).

⁵⁰⁷ มาตรา 13 ของ Fair Franchise Transactions Act วางหลักว่า “หากผู้อนุญาตให้สิทธิในสัญญาแฟรนไชส์ปฏิเสธไม่ต่อสัญญาแฟรนไชส์ ผู้อนุญาตมีหน้าที่ต้องระบุเหตุผลอันสมควรว่าเพราะเหตุใดจึงไม่ยอมต่อสัญญาแฟรนไชส์ให้” แต่ในคดีนี้ผู้รับสิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาและนโยบายบางเรื่องจึงเป็นเหตุผลอันสมควรสำหรับการไม่ต่อสัญญาแฟรนไชส์ให้ได้

ให้กับผู้รับสิทธิตามสัญญาแพรนไฮส์และแม้จะเป็นคดีภายใต้ FFTA ก็ตาม แต่ก็สามารถนำมาสนับสนุนคำกล่าวที่ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่ค้าที่ไม่ให้ความร่วมมือในการประกอบธุรกิจกับตน โดยหลักแล้วจะไม่ถือว่าการปฏิเสธเช่นนั้นไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด⁵⁰⁸

4.3.10) การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา

หลักกฎหมายในเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาตรงที่ศาลของสาธารณรัฐเกาหลีมักไม่รับฟังข้อแก้ตัวเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหากผู้ปฏิเสธกล่าวอ้างมาเพียงประการเดียวโดยปราศจากข้ออ้างอื่น ๆ ช่วยเสริมไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเพื่อกลับไปทำธุรกิจกับคู่ค้าเดิม ดังเช่นในคดี *Amore Pacific*⁵⁰⁹ KFTC วินิจฉัยว่าการที่บริษัทเครื่องสำอางรายใหญ่ของสาธารณรัฐเกาหลียกเลิกสัญญาการเป็นผู้จัดจำหน่ายกับบริษัทเดิมและให้สิทธิในการเป็นผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวกับอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเคยทำธุรกิจกันมาก่อนแล้วนั้นเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA โดยให้เหตุผลว่าการยกเลิกสัญญาดังกล่าวมีเจตนาเพื่อลงโทษที่ผู้ถูกปฏิเสธขายสินค้าตัดราคา หรือจะเป็นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเพื่อไปทำธุรกิจกับคู่ค้ารายใหม่ ดังเช่นในคดี *SK Energy*⁵¹⁰ ผู้ประกอบธุรกิจปิโตรเลียม 37 แห่งซึ่งเป็นผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวของโรงกลั่นน้ำมันรายหนึ่งมาเป็นเวลายาวนานกว่า 30 ปีได้ตัดสินใจเปลี่ยนไปซื้อน้ำมันกับโรงกลั่นน้ำมันรายใหม่เนื่องจากโรงกลั่นน้ำมันรายใหม่เสนอที่จะช่วยเหลือจ่ายหนี้สินทั้งหมดที่ผู้ประกอบธุรกิจปิโตรเลียมดังกล่าวค้างชำระต่อโรงกลั่นน้ำมันรายเดิมและยังเสนอให้ยืมเงินจำนวนหนึ่งอีกด้วย ศาล Seoul High Court ตัดสินว่าโรงกลั่นน้ำมันรายใหม่มีการจงใจโน้มน้ำหนักอย่างไม่เป็นธรรมต่อคู่ค้าทางธุรกิจของคู่แข่งโดยการช่วยเหลือทางการเงินซึ่งเป็นการละเมิดต่อมาตรา 23 ของ MRFTA และมีผลให้การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาซึ่งเป็นการกระทำที่สืบเนื่องมาจากการจงใจที่ผิดกฎหมายนั้นไม่สมบูรณ์ (invalid) ตามไปด้วย ศาลยังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่าการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาในคดีนี้เป็นการละเมิดต่อหลักความไว้นับถือเชื่อใจและหลักสุจริต (trust and good faith) ตามมาตรา 2 ของ Civil Act อีกด้วยเพราะว่าผู้ประกอบธุรกิจปิโตรเลียมรายนี้ไม่มีความพยายามที่จะหาหนทางเพื่อรักษาความสัมพันธ์กับโรงกลั่นน้ำมันรายเดิมเอาไว้เลย ทั้ง ๆ ที่ก็เคยได้รับเงินสนับสนุนจากโรงกลั่นน้ำมันรายเดิมตั้งแต่ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีปิโตรเลียมเพียงแค่ 2 แห่งจนช่วยให้ธุรกิจเจริญเติบโตมาจนถึงทุกวันนี้ ในคดีที่ศาลได้ตัดสินแล้วว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนั้น ๆ ไม่มีเจตนาต่อต้านการ

⁵⁰⁸ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 140-141.

⁵⁰⁹ KFTC 2004-105. 2004GyungChok0433, § 2 (Amore Pacific).

⁵¹⁰ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Ra187, Jan. 12, 1995 (S. Kor.) (SK Energy).

แข่งขันและแม้จะปรากฏเท็จจริงว่ามีการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเกิดขึ้นในคดีก็ตามแต่ศาลมีแนวโน้มที่จะหยิบยกเอาเหตุผลอื่นขึ้นเป็นข้ออ้างว่าการปฏิเสธนั้นไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน มากกว่าที่จะหยิบยกเอาเหตุผลเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาขึ้นเป็นข้ออ้าง เช่น ผู้ปฏิเสธไม่มีอำนาจตลาด ดังเช่นคดี *Samsung Networks*⁵¹¹ ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าการที่ผู้ปฏิเสธซึ่งมิได้มีอำนาจเหนือตลาดเปลี่ยนตัวผู้รับเหมาช่วงใหม่ไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด หรือผู้ถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่นในคดี *Hyundai Motors*⁵¹² ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าไม่พบเจตนาอย่างไม่เป็นธรรมสำหรับการที่ผู้รับเหมาช่วงเปลี่ยนตัวคู่สัญญาใหม่เป็นด้วยเหตุที่ว่าผู้ถูกปฏิเสธละเมิดต่อสัญญาเป็นจำนวนหลายครั้ง หรือผู้ถูกปฏิเสธมีความประพฤติไม่ดี เช่นในคดี *S1*⁵¹³ ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีตัดสินว่าการที่ผู้รับเหมาช่วงเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธประกอบธุรกิจอย่างทุจริตไม่โปร่งใส⁵¹⁴

การที่ข้อเท็จจริงเรื่องการเปลี่ยนตัวคู่สัญญามักไม่สามารถใช้เป็นข้อบ่งชี้ว่าผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันในคดีที่พิพาทกันตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ได้นั้น สนับสนุนให้นักกฎหมายชาวสาธารณรัฐเกาหลีบางรายเข้าใจไปว่ามาตรา 23 ของ MRFTA มีแนวคิดที่มุ่งเน้นถึงผู้เสียหาย (victim-oriented perspective) จึงมุ่งคุ้มครองคู่ค้าที่ต้องเสียหายจากการถูกเปลี่ยนตัวคู่สัญญาเป็นสำคัญ แตกต่างจากแนวคิดของ Sherman Act ที่มุ่งเน้นถึงตลาด (market-oriented perspective) ฉะนั้นการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาที่มีผลเป็นการกำจัดให้ผู้ถูกปฏิเสธออกไปจากตลาดจึงต้องการเหตุผลที่เพียงพอเพื่อนำมาหักล้างข้อสันนิษฐานเรื่องเจตนาอย่างไม่เป็นธรรม และยังทำให้นักกฎหมายชาวสาธารณรัฐเกาหลีบางรายเกิดความเข้าใจไปอีกว่า บ่อยครั้งที่มาตรา 23 ของ MRFTA สามารถบังคับใช้ควบคุมพฤติกรรมที่อยู่นอกเหนือขอบเขตการบังคับใช้ตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และมาตรา 5 ของ FTC Act ได้ กล่าวคือ มาตรา 23 แห่ง MRFTA เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองคู่แข่ง นอกเหนือไปจากการคุ้มครองการแข่งขันด้วย⁵¹⁵

5) ผลกระทบของการปฏิเสธ

⁵¹¹ Constitutional Court [Const. Ct.], 2005HunMa1005, (*Samsung Networks I*), Oct. 30, 2008, § 3.Ga. Da. (S. Kor.).

⁵¹² Constitutional Court [Const. Ct.], 2005HunMa818, (*Hyundai Motors*), Mar. 30, 2006, §§ 3-4 (S. Kor.).

⁵¹³ Constitutional Court [Const. Ct.], 2001HunMa381, (*S1*), June 27, 2002, §§ 2, 3.Na. (S. Kor.).

⁵¹⁴ Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 142-143.

⁵¹⁵ *Ibid.*, 144.

อย่างที่อธิบายมาในหัวข้อวัตถุประสงค์ของมาตรา 23 ของ MRFTA แล้วว่า บทบัญญัติใน MRFTA ทุกเรื่อง ทั้งบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ต่างมีวัตถุประสงค์หลัก “เพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี...” ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1 ของ MRFTA ดังนั้นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจึงต้องส่งผลกระทบต่อการแข่งขันถึงจะเป็นความผิดตาม MRFTA

แต่บทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 นี้ เป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองการแข่งขันตั้งแต่ก่อนจะเกิดความเสียหายต่อการแข่งขันขึ้นเสียอีก เห็นได้จากองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 23 ที่ต้องการเพียง “แนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม”

คำว่าแนวโน้มตามมาตรา 23 นี้ KFTC ได้อธิบายไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ข้อที่ III.1.(B) ว่าหมายถึงพฤติกรรมที่ได้ทำลายการค้าที่เป็นธรรมไปแล้ว รวมถึงพฤติกรรมที่มีความเป็นไปได้สูงว่าจะทำลายการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งคำว่า “แนวโน้ม” นี้ปรับใช้กับกรณีที่มีความเป็นไปได้ว่าจะทำลายการค้าที่เป็นธรรมนั้นยังมีอยู่เพียงเล็กน้อย หรือยังไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม

ในทางปฏิบัติ KFTC ได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าในสถานการณ์เช่นใดที่การแข่งขันจะถูกจำกัดไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ข้อที่ V.1.(B)(2)(B) โดยระบุว่า KFTC จะพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

1. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธนั้นสามารถหาคู่สัญญาอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้หรือไม่ ถ้าสามารถหาแทนได้โดยง่ายและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจเพิ่มเติมมาก ก็แสดงว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นมีเพียงเล็กน้อย
2. การปฏิเสธทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ ถึงขนาดเป็นเรื่องยากต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่จะสามารถดำเนินธุรกิจอยู่ต่อไปได้
3. การปฏิเสธทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่อคู่แข่ง (รวมถึงต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่กำลังจะเข้ามาแข่งขัน)

3.3.6.2 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

แม้จะปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายอยู่ในแนวปฏิบัติของ KFTC ทั้งแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและแนวปฏิบัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ แต่ก็ยังเป็นเพียงการให้นิยามของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้เท่านั้นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 หรือมาตรา 3-2 ได้นั้นหมายความรวมถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายด้วย แต่ก็มีได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธประเภทนี้ไว้โดยละเอียด แม้กระทั่ง KFTC จะเคยมีประสบการณ์ในการวินิจฉัยคดีที่มีประเด็นฟ้องร้องกันเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้มาแล้วในคดี *RITCO*⁵¹⁶ แต่ในคดีนี้ก็ยังมีทั้งประเด็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้และโดยปริยายรวมกันมา KFTC จึงวินิจฉัยรวมกันโดยมิได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธประเภทนี้ออกมาอย่างชัดเจน หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลีนี้จึงมีรายละเอียดปรากฏไม่มากนัก

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีความเห็นของ KFTC ได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายภายใต้ MRFTA เอาไว้อย่างคร่าว ๆ ว่า

1. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจตั้งราคาหรือกำหนดเงื่อนไขที่ไม่สมเหตุสมผลถึงขนาดที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งในความเป็นจริงหรือในทางเศรษฐกิจ หรือ
2. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาอย่างเห็นได้ชัดแจ้งหรือมีการตั้งเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายอื่น

การกระทำทั้ง 2 ข้อด้านบนนี้อาจจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 23 หรือมาตรา 3-2 ได้⁵¹⁷

⁵¹⁶ RITCO, KFTC 2006-221, 2005GyungChok2649, § 2.Ga.

⁵¹⁷ Korea Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 9.

3.3.6.3 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา

ในปัจจุบันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการกีดกันราคาไว้เป็นการเฉพาะและยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับพฤติกรรมชนิดนี้ที่ชัดเจนทั้งตามมาตรา 3-2 และมาตรา 23 ของ MRFTA เนื่องจากการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่มีความซับซ้อนอีกทั้งยังไม่เคยปรากฏว่ามีการฟ้องร้องเป็นประเด็นโดยตรงในคดีใดเลย⁵¹⁸ ซึ่ง KFTC เองก็เห็นว่าควรมีการพัฒนากฎหมายพร้อมทั้งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดเพื่อที่จะสามารถควบคุมการกีดกันราคาที่จะเกิดขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลีได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵¹⁹

แม้ในปัจจุบันจะยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับการกีดกันราคาโดยตรง แต่ก็สามารถปรับใช้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมชนิดอื่น ๆ ที่ใกล้เคียงและมีความสัมพันธ์กับการกีดกันราคาอันได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้และโดยปริยายและการกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติรวมทั้งการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจูงใจจัดคู่แข่งขึ้น เพื่อรอหลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันราคาที่ชัดเจนต่อไปในอนาคต

3.3.7 ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act

ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.1.A.(3)(C) ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย (concerted refusal to deal) ถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA ดังนั้นพฤติกรรมนี้จึงเป็นความผิดจนกว่าผู้ถูกกล่าวหาจะพิสูจน์ได้ว่าการร่วมกันปฏิเสธเช่นนั้นมิใช่เหตุผลอันสมควร แตกต่างจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวซึ่งแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.1.B.(B) ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นความผิดตาม MRFTA จนกว่าผู้กล่าวหาจะพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มที่จะขจัดการแข่งขัน ฉะนั้นหนทางที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะหลุดพ้นจากความรับผิดตาม

⁵¹⁸ Ibid.

⁵¹⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 156.

มาตรา 23 ได้ก็คือต้องพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการปฏิเสธที่เป็นธรรมหรือก็คือเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผล (reasonable circumstance)⁵²⁰ และการปฏิเสธนั้นไม่มีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งมีข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นความรับผิดตามมาตรา 23 ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของ KFTC และแนวปฏิบัติของ KFTC ดังนี้

1) ข้อต่อสู้ในเรื่องเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ

ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(C) ระบุว่า แม้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจะส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน แต่ถ้ามหาผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ถูกฟ้องร้องนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธของตนทำขึ้นโดยมีเหตุผล และมีความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ แสดงว่าการปฏิเสธเช่นนั้นเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลจึงไม่ถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด เช่น

1.1) ข้อต่อสู้ว่ามีสินค้าไม่เพียงพอต่อความต้องการ

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(C)(1) ระบุว่าในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายได้ตามปริมาณที่ต้องการเนื่องจากสินค้าที่สำรองไว้ไม่เพียงพอหรือความสามารถในการผลิตมีไม่เพียงพอ การปฏิเสธในกรณีเช่นนี้ถือว่ามีเหตุผลและไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA

1.2) ข้อต่อสู้ว่าผู้ถูกปฏิเสธขาดความน่าเชื่อถือ

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(C)(2) ระบุว่าในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธนั้นขาดความน่าเชื่อถือในการประกอบธุรกิจ เช่น ใกล้เคียงล้มละลาย หรือมีความผิดพลาดในการประกอบธุรกิจ หรือหากผู้ปฏิเสธยอมทำธุรกิจด้วยแล้วจะทำให้ผู้ปฏิเสธต้องประสบกับสภาวะการล้มละลายเสียเอง การปฏิเสธในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีเหตุผลและไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA

⁵²⁰ Korea Fair Trade Commission, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 9.

ตัวอย่างเช่น ในคดี *Woolim*⁵²¹ ศาล Seoul High Court ได้ตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในคดีนั้นมีใช้การปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 เนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธในคดีนี้ขาดความน่าเชื่อถือโดยมีทรัพย์สินที่เอาไว้อ้างประกันหนี้เหลืออยู่น้อยมาก⁵²²

1.3) ข้อต่อสู้เรื่องประสิทธิภาพและสวัสดิภาพของผู้บริโภค

ตามแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(C)(3) ระบุว่าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นให้ผลเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในด้านต่าง ๆ และเพิ่มสวัสดิภาพของผู้บริโภคมากกว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ในกรณีเช่นนี้ถือว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีเหตุผลและไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 23 ของ MRFTA

1.4) ข้อต่อสู้เรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น

หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ผู้ปฏิเสธสามารถยกข้อต่อสู้ที่ปรากฏในแนวปฏิบัติเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบของ KFTC ข้อที่ IV.3.(C)(4) ดังต่อไปนี้ขึ้นเพื่ออ้างว่าการปฏิเสธของตนนั้นมีเหตุผลอันชอบธรรมได้ซึ่งจะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 3-2 และมาตรา 23 ของ MRFTA

a. หากผู้ประกอบการยินยอมให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแล้วจะเกิดปัญหาเรื่องผลตอบแทนที่เป็นธรรมสำหรับการลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นขึ้นเป็นอย่างมาก เช่น เมื่อยอมให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนแล้วจะทำให้ตนไม่ได้รับผลตอบแทนที่เป็นธรรมจากการที่ตนต้องลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นขึ้นมา อย่างไรก็ตาม หากมีการให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกเช่นนั้นแล้วทำให้การแข่งขันในตลาดเพิ่มมากขึ้นจนทำให้ได้รับกำไรลดลง ในกรณีเช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีปัญหาเรื่องผลตอบแทนที่เป็นธรรม

b. ไม่สามารถให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นได้เนื่องจากจะต้องจัดหาให้กับผู้ใช้ที่มีจำนวนมากเกินไป

⁵²¹ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94Gu39927, May 23, 1996 (S. Kor.).

⁵²² Sale Kwon, "Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*: 110-111.

c. หากมีการให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแล้วคุณภาพของการให้บริการอาจลดลงเป็นอย่างมาก

d. การให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นเป็นไปได้ในทางเทคนิค เนื่องจากจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขทางเทคนิคนั้นได้

e. มีข้อกังวลว่าการให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในด้านความปลอดภัยต่อชีวิตหรือต่อร่างกายของลูกค้าผู้ใช้บริการ

1.5) ข้อต่อสู้ที่มีเหตุผลประการอื่น

นอกจากข้อต่อสู้เรื่องอื่น ๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(C)(4) ยังเปิดกว้างอีกว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธอาจอ้างเหตุผลอันชอบธรรมประการอื่น ๆ ได้อีกซึ่งก็สามารถทำให้ KFTC และศาลเห็นว่า การปฏิเสธอันเนื่องมาจากเหตุผลประการอื่น ๆ เช่นนั้นมิได้มีความผิดตามมาตรา 3-2 และมาตรา 23 ของ MRFTA ได้เช่นกันซึ่งเหตุผลประการอื่น ๆ นั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเป็นรายกรณีไป

ตัวอย่างเช่นในคดี *SK Telecom*⁵²³ ศาล Seoul High Court และศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีรับฟังเหตุผลของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการดาวน์โหลดไฟล์เพลง MP3 ด้วยวิธีการที่ผิดกฎหมายซึ่งเป็นการป้องกันมิให้มีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา จึงเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้ศาล Seoul High Court และศาลฎีกาเห็นว่า การปฏิเสธในคดีนี้ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 3-2 แต่อย่างใด

หลักเกณฑ์ที่ KFTC และศาลได้วางหลักไว้ทั้งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดรวมทั้งข้อต่อสู้ต่าง ๆ จะช่วยให้การบังคับใช้ 23 แห่ง MRFTA เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีความชัดเจนมากขึ้น

3.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ก่อนที่ผู้เขียนจะทำการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เขียนได้ศึกษาถึงการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของสหภาพยุโรปก่อน แต่ปรากฏว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมการ

⁵²³ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 2007Nu8623, Dec. 27, 2007 (S. Kor.). aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2008Du1832, Oct. 13, 2011 (S. Kor.).

ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่เพียงบพัญญูเดียวซึ่งก็คือบพัญญูเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบ (Abuse of Dominant Position) ตามมาตรา 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁵²⁴ หรือมาตรา 82 ของสนธิสัญญายุโรปเดิมนั้น

มาตรา 102 ของ TFEU บัญญัติห้ามผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและระบุพฤติกรรมที่มีขอบเอาไว้ 4 พฤติกรรมซึ่งถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดได้กระทำพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ก็นับเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมทั้ง 4 ที่ระบุเอาไว้ไม่ใช่พฤติกรรมทั้งหมดที่เป็นความผิดเป็นเพียงแค่กรยกตัวอย่างเอาไว้เท่านั้นซึ่งยังหมายความรวมถึงพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเอง (exploitative abuses) และพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเพื่อขจัดการแข่งขัน (exclusionary abuses) อื่น ๆ อีกหลายพฤติกรรม เช่น การขายพ่วง การกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) การกำหนดราคาสินค้าที่สูงเกินไป (excessive pricing) ตลอดจนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว⁵²⁵

จากองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 102 ของ TFEU นี้ จะเห็นได้ว่าผู้ประกอบการที่จะมีความผิดตามมาตรานี้ได้จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นจะต้องมีโอกาสส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกได้ ตามแนวคิดเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบที่ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดี *Hoffmann-La Roche & Co. AG v*

⁵²⁴ Article 102 of Treaty on the Functioning of the European Union “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal 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.”

⁵²⁵ Sara Fredriksson, "When the refusal to deal becomes an abuse of a dominant position A study of how article 82 EC Treaty limits the freedom of action for undertakings in a dominant position" (Master thesis, Faculty of law, Lund University, 2001), pp. 6-8.

*Commission*⁵²⁶ ว่า “แนวคิดเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบเป็นแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอันมีอิทธิพลต่อโครงสร้างตลาดซึ่งทำให้ระดับการแข่งขันในตลาดลดน้อยลง โดยการใช้วิธีการที่แตกต่างไปจากการดำเนินธุรกิจตามปกติจนก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นอุปสรรคต่อการที่จะรักษาระดับการแข่งขันที่มีอยู่ในตลาดหรือเป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริมการแข่งขัน” สรุปโดยสาระสำคัญตามมาตรา 102 ของ TFEU ก็คือว่าการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบที่จะเป็นความผิดนั้นจะต้องแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (anti-competitive effect)⁵²⁷ เมื่อพบบัญญัติตามมาตรา 102 ของ TFEU เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้นจึงไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่มุ่งศึกษาเฉพาะบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ส่วนบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรปนั้นมีความแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ที่กล่าวถึงก่อนหน้านี้ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีรวมทั้งประเทศไทย เนื่องด้วยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นปรากฏขึ้นครั้งแรกตามมาตรา 5 แห่งกฎหมาย The Federal Trade Act (FTC Act) ค.ศ. 1914 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาในปี ค.ศ. 1947 จึงได้เผยแพร่มายังประเทศญี่ปุ่นโดยปรากฏอยู่ในมาตรา 19 และมาตรา 2(9) ของ AMA จากนั้นในปี ค.ศ. 1980 สาธารณรัฐเกาหลีเห็นประโยชน์และความจำเป็นของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจึงได้รับเข้ามาไปบัญญัติเป็นมาตรา 23 ของ MRFTA⁵²⁸ หลังจากนั้นประเทศไทยก็รับเอาบทบัญญัติในเรื่องนี้มาบัญญัติเป็นมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือตามมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน ดังนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและไทยจึงมีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน แตกต่างไปจากสหภาพยุโรปที่มีได้รับเอาแนวคิดเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันมีต้นกำเนิดมาจากมาตรา 5 แห่ง FTC Act ของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นนี้มาด้วย ทำให้แนวคิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรปจึงมีความแตกต่างจากอีก 4 ประเทศที่กล่าวมา

⁵²⁶ Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities [1979] ECR 46, para.91.

⁵²⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, pp. 201-202.

⁵²⁸ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 195-200.

กฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Commercial Practices) ของสหภาพยุโรปปรากฏอยู่ใน Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค (business-to-consumer) และมุ่งเน้นคุ้มครองผู้บริโภคจากการหลอกลวงและคุกคามเป็นสำคัญ โดยมีบทบัญญัติเช่น การโฆษณาที่เป็น การหลอกลวง (misleading commercial practices) หรือ การโฆษณาที่เป็นการคุกคาม (aggressive commercial practices) เป็นต้น ดังนั้นจึงไม่มีประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน⁵²⁹

ด้วยเหตุที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปให้การควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบเพียงอย่างเดียว อีกทั้งบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหภาพยุโรปมีความแตกต่างไปจากบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและไทย ดังนั้นผู้เขียนจึงมุ่งลงไปศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปว่ามีการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไร และมีการควบคุมพฤติกรรมนี้โดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียงกันหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวให้ศึกษามาก เนื่องด้วยมีการแบ่งการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวออกเป็นหลายระดับ ทั้งการควบคุมโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบ (Prohibited Conduct of Dominant Undertakings) หรือโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (Prohibited Conduct of Undertakings with Relative Market Power) หรือโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (Prohibited Conduct of Undertakings with Superior Market Power) และโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังมีคดีความเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นให้ศึกษาเป็นจำนวนหลายคดี จึงเป็นประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.

⁵²⁹ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 13.

2560 ด้วยเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงเลือกที่จะศึกษาการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีชื่อว่า Act against Restraints of Competition หรือที่นิยมเรียกกันว่า Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ซึ่งเพิ่งมีการแก้ไขปรับปรุงเป็นครั้งที่ 8 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2013⁵³⁰ แต่การแก้ไขดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญของบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแต่อย่างใดมีแต่เพียงการย้ายบทบัญญัติบางมาตราเท่านั้น ส่วนกฎหมายว่าด้วยเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากออกมาจาก GWB มีชื่อว่า Act Against Unfair Competition หรือที่นิยมเรียกกันว่า Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) แตกต่างจากประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและไทยที่นำเอาบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาบัญญัติรวมอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่ง UWG เองก็เพิ่งมีการแก้ไขและมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2015⁵³¹ แต่ไม่กระทบต่อสาระสำคัญของบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นเดียวกัน เมื่อพิจารณา GWB และ UWG ประกอบกันแล้วพบว่าในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่ 5 ระดับ โดยอาศัยบทบัญญัติ 4 มาตราด้วยกัน มีรายละเอียดดังนี้

1. การควบคุมตามบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบ (Abuse of Dominant Position) ตามมาตรา 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) โดยหลักแล้วคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundeskartellamt) จะปรับใช้มาตรานี้หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก ส่วนในกรณีที่การปฏิเสธไม่ส่งผล

⁵³⁰ Christian Bürger and Sascha Kehmann, "German Competition Laws Amended The 8th Amendment of the German Act against Restraints of Competition," [Online] Accessed: 16 June 2017. Updated: 5 July 2013. Available from:

https://www.goerg.de/en/news/legal_updates/german_competition_laws_amended_the_8th_amendment_of_the_german_act_against_restraints_of_competition.39748.html

⁵³¹ C. Holger Folz, "Amendment to the German Act against Unfair Competition (UCA)," [Online] Accessed: 16 June 2017. Updated: 2 February 2016. Available from: https://www.goerg.de/en/news/legal_updates/german_competition_laws_amended_the_8th_amendment_of_the_german_act_against_restraints_of_competition.39748.html

กระทบถึงการค้ำระหว่างรัฐสมาชิก Bundeskartellamt จะปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 19 หรือ 20 ของ GWB แทน⁵³²

2. การควบคุมตามบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบ (Abuse of Dominant Position) ตามมาตรา 19 ของ Act against Restraints of Competition (GWB)⁵³³ Bundeskartellamt จะปรับใช้มาตรานี้หากเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“(1) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ

(2) การใช้อำนาจโดยไม่ชอบนั้นได้แก่กรณีที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ซื้อสินค้าหรือบริการได้กระทำการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. กีดกันผู้ประกอบการรายหนึ่งไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการรายหนึ่งแตกต่างออกไปจากผู้ประกอบการอื่นไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร;

2. ...;

3. ...;

⁵³² Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 2.

⁵³³ มาตรา 19 ของ Act against Restraints of Competition (GWB) บัญญัติว่า

“(1) *The abuse of a dominant position by one or several undertakings is prohibited.*

(2) *An abuse exists in particular if a dominant undertaking as a supplier or purchaser of a certain type of goods or commercial services*

1. *directly or indirectly impedes another undertaking in an unfair manner or directly or indirectly treats another undertaking differently from other undertakings without any objective justification;*

2. *...;*

3. *...;*

4. *refuses to allow another undertaking access to its own networks or other infrastructure facilities against adequate consideration, provided that without such joint use the other undertaking is unable for legal or factual reasons to operate as a competitor of the dominant undertaking on the upstream or downstream market; this shall not apply if the dominant undertaking demonstrates that for operational or other reasons such joint use is impossible or cannot reasonably be expected;*

5. *...”*

4. ปฏิเสธไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้เข้าถึงโครงข่ายหรือสาธารณูปโภคที่จำเป็น แม้จะได้รับค่าตอบแทนอย่างเพียงพอและการปฏิเสธนั้นส่งผลทั้งในทางความเป็นจริงและในทางกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นไม่สามารถดำเนินธุรกิจในฐานะคู่แข่งชั้นของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต่อไปได้ทั้งในตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ ข้อความในข้อนี้จะไม่บังคับใช้ถ้าหากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแสดงให้เห็นได้ว่าหากอนุญาตให้ใช้โครงข่ายหรือสาธารณูปโภคที่จำเป็นร่วมกันแล้วโครงข่ายหรือสาธารณูปโภคเช่นนั้นจะไม่สามารถปฏิบัติงานได้หรือมีเหตุผลประการอื่น;

5. ...”

มาตรา 19(1) ของ GWB บัญญัติห้ามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจตลาดของตนโดยมิชอบเช่นเดียวกับมาตรา 102 วรรคแรกของ TFEU ส่วนมาตรา 19(2) ของ GWB นี้ระบุพฤติกรรมที่มีขอบเอาไว้ 5 พฤติกรรมซึ่งเป็นเพียงการยกตัวอย่างพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นความผิดเอาไว้เท่านั้นเช่นเดียวกับมาตรา 102 ของ TFEU ในการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 19 ของ GWB นี้ Bundeskartellamt จะปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 19(2) ข้อ 1 เรื่องการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม (impede another undertakings in an unfair manner) และบทบัญญัติตามมาตรา 19(2) ข้อ 4 เรื่องการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายหรือสาธารณูปโภคที่จำเป็น (refuse to allow another undertakings access to its own networks or other infrastructure facilities) หากสิ่งที่ปฏิเสธนั้นมีลักษณะเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น⁵³⁴

3. การควบคุมตามบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (relative market power) ตามมาตรา 20(1)⁵³⁵ ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

⁵³⁴ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 3.

⁵³⁵ มาตรา 20(1) ของ Act against Restraints of Competition (GWB) บัญญัติว่า "(1) § 19(1) in conjunction with paragraph 2 no. 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings to the extent that small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of a certain type of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of switching to other undertakings do not exist (relative market power). A supplier of a certain type of goods or commercial services is presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this supplier regularly grants to this purchaser, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers."

“(1) ให้นำเอามาตรา 19(1) ประกอบกับมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 มาปรับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ประกอบธุรกิจจำพวกผู้จัดจำหน่ายหรือเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการต้องพึงพาดนในลักษณะที่ไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น (เรียกผู้ประกอบธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมต้องพึงพาวว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือ *relative market power*) ในกรณีที่เป็นผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ซื้อสินค้าหรือบริการให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าต้องพึงพาดผู้ประกอบธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการเช่นนั้นให้...”

มาตรา 20(1) บัญญัติให้นำมาตรา 19(2) ข้อ 1 เรื่องการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมมาใช้หากเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมิได้กระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดแต่เป็นกระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (*relative market power*)

4. การควบคุมตามบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (*superior market power*) ตามมาตรา 20(3)⁵³⁶ ของ Act against Restraints of Competition (GWB) หากผู้ปฏิเสธไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแต่เป็นเพียงผู้มีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า *Bundeskartellamt* ก็จะปรับใช้มาตรา 20(3) ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“(3) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (*superior market power*) เมื่อเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ใช้อำนาจตลาดที่ตนมีในการกีดกันคู่แข่งชั้นเช่นนั้นไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม การกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมดังกล่าวหมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าได้กระทำการดังต่อไปนี้

⁵³⁶ มาตรา 20(3) ของ Act against Restraints of Competition (GWB) บัญญัติว่า “(3) *Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors may not abuse their market position to impede such competitors directly or indirectly in an unfair manner. An unfair impediment within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking*

1. *offers food within the meaning of § 2(2) of the German Food and Feed Code [Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch] below cost price, or*

2. *offers other goods or commercial services not just occasionally below cost price, or*

3. *demands from small or medium-sized undertakings with which it competes on the downstream market in the distribution of goods or commercial services a price for the delivery of such goods and services which is higher than the price it itself offers on such market,*

unless there is, in each case, an objective justification. ...”

1. ...

2. ...

3. จำหน่ายสินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งชั้นของตนในตลาดปลายทางในราคาสูงกว่าที่ตนจำหน่ายให้กับลูกค้าในตลาด (ลูกค้าในตลาดปลายทางหรือที่มักเรียกว่าตลาดค้าปลีก)

เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควรสำหรับการกระทำนั้น...”

เห็นได้ว่ามาตรา 20(3) นี้เป็นบทบัญญัติเรื่องกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกับมาตรา 19(2) ข้อ 1 และมาตรา 20(1) แต่มาตรานี้บังคับใช้ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเป็นเพียงผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าเท่านั้น และนอกเหนือจากบทบัญญัติเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยทั่วไปนั้นยังมีบทบัญญัติเรื่องการกีดกันราคาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วยในมาตรา 20(3) ข้อ 3 ซึ่งถูกจัดเป็นตัวอย่างหนึ่งของการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม⁵³⁷

5. การควบคุมตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตาม 3(1) ประกอบมาตรา 4 ข้อที่ 4⁵³⁸ ของ Act Against Unfair Competition (UWG) ซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นความผิดต่อกฎหมาย

ความไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลใดจงใจกีดขวางคู่แข่งชั้น”

หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีลักษณะเป็นการจงใจกีดขวางคู่แข่งชั้น ก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

3.4.1 วัตถุประสงค์ของมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย GWB ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือในตัวกฎหมาย GWB แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้สามารถสรุปได้จากที่มาในการตรากฎหมาย จากบริบทแวดล้อมตลอดจนจากหน้าที่ของตัว GWB เอง

⁵³⁷ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 3-4.

⁵³⁸ มาตรา 3(1) ประกอบมาตรา 4 ข้อที่ 4 ของ Act Against Unfair Competition (UWG) บัญญัติว่า *“Unfair commercial practices shall be illegal. Unfairness shall have occurred where a person deliberately obstructs competitors.”*

GWB ประกาศใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1958 โดยได้รับอิทธิพลจากกลุ่มนักวิชาการที่มีแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด (Ordoliberalism) จากมหาวิทยาลัยไฟรบวร์ก (Freiburg school) นำโดย Walter Eucken, Franz Böhm และ Alfred Müller-Armack ซึ่งเชื่อถือและยึดถือหลักเสรีภาพของตลาดและผู้มีส่วนร่วมในตลาดที่เป็นเอกชนมิใช่ภาครัฐ นักวิชาการกลุ่มนี้ต่อต้านการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงเศรษฐกิจและจำกัดหน้าที่ของรัฐให้เป็นเพียงแค่ผู้กำกับดูแลกฎระเบียบเท่านั้น แนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โดนี้เป็นรากฐานของเศรษฐกิจระบบตลาดและสังคมที่เสรีและเป็นธรรม (free and fair social market economy) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁵³⁹

วัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ร่าง GWB (ปรากฏอยู่ในเอกสารแนบท้ายที่ 1 หน้าที่ 21f ของการร่างกฎหมายระยะที่ 2) ระบุว่า กฎหมายฉบับนี้ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า “การแข่งขันทางเศรษฐกิจเป็นลักษณะทางเศรษฐกิจที่สำคัญและเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดของระบบเศรษฐกิจและรัฐควรจะเข้ามาแทรกแซงในระบบตลาดเพียงเฉพาะกรณีที่น่าจำเป็นสำหรับการรักษาตลาดหรือการกำกับดูแลตลาดในสถานะที่ตลาดไม่สามารถมีการแข่งขันได้อย่างเต็มที่” สรุปวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของผู้ร่าง GWB ได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองการแข่งขันที่เสรีเป็นสถาบัน (free competition as an institution) ในการสอบสวนดำเนินคดีความต่าง ๆ ก็มุ่งไปที่พฤติกรรมที่กระทบต่อกระบวนการการแข่งขันเท่านั้น⁵⁴⁰

การคุ้มครองการแข่งขันเป็นสถาบัน หมายถึง การรักษาให้กระบวนการทางการตลาด (market process) เปิดอยู่ตลอดเวลา กล่าวคือ การมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจของผู้มีส่วนร่วมในตลาดในการตัดสินใจลงมือทำตามสิ่งที่พวกเขาได้คิดแล้วว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุด ถ้ายึดหลักทฤษฎีนี้แล้ว การแข่งขันจะช่วยส่งเสริมวัตถุประสงค์ในทางเศรษฐกิจ เช่น การกระจายรายได้ที่เป็นธรรม การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้บริโภคและความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ในขณะที่เดียวกัน การแข่งขันยังทำให้บรรลุปเป้าหมายในทางอภิเศรษฐศาสตร์ เช่น การควบคุมอำนาจทางเศรษฐกิจ และการปกป้องเสรีภาพของตัวละครทางเศรษฐกิจ ซึ่งก็เป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักเสรีภาพและความเท่าเทียมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 2(1) และมาตรา 3⁵⁴¹

เมื่อพิจารณาปรัชญาทางกฎหมายของบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมที่มีขอบ (abuse control) อันได้แก่มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 21 ของ GWB ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐ

⁵³⁹ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, p. 2.

⁵⁴⁰ Ibid.

⁵⁴¹ Ibid.

เยอรมนีได้ยอมรับว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมที่มีขอบนั้นมีเพื่อกำจัดอำนาจทางเศรษฐกิจในกรณีที่มีอำนาจดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อประสิทธิภาพของการแข่งขัน เพื่อส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค (Berlin Court of Appeals WuW/E OLG, 995, 999 – Handpreisauszeichner; Berlin Court of Appeals WuW/E OLG 1429, 1434 – DFB; Düsseldorf Higher Regional Court, decision of 21.2.2001, WuW/E DE-R 880, 883) ในสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าได้กระทำพฤติกรรมที่ไม่มีประสิทธิภาพต่อการแข่งขัน บทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมที่มีขอบจึงจำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำของผู้ประกอบการเหล่านั้นมิให้ไปทำลายบุคคลอื่นอันจะนำมาซึ่งการบ่อนทำลายโครงสร้างการแข่งขันและยังทำให้คู่แข่งเกิดอุปสรรคต่อการเข้าตลาดหรือนำมาซึ่งผลลัพธ์ที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอื่น ๆ (Düsseldorf Higher Regional Court WuW/E DE-R 867, 870 Germania; Berlin Court of Appeals WuW/E OLG 1983, 1985 – Rama-Mädchen; Berlin Court of Appeals WuW/E OLG 1599, 1606f – Vitamin B 12) การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีลักษณะเหล่านั้นมีขึ้นเพื่อรับรองว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านั้นจะไม่สามารถส่งผลกระทบต่อคู่แข่งได้เลยถ้าหากการแข่งขันได้รับการคุ้มครอง⁵⁴²

ในการประเมินคดีความต่าง ๆ (case assessment) ที่เกิดขึ้น การคุ้มครองการแข่งขันเป็นสถาบันหมายถึง ในการประเมินหรือพิจารณาคดีความต่าง ๆ Bundeskartellamt และศาลจะตรวจสอบหรือมุ่งความสนใจไปที่พฤติกรรมที่มีแนวโน้มส่งผลกระทบต่อการแข่งขันเท่านั้น ซึ่งการมุ่งความสนใจไปยังพฤติกรรมที่มีแนวโน้มส่งผลกระทบต่อการแข่งขันแสดงให้เห็นถึงเป้าหมายในการรักษาให้ตลาดมีการแข่งขันอยู่เสมอและการคุ้มครองการแข่งขันอย่างเสรีของผู้มีส่วนร่วมในตลาด ส่วนวัตถุประสงค์อื่น ๆ เช่น การสร้างประสิทธิภาพ การคุ้มครองผู้บริโภคหรือการคุ้มครองการจ้างงานและการจำกัดอำนาจทางเศรษฐกิจที่เข้มแข็งก็เป็นวัตถุประสงค์ที่ค้ำประกันถึงเช่นกัน แต่อาจแตกต่างกันออกไปตามแต่ละคดี⁵⁴³

นักกฎหมายชาวเยอรมนียังได้ถกเถียงกันต่อว่า นอกจาก GWB จะคุ้มครองการแข่งขันเป็นสถาบันแล้ว GWB ยังเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคและคุ้มครองคู่แข่งแต่ละรายด้วยหรือไม่ (protection of individual competitor) ซึ่งเป็นความจริงที่กฎหมายฉบับนี้ให้การคุ้มครองผู้บริโภคด้วย เนื่องจากการคุ้มครองการแข่งขันและการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นโดยหลักแล้วเป็น

⁵⁴² Ibid., 2-3.

⁵⁴³ Ibid., 3.

วัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ เมื่อการแข่งขันได้รับการคุ้มครองแล้ว ในท้ายที่สุดผลประโยชน์ก็จะตกอยู่กับตัวผู้บริโภคนั่นเอง (การคุ้มครองผู้บริโภคนี้เป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย GWB เช่นกัน เห็นได้จากเอกสารแนบท้ายที่ 1 หน้าที่ 21f ของการร่างกฎหมายระยะที่ 2 และได้รับการตัดสินยืนยันโดย Berlin Court of Appeals WuW/E OLG 995, 999 Handpreisauszeichner)⁵⁴⁴

แต่สำหรับแนวคิดที่ว่ากฎหมาย GWB มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจหรือคู่แข่งแต่ละรายนั้น อาจเกิดจากการที่นักกฎหมายบางรายเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการแต่ละรายในการดำเนินคดี (right of action) ถ้าหากผู้ประกอบการรายใดได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ บทบัญญัติเหล่านั้นได้แก่ มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 21 แห่ง GWB และแม้ว่ามาตราเหล่านี้จะบัญญัติให้สิทธิในการดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบการแต่ละราย เช่น คู่แข่งขันหรือลูกค้า แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตัดสินยืนยันไว้ในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมาว่า วัตถุประสงค์อันเป็นพื้นฐานของการคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายนั้นก็เพื่อรักษาหรือคงให้สภาพตลาดเปิดอยู่ตลอดเวลาและเพื่อคุ้มครองลูกค้า คู่แข่งขันหรือผู้ผลิต ที่อาจได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของทั้ง 3 มาตรานั้นมิได้มีเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการจากการแข่งขัน แต่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองการแข่งขันเป็นสถาบัน (Düsseldorf Higher Regional Court, decision of 21. 1. 2001, WuW/E DE-R 880, 883) กล่าวได้ว่า การคุ้มครองผู้ประกอบการหรือคู่แข่งแต่ละรายจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองการแข่งขันด้วยเช่นกัน เพราะฉะนั้นพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดผู้ประกอบการแต่ละรายเกิดสิทธิในการดำเนินคดี ดังนั้นการคุ้มครองผู้ประกอบการแต่ละรายจึงไม่สามารถแยกออกจากการคุ้มครองการแข่งขันได้เลย⁵⁴⁵ สรุปได้ว่าความเข้าใจที่ว่า GWB เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการหรือคู่แข่งแต่ละรายนั้นเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง

นอกจากนั้น GWB ยังมีบทบัญญัติพิเศษสำหรับคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ที่มีฐานะเป็นลูกค้า ผู้ผลิตหรือคู่แข่ง อันได้แก่ มาตรา 20(1) และ 20(3) บทบัญญัติที่กล่าวถึง SMEs เหล่านี้ปรากฏขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1980 ในการปรับปรุงแก้ไข GWB ครั้งที่ 4 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายเป็นอย่างมาก บทบัญญัติพิเศษนี้ถูกตราขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการ SMEs จากการถูกกีดกันอย่างไม่เป็นธรรม ในการแก้ไขปรับปรุง GWB ครั้งถัด ๆ มากมายยังคงเน้นความสำคัญของบทบัญญัติพิเศษนี้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองการแข่งขันและ SMEs (Begr. RegE, Drucks. 15/3640, S. 29 f.) และฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ Ibid.

สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็ยังคงบทยุติพิเศษนี้ไว้ แม้ว่าจะเป็นกรคุ้มครองที่เกินไปกว่าขอบเขตของกฎหมายสหภาพยุโรป⁵⁴⁶

ศาลฎีกาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ระบุความสำคัญของบทยุติพิเศษที่ให้ความคุ้มครอง SMEs จากการถูกกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมเอาไว้ว่า การคุ้มครอง SMEs ในที่นี้หมายถึงการรักษา (หรือสร้าง) ให้ผู้ประกอบการธุรกิจฝั่งอุปทาน (supply side) มีอยู่ในตลาดเป็นจำนวนมากและเพื่อเป็นการป้องกันกระบวนการต่อต้านการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม ดังนั้นผลกระทบของพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นกับ SMEs ต้องประเมินจากการที่ SMEs ถูกกีดกันหรือได้รับอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจตามปกติในตลาด (Federal Supreme Court, decision of 12.11.2002, WuW/E DE-R 1042, 1044 – Walmart) แนวคิดพื้นฐานของบทยุติพิเศษนี้มีอยู่ว่าการทำให้ตลาดของผู้ประกอบการ SMEs แคลงโดยหลักแล้วเป็นการจำกัดการแข่งขัน (Begr. RegE on the fifth amendment to the ARC (1989), Drucks. 11/4610, p. 23)⁵⁴⁷ สรุปได้ว่าแท้ที่จริงแล้วบทยุติพิเศษนี้เป็นบทยุติที่มุ่งคุ้มครองการแข่งขันโดยรักษาให้มีผู้ประกอบการ SMEs ฝั่งอุปทานอยู่ในตลาดหลาย ๆ ราย ซึ่งการมีผู้ประกอบการ SMEs อยู่ในตลาดเป็นจำนวนมากนั้นย่อมแสดงว่าตลาดดังกล่าวมีการแข่งขันและปราศจากการผูกขาด

ก่อนที่จะมีการใช้ถ้อยคำว่า SMEs ครั้งแรกใน GWB ฉบับปี ค.ศ. 1980 ในกฎหมาย GWB ฉบับปี ค.ศ. 1973 ก็มีมาตรา 26 ข้อที่ 2 ซึ่งมีบทยุติคล้ายคลึงกับมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ของ GWB ฉบับปัจจุบัน เพียงแต่ยังมีได้ใช้ถ้อยคำว่า SMEs ในมาตรา โดยกล่าวถึงการคุ้มครองผู้ประกอบการที่เป็นผู้จัดจำหน่าย (suppliers) หรือลูกค้า (customers) ที่ต้องพึ่งพาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการจำพวกผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้านั้นไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น ซึ่งศาลฎีกาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของมาตรา 26 ข้อที่ 2 ของ GWB ฉบับปี ค.ศ. 1973 เอาไว้ในคดี *Rossignol*⁵⁴⁸ ว่ามาตรานี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการจำพวกผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าแต่ละราย (protect single enterprise)⁵⁴⁹ ซึ่งการใช้ถ้อยคำเช่นนี้อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่ากฎหมายที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 26 ข้อที่ 2 ของ GWB ฉบับปี 1973 นี้ เป็น

⁵⁴⁶ Ibid., 4.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

⁵⁴⁹ Irene Snook and B.S. Markesinis, "Translated German Cases: *Rossignol*," [Online] Accessed: 27 June 2017.

กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจ มิได้มุ่งคุ้มครองการแข่งขันแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การตัดสินคดี *Rossignol* นี้ก็เป็น การตัดสินโดยใช้กฎหมายเก่าก่อนจะมีการใช้คำว่า SMEs เสียอีก ประกอบกับความเห็นของผู้ร่างกฎหมายหรือของศาลในคดีหลัง ๆ และ ความเห็นของ Bundeskartellamt เองก็เห็นพ้องต้องกันว่ามาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ของ GWB ฉบับปัจจุบันเป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขัน สรุปได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 21 แห่ง GWB ผู้ร่างกฎหมายล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือมุ่งคุ้มครองกระบวนการการแข่งขัน แม้ว่าถ้อยคำในมาตรา 20 จะมีการกล่าวถึง SMEs ก็ตาม⁵⁵⁰ แตกต่างไปจากบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งแต่ละราย (individual competitor) ในตลาด โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถูกบัญญัติอยู่ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจาก GWB ซึ่งมีชื่อว่า Act Against Unfair Competition หรือ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) โดยแท้จริงแล้ว UWG นี้เป็นการรับเอา Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market ของสหภาพยุโรปมาใช้เป็นกฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁵⁵¹ ทำให้แนวคิดเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใน UWG บางส่วนจึงเหมือนกับแนวคิดของสหภาพยุโรปอันเป็นกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เห็นได้จากใน UWG มีบทบัญญัติเรื่องการโฆษณาที่เป็นการหลอกลวงและการโฆษณาที่เป็นการคุกคาม เช่นเดียวกับ Directive 2005/29/EC ของสหภาพยุโรป แต่เมื่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนำเอา Directive 2005/29/EC ของสหภาพยุโรปมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ได้มีการนำเอามาปรับใช้ในขอบเขตที่กว้างกว่า กล่าวคือ พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ UWG นั้นมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครอง 3 สิ่งด้วยกัน ได้แก่ คู่แข่งคู่แข่ง คู่แข่งผู้บริโภคและผู้มีส่วนร่วมอยู่ในตลาดอื่น ๆ จากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และในขณะเดียวกันกฎหมายฉบับนี้ยังมุ่งคุ้มครองการแข่งขันมิให้ถูกบิดเบือนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งวัตถุประสงค์ของ UWG ทั้ง 3 ประการนี้ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 1 แม้กฎหมายฉบับนี้จะบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่คู่แข่งและผู้บริโภคอย่างชัดแจ้ง แต่ก็มีได้ทำให้กลายเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแต่อย่างใด

⁵⁵⁰ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, p. 5.

⁵⁵¹ Federal Ministry of Justice in cooperation with juris GmbH, "Germany Act Against Unfair Competition (version published on March 3, 2010)," [Online] Accessed: 14 September 2017. Updated: 2010. Available from: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=229700

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ยังถูกจำกัดขอบเขตไว้เพื่อคุ้มครองการแข่งขันและคู่แข่งอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การแข่งขัน ส่วนคู่แข่งอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน เช่น การคุ้มครองแรงงานหรือการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อม ไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใด⁵⁵² จะเห็นได้ว่า GWB และ UWG มี วัตถุประสงค์ที่เหมือนกันบางส่วนคือ เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองการแข่งขันเช่นเดียวกัน แต่มี ส่วนที่แตกต่างกันก็คือ UWG นั้นมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคู่แข่งจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่ เป็นธรรมด้วย เห็นได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 4 ของ UWG โดยเฉพาะมาตรา 4 ข้อที่ 4 ที่ให้ความ คุ้มครองคู่แข่งในแต่ละราย (individual Competitor) จากการถูกผู้ประกอบการอื่นกีดขวาง อย่างจงใจ และยังเป็นมาตราที่ถูกใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอีกด้วย

มาตรา 4 ข้อ 4 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของการคุ้มครองคู่แข่งจากพฤติกรรม ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม อันมีบทบัญญัติว่า

“ความไม่เป็นธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ใด

1. ...;

2. ...;

3. ...;

4. *จงใจกีดขวางคู่แข่ง”*

ในมาตรา 4 ข้อ 4 ระบุว่า การจงใจกีดขวางคู่แข่งจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่ เป็นธรรมซึ่งหมายถึงการกีดขวางเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในตลาดของคู่แข่งและ การกีดขวางคู่แข่งอันเป็นความผิดตามมาตรา 4 นี้หมายถึงการกีดขวางคู่แข่งแต่ละราย (individual competitor) หลักการดังกล่าวมีที่มาจากคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ (previous case law) ซึ่งตัวอย่างพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่เป็นการจงใจกีดขวางคู่แข่งนั้นได้แก่ การ ร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว การแย่งลูกค้าหรือลูกจ้าง (alienation of customers or employees) การกีดขวางไม่ให้ใช้เครื่องหมายการค้า การเลือกปฏิบัติ การทุ่ม ราคา และการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งเป็นต้น และการจงใจกีดขวางคู่แข่ง ที่เป็นความผิดตามมาตรา 4 นี้ ผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการกีดขวางจะต้องมีเจตนาที่จะกีดขวางหรือ เจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งด้วย นอกจากนั้นบทบัญญัติตามมาตรา 4 นี้ยังสอดคล้องกับมาตรา 20 ของ

⁵⁵² Jan Peter Heidenreich, "The New German Act Against Unfair Competition," [Online] Accessed: 17 June 2017. Updated: 22 November 2013. Available from: <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=349>

GWB (หรือปัจจุบันคือมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 และมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ของ GWB) ในเรื่องการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้นหากมีการจงใจกีดขวางคู่แข่งขึ้นเกิดขึ้นนอกจากจะฟ้องร้องตามมาตรา 4 ข้อ 4 ของ UWG ได้แล้ว ยังสามารถฟ้องร้องตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 หรือมาตรา 20(1) หรือมาตรา 20(3) ของ GWB ฉบับปัจจุบันเพื่อเรียกร้องให้มีการคุ้มครองที่นอกเหนือจาก UWG ได้อีกด้วย⁵⁵³ แสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้มีการตีความพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันคู่แข่งที่สอดคล้องกัน ดังนั้นเมื่อมีพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันคู่แข่งขึ้นเกิดขึ้นจึงอาจเป็นการละเมิดได้ทั้ง GWB และ UWG⁵⁵⁴ อาจกล่าวได้ว่าการกีดกันที่กระทบแค่เพียงคู่แข่งรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะจัดเป็นความผิดตามมาตรา 4 ข้อที่ 4 ของ UWG แต่ถ้าหากการกีดกันเช่นนั้นส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดถึงจะจัดเป็นความผิดตาม มาตรา 19(2) ข้อที่ 1 หรือมาตรา 20(1) หรือมาตรา 20(3) ของ GWB แล้วแต่กรณี

อย่างไรถึงจะเป็นการ “จงใจกีดขวางคู่แข่ง” ตามมาตรา 4 ข้อ 4 นี้ ศาล Germany’s Federal Court of Justice ได้วางหลักไว้ในคดี *Müller*⁵⁵⁵ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการจงใจกีดขวางคู่แข่งคดีหนึ่งว่า มิใช่ทุกพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดคู่แข่งเสียหายหรือเสียเปรียบจะถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นการจงใจกีดขวางคู่แข่งที่จะถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ข้อ 4 นั้นต้องมีใช่เป็นเพียงการกีดขวางที่ส่งผลให้คู่แข่งเสียหายเป็นอย่างมากเท่านั้น แต่ผู้ประกอบการที่ทำการกีดขวางจะต้องจงใจกีดขวางคู่แข่งไม่ให้พัฒนาธุรกิจของตนเองจนเป็นเหตุให้คู่แข่งดังกล่าวต้องถูกกำจัดออกไปจากตลาด หรือการกีดขวางนั้นจะต้องส่งผลให้คู่แข่งไม่สามารถดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดได้⁵⁵⁶

แม้มาตรา 4 ข้อ 4 ประกอบมาตรา 3 ของ UWG จะเป็นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Commercial Practices) อันมีชื่อเรียกใกล้เคียงกับมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มากที่สุด ดังนั้นการศึกษาเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยศึกษารณีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ H. Stephen Harris Jr., *Competition Laws Outside the United States: Chapter 7* (Illinois: American Bar Association, 2001), p. 31.

⁵⁵⁵ BGH Az. I ZR 137/15 – Müller (2016).

⁵⁵⁶ Verena Ahmann, "Redeeming competitor's coupons in Germany – a deliberate obstruction?," [Online] Accessed: 30 July 2017. Updated: 29 September 2016. Available from: <https://united-kingdom.taylorwessing.com/en/insights/brands-update-redeeming-competitors-coupons-in-germany-a-deliberate-obstruction>

ควรจะศึกษาจากมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วมาตรา 4 ข้อ 4 ประกอบมาตรา 3 ของ UWG นี้ มีลักษณะที่แตกต่างไปจากมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และมีประโยชน์ในการนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและประเทศไทยไม่มากนัก ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้

1. Bundeskartellamt ไม่มีหน้าที่ในการบังคับใช้ UWG เนื่องจากผู้มีสิทธิฟ้องร้องตาม UWG นี้ได้แก่ ตัวผู้แข่งขันเองและสมาคมต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 ของ UWG แตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของไทยมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ด้วย ดังนั้นมาตรา 4 ข้อ 4 ของ UWG และมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงมีความแตกต่างกัน

2. ไม่ปรากฏว่ามีการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ฟ้องร้องกันโดยอาศัยมาตรา 4 ข้อ 4 ของ UWG ให้ศึกษามากนักเนื่องจากเหตุผลด้านผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามที่กล่าวมา ประกอบกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภทยานั้นมีความซับซ้อนมาก จึงมักมีการฟ้องร้องกันโดยอาศัยมาตรา 19 และ 20 ของ GWB ผ่านการทำหน้าที่ของ Bundeskartellamt เป็นหลัก เห็นได้จากในระยะ 10 ปีมานี้ Bundeskartellamt ได้ทำหน้าที่สอบสวนและดำเนินคดีเชิงลึกต่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นจำนวนกว่า 10 คดีด้วยกัน⁵⁵⁷

3. นอกจากนั้นมาตรา 20 แห่ง GWB ยังเป็นมาตราที่มุ่งคุ้มครองการแข่งขันโดยเป็นมาตรการป้องกันกระบวนการต่อต้านการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม เช่นเดียวกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี ฉะนั้นมาตรานี้จึงมีความคล้ายคลึงสำหรับการนำมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ 3 ประเทศดังที่กล่าวมามากกว่ามาตรา 4 ข้อ 4 ประกอบมาตรา 3 แห่ง UWG

ดังนั้นการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (relative market power) ตามมาตรา 20(1) และพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่

⁵⁵⁷ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 5.

เหนือกว่า (superior market power) ตามมาตรา 20(3) ของ GWB จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความคล้ายคลึงและมีประโยชน์มากที่สุดในการนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วยเหตุผลที่อธิบายมาแล้วข้างต้นและเนื่องจากมาตรา 20 แห่ง GWB มีใช้บทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอย่างมาตรา 19 เพียงแต่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ได้แล้ว

3.4.2 องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

มาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) บัญญัติห้ามการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวผ่านถ้อยคำกว้าง ๆ ว่า ห้ามกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นถ้อยคำเดียวกันกับที่ใช้ในมาตรา 19(2) ข้อ 1 ดังนั้นทั้ง 3 มาตรานี้จึงสามารถนำมาศึกษาเทียบเคียงกันได้เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดที่เหมือนกันเพียงแต่มีองค์ประกอบความรับผิดที่แตกต่างกันบางประการเท่านั้น นอกจากนี้แนวคิดความเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นคดีที่ฟ้องร้องกันโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 19 เป็นหลัก เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มักเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมักเป็นการปฏิเสธที่ทำขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นจึงมีคดีให้ศึกษาตามมาตรา 19 มากกว่า ซึ่งองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) เทียบเคียงกับมาตรา 19(2) ข้อ 1 มีด้วยกันอยู่ 4 ประการดังนี้

1. เป็นผู้ประกอบธุรกิจ

ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งจะมีความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้นั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (dominant position undertaking) หากเป็นกรณีตามมาตรา 19(2) ข้อ 1 หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (relative market power undertaking) สำหรับกรณีตามมาตรา 20(1) หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (superior market power undertaking) สำหรับกรณีตามมาตรา 20(3) แต่เนื่องจากมาตรา 19(2) ข้อ 1 ไม่ได้อยู่ในขอบข่ายของการศึกษาจึงไม่ขออธิบายลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แต่จะอธิบายลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าข่ายความผิดตามมาตรา 20 แทน

1.1 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ

มาตรา 20(1) ได้อธิบายลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบเอาไว้ว่า เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ประกอบธุรกิจจำพวกผู้จัดจำหน่ายหรือเป็นผู้ซื้อสินค้าหรือบริการต้องพึ่งพาตนในลักษณะที่ไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น ในกรณีที่เป็นผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ซื้อสินค้าหรือบริการให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าต้องพึ่งพาผู้ประกอบธุรกิจที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการเช่นนั้นให้สอดคล้องกับตำรากฎหมายที่ได้อธิบายลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบเอาไว้ว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เข้มแข็งเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรายอื่น (มักประกอบธุรกิจเป็นผู้จัดจำหน่ายหรือเป็นผู้ซื้อสินค้า) ที่ต้องพึ่งพาอาศัยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เข้มแข็งดังกล่าวในลักษณะที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายที่ต้องพึ่งพานั้นไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น⁵⁵⁸

สรุปความสัมพันธ์ตามมาตรา 20(1) ได้ว่า เป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้งระหว่างผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ต้องพึ่งพา เมื่อใดที่ความสัมพันธ์ในแนวตั้งเช่นนี้เกิดขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ทางด้านบนก็ย่อมถูกสันนิษฐานว่ามีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ ถ้าหากผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ซื้อขนาดกลางและขนาดย่อมต้องพึ่งพาผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ในลักษณะที่ไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น⁵⁵⁹

1.2 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า

ส่วนผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าตามมาตรา 20(3) นั้นมีลักษณะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกัน ฉะนั้นความสัมพันธ์ตามมาตรา 20(3) นี้เป็นความสัมพันธ์ในแนวนอนระหว่างผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่ากับคู่แข่งกันในตลาดเดียวกันรายอื่น ๆ ที่มีขนาดกลางและขนาดย่อม โดยหลักแล้ว หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินว่าผู้ประกอบธุรกิจใดมีลักษณะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าตามมาตรา 20(3) หรือไม่นั้น ก็ใช้หลักเกณฑ์

⁵⁵⁸ Ulf Böge, "Dominant Firm Behavior under German Competition Law," in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law & Policy*, ed. Barry E. Hawk (New York: Juris Publishing, 2004), p. 143.

⁵⁵⁹ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, pp. 11-12.

เดียวกันกับการประเมินอำนาจเหนือตลาด (เช่น ส่วนแบ่งตลาด หรือการกีดกันการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น) แต่อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าตามมาตรา 20(3) กับผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็คือ อำนาจตลาดตามมาตรา 20(3) นั้นมิได้พิจารณาจากทั้งตลาดโดยรวมแต่พิจารณากับคู่แข่งรายอื่นที่มีขนาดเล็กกว่าเท่านั้น⁵⁶⁰

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างมาตรา 102 TFEU มาตรา 19 ของ GWB และมาตรา 20 ของ GWB แล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดที่เข้มแข็งตามมาตรา 20 นี้ มีขอบเขตที่กว้างกว่าบทบัญญัติตามมาตรา 19 ของ GWB และมาตรา 102 TFEU ที่ใช้ควบคุมเฉพาะกรณีผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น⁵⁶¹ ที่มาตรา 20 นี้สามารถบังคับใช้ได้กว้างกว่ามาตรา 102 ของ TFEU เนื่องจากอาศัยอำนาจตามมาตรา 3(2) ประโยคที่ 2 ของ Regulation (EU) 1/2003⁵⁶² ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเอามาตรา 101 และ 102 ของ TFEU มาปรับใช้เป็นกฎหมายภายในไว้ว่ารัฐสมาชิกไม่ถูกห้ามที่จะปรับใช้กฎหมายภายในเกี่ยวกับการลงโทษพฤติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ประกอบการธุรกิจให้เข้มงวดกว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้⁵⁶³

เหตุผลที่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติตามมาตรา 20 นี้เป็นเพราะว่าพฤติกรรมฝ่ายเดียวบางอย่างไม่ว่าจะเกิดในความสัมพันธ์แนวดิ่งหรือแนวนอน ก็อาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้แม้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้ลงมือทำพฤติกรรมนั้นจะไม่ถึงขนาดมีฐานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม ในทางปฏิบัติ GWB เปิดโอกาสให้มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (private enforcement) ภายใต้หลักการของกฎหมายวิธีสบัญญัติ โจทก์ผู้ฟ้องคดีมีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 102 TFEU หรือมาตรา 19 GWB แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม โดยส่วนใหญ่แล้วโจทก์จะไม่สามารถพิสูจน์ตามภาระการพิสูจน์ดังกล่าวได้เนื่องจากเอกชนไม่มีอำนาจสืบสวนสอบสวน (แม้ว่าในความเป็นจริงจำเลยจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและกำลังได้ประโยชน์จากสถานะเช่นนั้นอยู่ก็ตาม) ดังนั้นมาตรา 20 ของ GWB นี้จึงเป็นประโยชน์ต่อการบังคับคดีโดยเอกชนเนื่องจากการพิสูจน์สถานะการเป็นผู้ประกอบ

⁵⁶⁰ Ibid., 12.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² มาตรา 3(2) ประโยคที่ 2 ของ Regulation (EU) 1/2003 บัญญัติว่า “...Member States shall not under this Regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.”

⁵⁶³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 139.

ธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบตามมาตรา 20(1) หรือผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าตามมาตรา 20(3) สามารถพิสูจน์ได้ง่ายกว่า⁵⁶⁴

2. กีดกันผู้ประกอบการรายอื่นด้วยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

คำว่ากีดกันที่ปรากฏในมาตรา 19(2) ข้อ 1 และมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) นั้นหมายถึงพฤติกรรมตลาดที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกกีดกัน อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมที่เป็นการกีดกันนั้นไม่อาจนับว่าเป็นความผิดเพียงเพราะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่น หากแต่ต้องพิจารณาประกอบด้วยว่าพฤติกรรมเช่นนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ ตามที่ศาล Federal Court of Justice ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดี *Original VW Ersatzteile II* เมื่อวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 1981⁵⁶⁵ สอดคล้องกับพฤติกรรมโดยมิชอบตามมาตรา 82 EU (หรือมาตรา 102 TFEU ในปัจจุบัน) ที่ศาลยุติธรรมได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดี *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*⁵⁶⁶ ว่าหมายถึงพฤติกรรมที่ใช้วิธีการที่แตกต่างไปจากการดำเนินธุรกิจตามปกติ ซึ่งมีผลกระทบเป็นอุปสรรคต่อการที่จะรักษาระดับการแข่งขันที่มีอยู่ในตลาดหรือเป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริมการแข่งขัน⁵⁶⁷

ส่วนคำว่าปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยนิยามตามกฎหมายจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทใดก็ได้ที่มีแนวโน้มหรือส่งผลเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นก็สามารถเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดตามมาตรา 19(2) ข้อ 1 มาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ได้ทั้งสิ้น และจะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าในทางปฏิบัติปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายประเภท ได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ อันเป็นการแสดงเจตนาว่าจะไม่ทำธุรกิจด้วยโดยทั่ว ๆ ไป หรือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย อันเป็นการใช้ลูกเล่นในการชะลอการปฏิบัติตามสัญญาหรือกำหนดราคาสินค้าต้นน้ำให้สูงเกินกว่าปกติมากหรือการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอย่างไม่สมเหตุสมผล เป็นต้น หรือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา นอกจากนั้นแนวคิดเกี่ยวกับการกีดกันยังรวมไป

⁵⁶⁴ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, p. 12.

⁵⁶⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 139.

⁵⁶⁶ Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities [1979] ECR 46, para.91.

⁵⁶⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 139.

ถึงการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นลูกค้าหรือคู่แข่งอย่างไม่เท่าเทียมกันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย⁵⁶⁸

แนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นส่วนใหญ่ มักเป็นเรื่องการปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้าถึงโครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้าน โครงสร้างพื้นฐาน (refusal to access to networks or other infrastructure facilities) การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงโครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโครงสร้างพื้นฐานโดยแท้จริงแล้วก็คือ “การกีดกันวัตถุดิบต้นน้ำ (impede input)” เมื่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธ ไม่ให้เข้าถึงโครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโครงสร้างพื้นฐานเกิดขึ้นมาก ในปี ค.ศ. 1998 จึง ถูกนำมาบัญญัติเป็นตัวอย่างหนึ่งของการใช้อำนาจตลาดโดยไม่ชอบโดยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและยังคงปรากฏให้เห็นอยู่ในมาตรา 19(2) ข้อ 4 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน ซึ่งหลักเกณฑ์ ตามมาตรานี้มีอยู่ว่าผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดปฏิเสธไม่อนุญาตให้เข้าถึงโครงข่ายของตน หรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโครงสร้างพื้นฐานอื่น ๆ แม้ว่าผู้ประกอบการรายอื่นที่ขออนุญาต เข้าถึงนั้นจะได้ให้คำตอบแทนอันสมควรแล้วก็ตาม และการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงเช่นนั้นทำให้ผู้ประกอบการ รายอื่นไม่สามารถดำเนินธุรกิจอยู่ในสถานะคู่แข่งชั้นของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ได้ทั้งในตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ (เว้นแต่ว่าการให้เข้าถึงนั้นจะไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแท้จริง) ในสถานการณ์เช่นนี้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นย่อมมีความผิดตามมาตรา 19(2) ข้อ 4 ของ GWB⁵⁶⁹ อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 20 ของ GWB จะไม่ได้บัญญัติถึงการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึง โครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโครงสร้างพื้นฐานไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับมาตรา 19 แต่ การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงเช่นนี้ก็อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 20 ของ GWB ได้เช่นกัน เนื่องจาก เป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นอย่างหนึ่ง แต่ที่นำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 19 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็เพราะผู้ ประกอบธุรกิจที่ครอบครองหรือเป็นเจ้าของโครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโครงสร้าง พื้นฐานได้นั้นก็มักจะต้องเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั่นเอง

3. โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรืออย่างไม่เป็นธรรม

ในการอ้างเหตุผลอันสมควรของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้น ผู้ประกอบการซึ่ง เป็นผู้ปฏิเสธเป็นฝ่ายที่มีภาวะพิสดารและจากคติความต่าง ๆ ที่ศาลได้ตัดสินตามมาตรา 19 และ 20

⁵⁶⁸ Ibid., 139-140.

⁵⁶⁹ Ibid., 140.

ของ GWB องค์ประกอบเรื่องเหตุผลอันสมควรนี้จะต้องมีการชั่งน้ำหนักของผลประโยชน์ (weighing of interests) การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์นั้นเปิดโอกาสให้นำเอาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องหลาย ๆ ประการมาพิจารณาการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงเสมอในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ก็คือวัตถุประสงค์ของ GWB ซึ่งก็คือการประกันว่าจะมีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยปราศจากข้อจำกัดต่าง ๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการทำให้ตลาดเปิดกว้างอยู่เสมอและปราศจากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด นอกจากนั้นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อคู่สัญญาก็เป็นข้อเท็จจริงโดยตรงที่เกี่ยวข้องและต้องนำมาพิจารณาด้วยเช่นกัน ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้น มีข้อเท็จจริงสำคัญต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ที่มีน้ำหนักมากในการชั่งน้ำหนักของผลประโยชน์ ได้แก่ ระดับของอำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธ ระดับของผลกระทบของการกีดกันที่เกิดขึ้นหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้น การมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน การที่ผู้ถูกปฏิเสธสามารถหาผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกันกับผู้ปฏิเสธได้หรือไม่ และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี⁵⁷⁰ ซึ่งการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์นี้สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากคดีความต่าง ๆ ที่ศาลได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์ไว้ ปรากฏอยู่ในหัวข้อการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว และหัวข้อหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและในหัวข้อข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition ที่จะกล่าวถึงต่อไป

4. ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (small and medium sized competitors) รายอื่น

จากหัวข้อวัตถุประสงค์ของมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition (GWB) ทำให้ทราบว่าบทบัญญัติตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) แม้จะกล่าวถึงการคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) แต่ที่จริงแล้วก็เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแข่งขัน โดยเป็นการคุ้มครองให้ผู้ประกอบการฝั่งอุปทาน (supply side) มีอยู่ในตลาดเป็นจำนวนมากและเพื่อเป็นการป้องกันกระบวนการต่อต้านการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม ดังนั้นผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมที่จัดเป็นองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) นี้หมายถึงพฤติกรรมที่เป็นความผิดนั้นจะต้องส่งผลเป็นการกีดกันหรือก่อให้เกิดอุปสรรคให้กับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมจนไม่สามารถดำเนินธุรกิจตามปกติอยู่ในตลาดได้ หรือกล่าวได้ว่าพฤติกรรมจะเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ก็ต่อเมื่อ

⁵⁷⁰ Ibid.

พฤติกรรมนั้นทำให้ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแคบลง⁵⁷¹ จะเห็นได้ว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม อันเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ไม่ใช่เพียงผลกระทบที่เกิดกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (individual competitor) ในแต่ละรายเหมือนมาตรา 4 ข้อที่ 4 ของ UWG ดังนั้นพฤติกรรมที่ส่งผลเสียต่อผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเพียงแค່รายใดรายหนึ่งนั้นยังไม่พอที่จะฟังได้ว่าเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และ 20(3) ของ GWB

สรุปได้ว่าการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นอาศัยบทบัญญัติในหลายมาตราโดยแบ่งการควบคุมออกเป็นหลายระดับ ทั้งการควบคุมผู้ปฏิเสธที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 และข้อที่ 4 ของ GWB หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบตามมาตรา 20(1) หรือเป็นเพียงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าตามมาตรา 20(3) ก็ถูกควบคุมเช่นเดียวกัน ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 20 ของ GWB เป็นมาตราที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มากที่สุด จึงมุ่งศึกษามาตรานี้ โดยถ้อยคำในมาตรา 20 ของ GWB ที่ใช้ควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นใช้ถ้อยคำอย่างกว้างว่า “ห้ามกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมหรือห้ามปฏิบัติต่อผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นอย่างไม่เท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม...” ด้วยถ้อยคำที่กว้างนี้จึงสามารถควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบทุกประเภท โดยมีรายละเอียดการควบคุมตามการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภทดังนี้

3.4.3 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคดีที่ฟ้องร้องกันในประเทศเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เกิดขึ้นมาก แต่คดีส่วนใหญ่มักเป็นการฟ้องร้องโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 19 ของ GWB เสียมากกว่า จากการศึกษาพบว่ามามีคดีที่ฟ้องร้องกันโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 20(1) ที่น่าสนใจอยู่ 2 คดีด้วยกัน คดีแรกเป็นคดีที่ฟ้องร้องกันในปี ค.ศ. 1973 โดยอาศัย GWB ฉบับปี ค.ศ. 1973 ส่วนคดีที่สองเป็นการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยแต่ก็อาจนำมาศึกษาเทียบเคียง

⁵⁷¹ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, p. 4.

เพื่อให้เห็นตัวอย่างการปรับใช้มาตรา 20(1) ของ GWB ฉบับปัจจุบันสำหรับการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ได้

คดีแรกมีชื่อว่า *Rossignol*⁵⁷² มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายรายเดียวของกระดานสกียี่ห้อ Rossinol ส่วนจำเลยเป็นร้านขายอุปกรณ์กีฬาอยู่ใน Upper Bavaria คู่สัญญาในคดีนี้มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาอย่างยาวนาน ในช่วงปี ค.ศ. 1972-1973 จำเลยมีผลประกอบการทั้งหมด 3,000,000 มาร์คเยอรมัน (DEM) โดยเป็นรายได้ที่มาจากการขายกระดานสกียี่ห้อ Rossinol ถึง 100,000 มาร์คเยอรมัน ในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1973 จำเลยได้สั่งซื้อกระดานสกียี่ห้อ Rossinol จากโจทก์ไป 478 คู่ แต่โจทก์กลับปฏิเสธคำสั่งซื้อดังกล่าวและแจ้งแก่จำเลยว่าโจทก์จะไม่จำหน่ายกระดานสกีให้แก่จำเลยอีกหลังจากที่จำเลยนำเอากระดานสกียี่ห้อ Rossinol ออกจำหน่ายในราคาต่ำซึ่งไม่เป็นไปตามนโยบายการกำหนดราคาขายต่อที่โจทก์ตั้งไว้⁵⁷³

ศาลแขวง (Landgericht) ปฏิเสธที่จะพิพากษายืนยันสถานะ (declaratory judgment) ของจำเลยโดยให้เหตุผลว่าโจทก์ไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องยอมรับคำสั่งเสนอในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1973 หรือคำสั่งเสนอใด ๆ ในอนาคตจากจำเลย และศาลอุทธรณ์ (Oberlandesgericht) ก็ได้ตัดสินเช่นเดียวกันว่าโจทก์ไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องยอมรับคำสั่งซื้อใด ๆ ในอนาคตจากจำเลย โจทก์จึงชนะอุทธรณ์ในประเด็นหลัก⁵⁷⁴

แต่ศาลฎีกา (Bundesgerichtshof) กลับตัดสินต่างจากศาลล่างทั้ง 2 โดยตัดสินให้โจทก์ต้องจ่ายค่าชดเชยสำหรับการที่จำเลยต้องขาดทุนอันมีสาเหตุเนื่องมาจากการที่โจทก์ปฏิเสธไม่จำหน่ายกระดานสกีให้จำเลยตามคำสั่งซื้อของจำเลยในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1973 โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนบทบัญญัติตามมาตรา 26 ข้อที่ 2 ของ GWB (ซึ่งก็คือมาตรา 20(1) ของ GWB ปัจจุบัน) ที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองจำเลย มาตรา 26 ข้อที่ 2 บัญญัติห้ามผู้ประกอบการธุรกิจตามที่ระบุไว้กีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการดำเนินธุรกิจตามปกติอย่างไม่เป็นธรรมหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการธุรกิจบางรายให้แตกต่างจากผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ซึ่งศาลชี้ว่ามาตรา 26 ข้อที่ 2 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการแต่ละราย (protect single enterprise) เมื่อโจทก์ฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวนี้จึงก่อสิทธิให้จำเลยเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 35 ข้อที่ 1 ของ GWB ฉบับปี ค.ศ. 1973⁵⁷⁵

⁵⁷² *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

⁵⁷³ Irene Snook and B.S. Markesinis, "Translated German Cases: *Rossignol*."

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*

การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 26 ข้อที่ 2 ขึ้นมาใหม่นี้เป็นการขยายความคุ้มครองตามมาตรา 26 ไปยังผู้ประกอบการธุรกิจจำพวกผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าที่ต้องพึ่งพาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจอีกรายหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจำพวกผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้านั้นไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น ศาลฎีกากล่าวว่าในการที่จะปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 26 นี้จะต้องมีการตีความคำว่า “เหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น” เพื่อที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเป็นผู้ซึ่งต้องพึ่งพาหรือไม่⁵⁷⁶ ซึ่งศาลฎีกาในคดีนี้ได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์ในการปรับใช้มาตรา 26 ข้อที่ 2 หรือมาตรา 20(1) ของ GWB ปัจจุบัน เอาไว้ดังนี้

a. มีการขยายขอบเขตผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกห้ามมิให้กีดกันอย่างไม่เป็นธรรมหรือเลือกปฏิบัติ จากเดิมที่เคยควบคุมเพียงแก่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแต่มาตรา 26 ข้อที่ 2 ขยายขอบเขตการควบคุมไปยังผู้ประกอบการที่มีความเข้มแข็งในเชิงพาณิชย์ (commercially strong enterprise) แต่ไม่ถึงขนาดเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดด้วย เนื่องจากการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจโดยมิชอบโดยผู้ประกอบการที่มีสถานะทางตลาดที่เข้มแข็งเช่นนี้ก็สามารถส่งผลเป็นการสร้างความเสียหายให้กับตลาดและผู้ที่มีส่วนร่วมอยู่ในตลาดได้เช่นกัน ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรวมทั้งอีกหลายประเทศจึงเล็งเห็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้นจึงได้บัญญัติเพิ่มข้อความขึ้นใหม่โดยระบุเป็นข้อที่ 2 ในมาตรา 26 ให้ครอบคลุมไปถึงผู้ประกอบการซึ่งมิได้มีอำนาจเหนือตลาดแต่มีสถานะทางเศรษฐกิจที่เข้มแข็งเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งความเข้มแข็งของผู้ประกอบการดังกล่าวมีผลต่อผู้ประกอบการรายอื่นที่ต้องพึ่งพาทันทีกับว่าตนเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด และศาลในคดีนี้เห็นว่าโจทก์มีลักษณะเป็นผู้ประกอบการที่มีความเข้มแข็งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ข้อที่ 2 จึงต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาลงบ้างในบางสถานการณ์⁵⁷⁷

b. การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งต้องพึ่งพาผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งนั้นจะต้องเป็นการพึ่งพาที่สำคัญมากถึงขนาดที่ไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น อย่างไรก็ตามจะถือว่าไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอจะต้องตีความในทางภาววิสัย เช่นดูสภาพตลาดที่เกี่ยวข้องว่ามีความเป็นไปได้หรือไม่ที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นแทนผู้ประกอบการที่ทำการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมหรือเลือกปฏิบัติ แต่ไม่ใช่ว่าพอมีความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนคู่สัญญาแล้วจะถือว่าเพียงพอตามความหมายของมาตรา 26

⁵⁷⁶ Ibid.

⁵⁷⁷ Ibid.

ข้อที่ 2 ทันที ในสถานการณ์ที่ผู้ผลิตสินค้ามีคู่แข่งน้อยรายหรือเมื่อเปรียบเทียบกับคู่แข่งแล้วผู้ผลิตรายนั้นก็มีสถานะทางตลาดที่เข้มแข็งกว่า กรณีเช่นนี้ผู้ผลิตนั้นจะถูกจัดว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งตกอยู่ภายใต้มาตรา 26 ข้อที่ 1 อยู่แล้ว (ซึ่งก็คือมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน) ดังนั้นมาตรา 26 ข้อที่ 2 นี้จะใช้ในสถานการณ์ที่ในตลาดยังมีระดับการแข่งขันอยู่มาก (considerable competition) และผู้ประกอบการที่เป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตามคดีนี้ผู้ผลิตกระดานสกียี่ห้อ *Rossignol* มีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 8 แสดงว่ายังมีผู้ผลิตกระดานสกียี่ห้ออื่น ๆ อยู่มาก แต่อย่างไรก็ตามศาลกล่าวไว้แล้วว่าการที่ตลาดของผู้ผลิตกระดานสกียังมีการแข่งขันอยู่มากนั้นก็มิได้หมายความว่าร้านขายอุปกรณ์กีฬาผู้เป็นจำเลยในคดีจะมีความเป็นไปได้เพียงพที่จะต้องเปลี่ยนไปซื้อกระดานสกีจากผู้ผลิตรายใหม่ในทันที ดังนั้นปัจจัยเรื่องสภาพตลาดของผู้ผลิตมิใช่ปัจจัยที่มีน้ำหนักเด็ดขาดในการพิจารณาความผิดตามมาตรา 26 ข้อที่ 2 แต่ปัจจัยที่มีน้ำหนักเด็ดขาดในคดีนี้คือลักษณะหรือสภาพของสินค้าที่มีคุณค่าทางพาณิชย์สูง (commercial value) และมีชื่อเสียงมากในตลาด (market prestige of the goods) ปัจจัยที่ศาลใช้ในการตัดสินว่าจำเลยในคดีนี้มีความเป็นไปได้เพียงพที่จะเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือไม่นั้น นอกจากปัจจัยด้านราคาสินค้าแล้ว ศาลให้น้ำหนักไปที่คุณภาพของสินค้าและการทำโฆษณาของโจทก์ เนื่องจากปัจจัยทั้ง 2 นี้เป็นตัวกระตุ้นความต้องการซื้อสินค้าของลูกค้าเป็นอย่างมาก แม้ว่ากระดานสกีของ *Rossignol* จะมีส่วนแบ่งตลาดไม่มากก็จริงแต่เป็นสินค้าที่มีคุณค่าทางพาณิชย์สูงและมีชื่อเสียงมากในตลาดกระดานสกี และการโฆษณาของโจทก์สามารถสร้างให้สินค้ามีสถานะทางตลาดที่แตกต่างจากสินค้าประเภทเดียวกันยี่ห้ออื่น ๆ ซึ่งส่งผลให้ลูกค้ารู้สึกว่าการกระดานสกียี่ห้ออื่นไม่อาจทดแทนกระดานสกีของ *Rossignol* ได้ ดังนั้นจำเลยในคดีนี้จึงถูกจัดว่าเป็นผู้ซึ่งต้องพึ่งพาโจทก์ตามมาตรา 26 ข้อที่ 2⁵⁷⁸

ในท้ายที่สุดศาลจึงตัดสินให้โจทก์มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับจำเลยต่อไปพร้อมทั้งต้องจ่ายค่าเสียหายให้จำเลยด้วย⁵⁷⁹

คดีที่สองมีชื่อว่า *Importarzneimittel*⁵⁸⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัทผู้ขายส่งยา 3 รายปฏิเสธไม่รับซื้อยาจากโจทก์ซึ่งเป็นบริษัทนำเข้ายาที่นำเข้ยาจากต่างประเทศมาจำหน่ายต่อ โดยโจทก์คดีนี้เป็นผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมที่ต้องพึ่งพาอาศัยช่องทางการจัดจำหน่ายยา

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ *Importarzneimittel-Boykott*, BKartA, 14.8.1992, WuW/E BKartA 2543, BGH 21.2.1995, *Importarzneimittel*, WuW/E BGH 2990.

ของผู้ขายส่งยา 3 รายนี้ ผู้ขายส่งยาให้เหตุผลสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจว่าพวกเขาไม่ต้องการที่จะทำลายความสัมพันธ์อันดีทางธุรกิจที่มีมาอย่างยาวนานต่อบริษัทผู้ผลิตยาภายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁵⁸¹

Bundeskartellamt เห็นว่าที่บริษัทผู้ผลิตยาภายในประเทศจะไม่พอใจและคัดค้านไม่ให้ผู้ขายส่งยาทั้ง 3 รายซื้อยาจากโจทก์นั้นเนื่องจากบริษัทผู้ผลิตยาภายในประเทศต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการแข่งขันนั่นเอง Bundeskartellamt จึงปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 20(1) ของ GWB ฉบับปัจจุบัน (อันที่จริงคดีนี้ได้ปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 20(2) ของ GWB เนื่องจากเป็นคดีที่ฟ้องร้องกันในปี ค.ศ. 1992 จึงยังเป็นการอ้างมาตราตามกฎหมายเก่าก่อนมีการแก้ไข ซึ่งในปัจจุบันมาตรา 20(2) ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 20(1) ของ GWB ฉบับปัจจุบันแล้ว) เพื่อเปิดตลาดยาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อให้มีการนำเข้ายาจากต่างประเทศได้ โดย Bundeskartellamt ได้สั่งให้ผู้ขายส่งยาทั้ง 3 รายเลิกพฤติกรรมการปฏิเสธที่จะซื้อหรือก็คือออกคำสั่งให้ผู้ขายจากโจทก์บนเงื่อนไขสัญญามาตรฐาน (standard terms) นั้นเอง หลังจากผู้ขายส่งยาทั้ง 3 รายได้รับคำสั่งเช่นนี้แล้ว ผู้ขายส่งยารายหนึ่งได้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Federal Supreme Court) ซึ่งศาลก็ได้ตัดสินยืนตามคำสั่งของ Bundeskartellamt ว่าผู้ขายส่งควรมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับบริษัทผู้นำเข้ายา ศาลยังกล่าวต่อไปอีกว่าแม้เหตุผลของผู้ขายส่งสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นจะพอน้ำหนักอยู่บ้างแต่ศาลเห็นว่าเหตุผลที่ผู้ขายส่งยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะหลุดพ้นความรับผิดตามมาตรา 20(1)⁵⁸²

หน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจนั้นเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้ขายส่งซึ่งทั้ง Bundeskartellamt และศาลเองจะต้องมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (weighing of interests) เสียก่อนที่จะกำหนดหน้าที่เช่นนั้น โดยศาลเห็นว่าในคดีนี้ผลประโยชน์จากการปฏิเสธที่จะเกิดขึ้นกับฝ่ายผู้ขายส่งยานั้นมีน้ำหนักไม่มากแต่หากมีการบังคับให้ทำธุรกิจด้วยกันแล้วจะมีประโยชน์เกิดขึ้นกับฝ่ายบริษัทผู้นำเข้ายามากกว่า ยิ่งไปกว่านั้นแล้วการบังคับให้ต้องทำธุรกิจกันในคดีนี้ยังเป็นการเปิดตลาดยาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้มีการแข่งขันมากขึ้นอันเป็นผลประโยชน์ที่อยู่เหนือกว่าผลประโยชน์ของผู้ขายส่งยาในคดีนี้อีกด้วย สรุปได้ว่าเมื่อศาลชั่งน้ำหนักผลประโยชน์แล้วเห็นว่า

⁵⁸¹ Ulf Böge, "Dominant Firm Behavior under German Competition Law," in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law & Policy*, p. 144.

⁵⁸² Ibid.

ประโยชน์ของฝ่ายผู้ถูกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในคดีนี้มีน้ำหนักมากกว่า ฝ่ายผู้ปฏิเสธจึงมีความผิดตามมาตรา 20(1) และศาลได้เข้าแทรกแซงให้ทั้ง 2 ฝ่ายเข้าทำธุรกิจกัน⁵⁸³

คดีนี้ไม่อาจปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 19 ได้เนื่องจากผู้ขายส่งในคดีนี้เป็นเพียงผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบแต่ไม่ถึงกับเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด⁵⁸⁴

ส่วนคดีอื่น ๆ นั้นก็จะเป็นคดีที่ฟ้องร้องกันโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 19 เสียทั้งสิ้นเนื่องจากโดยส่วนใหญ่แล้วผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกฟ้องร้องมักมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยมีคดีที่น่าสนใจดังนี้

คดี *Scandlines Deutschland GmbH*⁵⁸⁵ มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Scandlines Deutschland GmbH เป็นเจ้าของท่าเรือ Puttgarden ซึ่งใช้ข้ามฟากบนเส้นทาง Puttgarden-Rödby (ประเทศเดนมาร์ก) และยังเป็นผู้ให้บริการเรือข้ามฟากในเส้นทางดังกล่าวอีกด้วย ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1999 Bundeskartellamt ได้มีคำสั่งห้ามมิให้บริษัท Scandlines ปฏิเสธการขอเข้าใช้ท่าเรือ Puttgarden ต่อบริษัทเรือข้ามฟากคู่แข่งที่ยอมชำระค่าธรรมเนียมให้ตามสมควรแล้ว⁵⁸⁶

การดำเนินคดีนี้เริ่มต้นจากการร้องเรียนโดยบริษัทคู่แข่ง 2 รายที่ต้องการเริ่มต้นให้บริการเรือข้ามฟากบนเส้นทาง Puttgarden-Rödby แต่คำขอใช้ท่าเรือ Puttgarden ร่วมได้ถูกปฏิเสธโดยบริษัท Scandlines ผู้เป็นเจ้าของท่าเรือ คู่แข่งรายหนึ่งที่ร้องเรียนคดีนี้คือบริษัทเรือข้ามฟากชื่อว่า easy-line A/S, Rödby ซึ่งมีบริษัทสัญชาตินอร์เวย์ชื่อว่าบริษัท Eidsiva Rederi เป็นเจ้าของ ส่วนผู้ร้องเรียนอีกรายหนึ่งเป็นกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัทสัญชาติสวีเดนชื่อว่า Stena Rederi AB และบริษัทสัญชาติเดนมาร์กชื่อว่า Difko A/S และเจ้าของเรือชาวเดนมาร์กนามว่า Ole Lauritzen จากการร้องเรียนของบริษัทเรือข้ามฟากทั้ง 2 รายนี้ Bundeskartellamt ได้เริ่มต้นการสอบสวนว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของบริษัท Scandlines ที่ไม่ยอมให้ใช้ท่าเรือ Puttgarden

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ Scandlines Deutschland GmbH, BKartA case no. B9-16/98, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 569 – Puttgarden II (2000), BGH WuW/E DE-R 977 – Fährhafen Puttgarden (2002).

⁵⁸⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 143.

นั้นเป็นการละเมิดต่อมาตรา 82 EC (หรือมาตรา 102 TFEU ในปัจจุบัน) และมาตรา 19(4) ข้อที่ 4 (หรือมาตรา 19(2) ข้อที่ 4 ในปัจจุบัน) หรือไม่อย่างไร⁵⁸⁷

Bundeskartellamt มีคำวินิจฉัยว่าบริษัท Scandlines เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ทั้งในตลาดต้นน้ำเนื่องจากมีฐานะเป็นเจ้าของท่าเรือบนเส้นทาง Puttgarden-Rödby และในตลาดผู้ให้บริการเรือข้ามฟากเส้นทาง Puttgarden-Rödby ปลายน้ำอีกด้วย ในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเส้นทางคมนาคมอื่น ๆ ไม่สามารถทดแทนเส้นทาง Puttgarden-Rödby ได้ และยังปรากฏข้อเท็จจริงอีกว่ามีอุปสรรคทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ทำให้บริษัทคู่แข่งไม่สามารถสร้างท่าเรืออีกแห่งหนึ่งที่ Puttgarden ได้ ในขณะที่การร่วมกันใช้ท่าเรือที่มีอยู่แล้วนั้นเป็นสิ่งที่เป็นไปได้เนื่องจากการก่อสร้างและโครงสร้างของท่าเรือมีความเหมาะสม ในคดีนี้ Bundeskartellamt ได้ชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (weighing of interests) ระหว่างผลประโยชน์ของบริษัท Scandlines ที่อ้างว่าต้องการสงวนท่าเรือของตนไว้เพราะถ้าหากปล่อยให้มีการใช้ท่าเรือร่วมกันแล้วจะมีการใช้ท่าเรือของตนมากเกินไปกับผลประโยชน์ของผู้ร้องเรียนในการเริ่มต้นให้บริการเรือข้ามฟากใหม่ขึ้นมาแข่งขันกับบริษัท Scandlines Bundeskartellamt พิจารณาแล้วเห็นว่าผลประโยชน์ฝ่ายผู้ร้องเรียนมีประโยชน์มากกว่าเนื่องจากนำมาซึ่งประโยชน์สาธารณะ (public interest) ในการเปิดตลาดผู้ให้บริการเรือข้ามฟากให้มีการแข่งขันมากขึ้นด้วยและ Bundeskartellamt ยังระบุว่าประโยชน์สาธารณะในการเปิดตลาดให้มีการแข่งขันมากขึ้นนี้เป็นปัจจัยชี้ขาด (decisive factor) ในการออกคำสั่งห้ามการปฏิเสธการขอเข้าใช้ท่าเรือดังกล่าว⁵⁸⁸

ในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 2002 ศาล Düsseldorf Higher Regional Court⁵⁸⁹ ได้มีคำพิพากษากลับคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt อย่างไรก็ตาม ในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 2002 ศาล German Federal Court of Justice⁵⁹⁰ ได้พิพากษากลับคำตัดสินของ Düsseldorf Higher Regional Court และได้ย้อนสำนวนกลับมาให้ศาลล่างพิจารณาใหม่ แต่ศาล Düsseldorf Higher Regional Court ก็ได้วินิจฉัยคดีใหม่แต่อย่างใดเนื่องจากบริษัททั้ง 2 แห่งที่ได้ขอใช้ท่าเรือร่วมกันนั้นได้เลิกกิจการไปแล้ว ในปี ค.ศ. 2003 บริษัท Eidsiva Rederi ผู้เป็นเจ้าของเดิมของบริษัทเรือข้ามฟาก easy-line A/S, Rödby ที่เลิกกิจการไปแล้วได้ยื่นคำร้องให้คณะกรรมการยุโรป (European Commission) พิจารณาคดีใหม่และในปี ค.ศ. 2006 คณะกรรมการยุโรปได้ย้อนคดีกลับมาให้

⁵⁸⁷ Ibid.

⁵⁸⁸ Ibid., 144.

⁵⁸⁹ OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 569 – Puttgarden II (2000).

⁵⁹⁰ BGH WuW/E DE-R 977 – Fährhafen Puttgarden (2002).

Bundeskartellamt พิจารณาคดีนี้ใหม่ซึ่ง Bundeskartellamt ต้องทำการศึกษาว่าท่าเรือ Puttgarden นั้นสามารถรองรับผู้ให้บริการเรือข้ามฟากรายใหม่ได้อีกหรือไม่⁵⁹¹

ในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 2010 Bundeskartellamt ได้มีคำวินิจฉัยออกมาอีกครั้งหนึ่งโดยยืนตามคำวินิจฉัยเดิมกล่าวคือ Bundeskartellamt เห็นว่าท่าเรือดังกล่าวมีลักษณะเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น จึงมีคำสั่งให้บริษัท Scandlines ต้องอนุญาตให้คู่แข่งสามารถเข้าใช้ท่าเรือนี้ได้ ภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยมีสิทธิเรียกค่าธรรมเนียมได้ตามสมควร โดยในคำสั่งดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้บริษัท Scandlines เข้าเจรจากับบริษัทคู่แข่งเพื่อทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ท่าเรือร่วมกันเพื่อให้บริษัทคู่แข่งสามารถก่อตั้งการให้บริการเรือข้ามฟากใหม่บนท่าเรือ Puttgarden เพื่อให้บริการแข่งขันกับบริษัท Scandlines ได้ ต่อมาบริษัท Scandlines ได้อุทธรณ์คำสั่งต่อศาล Düsseldorf Higher Regional Court⁵⁹² ซึ่งในวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ.2011 ศาล Düsseldorf Higher Regional Court ได้มีคำตัดสินออกมาว่าบริษัท Scandlines มีเหตุผลที่ฟังขึ้นสำหรับการปฏิเสธไม่ให้บริษัทอื่นเข้ามาใช้ท่าเรือร่วมกันเนื่องจากการอนุญาตให้ใช้จะต้องมีการขยายพื้นที่จอดเรือและพื้นที่เทียบเรือเพิ่มขึ้น บริษัท Eidsiva Rederi กล่าวว่าตนได้วางแผนสำหรับการขยายพื้นที่จอดเรือและพื้นที่เทียบเรือแล้วในบริเวณรางรถไฟรางซึ่งอยู่ติดกันกับท่าเรือ Puttgarden อย่างไรก็ตาม ศาล Düsseldorf Higher Regional Court เห็นว่าบริเวณรางรถไฟรางดังกล่าวนั้นเป็นที่ดินสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับทางรถไฟเท่านั้น จึงมีอุปสรรคทางกฎหมายที่ไม่อาจจะให้มีการก่อสร้างขยายพื้นที่จอดเรือและพื้นที่เทียบเรือเพิ่มมากขึ้นเพื่อรองรับการอนุญาตให้ใช้ท่าเรือร่วมกันได้ ศาล Düsseldorf Higher Regional Court เห็นว่าอุปสรรคในทางกฎหมายเช่นนั้นก่อให้เกิดความเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมาย (legal impossibility) ขึ้น ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของบริษัท Scandlines จึงไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 19(2) ข้อ 4 ของ GWB แต่อย่างใด⁵⁹³

⁵⁹¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 144.

⁵⁹² Bundeskartellamt, "Germany: Access to Essential Facilities granted on the Puttgarden-Rødby Ferry Route," [Online] Accessed: 20 June 2017. Updated: 2010. Available from: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/02_2010/de_ferry.pdf

⁵⁹³ Van Bael Bellis, "Germany: German Federal Court Of Justice Clarifies Conditions For Invoking "Legal Impossibility" As Justification For Refusal To Grant Access To An Essential Facility," [Online] Accessed: 20 June 2017. Updated: 9 April 2013. Available from: <http://www.mondaq.com/germany/x/230882/Antitrust+Competition/German+Federal+Court+Of+Justice+Clarifies+>

ต่อมาคดีนี้ยังได้ถูกอุทธรณ์ขึ้นไปยังศาล German Federal Court of Justice อีกครั้งหนึ่ง และเปรียบเสมือนหนังสือเวียนเดิมที่ศาลสูงได้กลับคำตัดสินของศาลล่างอีกครั้ง โดยให้เหตุผลว่าหลักความเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมายนั้นไม่รวมถึงกรณีที่เป็นอุปสรรคในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว แต่ข้อเท็จจริงจะต้องฟังเป็นที่ยุติเสียก่อนว่าการจะก่อสร้างขยายพื้นที่จอดเรือและพื้นที่เทียบเรือบนรางรถไฟรางนั้นจะไม่ได้รับอนุมัติให้สร้างอย่างเป็นทางการแต่ในคดีนี้ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเช่นนั้น ดังนั้นศาล German Federal Court of Justice จึงย้อนสำนวนลงไปให้ศาล Düsseldorf Higher Regional Court เพื่อประเมินข้อเท็จจริงใหม่เกี่ยวกับความเป็นไปไม่ได้ในการรู้ถอนรางรถไฟรางเพื่อขอก่อสร้างขยายพื้นที่จอดเรือและพื้นที่เทียบเรือก่อนที่จะพิจารณาในประเด็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อไป⁵⁹⁴

คดีต่อมายังคงเป็นคดีที่พิพาทกันในเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ในคดี *Mainova AG*⁵⁹⁵ มีข้อเท็จจริงว่าในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2003 Bundeskartellamt ได้ออกคำสั่งห้ามบริษัทผู้จัดจำหน่ายพลังงานรายหนึ่งนามว่า Mainova AG มิให้ปฏิเสธการขอเชื่อมต่อโครงข่ายแรงดันไฟฟ้าขนาดกลาง (medium-voltage network) ต่อบริษัท GETEC net GmbH (GETEC) และบริษัท Energieversorgung Offenbach AG (EVO)⁵⁹⁶

บริษัท Mainova AG ประกอบธุรกิจเป็นผู้จัดจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าภายในเมืองแฟรงก์เฟิร์ตซึ่งมีเทศบาลเมืองแฟรงก์เฟิร์ตและกลุ่มบริษัท E.ON เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทนี้ บริษัท GETEC และ EVO ต้องอาศัยการเชื่อมต่อโครงข่ายนี้เพื่อที่จะสามารถดำเนินโครงข่ายไฟฟ้าของตนสำหรับการใช้งานเองภายในอาคารและสำหรับการจำหน่ายไฟฟ้าที่ผลิตขึ้นเองหรือที่รับซื้อมาจากที่หนึ่งไปยังลูกค้าที่อยู่บริเวณใกล้เคียงได้ การก่อตั้งและการดำเนินธุรกิจโครงข่ายพลังงานไฟฟ้านี้ นับว่าเป็นคู่แข่งรายใหม่ที่ปรากฏขึ้นในตลาดซึ่งบริษัท Mainova AG มีความพยายามที่จะกำจัดให้ออกไปจากการแข่งขันเสียตั้งแต่ต้น⁵⁹⁷

Conditions+For+Invoking+Legal+Impossibility+As+Justification+For+Refusal+To+Grant+Access+To+An+Essential+Facility

⁵⁹⁴ Ibid.

⁵⁹⁵ Mainova AG, BKartA case no. B11- 12/03, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307 – GETECnet (2004), BGH WuW/E DE-R 1520 – Arealnetz (2005), BVerfG WuW/E DE-R 2667 – Arealnetz (2009).

⁵⁹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal, p. 143.

⁵⁹⁷ Ibid.

Bundeskartellamt มีความเห็นว่าโครงข่ายไฟฟ้าทั้ง 2 แห่งนี้มีสิทธิที่จะเข้าถึงโครงข่ายแรงดันไฟฟ้าขนาดกลางของบริษัท Mainova AG ได้โดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 19(4) ข้อ 4 (หรือมาตรา 19(2) ข้อ 4 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน) ส่วนในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของบริษัท Mainova AG นั้นได้ยกเหตุผลว่าที่ตน ปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายแรงดันไฟฟ้าขนาดกลางไปนั้นเนื่องจากได้ประกาศไปแล้วว่าในอนาคตตนจะเข้ามาทำโครงการเช่นเดียวกับที่บริษัท GETEC และ EVO กำลังทำอยู่⁵⁹⁸

Bundeskartellamt เห็นว่าเหตุผลที่บริษัท Mainova AG ยกขึ้นกล่าวอ้างนี้ฟังไม่ขึ้น หากจะพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยอุตสาหกรรมพลังงาน (Energy Industry Act) บริษัท Mainova AG ก็มีหน้าที่ที่จะต้องให้เชื่อมต่อโครงข่ายแรงดันไฟฟ้าขนาดกลางนี้ตามบทบัญญัติตามมาตรา 10 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว และมาตรา 10 นี้ยังไม่รับฟังเหตุผลของการปฏิเสธไม่ให้เชื่อมต่อโครงข่ายที่ว่าตนจะเข้ามาทำโครงการเดียวกันในอนาคตอีกด้วย นอกจากนี้การให้เชื่อมต่อโครงข่ายนี้ก็ไม่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยจากการใช้งานและบริษัททั้ง 2 แห่งที่ขอเชื่อมต่อก็ยินยอมที่จะจ่ายค่าธรรมเนียมในจำนวนอันสมควรให้แล้ว ดังนั้นข้ออ้างของบริษัท Mainova AG จึงเป็นเพียงการให้เหตุผลเพียงด้านเดียว (cherry picking) โดยไม่พิจารณาถึงเหตุผลอีกด้านหนึ่งก็คือหากบริษัท Mainova AG ไม่ยอมให้เชื่อมต่อโครงข่ายแรงดันไฟฟ้าขนาดกลางนี้แล้วจะทำให้บริษัท GETEC และ EVO ไม่สามารถดำเนินธุรกิจแข่งขันอยู่ในตลาดการจัดจำหน่ายไฟฟ้าให้กับลูกค้าได้ Bundeskartellamt จึงมีคำวินิจฉัยว่าบริษัท Mainova AG มีความผิดตามมาตรา 19(2) ข้อ 4 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน⁵⁹⁹

คดีนี้มีการยื่นฟ้องต่อศาล โดยศาล Düsseldorf Regional High Court⁶⁰⁰ ตัดสินยืนตามคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ในปี ค.ศ. 2004 และในปี ค.ศ. 2005 ศาล German Federal Court of Justice⁶⁰¹ ก็ได้ตัดสินยืนตามศาลล่างเช่นกัน อย่างไรก็ตาม บริษัท Mainova AG ยังไม่ยอมแพ้จึงมีการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Federal Constitutional Court /

⁵⁹⁸ Ibid.

⁵⁹⁹ Ibid.

⁶⁰⁰ OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307 – GETECnet (2004).

⁶⁰¹ BGH WuW/E DE-R 1520 – Arealnetz (2005).

Bundesverfassungsgericht)⁶⁰² ซึ่งในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 2009 ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธไม่รับอุทธรณ์ทำให้คำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt จึงเป็นที่สุด⁶⁰³

คดีต่อมาเป็นคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญา ในคดี *Orange-Book-Standard*⁶⁰⁴ ในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 2009 ศาล German Federal Court of Justice ตัดสินว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องว่ามีการละเมิดสิทธิบัตรสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าผู้ทรงสิทธิบัตรมีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบโดยการปฏิเสธไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรแก่ผู้ถูกฟ้องภายใต้ข้อสัญญาที่ไม่เลือกปฏิบัติและเป็นธรรม⁶⁰⁵

อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิบัตรจะมีความผิดฐานเป็นผู้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องนั้นได้เสนอค่าตอบแทนในจำนวนที่ทั้ง 2 ฝ่ายยินยอมเพื่อแลกกับการใช้สิทธิบัตรแล้ว ซึ่งถ้าหากผู้ทรงสิทธิบัตรปฏิเสธไม่รับจึงจะมีความผิดในเรื่องการเป็นผู้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ในการเสนอค่าตอบแทนเพื่อแลกกับการใช้สิทธิบัตรดังกล่าวนั้นผู้ถูกฟ้องว่ามีการละเมิดสิทธิบัตรต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าได้ค่าตอบแทนที่เสนอให้นั้นต้องเป็นจำนวนที่ปราศจากเงื่อนไข กล่าวคือ เป็นจำนวนที่ทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่าเหมาะสมถึงจะสามารถยกข้อต่อสู้ว่าผู้ทรงสิทธิบัตรมีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้⁶⁰⁶

ถ้าหากผู้ทรงสิทธิบัตรเรียกค่าธรรมเนียมที่สูงเกินไปจนถึงขนาดเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือถ้าหากผู้ทรงสิทธิบัตรปฏิเสธที่จะคำนวณค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตร ในกรณีเหล่านี้จะถือว่าผู้ถูกฟ้องว่ามีการละเมิดสิทธิบัตรนั้นได้เสนอค่าธรรมเนียมที่ปราศจากเงื่อนไขแล้ว โดยให้ถือเอาจำนวนที่ผู้ทรงสิทธิบัตรน่าจะเห็นว่าเป็นจำนวนที่สมเหตุสมผล⁶⁰⁷

ผู้ทรงสิทธิบัตรในคดี *Orange-Book-Standard* นี้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรประเภทเครื่องมือที่ใช้จัดเก็บข้อมูล (data drive devices) หลายชนิด ในการดำเนินธุรกิจตามปกติของผู้ทรงสิทธิบัตรก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นสามารถใช้สิทธิบัตรของตนได้เพื่อแลกกับค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตร ผู้ถูกฟ้องคดีสนใจสิทธิบัตรชนิดหนึ่งจึงเสนอค่าธรรมเนียมการใช้

⁶⁰² BVerfG WuW/E DE-R 2667 – Arealnetz (2009).

⁶⁰³ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 143.

⁶⁰⁴ *Orange-Book-Standard*, BGH WuW/E DE-R 2613 (2009).

⁶⁰⁵ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 9-10.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, 10.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

สิทธิบัตรให้ในจำนวนร้อยละ 3 ซึ่งผู้ทรงสิทธิได้ปฏิเสธแต่ผู้ถูกฟ้องคดียังคงใช้สิทธิบัตรชนิดนั้นต่อมา จนถูกผู้ทรงสิทธิฟ้องเป็นคดีละเมิดสิทธิบัตร ผู้ถูกฟ้องยกข้อต่อสู้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเนื่องจากผู้ทรงสิทธิบัตรได้ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นใช้สิทธิบัตรได้จึงเป็นการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้เห็นว่าข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องนั้นมีอาจรับฟังได้เนื่องจากผู้ถูกฟ้องไม่อาจหาหลักฐานได้ว่าผู้ทรงสิทธิได้มีการยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นใช้สิทธิบัตรในอัตราค่าธรรมเนียมเพียงร้อยละ 3⁶⁰⁸ อย่างไรก็ตาม คดีนี้เป็นคดีที่พิพาทกันในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาด้วยโดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลัก FRAND (Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory) ดังนั้นอาจจะนำไปเปรียบเทียบกับคดีที่เกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยทั่วไปได้ยาก

3.4.4 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเช่นเดียวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ⁶⁰⁹ อย่างไรก็ตาม ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังไม่เคยปรากฏว่ามีคดีที่ฟ้องร้องกันในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเป็นประเด็นโดยตรงในคดี แต่พอจะมีคดีที่ผู้ประกอบธุรกิจเข้าทำธุรกิจกันภายใต้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าได้รับอุปสรรคมากเกินไปอยู่บ้างซึ่งอาจจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายได้ ในคดีดังต่อไปนี้

คดีแรกมีชื่อว่าคดี *Deutsche Post AG*⁶¹⁰ โดยมีรายละเอียดว่าในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2005 Bundeskartellamt มีคำสั่งห้ามมิให้ Deutsche Post AG กีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มผู้ให้บริการทางไปรษณีย์ที่เรียกว่า “ผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์ (mail consolidator)” ซึ่งเป็น “ตัวกลาง” ระหว่าง Deutsche Post AG กับผู้ส่งไปรษณีย์ ที่คอยอำนวยความสะดวกในการส่งไปรษณีย์ หน้าที่ของผู้ให้บริการอำนวยความสะดวกในการส่งไปรษณีย์นั้นเริ่มตั้งแต่การรวบรวมจัดเรียง ไปจนถึงการจัดส่งไปรษณีย์ที่มีน้ำหนักไม่เกิน 100 กรัมไปยังสำนักงานของ Deutsche Post AG โดยที่ Deutsche Post AG จะลดค่าไปรษณีย์ให้เฉพาะกับลูกค้ารายใหญ่ของตนเป็นจำนวนตั้งแต่ร้อยละ 3 - 21 แต่จะไม่ลดค่าไปรษณีย์ให้กับผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์เลย โดยปกติแล้วผู้ส่งจดหมายรายเล็กและรายกลางจะมีปริมาณไปรษณีย์ไม่มากพอที่จะถึงเกณฑ์การลดค่าไปรษณีย์ตามที่

⁶⁰⁸ Ibid.

⁶⁰⁹ Ibid., 16.

⁶¹⁰ Deutsche Post AG, BKartA case no. B9-55/03, OLG Düsseldorf WuW-E DE-R 1473 – Konsolidierer (2005).

Deutsche Post AG กำหนดไว้ได้ ผู้ส่งจดหมายรายเล็กและรายกลางนี้จะลดค่าไปรษณีย์ของตนลงได้ก็แต่โดยการใช้บริการของผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์ที่จะนำเอาไปรษณีย์ของผู้ส่งจดหมายแต่ละรายมารวมกันเพื่อให้ได้ปริมาณมากพอจนถึงเกณฑ์การลดค่าไปรษณีย์ที่ Deutsche Post AG กำหนดไว้ได้ ยิ่งรวมกันได้ปริมาณมากเท่าไรก็จะยิ่งได้รับส่วนลดมากตามไปด้วย แต่เมื่อ Deutsche Post AG พบว่าไปรษณีย์ปริมาณมากนั้นมีที่มาจากกรรวบรวมเอาไปรษณีย์ของผู้ส่งจดหมายหลายรายเข้าไว้ด้วยกัน ในกรณีเช่นนี้ Deutsche Post AG ก็จะไม่ให้ส่วนลดแม้จะมีปริมาณไปรษณีย์มากถึงเกณฑ์ก็ตาม⁶¹¹

หลังจากที่ Bundeskartellamt ได้ทำการสืบสวนสอบสวนคดีนี้แล้วได้ข้อสรุปว่า พฤติกรรมของ Deutsche Post AG เป็นการละเมิดต่อทั้งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหภาพยุโรป ในฐานะที่ Deutsche Post AG เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจึงไม่สามารถปฏิบัติต่อผู้ส่งไปรษณีย์ที่ส่งไปรษณีย์ในปริมาณที่เท่ากันให้แตกต่างกันได้เพียงเพราะผู้ส่งไปรษณีย์มีลักษณะต่างกันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร กล่าวคือ Deutsche Post AG จะเลือกปฏิบัติโดยให้ส่วนลดค่าไปรษณีย์เฉพาะลูกค้าที่เป็นผู้ส่งไปรษณีย์รายใหญ่รายเดียว (one large customer) แต่กลับไม่ยอมให้ส่วนลดค่าไปรษณีย์ต่อผู้ส่งที่เป็นผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์ (mail consolidator) ทั้ง ๆ ที่จำนวนไปรษณีย์ที่ส่งนั้นมีปริมาณมากเท่ากัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหาได้ไม่ ดังนั้น Bundeskartellamt จึงมีคำสั่งว่า Deutsche Post AG ต้องเลิกพฤติกรรมที่เป็นการเลือกปฏิบัติดังกล่าวและต้องให้ส่วนลดค่าไปรษณีย์ต่อผู้ส่งไปรษณีย์ที่เป็นผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์ด้วย เช่นเดียวกับที่ให้แก่ผู้ส่งไปรษณีย์รายใหญ่รายเดียว⁶¹²

Deutsche Post AG ยกข้อต่อสู้ว่าตนสามารถกระทำการเลือกปฏิบัติเช่นนั้นได้เนื่องจากตนมีอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยไปรษณีย์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (German Postal Act) อย่างไรก็ตาม Bundeskartellamt ปฏิเสธที่จะรับฟังข้อต่อสู้ดังกล่าวเนื่องจากกฎหมายว่าด้วยไปรษณีย์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นละเมิดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป การเลือกปฏิบัตินั้นจึงไม่สามารถอ้างได้ว่าเป็นการกระทำโดยชอบตามกฎหมายภายในประเทศได้เนื่องจากเป็นการขัดต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป⁶¹³

⁶¹¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 142.

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ Ibid.

ต่อมาคดีนี้ได้ถูกยื่นฟ้องต่อศาล Düsseldorf Regional High Court⁶¹⁴ ซึ่งในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2005 ศาล Düsseldorf Regional High Court ได้ตัดสินยืนตามคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt นอกจากนี้ในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 2008 ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ได้ตัดสินห้ามมิให้ Deutsche Post AG เลือกปฏิบัติต่อผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์เช่นเดียวกัน จึงเป็นการยืนตามความเห็นของ Bundeskartellamt และศาล Düsseldorf Regional High Court ซึ่ง Deutsche Post AG ได้มีการอุทธรณ์คดีนี้ต่อแต่สุดท้ายก็ได้ถอนอุทธรณ์ไปตั้งนั้นคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt จึงเป็นที่สุด⁶¹⁵

ที่คดี *Deutsche Post AG* นี้อาจถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายได้นั้นเนื่องจากในคดีนี้ Deutsche Post AG ได้ยอมทำธุรกิจกับผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์ จึงไม่ใช่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ แต่การที่ทั้ง 2 ฝ่ายทำธุรกิจกันนั้นฝ่าย Deutsche Post AG ได้มีการสร้างข้อตกลงทางธุรกิจที่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งก่อให้เกิดอุปสรรคแก่ฝ่ายผู้รวบรวมและจัดส่งไปรษณีย์เป็นอย่างมาก

คดีต่อมาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายคือคดี *Standard-Spundfass II*⁶¹⁶ ในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2004 ศาล German Federal Court of Justice ตัดสินว่าผู้ทรงสิทธิบัตรในคดีนี้ได้กระทำการละเมิดต่อบทบัญญัติที่ห้ามการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 20(1) ของ GWB เนื่องจากพฤติกรรมของผู้ทรงสิทธิบัตรในคดีนี้ส่งผลเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดปลายน้ำอันเป็นการละเมิดต่อหลักการแข่งขันโดยเสรี⁶¹⁷

บริษัทสัญชาติเยอรมนีนามว่า Standard-Spundfass II ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัทสัญชาติอิตาลีเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรการออกแบบ European Patent หมายเลข 515390 สำหรับการออกแบบถังชนิดใหม่ที่มีมาตรฐานสำหรับการใช้งานในอุตสาหกรรมเคมี ได้ยื่นฟ้องต่อศาลว่ามีผู้ประกอบการรายหนึ่งกำลังละเมิดสิทธิบัตรของตนอยู่ จุดเริ่มต้นของการประดิษฐ์สิทธิบัตรนี้เริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1990 เมื่อบริษัทโรงงานเคมีรายใหญ่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ร้องขอให้มีการผลิตถังพลาสติกชนิดใหม่ซึ่งต้องมีคุณสมบัติคือสามารถนำไปกำจัดและย่อยสลายได้ง่าย ผู้ทรงสิทธิบัตรใน

⁶¹⁴ OLG Düsseldorf WuW-E DE-R 1473 – Konsolidierer (2005).

⁶¹⁵ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 7-8.

⁶¹⁶ Standard-Spundfass II, BGH WuW/E DE-R 1329 (2004).

⁶¹⁷ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 10.

คดีนี้รวมทั้งผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอีก 3 รายได้รวมกลุ่มกันตั้งคณะกรรมการร่วมกันขึ้นเพื่อปรึกษาถึงการออกแบบดังกล่าว ในท้ายที่สุดสิทธิบัตรการออกแบบดังกล่าวของผู้ทรงสิทธิรายนี้ได้รับความสำเร็จเป็นอย่างมากและมีการนำไปใช้อย่างแพร่หลายในวงการอุตสาหกรรมเคมีจนเกิดเป็นแนวปฏิบัติในทางธุรกิจขึ้น⁶¹⁸ที่เรียกว่า Verband der Chemischen Industrie e.V. (VCI) แนวปฏิบัติ VCI นี้จะเป็นตัวกำหนดขนาด ปริมาตร น้ำหนักของถังที่ใช้ในอุตสาหกรรมเคมีซึ่งหากปราศจากสิทธิบัตรการออกแบบของผู้ทรงสิทธิแล้วบริษัทผู้ผลิตถังปลายน้ำก็ไม่สามารถผลิตถังที่ได้มาตรฐานตามแนวปฏิบัติ VCI ออกมาได้เลย ผู้ทรงสิทธิบัตรในคดีนี้จึงมีหน้าที่ตามหลัก FRAND ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่จะต้องยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ใช้สิทธิบัตรของตนอย่างเป็นธรรม (fair) สมเหตุสมผล (reasonable) และไม่เลือกปฏิบัติ (non discrimination)⁶¹⁹

เมื่อคดีนี้ผู้ทรงสิทธิบัตรได้อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายที่ได้อยู่รวมในกลุ่มคณะกรรมการในการคิดค้นสิทธิบัตรสามารถใช้สิทธิบัตรดังกล่าวเพื่อการผลิตถังได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย แต่กลับคิดค่าใช้จ่ายสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อหลัก FRAND และยังเป็นการละเมิดต่อมาตรา 20(1) ของ GWB (มาตรา 19(2) ข้อ 1 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน) อีกด้วย⁶²⁰ จะเห็นได้ว่าคดีนี้ผู้ทรงสิทธิบัตรยอมทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งจึงไม่เข้าลักษณะของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้ แต่ถ้าหากผู้ทรงสิทธิคิดค่าสิทธิบัตรในอัตราที่สูงมากเกินไปก็อาจจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายที่เป็นความผิดต่อ GWB ได้ แต่ในคดีนี้ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเลยว่าค่าสิทธิบัตรที่จะคิดต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นนั้นสูงเกินไปจนเป็นความผิดหรือไม่ เนื่องจากมีการคิดค่าสิทธิบัตรอย่างเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นการละเมิดต่อหลัก FRAND ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไปเสียแล้ว อย่างไรก็ตาม หลักการของคดีนี้อาจจะไม่สามารถนำไปปรับกับคดีที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสำหรับทรัพย์สินโดยทั่วไปที่มีใช้ทรัพย์สินทางปัญญาได้

⁶¹⁸ Ibid.

⁶¹⁹ Karolina Schöler, "Patents and Standards: The Antitrust Objection as a Defense in Patent Infringement Proceedings," in *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, ed. Ralph Nack (Munich Germany: Springer, 2009), pp. 187-188.

⁶²⁰ Ibid.

3.4.5 แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคาตาม มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

ในตอนแรกการกีดกันราคาไม่ได้เป็นพฤติกรรมที่อยู่ในความสนใจของ Bundeskartellamt มากนัก เนื่องจากยังไม่เคยมีคดีความที่ฟ้องร้องกันถึงประเด็นดังกล่าว จนกระทั่ง ในช่วงปี ค.ศ. 2000 พฤติกรรมการกีดกันราคานี้จึงเริ่มได้รับความสนใจจากหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น เห็นได้จากในปี ค.ศ. 2007 ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการตราบทบัญญัติใหม่ขึ้นเพื่อควบคุมการกีดกันราคาที่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยเฉพาะในมาตรา 20(4) ข้อที่ 3 ของ GWB หรือในมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน นอกจากนี้ในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 2009 Bundeskartellamt ได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์ที่จำเป็นต่อการนำมาปรับใช้เพื่อควบคุมการกีดกันราคาไว้อย่างครอบคลุมในคดี *Deutsche Telekom/Mehrwertdienste*⁶²¹

Bundeskartellamt ได้จัดให้การกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมโดยมิชอบพฤติกรรมหนึ่ง ซึ่งแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมโดยมิชอบอื่น ๆ (stand-alone form of abuse) แตกต่างจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นที่จัดว่าการกีดกันราคาเป็นประเภทหนึ่งของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ดังนั้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะพิจารณาการกีดกันราคาแยกต่างหากจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal) ในตลาดต้นน้ำและพิจารณาแยกจากการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ในตลาดปลายน้ำ และจัดเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดได้อย่างเอกเทศภายใต้มาตรา 19 หรือมาตรา 20 ของ GWB ที่การกีดกันราคามีความแตกต่างจากพฤติกรรมอีก 2 ชนิดนั้นก็เพราะ Bundeskartellamt เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะมุ่งพิจารณาเฉพาะการตั้งราคาที่สูงมากในตลาดต้นน้ำ (หรือตลาดขายส่ง) ที่เรียกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย ส่วนการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งจะมุ่งพิจารณาเฉพาะการตั้งราคาโดยมิชอบในตลาดปลายน้ำ (หรือตลาดขายปลีก) แต่การกีดกันราคนั้นจะต้องมุ่งพิจารณาความสัมพันธ์ของการตั้งราคาสินค้าหรือบริการในตลาดทั้ง 2 ระดับกล่าวคือ จะต้องพิจารณาทั้งการตั้งราคาอย่างสูงในตลาดต้นน้ำและการตั้งราคาต่ำในตลาดปลายน้ำควบคู่กันไป⁶²²

⁶²¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 123.

⁶²² *Ibid.*, 126.

Bundeskartellamt ได้อธิบายนิยามของการกีดกันราคาเอาไว้ว่าจะเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำ (ซึ่งก็คือราคาสินค้าขายปลีกที่ผู้ทำการกีดกันราคาจำหน่ายให้กับผู้บริโภค) และราคาสินค้าต้นน้ำ (ซึ่งก็คือราคาสินค้าขายส่งที่ผู้ทำการกีดกันราคาจำหน่ายให้กับคู่แข่ง) เป็นลบ หรือแม้ว่าส่วนต่างนั้นจะเป็นบวกแต่ก็ไม่มากพอที่จะคลุมหรือนำไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปสินค้า (product-specific cost) ให้ออกมาเป็นสินค้าขายปลีกเพื่อจำหน่ายในตลาดปลายน้ำได้ คำนียามของ Bundeskartellamt นี้ได้รับอิทธิพลมาจากคณะกรรมการยุโรปและศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปชั้นต้น (European Court of First Instance)⁶²³

ในปัจจุบันกฎหมาย GWB มีบทบัญญัติที่ให้การควบคุมการกีดกันราคาอยู่ 2 กลุ่ม โดยแบ่งออกเป็นบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกีดกันราคาตามมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน และบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 หากผู้ทำการกีดกันราคานั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและมาตรา 20(1) หากผู้ทำการกีดกันราคานั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ หลังจากมีการตราบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกีดกันราคาขึ้นในปี ค.ศ. 2007 การดำเนินคดีเกี่ยวกับการกีดกันราคานั้น Bundeskartellamt จะปรับใช้บทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกีดกันราคา ก่อน และถ้าหากสถานการณ์การกีดกันราคาที่เกิดขึ้นนั้นไม่ต้องตามบทบัญญัติเฉพาะถึงจะย้อนกลับมาพิจารณาตามบทบัญญัติทั่วไป⁶²⁴ ดังนั้นจึงขออธิบายการควบคุมการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกีดกันราคาตามมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ GWB ก่อน

1. การควบคุมการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติเฉพาะ

ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2007 กฎหมาย GWB ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหลายประเด็นด้วยกัน หนึ่งในประเด็นที่มีการเพิ่มเติมขึ้นใหม่นั้นคือมาตรา 20(4) ข้อที่ 3 (ซึ่งก็คือมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะสำหรับใช้ควบคุมการกีดกันราคา โดยมาตราใหม่นั้นมีเนื้อหา ดังนี้

มาตรา 20(3) “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (Superior market power) เมื่อเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ใช้อำนาจตลาดที่ตนมีในการกีดกันคู่แข่งเช่นนั้นไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม การกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมดังกล่าวหมายถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าได้กระทำการดังต่อไปนี้

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Ibid., 123-124.

3. จำหน่ายสินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งชั้นของตนในตลาดปลายทางในราคาสูงกว่าที่ตนจำหน่ายให้กับลูกค้า เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควรสำหรับการกระทำนั้น”

ที่ต้องมีการตราบทบัญญัติขึ้นใหม่ก็เพราะในอดีตได้เกิดคดีเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดน้ำมันเบนซินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีชื่อว่าคดี *Freie Tankstellen*⁶²⁵ ในคดีนี้เจ้าของบริษัทน้ำมันเบนซินได้จำหน่ายน้ำมันเบนซินในตลาดต้นน้ำ (wholesale price) ให้กับปั้มน้ำมันอิสระจำนวนหลายปั้มที่มีชื่อว่า *Freie Tankstellen* ในราคาที่สูงกว่าราคาในตลาดปลายทาง (retail price) ที่ตนได้จำหน่ายให้กับผู้บริโภคเสียอีก Bundeskartellamt เห็นว่าพฤติกรรมการคิดราคาของเจ้าของบริษัทน้ำมันเช่นนี้มีความผิด ในเดือนสิงหาคม ปี ค.ศ. 2002 จึงออกคำสั่งห้ามมิให้เจ้าของบริษัทน้ำมันเบนซินคิดราคาน้ำมันเบนซินในตลาดต้นน้ำสูงเกินกว่าราคาน้ำมันเบนซินในตลาดปลายทาง ต่อมาคดีนี้ขึ้นสู่ชั้นศาล Bundeskartellamt ได้พยายามปรับใช้บทบัญญัติในเรื่องการกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 20 เดิมที่มีอยู่เข้ากับพฤติกรรมการกีดกันราคาที่เกิดขึ้น แต่เป็นการยากสำหรับ Bundeskartellamt ที่จะพิสูจน์ว่าการกีดกันราคาที่เกิดขึ้นนั้นต้องตามองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 ในท้ายที่สุดในเดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 2002 ศาล Düsseldorf Regional High Court (OLG Düsseldorf) จึงได้พิพากษากลับคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt เนื่องจากศาลเห็นว่า Bundeskartellamt ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าพฤติกรรมการกีดกันราคาที่ทำโดยเจ้าของบริษัทน้ำมันเบนซินนั้นต้องตามองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 ของ GWB ที่มีอยู่เดิมได้⁶²⁶

เนื่องด้วยเหตุผลที่ถ้อยคำว่า “การกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม” นั้นขาดความชัดเจนว่าจะรวมไปถึงกรณีของการกีดกันราคาด้วยหรือไม่ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติขึ้นใหม่โดยเป็นการระบุตัวอย่างหรือข้อสันนิษฐานเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 20(4) ข้อ 3 เดิม (ซึ่งก็คือมาตรา 20(3) ข้อ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน) เพื่อเป็นการบัญญัติให้ชัดเจนว่าการกีดกันราคานั้นจัดเป็นตัวอย่างหนึ่งของการกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม กล่าวได้ว่าถ้าหากผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าได้ทำการกีดกันราคาโดยจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งชั้นของตนในตลาดปลายทางในราคาสูงกว่าที่ตนจำหน่ายให้กับลูกค้า และไม่มีเหตุผลอันสมควรสำหรับการ

⁶²⁵ Freie Tankstellen, BKartA WuW/W DE-V 289 (2000), OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 829 (2002).

⁶²⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 124.

กระทำนั้นก็จะถูกสันนิษฐานไว้ว่าเป็นการกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมนั่นเอง⁶²⁷

องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(3) ข้อ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบันซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะสำหรับใช้ควบคุมการกีดกันราคา สามารถแบ่งองค์ประกอบได้ 4 ประการดังนี้

1.1 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (superior market power)

องค์ประกอบสำคัญประการแรกตามมาตรา 20(3) ข้อ 3 ของ GWB คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการกีดกันราคานั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าเมื่อเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งชั้นของตนในตลาดปลายน้ำ GWB ได้ระบุปัจจัยที่ใช้การประเมินสถานะของการเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า” เอาไว้ในมาตรา 18(3)⁶²⁸ ว่าส่วนแบ่งตลาด ความเข้มแข็งของสถานะทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งจำหน่ายและการเข้าถึงตลาด ความสัมพันธ์หรือการเชื่อมโยงกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดทั้งในความเป็นจริงและในทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ระดับของการแข่งขันที่เกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้น ความสามารถในการเปลี่ยนแหล่งจำหน่ายสินค้าหรือความต้องการสินค้าหรือบริการอื่น และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่เป็นข้อเท็จจริงที่นำมาใช้พิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าหรือไม่⁶²⁹

ส่วนการให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมนั้นจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับขนาดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าเป็นรายกรณีไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶²⁷ Ibid., 124-125.

⁶²⁸ มาตรา 18(3) ของ Act against Restraints of Competition (GWB) บัญญัติว่า “(3) In assessing the market position of an undertaking in relation to its competitors, account shall be taken in particular of the following:

1. its market share,
2. its financial strength,
3. its access to supply or sales markets,
4. its links with other undertakings,
5. legal or factual barriers to market entry by other undertakings,
6. actual or potential competition from undertakings domiciled within or outside the scope of application of this Act,
7. its ability to shift its supply or demand to other goods or commercial services, and
8. the ability of the opposite market side to resort to other undertakings.”

⁶²⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 125.

Bundeskartellamt ได้ระบุถึงหนังสือแจ้งเตือนหมายเลข 124/2003 ที่พิจารณาให้บริษัทซึ่งมีผลประกอบการต่ำกว่า 50 ล้านยูโรจัดว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับอีกบริษัทหนึ่งซึ่งมีผลประกอบการสูงกว่า 500 ล้านยูโร⁶³⁰

1.2 กีดกันอย่างไม่เป็นธรรมโดยจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้กับผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งของตนในตลาดปลายทางในราคาสูงกว่าที่ตนจำหน่ายให้กับลูกค้าในตลาด (ลูกค้าในตลาดปลายทางหรือที่มักเรียกว่าตลาดค้าปลีก)

องค์ประกอบในข้อนี้จะต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างราคาของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าคิดในตลาดต้นน้ำ (ซึ่งก็คือราคาสินค้าขายส่งที่คิดต่อผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งของตนในตลาดปลายทาง) กับราคาสินค้าที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าคิดในตลาดปลายทาง (ซึ่งก็คือราคาสินค้าขายปลีกที่คิดต่อลูกค้าแต่ละราย) โดยไม่ต้องนำเอาค่าใช้จ่ายมาเปรียบเทียบด้วย เมื่อนำเอาราคาทั้ง 2 มาเปรียบเทียบกับแล้วราคาในตลาดต้นน้ำหรือราคาสินค้าขายส่งจะต้องไม่สูงกว่าราคาสินค้าในตลาดปลายทางหรือราคาสินค้าขายปลีก แต่ถ้าหากเมื่อใดที่ราคาในตลาดต้นน้ำหรือราคาสินค้าขายส่งสูงกว่าราคาสินค้าในตลาดปลายทางหรือราคาสินค้าขายปลีกแล้วก็ย่อมเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ GWB นี้⁶³¹

1.3 โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

องค์ประกอบประการที่ 3 สำหรับการฟ้องร้องว่าการกีดกันราคาเป็นความผิดก็คือการกีดกันราคาที่เกิดขึ้นนั้นทำขึ้นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร องค์ประกอบในข้อนี้จะต้องทำการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์อย่างรอบด้าน ในขั้นตอนของการชั่งน้ำหนักนั้น ผลประโยชน์ด้านการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมจะถูกนำมาชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า นอกจากนั้นเป้าหมายสำคัญที่จะต้องพึงระลึกไว้เสมอก็คือ การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการแต่ละรายนั้นจะต้องปราศจากข้อจำกัดให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ ผลของการคำนึงถึงเป้าหมายดังกล่าวก่อให้เกิดเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดย่อมมีเสรีภาพในการตั้งราคาที่พวกเขาเห็นว่าเป็นราคาที่เหมาะสมซึ่งราคาที่ตั้งขึ้นนั้นอาจแตกต่างกันออกไปได้⁶³²

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Ibid.

⁶³² Ibid., 125-126.

ปัจจัยประการอื่นที่มีส่วนสำคัญในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ได้แก่ ระดับของอำนาจตลาดที่เหนือกว่าในตลาดปลายน้ำ ระดับของการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมและการที่คู่กรณีเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน ส่วนผลประโยชน์เฉพาะเรื่องที่จะต้องนำมาพิจารณาในด้านของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า เช่นการกีดกันราคาที่ทำขึ้นนั้นเป็นเพียงกลยุทธ์การแข่งขันด้านราคาจึงตั้งราคาสินค้าปลายน้ำในราคาถูกลงหรือเป็นกลยุทธ์เพื่อการเข้าสู่ตลาดใหม่ ในการชั่งน้ำหนักฝั่งผู้ทำการกีดกันราคา สถานะของผู้ทำการกีดกันราคาว่ามีสถานะเป็นเพียงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (superior market power) หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในตลาดต้นน้ำ (dominates to upstream market) ก็เป็นปัจจัยที่สำคัญในการนำมาชั่งน้ำหนัก เนื่องจากถ้าผู้ทำการกีดกันราคาได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เขาก็จะไม่มีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่ง (no duty to deal with its competitors) ฉะนั้นการกีดกันราคาที่ทำขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็ย่อมเป็นความผิดได้ง่ายกว่า เนื่องจากการกีดกันราคาที่ทำขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า สามารถยกข้อแก้ตัวว่ามีเหตุผลอันสมควรพียงขึ้นได้ง่ายกว่าการกีดกันราคาที่ทำขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั่นเอง นอกจากนี้เจตนาที่เป็นอีกหนึ่งปัจจัยสำคัญในกระบวนการชั่งน้ำหนัก โดยปกติหากการกีดกันราคาที่ทำขึ้นนั้นมีเจตนาเพื่อเป็นการกีดกันให้คู่แข่งต้องออกไปจากตลาดอย่างชัดเจนก็ไม่นับถือว่าเป็นการกีดกันราคาที่มีเหตุผลอันสมควร ส่วนภาระการพิสูจน์ว่าการกีดกันราคาที่เกิดขึ้นนั้นมีเหตุผลอันสมควรตกอยู่กับฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า⁶³³

1.4 ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (small and medium sized competitors) ที่ถูกกีดกันราคา

เนื่องจากบทบัญญัติเฉพาะที่ควบคุมการกีดกันราคาตามมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 นี้ อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 20 ดังนั้นผลกระทบต่อมาตรานี้จึงต้องแปลความเหมือนกันกับผลกระทบต่อมาตรา 20 ซึ่งได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition (GWB)

2. การควบคุมการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติทั่วไป

การกีดกันราคาที่ไม่เข้าองค์ประกอบตามบทบัญญัติเฉพาะในมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหลักการแล้วการกีดกันราคาเช่นนั้นยังสามารถถูกควบคุมโดยอาศัยบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 หรือมาตรา 20(1) ของ GWB ได้อีก ขึ้นอยู่กับว่าผู้ประกอบ

⁶³³ Ibid., 126.

ธุรกิจที่ทำการกีดกันราคานั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ⁶³⁴ ซึ่งจะขออธิบายเฉพาะองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) เนื่องจากเป็นมาตราที่อยู่ในขอบข่ายการศึกษา

การควบคุมการกีดกันราคาโดยอาศัยบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 20(1) นั้นมีองค์ประกอบความรับผิด 4 ประการดังนี้

2.1 เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบตามมาตรา 20(1)

องค์ประกอบความรับผิดในเรื่องการกีดกันราคาตามมาตรา 20(1) ของ GWB ประการแรกก็คือผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการกีดกันราคาจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบในตลาด ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบมีลักษณะอย่างไรนั้นได้อธิบายไว้ในหัวข้อองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition (GWB) แล้ว

Bundeskartellamt เห็นว่าสิ่งที่สำคัญก็คือผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการกีดกันราคานั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบอยู่ในตลาดต้นน้ำ (ตลาดค้าส่ง) ส่วนจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบอยู่ในตลาดปลายน้ำ (ตลาดค้าปลีก) ด้วยหรือไม่ นั้นมิใช่สิ่งจำเป็น ดังนั้นหากผู้ที่ทำการกีดกันราคาเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบอยู่ในตลาดต้นน้ำก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดในเรื่องการกีดกันราคาตามมาตรา 20 ของ GWB ได้แล้ว⁶³⁵

2.2 กีดกันอย่างไม่เป็นธรรม

การกีดกันในความหมายของมาตรา 20(1) ตลอดจนมาตรา 19(2) ข้อ 1 นั้นหมายถึงพฤติกรรมทางการค้าที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกกีดกัน อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมที่เป็นการกีดกันนั้นไม่อาจนับว่าเป็นความผิดเพียงเพราะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หากแต่ต้องพิจารณาประกอบด้วยว่าพฤติกรรมเช่นนั้นก่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ ตามที่ศาล Federal Court of Justice ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินวางหลักไว้ในคดี Original VW Ersatzteile II เมื่อวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 1981 ดังนั้นถ้าหากเป็นการใช้อำนาจตลาด

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ Ibid., 127.

โดยมิชอบใด ๆ ก็ตามที่มีวิธีแตกต่างออกไปจากการแข่งขันอันชอบธรรมและมีผลกระทบเป็นการกีดกันการแข่งขันก็ถูกจัดเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมได้ทั้งสิ้น⁶³⁶

สำหรับสถานการณ์การกีดกันราคา Bundeskartellamt เห็นว่าส่วนต่างที่เป็นลบ (negative difference) ระหว่างราคาของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบคิดในตลาดปลายน้ำ (ซึ่งก็คือราคาสินค้าขายปลีกที่จำหน่ายให้กับผู้บริโภค) และราคาของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบคิดในตลาดต้นน้ำ (ซึ่งก็คือราคาสินค้าขายส่งที่จำหน่ายให้กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งอยู่ในตลาดปลายน้ำ) โดยหลักแล้วก็จะถูกจัดว่าเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมตามความหมายของมาตรา 20(1) และมาตรา 19(2) ข้อ 1 นอกจากนี้ Bundeskartellamt ยังชี้ให้เห็นว่าผลกระทบของการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมนั้นเป็นหลักฐานชิ้นหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณา⁶³⁷

ตรงกันข้าม ถ้าหากส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำและราคาสินค้าต้นน้ำนั้นเป็นบวก (positive effect) ในกรณีเช่นนี้จะต้องมีการประเมินอย่างรอบคอบและถี่ถ้วนถึงจะสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 20(1) และมาตรา 19(2) ข้อ 1 หรือไม่ ในกรณีดังกล่าวนี้จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นว่าส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำและราคาสินค้าต้นน้ำที่เป็นบวกนั้นเพียงพอสำหรับผู้ที่ถูกกีดกันราคาจะนำเอาไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปสินค้า (product-specific cost) ให้ออกมาเป็นสินค้าขายปลีกเพื่อจำหน่ายให้กับผู้บริโภคได้หรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และมาตรา 19(2) ข้อ 1 ได้เช่นกัน⁶³⁸

เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ในสถานการณ์ส่วนต่างที่เป็นบวกดังกล่าว จะขอยกตัวอย่างดังนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการกีดกันราคาจำหน่ายสินค้าต้นน้ำให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกีดกันราคาในราคา 400 ยูโร และผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการกีดกันราคาจำหน่ายสินค้าปลายน้ำให้กับผู้บริโภคในราคา 600 ยูโร จึงเป็นสถานการณ์ที่ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำ 600 ยูโร (ราคาสินค้าขายปลีก) และราคาสินค้าต้นน้ำ 400 ยูโร (ราคาสินค้าขายส่ง) เป็นบวก ซึ่งดูเหมือนว่าการตั้งราคาเช่นนี้จะยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกีดกันราคายังสามารถแข่งขันในด้านราคาได้อยู่เพราะมีส่วนต่างเป็นบวกอยู่ถึง 200 ยูโร แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกีดกันราคาซื้อสินค้าต้นน้ำมา เขาจะต้องมีค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปวัตถุดิบต้นน้ำนั้นให้กลายเป็นสินค้าปลายน้ำถึงจะจำหน่ายให้กับผู้บริโภคได้ ถ้าหากในตัวอย่างนี้ค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปให้

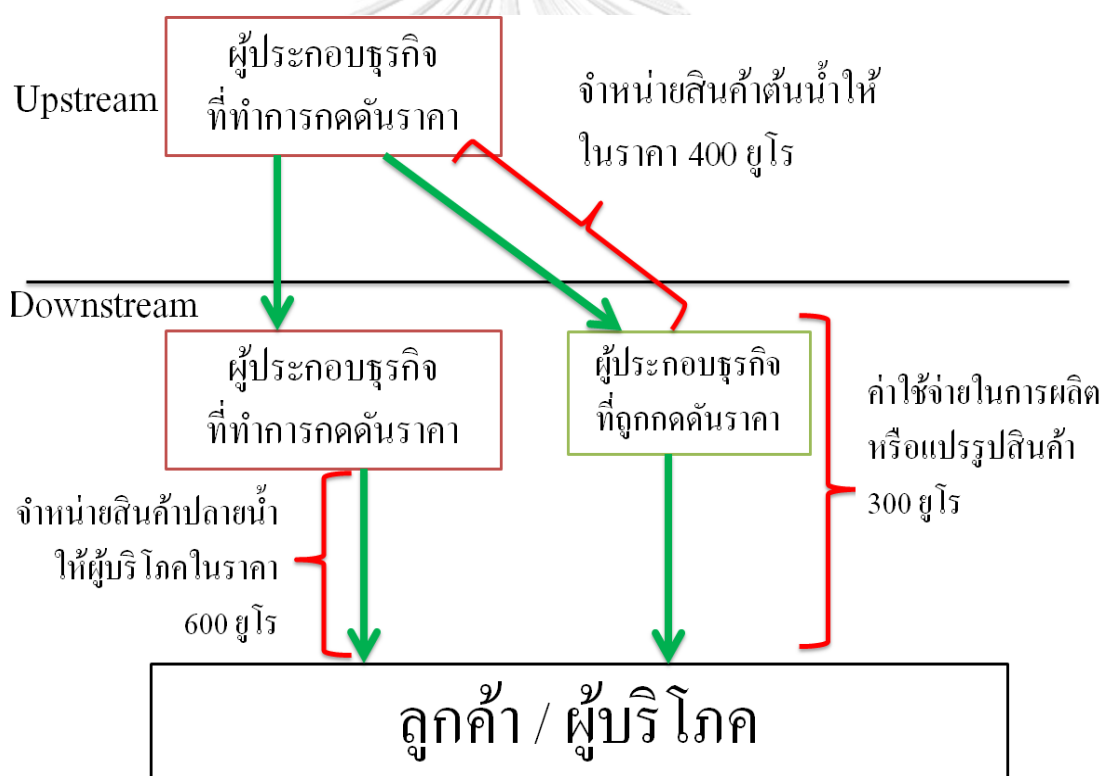
⁶³⁶ Ibid.

⁶³⁷ Ibid.

⁶³⁸ Ibid.

เป็นสินค้าปลายน้ำต้องใช้ต้นทุนสูงถึง 300 ยูโร แสดงว่าผู้ประกอบการที่ถูกกดดันราคาจะมีต้นทุนถึง 700 ยูโรทั้งค่าสินค้าต้นน้ำรวมกับค่าผลิตหรือแปรรูปสินค้า ดังนั้นผู้ประกอบการที่ถูกกดดันราคานี้ จึงไม่สามารถแข่งขันด้านราคาต่อผู้ประกอบการที่ทำการกดดันราคาได้อยู่ดี ฉะนั้นแม้ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำและราคาสินค้าต้นน้ำจะเป็นบวก แต่เมื่อส่วนต่างที่เป็นบวกนั้นไม่มากพอที่ผู้ประกอบการรายที่ถูกกดดันราคาจะนำเอาไปชดเชยกับค่าใช้จ่ายสำหรับการผลิตหรือแปรรูปสินค้าให้ออกมาเป็นสินค้าขายปลีกเพื่อจำหน่ายให้กับผู้บริโภคได้แล้ว ในกรณีเช่นนี้ Bundeskartellamt ก็จัดว่าเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกันกับกรณีที่ส่วนต่างเป็นลบ ตัวอย่างที่อธิบายมาสามารถสรุปเป็นภาพได้ดังนี้

รูปที่ 13 รูปแสดงการกดดันราคาที่ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำและราคาสินค้าต้นน้ำเป็นบวก (positive effect)



2.3 โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

การพิสูจน์ว่ามีเหตุผลอันสมควรมันก็มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับที่อธิบายไว้ข้างต้นแล้วว่ามีปัจจัยใดบ้างที่จะต้องนำมาชั่งน้ำหนัก แต่ในสถานการณ์การกดดันราคายังมีปัจจัยประการอื่นที่จะต้องนำมาชั่งน้ำหนักผลประโยชน์เป็นการเฉพาะ ประการแรกก็คือต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าผู้ประกอบการมีเสรีภาพในการตั้งราคา ประการที่สองคืออำนาจตลาดของผู้ประกอบการที่ทำการ

กีดกันราคา ประการที่สามถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการกีดกันราคาเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบอยู่ทั้งในตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดในเรื่องการกีดกันราคาได้มากกว่าการมีอำนาจอยู่ในตลาดต้นน้ำแต่เพียงอย่างเดียว นอกจากนั้นเจตนาที่ยังเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณา โดยปกติแล้ว Bundeskartellamt จะไม่พิจารณาการกีดกันราคาที่ถูกใช้เป็นกลยุทธ์ด้านการตั้งราคาอันมีเจตนาอย่างชัดแจ้งเพื่อกีดกันให้คู่แข่งต้องออกไปจากตลาดว่าเป็นการกีดกันราคาที่มีเหตุผลอันสมควร เช่นถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการกีดกันราคาตั้งราคาสินค้าต้นน้ำให้สูงกว่าราคาสินค้าปลายน้ำที่ตนจำหน่ายให้กับผู้บริโภค กรณีเช่นนี้ย่อมชี้ให้เห็นถึงเจตนาเพื่อกีดกันให้คู่แข่งต้องออกไปจากตลาดแล้ว ซึ่ง Bundeskartellamt ก็จะพิจารณาว่าเป็นการกีดกันราคาที่ปราศจากเหตุผลอันสมควร⁶³⁹

2.4 ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (small and medium sized competitors) ที่ถูกกีดกันราคา

องค์กรประกอบในข้อนี้มีรายละเอียดเหมือนกันกับที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อองค์กรประกอบ ความรับผิดตามมาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition (GWB) แล้ว

นอกจากคดี *Freie Tankstellen* ที่ได้อธิบายมาแล้ว ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีคดีอีกคดีหนึ่งที่มีประเด็นเกี่ยวกับการกีดกันราคาซึ่งก็คือคดี *Deutsche Telekom AG – MABEZ services*⁶⁴⁰ ในคดีนี้มีการกล่าวหาว่ามีการกีดกันราคาเกิดขึ้นในการตั้งราคาสำหรับการให้บริการเชื่อมต่อเครือข่ายโทรศัพท์ (connection services) ในตลาดค้าส่งต้นน้ำและการคิดราคาสำหรับการให้บริการโทรศัพท์มวลชน (mass call services หรือที่รู้จักกันในชื่อบริการ MABEZ) ในตลาดค้าปลีกปลายน้ำ การให้บริการโทรศัพท์มวลชนมีลักษณะเป็นการรองรับให้มีการโทรศัพท์เข้าไปพูดคุยกันได้ ในปริมาณคราวละหลาย ๆ สายภายในเวลาเดียวกัน บริการ MABEZ มักจะถูกใช้ในกิจกรรมที่มีผู้ฟังหรือผู้ชมเป็นจำนวนมาก เช่น การจับรางวัลทางโทรทัศน์ ทำจัดท่าโพลล์แสดงความคิดเห็นต่าง ๆ หรือการโทรศัพท์เข้าไปบริจาคเงินที่มีการถ่ายทอดทางโทรทัศน์ เป็นต้น ผู้ประกอบธุรกิจที่จะสามารถให้บริการ MABEZ ได้นั้นต้องขอเชื่อมต่อเครือข่ายโทรศัพท์จากผู้ให้บริการผู้เชี่ยวชาญเสียก่อนซึ่งก็คือบริษัท DTAG โดยราคาค่าบริการที่ DTAG คิดสำหรับการให้บริการเชื่อมต่อเครือข่ายโทรศัพท์นั้นจะถูกกำกับดูแลโดย Federal Network Agency (Bundesnetzagentur)⁶⁴¹

⁶³⁹ Ibid., 128.

⁶⁴⁰ Deutsche Telekom AG – MABEZ services, BKartA case no. B7-11/09 WuW DE-V 1769.

⁶⁴¹ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 8.

ในปี ค.ศ. 2008 สถานีโทรทัศน์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีชื่อว่า 9Live ได้เปิดประมูลให้บริษัทเข้ามาดำเนินการให้บริการ MABEZ สำหรับรายการเกมส์โชว์ชิงรางวัลทางโทรทัศน์ ซึ่งบริษัท DTAG ได้เข้าร่วมประมูลด้วยและเป็นผู้ชนะการประมูลไปในที่สุด บริษัท NextID ซึ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจอยู่ในตลาดผู้ให้บริการ MABEZ จึงได้ยื่นคำร้องต่อ Bundeskartellamt กล่าวหาว่าบริษัท DTAG ได้กระทำพฤติกรรมกีดกันราคาอันเป็นการละเมิดต่อมาตรา 82 EC (มาตรา 102 TFEU ในปัจจุบัน) รวมทั้งมาตรา 20 ของ GWB (ซึ่งก็คือมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน)⁶⁴²

Bundeskartellamt ได้ทำการตรวจสอบว่าบริษัท DTAG ได้มีการทำละเมิดตามที่บริษัท NextID กล่าวอ้างหรือไม่ โดยตรวจสอบตามองค์ประกอบความรับผิดของมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน ทั้ง 4 ประการตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หลังจากการตรวจสอบแล้วพบว่าไม่มีโอกาสที่บริษัท DTAG จะทำการกีดกันราคาได้เนื่องจากราคาบริการต้นน้ำเป็นราคาที่ถูกลงกับดูแลโดย Federal Network Agency⁶⁴³

สรุปได้ว่าพฤติกรรมกีดกันราคาสามารถถูกควบคุมโดยอาศัยบทบัญญัติเฉพาะและบทบัญญัติทั่วไป บทบัญญัติเฉพาะเป็นมาตราที่บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 2007 โดยบัญญัติเป็นมาตรา 20(4) ข้อที่ 3 ของ GWB (ซึ่งก็คือมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน) ซึ่งจะใช้เฉพาะในกรณีที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการกีดกันราคาเท่านั้น ส่วนการกีดกันราคาที่ไม่อาจปรับเข้าองค์ประกอบตามบทบัญญัติเฉพาะ เช่นกรณีที่ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลายน้ำและราคาสินค้าต้นน้ำเป็นบวก (positive effect) ก็ยังสามารถถูกควบคุมตามบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 หรือมาตรา 20(1) ได้อีก และ Bundeskartellamt ยังได้จัดให้การกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมโดยมิชอบพฤติกรรมหนึ่งซึ่งแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมโดยมิชอบอื่น ๆ กล่าวคือ เป็นพฤติกรรมที่พิจารณาแยกต่างหากจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในตลาดต้นน้ำและพิจารณาแยกต่างหากจากการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจูงใจจัดคู่แข่งชั้นในตลาดปลายน้ำ⁶⁴⁴

⁶⁴² Ibid.

⁶⁴³ Ibid., 9.

⁶⁴⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 128.

3.4.6 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้ง GWB และ UWG ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพบว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายถึง 4 มาตราด้วยกัน โดยแบ่งการควบคุมออกเป็นหลายระดับอย่างละเอียดดังนี้

1. ถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและผลกระทบของการปฏิเสธนั้นส่งผลกระทบรุนแรงมากถึงขั้นกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในครั้งนี้ก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตราแห่ง 102 TFEU

2. การปฏิเสธโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยที่ผลกระทบของการปฏิเสธส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 แห่ง GWB

3. การปฏิเสธโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบต่อผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ต้องพึ่งพาผู้ปฏิเสธนั้นก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) แห่ง GWB

4. การปฏิเสธโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าต่อผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่เป็นคู่แข่งนั้นก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 20(3) แห่ง GWB

5. ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการจงใจกีดขวางผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 4 ข้อ 4 ประกอบมาตรา 3(1) ของ UWG ได้อีกด้วย แต่ UWG เป็นกฎหมายที่คู่แข่งและผู้บริโภคต่าง ๆ สามารถฟ้องคดีได้เองโดยไม่ต้องอาศัย Bundeskartellamt ดังนั้นจึงไม่มีข้อมูลให้ศึกษาเปรียบเทียบมากนักแม้จะเป็นมาตราที่มีชื่อเรียกคล้ายคลึงกับมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มากที่สุดก็ตาม

ดังนั้นมาตรา 20 ของ GWB จึงเป็นมาตราที่มีลักษณะคล้ายคลึงและมีประโยชน์มากที่สุดในการนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยหลักแล้วการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไปก็ยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อมาตรา 20 ของ GWB แต่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้นั้นจะต้องเป็นการปฏิเสธที่เป็นการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อย่างไรก็ตามจะจัดว่าเป็นการปฏิเสธที่เป็นการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้นจะต้องอาศัยการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ ซึ่งกระบวนการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์นั้นจะต้องอาศัยปัจจัยต่าง ๆ

ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธเข้ามาพิจารณา โดยที่ปัจจัยหรือหลักเกณฑ์เช่นว่านั้นปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt และจากตัวบทของ GWB เอง โดยมีรายละเอียดแบ่งตามการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภท ดังนี้

3.4.6.1 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เป็นการปฏิเสธประเภทหลัก ดังนั้นปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับการปฏิเสธประเภทนี้จึงสามารถนำไปปรับใช้กับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ ได้ด้วย โดยปัจจัยหรือหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ที่เป็นความผิดตามมาตรา 20 ของ GWB มีดังนี้

1) สภาพของตลาด

สภาพตลาดเป็นปัจจัยหนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 20(1) แต่อาจมีน้ำหนักน้อยลงหากพิจารณาตามมาตรา 20(3) เนื่องจากองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) มีอยู่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นผู้ถูกปฏิเสธนั้นจะต้องพึ่งพาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบอยู่ด้วยในลักษณะที่ไม่มีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่น ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการธุรกิจรายใดต้องพึ่งพาผู้ประกอบการธุรกิจอื่นหรือไม่นั้นจะต้องนำสภาพของตลาดมาพิจารณาโดยหลักแล้วในตลาดที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ (effective competition market) ก็จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกปฏิเสธไม่จำเป็นต้องพึ่งพาผู้ปฏิเสธเนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธสามารถเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นได้ง่าย⁶⁴⁵ แต่ถ้าเป็นตลาดที่มีการแข่งขันน้อย เช่นตลาดผู้แข่งขันน้อยรายหรือตลาดที่ไม่มีการแข่งขันเลยอย่างตลาดผูกขาด ก็จะยอมแสดงว่าผู้ถูกปฏิเสธจำเป็นต้องพึ่งพาผู้ปฏิเสธเป็นอย่างมาก ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในตลาดผู้แข่งขันน้อยรายหรือตลาดผูกขาดก็มีความเสี่ยงว่าจะเป็นการผิดตามมาตรา 20(1) ได้มากกว่าการปฏิเสธในตลาดที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาในคดี *Rossignol* กล่าวไว้ว่าแม้ตลาดผู้ผลิตสินค้าจะมีผู้ผลิตอื่นแข่งขันอยู่อีกหลายราย ก็ไม่ได้หมายความว่าร้านค้าปลีกผู้ถูกปฏิเสธจะมีความเป็นไปได้อันมีเหตุผลสมควรและเพียงพอที่จะต้องเปลี่ยนคู่สัญญาไปซื้อสินค้าจากผู้ผลิตที่อื่นเสมอไป เนื่องจากสินค้าของผู้ผลิตบางรายแม้จะมีส่วนแบ่งตลาดไม่มากแต่ก็มีสถานะทางตลาดที่มีความเฉพาะ

⁶⁴⁵ Florian Wagner-von Papp, "ASCOLA Conference 2015 TOKYO: Unilateral conduct by non dominant firms: A comparative reappraisal," 23 May 2015, p. 8.

สูง (specific market position) หรือมีคุณค่าทางพาณิชย์มากหรือเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงมาก จนลูกค้ารู้สึกว่าจะไม่อาจใช้สินค้าประเภทเดียวกันยี่ห้ออื่นทดแทนได้ ผู้ถูกปฏิเสธในคดีนี้ยังจัดว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งต้องพึ่งพาผู้ปฏิเสธอยู่นั่นเอง แม้สภาพตลาดของผู้ปฏิเสธจะมีการแข่งขันอยู่มาก (considerable competition market) ก็ตาม จากคดีนี้จึงสามารถสรุปได้ว่าปัจจัยด้านสภาพตลาดมีน้ำหนักสำหรับใช้ในพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 20(1) น้อยกว่าปัจจัยด้านสภาพสินค้า⁶⁴⁶

2. สภาพของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและสภาพของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธ

ตามองค์ประกอบความรับผิดในมาตรา 20 ของ GWB ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่จะมีความผิดตามมาตรา 20 ได้นั้นต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (relative market power) ตามมาตรา 20(1) หรือต้องเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (superior market power) ตามมาตรา 20(3) เท่านั้น

กฎเกณฑ์ตามมาตรา 20 ของ GWB นี้เรียกว่าการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งไม่มีอำนาจเหนือตลาด (non-dominant firm) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบและผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า กฎหมาย GWB ฉบับดั้งเดิมในปี ค.ศ. 1958 ยังไม่มีกฎเกณฑ์ในเรื่องการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบและผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า เหมือนกับมาตรา 20 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน แต่กฎเกณฑ์เรื่องพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบตามมาตรา 20(1) นั้นปรากฏขึ้นครั้งแรกใน GWB ฉบับปี ค.ศ. 1973 โดยเหตุผลที่ต้องมีการบัญญัติเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวขึ้นก็เพราะต้องการบัญญัติห้าม ยับยั้งพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อ (RPM) สำหรับสินค้ายี่ห้อดัง โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เล็งเห็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในสถานการณ์การกำหนดราคาขายต่อไว้ว่า ผู้ผลิตสินค้ายี่ห้อดังจะใช้นโยบายการกำหนดราคาขายต่อโดยเลิกหรือยุติการทำสัญญากับผู้จัดจำหน่ายที่ขายสินค้าในราคาต่ำกว่านโยบายการกำหนดราคาขายต่อที่ตั้งไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าบทบัญญัติเรื่องผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบนี้มีขึ้นเพื่อจัดการกับหลักเกณฑ์ Colgate Doctrine ที่เป็นปัญหา

⁶⁴⁶ Irene Snook and B.S. Markesinis, "Translated German Cases: Rossignol."

กล่าวคือ จะต้องมีการประนีประนอมระหว่างการบัญญัติห้ามการทำสัญญาที่เป็นความร่วมมือกันกำหนดราคาในแนวดิ่ง กับเสรีภาพในการเลิกหรือยุติความสัมพันธ์ฝ่ายเดียวในการเป็นผู้จัดจำหน่าย⁶⁴⁷

ในปัจจุบันกฎหมายที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งไม่มีอำนาจเหนือตลาด บัญญัติรวมอยู่ในมาตรา 20 ของ GWB ฉบับปี ค.ศ. 2013 เพียงมาตราเดียว ซึ่งในมาตราดังกล่าวยังจำแนกผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาดต่ำกว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรกมีชื่อว่า “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ” อันเป็นความสัมพันธ์ในแนวดิ่งระหว่างผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายหนึ่งกับผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนประเภทที่สองมีชื่อว่า “ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า” อันเป็นความสัมพันธ์ในแนวนอนระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่กับผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งกันทางธุรกิจกัน โดยผู้ประกอบธุรกิจทั้ง 2 ประเภทมีลักษณะและรายละเอียดในการพิจารณาดังนี้

2.1) ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ (relative market power)

ผู้ประกอบธุรกิจประเภทแรกมีชื่อว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 20(1) และมาตรา 20(2) ของ GWB อำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบนี้หมายถึงการมีอำนาจที่แตกต่างกันในความสัมพันธ์ในแนวดิ่งระหว่าง “ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจ (powerful undertaking)” ฝ่ายหนึ่ง กับ “ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าซึ่งต้องพึ่งพาผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจ (dependent)” อีกฝ่ายหนึ่ง โดยมาตรา 20(1) บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจกระทำการกีดกันผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าซึ่งต้องพึ่งพาดนอย่างไม่เป็นธรรมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและยังบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจกระทำการเลือกปฏิบัติต่อผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าซึ่งต้องพึ่งพาดนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย⁶⁴⁸

การที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใดมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องพึ่งพานั้น “มีโอกาสอย่างเพียงพอและสมเหตุผลหรือไม่ที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น” ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ อะไรคือ “อย่างเพียงพอและสมเหตุผล” ตามมุมมองของนโยบายว่าด้วย

⁶⁴⁷ Florian Wagner-von Papp, "ASCOLA Conference 2015 TOKYO: Unilateral conduct by non dominant firms: A comparative reappraisal," 23 May 2015, pp. 6-7.

⁶⁴⁸ Ibid., 7.

การแข่งขันก็จะพิจารณาว่าหากมีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้อง (effective competition on the relevant market) แล้ว ก็ย่อมสรุปได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องพึ่งพานั้นมีโอกาสร้อยเปอร์เซ็นต์และสมเหตุผลที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ ซึ่งถ้าหากพิจารณาจากมุมมองว่าด้วยการแข่งขันนี้ก็เหมือนกับเป็นการลดขอบเขตของมาตรา 20(1) ลงกลายเป็นการพิจารณาตามบทบัญญัติในเรื่องผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแทน ซึ่งมีใช้วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของมาตรา 20 เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นได้ถูกย้ายไปรวมกันที่มาตรา 19 แล้ว ดังนั้นการพิจารณาว่ามีโอกาสอย่างเพียงพอและสมเหตุผลหรือไม่ที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตามมาตรา 20(1) ของ GWB นั้นจะต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งต้องพึ่งพาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมาย GWB จะไม่ถึงว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นเป็นผู้ซึ่งต้องพึ่งพาถ้าหากมีโอกาสอย่างเพียงพอและสมเหตุผลที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้แต่ไม่ยอมเปลี่ยนแปลงหรือที่เรียกว่าการลงโทษตัวเอง (self-inflicted)⁶⁴⁹

การประเมินโอกาสอย่างเพียงพอและสมเหตุผลที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่ก็นำมาสู่ปัญหาทาง 2 แพร่ง ในสถานการณ์ที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งโดยปกติก็จะถูกสันนิษฐานว่าผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าเช่นนั้นย่อมมีทางเลือกอื่นอย่างเพียงพอและสมเหตุผลที่จะสามารถเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ แต่ผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าดังกล่าวกลับเลือกที่จะไม่เปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยยินยอมที่จะรับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั่นเอง ในสถานการณ์เช่นนี้เรียกว่าการลงโทษตัวเอง คำพิพากษาในคดีก่อน ๆ (case law) ได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์แก้ไขปัญหาทาง 2 แพร่งนี้เอาไว้ว่า หากผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งต้องพึ่งพาเลือกที่จะลงโทษตัวเองเช่นนี้ กฎหมายก็จะไม่สนใจหากการตัดสินใจเช่นนั้นนำพามาซึ่งการถูกผู้ประกอบการที่มีอำนาจเอาเปรียบ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งต้องพึ่งพายินยอมที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแม้จะถูกเอาเปรียบ ทั้ง ๆ ที่มีผู้ประกอบการรายอื่นประสงค์จะทำธุรกิจด้วยอีก⁶⁵⁰

อาจสรุปตัวอย่างของสถานการณ์ที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบได้ดังนี้

⁶⁴⁹ Ibid., 8.

⁶⁵⁰ Ibid.

a. ในสถานการณ์ระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้า (distributor) และผู้ค้าปลีกสินค้าโรงงาน (retail outlet) ซึ่งต้องพึ่งพาสินค้าที่จำเป็นต้องเก็บไว้ในปริมาณคราวละมากๆ (must stock product) และลูกค้าก็คาดหวังเช่นกันว่าผู้ค้าปลีกดังกล่าวจะต้องเก็บสินค้าไว้ในปริมาณมาก หรือในกรณีที่ผู้จัดจำหน่ายสินค้ายี่ห้อดัง (top brand) ในสถานการณ์เช่นนี้ ผู้จัดจำหน่ายถูกจัดว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ และผู้ค้าปลีกยอมถูกจัดว่าเป็นผู้ซึ่งต้องพึ่งพาผู้จัดจำหน่ายสินค้าแล้ว ตัวอย่างสถานการณ์นี้มาจากคดี *Rossignol*⁶⁵¹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการพิจารณาสถานะของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบและผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งต้องพึ่งพาอยู่ว่า ผู้ประกอบการธุรกิจผลิตรถจักรยานสกีรายหนึ่งนามว่า Rossignol ได้ยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่มีกันมาอย่างยาวนานกับร้านขายปลีกอุปกรณ์กีฬา โดยที่ร้านขายปลีกอุปกรณ์กีฬาอ้างว่าลูกค้าคาดหวังว่าร้านขายปลีกจะต้องเก็บตุนกระดานสกีของ Rossignol ไว้ แม้ในคดีนี้ Rossignol จะมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 8 และศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นก็มีการแข่งขันที่เข้มข้นอยู่ก็ตาม แต่ศาลก็ได้ตัดสินว่าร้านขายปลีกอุปกรณ์กีฬานั้นต้องพึ่งพาสินค้าของ Rossignol อยู่เนื่องมาจากความคาดหวังของลูกค้า ประกอบกับการโฆษณาเชิญชวนของ Rossignol ส่งผลให้กระดานสกีของ Rossignol มีสถานะทางการตลาดที่เฉพาะเจาะจง (specific market position) อันจะทำให้ลูกค้ารู้สึกว่กระดานสกียี่ห้ออื่นไม่อาจทดแทนกระดานสกีของ Rossignol ได้ ดังนั้นศาล Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) จึงตัดสินให้ Rossignol มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับร้านขายปลีกอุปกรณ์กีฬาในคดีนี้⁶⁵²

b. ในสถานการณ์ที่ต้องพึ่งพาเนื่องในยามขาดแคลนสินค้า เช่น เกิดภัยธรรมชาติหรือเกิดการนัดหยุดงานของแรงงาน เป็นต้น ตัวอย่างสถานการณ์นี้มาจากคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นในช่วงภาวะขาดแคลนน้ำมัน ในช่วงนั้นปั้มน้ำมันอิสระ (independent petrol stations) ไม่สามารถหาซื้อน้ำมันปิโตรเลียมจากผู้ประกอบการจรายอื่นได้เลยนอกจากบริษัทน้ำมันปิโตรเลียมซึ่งมีการรวมตัวในแนวตั้งผู้เป็นจำเลยในคดี ศาลกล่าวว่าในสถานการณ์เช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ และปั้มน้ำมันอิสระเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งต้องพึ่งพาจำเลย ดังนั้นจำเลยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับปั้มน้ำมัน

⁶⁵¹ *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

⁶⁵² Florian Wagner-von Papp, "ASCOLA Conference 2015 TOKYO: Unilateral conduct by non dominant firms: A comparative reappraisal," 23 May 2015, p. 9.

อิสระและยังมีหน้าที่ที่จะต้องแบ่งปัน (duty to apportion) น้ำมันของตนอย่างไม่เลือกปฏิบัติระหว่างปั๊มน้ำมันของตนเองกับปั๊มน้ำมันอิสระ⁶⁵³

c. ในสถานการณ์ที่ต้องพึ่งพาเนื่องจาก “ความสัมพันธ์พิเศษ” ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย โดยเฉพาะเมื่อคู่สัญญาได้ลงทุนทำธุรกิจร่วมกันอย่างยาวนานและมีการเจาะจงเลือกตัวคู่สัญญาว่าต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายนี้เท่านั้น (transaction-specific investment)⁶⁵⁴ เช่น ในสถานการณ์ที่ผู้จัดจำหน่ายบางรายต้องยอมลงทุนก่อสร้างบางสิ่งบางอย่างขึ้นตามเงื่อนไขที่ผู้ผลิตตั้งไว้ ถึงจะสามารถดำเนินธุรกิจในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายของผู้ผลิตดังกล่าวได้ ผู้ผลิตเช่นนั้นย่อมถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบแล้ว⁶⁵⁵

อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ที่ยกมาทั้ง 3 สถานการณ์นี้เป็นเพียงตัวอย่าง ดังนั้นสถานการณ์ที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบยังสามารถเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์อื่น ๆ ได้อีกนอกจากนั้น Bundeskartellamt ยังมีความเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบที่ปรากฏทั้งในมาตรา 20(1) นี้ ยังมีจุดบกพร่องในเรื่องผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบในด้านอุปสงค์ (relative market power on the demand-side) เช่นกรณีที่ผู้ค้าปลีกสินค้าเป็นผู้มีอำนาจมากกว่าผู้ผลิตจนถึงขนาดที่ผู้ผลิตต้องกลายเป็นฝ่ายพึ่งพา ในสถานการณ์เช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่าผู้ค้าปลีกสินค้าเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบตามความหมายของ GWB ฉบับปัจจุบัน ดังนั้นหากผู้ค้าปลีกสินค้าปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไม่เป็นธรรมก็จะไม่สามารถปรับใช้มาตรา 20(1) เพื่อควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวได้โดยตรง และก็ไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 20(3) ได้อีกเนื่องจากมาตรา 20(3) ใช้กับความสัมพันธ์ในแนวนอนเท่านั้น ซึ่งก็จะหลุดพ้นจากความคุ้มครองตาม GWB ฉบับปัจจุบันไป ดังนั้น Bundeskartellamt จึงเห็นว่าในอนาคตควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบให้ครอบคลุมถึงกรณีของผู้ประกอบธุรกิจด้านอุปสงค์ด้วย⁶⁵⁶

2.2) ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (superior market power)

⁶⁵³ Ibid.

⁶⁵⁴ Ibid.

⁶⁵⁵ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, p. 12.

⁶⁵⁶ Florian Wagner-von Papp, "ASCOLA Conference 2015 TOKYO: Unilateral conduct by non dominant firms: A comparative reappraisal," 23 May 2015, p. 9.

ผู้ประกอบการธุรกิจประเภทที่ 2 เรียกว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า” ปรากฏอยู่ในมาตรา 20(3) และมาตรา 20(4) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในแนวนอนระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจฝ่ายหนึ่งและผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นคู่แข่งกันของผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าถูกห้ามมิให้ทำการกีดกันคู่แข่งกันขนาดกลางและขนาดย่อมอย่างไม่เป็นธรรมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว การขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนรวมหรือกีดตันราคา เป็นต้น⁶⁵⁷

และในการประเมินสถานะทางตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กับคู่แข่งกัน เช่นมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) นั้น มาตรา 18(3) ของ GWB ได้ระบุถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาสถานะทางตลาดที่จะต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความเข้มแข็งของสถานะทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งจำหน่ายและการเข้าถึงตลาด ความสัมพันธ์หรือการเชื่อมโยงกับผู้ประกอบการรายอื่น การปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดทั้งในความเป็นจริงและในทางกฎหมายของผู้ประกอบการรายอื่น ระดับของการแข่งขันที่เกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้นความสามารถในการเปลี่ยนแหล่งจำหน่ายสินค้าหรือความต้องการสินค้าหรือบริการอื่น และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ เป็นต้น

นอกจากนั้น ในการพิจารณาถึงสภาพของผู้ประกอบการซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ อาจกล่าวได้ว่าระดับของอำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ กล่าวคือ ถ้าผู้ปฏิเสธยังมีอำนาจตลาดมากเท่าไรก็จะยิ่งถูกจำกัดเสรีภาพในการปฏิเสธลงมากขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดมากถึงขั้นเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดก็จะถูกจำกัดเสรีภาพในการปฏิเสธมากที่สุด ตามมาด้วยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ และตามมาด้วยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าลดหลั่นลงมาตามลำดับ⁶⁵⁸

3) สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ

แม้ตามมาตรา 20 ของ GWB จะมีได้บัญญัติถึงเรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นไว้อย่างชัดเจนเหมือนมาตรา 19(2) ข้อที่ 4 แต่ถ้อยคำที่ว่า “การกีดกันผู้ประกอบการอื่นอย่างไม่เป็นธรรม” ที่ปรากฏทั้งในมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ก็มีความหมายกว้างกินความไปถึง

⁶⁵⁷ Ibid., 9-10.

⁶⁵⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 141.

การปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น⁶⁵⁹ และถ้าหากเป็นการปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ก็ย่อมเป็นการกีดกันผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นอย่างชัดเจนอยู่แล้วซึ่งมักจะเป็นความผิดตามมาตรา 19 และมาตรา 20 ได้ง่ายกว่าการปฏิเสธต่อสินค้าหรือบริการโดยทั่ว ๆ ไป เห็นได้จากคดี *Mainova AG*⁶⁶⁰ และคดี *Scandlines Deutschland GmbH*⁶⁶¹ ที่สภาพของสินค้าซึ่งถูกปฏิเสธในคดีมีลักษณะเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นจึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ Bundeskartellamt และศาลตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกิดขึ้นในทั้ง 2 คดีนี้เป็นความผิดตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 4

ลักษณะของสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามความหมายในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนปรากฏอยู่ในมาตรา 19(2) ข้อที่ 4 ของ GWB ว่าจะต้องเป็นโครงข่ายหรือสาธารณูปโภคที่จำเป็น ที่คู่แข่งต้องการเข้าถึงเพื่อที่จะสามารถแข่งขันอยู่ในตลาดได้ ซึ่งถ้าหากไม่สามารถเข้าถึงได้แล้วก็จะไม่อาจดำเนินธุรกิจในฐานะคู่แข่งต่อไปได้ทั้งในตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ อีกทั้งผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งนั้นจะต้องไม่สามารถสร้างหรือทำซ้ำโครงข่ายหรือสาธารณูปโภคเช่นว่านั้นขึ้นใหม่ได้ทั้งในแง่กฎหมายและในแง่ความเป็นจริง และคู่แข่งที่ขอเข้าถึงจะต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างเพียงพอเพื่อแลกกับการขอเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นอีกด้วย

นอกจากนั้นตามมาตรา 20(1) แม้สินค้าที่ปฏิเสธจะไม่มีลักษณะถึงกับเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น แต่เป็นสินค้าที่ผู้ประกอบการด้านอุปสงค์ เช่นผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีก จำเป็นต้องพึ่งพาที่มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) ได้ง่าย เช่นหากเป็นสินค้ายี่ห้อดี (top brand) มีชื่อเสียงมากในตลาด (market prestige of the goods) หรือเป็นสินค้าที่มีมูลค่าทางพาณิชย์สูง (commercial value) จนลูกค้ารู้สึกว่าคุณค่าอื่นก็ไม่สามารถทดแทนสินค้านี้ยี่ห้อดีนั้นได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ค้าปลีกที่ซื้อสินค้าซึ่งมีลักษณะเช่นนั้นมาจำหน่ายต่อไปยังลูกค้าจะถูกจัดว่าเป็นผู้ซึ่งต้องพึ่งพาต่อผู้ผลิต ถ้าหากผู้ผลิตสินค้านี้ดักกล่าวปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ค้าปลีกซึ่งต้องพึ่งพาก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) ได้มาก ดังที่ศาลได้ตัดสินไว้ในคดี *Rossignol*⁶⁶² แต่ถ้าหากเป็นเพียงสินค้าทั่ว ๆ ไปที่สามารถหาทดแทนกันได้โดยง่าย ผู้ค้าปลีกสินค้านั้นก็จะไม่ถูกจัด

⁶⁵⁹ Ibid., 140.

⁶⁶⁰ *Mainova AG*, BKartA case no. B11- 12/03, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307 – GETECnet (2004), BGH WuW/E DE-R 1520 – Arealnetz (2005), BVerfG WuW/E DE-R 2667 – Arealnetz (2009).

⁶⁶¹ *Scandlines Deutschland GmbH*, BKartA case no. B9-16/98, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 569 – Puttgarden II (2000), BGH WuW/E DE-R 977 – Fährhafen Puttgarden (2002).

⁶⁶² *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

ว่าเป็นผู้ซึ่งต้องพึ่งพา การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสถานการณ์เช่นนี้ก็ไม่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดความผิดตามมาตรา 20(1) แต่อย่างไร

4) ลักษณะของการปฏิเสธ

แม้เจตนาจะมีใจองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20 ของ GWB แต่เจตนาที่เป็นปัจจัยหนึ่งในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์เพื่อพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ โดยหลักแล้วถ้าหาก Bundeskartellamt เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นมีเจตนาเพื่อกีดกันให้คู่แข่งต้องออกไปจากตลาด Bundeskartellamt ก็จะพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นนั้นไม่มีเหตุผลอันสมควร⁶⁶³ อย่างไรก็ตาม เจตนาเป็นเรื่องทางอัตวิสัย ซึ่ง Bundeskartellamt และศาลก็เป็นผู้ทำหน้าที่ค้นหาเจตนาของผู้ปฏิเสธโดยสรุปจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในคดี โดยปรากฏข้อเท็จจริงที่ Bundeskartellamt และศาลมักใช้สรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาที่กีดกันให้คู่แข่งต้องออกไปจากตลาดดังต่อไปนี้

4.1) การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ

การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัตินับว่ามีน้ำหนักมากสำหรับการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในประเทศอื่น ๆ อาจเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ใช้ในการชี้เจตนาของผู้ปฏิเสธ แต่การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติตาม GWB นั้นบัญญัติเป็นองค์ประกอบความรับผิดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 20(1) ประกอบมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 เลยว่าห้ามกระทำการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการ “กีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมหรือเลือกปฏิบัติต่อประกอบธุรกิจรายหนึ่งแตกต่างออกไปจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร” ดังนั้นถ้าหากในคดีมีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธมีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ Bundeskartellamt และศาลก็มักจะตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) ประกอบมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 เห็นได้จากคดี *Deutsche Post AG*⁶⁶⁴ และคดี *Standard-Spundfass II*⁶⁶⁵ ยิ่งไปกว่านั้นผลคดีย่อมเปลี่ยนไปถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ปฏิเสธมีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ศาลไม่อาจตัดสินได้ว่าผู้ปฏิเสธมีความผิดเนื่องจากไม่ครบ

⁶⁶³ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 13.

⁶⁶⁴ Deutsche Post AG, BKartA case no. B9-55/03, OLG Düsseldorf WuW-E DE-R 1473 – Konsolidierer (2005).

⁶⁶⁵ Standard-Spundfass II, BGH WuW/E DE-R 1329 (2004).

องค์ประกอบความรับผิดชอบ เห็นได้จากข้อเท็จจริงในคดี *Orange-Book-Standard*⁶⁶⁶ ที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถหาหลักฐานได้ว่าผู้ปฏิเสธได้มีการยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นใช้สิทธิบัตรในอัตราค่าธรรมเนียมเพียงร้อยละ 3 แต่กลับไม่ยินยอมให้ผู้ถูกปฏิเสธใช้สิทธิบัตรในอัตราค่าธรรมเนียมที่เท่าเทียมกันนี้แต่อย่างใด ศาลในคดีนี้จึงไม่รับฟังข้อต่อสู้ของผู้ถูกปฏิเสธ⁶⁶⁷ กล่าวได้ว่า ผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติในการคิดอัตราค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิบัตรของผู้ปฏิเสธได้นั่นเอง

4.2) การมีความสัมพันธ์กันมาก่อน

หากผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนอย่างยาวนาน Bundeskartellamt และศาลก็มักจะเห็นว่าการปฏิเสธที่เกิดขึ้นนั้นในความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นความผิดตามมาตรา 20 ได้ง่ายกว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อการเริ่มต้นทำสัญญาใหม่ เนื่องจาก การปฏิเสธต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนนั้นจะถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธที่มีเจตนาเพื่อกีดกันคู่แข่งกัน ทำให้อ้างว่าเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลอันสมควรได้ยากกว่าสาเหตุก็เพราะครั้งหนึ่งผู้ปฏิเสธเคยได้พิจารณาแล้วว่าการทำธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธนั้นมีประสิทธิภาพจึงยอมผูกพันทำธุรกิจด้วย ดังนั้นหากต้องการจะยุติความสัมพันธ์เช่นนั้นลงก็ควรที่จะต้องให้เหตุผลอันมีน้ำหนักสมเหตุสมผลต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย⁶⁶⁸ ดังเช่นในคดี *Rossignol*⁶⁶⁹ ที่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจร่วมกันมาก่อนหลายปี ในท้ายที่สุดศาลได้ตัดสินว่าการปฏิเสธในคดีนี้มี ความผิดตามมาตรา 20(1) ของ GWB ฉบับปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนแล้วจะทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต้องเป็นความผิดเสมอไป มีคดีจำนวนหนึ่งเช่นกันที่ศาลเห็นว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีเหตุผลอันสมควรแม้ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธจะเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนก็ตาม เช่น ในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธเป็นร้านค้าปลีกที่จำหน่ายสินค้าไม่ได้ตามเป้าหมายตามที่ผู้ผลิตสินค้ากำหนด หรือผู้ถูกปฏิเสธตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็น

⁶⁶⁶ *Orange-Book-Standard*, BGH WuW/E DE-R 2613 (2009).

⁶⁶⁷ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 10.

⁶⁶⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 141.

⁶⁶⁹ *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

ต้น⁶⁷⁰ นอกจากนั้นถ้าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธมีความประสงค์ที่จะยุติความสัมพันธ์ที่มีกันมาก่อนนั้น การบอกกล่าวล่วงหน้าในระยะเวลาอันเหมาะสมถึงการยุติความสัมพันธ์ดังกล่าวก็เป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีเหตุผลอันสมควร⁶⁷¹

4.3) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ

การปฏิเสธที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด เป็นข้อเท็จจริงที่ช่วยชี้เจตนาต่อต้านการแข่งขันได้อย่างชัดเจน จึงมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดได้มากเพราะโดยปกติแล้วถ้าหาก Bundeskartellamt และศาลเห็นว่าการปฏิเสธนั้นส่งผลเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด (barrier to entry) ก็มีแนวโน้มสูงที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นการปฏิเสธที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร⁶⁷² เห็นได้จากคดี *Mainova AG*⁶⁷³ ที่เจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจเข้าใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนเนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวมีแผนที่จะเข้าไปประกอบธุรกิจเดียวกันกับที่ตนวางแผนไว้ในอนาคตว่าจะเข้าไปประกอบธุรกิจนั้นด้วยเช่นกัน จึงไม่อนุญาตให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อเป็นการปิดกั้นคู่แข่งไม่ให้เข้าสู่ตลาดได้ตั้งแต่ต้น ซึ่งทำให้ Bundeskartellamt และศาลเห็นตรงกันว่าการปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกในคดีนี้เป็นความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว⁶⁷⁴

5) ผลกระทบของการปฏิเสธ

ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะทำให้การปฏิเสธเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และ 20(3) นั้น สะท้อนมาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาตรานี้ว่ามุ่งคุ้มครองสิ่งใด จากหัวข้อวัตถุประสงค์ของมาตรา 20 แห่ง GWB ทำให้ทราบว่ามาตราดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองการแข่งขันให้มีผู้ประกอบการฝั่งอุปทานที่เป็น SMEs อยู่ในตลาดเป็นจำนวนหลาย ๆ ราย ดังนั้นการปฏิเสธจะผิดตามมาตรา 20(1) และ 20(3) ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้น

⁶⁷⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 141.

⁶⁷¹ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 13-14.

⁶⁷² Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 141.

⁶⁷³ *Mainova AG*, BKartA case no. B11-12/03, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307 – GETECnet (2004), BGH WuW/E DE-R 1520 – Arealnetz (2005), BVerfG WuW/E DE-R 2667 – Arealnetz (2009).

⁶⁷⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 143.

ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน เช่น การปฏิเสธที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจ SMEs ในตลาดมีจำนวนน้อยลง หรือทำให้ตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจ SMEs แคบลง เป็นต้น⁶⁷⁵

นอกจากนี้ระดับของผลกระทบจากการปฏิเสธ (scale of hindrance effect) ที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการธุรกิจ SMEs นั้น เป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องนำมาชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ ถ้าหากผลกระทบจากการปฏิเสธนั้นรุนแรงมาก เช่นถึงขนาดเป็นการปิดกั้นผู้ถูกปฏิเสธไม่ให้อำนาจเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ อย่างในคดี *Mainova AG*⁶⁷⁶ Bundeskartellamt และศาลก็มักจะพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นนั้นเป็นการปฏิเสธที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่งมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) ได้มาก ดังที่ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ไว้ในคดี *Original-VW-Ersatzteile II* ที่ตัดสินโดย German Federal Court of Justice เมื่อวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 1981 ว่า ในการดำเนินธุรกิจให้บรรลุวัตถุประสงค์ของบริษัท ผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางการตลาดนั้นจะต้องเลือกวิธีการที่จะก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด⁶⁷⁷

3.4.6.2 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

แม้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะยอมรับแนวคิดเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีคดีที่ฟ้องร้องกันโดยมีประเด็นโดยตรงถึงเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทนี้ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดสำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายตามมาตรา 20 ของ GWB จึงยังไม่ชัดเจน Bundeskartellamt มีความเห็นว่าการปฏิเสธประเภทนี้จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีเป็นรายคดีไป จึงยากที่จะสร้างหลักเกณฑ์กลางสำหรับใช้ในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างไรถึงจะถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายที่เป็นความผิด⁶⁷⁸

Bundeskartellamt ระบุว่าถ้าหากเกิดสถานการณ์ที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายขึ้น Bundeskartellamt ก็จะใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้ในการพิจารณา

⁶⁷⁵ Bundeskartellamt, "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws," 16 November 2006, p. 4.

⁶⁷⁶ *Mainova AG*, BKartA case no. B11-12/03, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307 – GETECnet (2004), BGH WuW/E DE-R 1520 – Arealnetz (2005), BVerfG WuW/E DE-R 2667 – Arealnetz (2009).

⁶⁷⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal*, p. 141.

⁶⁷⁸ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 16.

ความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ พร้อมกับพิจารณาข้อสัญญาที่มีความเสี่ยงว่าจะถูกจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายนั้นอย่างละเอียด โดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

1) Bundeskartellamt จะพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าวโดยเทียบกับข้อสัญญาอย่างเดียวกันหรือใกล้เคียงกันซึ่งผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายได้เคยเสนอให้กับผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ในระยะเวลาที่ใกล้เคียงกัน ในสถานการณ์เช่นเดียวกัน และในตลาดเดียวกันหรือตลาดที่สามารถเปรียบเทียบกันได้

2) Bundeskartellamt จะพิจารณาต่อว่าการตั้งข้อสัญญาดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร และส่งผลกระทบต่อเป็นการส่งเสริมการแข่งขันหรือไม่ โดยนำมาเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการตั้งข้อสัญญาเช่นนั้น หากการตั้งข้อสัญญาเช่นนั้นมีเหตุผลอันสมควรและส่งผลกระทบต่อเป็นการส่งเสริมการแข่งขันมากกว่าการต่อต้านการแข่งขัน ก็จะไม่จัดว่าการตั้งข้อสัญญาดังกล่าวเป็นความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายแต่อย่างไร⁶⁷⁹

3.4.6.3 หลักเกณฑ์สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจัดให้การกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่เป็นความผิดแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมอื่น ๆ ไม่ได้จัดว่าเป็นเพียงประเภทหนึ่งของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวหรือจัดเป็นการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจขจัดคู่แข่ง⁶⁸⁰ ดังนั้นหากเกิดสถานการณ์การกีดกันราคาขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Bundeskartellamt และศาลก็สามารถพิจารณาการกีดกันราคาที่เกิดขึ้นได้โดยตรง ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยถึงหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจ (duty to deal) ระหว่างผู้ที่ทำการกีดกันราคาและผู้ที่ถูกกีดกันราคาเสียก่อน เหมือนอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น

อย่างที่กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมกีดกันราคาของ GWB นั้นมีทั้งบทบัญญัติเฉพาะตามมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 และบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 และมาตรา 20(1) ซึ่งในการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคานี้

⁶⁷⁹ Ibid.

⁶⁸⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze*, p. 126.

จะต้องศึกษาจากหลักเกณฑ์ของทั้ง 2 มาตราประกอบกัน ซึ่งจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติเฉพาะก่อนแล้วจึงพิจารณาตามบทบัญญัติทั่วไป โดยสามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคาทั้งจากบทบัญญัติเฉพาะและบทบัญญัติทั่วไปได้ดังนี้

1. ถ้าหากส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีก (retail price) ที่ผู้กีดกันราคาจำหน่ายให้กับลูกค้าและราคาสินค้าขายส่ง (wholesale price) ที่ผู้กีดกันราคาจำหน่ายให้กับผู้ที่ถูกกีดกันราคาเป็นลบ (negative difference) การตั้งราคาของผู้กีดกันราคาเช่นนี้ก็ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นความผิดในเรื่องการกีดกันราคาทันที เนื่องจากโดยหลักแล้ว Bundeskartellamt จะพิจารณาว่าในสถานการณ์ที่ส่วนต่างระหว่างราคาเป็นลบเช่นนี้จัดว่าเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรม กล่าวคือห้ามตั้งราคาสินค้าขายส่งสูงกว่าราคาสินค้าขายปลีกนั่นเอง⁶⁸¹ หลักเกณฑ์ในข้อที่ 1 นี้ถูกนำมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นบทบัญญัติเฉพาะสำหรับเรื่องการกีดกันราคาตามมาตรา 20(3) ข้อที่ 3 ที่มีการบัญญัติขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 2007

2. ลำดับต่อมา แม้ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีกและสินค้าขายส่งจะเป็นบวก (positive difference) กล่าวคือ ราคาสินค้าขายส่งถูกกว่าราคาสินค้าขายปลีก ซึ่งจะหลุดพ้นจากการควบคุมตามบทบัญญัติเฉพาะก็ตาม แต่ก็ยังจะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติทั่วไปเสียก่อน โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ว่าแม้ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีกและสินค้าขายส่งจะเป็นบวกก็ยังคงต้องดูต่อไปอีกว่าส่วนต่างที่เป็นบวกนั้นเพียงพอสำหรับผู้ที่ถูกกีดกันราคาจะนำเอาไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปสินค้า (product-specific cost) ให้ออกมาเป็นสินค้าขายปลีกเพื่อจำหน่ายในตลาดปลายทางให้กับลูกค้าได้หรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอก็จัดว่าเป็นกีดกันราคาที่เป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรมตามความหมายของบทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 19(2) ข้อที่ 1 และมาตรา 20(1) เช่นกัน⁶⁸²

3. หากผู้ประกอบการที่ทำการกีดกันราคามีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าอยู่ในตลาดต้นน้ำเพียงอย่างเดียวก็สามารถที่จะเกิดสถานการณ์การกีดกันราคาขึ้นได้แล้ว แต่ถ้าผู้ที่ทำการกีดกันราคานั้นมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าอยู่ทั้งในตลาดต้นน้ำและปลายน้ำก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดในเรื่องการกีดกันราคาได้มากกว่า เนื่องจากจะอ้างว่าเป็นการกีดกันราคาโดยมีเหตุผลอันสมควรได้ยากกว่า⁶⁸³

⁶⁸¹ Ibid., 125.

⁶⁸² Ibid., 127.

⁶⁸³ Ibid., 128.

4. ส่วนหลักเกณฑ์ปลีกย่อยอื่น ๆ เช่น เจตนา หรือการที่ผู้กีดตันราคาและผู้ที่ถูกกีดตันราคาเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน หรือผลกระทบจากการกีดตันราคา ก็สามารถศึกษาเทียบเคียงจากหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ได้

สรุปคือบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการกีดตันราคาก่อนมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2007 นั้น ไม่ชัดเจนว่าการตั้งราคาสินค้าขายส่งสูงกว่าราคาสินค้าขายปลีกจัดเป็นการกีดตันคู่แข่งชันโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่ ในปี ค.ศ. 2007 เลยมีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นให้ชัดเจนว่าการตั้งราคาเช่นนั้นจัดเป็นการกีดตันคู่แข่งชันอย่างไม่เป็นธรรม โดยนำมาบัญญัติเป็นตัวอย่างข้อที่ 3 ในมาตรา 20(3) ของ GWB ฉบับปัจจุบัน แม้ว่าการกีดตันราคาจะมีบทบัญญัติเฉพาะแล้วแต่ก็ครอบคลุมเพียงแคกรณีในส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีกและราคาสินค้าขายส่งเป็นลบเท่านั้น (negative difference) ทั้ง ๆ ที่ในบางกรณีในส่วนต่างเป็นบวกก็จัดเป็นการกีดตันคู่แข่งชันอย่างไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน จึงต้องนำเอาบทบัญญัติทั่วไปมาพิจารณาร่วมด้วยจึงจะสามารถควบคุมพฤติกรรมกีดตันราคาที่เกิดขึ้นได้อย่างครบถ้วน

3.4.7 ข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมกีดตันราคาไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 20 แห่ง Act against Restraints of Competition

องค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) และ 20(3) ของ GWB แสดงให้เห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกีดตันผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ดังนั้นถ้าหากผู้ปฏิเสธสามารถอ้างได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นมีเหตุผลอันสมควร การปฏิเสธดังกล่าวก็ย่อมไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 20(1) และ 20(3) ของ GWB แต่อย่างใด มีตัวอย่างข้อต่อสู้ของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ศาลตัดสินว่ามีเหตุผลอันสมควร ในคดีดังต่อไปนี้⁶⁸⁴

1) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่ได้รับประสิทธิภาพ เช่นในคดี *Adidas*⁶⁸⁵ ที่ร้านขายปลีกผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถจำหน่ายสินค้าได้ตามเป้าหมายที่ผู้ผลิตตั้งไว้ หรือในคดี *Karlsruhe*⁶⁸⁶ ที่ผู้

⁶⁸⁴ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 21.

⁶⁸⁵ Adidas, BGH WuW/E BGH 1885 (1981).

⁶⁸⁶ Karlsruhe, Higher Regional Court of Karlsruhe (OLG Karlsruhe) WUW/E DE-R 2213- BGB Kommentar (2007).

ถูกปฏิเสธเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีหนี้สินส่วนตัว ไม่มีหลักประกันเพียงพอและไม่สามารถสำรองจ่ายเงินล่วงหน้าได้⁶⁸⁷

2) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่จะละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ในคดี *Lüsterbehangsteine*⁶⁸⁸ ศาลเห็นว่าการที่ผู้ผลิตยุติการจำหน่ายสินค้าวัตถุดิบให้กับคู่แข่งชั้น เนื่องจากคู่แข่งชั้นได้ลอกเลียนการออกแบบสินค้าวัตถุดิบของผู้ผลิตซึ่งเป็นการละเมิดต่อกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีเหตุผลอันสมควร⁶⁸⁹

3) การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจเนื่องจากมีความเป็นไปได้ไม่ได้อย่างแน่แท้ในทางกฎหมาย (legal impossibility) ในคดี *Scandlines Deutschland GmbH*⁶⁹⁰ ศาลระบุไว้ว่าถ้ามีความเป็นไปได้ไม่ได้อย่างแน่แท้ในทางกฎหมาย ผู้ปฏิเสธก็สามารถปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นได้ แต่ต้องพิสูจน์ให้ได้ชัดแจ้งว่าความเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมายนั้นต้องเป็นไปได้ไม่ได้อย่างแน่นอน ไม่ใช่เป็นเพียงอุปสรรคในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว⁶⁹¹

อย่างไรก็ตาม เหตุผลของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะจัดว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายคดีไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶⁸⁷ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, pp. 13-14.

⁶⁸⁸ *Lüsterbehangsteine*, BGH WuW/E BGH 2535 (1988).

⁶⁸⁹ Bundeskartellamt, "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal," 4 November 2009, p. 21.

⁶⁹⁰ *Scandlines Deutschland GmbH*, BKartA case no. B9-16/98, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 569 – Puttgarden II (2000), BGH WuW/E DE-R 977 – Fährhafen Puttgarden (2002).

⁶⁹¹ Van Bael Bellis, "Germany: German Federal Court Of Justice Clarifies Conditions For Invoking "Legal Impossibility" As Justification For Refusal To Grant Access To An Essential Facility."

บทที่ 4

วิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัย บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยกับต่างประเทศ

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยจะมีบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่สามารถให้การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นได้อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม หน่วยงานซึ่งมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาล มีประสบการณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่น้อยมาก ประกอบกับเมื่อศึกษาถึงการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ อันประกอบไปด้วยประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วพบว่า การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยนั้นยังมีประเด็นปัญหาอยู่หลายประการ ทั้งปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้และตีความกฎหมายตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ยังไม่ชัดเจน ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วย่อมส่งผลให้การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยไม่มีประสิทธิภาพ และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์พื้นฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งคุ้มครองการทำงานของกลไกระบบราคา และส่งเสริมการแข่งขันในตลาดได้¹

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

เนื่องด้วยบทบัญญัติตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีถ้อยคำซึ่งบัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง ประกอบกับประเทศไทยมีประสบการณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มากนัก ส่งผลให้การนำเอาบทบัญญัติตามมาตรา 57 ไปบังคับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดความไม่ชัดเจนขึ้นในหลาย ๆ ประการ ทั้งด้านประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ต้องถูกควบคุม ด้านการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ด้านหลักเกณฑ์

¹ อนันต์ จันทโรภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," *วารสารนิติศาสตร์* 29, 3 (2542): 339.

ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว รวมทั้งด้านข้อต่อสู้ของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยมีรายละเอียดของปัญหาการบังคับใช้ในแต่ละด้าน ดังนี้

4.1.1 ด้านประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แม้จะถูกบัญญัติขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและแบ่งออกเป็นหลายอนุมาตรา เป็นผลให้มาตรา 57 นี้อาจบังคับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบถ้วนทุกประเภท ทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกดตันราคา แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีประสบการณ์ในการบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่น้อยมาก เห็นได้จากตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฉบับเดิมในปี พ.ศ. 2542 จนถึงปัจจุบัน ยังมีเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพียงแค่ 4 เรื่องเท่านั้น ประกอบกับแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีการกล่าวถึงประเภทหรือรูปแบบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในข้อที่ 6.3 ไว้เพียงแค่ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 ได้นั้น หมายถึง การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วยในรูปแบบใดก็ตาม แต่ก็มีได้มีการระบุเอาไว้ให้ชัดเจนว่าหมายความถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในรูปแบบใดบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่อาจทราบได้เลยว่าหมายความรวมถึงการกดตันราคาด้วยหรือไม่

จากสาเหตุข้างต้นนี้ ส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวว่า หน่วยงานที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยอาจไม่ทราบว่าขอบเขตของพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 นี้มีขอบเขตครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทใดบ้าง เนื่องจากเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว 4 เรื่องที่ผ่านมาก็มีแต่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ (actual unilateral refusal to deal) อีกทั้งแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่มีอยู่ ก็ไม่สามารถช่วยสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเภทหรือรูปแบบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพิ่มมากขึ้น อาจทำให้นักกฎหมายส่วนหนึ่งหรืออาจทำให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเข้าใจไปได้ว่าพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีแต่

เฉพาะการปฏิเสธตามความหมายทั่วไปที่คนเข้าใจกัน คือ เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ อันมีลักษณะเป็นการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งใช้การตัดสินใจอย่างอิสระของตนเองแล้วได้แสดงเจตนาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับอีกฝ่ายหนึ่งอย่างชัดเจนเท่านั้น มิได้รวมถึงการปฏิเสธที่มีลักษณะพิเศษประเภทอื่น ๆ เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกดดันราคาด้วย ทำให้เกิดปัญหาสำคัญที่ตามมาก็คือ พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ อาจหลุดพ้นจากขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรา 57 นี้ และเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการที่มีความประสงค์จะจำกัดการแข่งขันในตลาดสามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้โดยง่าย เพียงแค่เปลี่ยนไปใช้วิธีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ แทนเท่านั้น

สรุปปัญหาการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในด้านประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ว่า แม้ในความเป็นจริงบทบัญญัติตามมาตรา 57 อาจบังคับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบทุกประเภทก็ตาม แต่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยอาจไม่ทราบว่าต้องบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกดดันราคาด้วย ปัญหานี้อาจมีสาเหตุมาจากความเคยชินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่เคยบังคับใช้มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แต่กับเฉพาะการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เท่านั้น ประกอบกับแนวปฏิบัติพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้ระบุถึงประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 29 เอาไว้ให้ชัดเจน แตกต่างไปจากการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมรวมทั้งบทบัญญัติอื่นที่มีความคล้ายคลึงของต่างประเทศ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีการบังคับใช้ในด้านประเภทที่ชัดเจน โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเหล่านี้ไม่เพียงแต่บังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวเพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เท่านั้น แต่ยังบังคับใช้เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายรวมทั้งการกดดันราคาอีกด้วย

4.1.1.1 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

เป็นที่เห็นพ้องร่วมกันในทุกประเทศว่าหากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าควบคุมเพียงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ ก็จะเป็นการง่ายสำหรับผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะหลีกเลี่ยงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยการแสวงงตกลงว่าจะทำธุรกิจด้วยแต่กลับสร้างข้อตกลงทางธุรกิจที่เป็นอุปสรรคมากเกินไปจนไม่มีคู่สัญญารายใดรู้สึกคุ้มค่าพอที่จะ

ตัดสินใจเข้าร่วมทำธุรกิจ เช่น การกำหนดราคาสูงอย่างสุดโต่ง การส่งมอบสินค้าให้ผู้สัญญาอีกฝ่าย ในเวลาที่ช้าเกินจะรับได้ การบังคับให้ผู้สัญญาต้องพบเจอกับขั้นตอนการทำธุรกรรมที่ยุ่งยาก ซับซ้อน มีค่าใช้จ่ายสูงและกินเวลายาวนาน การลดคุณภาพการบริการลง การลดการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางเทคนิคระหว่างกันลง หรือการจำกัดปริมาณสินค้าที่จำหน่ายลง เป็นต้น ดังนั้นเพื่อเป็นการปิดช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ จึงได้ยอมรับกันมาอย่างยาวนานแล้วว่ามีคามจำเป็นที่จะต้องควบคุมการแสวงตกลองจะทำธุรกิจด้วยแต่กลับสร้างข้อตกลงทางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นอุปสรรคต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป หรือที่เรียกกันว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย (constructive refusal to deal) ด้วย

การควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ เห็นได้จากการที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินยอมรับถึงการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้ไว้ในคดีต่าง ๆ เช่นคดี *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt. Ltd.*² หรือคดี *Anserphone, Inc. v. Bell Atlantic Corp.*³ เป็นต้น หรือในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นเห็นได้จากแนวปฏิบัติของ JFTC เรื่อง Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982) ในข้อที่ (2) ที่ระบุว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหมายความว่ารวมถึงการจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการต่อผู้ประกอบการรายใดอย่างเจาะจงด้วย หรืออย่างในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีเห็นได้จากแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices) ของ KFTC ในส่วนที่ V. ข้อที่ 1.B.(1)(B) ที่ระบุถึงนิยามของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นหมายความว่ารวมถึงการทำธุรกิจด้วยโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการหรือการกำหนดเงื่อนไขที่เสียเปรียบอย่างมากให้กับคู่ค้าอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแม้จะไม่มีแนวปฏิบัติที่ระบุถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับของประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี แต่ Bundeskartellamt และศาลก็มีแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเหมือนกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศอื่น ๆ เช่นกัน เห็นได้จากคดี

² *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt. Ltd.*, 90 F.3d 737, 746-747 (3d Cir. 1996).

³ *Anserphone, Inc. v. Bell Atlantic Corp.*, 955 F. Supp. 418 (W.D. Pa. 1996).

*Deutsche Post AG*⁴ และคดี *Standard-Spundfass II*⁵ ซึ่งเป็นคดีพิพาทกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าทำธุรกิจกันภายใต้ข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าจะได้รับอุปสรรคมากเกินไป

มีตัวอย่างคดีที่ผู้ประกอบการธุรกิจหลีกเลี่ยงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยแท้ โดยยอมทำธุรกิจด้วยแต่กลับตั้งราคาสินค้าสูงเกินไป ซึ่งในท้ายที่สุดหน่วยงานที่ทำงานหน้าบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ได้วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ในคดี *RITCO*⁶ ที่มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Royal Industrial Tech Corp (RITCO) บริษัท Shinhwa Electronics และบริษัท Woo Seok Electronics เป็นผู้ประกอบธุรกิจผลิตและติดตั้งระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ (fire detection system) ซึ่งบริษัท RITCO เป็นเจ้าของสิทธิบัตรแต่เพียงผู้เดียวในเทคโนโลยีสำคัญที่ใช้ในระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ อยู่มาวันหนึ่งบริษัทรับเหมาก่อสร้าง A เปิดประมูลให้มีบริษัทต่าง ๆ เข้ามาดำเนินการติดตั้งระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ซึ่งเทคโนโลยีตามสิทธิบัตรของบริษัท RITCO เป็นสิ่งจำเป็นในการดำเนินการตามสัญญาประมูลให้สำเร็จ ในการประมูลที่บริษัทรับเหมาก่อสร้าง A จัดขึ้นนั้นบริษัท Shinhwa Electronics ได้รับเลือกให้เป็นผู้ชนะการประมูลอันดับหนึ่ง บริษัท Woo Seok Electronics เป็นผู้ชนะการประมูลอันดับสอง และบริษัท RITCO เป็นผู้ชนะการประมูลอันดับสาม ในการปฏิบัติตามสัญญาประมูลบริษัท Shinhwa Electronics ได้พยายามร้องขอบริษัท RITCO อยู่หลายครั้งเพื่อให้บริษัท RITCO เข้ามาดำเนินการติดตั้งระบบแจ้งเตือนเพลิงไหม้ แต่อย่างไรก็ตาม บริษัท RITCO ได้ปฏิเสธคำร้องขอดังกล่าว บริษัท Shinhwa Electronics จึงแจ้งไปยังบริษัทรับเหมาก่อสร้าง A ว่าขอยกเลิกสิทธิตามสัญญาประมูล บริษัทรับเหมาก่อสร้าง A เลยดำเนินการให้บริษัท Woo Seok Electronics ซึ่งเป็นผู้ชนะการประมูลอันดับสองเข้ามาดำเนินการปฏิเสธตามสัญญาประมูลแทน แต่ก็เช่นเดียวกันกับบริษัท Shinhwa Electronics กล่าวคือ บริษัท Woo Seok Electronics ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาประมูลให้สำเร็จได้ด้วยตนเองแต่ต้องไปร้องขอให้บริษัท RITCO เข้ามาดำเนินการแทน ซึ่งบริษัท RITCO ยอมทำธุรกิจกับบริษัท Woo Seok Electronics แต่กลับตั้งราคาการติดตั้งระบบเพลิงไหม้ไว้สูงมากโดยสูงเกินกว่าร้อยละ 48 จากราคาตามปกติ ทำให้บริษัท Woo Seok Electronics ไม่สามารถได้กำไรจากการปฏิบัติตามสัญญานี้ได้เลยจนเป็นผลให้บริษัท Woo Seok Electronics ต้องยอมถอนตัวออกจากสัญญา จนในท้ายที่สุดบริษัทรับเหมาก่อสร้าง A จึงได้เลือกให้บริษัท RITCO เข้ามาปฏิบัติตามสัญญาการประมูล KFTC เห็นว่าการที่บริษัท RITCO แม้จะยอมทำธุรกิจกับบริษัท Woo Seok Electronics

⁴ Deutsche Post AG, BKartA case no. B9-55/03, OLG Düsseldorf WuW-E DE-R 1473 – Konsolidierer (2005).

⁵ Standard-Spundfass II, BGH WuW/E DE-R 1329 (2004).

⁶ RITCO, KFTC 2006-221, 2005GyungChok2649, § 2.Ga.

แต่กลับเรียกราคาสูงจนบริษัท Woo Seok Electronics ไม่มีความสามารถที่จะจ่ายไหวก็ถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย อันเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกัน เพราะการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายก็สามารถส่งผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรงได้เหมือนกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ KFTC จึงได้มีคำสั่งให้บริษัท RITCO แก้ไขพฤติกรรม (corrective order) การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวดังกล่าว ดังนั้นถ้าหากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเข้าใจไปว่าขอบเขตในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวหมายถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้เท่านั้น การกระทำที่บริษัท RITCO กระทำต่อบริษัท Woo Seok Electronics ก็อาจหลุดพ้นจากขอบเขตความรับผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้

4.1.1.2 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันราคา

ส่วนพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดต้นน้ำที่ได้เสนอหรือกำหนดราคาวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำที่จำเป็นต่อการนำไปประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าราคาสินค้าของตนเองในตลาดปลายน้ำที่จำหน่ายให้กับผู้บริโภค หรือกำหนดราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำไว้ในระดับที่ลูกค้าของตนซึ่งดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นในตลาดปลายน้ำได้โดยการดำเนินธุรกิจที่สมเหตุผลทางเศรษฐกิจ หรือที่เรียกกันว่าการกีดกันราคา (margin squeeze) นั้น เป็นพฤติกรรมที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นให้การควบคุมในฐานะที่เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง โดยเห็นว่าการตั้งราคาวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำในลักษณะเช่นนั้นเปรียบเสมือนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยาย ฉะนั้นการกีดกันราคาจะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจในคดีนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจ (duty to deal) กับผู้อื่นตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสียก่อน แต่ถ้าผู้ประกอบธุรกิจที่ตั้งราคาในลักษณะเช่นนั้นไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับผู้อื่นแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่เข้าไปยุ่งกับการตั้งราคาเช่นนั้นเลย (เว้นแต่จะเข้าลักษณะเป็นความผิดในเรื่องอื่น ๆ เช่น Predatory pricing เป็นต้น) เห็นได้จากในคดี *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*⁷ และ คดี *Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East)*⁸ ที่ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งศาลฎีกา

⁷ *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.* 555 U.S. 438 (2009).

⁸ *Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East)* (JFTC hearing decision on March 26, 2007), Supreme Court (on December 17, 2010).

ของประเทศญี่ปุ่นได้พิจารณา และตัดสินคดีถึงประเด็นการกีดกันราคาโดยปรับเข้ากับหลักเกณฑ์เรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

ส่วนในสาธารณรัฐเกาหลียังไม่เคยมีประสบการณ์ในการดำเนินคดีกับการกีดกันราคาโดยตรง ประกอบกับยังไม่มีมาตราใดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่บัญญัติถึงการกีดกันราคาเอาไว้อย่างชัดเจน แต่หากเกิดคดีเกี่ยวกับการกีดกันราคาขึ้นจริง KFTC ก็มีความเห็นว่าจะควบคุมการกีดกันราคาโดยนำเอาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับการกีดกันราคา อันได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ และการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง มาบังคับใช้อย่างยืดหยุ่นเพื่อควบคุมการกีดกันราคาที่จะเกิดขึ้นได้ในอนาคต

ส่วนแนวคิดเรื่องการกีดกันราคาในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความแตกต่างออกไปจากประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น โดยให้การควบคุมการกีดกันราคาในฐานะที่เป็นพฤติกรรมโดยมิชอบอีกพฤติกรรมหนึ่งซึ่งแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมโดยมิชอบอื่น ๆ (stand-alone form of abuse) ดังนั้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะพิจารณาการกีดกันราคาแยกต่างหากจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในตลาดต้นน้ำ และพิจารณาแยกจากการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งในตลาดปลายน้ำ เหตุที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าการกีดกันราคามีความแตกต่างจากพฤติกรรมอีก 2 ชนิดนั้นก็เพราะการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจะมุ่งพิจารณาเฉพาะการตั้งราคาที่สูงมากในตลาดต้นน้ำ (หรือตลาดขายส่ง) ส่วนการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจงใจจัดคู่แข่งจะมุ่งพิจารณาเฉพาะการตั้งราคาโดยมิชอบในตลาดปลายน้ำ (หรือตลาดขายปลีก) แต่การกีดกันราคานั้นจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ของการตั้งราคาสินค้าหรือบริการในตลาดทั้ง 2 ระดับ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาทั้งการตั้งราคาอย่างสูงในตลาดต้นน้ำและการตั้งราคาต่ำในตลาดปลายน้ำประกอบกัน

4.1.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภท

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทุกประเทศที่ได้ศึกษามาล้วนมีความเห็นตรงกันว่าขอบเขตความรับผิดชอบในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนอกจากจะหมายถึงความถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้แล้ว ยังต้องหมายความรวมถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายอีกด้วย แต่สำหรับการกีดกันราคานั้นแต่ละประเทศยังมีความเห็นที่ไม่ลงรอยกันอยู่ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นมีความเห็นว่าการกีดกันราคามีลักษณะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง ส่วนสาธารณรัฐเกาหลียังมีแนวคิดเรื่องการกีดกันราคาที่ยังไม่ชัดเจนนัก แต่ก็ยอมรับว่าการกีดกันราคามีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐ

เยอรมนีกลับพิจารณาว่าการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมโดยมิชอบอีกพฤติกรรมหนึ่งซึ่งแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมโดยมิชอบอื่น ๆ ถึงแม้จะมีความเห็นที่ยังไม่ลงรอยกันนัก แต่ทุกประเทศก็ยอมรับว่าการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่มีความสัมพันธ์กับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว และจำเป็นต้องถูกควบคุมภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

สำหรับประเทศไทยนั้นอาจกล่าวได้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็มีแนวคิดที่จะบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเช่นกัน แม้จะไม่ชัดเจนนัก เห็นได้จากในแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ข้อที่ 6.3 ที่เขียนถึงรูปแบบหรือประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า “การปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร หมายถึง การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วยในรูปแบบใดก็ตาม...” ซึ่งอาจตีความได้ว่าหมายความรวมถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายด้วย แต่สำหรับพฤติกรรมการกีดกันราคานั้น ในประเทศไทยยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะบังคับใช้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2560 เพื่อควบคุมการกีดกันราคาด้วยหรือไม่ เพราะยังไม่ปรากฏแนวคิดว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจัดให้การกีดกันราคาเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่งเหมือนอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น หรือจัดให้เป็นพฤติกรรมโดยมิชอบอีกพฤติกรรมหนึ่งแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมโดยมิชอบอื่น ๆ เหมือนอย่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถ้าหากตีความว่าการกีดกันราคาเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง ก็อาจจะถูกควบคุมภายใต้มาตรา 57 ได้ โดยอาศัยแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ข้อที่ 6.3 แต่ถ้าตีความให้เป็นพฤติกรรมโดยมิชอบอีกพฤติกรรมหนึ่งต่างหากจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว การกีดกันราคาก็อาจจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามมาตรา 57 ได้ เพราะแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ยังไม่ได้ระบุให้การกีดกันราคาเป็นหนึ่งในพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

ดังนั้น ในการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของประเทศไทยจึงควรที่จะต้องกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนว่าหมายความรวมถึงถึงการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทใดบ้าง เพื่อให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องว่าจะต้องบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 3 ประเภท ได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดย

ปรียายและการกีดกันราคา ถึงจะครอบคลุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างครบถ้วนทุกประเภท เพื่อที่จะได้ไม่เกิดปัญหาการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างที่ไว้เคราะห์ถึงแล้วข้างต้น และเพื่อให้ผู้ประกอบการทราบได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปรียายและการกีดกันราคาก็เป็นพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้เช่นเดียวกันกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

ตารางที่ 1 ตารางสรุปเปรียบเทียบประเภทของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกควบคุมภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและบทบัญญัติที่ใกล้เคียงในแต่ละประเทศ

| ประเทศที่ศึกษา | การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ | การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปรียาย | การกีดกันราคา |
|----------------|--|---|--|
| สหรัฐอเมริกา | ควบคุมตามความหมายโดยทั่วไปที่ทุกคนเข้าใจ | ควบคุม โดยเห็นได้จากคดี <i>Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt. Ltd.</i> และ คดี <i>Anserphone, Inc. v. Bell Atlantic Corp.</i> | ควบคุมโดยจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปรียายเห็นได้จากคดี <i>linkLine</i> |
| ญี่ปุ่น | ควบคุมตามความหมายโดยทั่วไปที่ทุกคนเข้าใจ | ควบคุม โดยเห็นได้จากแนวปฏิบัติของ JFTC เรื่อง <i>Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982)</i> ข้อที่ (2) | ควบคุมโดยจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปรียายเห็นได้จากคดี <i>NTT East</i> |

| | | | |
|-----------------------------|--|---|---|
| สาธารณรัฐเกาหลี | ควบคุมตาม ความหมายโดยทั่วไป ที่ทุกคนเข้าใจ | ควบคุม โดยเห็นได้จาก แนวปฏิบัติของ KFTC สำหรับการประเมิน พฤติกรรมทางการค้าที่ ไม่เป็นธรรม ในส่วนที่ V. ข้อที่ 1.B.(1)(B) | ควบคุม แม้ยังไม่เคยมี คดีเกิดขึ้นจริง แต่ KFTC มีความเห็นว่า เป็นพฤติกรรมที่ ใกล้เคียงกับการ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ การกำหนดราคา สินค้าอย่างเลือก ปฏิบัติ และการ กำหนดราคาสินค้าใน ลักษณะจงใจจัดคู่แข่ง แข่งขัน |
| สหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี | ควบคุมตาม ความหมายโดยทั่วไป ที่ทุกคนเข้าใจ | ควบคุม โดยมีความเห็น ของ Bundeskartellamt และมีแนวคำพิพากษา ของศาลในคดี <i>Deutsche Post AG</i> และคดี <i>Standard- Spundfass II</i> | ควบคุม โดยจัดว่าเป็น พฤติกรรมโดยมิชอบ อีกพฤติกรรมหนึ่งซึ่ง แยกออกมาต่างหาก จากพฤติกรรมโดยมิ ชอบอื่น ๆ เห็นได้จาก คดี <i>Freie Tankstellen</i> และคดี <i>Deutsche Telekom AG – MABEZ services</i> |
| ไทย | ควบคุมตาม ความหมายโดยทั่วไป ที่ทุกคนเข้าใจ | แนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2542 ข้อที่ 6.3 ระบุถึงประเภท ของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้ เพียงว่า “การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วยในรูปแบบ ใดก็ตาม...” เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็น | |

| | | |
|--|--|---|
| | | ธรรมอันอาจเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 29 ได้ แต่ไม่ระบุอย่างชัดเจนว่าหมายความถึงการ ปฏิเสธประเภทหรือรูปแบบใดบ้าง โดยเฉพาะไม่ อาจทราบได้ว่าหมายความรวมถึงการกีดกันราคา ด้วยหรือไม่ |
|--|--|---|

4.1.2 ด้านการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยแต่เดิม คือ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีบทบัญญัติอยู่เพียงวรรคเดียวและไม่มี การจำแนกออกเป็นหลายอนุมาตรา ดังนั้น การบังคับใช้มาตรา 29 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธ ไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจึงไม่มีปัญหาในด้านการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายเพราะมาตราดังกล่าวมีอยู่ เพียงวรรคเดียว แตกต่างจากบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยใน ปัจจุบันที่มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีการบัญญัติอนุมาตราไว้ ถึง 4 อนุมาตราด้วยกัน จึงมีประเด็นที่จำเป็นต้องพิจารณาว่าในการบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุม พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นจะต้องปรับใช้อนุมาตราใดในมาตรา 57 ถึงจะต้อง และมีประสิทธิภาพมากที่สุด

จากการศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งประเภท และผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวพบว่า มีบทบัญญัติตามมาตรา 57 อยู่ 2 อนุมาตรา ด้วยกันที่สามารถปรับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ ซึ่งได้แก่มาตรา 57(1) และมาตรา 57(3) โดยมีรายละเอียดการปรับใช้ในแต่ละอนุมาตรา ดังนี้

พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งประเภทการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยแท้ โดยปริยายและการกีดกันราคา เป็นพฤติกรรมที่ถูกจัดว่าเป็นการกระทำอันเป็นการกีดกันการ แข่งขัน (exclusionary conduct) ชนิดหนึ่ง ซึ่งลักษณะของการกระทำอันเป็นการกีดกันการแข่งขัน นี้จะให้ผลกระทบที่เป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ดังนั้นจึงสามารถ ปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57(1) ที่บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ ในลักษณะ “กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม” เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจฝ่ายเดียวได้ อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดย ปริยายและการกีดกันราคามีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขทางการค้า ดังนั้นจึงสมควรปรับใช้มาตรา

57(3) ที่บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ ในลักษณะ “กำหนดเงื่อนไขทางการค้า อันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม” เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกีดกันราคา จึงจะถูกต้อง ชัดเจน และตรงกับลักษณะของพฤติกรรมมากกว่าการปรับใช้มาตรา 57(1) เหมือนครั้งหนึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ Bundeskartellamt ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาล Düsseldorf Regional High Court เห็นได้ว่า พฤติกรรมการกีดกันราคาจัดเป็นการกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 20 แห่ง GWB ฉบับก่อนมีการแก้ไขในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2007 ซึ่งมาตราดังกล่าวมี ถ้อยคำที่คล้ายคลึงกับมาตรา 57(1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยศาล ให้เหตุผลว่าถ้อยคำตามมาตรา 20 แห่ง GWB ที่ว่า “การกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม อย่างไม่เป็นธรรม” ไม่ชัดเจนว่าจะรวมไปถึงกรณีของการกีดกันราคาด้วยหรือไม่ จนฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นใหม่ โดยระบุให้พฤติกรรมการ กีดกันราคาจัดเป็นตัวอย่างหนึ่งของการกีดกันคู่แข่งชั้นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม เพิ่มเติมไว้ในมาตรา 20(4) ข้อ 3 เดิม หรือก็คือมาตรา 20(3) ข้อ 3 ของ GWB ฉบับปัจจุบัน ดังนั้น การปรับใช้มาตรา 57(1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อควบคุมการ กีดกันราคา จึงไม่อาจปรับใช้ได้อย่างชัดเจนนัก

เมื่อการปรับใช้มาตรา 57(1) เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว บางประเภทไม่อาจชัดเจนเท่ากับการปรับใช้มาตรา 57(3) ได้ จึงมีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งรวมถึง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเห็นว่า สมควรให้ปรับใช้มาตรา 57(3) เพื่อ ควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว⁹ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรา 57(3) ไม่สามารถ ปรับใช้เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ได้ เพราะลักษณะของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ฝ่ายเดียวประเภทนี้เป็นการแสดงเจตนาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจออกไปตรง ๆ จึงยังไม่มีกำหนดเงื่อนไข ทางการค้าขึ้นแต่อย่างใด ฉะนั้น โดยสภาพของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้จึงมีอาจปรับเข้า กับบทบัญญัติตามมาตรา 57(3) ได้ ดังนั้น ในปัจจุบันการปรับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการ ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว อาจทำได้โดยการปรับใช้มาตรา 57(1) สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่าย เดียวโดยแท้ และอาศัยมาตรา 57(3) สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกีดกัน ราคา

⁹ Office of Trade Competition Commission Thailand, "Trade Competition Act B.E. 2560," [Online] Accessed: 27 November 2017. Updated: 21 September 2017. Available from: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2017/09/2.OTCC-Presentation-Eng.pdf>

ตารางที่ 2 ตารางสรุปเปรียบเทียบการปรับใช้มาตรา 57 ในแต่ละอนุมาตราเพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวและปัญหาในการปรับใช้ที่เกิดขึ้น

| มาตรา | การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ | การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย | การกีดตันราคา |
|-------------|-------------------------------------|--|---------------------------------------|
| มาตรา 57(1) | ควบคุมได้ชัดเจน | ควบคุมได้ แต่ไม่ชัดเจนเท่ามาตรา 57(3) | ควบคุมได้ แต่ไม่ชัดเจนเท่ามาตรา 57(3) |
| มาตรา 57(3) | ไม่สามารถควบคุมได้ | ควบคุมได้ชัดเจน | ควบคุมได้ชัดเจน |

จากการวิเคราะห์ข้างต้น จะเห็นได้ว่าการควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 57 ในปัจจุบันไม่อาจทำได้โดยอาศัยอนุมาตราใดเพียงอนุมาตราเดียว แต่จะต้องปรับใช้มาตรา 57(1) และมาตรา 57(3) ประกอบกันถึงจะสามารถควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้อย่างครบถ้วนทุกประเภท การปรับใช้บทบัญญัติถึง 2 อนุมาตราเพื่อควบคุมพฤติกรรมทางการค้าพฤติกรรมเดียวเช่นนี้จะทำให้การปรับใช้กฎหมายขาดความเป็นเอกภาพเพราะพฤติกรรมชนิดเดียวกันก็ควรจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของอนุมาตราเดียวกัน และยังอาจส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดความสับสนว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของตนจะเป็นความผิดตามอนุมาตราใดกันแน่

ความไม่เป็นเอกภาพในการปรับใช้กฎหมายนี้เกิดขึ้นเพราะมาตรา 57 ไม่ได้บัญญัติถึงพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้โดยตรง จึงต้องปรับใช้อนุมาตราที่มีความใกล้เคียงกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมากที่สุดเท่าที่มีอยู่ แต่ก็ไม่มีอนุมาตราใดในมาตรา 57 ที่สามารถปรับใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้อย่างครบถ้วนทุกประเภทเพียงอนุมาตราเดียว แต่ปัญหาความไม่เป็นเอกภาพในการปรับใช้กฎหมายนี้จะไม่เกิดขึ้นกับประเทศที่บทบัญญัติของกฎหมายมีการกล่าวถึงพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้เป็นการเฉพาะตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่นให้การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมผ่านทางมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA โดยมาตรา 2(9)(vi) ระบุว่าห้ามกระทำการใด ๆ ที่ถูกกำหนดโดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และ JFTC ก็ได้กำหนดพฤติกรรมที่ห้ามกระทำออกมา 15 พฤติกรรมด้วยกันโดยประกาศไว้ใน Designation of Unfair Trade Practices (Fair Trade Commission Public Notice No. 15 of June 18, 1982) ซึ่งมีการระบุถึงพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้อย่างชัดเจนปรากฏอยู่

ในข้อ (2) หรือสาธารณรัฐเกาหลีที่บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA มีการระบุถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้อย่างเฉพาะเจาะจงในมาตรา 23(1) โดยบัญญัติว่าห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการอันเข้าข่ายตามวรรคย่อยต่อไปนี้วรรคใดวรรคหนึ่ง “(1) การกระทำอันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรม หรือเลือกปฏิบัติกับคู่ธุรกรรมบางราย”

ประเทศที่บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีการกล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้อย่างชัดเจน ก็จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศเหล่านั้นสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้อย่างสะดวก ถูกต้อง ชัดเจน ครอบคลุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้ครบถ้วนทุกประเภทและเป็นเอกภาพ โดยไม่มีประเด็นที่จะต้องถกเถียงกันว่าควรจะปรับใช้มาตราหรืออนุมาตราใดเพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้น

4.1.3 ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

จากการที่ตัวบทมาตรา 57 มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ ทำให้ทราบเพียงว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57 นี้คือการปฏิเสธที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 57(1) ถึงมาตรา 57(4) อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยให้อำนาจแก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการวินิจฉัยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นตามหลักเหตุและผล (rule of reason) แต่จากที่ได้อธิบายมาแล้วว่าประเทศไทยมีประสบการณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอยู่น้อยมาก โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีประสบการณ์ในการดำเนินการกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพียงแค่ 4 เรื่องร้องเรียนเท่านั้น ซึ่งเรื่องร้องเรียนที่เกิดขึ้นทุกเรื่องล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องร้องเรียนที่ไม่มี ความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงยังไม่เคยได้วินิจฉัยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเลย ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีโอกาสได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดไว้ในเรื่องร้องเรียนหรือคดีใด ๆ จึงเป็นเหตุให้หลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเป็นความผิดตามมาตรา 57 หรือไม่นั้นยังไม่มี ความชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้และตีความบทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นอย่างมาก

ในทางวิชาการเชื่อว่าปัญหาการบังคับใช้และตีความอันเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายเช่นนี้สามารถแก้ไขได้ด้วยการออกแนวปฏิบัติ (guidelines) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้และตีความกฎหมายรวมทั้งแนวทางในการใช้ดุลยพินิจ (policy statements) ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า¹⁰ หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถจัดทำแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและเหมาะสมเพื่อนำมาพิจารณาประกอบบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ เช่น ทำให้การบังคับใช้และการตีความกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีย่อมมีความสอดคล้องกันไปในแนวทางเดียวกัน และยังทำให้ผู้ประกอบการสามารถทราบถึงความเสี่ยงที่ตนจะถูกดำเนินการตามกฎหมายอันเป็นผลจากการประกอบธุรกิจของตนได้ล่วงหน้า

แม้ในปัจจุบันจะมีแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ของสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน เป็นแนวทางสำหรับการบังคับใช้และตีความบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอยู่แล้ว แต่เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และได้มีการแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเสียใหม่ ปรากฏอยู่ในมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้แนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวนั้นไม่อาจเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน อีกทั้งเมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวพบว่ามีส่วนที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจถูกระบุไว้ในข้อที่ 5.3 และข้อที่ 6.3 อันสรุปใจความได้ว่า “การปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันอาจเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และการปฏิเสธที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่มีเหตุผลอันควร หมายถึง การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจด้วย (refusal to deal) ในรูปแบบใดก็ตามกับผู้ประกอบธุรกิจบางราย” ซึ่งมีลักษณะเป็นการอธิบายเพียงแค่ว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจรูปแบบใดก็ตามก็อาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 29 ได้ จะเห็นได้ว่าในแนวปฏิบัติฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทใดได้เลย ทั้ง ๆ ที่เป็นส่วนสำคัญและจำเป็นจะต้องมีอย่างยิ่ง ทำให้ไม่อาจทราบได้

¹⁰ Anan Chantara-Opakorn, "Thailand's Competition Law and Its Implications on International Mergers and Acquisitions," *Wisconsin International Law Journal* 18, 3 (2000): 597-598. และ เตือนเต็น นิคมบริรักษ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิวัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก, หน้า 4-8.

อย่างแน่ชัดว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะนำเอาหลักเกณฑ์หรือปัจจัยใดบ้างมาใช้ในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเป็นความผิดตามมาตรา 57 กล่าวได้ว่า การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยมาตรา 57 มีแต่ส่วนที่เป็นองค์ประกอบความรับผิด แต่ยังคงขาดส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาใช้พิจารณาความผิดตามองค์ประกอบความรับผิดนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์หรือปัจจัยดังกล่าวปรากฏรายละเอียดอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

4.1.3.1 หลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา การที่พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act (FTC Act) ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันอย่างมาก และปราศจากประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตามจะเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันอย่างมาก และปราศจากประสิทธิภาพนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติที่จะนำมาใช้พิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเหมือนอย่างในประเทศไทย แต่ด้วยบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีระบบกฎหมายเป็นแบบ Common law ศาลจึงเป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่ในการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในลักษณะใดที่จะเข้าข่ายเป็นความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้อง ทั้งมาตรา 2 แห่ง Sherman Act และมาตรา 5 แห่ง FTC Act และเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาอย่างยาวนาน จึงทำให้ศาลได้มีโอกาสวางหลักเกณฑ์ไว้หลายประการด้วยกัน และจากคดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*¹¹ ทำให้ทราบว่าศาลจะต้องใช้หลักเกณฑ์หรือปัจจัยหลายประการในการพิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นถึงจะสามารถสรุปผลของคดีได้ ในบางคดีศาลก็ไม่ได้ระบุไว้ด้วยว่าหลักเกณฑ์เรื่องใดสำคัญไปกว่ากัน ซึ่งศาลอาจเห็นว่าสำคัญเท่ากันทุกเรื่องหรืออาจมีเรื่องใดสำคัญกว่าอีกเรื่องหนึ่งก็เป็นได้ นอกจากนี้ ยังไม่อาจสรุปได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นจะต้องมีข้อเท็จจริงที่เข้าตามหลักเกณฑ์ที่ศาลได้วางไว้ก็ข้อถึงจะทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นเพียงพอที่จะเป็นความผิดกันแน่

สามารถสรุปหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ศาลและ FTC ใช้พิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมีอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันและปราศจาก

¹¹ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

ประสิทธิภาพ อันเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ได้ 5 ประการสำคัญ ดังนี้ 1. สภาพของตลาด 2. สภาพของผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายปฏิเสธซึ่งควรจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไป 3. สภาพของสินค้าหรือบริการ 4. ลักษณะของการปฏิเสธที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ โดยศาลและ FTC มักสรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันจากข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ 4.1 ระดับของอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ 4.2 การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ 4.3 การยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่เคยมีร่วมกันหรือการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร 4.4 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ 4.5 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ 4.6 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ ส่วนถ้ามีข้อเท็จจริงเหล่านี้ปรากฏขึ้นในคดี ศาลและ FTC มักสรุปว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน 4.7 การปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ 4.8 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่ผิดสัญญา 4.9 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพ 4.10 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับคู่สัญญาที่เป็นปรปักษ์ 4.11 การเปลี่ยนตัวคู่สัญญา และ 5. ผลกระทบของการปฏิเสธที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน โดยไม่รวมถึงพฤติกรรมที่เพียงไม่ชอบด้วยศีลธรรมทางธุรกิจแต่ไม่เป็นอันตรายต่อตลาด ซึ่งหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาทั้ง 5 ประการนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับพิจารณาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ อีกทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์กลางสำหรับใช้พิจารณาการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกดดันราคาอีกด้วย แต่สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจทั้ง 2 ประเภทหลังนั้นยังมีหลักเกณฑ์พิจารณาเป็นการเฉพาะอีก ดังนี้

สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดอยู่ไม่มากนัก แต่พอสรุปได้ว่าถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธที่นำคดีมาฟ้องว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายเกิดขึ้นแต่ผู้ถูกปฏิเสธกลับยอมทำธุรกิจกับผู้ปฏิเสธภายใต้เงื่อนไขที่เป็นอุปสรรคแล้วธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธก็ยังสามารถดำเนินธุรกิจต่อมาได้อย่างยาวนาน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเช่นนี้ก็มีแนวโน้มอย่างยิ่งที่ศาลจะพิพากษาให้ผู้ถูกปฏิเสธที่นำคดีมาฟ้องเป็นฝ่ายแพ้คดี

สำหรับการกดดันราคามีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดอยู่ว่า 1. เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีแนวคิดว่าการกดดันราคาจัดเป็นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง ศาลจึงต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นจำเลยในคดีนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจ (duty to deal) กับผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือไม่ ถ้าไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจด้วย ศาลก็จะไม่เข้ามายุ่งกับการตั้งราคาเลย เว้นแต่โจทก์จะสามารถแสดงให้เห็นว่าราคาค้าปลีกซึ่งจำเลยคิดต่อลูกค้านั้นเป็นการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจง

ใจจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ตามหลักเกณฑ์เรื่อง Predatory pricing 2. เมื่อศาลเห็นว่า จำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจแล้วศาลถึงจะเข้าไปพิจารณาถึงการกีดกันราคา 3. ถ้าหากราคา วัตถุดิบต้นน้ำที่จำเลยจำหน่ายให้กับคู่แข่งรวมกับค่าใช้จ่ายของคู่แข่งในการผลิตวัตถุดิบดังกล่าว ให้เป็นสินค้าปลายน้ำสูงกว่าราคาสินค้าปลายน้ำที่จำเลยจำหน่ายให้กับลูกค้า ก็มีความเสี่ยงอย่างมาก ที่การกีดกันราคาระนั้นจะเป็นความผิด

4.1.3.2 หลักเกณฑ์ของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับประเทศญี่ปุ่น พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็น ความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ประกอบกับมาตรา 2(9)(vi) แห่ง The Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (AMA) ก็ต่อเมื่อ การปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม และเพื่อสร้างความชัดเจนใน การพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีใดมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็น ธรรมนั้น JFTC จึงได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม (Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices) ขึ้น โดยส่วนที่ 1 ข้อ ที่ 3(2) ของแนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวระบุว่า การจำกัดการแข่งขันที่มีใช้การจำกัดด้านราคา (vertical non-price restraints) เช่น พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีแนวโน้มที่จะขัดขวาง การแข่งขันที่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการราย อื่น (foreclosure effect) ซึ่งหมายถึงสถานการณ์ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว 1. มีแนวโน้มที่จะ ก่อให้ผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดที่เกี่ยวข้องและผู้ประกอบการที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในฐานะคู่แข่ง แข่งขันถูกกำจัดออกไปจากตลาด และหรือ 2. โอกาสในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการเหล่านี้ ถูกทำให้ลดลง ตัวอย่างเช่น ในสถานการณ์ที่พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวก่อให้เกิด อุปสรรคในการหาคู่ค้ารายอื่นได้อย่างสะดวก และทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบ ธุรกิจเหล่านั้นเพิ่มสูงขึ้น และหรือลดความตั้งใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดหรือลดความตั้งใจในการ พัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ เป็นต้น โดย JFTC จะใช้หลักเกณฑ์ทั้ง 5 ประการต่อไปนี้ ในการพิจารณาว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการรายอื่นหรือไม่ 1. สภาพการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ เช่น การกระจุกตัวของตลาด ลักษณะของสินค้าที่ถูกปฏิเสธ ระดับของความแตกต่างในด้านผลิตภัณฑ์ 2. สภาพการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกัน เช่น ประเภท ธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ 3. สถานะในตลาดของผู้ประกอบการที่เป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ เช่น ส่วนแบ่ง ตลาดของผู้ปฏิเสธ ลำดับที่ คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า 4. ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อการ ดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธ 5. จำนวนของคู่ค้าที่ได้รับผลกระทบจากการถูกปฏิเสธ

ไม่ทำธุรกิจและสถานะของผู้ที่ได้รับผลกระทบในตลาด นอกจากนั้นในส่วนที่ 2 Chapter ที่ 3 ของแนวปฏิบัติฉบับนี้ยังกล่าวถึงพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นการเฉพาะไว้อีกด้วยว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 19 ของ AMA ได้ใน 2 กรณีดังต่อไปนี้ 1. ในกรณีที่ผู้ประกอบการใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพื่อเป็นหลักประกันให้สามารถใช้พฤติกรรมที่ผิดต่อกฎหมาย AMA ได้อย่างมีประสิทธิภาพ 2. ในกรณีที่ผู้ประกอบการใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเป็นวิธีเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ไม่สมควรตาม AMA เช่นการกำจัดคู่แข่งของตนให้ต้องออกไปจากตลาด และหรือน่าจะเป็นการสร้างอุปสรรคต่อผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธให้ไม่สามารถดำเนินธุรกิจตามปกติต่อไปได้

จากหลักเกณฑ์และปัจจัยทั้งหลายที่ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมแต่ละส่วน สามารถนำหลักเกณฑ์และปัจจัยเหล่านั้นมาจัดเรียงลำดับใหม่ให้เป็นระบบได้ว่า ในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA หรือไม่นั้น JFTC จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์และปัจจัยดังต่อไปนี้ 1. สภาพของตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ 2. สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธในตลาดต้นน้ำ ซึ่งผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะต้องมีสถานะที่เรียกว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด กล่าวคือ เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 20 ขึ้นไป 3. สภาพของคู่ค้าที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธในตลาดปลายน้ำ 4. สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ 5. ลักษณะของการปฏิเสธ ทั้งระยะเวลาในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ วัตถุประสงค์ของผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธ และเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธที่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน 6. ผลกระทบของการปฏิเสธที่ต้องมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการนี้เป็นเหมือนหลักเกณฑ์กลางที่ JFTC ใช้ในการพิจารณาการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยรวมทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทอื่น ๆ

สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย JFTC ได้ให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดเป็นการเฉพาะไว้ว่า การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติทางด้านราคาและเงื่อนไขด้านอื่น ๆ จนเกินกว่าระดับของความพอดี เป็นสาเหตุให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อคู่ค้าที่ถูกเลือกปฏิบัติซึ่งกระทบต่อการแข่งขันที่เป็นธรรมย่อมเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA ได้

ส่วนการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคา ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่น ได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี *Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT*

East)¹² ซึ่งศาลในคดีนี้ได้ใช้หลักเกณฑ์กลางทั้ง 6 ประการข้างต้นนั้นมาพิจารณา โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณาความผิดสำหรับการกีดกันราคาเป็นการเฉพาะอีกดังนี้ 1. หน้าที่ที่ต้องทำธุรกิจด้วย โดย JFTC และศาลจะเข้าไปพิจารณาถึงการกีดกันราคาเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำการกีดกันราคานั้นมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจกับคู่แข่ง เนื่องจากพฤติกรรมการกีดกันราคาในประเทศญี่ปุ่นถูกจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทหนึ่งเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา และ 2. การตั้งราคาสินค้าต้นน้ำและราคาสินค้าปลายน้ำ โดยถ้าหากผู้ที่ทำการกีดกันราคาตั้งราคาสินค้าปลายน้ำที่จำหน่ายให้กับผู้บริโภคต่ำกว่าราคาสินค้าต้นน้ำที่ผู้ทำการกีดกันราคาคิดต่อคู่แข่งย่อมทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่มีความสามารถที่จะเข้ามาแข่งขันกับผู้ทำการกีดกันราคาได้เลย ดังนั้นการตั้งราคาในลักษณะเช่นนี้ย่อมมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมอันเป็นความผิดตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA

4.1.3.3 หลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลี จะเป็นการผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) ก็ต่อเมื่อเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม ซึ่ง KFTC มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่ากรณีเช่นใดถึงจะถือว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม โดยระบุอยู่ในแนวปฏิบัติของ KFTC เรื่องแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Guidelines for Assessment of Unfair Trade Practices) ในข้อที่ V.1.B.(2)(B) ซึ่งระบุว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสถานการณ์ดังต่อไปนี้ถูกจัดว่ามีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งเข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA 1. สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่าย 2. ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธนั้นสามารถหาคู่สัญญาอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้หรือไม่ ถ้าสามารถหาแทนได้โดยง่ายและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจเพิ่มเติมมาก ก็แสดงว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นมีเพียงเล็กน้อย 3. การปฏิเสธทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ ถึงขนาดเป็นเรื่องยากต่อผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่จะสามารถดำเนินธุรกิจอยู่ต่อไปได้ 4. การปฏิเสธนั้นทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่อคู่แข่ง (รวมถึงต่อผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังจะเข้ามาแข่งขัน) 5. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นถูกใช้เป็นวิธี

¹² Nippon Telegraph and Telephone East Corporation (NTT East) (JFTC hearing decision on March 26, 2007), Supreme Court (on December 17, 2010).

ในการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นต้องยอมกระทำการอันมิชอบตาม MRFTA เช่น การกำหนดราคาขายต่อ หรือ การฮั้วราคา เป็นต้น นอกจากนี้ยังปรากฏว่าศาลของสาธารณรัฐเกาหลีก็เป็นองค์กรที่มีส่วนสำคัญในการสร้างหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวด้วยเช่นกัน ในคดี *Woolim*¹³ ศาลฎีกากล่าวว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 นั้นให้ประเมินจาก อำนาจต่อรองของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย การกระจุกตัวของตลาด เจตนาหรือวัตถุประสงค์ของการปฏิเสธ รวมทั้งผลกระทบของการปฏิเสธ และในคดี *Coca Cola*¹⁴ ศาลฎีกาได้วางหลักทดสอบ 3 ประการสำหรับใช้พิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีใดที่จะถือว่าเป็นไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 ได้แก่ 1. การปฏิเสธมีแนวโน้มที่จะกีดกันโอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้เสียหายจนเป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหาย 2. การปฏิเสธนั้นเป็นการใช้อำนาจต่อรองของผู้ปฏิเสธที่มีเหนือกว่าโดยมิชอบโดยมีเจตนาเพียงประการเดียวที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อธุรกิจของผู้เสียหาย 3. การปฏิเสธนั้นถูกใช้เป็นวิธีการหนึ่งเพื่อให้บรรลุเป้าหมายอันผิดต่อกฎหมาย MRFTA ซึ่งแม้คำพิพากษาของศาลในคดีก่อนจะไม่ผูกพันศาลในคดีหลังให้ต้องตัดสินคดีตามเพราะสาธารณรัฐเกาหลีมีระบบกฎหมายแบบ Civil law แต่หลักเกณฑ์เหล่านี้ก็เป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ต่อศาลในคดีหลังเป็นอย่างมาก และในความเป็นจริงก็ปรากฏว่ามีคำพิพากษาในคดีหลังอยู่หลายคดีที่อ้างถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาได้วางไว้ในคดี *Woolim* และคดี *Coca Cola* ด้วย

เมื่อนำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมรวมทั้งหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาได้วางไว้ในคดี *Woolim* และคดี *Coca Cola* มาจัดให้เป็นระบบแล้ว สามารถสรุปเป็นหลักเกณฑ์กลางสำหรับใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลี ได้ 5 ประการ ดังนี้ 1. สภาพของตลาด 2. สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจซึ่งต้องมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไป 3. สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ 4. ลักษณะของการปฏิเสธ ทั้ง ระยะเวลาในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ วัตถุประสงค์ของผู้ปฏิเสธ เจตนาของผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธที่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน โดยศาลในสาธารณรัฐเกาหลีและ KFTC มักสรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขันถ้าหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า 4.1 มีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ 4.2 การยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่เคยมีร่วมกันหรือการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร 4.3 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ 4.4 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ 4.5 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ และถ้าหากมีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ ศาลและ

¹³ Supreme Court , 96Nu9003, September 8, 1998 (S. Kor.).

¹⁴ Supreme Court [S. Ct.], 98Du17869, Jan. 5, 2001, § 1 (S. Kor.).

KFTC ก็มักสรุปว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน 4.6 การปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ 4.7 การปฏิเสธที่จะธุรกิจกับผู้ที่มีผลสัญญา 4.8 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่ได้รับประสิทธิภาพ 4.9 การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับคู่สัญญาที่เป็นปรปักษ์ 5. ผลกระทบของการปฏิเสธที่มีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม

สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย KFTC ได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความผิดไว้อย่างกว้าง ๆ เพียงว่า 1. ในกรณีที่ผู้ประกอบการตั้งราคาหรือกำหนดเงื่อนไขที่ไม่สมเหตุสมผลถึงขนาดที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งในความเป็นจริงหรือในทางเศรษฐกิจ หรือ 2. ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาอย่างเห็นได้ชัดแจ้งหรือมีการตั้งเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายอื่น ก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ได้เช่นกัน

ส่วนการกีดกันราคายังไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมชนิดนี้ที่ชัดเจน เนื่องจากในสาธารณรัฐเกาหลียังไม่เคยมีการฟ้องร้องเกี่ยวกับการกีดกันราคาเป็นประเด็นโดยตรงในคดีใดมาก่อน ทำให้แนวคิดเรื่องการกีดกันราคาในสาธารณรัฐเกาหลีมีไม่มากนัก แต่ถ้าหากมีคดีเกี่ยวกับการกีดกันราคาเกิดขึ้น KFTC มีความเห็นว่าจะปรับใช้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมชนิดอื่น ๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียงและมีความสัมพันธ์กับการกีดกันราคาไปพลางก่อน อันได้แก่ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้และโดยปริยาย หรือการกำหนดราคาสินค้าอย่างเลือกปฏิบัติ และการกำหนดราคาสินค้าในลักษณะจ้องใจจัดคู่แข่ง เพื่อรอหลักเกณฑ์สำหรับการกีดกันราคาที่ชัดเจนต่อไปในอนาคต

4.1.3.4 หลักเกณฑ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สำหรับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 3(1) ประกอบมาตรา 4 แห่ง Act Against Unfair Competition (UWG) นั้น มีความแตกต่างจากมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังนั้นในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย จึงมุ่งเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า (Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power) ตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง Act against Restraints of Competition (GWB) แทน เนื่องจากมีความคล้ายคลึงกับมาตรา 57 และมีประโยชน์ในการศึกษามากกว่า ซึ่งพบว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และ (3) ก็ต่อเมื่อ 1. เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้

ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า 2. ที่เป็นการกีดกัน 3. โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และ 4. ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลาง และขนาดย่อมอื่น ๆ (small and medium sized enterprises or competitors) จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำในตัวของมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB นี้มีความละเอียดกว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นรวมถึงสาธารณรัฐเกาหลี กล่าวคือ มีการกำหนดถึงลักษณะของผู้ปฏิเสธ และลักษณะของผู้ถูกปฏิเสธไว้ในตัวบท และในการประเมินสถานะการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่านั้นก็มิใช่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาบัญญัติไว้อยู่แล้วในมาตรา 18(3) แห่ง GWB เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความเข้มแข็งของสถานะทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งจำหน่ายและการเข้าถึงตลาด ความสัมพันธ์หรือการเชื่อมโยงกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดทั้งในความเป็นจริงและในทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ระดับของการแข่งขันที่เกิดขึ้นจริงหรืออาจเกิดขึ้น ความสามารถในการเปลี่ยนแหล่งจำหน่ายสินค้าหรือความต้องการสินค้าหรือบริการอื่น เป็นต้น ทำให้การพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB ค่อนข้างมีความชัดเจนอยู่แล้วในตัว อีกทั้งศาลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีบทบาทในการช่วยทำให้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB นั้นมีความชัดเจนมากขึ้นอีกด้วย เช่น ในคดี *Rossignol*¹⁵ ศาลได้ตัดสินวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบเอาไว้ว่า ในสถานการณ์ระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้า (distributor) และผู้ค้าปลีกสินค้าโรงงาน (retail outlet) ซึ่งต้องพึงพาสินค้าที่จำเป็นต้องเก็บไว้ในปริมาณคราวละมาก ๆ (must stock product) และลูกค้าก็คาดหวังเช่นกันว่าผู้ค้าปลีกดังกล่าวจะต้องเก็บสินค้าไว้ในปริมาณมาก หรือในกรณีที่ เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้ายี่ห้อดี (top brand) ในสถานการณ์เช่นนี้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าถูกจัดว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบแล้ว

ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างไรถึงจะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้นจะต้องอาศัยการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (weighing of interests) ซึ่งกระบวนการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์นี้จะต้องอาศัยปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธเข้ามาพิจารณา เช่น ระดับของอำนาจตลาดของผู้ปฏิเสธ ระดับของผลกระทบของการกีดกันที่เกิดขึ้นหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้น การมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน การที่ผู้ถูกปฏิเสธสามารถหาผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกันกับผู้ปฏิเสธได้หรือไม่ และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่

¹⁵ *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

ละคดี โดยปัจจัยหรือหลักเกณฑ์เช่นว่านั้นปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt และจากตัวบทของ GWB เอง

จากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในตัวบท และที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดีต่าง ๆ สามารถนำมาสรุปเป็นหลักเกณฑ์กลางเพื่อใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB ได้ 5 ประการ ดังนี้ 1. สภาพของตลาด 2. สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ และสภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธ โดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธจะต้องมีลักษณะเป็น 2.1 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบ หรือ 2.2 ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า เท่านั้น 3. สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ 4. ลักษณะของการปฏิเสธที่ผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน 5. ผลกระทบของการปฏิเสธที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจ SMEs ในตลาดมีจำนวนน้อยลง

ส่วนหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายนั้น Bundeskartellamt ระบุว่าจะใช้หลักเกณฑ์กลางดังกล่าวมาพิจารณาพร้อมกับหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ 1. พิจารณาว่าข้อสัญญาที่เสนอให้กับผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายหรือไม่ โดยเทียบกับข้อสัญญาอย่างเดียวกันหรือใกล้เคียงกันซึ่งผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายได้เคยเสนอให้กับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ในระยะเวลาที่ใกล้เคียงกัน ในสถานการณ์เช่นเดียวกัน และในตลาดเดียวกันหรือตลาดที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ และ 2. พิจารณาต่อว่าการตั้งข้อสัญญาดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร และส่งผลกระทบต่อเป็นการส่งเสริมการแข่งขันหรือไม่ โดยนำมาเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการตั้งข้อสัญญาเช่นนั้น หากการตั้งข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายนั้นมีเหตุผลอันสมควร และส่งผลกระทบต่อเป็นการส่งเสริมการแข่งขันมากกว่าการต่อต้านการแข่งขัน ก็จะไม่จัดว่าการตั้งข้อสัญญาดังกล่าวเป็นความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายแต่อย่างใด

ส่วนการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคานั้น นอกจากหลักเกณฑ์กลางแล้วยังมีหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับการกีดกันราคาอยู่ว่า 1. หากส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีก (retail price) ที่ผู้กีดกันราคาจำหน่ายให้กับลูกค้า และราคาสินค้าขายส่ง (wholesale price) ที่ผู้กีดกันราคาจำหน่ายให้กับผู้ที่ถูกกีดกันราคาเป็นลบ (negative difference) การตั้งราคาของผู้กีดกันราคาดังกล่าวนี้ย่อมมีแนวโน้มที่จะเป็นความผิดในเรื่องการกีดกันราคาทันที เนื่องจากโดยหลักแล้ว Bundeskartellamt จะพิจารณาว่าในสถานการณ์ที่เป็นลบเช่นนี้ย่อมเป็นการกีดกันอย่างไม่เป็นธรรม และ 2. แม้ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีกและสินค้าขายส่งจะเป็นบวก (positive difference)

กล่าวคือ ราคาสินค้าขายส่งถูกกว่าราคาสินค้าขายปลีก แต่ก็ยังจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าส่วนต่างที่เป็นบวกนั้นเพียงพอสำหรับผู้ที่ถูกกดดันราคาจะนำเอาไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปสินค้า (product-specific cost) ให้ออกมาเป็นสินค้าขายปลีกเพื่อจำหน่ายในตลาดปลายทางให้กับลูกค้าได้หรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอก็จัดว่าเป็นกดดันราคาที่เป็นการศึกษาอย่างไม่เป็นธรรมเช่นกัน

4.1.3.5 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเรื่องส่วนแบ่งตลาด

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความผิดของต่างประเทศในส่วนที่พิจารณาถึงผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว จะพบว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมรวมทั้งบทบัญญัติที่ใกล้เคียงของต่างประเทศ มิได้บังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายเหมือนอย่างมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากในกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธมีน้อยจนเกินไปย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันได้นั่นเอง แสดงให้เห็นได้ว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจมีความสัมพันธ์กับผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างยิ่ง ซึ่งถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจไม่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขัน การปฏิเสธนั้นก็ย่อมไม่อาจเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและบทบัญญัติที่มีลักษณะใกล้เคียงได้

การที่มาตรา 57 บังคับใช้โดยปราศจากข้อยกเว้นใด ๆ ก็จะมีปัญหาว่ามาตรานี้ควบคุมการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจทุกราย ทุกประเภท ไม่จำกัดว่าต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเหมือนอย่างมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่มีอำนาจเหนือตลาดก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้ทั้งสิ้น ซึ่งหมายถึงว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจทุกราย ไม่ว่าจะการปฏิเสธนั้นจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นการสร้างภาระงานให้กับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามากจนเกินไป และเป็นไปไม่ได้จริงในทางปฏิบัติ เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นเป็นประจำทุกวัน และโดยสภาพเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้ง่ายมาก ในโลกของธุรกิจมีการทำธุรกรรมเกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา ย่อมเป็นธรรมดาที่ผู้ประกอบธุรกิจจะไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้อย่างลงตัวทำให้เกิดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเป็นประจำ ยิ่งไปกว่านั้น พฤติกรรมนี้มีลักษณะเป็นพฤติกรรมที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (passive nature) เพียงแค่ผู้ประกอบธุรกิจนิ่งเฉยไม่ตอบรับคำเสนอก็เกิดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวขึ้นได้แล้ว แตกต่างไปจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอื่น ๆ เช่น การบังคับขายพ่วง

หรือการกำหนดราคาขายต่อ ที่ต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายเสียก่อนถึงจะมีการทำพฤติกรรมเหล่านี้ได้สำเร็จ

และเมื่อมาตรา 57 บังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายโดยปราศจากข้อยกเว้นใด ๆ แล้ว ทำให้มาตรานี้มีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างมาก ประกอบกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวยังเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นอยู่เสมอ ๆ และเมื่อเกิดขึ้นแล้วมักจะสร้างความไม่พอใจให้กับผู้ถูกปฏิเสธ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าผู้ถูกปฏิเสธอาจอาศัยบทบัญญัติตามมาตรานี้เป็นเครื่องมือในการแก่งัดฟ้องร้องต่อผู้ปฏิเสธเพื่อให้ผู้ที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจร่วมกับตนได้รับความยากลำบากทั้งต้องเสียเวลาในการประกอบธุรกิจและเสียค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีก็เป็นได้ กลายเป็นว่ามาตรานี้ได้สร้างความยากลำบากให้กับผู้ประกอบธุรกิจมากกว่าจะเป็นมาตราที่ใช้ควบคุมพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดปัญหาข้างต้นนี้ บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี รวมทั้งบทบัญญัติที่มีความใกล้เคียงอย่าง บทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงมิได้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายเหมือนอย่างมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่บางประเทศมีการกำหนดเป็นข้อยกเว้นความรับผิดหรือเขตปลอดภัยที่จะหลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบพฤติกรรมไว้อย่างชัดเจน โดยใช้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายกระทำพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นเกณฑ์

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่มีข้อกำหนดแนวปฏิบัติในเรื่องข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 5 แห่ง FTC Act ออกมาอย่างเป็นทางการ แต่ก็มีความเห็นของเจ้าหน้าที่ FTC ท่านหนึ่งว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธควรจะมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไป การปฏิเสธถึงน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ ดังนั้นหากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 30 ก็มีแนวโน้มสูงที่จะหลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act

ส่วนในประเทศญี่ปุ่น พฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่มีแนวโน้มจะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมได้นั้นจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด (a firm influential in the market) ตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์

ยกรรณส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(4) ระบุไว้ว่า หมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่าร้อยละ 20 ขึ้นไป และต้องไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่งเข้ามาดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาด (newly-entered firm) ดังนั้นถ้าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เพิ่มขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่หรือน้อยกว่าร้อยละ 20 หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่งเข้ามาดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาด โดยหลักแล้วก็จะได้รับยกเว้นจากการถูกตรวจสอบตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA

ส่วนบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น มีข้อยกเว้นความรับผิดชอบกำหนดไว้อย่างชัดเจนปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(4) ว่า หากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือในกรณีที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่สามารถคำนวณได้หรือคำนวณได้ยาก ให้พิจารณายอดขายรวมรายปี (total annual sale) ถ้าผู้ปฏิเสธมียอดขายรวมรายปีจำนวนต่ำกว่า 2,000,000,000 วอน (สองพันล้านวอน) ผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธดังกล่าวย่อมมีน้อยมาก พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ปฏิเสธเหล่านั้นจึงได้รับการยกเว้นจากการถูกตรวจสอบตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA

ภายใต้ Act against Restraints of Competition (GWB) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้ไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดชอบเรื่องส่วนแบ่งตลาดสำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวกำหนดไว้เลยก็จริง แต่จากองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB ได้กำหนดชัดเจนว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้ต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าเท่านั้น ซึ่งโดยสภาพแล้วต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดที่มากพอสมควรแต่ไม่จำเป็นต้องมากถึงขนาดเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ฉะนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจที่ได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า เช่น เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยมากเมื่อเทียบกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในตลาด จึงไม่อาจมีความผิดตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB ได้นั่นเอง

ตารางที่ 3 ตารางสรุปเปรียบเทียบข้อยกเว้นด้านส่วนแบ่งตลาดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำ
ธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกควบคุมภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและ
บทบัญญัติที่ใกล้เคียงในแต่ละประเทศ

| ประเทศที่ศึกษา | ข้อยกเว้นด้านส่วนแบ่งตลาด | หมายเหตุ |
|-------------------------|--|--|
| สหรัฐอเมริกา | ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 | เป็นเพียงความเห็นของเจ้าหน้าที่ FTC ท่านหนึ่ง |
| ญี่ปุ่น | ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่หรือน้อยกว่าร้อยละ 20 ลงมา | ระบุอยู่ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(4) |
| สาธารณรัฐเกาหลี | ผู้ปฏิเสธที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือผู้ปฏิเสธที่มียอดขายรวมรายปีจำนวนต่ำกว่า 2,000,000,000 วอน (สองพันล้านวอน) หากเป็นกรณีที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่สามารถคำนวณได้หรือคำนวณได้ยาก | ระบุอยู่ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(4) |
| สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี | ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งไม่มีสถานะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า | เป็นองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB และไม่ปรากฏว่ามีข้อยกเว้นความรับผิดเรื่องส่วนแบ่งตลาดสำหรับพฤติกรรมฝ่ายเดียวกำหนดไว้ ณ ที่ใด |
| ไทย | ไม่มี | มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ใช้บังคับกับผู้ประกอบการธุรกิจทุกราย |

เมื่อการบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบเรื่องส่วนแบ่งตลาดกำหนดไว้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะได้ใช้ทรัพยากรทางด้านกำลังคนและเวลาไปกับการตรวจสอบพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันโดยแท้จริง และไม่ต้องเสียทรัพยากรไปกับการตรวจสอบพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขัน ฉะนั้นจะมีแต่ผู้ประกอบการธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดได้เท่านั้นที่จะตกอยู่ภายใต้การควบคุมของบทบัญญัตินี้ และเมื่อบทบัญญัตินี้มีได้บังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายในตลาดแล้วก็จะช่วยลดปัญหาการแก่งแย่งชิงดีลงไปได้บ้าง

4.1.3.6 การนำเอาหลักเกณฑ์มาปรับใช้

ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี หรือภายใต้บทบัญญัติที่ใกล้เคียงกันอย่างบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อสกัดหลักเกณฑ์จากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศแล้ว พบว่ามีหลักเกณฑ์หลัก ๆ อยู่ 6 ประการด้วยกันที่จะถูกนำมาใช้พิจารณาความผิดสำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทุกประเภท แต่สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายและการกีดกันราคาจะมีหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความผิดเพิ่มเติมตามลักษณะของการปฏิเสธประเภทนั้น ๆ ซึ่งหลักเกณฑ์หลักทั้ง 6 ประการดังกล่าวประกอบไปด้วย

1. สภาพของตลาด
2. สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ
3. สภาพของคู่ค้าที่เป็นผู้ถูกปฏิเสธ
4. สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ
5. ลักษณะของการปฏิเสธ ทั้งระยะเวลาในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจวัตถุประสงค์ของผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธ และเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธที่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน
6. ผลกระทบของการปฏิเสธซึ่งอย่างน้อยต้องมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม

ตารางที่ 4 ตารางสรุปเปรียบเทียบหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่นำมาใช้พิจารณาความผิดของการ
ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในแต่ละประเภท

| หลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ ใช้พิจารณาความผิด | การปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจฝ่ายเดียวโดย แท้ | การปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจฝ่ายเดียวโดย ปริยาย | การกีดกันราคา |
|---|---|--|---------------|
| สภาพของตลาด | √ | √ | √ |
| สภาพของผู้ประกอบ ธุรกิจซึ่งปฏิเสธไม่ทำ ธุรกิจและคู่แข่งของผู้ ปฏิเสธ | √ | √ | √ |
| สภาพของคู่ค้าที่เป็นผู้ ถูกปฏิเสธ | √ | √ | √ |
| สภาพของสินค้าหรือ บริการที่ปฏิเสธ | √ | √ | √ |
| ลักษณะของการปฏิเสธ | √ | √ | √ |
| ผลกระทบของการ ปฏิเสธ | √ | √ | √ |
| การตั้งเงื่อนไขอันเป็น อุปสรรคทางด้านราคา | — | √ | √ |
| การตั้งเงื่อนไขอันเป็น อุปสรรค นอกเหนือจากอุปสรรค ทางด้านราคา | — | √ | — |

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติที่สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายในจัดทำขึ้นนั้นยังไม่อาจถือได้ว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดสำหรับพฤติกรรมการ

ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามนัยของมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่มีความละเอียดเพียงพอ โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศที่มีความชัดเจนและครอบคลุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวครบถ้วนทุกประเภท จึงทำให้แนวปฏิบัติดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประโยชน์ในการช่วยให้การบังคับใช้และตีความกฎหมายมีความชัดเจน แน่นนอน และช่วยให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทราบถึงความเสี่ยงที่ตนจะถูกดำเนินการตามกฎหมายล่วงหน้าที่เราคาดว่าจะได้รับจากการมีแนวปฏิบัติที่ยอมไม่อาจบรรลุผลได้ สุดท้ายแล้วการพิจารณาความผิดก็จะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นรายกรณีไป

ในการนำเอาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยหลักแล้ว กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศก็จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าพฤติกรรมของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นพฤติกรรมที่สามารถกระทำได้โดยชอบตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เว้นแต่พฤติกรรมดังกล่าวจะเข้าองค์ประกอบความรับผิดภายหลังจากที่มีการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการข้างต้นแล้ว ตัวอย่างเช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลจะใช้หลักเหตุและผล (rule of reason) ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายคดีไป หรือในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย และจะกำหนดการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้นไว้กับผู้ที่น่าคดีมาฟ้องร้อง

โดยการนำเอาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จะต้องประเมินจากหลักเกณฑ์ทุกข้อตั้งแต่หลักเกณฑ์ข้อที่ 1 จนถึงข้อที่ 6 ส่วนหลักเกณฑ์ในข้อใดมีน้ำหนักมากกว่ากันเพียงใดนั้น เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ดังตัวอย่างประสบการณ์ในการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Aspen Skiing*¹⁶ ที่ผลของคดีนี้เกิดมาจากหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ศาลใช้ตัดสินหลายประการ แต่ศาลก็ไม่ได้ระบุว่าหลักเกณฑ์เรื่องใดสำคัญไปกว่ากัน ซึ่งศาลอาจเห็นว่าสำคัญเท่ากันทุกเรื่องหรืออาจมีเรื่องใดสำคัญกว่าอีกเรื่องหนึ่งก็เป็นได้ นอกจากนั้นยังไม่อาจสรุปได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นจะต้องมีข้อเท็จจริงเข้าตามหลักเกณฑ์ที่ศาลได้วางไว้กี่ข้อถึงจะทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นเพียงพอที่จะเป็นความผิดกันแน่

¹⁶ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ข้อนี้แล้วจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในข้อที่ 1 จนถึงข้อที่ 5 นั้นจะช่วยชี้ให้เห็นถึงผลกระทบ (impact) ของการปฏิเสธที่เกิดขึ้น หรือมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันนั่นเอง ตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์ในข้อที่ 1 เรื่อง สภาพตลาด ถ้าหากสภาพตลาดมีลักษณะเป็นตลาดผู้แข่งขันน้อยราย ก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงผลกระทบ ที่ว่าผู้ถูกปฏิเสธคงจะหาคู่ค้ารายอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้ยาก เมื่อผู้ถูกปฏิเสธหาคู่ค้ารายใหม่ที่ประกอบ ธุรกิจอย่างเดียวกับผู้ปฏิเสธไม่ได้ ในที่สุดก็ย่อมจะต้องออกไปจากการแข่งขันในตลาด หรือ หลักเกณฑ์ ที่ข้อที่ 2 เรื่องสภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ JFTC อธิบายว่าในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ ฝ่ายเดียวเข้าข่ายเป็นความผิดในเรื่องการผูกขาดโดยเอกชนหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือไม่นั้น สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญที่สุด (not requisite) ในการพิจารณา แต่ปัจจัยที่ สำคัญมากที่สุดคือระดับของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขัน (degree of influence to the competition) อย่างไรก็ตาม สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่สามารถช่วยชี้ให้เห็นถึง ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันที่มีน้ำหนักสูงมาก กล่าวคือ ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดของ สินค้าชนิดนั้นสูงมากจนถึงขั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาด อย่างมีนัยสำคัญ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจเช่นนี้ก็มักจะถูกพิจารณาว่ามี ผลกระทบที่รุนแรงต่อการแข่งขัน และมีโอกาสที่จะถูกจัดว่าเป็นการผูกขาดโดยเอกชนหรือพฤติกรรม ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้มาก หรือหลักเกณฑ์ข้อที่ 4 สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ ถ้าหาก สินค้าที่ปฏิเสธเป็นสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น การปฏิเสธไม่ให้คู่แข่งได้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่ว่าผู้ถูกปฏิเสธก็จะไม่สามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจ แข่งขันกับผู้ที่เป็นเจ้าของหรือผู้ที่ถือครองสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นได้ ท้ายที่สุดแล้วในตลาดนั้นก็ อาจจะเหลือผู้ที่เป็นเจ้าของหรือผู้ที่ถือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นดำเนินธุรกิจอยู่แต่เพียงผู้ เดียว

จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ข้อที่ 6 หรือผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้น หรือมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่เป็นปัจจัยชี้ขาด (decisive factor) ว่าการปฏิเสธที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นความผิดหรือไม่นั่นเอง ตัวอย่างเช่น แม้ข้อเท็จจริงในคดีจะ เข้าหลักเกณฑ์ในข้อ 1 คือ สภาพตลาดเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย หรือเข้าหลักเกณฑ์ในข้อ 2 เพราะผู้ ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดสูง หรือเข้าหลักเกณฑ์ในข้อ 4 เนื่องจากสภาพของสินค้าที่ปฏิเสธมีลักษณะ เป็นสินค้าวัตถุดิบสำคัญ แต่ถ้าหากการปฏิเสธไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ขึ้นต่อกระบวนการ การแข่งขันในตลาดหรือไม่มีแนวโน้มที่การแข่งขันที่เป็นธรรมจะถูกขัดขวางเลย การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่าย เดียวที่เกิดขึ้นในคดีเช่นนั้นก็ไม่ใช่ความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด

ที่กล่าวว่าหลักเกณฑ์ข้อที่ 6 หรือผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นหรือมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่เป็นปัจจัยชี้ขาดว่าการปฏิเสธที่เกิดขึ้นจะเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดนั้น เป็นเพราะบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี รวมทั้งบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมืองค์ประกอบความรับผิดที่ต้องการผลทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมีผลเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน หรือในประเทศญี่ปุ่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมซึ่งหมายถึงการปฏิเสธที่ส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (foreclosure effect) หรือในสาธารณรัฐเกาหลี การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม นอกจากนี้ Bundeskartellamt ยังระบุไว้ในคดี *Scandlines Deutschland GmbH*¹⁷ ว่า ในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์เพื่อพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อการแข่งขันเป็นปัจจัยชี้ขาดในการวินิจฉัยคดี

จากข้อความข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศให้ความสำคัญกับผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นหรือมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นต่อกระบวนการแข่งขันทั้งสิ้น ถ้าหากได้มีการประเมินตามหลักเกณฑ์ตั้งแต่ข้อ 1 ถึงข้อ 6 แล้ว พบว่าการปฏิเสธนั้นไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันหรือไม่มีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็จะไม่เข้ามายุ่งกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นแต่อย่างใด ดังตัวอย่างคดี *Coca Cola*¹⁸ ที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลี ในคดีนี้ศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีได้พิจารณาการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของสาธารณรัฐเกาหลีแล้วพบว่า การปฏิเสธในคดีนี้ไม่เป็นอันตรายต่อธุรกิจของบริษัทที่ถูกปฏิเสธแต่อย่างใด ศาลจึงเห็นว่าการปฏิเสธในคดีนี้ไม่มีความผิดตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตรา

¹⁷ Scandlines Deutschland GmbH, BKartA case no. B9-16/98, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 569 – Puttgarden II (2000), BGH WuW/E DE-R 977 – Fährhafen Puttgarden (2002).

¹⁸ Supreme Court [S. Ct.], 98Du17869, Jan. 5, 2001, § 1 (S. Kor.).

หนึ่ง แห่ง MRFTA ซึ่งคดี *Coca Cola* มีรายละเอียดว่า บริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มน้ำอัดลมในตลาดต้นน้ำ ปฏิเสธที่จะต่อสัญญาจำหน่ายน้ำอัดลมให้กับบริษัทผู้บรรจุขวด (bottler) ในตลาดปลายน้ำ แต่ในขณะเดียวกันนั้นบริษัทผู้บรรจุขวดได้ก่อตั้งบริษัทลูกขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจผลิตน้ำอัดลมเป็นของตนเอง ศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีแล้วพบว่า การปฏิเสธของบริษัท *Coca Cola* ไม่ส่งผลกระทบเป็นอันตรายต่อธุรกิจของบริษัทผู้บรรจุขวดซึ่งถูกปฏิเสธแต่อย่างใด เนื่องจากบริษัทผู้บรรจุขวดได้ก่อตั้งบริษัทผลิตน้ำอัดลมเป็นของตนเองขึ้นมาทดแทนผู้ปฏิเสธแล้ว

หรือเช่นในคดี *Inchon Refinery Supreme*¹⁹ ที่ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีได้ตัดสินว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยการเลิกสัญญาของบริษัท *Inchon Refinery* ผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นน้ำมันรายหนึ่งในตลาดต้นน้ำที่มีการรวมตัวในแนวตั้ง (vertically integrated) กับผู้จัดจำหน่ายน้ำมันในตลาดปลายน้ำต่อผู้จัดจำหน่ายน้ำมันอีกรายหนึ่งซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดปลายน้ำ มิใช่การปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรม แม้จะมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าสภาพตลาดของตลาดน้ำมันในสาธารณรัฐเกาหลีมีสภาพเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย และผู้ปฏิเสธในคดีมีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก รวมทั้งสภาพของสินค้าที่ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยในคดีนี้มีลักษณะเป็นสินค้า input ต้นน้ำสำคัญที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธก็ตาม กล่าวคือ ตลาดน้ำมันในสาธารณรัฐเกาหลีมีการกระจุกตัวอย่างมาก โดยมีผู้ประกอบธุรกิจโรงกลั่นน้ำมันอยู่เพียงไม่กี่รายซึ่งโรงกลั่นน้ำมันที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด 3 อันดับแรกมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันทั้งหมดคิดเป็นร้อยละ 75 และในคดีนี้เป็นกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจของโรงกลั่นน้ำมันที่มีขนาดใหญ่เป็นอันดับ 3 อีกทั้งธุรกิจจัดจำหน่ายน้ำมันของผู้ถูกปฏิเสธนั้นอาศัยน้ำมันที่มาจากโรงกลั่นของผู้ปฏิเสธเป็นจำนวนถึงร้อยละ 55 ของน้ำมันในประเทศทั้งหมด เนื่องจากศาลฎีกาเห็นว่า แม้จะเลิกสัญญากันไปแล้วแต่ผู้ถูกปฏิเสธยังมีกำไรเพิ่มมากขึ้น (increase in the refusee's profits) การปฏิเสธดังกล่าวจึงไม่เป็นอันตรายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ เมื่อไม่มีผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นต่อผู้ถูกปฏิเสธเท่ากับว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธที่จะจำกัดการแข่งขันย่อมไม่มี ดังนั้นการปฏิเสธในคดีนี้จึงมิใช่การปฏิเสธที่ไม่เป็นธรรม ศาลฎีกาจึงตัดสินว่าความสัมพันธ์ตามสัญญาจัดจำหน่ายน้ำมันระหว่างผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธนั้นไม่มีอีกต่อไป จะเห็นได้ว่าศาลในคดีนี้ให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ข้อที่ 6 หรือผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นอย่างมาก แม้ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเข้าหลักเกณฑ์ในข้อที่ 1 สภาพตลาด ข้อที่ 2 สภาพของผู้ปฏิเสธ ข้อที่ 4 สภาพของสินค้า ก็ตาม แต่เมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นไม่มีผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้น การปฏิเสธเช่นนี้จึงไม่มีความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด

¹⁹ Daejeon High Court 2004. 6.24. 2003Na4974, aff'd, Supreme Court [S. Ct.], 2004Da39238, (*Inchon Refinery Supreme*), Feb. 14, 2008 (S. Kor.).

เช่นเดียวกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ องค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ต้องการผลกระทบ กล่าวคือ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 57 ก็ต่อเมื่อเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น แม้จะมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้น แต่ถ้การปฏิเสธนั้นไม่เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น การปฏิเสธดังกล่าวก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57 แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ผลกระทบตามมาตรา 57 นี้ เป็นสิ่งที่วิเคราะห์ถึงต่อไปในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ว่า แท้ที่จริงแล้วผลกระทบตามมาตรานี้จะหมายถึงเพียงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบการหรือผลกระทบต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาดกันแน่

4.1.4 ด้านข้อต่อสู้ของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

การบังคับใช้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นอกจากจะไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแล้ว ยังไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้ (justifications and defenses) เพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ทั้งจากตัวบทกฎหมายหรือจากแนวปฏิบัติ พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ส่วนเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทั้ง 4 เรื่องนั้น ทำให้ทราบเพียงว่าการบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาจะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น ซึ่งยังไม่ถือว่ามีหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้ที่ครบถ้วนชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาว่าผู้ประกอบการที่เป็นผู้ปฏิเสธไม่สามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าตนต้องยกข้อต่อสู้ใดบ้างเพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของตนไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57 ดังนั้นในการนำหลักเกณฑ์ใดขึ้นมาวินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ก็จะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงฝ่ายเดียว

เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์เรื่องข้อต่อสู้กำหนดเป็นแนวทางไว้อย่างชัดเจนแล้ว อาจทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยคดีไปแทรกแซงการปฏิเสธที่ส่งผลเป็นการสนับสนุนการแข่งขันหรือเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค หรือไปแทรกแซงการปฏิเสธที่เกิดขึ้นโดยความจำเป็นในการประกอบธุรกิจอย่างไม่ตั้งใจ การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเข้าไปยับยั้งพฤติกรรมที่ส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันอย่างไม่ตั้งใจนั้นจะเป็นการลดสวัสดิภาพของผู้บริโภคลงอย่างร้ายแรง

เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่กล้าลงทุนทำพฤติกรรมที่ให้ผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันแต่กลับถูกลงโทษเช่นนี้อีก ซึ่งกลายเป็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากระทำการที่เป็นการขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งส่งเสริมให้มีการแข่งขันในตลาดเพื่อที่จะเอื้อให้สวัสดิภาพของผู้บริโภคมีเพิ่มมากขึ้นเสียเอง และการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเข้าไปยังการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นโดยความจำเป็นในการประกอบธุรกิจอย่างไม่ตั้งใจนั้น ย่อมเป็นการสร้างอุปสรรคให้กับการค้าในธุรกิจของผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก เนื่องจากในบางกรณีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเกิดขึ้นเพราะผู้ประกอบการมีเหตุผลหรือมีความจำเป็นในทางธุรกิจอย่างแท้จริง เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับอื่นจึงไม่อาจร่วมทำธุรกิจด้วย หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีความสามารถในการผลิตสินค้าให้เพียงพอต่อความต้องการ หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการมีสภาพเป็นผู้ประกอบการที่ไม่มีผู้ใดต้องการจะทำธุรกิจด้วยอย่างแน่แท้ เป็นต้น การไปบังคับให้มีการทำธุรกิจร่วมกันในกรณีเหล่านี้จึงไม่สอดคล้องต่อวิถีทางในการดำเนินธุรกิจตามปกติ

เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาข้างต้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศจึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้ในด้านต่าง ๆ ขึ้น ดังนี้ จากองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการปฏิเสธที่ปราศจากประสิทธิภาพ และจากการที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินถึงพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้ในคดีต่าง ๆ สามารถสรุปได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่อง 1. ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ 2. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพราะมีเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ

สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้เพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มีความผิดตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA นั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นจะรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่อง 1. ประสิทธิภาพและการส่งเสริมการแข่งขันของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ โดยแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรม ส่วนที่ 1 ข้อที่ 3(3) ได้ยกตัวอย่างเอาไว้ว่า ในสถานการณ์ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเพื่อ 1.1 ป้องกันภาวะการฉวยโอกาส (free-rider problem) 1.2 สร้างชื่อเสียงในด้านคุณภาพให้กับสินค้าใหม่ 1.3 ตอบแทนการลงทุนของผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่ได้ลงทุน 1.4 การสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของสินค้า เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันแล้ว และยังรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่อง 2. ผลประโยชน์ของผู้บริโภค รวมทั้ง 3. เหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ อีกด้วย

สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้เพื่อให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มีความผิดตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA นั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี

ยอมรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่อง 1. เหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ โดยแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของ KFTC ข้อที่ V.B.(2)(C) ระบุว่า แม้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจะส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน แต่ถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ถูกฟ้องร้องนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธของตนทำขึ้นโดยมีเหตุผลและมีความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ แสดงว่าการปฏิเสธเช่นนั้นเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลจึงไม่ถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ซึ่งข้อต่อสู้ในเรื่องนี้มีตัวอย่างเช่น 1.1 ผู้ปฏิเสธมีสินค้าไม่เพียงพอต่อความต้องการ 1.2 ผู้ถูกปฏิเสธขาดความน่าเชื่อถือ 1.3 การปฏิเสธที่เกิดขึ้นมีประสิทธิภาพและให้สวัสดิภาพแก่ผู้บริโภค 1.4 ข้อต่อสู้เรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น 1.5 มีเหตุผลที่จำเป็นประการอื่น ๆ เช่น เป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพื่อป้องกันการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

ภายใต้ Act against Restraints of Competition (GWB) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 20(1) และ (3) แห่ง GWB ทำให้ทราบว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ก็ต่อเมื่อเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร แสดงว่ามาตรานี้เปิดโอกาสให้ผู้ปฏิเสธสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของตนนั้นเป็นการปฏิเสธที่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งปรากฏว่ามีข้อต่อสู้ดังต่อไปนี้ที่ศาลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยตัดสินว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีเหตุผลอันสมควร 1. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่ไร้ประสิทธิภาพ เช่น ผู้ถูกปฏิเสธไม่สามารถจำหน่ายสินค้าได้ตามเป้าหมายที่ผู้ปฏิเสธตั้งไว้ หรือ ผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่มีหลักประกันเพียงพอ และไม่สามารถสำรองจ่ายเงินล่วงหน้าได้ เป็นต้น 2. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่มีทรัพย์สินทางปัญญา 3. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจเนื่องจากมีความเป็นไปได้ยากแน่แท้ในทางกฎหมาย ซึ่งผู้ปฏิเสธต้องพิสูจน์ให้ได้ชัดเจนว่าความเป็นไปไม่ได้ในทางกฎหมายนั้นต้องเป็นไปได้อย่างแน่นอน ไม่ใช่เป็นเพียงอุปสรรคในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเหล่านี้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อต่อสู้กำหนดไว้เป็นแนวทางอย่างชัดเจน แตกต่างจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ซึ่งการมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเช่นนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งตัวผู้ประกอบการ และต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเองด้วย กล่าวคือ จะช่วยให้ผู้ปฏิเสธมีแนวทางในการต่อสู้คดี และการหยิบยกเหตุผลใดมาวินิจฉัยคดีก็จะไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงฝ่ายเดียว และที่สำคัญยังเป็นการป้องกันมิให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยคดีเข้าไปแทรกแซงยับยั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีประสิทธิภาพต่อการแข่งขันหรือ

ต่อผู้บริโภค หรือมีเป็นความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ หรือมีเหตุผลอันสมควรประการอื่น ๆ อีกด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์สำคัญคือเพื่อคุ้มครองการแข่งขัน และกระบวนการการแข่งขัน เนื่องมาจากเป็นที่ยอมรับกันว่าตลาดที่มีการแข่งขันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจอันจะทำให้สวัสดิการของสังคมสูงที่สุด²⁰ ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายนี้จึงไม่ได้มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งในตลาด แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะถูกจัดเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 57(1) ถึงมาตรา 57(4) อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งมีแต่ถ้อยคำที่ชวนให้เข้าใจไปว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการ จึงก่อให้เกิดปัญหาสำคัญที่จำเป็นต้องพิจารณาก็คือวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 นี้ มุ่งคุ้มครองถึงความไม่เป็นธรรมต่อสิ่งใดระหว่างความไม่เป็นธรรมต่อกระบวนการการแข่งขันหรือความไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง (หรือที่มักเรียกกันว่าต่อคู่แข่ง) กันแน่

4.2.1 วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศ ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของบทบัญญัตินี้รวมทั้งประเทศที่มีอิทธิพลต่อการตรา มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 หรือมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลีต่างปรับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไปในแนวทางเดียวกันกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งสิ้น กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลีมีขึ้นเพื่อ

²⁰ Nipon Poapongsakorn, "The New Competition Law in Thailand: Lessons for Institution Building," *Review of Industrial Organization* 43, 2: 186.

คุ้มครองและสนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมเพื่อรับรองสวัสดิภาพของผู้บริโภค โดยไม่ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งหรือคู่แข่งกันแต่อย่างใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาทุกฉบับ ทั้ง Sherman Act, Clayton Act และ Federal Trade Commission Act (FTC Act) ซึ่งบัญญัติถึงเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันทั้งสิ้น เห็นได้จากที่ American Bar Association ได้อธิบายว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาทุกฉบับเป็นเครื่องมือที่ช่วยรับรองให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม (free and fair competition) หากปราศจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะมาช่วยรับรองการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมเช่นนี้แล้ว ผู้บริโภคก็จะมีตัวเลือกน้อยลง ต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูงขึ้น สินค้าหรือบริการรวมทั้งความคิดสร้างสรรค์ก็จะไม่ค่อยเกิดขึ้น ดังนั้นวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาทุกฉบับทั้ง Sherman Act หรือ Clayton Act รวมทั้ง Federal Trade Commission Act โดยหลักแล้วบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองการแข่งขันและสวัสดิภาพของผู้บริโภค มิได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่แข่งกันแต่อย่างใด

ส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเอาไว้อย่างชัดเจนในตัวกฎหมาย มาตรา 1 แห่ง AMA ของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติว่า “กฎหมาย AMA มีจุดมุ่งหมายเพื่อสนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม เพื่อกระตุ้นให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกิดความคิดสร้างสรรค์ เพื่อกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางธุรกิจ เพื่อยกระดับการจ้างงานและรายได้ที่แท้จริงของประชาชน และเพื่อส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศตลอดจนเพื่อรับรองผลประโยชน์ของผู้บริโภคโดยทั่วไป โดยการบัญญัติห้ามกระทำการผูกขาดโดยเอกชนและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและอื่น ๆ ” เช่นเดียวกับมาตรา 1 แห่ง MRFTA ของสาธารณรัฐเกาหลีที่บัญญัติว่า “MRFTA มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี อันจะเป็นการสนับสนุนกิจกรรมการลงทุนประกอบการที่สร้างสรรค์ เป็นการปกป้องผู้บริโภค และเป็นการเพียรพยายามเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจชาติอย่างสมดุล โดยป้องกันการใช้ฐานะการมีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการกระจุกตัวมากเกินไปของอำนาจทางเศรษฐกิจ และโดยการวางระเบียบควบคุมการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมคิดที่ผิดคลองธรรมและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม” จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้ง 2 ประเทศนี้ก็คือการ “ส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม” ดังนั้นเมื่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเป็นส่วนหนึ่งในกฎหมายนี้จึงต้องบังคับใช้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักนั้นด้วย

แม้ว่าในบางกรณี บางประเทศอาจมีความเข้าใจผิดเกิดขึ้นว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมบางเรื่องมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจ เช่น ในสาธารณรัฐเกาหลีมีนักกฎหมายส่วนหนึ่งเข้าใจไปว่าพฤติกรรมการใช้ฐานะที่เหนือกว่าในการทำธุรกรรมโดยมิชอบ (abuse of superior position in transaction) ซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มธุรกรรมที่มีความไม่เป็นธรรม ถูกตราขึ้นเพื่อขจัดและป้องกันความไม่เป็นธรรมในการทำธุรกรรมต่าง ๆ อันเนื่องมาจากคู่สัญญาที่เข้าทำธุรกรรมมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน จึงดูเหมือนว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มนี้จะไม่ค่อยมีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการมุ่งส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม แต่มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจเสียมากกว่า แต่ในท้ายที่สุดแล้วศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลีในคดี 2001Du9646 ก็ได้ตัดสินยืนยันว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องพฤติกรรมการใช้ฐานะที่เหนือกว่าในการทำธุรกรรมโดยมิชอบถูกตราขึ้นเพื่อรับรองว่าคู่สัญญาที่เข้ามาทำธุรกิจกันจะสามารถแข่งขันในสนามแข่งขันเดียวกัน (level playing field) หรือตลาด ได้อย่างเสรีและเป็นธรรมตามที่กฎหมายให้การรับรองไว้ ซึ่งก็เป็นวิธีหนึ่งในการส่งเสริมการแข่งขันนั่นเอง ทำให้ความเข้าใจผิดที่มีอยู่นั้นได้รับการแก้ไข และกลับมามีความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันว่าบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมนั่นเอง

ส่วนวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะแตกต่างออกไปจากของทั้ง 3 ประเทศที่กล่าวถึงแล้วข้างต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครอง 3 สิ่งด้วยกัน ได้แก่ คุ้มครองคู่แข่ง คู่ครองผู้บริโภคและผู้มีส่วนรวมอยู่ในตลาดอื่น ๆ จากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และคุ้มครองการแข่งขันไม่ให้ถูกบิดเบือน และจากการปรับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองคู่แข่งในที่นี้หมายถึงการคุ้มครองคู่แข่งในแต่ละราย (individual competitor) อีกด้วย เหตุที่วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความแตกต่างจากทั้ง 3 ประเทศข้างต้นก็เพราะ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการแยกเอาบทบัญญัติในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีชื่อเรียกว่า Act against Unfair Competition หรือ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ซึ่งมีบทบัญญัติส่วนใหญ่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น การห้ามโฆษณาที่เป็นการหลอกลวงผู้บริโภคหรือห้ามโฆษณาที่เป็นการคุกคามผู้บริโภค เป็นต้น ส่วนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามความหมายโดยทั่วไปที่นักกฎหมายเข้าใจกันว่าเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองการแข่งขันที่เสรีหรือคุ้มครองกระบวนการการแข่งขัน เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันนั้น ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่มีชื่อว่า Act against Restraints of Competition หรือ Gesetz Gegen

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ดังนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงสามารถมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งอื่น ๆ นอกเหนือไปจากการคุ้มครองการแข่งขันได้ เนื่องจากถูกบัญญัติอยู่ภายใต้กฎหมายอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากออกจาก GWB ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองการแข่งขันที่เสรีเป็นสถาบันนั่นเอง

แต่สำหรับบทบัญญัติที่ใช้ควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และเป็นบทบัญญัติที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาเปรียบเทียบอย่างละเอียด อย่างบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าตามมาตรา 20 แห่ง GWB นั้น ก็มีวัตถุประสงค์ในการรักษาให้กระบวนการทางการตลาด (market process) เปิดอยู่ตลอดเวลา กล่าวคือ การมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจของผู้มีส่วนร่วมในตลาดในการตัดสินใจลงมือทำตามสิ่งที่พวกเขาได้คิดแล้วว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุดในชีวิต ถ้ายึดหลักทฤษฎีนี้แล้ว การแข่งขันจะส่งเสริมวัตถุประสงค์ในทางเศรษฐกิจ เช่น การกระจายรายได้ที่เป็นธรรม การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้บริโภคและความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ในขณะที่เดียวกัน การแข่งขันยังทำให้บรรลุเป้าหมายในทางอภิเศรษฐศาสตร์ เช่น การควบคุมอำนาจทางเศรษฐกิจ และการปกป้องเสรีภาพของตัวละครทางเศรษฐกิจ หรือเรียกได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการ “คุ้มครองการแข่งขันเป็นสถาบัน” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งแต่ละรายในตลาดแต่อย่างใด ซึ่งวัตถุประสงค์ของมาตรา 20 แห่ง GWB นี้ก็สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี แม้ว่ามาตรานี้จะมีถ้อยคำที่สื่อให้เห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ก็ตาม แต่แท้ที่จริงแล้วยังคงตั้งอยู่บนวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแข่งขันโดยรักษาให้ผู้ประกอบธุรกิจ SMEs ฝังอุปทานอยู่ในตลาดหลาย ๆ ราย ซึ่งการมีผู้ประกอบการ SMEs อยู่ในตลาดเป็นจำนวนมากนั้นย่อมแสดงว่าตลาดดังกล่าวมีการแข่งขันและปราศจากการผูกขาดนั่นเอง

นอกจากนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของทั้ง 3 ประเทศ รวมถึงบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังมีความพิเศษตรงที่ให้ความคุ้มครองป้องกันกระบวนการต่อต้านการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่มหรือตั้งแต่ยังไม่เกิดความเสียหายขึ้นต่อการแข่งขัน เพียงแค่พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน (likely to harm competition) หรือมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม (tend to impede fair competition) หรือผู้ประกอบการ SMEs ถูกกีดกันหรือได้รับอุปสรรคต่อ

การดำเนินธุรกิจตามปกติในตลาดจนตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ SMEs แคลง ก็เข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของทั้ง 3 ประเทศ และบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แล้ว อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติเช่นนี้เป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดแนวโน้มในการสร้าง รักษา และขยายอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในทางมิชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการล่วงหน้า หรือเป็นมาตรการเพื่อป้องกันมิให้เกิดการผูกขาดตั้งแต่ในระยะแรกเริ่ม

ฉะนั้นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของทั้ง 3 ประเทศ และตามบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต้องเป็นการปฏิเสธที่เป็นอันตรายหรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันเท่านั้น หากเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่สร้างความเสียหายให้กับเพียงผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง เช่น การปฏิเสธที่ผู้ประกอบธุรกิจผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดอยู่น้อยมาก หรือการปฏิเสธที่ผู้ประกอบธุรกิจผู้ถูกปฏิเสธยังสามารถหาคู่ค้าทางธุรกิจรายอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้อย่างสะดวก ก็จะไม่ถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เป็นความผิดตามบทบัญญัติเช่นนี้แต่อย่างใด

4.2.2 วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากการศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ในหัวข้อวัตถุประสงค์ของมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่า นักกฎหมายไทยมีความเห็นในเรื่องนี้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่าบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ดังนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยจึงเป็นบทบัญญัติที่เน้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกลั่นแกล้ง มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการการแข่งขันหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม ส่วนนักกฎหมายฝ่ายที่สองรวมทั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เห็นว่าบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองหรือรักษากระบวนการแข่งขันในตลาดโดยรวม

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้ศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี รวมทั้งบทบัญญัติเรื่องการ

ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วพบว่า ต่างปรับใช้และตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันในตลาดทั้งสิ้น เมื่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีจุดเริ่มต้นจากประเทศสหรัฐอเมริกา และเผยแพร่มาสู่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลีในเวลาต่อมา และบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยเองก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นผ่านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีและประเทศไต้หวัน²¹ ดังนั้น หากประสงค์จะปรับใช้และตีความบทบัญญัติตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้สอดคล้องกับประเทศต้นกำเนิดเหล่านั้น ก็ควรที่จะปรับใช้และตีความมาตรา 57 โดยตั้งอยู่บนเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองและสนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมเพื่อรับรองสวัสดิภาพของผู้บริโภค และพึงระลึกว่าบทบัญญัติตามมาตรา 57 นี้ไม่ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือคู่แข่งแต่อย่างใด แม้ว่าหากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำหรือตัวอักษรที่ปรากฏอยู่ในตัวบทมาตรา 57 จะดูเหมือนเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจก็ตาม

นอกจากนั้น ยังสมควรที่จะนำเอาลักษณะพิเศษของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี รวมทั้งบทบัญญัติเรื่องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาปรับใช้ด้วย กล่าวคือ ควรปรับใช้และตีความบทบัญญัติตามมาตรา 57 ในลักษณะที่ให้ความคุ้มครองการแข่งขันตั้งแต่ยังไม่เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันขึ้น หากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมใดน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมก็ควรที่จะเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 นี้ได้ ซึ่งการปรับใช้และตีความในลักษณะนี้จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถพิสูจน์ความเสียหายให้เข้ากับองค์ประกอบความรับผิดได้ค่อนข้างง่ายและสะดวกในทางปฏิบัติ²² ฉะนั้น พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 จะต้องเป็นการปฏิเสธที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ถ้าหากปล่อยให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นนั้นดำเนินต่อไป ส่วนการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ส่งผลกระทบเฉพาะแต่เพียงผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งหรือเพียงคู่แข่งนั้นยัง

²¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 82.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 207-208.

ไม่เพียงพอที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57 นี้ เพราะบทบัญญัติตามมาตรา 57 มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันนั่นเอง

โดยที่บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่อาจมีขึ้นเพื่อเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ประการอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 57 เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ฉะนั้น ในการปรับใช้จึงต้องปรับใช้ให้สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ จะนำเอาตัวอย่างการปรับใช้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีวัตถุประสงค์ส่วนหนึ่งเพื่อคุ้มครองคู่แข่งนอกเหนือไปจากการคุ้มครองการแข่งขันมาเป็นแนวทางในการปรับใช้มาตรา 57 ของประเทศไทยมิได้ เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับหลักนั่นเอง

ตารางที่ 5 ตารางสรุปเปรียบเทียบวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ

| ประเทศที่ศึกษา | บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม | วัตถุประสงค์ | หมายเหตุ |
|-----------------|--|---|--|
| สหรัฐอเมริกา | มาตรา 5 แห่ง FTC Act | คุ้มครองให้ตลาดมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม | - |
| ญี่ปุ่น | มาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA | สนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม | วัตถุประสงค์ระบุอยู่ในมาตรา 1 แห่ง AMA |
| สาธารณรัฐเกาหลี | มาตรา 23 แห่ง MRFTA | ส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรี | วัตถุประสงค์ระบุอยู่ในมาตรา 1 แห่ง MRFTA |

| | | | |
|---------------------------------|--|---|--|
| สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนี | มาตรา 3 ประกอบ มาตรา 4 ข้อ 4 แห่ง UWG | คุ้มครอง 3 สิ่ง ได้แก่คุ้มครอง คู่แข่งชั้น คุ้มครองผู้บริโภค และผู้มีส่วนร่วมในตลาด และ คุ้มครองการแข่งขัน | UWG เป็นกฎหมาย อีกฉบับหนึ่งแยก ต่างหากจาก GWB และการคุ้มครองคู่แข่ง แข่งขันตามมาตรานี้ หมายถึงคู่แข่งชั้นแต่ ละรายในตลาด |
| | มาตรา 20 แห่ง GWB | คุ้มครองการแข่งขันเป็น สถาบัน | วัตถุประสงค์ศึกษาได้ จากในที่มาในการ ตรากฎหมาย จาก บริบทแวดล้อมและ จากหน้าที่ของ กฎหมาย GWB |
| ไทย | มาตรา 57 แห่ง พระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 | มีความไม่ชัดเจนว่ามุ่งคุ้มครอง สิ่งใดระหว่างผู้ประกอบการ หรือกระบวนการการแข่งขัน ในตลาด | มีความเห็นแบ่ง ออกเป็น 2 ฝ่าย |

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่ เป็นธรรมกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

การที่วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 มุ่งคุ้มครองสิ่งใดเป็นสำคัญระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหรือกระบวนการการแข่งขันในตลาด จะมีความสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 57 กล่าวคือ หากปรับใช้และตีความโดยยึดตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่ามาตรา 57 เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น และเน้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกลั่นแกล้ง มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการหรือภาวะการแข่งขันในตลาดโดยรวม หลักเกณฑ์พิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในส่วนของผลกระทบของการปฏิเสธย่อมจะหมายถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกปฏิเสธ มิใช่ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขัน

ในตลาด ดังนั้น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้แล้ว เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทำให้ยอดขาย รายได้หรืออัตรากำไรลดลง หรือโอกาสในการสร้างรายได้หรือกำไรลดลง หรือค่าใช้จ่ายที่ต้องแบกรับเพิ่มสูงขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความเสียหายต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาดเลยตามที่นักกฎหมายฝ่ายนี้โต้แย้งอย่างถึงพืดการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เข้าข่ายเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้ว่า เพียงแค่ห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งปฏิเสธที่จะรับซื้อสินค้าของผู้ประกอบการรายย่อยรายหนึ่งแล้วทำให้ผู้ประกอบการรายย่อยนั้นได้รับความเสียหายหรือได้รับความเดือดร้อน ก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่สามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้แล้ว²³ โดยตัวอย่างที่นักกฎหมายฝ่ายนี้ยกขึ้นไม่ได้กล่าวว่าจะต้องมีความเสียหายต่อการแข่งขันเกิดขึ้นแต่อย่างใด

การปรับใช้และตีความมาตรา 57 ไปในแนวทางนี้ นอกจากจะทำให้หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาค่าความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่สอดคล้องกับแนวทางของทั้ง 4 ประเทศที่ได้ทำการศึกษารียบเทียบแล้ว ยังทำให้พฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นความผิดต่อมาตรา 57 ได้ง่ายขึ้น จนเสมือนเป็นการฟ้องร้องกันในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากกว่าที่จะเป็นการฟ้องร้องกันตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นแทบทุกกรณีก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้ทั้งสิ้น เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจส่วนมากย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธอยู่แล้ว เช่น ผู้ถูกปฏิเสธอาจจะอ้างว่าเพราะการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจทำให้ตนต้องไปหาคู่ค้าทางธุรกิจใหม่ส่งผลให้ตนมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจเพิ่มมากขึ้นจากเดิมหรืออาจจะอ้างว่าเพราะการปฏิเสธไม่ยอมจำหน่ายวัตถุดิบต้นน้ำให้กับตน ทำให้ตนไม่มีวัตถุดิบมาผลิตเป็นสินค้าสำเร็จรูปเพื่อจำหน่ายให้กับผู้บริโภค ทำให้ยอดขาย รายได้หรืออัตรากำไรของตนลดลง เป็นต้น เมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้ง่ายขึ้นแล้ว ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกปฏิเสธที่มักไม่พอใจกับการปฏิเสธเข้ามาร้องเรียนต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเป็นความผิดตามมาตรา 57 กันมากขึ้น ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระงานให้แก่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอย่างมหาศาล

²³ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก, หน้า 4-8.

แต่หากตีความว่ามาตรา 57 นี้มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันในตลาดให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์พื้นฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศที่เป็นต้นแบบของบทบัญญัติในเรื่องนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความผิดในส่วนของผลกระทบของการปฏิเสธย่อมเป็นผลกระทบต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาด ดังนั้น พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามมาตรา 57 ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นส่งผลกระทบเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน เช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ส่งผลเป็นการกำจัดคู่แข่งรายอื่น ๆ ให้ออกไปจากตลาดจนทำให้การแข่งขันในตลาดลดลง มีแนวโน้มที่จะส่งผลให้สินค้ามีราคาสูงขึ้นหรือคุณภาพของสินค้าต่ำลงหรือแรงจูงใจในการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ของผู้ประกอบการมีน้อยลง เป็นต้น การปรับใช้และตีความมาตรา 57 ไปในแนวทางนี้ก็จะทำให้หลักเกณฑ์พิจารณาความผิดสอดคล้องตามแนวทางของทั้ง 4 ประเทศที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบมา และยังไม่ทำให้การปฏิเสธเป็นความผิดตามมาตรา 57 ได้ง่ายจนเกินไปอีกด้วย

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งใช้ดุลยพินิจโดยอิสระของตนเองปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับลูกค้าหรือคู่แข่งอื่นอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่คำนึงว่าผู้ถูกปฏิเสธจะมีที่รายก็ตาม ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวสามารถจำแนกได้หลายประเภทขึ้นอยู่กับว่าใช้เกณฑ์ใดเป็นตัวจำแนก ถ้าหากใช้หลักเกณฑ์พิจารณาความผิดเป็นตัวจำแนก จะสามารถแบ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ (actual unilateral refusal to deal) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งใช้ดุลยพินิจโดยอิสระของตนเองแล้วจึงแสดงเจตนาปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่ออีกฝ่ายหนึ่งอย่างชัดเจน ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจประเภทนี้เป็นการปฏิเสธในความหมายปกติที่คนเข้าใจกัน

2. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (constructive unilateral refusal to deal) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งสร้างตกลงว่าจะทำธุรกิจกับอีกฝ่ายหนึ่ง แต่มีการกำหนดเงื่อนไขทางธุรกิจในลักษณะที่สุดโต่งจนไม่อาจจะมีผู้ใดเข้ามาทำธุรกิจด้วยจริง เช่น กำหนดราคาสินค้าสูงมากเกินไป หรือแกล้งส่งมอบสินค้าให้ช้าเกินสมควร หรือจำกัดปริมาณสินค้าที่จำหน่ายลง เป็นต้น

3. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการกีดตันราคา (margin squeeze หรือ price squeeze) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดต้นน้ำซึ่งในขณะเดียวกันผู้ประกอบการรายนั้นก็มีส่วนร่วมในการประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำด้วย ได้เสนอหรือกำหนดราคาวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำที่จำเป็นต่อการนำไปประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าราคาสินค้าของตนเองในตลาดปลายน้ำที่จำหน่ายให้กับผู้บริโภค หรือกำหนดราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำไว้ในระดับที่ลูกค้าของตนซึ่งดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการรายนั้นในตลาดปลายน้ำได้โดยการดำเนินธุรกิจที่สมเหตุผลทางเศรษฐกิจ ด้วยลักษณะของพฤติกรรมที่มีการกำหนดราคาวัตถุดิบในระดับที่สูงนี้ จึงถูกจัดเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย แต่ในบางประเทศก็เห็นว่าเป็นอีกพฤติกรรมหนึ่งที่แยกออกมาต่างห่างจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

ซึ่งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 3 ประเภทล้วนแล้วแต่เป็นการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งใช้เสรีภาพในการทำสัญญาที่ตนมีในการเลือกคู่สัญญาว่าจะทำสัญญากับใครหรือไม่ทำสัญญากับใคร และเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาว่าจะตั้งราคาสินค้าหรือบริการของตนเท่าใดก็ได้ แต่ในบางกรณีการใช้เสรีภาพเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยส่วนรวมได้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงจำเป็นต้องเข้ามาเพื่อจำกัดหรือขอบเขตของการใช้เสรีภาพนั้น กล่าวคือ พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 3 ประเภทอาจเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายใต้บทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ (หรือการห้ามการผูกขาด) และบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีโอกาสที่จะเป็นความผิดต่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้มากกว่า เพราะบทบัญญัติดังกล่าวนี้ใช้ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจทุกรายในตลาดโดยไม่จำเป็นว่าจะต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเหมือนอย่างบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ ประกอบกับในการประกอบธุรกิจตามปกติ พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจเกิดขึ้นได้ในทุก ๆ วันภายหลังจากที่ไม่สามารถเจรจาตกลงทำธุรกิจร่วมกันได้ อีกทั้งยังเป็นพฤติกรรมในลักษณะที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยสภาพจึงเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้ง่ายกว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมอื่น ๆ ที่จะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายเสียก่อน จึงดูเหมือนว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจเข้าข่ายเป็นความผิดต่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้อย่างง่ายดาย กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ จึงพยายามสร้างหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ชัดเจนว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสถานการณ์เช่นใดถึงจะเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดต่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นสิ่งที่ภาคธุรกิจต้องการทราบเป็นอย่างมากเพื่อนำมาประเมินพฤติกรรมของตน

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีพัฒนาการในเรื่องพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาอย่างยาวนานตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 โดยศาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างแนวคิด และวางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว การมีพัฒนาการมาอย่างยาวนานทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวครบทุกประเภท ทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ โดยปริยายและการกีดกันราคา และการปฏิเสธทั้ง 3 ประเภทนั้นจะเป็นความผิดภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมอีกด้วย ต่อเมื่อ 1. เป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันอย่างมาก และ 2. ปราศจาก

ประสิทธิภาพ ในการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act นี้ ศาลมักจะอิงอยู่กับหลักเกณฑ์ของมาตรา 2 แห่ง Sherman Act แต่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่อาจมีความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ผูกขาดหรือพยายามที่จะผูกขาดตลาดเหมือนอย่างกรณีตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันอย่างมากรุนแรงนั้น FTC ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย FTC Act โดยตรงและศาล ได้วางหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดขึ้น โดยจะพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้ 1. สภาพของตลาด 2. สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ต้องมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไป 3. สภาพของสินค้าหรือบริการ 4. ลักษณะของการปฏิเสธที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ และ 5. ผลกระทบของการปฏิเสธที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน โดยไม่รวมถึงพฤติกรรมที่เพียงไม่ชอบด้วยศีลธรรมทางธุรกิจแต่ไม่เป็นอันตรายต่อตลาด อย่างไรก็ตาม ถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้น 1. มีประสิทธิภาพต่อการแข่งขัน หรือ 2. เกิดขึ้นโดยมีเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ ก็สามารถยกขึ้นอ้างเพื่อเป็นข้อต่อสู้ว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ได้

ประเทศญี่ปุ่นเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีแนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวครบถ้วนทุกประเภททั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ โดยปริยายและการกีดกันราคา ซึ่งพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธทั้ง 3 ประเภทนี้อาจเป็นความผิดต่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA อันเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์สนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อการปฏิเสธเช่นนั้นมิมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์และองค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9) แห่ง AMA นั้นมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา สืบเนื่องมาจากการที่ประเทศญี่ปุ่นได้รับเอามาตรา 5 แห่ง FTC Act เข้ามาเป็นมาตรา 19 และมาตรา 2(9) แห่ง AMA นั้นเอง อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมนั้น JFTC ได้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้พิจารณาโดยระบุไว้ในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและธรรมเนียมทางพาณิชย์กรรมว่า พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการรายอื่น (foreclosure effect) ซึ่งหมายถึงสถานการณ์ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว 1. มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง และผู้ประกอบการที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในฐานะคู่แข่งถูกกำจัดออกไปจากตลาด และหรือ 2. โอกาสในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายดังกล่าวถูกทำให้ลดลง ตัวอย่างเช่น

ในสถานการณ์ที่พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวก่อให้เกิดอุปสรรคในการหาคู่ค้ารายอื่นได้อย่างสะดวก และทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นเพิ่มสูงขึ้น และหรือลดความตั้งใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดหรือลดความตั้งใจในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ เป็นต้น โดย JFTC จะใช้หลักเกณฑ์ทั้ง 5 ประการต่อไปนี้ ในการพิจารณาว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือไม่ 1. สภาพการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ เช่น การกระจุกตัวของตลาด ลักษณะของสินค้าที่ถูกปฏิเสธ ระดับของความแตกต่างในด้านผลิตภัณฑ์ 2. สภาพการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกัน เช่น ประเภทธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ 3. สถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ เช่น ส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ ลำดับที่ คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า 4. ผลกระทบของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกปฏิเสธ 5. จำนวนของคู่ค้าที่ได้รับผลกระทบจากการถูกปฏิเสธไม่ทำธุรกิจ และสถานะของผู้ที่ได้รับผลกระทบในตลาด อย่างไรก็ตาม มาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA นี้จะไม่บังคับใช้กับผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่หรือน้อยกว่าร้อยละ 20 หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เพิ่งเข้ามาดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาด เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมไม่อาจมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมได้ และนอกจากนั้นถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้น 1. ให้ประสิทธิภาพและส่งเสริมการแข่งขันหรือเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค หรือ 2. เกิดขึ้นโดยมีเหตุผลและความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ ผู้ปฏิเสธก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อที่จะปฏิเสธความรับผิดตามมาตรา 19 ประกอบมาตรา 2(9)(vi) แห่ง AMA ได้

ส่วนสาธารณรัฐเกาหลีปรากฏแนวคิดเฉพาะการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทโดยแท้และโดยปริยาย แต่แนวคิดเกี่ยวกับการกีดกันราคารานั้นยังไม่ชัดเจนนัก ซึ่งการการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐเกาหลีอาจเป็นความผิดภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA อันเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและโดยเสรีได้ ถ้าหาก 1. เป็นการปฏิเสธธุรกรรมใด ๆ โดยไม่เป็นธรรม และ 2. มีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์และองค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA นั้นมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นเป็นอย่างมาก เนื่องจากสาธารณรัฐเกาหลีเห็นประโยชน์และความจำเป็นของบทบัญญัติตามมาตรา 19 และมาตรา 2(9) แห่ง AMA จึงรับเข้ามาบัญญัติเป็นมาตรา 23 แห่ง MRFTA นั้นเอง อย่างไรก็ตาม อย่างไรถึงจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ไม่เป็นธรรมและมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมนั้น KFTC ได้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้พิจารณาโดยระบุไว้ในแนวปฏิบัติสำหรับการประเมินพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในสถานการณ์ดังต่อไปนี้ถูกจัดว่ามีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งเข้าข่ายที่จะเป็นความผิดตาม

มาตรา 23 แห่ง MRFTA 1. สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องในการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่าย 2. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธนั้นสามารถหาคู่สัญญาอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้หรือไม่ ถ้าสามารถหาแทนได้โดยง่าย และไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจเพิ่มเติมมาก ก็แสดงว่าผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นมีเพียงเล็กน้อย 3. การปฏิเสธทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดน้อยลงอย่างมีนัยสำคัญ ถึงขนาดเป็นเรื่องยากต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่จะสามารถดำเนินธุรกิจอยู่ต่อไปได้ 4. การปฏิเสธนั้นทำให้เกิดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่อคู่แข่ง (รวมถึงต่อผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่กำลังจะเข้ามาแข่งขัน) 5. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นถูกใช้เป็นวิธีในการบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นต้องยอมกระทำการอันมิชอบตาม MRFTA เช่น การกำหนดราคาขายต่อหรือ การฮั้วราคา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มาตรา 23 แห่ง MRFTA นี้จะไม่ใช้บังคับกับผู้ปฏิเสธที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือผู้ปฏิเสธที่มียอดขายรวมรายปีจำนวนต่ำกว่า 2,000,000,000 วอน (สองพันล้านวอน) ในกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดไม่สามารถคำนวณได้หรือคำนวณได้ยาก เนื่องจากผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเช่นนี้ย่อมมีน้อยมาก จนไม่มีแนวโน้มที่จะขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม อีกทั้งถ้าหากผู้ปฏิเสธมีข้อต่อสู้ต่าง ๆ เช่นว่า 1. ผู้ปฏิเสธมีสินค้าไม่เพียงพอต่อความต้องการ 2. ผู้ถูกปฏิเสธขาดความน่าเชื่อถือ 3. การปฏิเสธที่เกิดขึ้นมีประสิทธิภาพและให้สวัสดิภาพแก่ผู้บริโภค หรือ 4. มีเหตุผลที่จำเป็นประการอื่น ๆ ก็สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ได้

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็มีแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวครบถ้วนทุกประเภททั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ โดยปริยายและการกดดันราคา แต่การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีความแตกต่างจาก 3 ประเทศที่ได้กล่าวถึงมาแล้วข้างต้น เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีได้รับอิทธิพลจากมาตรา 5 แห่ง FTC Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ได้รับอิทธิพลมาจาก Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market ของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภค (business-to-consumer) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับเอา Directive ดังกล่าวมาอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในที่มีชื่อว่า Act Against Unfair Competition (UWG) แต่นำมาปรับใช้ในขอบเขตที่กว้างกว่า กล่าวคือ นอกจาก UWG จะมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว ยังมุ่งคุ้มครองคู่แข่ง และการแข่งขันอีกด้วย ในมาตรา 4 ของกฎหมายฉบับนี้เป็นส่วนที่ว่าด้วยการคุ้มครองคู่แข่งจากพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอาจเป็นความผิดตาม

มาตรา 4 ข้อที่ 4 แห่ง UWG ได้ถ้าหากการปฏิเสธนั้นเป็นการจงใจกีดขวางคู่แข่งกัน อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องผ่าน Bundeskartellamt จึงทำให้นแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้ UWG มีไม่มากนัก

ในการฟ้องร้องต่อพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมิได้มีอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยหลักแล้วเป็นการฟ้องร้องโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 20(1) และมาตรา 20(3) แห่ง GWB ซึ่งเป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับหลัก ผ่านการดำเนินการของ Bundeskartellamt การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดต่อมาตราดังกล่าวซึ่งมีวัตถุประสงค์คุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ฝั่งอุปทานให้สามารถคงอยู่ในตลาดหลาย ๆ ราย เพื่อเป็นการป้องกันกระบวนการต่อต้านการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่มได้ก็ต่อเมื่อ 1. เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า 2. กีดกันผู้ประกอบการรายอื่นด้วยการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว 3. โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร 4. ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม อย่างไรก็ตามจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรนั้นจะต้องมีการขังน้ำหนักผลประโยชน์ โดยปรากฏหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาจากคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt รวมทั้งจากตัวบทใน GWB ดังนี้ 1. สภาพของตลาด 2. สภาพของผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจซึ่งต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบหรือผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่า และสภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งถูกปฏิเสธ 3. สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ 4. ลักษณะของการปฏิเสธที่ผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน 5. ผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นต่อผู้ประกอบการ SMEs แต่ถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นมีเหตุผลอันสมควร เช่น 1. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่ไร้ประสิทธิภาพ 2. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา หรือ 3. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจเนื่องจากมีความเป็นไปได้อย่างแน่นอนในทางกฎหมาย ผู้ปฏิเสธก็สามารถยกข้อต่อสู้เหล่านั้นขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดตามมาตรา 20(1) และ 20(3) แห่ง GWB ได้

สำหรับประเทศไทยมีบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมการการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งสามารถควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย บัญญัติอยู่ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยวางหลักห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 57(1) ถึงมาตรา 57(4) อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นหน่วยงานที่

บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้มีผลผูกพันที่จะวินิจฉัยปัญหาจากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดได้ แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า การควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาอยู่หลายประการ ตั้งแต่ปัญหาการบังคับใช้ที่ไม่ชัดเจน ทั้งในด้านประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะต้องถูกควบคุม ด้านการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ด้านแนวปฏิบัติที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะนำมาใช้พิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว และด้านหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้สำหรับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ตลอดจนปัญหาในเรื่องวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ไม่แน่นอน

5.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะเพื่อให้การควบคุมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และสอดคล้องตามแนวทางของประเทศสากล จะขอแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น คือ ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย ข้อเสนอแนะในการออกประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และข้อเสนอแนะในการจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่มีความเหมาะสม เพื่อที่จะช่วยให้การบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีความชัดเจน และมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นในทุก ๆ ด้าน และเพื่อเป็นการยืนยันวัตถุประสงค์ของมาตรา 57 ให้มีความแน่นอน

5.2.1 ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย

การที่แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะสอดคล้องกับต่างประเทศได้นั้น ประการแรกก็คือ ต้องมีการปรับใช้และตีความมาตรา 57 ว่าเป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันในตลาดเสียก่อน หลักเกณฑ์พิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวถึงจะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ แต่ด้วยถ้อยคำของบทบัญญัติตามมาตรา 57 ที่ว่า “อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น” ไม่อาจทำให้มีการปรับใช้และตีความไปตามวัตถุประสงค์เช่นนั้นได้ เพราะความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ตามมาตรานี้คือความเสียหายของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ถูกปฏิเสธ มิใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาด แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์พิจารณาความผิดของต่างประเทศ ที่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อการปฏิเสธนั้นมี

ผลกระทบต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน ดังนั้นถ้าหากไม่มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เสียก่อน แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 ก็ไม่อาจสอดคล้องกับแนวทางของต่างประเทศได้ เพราะแม้จะเสนอแนะให้มีการตีความหรือออกแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าผลกระทบต่อของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57 นี้ หมายถึง การปฏิเสธที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มว่าจะเกิดผลกระทบต่อการแข่งขันก็มิอาจทำได้ เพราะเป็นการตีความหรือออกแนวปฏิบัติที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยให้เพิ่มเติมถ้อยคำว่า “และมีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม (and tend to impede fair competition)” ไว้ในวรรคหนึ่งของมาตรา 57 ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวนี้เป็นถ้อยคำที่บัญญัติอยู่ในบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลี เมื่อมีการเพิ่มเติมถ้อยคำดังกล่าวลงไปในวรรคหนึ่งของมาตรา 57 แล้ว ผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ตามองค์ประกอบความรับผิดใหม่ก็คือผลกระทบที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นต่อการแข่งขัน มิใช่ผลกระทบเฉพาะตัวผู้ประกอบการธุรกิจรายใดรายหนึ่งดังเดิม และที่เลือกใช้คำว่า “แนวโน้ม” ก็เพื่อที่จะได้สามารถปรับใช้และตีความบทบัญญัติตามมาตรา 57 ใหม่นี้ให้สอดคล้องกับการปรับใช้และตีความบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลีรวมทั้งบทบัญญัติเรื่อง การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดเชิงเปรียบเทียบและผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดที่เหนือกว่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือ เป็นมาตรการคุ้มครองการแข่งขันตั้งแต่ในระยะแรกเริ่ม หรือก็คือเป็นมาตรการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตั้งแต่ในระยะแรกเริ่ม (preventing abuse of dominant position at an incipient level) ดังนั้น แม้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขัน แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีสามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงแนวโน้มว่าจะเกิดความเสียหายต่อการแข่งขันถ้าหากปล่อยให้มีการกระทำพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นต่อไปได้ ก็เข้าข่ายองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 57 ที่เสนอให้แก้ไขใหม่ได้แล้ว ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ที่ค่อนข้างง่ายและสะดวกในทางปฏิบัติมากกว่าการพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันแล้ว

เมื่อความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ตามมาตรา 57 ที่เสนอให้แก้ไขใหม่คือความเสียหายต่อการแข่งขันแล้ว ก็จะเป็นการยืนยันว่ามาตรา 57 ใหม่นี้เป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันในตลาด โดยไม่เปิดโอกาสให้ตีความได้อีกว่าเป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการแข่งขันในตลาด โดยไม่เปิดโอกาสให้ตีความได้อีกว่าเป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการแข่งขันในตลาดเหมือนมาตรา 57 ก่อนมีการแก้ไข เพราะถ้อยคำตามมาตรา 57 ใหม่มีการกล่าวถึงการแข่งขันไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ปัญหาที่ว่า วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติตามมาตรา 57 มีความไม่ชัดเจนแน่นอนเนื่องจากมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ระหว่างฝ่ายที่เห็นว่าเป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการแข่งขันในตลาดโดยรวมก็จะไม่มีอีกต่อไป และเมื่อ วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลี รวมทั้งบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ก็จะทำให้แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทย โดยเฉพาะหลักเกณฑ์พิจารณาความผิดมีความถูกต้อง และสอดคล้องตามแนวทางของประเทศสากลเหล่านั้น อีกทั้งยังส่งผลให้แนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในส่วนของผลกระทบของการปฏิเสธที่ผู้เขียนเสนอแนะให้จัดทำในข้อต่อไปมีความสอดคล้องกับของประเทศสากลดังกล่าวและไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติตามมาตรา 57 อีกด้วย

ด้วยข้อพิจารณาข้างต้น จึงขอเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “และมีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” ไว้ในวรรคหนึ่งของมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยมีถ้อยคำภายหลังการแก้ไขปรับปรุงดังนี้

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น และมีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม
- (3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (4) กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

5.2.2 ข้อเสนอแนะในการออกประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ปัญหาด้านการปรับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ขาดความชัดเจนและไม่เป็นเอกภาพ มีสาเหตุเพราะมาตรา 57 ไม่มีอนุมาตราใดเลยที่ระบุถึงพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าใช้อำนาจตามมาตรา 57(4) ออกประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าโดยกำหนดให้พฤติกรรม “การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว” และ “การกีดตันราคา” เป็นกระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามมาตรา 57(4) เพื่อเป็นการขจัดปัญหาการปรับใช้ดังกล่าว และช่วยให้การปรับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจทุกประเภทสามารถทำได้อย่างสะดวก ไม่จำเป็นต้องมาถกเถียงกันอีกต่อไปว่าจะปรับใช้มาตรา 57 ในอนุมาตราใดระหว่างมาตรา 57(1) และมาตรา 57(3) ถึงจะเป็นการถูกต้องและมีประสิทธิภาพมากกว่ากัน เพราะหลังจากที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าออกประกาศเช่นนั้นแล้ว การควบคุมพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทุกประเภทก็จะสามารถทำได้โดยอาศัยการปรับใช้มาตรา 57(4) ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าโดยตรง ไม่ต้องอาศัยการปรับใช้มาตรา 57(1) และมาตรา 57(3) อีก

รายละเอียดของประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ผู้เขียนเสนอให้ออกประกาศกำหนดมีดังนี้

ข้อ 1 “ห้ามปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไม่เป็นธรรม” โดยให้ระบุนิยามของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเอาไว้ในประกาศด้วยว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว (unilateral refusal to deal) หมายถึง “การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม และให้หมายความรวมถึงการที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งทำธุรกิจด้วยโดยจำกัดปริมาณหรือชนิดของสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดเงื่อนไขที่เสียเปรียบอย่างมากกับผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายหนึ่ง” เพื่อเป็นการระบุให้ชัดเจนว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ถูกควบคุม และอาจเป็นความผิดตามมาตรา 57 นี้หมายถึงทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ และการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย

ข้อ 2 “ห้ามกีดตันราคาอย่างไม่เป็นธรรม” และให้ระบุนิยามของการกีดตันราคาเอาไว้ในประกาศด้วยเช่นกันว่า การกีดตันราคา (margin squeeze) หมายถึง “พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการในตลาดต้นน้ำได้เสนอหรือกำหนดราคาวัตถุดิบในตลาดต้นน้ำซึ่งจำเป็นต่อการนำไปประกอบธุรกิจในตลาดปลายน้ำให้อยู่ในระดับที่สูงกว่าราคาสินค้าของตนเองในตลาดปลายน้ำที่จำหน่ายให้กับผู้บริโภค หรือกำหนดราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำไว้ในระดับที่ต่ำกว่าของตนซึ่งดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาด

ปลายน้ำไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจนั้นในตลาดปลายน้ำได้โดยการดำเนินธุรกิจที่สมเหตุผลทางเศรษฐกิจ”

เหตุผลที่ผู้เขียนได้เสนอให้แยกเอาการกีดกันราคาออกมาเป็นอีกข้อหนึ่งต่างหากจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว เนื่องจากผู้เขียนมีความเห็นไปในแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่จัดให้การกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่มีขอบอีกพฤติกรรมหนึ่งแยกออกมาต่างหากจากพฤติกรรมโดยมิชอบอื่น ๆ (stand-alone form of abuse) โดยผู้เขียนเห็นว่าการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมที่ต้องพิจารณาการตั้งราคาในตลาดทั้ง 2 ระดับ คือ ทั้งราคาในตลาดต้นน้ำและราคาในตลาดปลายน้ำควบคู่กัน แต่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายจะมุ่งพิจารณาเฉพาะการตั้งราคาที่สูงมากในตลาดต้นน้ำเท่านั้น นอกจากนี้การแยกเอาการกีดกันราคาออกมาเป็นความผิดต่างหากจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจะช่วยให้หลักกฎหมายในเรื่องการกีดกันราคาของประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะพัฒนาได้มากกว่า เห็นได้จากตัวอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาที่จัดให้การกีดกันราคาเป็นประเภทหนึ่งของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวแล้วทำให้หลักกฎหมายเรื่องการกีดกันราคาในประเทศนี้ไม่พัฒนาเท่าที่ควร เพราะเมื่อศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจใดคนใดคนหนึ่ง ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจด้วยแล้ว ศาลก็ไม่มีหน้าที่ที่จะเข้าไปพิจารณาถึงการกีดกันราคาเลย โดยศาลให้ความเห็นว่าเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะตั้งราคาสินค้าในระดับค้าส่งอย่างไรก็ได้ จึงทำให้ประเด็นการกีดกันราคาขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลก็ต่อเมื่อศาลเห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจใดคนใดคนหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องทำธุรกิจเท่านั้น ซึ่งนักกฎหมายบางส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็เห็นว่าควรแยกเอาการกีดกันราคาออกมาเป็นความผิดต่างหากจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพื่อที่หลักกฎหมายเรื่องการกีดกันราคานี้จะได้มีพัฒนาการเพิ่มมากขึ้น ดังนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักกฎหมายเรื่องการกีดกันราคาในประเทศไทยควรเดินตามแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมากกว่าแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือญี่ปุ่น

นอกจากการออกประกาศเช่นนี้จะทำให้การปรับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเป็นเอกภาพแล้ว ยังเป็นการช่วยแก้ไขปัญหาด้านประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะถูกควบคุมตามมาตรา 57 อีกด้วย เพราะในประกาศดังกล่าวมีการระบุชัดเจนกำหนดให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย และการกีดกันราคาจัดเป็นการกระทำการในลักษณะอื่นใดตามมาตรา 57(4) ฉะนั้น ในการบังคับใช้มาตรา 57 คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจะต้องดำเนินการกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย รวมทั้งการกีดกันราคา

5.2.3 ข้อเสนอแนะในการจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

เมื่อปัญหาด้านประเภทของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ด้านการปรับใช้และวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามมาตรา 57 ถูกแก้ไขโดยการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายและการออกประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว ก็จะเหลือแต่ปัญหาการบังคับใช้ในด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดและข้อต่อสู้ของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ซึ่งในทางวิชาการเชื่อว่าปัญหาการบังคับใช้และตีความอันเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายเช่นนี้สามารถแก้ไขได้ด้วยการออกแนวปฏิบัติ (guidelines) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้และตีความกฎหมายของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และผู้เขียนก็เห็นด้วยกับวิธีการแก้ไขปัญหานี้ แม้บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยจะมีแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นแนวทางในการบังคับใช้และตีความกฎหมายอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติฉบับนี้ไม่อาจเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน และยังมีได้ช่วยให้การบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 29 มีความชัดเจนขึ้นมากนัก

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการจัดทำแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดตามมาตรา 57 ว่าอย่างไรคือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไม่เป็นธรรม และในด้านหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อต่อสู้ตามมาตรา 57 ว่าอย่างไรคือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างเป็นธรรม โดยมีแนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติทั้ง 2 ด้านดังต่อไปนี้

5.2.3.1 แนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

จากที่ผู้เขียนได้เสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าออกประกาศตามมาตรา 57(4) กำหนดห้ามผู้ประกอบการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะเป็นความผิดตามมาตรา 57(4) ก็ต่อเมื่อเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่จะนำมาประเมินความไม่เป็นธรรมนั้นผู้เขียนเสนอให้ระบุรายละเอียดไว้ในแนวปฏิบัติพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดตามมาตรา 57

ในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 57(4) ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการ

การแข่งขันทางการค้า ผู้เขียนเห็นว่าควรมีหลักเกณฑ์สำคัญที่จะนำมาประเมินความไม่เป็นธรรมดังต่อไปนี้

(1) สภาพตลาด

สภาพตลาดที่ต้องนำมาพิจารณาหมายถึงสภาพตลาดของผู้ปฏิเสธและสภาพตลาดของผู้ถูกปฏิเสธ ถ้าเป็นการปฏิเสธในแนวตั้งก็ต้องพิจารณาทั้งสภาพตลาดต้นน้ำและสภาพตลาดปลายน้ำ โดยดูจากทั้งระดับการกระจุกตัวของตลาด (market concentration) พลวัตของตลาด (dynamics of the market) และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต้นน้ำและตลาดปลายน้ำ เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น ในสภาพตลาดที่มีการแข่งขันอยู่น้อยหรือในตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (oligopolistic market) ซึ่งมีระดับของการกระจุกตัวของตลาดสูง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นในสภาพตลาดเช่นนี้มีแนวโน้มสูงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม เนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธจะไม่สามารถหาคู่ค้ารายอื่นที่ทำธุรกิจอย่างเดียวกับผู้ปฏิเสธได้โดยง่าย การปฏิเสธเช่นนั้นจึงสร้างอุปสรรคหรือความยากลำบากให้การดำเนินธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธเป็นอย่างมาก

(2) สภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ

โดยพิจารณาจาก ส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ ความสามารถส่วนเกินในการผลิตสินค้า ลักษณะของผู้ปฏิเสธที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจำเป็นต้องพึ่งพา รวมทั้งขนาดธุรกิจของผู้ปฏิเสธและขนาดธุรกิจของคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ เป็นต้น

ผู้ประกอบธุรกิจที่อาจมีความผิดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้นั้น ไม่จำเป็นต้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แสดงว่าผู้ประกอบธุรกิจทุกรายก็อาจมีความผิดตามมาตรา 57 ได้ทั้งสิ้น แต่จากการวิเคราะห์วัตถุประสงค์ของมาตรา 57 แล้วพบว่า เป็นมาตราที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองกระบวนการการแข่งขันในตลาด ดังนั้นในความเป็นจริงผู้ประกอบธุรกิจที่อาจมีความผิดตามมาตรา 57 นี้ย่อมหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสามารถมากพอที่จะทำอันตรายต่อการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยที่สามารถชี้ให้เห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันที่มีน้ำหนักสูงมาก กล่าวคือ ยิ่งผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดสูงก็ยิ่งมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57(4) ได้มากขึ้นตามไปด้วย และถ้าหากผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดสูงตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปก็จะกลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของผู้

ปฏิเสธรูปแบบนี้ก็จะเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แทน ในทางกลับกันถ้าหากผู้ปฏิเสรมีส่วนแบ่งตลาดน้อยมาก ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการปฏิเสสนั้นก็ไม่อาจจะเห็นได้อย่างเด่นชัด จึงมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57(4) ได้น้อยตามไปด้วย อาจกล่าวได้ว่ายิ่งผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงเท่าใดก็จะต้องยิ่งถูกจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญามากขึ้นเท่านั้น

ฉะนั้น ผู้ประกอบการที่อาจมีความผิดตามมาตรา 57(4) ได้นั้นจึงหมายถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากเพียงพอที่จะสามารถทำอันตรายต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มทำอันตรายต่อการแข่งขันได้ แต่เมื่อมาตรา 57 บังคับใช้กับผู้ประกอบการทุกราย ทำให้มาตรานี้มีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างมากจนเกินไป คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจต้องเสียทรัพยากรทั้งทางด้านกำลังคนและเวลามาตรวจสอบพฤติกรรมของผู้ประกอบการทุกรายซึ่งเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำเอาแนวทางของบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลีมาพิจารณา เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้ง 2 ประเทศนี้มีการประกาศกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเรื่องส่วนแบ่งตลาดออกมาอย่างเป็นทางการ ดังนั้น ผู้เขียนขอเสนอให้กำหนดเป็นข้อยกเว้นหรือเขตปลอดภัยไว้ในแนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในส่วนสภาพของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธเลยว่า มาตรา 57 นี้จะไม่บังคับใช้กับผู้ประกอบการที่ไม่สามารถทำอันตรายหรือไม่จะทำอันตรายต่อการแข่งขันได้ โดยใช้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการฝ่ายที่กระทำพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ มาตรา 57 นี้จะไม่ใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยเกินไปจนไม่อาจทำอันตรายต่อการแข่งขันได้นั่นเอง เป็นผลให้พฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยมากหลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบตามมาตรา 57

บทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นและสาธารณรัฐเกาหลีมีได้บังคับใช้กับผู้ประกอบการทุกราย แต่ปรากฏว่ามีการกำหนดข้อยกเว้นหรือเขตปลอดภัยไว้อย่างเป็นทางการในแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยแนวทางของประเทศญี่ปุ่นจะยกเว้นไม่บังคับใช้กับผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่หรือน้อยกว่าร้อยละ 20 ส่วนแนวทางของสาธารณรัฐเกาหลีจะยกเว้นไม่บังคับใช้กับผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 จะเห็นได้ว่าเกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ 2 ประเทศนี้ใช้พิจารณานั้นแตกต่างกันเล็กน้อย ซึ่งในตอนแรก ประเทศญี่ปุ่นเองก็ใช้เกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ต่ำกว่าร้อยละ 10 จนต่อมามีการปรับหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ให้ทันสมัยมากขึ้น จึงได้มีการเปลี่ยนเกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่อง

ส่วนแบ่งตลาดมาเป็นตั้งแต่หรือน้อยกว่าร้อยละ 20 แทน ฉะนั้น ถ้าหากประสงค์ที่จะให้แนวปฏิบัติ ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 57(4) ที่กำลังเสนอให้จัดทำขึ้นนี้มีความทันสมัย ก็สมควรที่จะยึดเกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ ร้อยละ 20 ตามแนวทางของประเทศญี่ปุ่น

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ผู้เขียนได้พิจารณาถึงความสอดคล้องระหว่างแนว ปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตาม มาตรา 57(4) ที่กำลังเสนอให้จัดทำขึ้นนี้กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และ กฎหมายลำดับรองอื่น ๆ แล้ว พบว่า ถ้าแนวปฏิบัติดังกล่าวยึดเกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ ร้อยละ 20 จะทำให้เกิดความลักลั่นกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทงการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ.2550¹ ข้อ 1(2) ที่บัญญัติว่า “ข้อ 1 ให้ผู้ประกอบ ธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ...

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใด บริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปี ที่ผ่านมามีตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มี ส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท”

โดยหลักแล้ว พฤติกรรมอย่างเดียวกันที่ถูกจัดเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยมีขอบตามมาตรา 50 ก็มักจะถูกจัดว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ด้วย ฉะนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความผิดตามมาตรา 50 จึงมักจะมีผิดตามมาตรา 57 ด้วยในตัว เนื่องจากมาตรา 50 เป็นมาตราที่มีโทษรุนแรงกว่า กล่าวคือ มีโทษทางอาญาให้จำคุกตามมาตรา 72 ส่วนมาตรา 57 มีเพียงโทษปรับทางปกครองตามมาตรา 82 ฉะนั้นผู้ประกอบธุรกิจที่ได้กระทำให้ ความผิดถึงขนาดเข้าองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 50 ซึ่งมีโทษรุนแรงกว่า ก็ย่อมจะมีความผิด ตามมาตรา 57 ที่มีโทษเบากว่าไปในตัว คณะกรรมการการแข่งขันทงการค้าสามารถใช้ดุลยพินิจของ ตนในการเลือกว่าจะดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 50 หรือมาตรา 57 โดยพิจารณาจาก ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี ถ้าพฤติการณ์และความรุนแรงมีไม่มากนัก คณะกรรมการการแข่งขันทงการค้า

¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับประกาศและงานทั่วไป เล่ม 124 ตอนพิเศษ 15 ง, ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550

ทางการค้าก็อาจเลือกดำเนินคดีตามมาตรา 57 แทนมาตรา 50 ได้ แม้ข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ จะต้องตามองค์ประกอบความรับผิดตามมาตรา 50 ก็ตาม

แต่ถ้าแนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ยึดเกณฑ์ข้อยกเว้นความรับผิดเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ร้อยละ 20 ก็จะทำให้ผลเป็นว่า อาจมีบางกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีความผิดตามมาตรา 50 แต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 57 กลับกลายเป็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีความผิดตามมาตราที่มีโทษหนัก แต่ไม่ผิดความผิดตามมาตราที่มีโทษเบา และยังทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่สามารถใช้ดุลยพินิจในการเลือกดำเนินคดีตามมาตรา 57 แทนมาตรา 50 ได้อีกด้วย เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้กระทำความผิดมีส่วนแบ่งตลาดที่เข้าข้อยกเว้นความรับผิดของมาตรา 57 นั้นเอง เป็นผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องดำเนินคดีตามมาตรา 50 แต่เพียงมาตราเดียว แม้พฤติการณ์และความรุนแรงของคดีนั้นจะมีไม่มากก็ตาม ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สมเหตุสมผลอย่างยิ่ง

ตัวอย่างสถานการณ์ความลักลั่นดังกล่าวจะเกิดได้ในกรณีดังนี้ ในสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการอันดับที่หนึ่ง อันดับที่สอง อันดับที่สาม และอันดับที่สี่ มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาร้อยละ 70, 15, 10 และ 5 ตามลำดับ และผู้ประกอบการทุกรายมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเกินกว่า 1,000 ล้านบาท ผู้ประกอบการอันดับที่หนึ่ง อันดับที่สอง และอันดับที่สามจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2550 ข้อ 1(2) วรรคแรก พฤติกรรมโดยมิชอบใด ๆ ของผู้ประกอบการอันดับที่หนึ่ง อันดับที่สอง และอันดับที่สามนี้อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 50 ได้ แต่พฤติกรรมโดยมิชอบของผู้ประกอบการอันดับที่สอง และอันดับที่สามกลับไม่เป็นความผิดในเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 ถ้าหากยึดเกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ร้อยละ 20

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากยึดเกณฑ์ข้อยกเว้นเรื่องส่วนแบ่งตลาดที่ต่ำกว่าร้อยละ 10 ลงมา ตามแนวทางของสาธารณรัฐเกาหลีย่อมมีความเหมาะสมมากกว่าแนวทางของประเทศญี่ปุ่น เพราะแนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมกฏเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 57(4) ที่กำลังเสนอให้จัดทำนี้ จะได้มีความสอดคล้องกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2550 นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจากสภาพของเศรษฐกิจของประเทศไทยในภาพรวม โดยดูจาก

ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP)² ยังพบว่ามีความใกล้เคียงกับสภาพเศรษฐกิจของสาธารณรัฐเกาหลีมากกว่าของประเทศญี่ปุ่นอีกด้วย ซึ่งการยึดเอาเกณฑ์ของประเทศที่มีสภาพเศรษฐกิจใกล้เคียงกัน ย่อมมีแนวโน้มว่าจะทำให้การนำเอาเกณฑ์ดังกล่าวนั้นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากกว่า

จากข้อความข้างต้น สรุปว่าในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ผู้เขียนขอเสนอให้มีข้อยกเว้นหรือเขตปลอดภัยกำหนดไว้อย่างชัดเจนในส่วนสภาพของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจและคู่แข่งของผู้ปฏิเสธว่า ในการบังคับใช้มาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว จะไม่ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 10 (หรือต่ำกว่าร้อยละ 10 ลงมา) ดังนั้นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 ลงมา จึงหลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบตามมาตรา 57(4) เนื่องจากการปฏิเสธโดยผู้ประกอบธุรกิจเช่นว่านั้นย่อมไม่มีผลกระทบเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือไม่มีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดได้ กล่าวได้ว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 10 ลงมาจะไม่ถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57(4) ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้านั้นเอง

นอกจากส่วนแบ่งตลาดแล้ว ถ้าหากผู้ปฏิเสธมีลักษณะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจำเป็นต้องพึ่งพา การปฏิเสธของผู้ปฏิเสธที่มีลักษณะเช่นนี้ย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้มาก เนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธมีความจำเป็นต้องพึ่งพาผู้ปฏิเสธถึงจะสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้อย่างสะดวก ถ้าหากขาดการทำธุรกิจกับผู้ปฏิเสธไปย่อมได้รับอุปสรรคเป็นอย่างมาก โดยผู้เขียนเสนอให้นำแนวทางที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ในการประเมินลักษณะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจำเป็นต้องพึ่งพามาเป็นแนวทางในการพิจารณาตามแนวปฏิบัติที่ผู้เขียนเสนอให้จัดทำ โดยหลักเกณฑ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีอยู่ว่า ให้พิจารณาจากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นฝ่ายต้องพึ่งพา (dependent) ว่ามีโอกาสอย่างเพียงพอ และสมเหตุผลที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้หรือไม่ ถ้าไม่มีโอกาสที่จะเปลี่ยนไปทำธุรกิจกับผู้อื่นได้เลยก็แสดงว่าผู้ปฏิเสธนั้นมีลักษณะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นจำเป็นต้องพึ่งพาแล้ว ซึ่งอาจเกิดขึ้นในสถานการณ์ดังเช่น 1. ในสถานการณ์ที่

² International Monetary Fund, "List of countries by GDP (nominal)," [Online] Accessed: 5 September 2017. Updated: 18 April 2017. Available from: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/02/weodata/index.aspx>

ต้องพึงพาระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้า (distributor) และผู้ค้าปลีกสินค้าโรงงาน (retail outlet) ซึ่งต้องพึงพาสินค้าที่จำเป็นต้องเก็บไว้ในปริมาณคราวละมาก ๆ (must stock product) และลูกค้าก็คาดหวังเช่นกันว่าผู้ค้าปลีกดังกล่าวจะต้องเก็บสินค้าไว้ในปริมาณมาก หรือสถานการณ์ที่ผู้จัดจำหน่ายสินค้าเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้ายี่ห้อดี (top brand) ในสถานการณ์เหล่านี้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าย่อมถูกถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่ผู้ประกอบการรายอื่นจำเป็นต้องพึ่งพาแล้ว 2. ในสถานการณ์ที่ต้องพึ่งพาเนื่องในยามขาดแคลนสินค้า เช่น เกิดภัยธรรมชาติหรือเกิดการนัดหยุดงานของแรงงาน 3. ในสถานการณ์ที่ต้องพึ่งพาเนื่องจาก “ความสัมพันธ์พิเศษ” ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย โดยเฉพาะเมื่อคู่สัญญาได้ลงทุนทำธุรกิจร่วมกันอย่างยาวนานและมีการเจาะจงเลือกตัวคู่สัญญาว่าต้องเป็นผู้ประกอบการรายนี้เท่านั้น (transaction-specific investment) เช่น การที่ผู้จัดจำหน่ายบางรายต้องยอมลงทุนก่อสร้างบางสิ่งบางอย่างขึ้นตามเงื่อนไขที่ผู้ผลิตตั้งไว้ ถึงจะสามารถดำเนินธุรกิจในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายของผู้ผลิตดังกล่าวได้ เป็นต้น ในสถานการณ์เช่นนี้ผู้ผลิตย่อมถูกถือว่าเป็นผู้ประกอบการที่ผู้ประกอบการรายอื่นจำเป็นต้องพึ่งพาแล้ว และยังมีข้อสังเกตว่าถ้าหากผู้ปฏิเสธเป็นผู้ประกอบการที่ผู้อื่นต้องพึ่งพาแล้ว แม้ผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดน้อย ก็อาจมีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้มากอยู่ดี เทียบเคียงกับคดี *Rossignol*³ ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 8 แต่ศาลก็ตัดสินให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในคดีนี้เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

นอกจากนั้น ถ้าหากผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ปฏิเสธเป็นเพียงคู่แข่งรายเล็ก มีขนาดธุรกิจไม่ใหญ่มาก และมีความสามารถในการผลิตสินค้าที่จำกัด ความสำคัญของผู้ปฏิเสธก็จะยิ่งมีมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้น ในสถานการณ์ดังกล่าวนี้จึงยังมีแนวโน้มที่จะถูกถือว่าเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม เนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธย่อมได้รับอุปสรรค และความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในการที่ไม่สามารถหาคู่ค้ารายใหม่ที่ผู้ประกอบการเช่นเดียวกับผู้ปฏิเสธได้อย่างสะดวก

(3) สภาพของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ถูกปฏิเสธ

โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ถูกปฏิเสธ คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้าของผู้ถูกปฏิเสธ ความสามารถส่วนเกินในการผลิตสินค้า ขนาดธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ รวมทั้งพิจารณาว่าผู้ถูกปฏิเสธสามารถหาคู่ค้ารายอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้โดยง่ายหรือไม่ เป็นต้น

³ *Rossignol*, Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 20 November 1975, KZR 1/75, (1976).

ตัวอย่างเช่น ถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดสูง และสินค้าของผู้ถูกปฏิเสธมีคุณค่าทางยี่ห้อที่เข้มแข็ง ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าสภาพของผู้ถูกปฏิเสธมีความเข้มแข็งสูง ดังนั้น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยก็ดูจะมีความสำคัญต่อผู้ถูกปฏิเสธได้น้อย ในสถานการณ์เช่นนี้มีแนวโน้มว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นไม่เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกปฏิเสธมากนัก จึงมีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้น้อย

หรือถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธสามารถหาคู่ค้ารายอื่นแทนผู้ปฏิเสธได้โดยง่าย และไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการทำธุรกิจเพิ่มเติมมาก แสดงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นย่อมไม่เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกปฏิเสธมากนัก จึงมีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้น้อย

(4) สภาพของสินค้าหรือบริการที่ปฏิเสธ

โดยพิจารณาจากลักษณะของสินค้า อันดับของสินค้า คุณค่าทางยี่ห้อของสินค้า (brand value of product) ระดับของความแตกต่างในด้านผลิตภัณฑ์ (product Differentiation) รวมทั้งช่องทางการจัดจำหน่าย เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่สินค้าของผู้ปฏิเสธเป็นสินค้าที่มีคุณค่าทางยี่ห้อสูง เช่น เป็นสินค้ายี่ห้อดัง (top brand) มีชื่อเสียงมากในตลาดหรือเป็นสินค้าที่มีมูลค่าทางพาณิชย์สูง (commercial value) จนลูกค้ารู้สึกว่สินค้ายี่ห้ออื่นก็ไม่สามารถทดแทนสินค้าของผู้ปฏิเสธได้ ทำให้บริษัทคู่ค้าที่ถูกปฏิเสธไม่สามารถหาคู่ค้ารายอื่นที่มีสินค้าอย่างเดียวกันกับผู้ปฏิเสธได้อย่างสะดวก หากการปฏิเสธเกิดขึ้นในสถานการณ์เช่นนี้ก็มีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม

หรือตัวอย่างเช่น ถ้าสินค้านั้นมีลักษณะเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น เช่น เป็นวัตถุดิบต้นน้ำ (input) ที่ผู้ประกอบการในตลาดปลายทางนี้ต้องการเพื่อนำมาผลิตหรือแปรรูปเป็นสินค้าสำเร็จรูปเพื่อจำหน่ายให้กับผู้บริโภค ถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่จำหน่ายวัตถุดิบต้นน้ำเช่นนั้นให้กับผู้ประกอบการในตลาดปลายทางนี้ ย่อมมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม หรือถ้าหากสินค้านั้นเป็นสิ่งจำเป็นถึงขนาดมีลักษณะเป็น “สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities)” ก็จะถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้ง่ายขึ้น ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ เนื่องจากโดยปกติแล้วผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นมักเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามไปด้วย โดยผู้เขียนเสนอให้นำแนวทางการพิจารณาสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นตามแนวปฏิบัติที่ผู้เขียนเสนอให้จัดทำ โดยมีรายละเอียดดังนี้

a. สิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต้องเป็นสิ่งจำเป็นต่อการแข่งขัน (essential to competition) ซึ่งคู่แข่งต้องการที่จะได้มาหรือต้องการเข้าถึงเพื่อที่จะสามารถแข่งขันในตลาดได้ การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นดังกล่าวนั้นย่อมเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจของคู่แข่งเป็นอย่างมาก และส่งผลให้คู่แข่งเสียเปรียบอย่างรุนแรง

b. ในทางปฏิบัติสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต้องไม่สามารถสร้างขึ้นใหม่หรือทำซ้ำได้ (cannot be duplicated) ทั้งเป็นไปได้ในความเป็นจริง และเป็นไปไม่ได้ในทางเศรษฐกิจ (economically infeasible) และไม่มีสิ่งใดที่จะสามารถทดแทนสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นได้ด้วย (unsubstitutable)

(5) ลักษณะของการปฏิเสธหรือเงื่อนไขของธุรกรรมที่เพิ่มขึ้นกับคู่ค้า

โดยพิจารณาจากทั้ง เงื่อนไขหรือรายละเอียดของธุรกรรมที่เพิ่มขึ้นกับคู่ค้า ระยะเวลาในการปฏิเสธ รวมทั้งวัตถุประสงค์ และเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ เป็นต้น

(5.1) เงื่อนไขของธุรกรรมที่เพิ่มขึ้นกับคู่ค้า

การพิจารณาถึงเงื่อนไขหรือรายละเอียดของธุรกรรมที่เพิ่มขึ้นกับคู่ค้า หมายถึง กรณีที่ไม่ใช่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้ แต่เป็นการยอมทำธุรกิจกับคู่ค้าในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธโดยปริยายหรือการกีดกันราคาโดยมีการตั้งเงื่อนไขของธุรกรรมให้เกินกว่าระดับที่เหมาะสม (beyond reasonable degree) ซึ่งถ้าหากเข้าข่ายเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายหรือการกีดกันราคาแล้ว ก็มีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้เช่นเดียวกันกับการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย (unilateral constructive refusal to deal) มีดังต่อไปนี้

a. ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจตั้งราคาหรือกำหนดเงื่อนไขที่ไม่สมเหตุสมผลถึงขนาดที่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ทั้งในความเป็นจริงหรือในทางเศรษฐกิจ

b. หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจมีการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาอย่างเห็นได้ชัดแจ้งหรือมีการตั้งเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายอื่น

c. โดยให้เปรียบเทียบข้อสัญญาที่มีความเสี่ยงว่าจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายกับข้อสัญญาอย่างเดียวกันหรือใกล้เคียงกันซึ่งผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดย

ปริยายได้เคยเสนอให้กับผู้ประกอบการรายอื่น ในระยะเวลาที่ใกล้เคียงกัน ในสถานการณ์เช่นเดียวกัน และในตลาดเดียวกันหรือตลาดที่สามารถเปรียบเทียบกันได้

d. และพิจารณาต่อว่าการตั้งข้อสัญญาดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควร และส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันหรือไม่ โดยนำมาเปรียบเทียบกับผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นจากการตั้งข้อสัญญาเช่นนั้น หากการตั้งข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจโดยปริยายเช่นนั้นมีเหตุผลอันสมควร และส่งผลกระทบที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันมากกว่าการต่อต้านการแข่งขัน ก็จะไม่จัดว่าการตั้งข้อสัญญาดังกล่าวเป็นความผิดในเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยายแต่อย่างใด

e. และถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธนำคดีมาฟ้องว่าผู้ประกอบการใดมีพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยปริยาย แต่กลับมีข้อเท็จจริงว่าในความเป็นจริงแล้วผู้ถูกปฏิเสธก็ยอมทำธุรกิจกับผู้ปฏิเสธภายใต้เงื่อนไขอันเป็นอุปสรรคนั้น และธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธก็ยังสามารถดำเนินต่อมาได้อย่างยาวนาน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงเช่นนี้ก็มีแนวโน้มว่าจะมิใช่การปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม

ส่วนบางประเทศที่มีแนวคิดว่าการกีดกันราคาเป็นพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ก็ได้นำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องการกีดกันราคามาพิจารณาในส่วนนี้ แต่ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้เสนอให้แยกเอาการกีดกันราคาออกมาเป็นอีกเรื่องหนึ่งจากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ผู้เขียนจึงขอเสนอหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการกีดกันราคาไว้อีกข้อหนึ่งซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

(5.2) ระยะเวลาในการปฏิเสธ

ถ้าหากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเป็นระยะเวลานาน ในสถานการณ์เช่นนี้ก็มีแนวโน้มที่จะถูกถือว่าเป็นการก่อให้เกิดอุปสรรคหรือความยากลำบากต่อการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธ และมีแนวโน้มสูงที่จะถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม

(5.3) วัตถุประสงค์ของผู้ปฏิเสธ

ถ้าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่ได้เกิดขึ้นเพราะประสิทธิภาพ หรือส่งเสริมการแข่งขัน หรือเพื่อผลประโยชน์ของผู้บริโภค หรือเพราะความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ แต่เกิดขึ้นเพราะผู้ปฏิเสธมีวัตถุประสงค์นำมาใช้เป็นวิธีการดังต่อไปนี้

a. ใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพื่อเป็นหลักประกันให้สามารถใช้พฤติกรรมการที่ผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด (ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดมากพอสมควรแต่ไม่ถึงขนาดเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด) สั่งห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าทำธุรกิจกับผู้ผลิตสินค้ารายอื่นอันเนื่องมาจากเป็นคู่แข่งของตน ซึ่งเป็นการลดโอกาสทางธุรกิจของคู่แข่งลง และยังเป็นการป้องกันมิให้คู่แข่งของตนสามารถหาคู่ค้าทางธุรกิจรายอื่นได้อย่างสะดวก และเพื่อที่จะบังคับตามคำสั่งห้ามเหนือผู้จัดจำหน่ายสินค้าดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดจึงประกาศว่าตนจะปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าถ้าหากไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งห้ามทำธุรกิจเช่นนั้น หรือ ผู้ผลิตสินค้าที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดสั่งให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าของตนต้องปฏิบัติตามนโยบายการกำหนดราคาขายต่อที่ผู้ผลิตสินค้ากำหนด มิฉะนั้นผู้ผลิตสินค้าจะไม่ยอมทำธุรกิจด้วย เป็นต้น

b. ใช้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ไม่สมควรตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าประการอื่น ๆ เช่น การกำจัดคู่แข่งของตนให้ต้องออกไปจากตลาด และหรือน่าจะเป็นการสร้างอุปสรรคต่อผู้ประกอบการที่ถูกปฏิเสธให้ไม่สามารถดำเนินธุรกิจตามปกติต่อไปได้

ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบ (material manufacturer) ที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาด พยายามที่จะป้องกันมิให้ผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปผลิตวัตถุดิบได้ด้วยตนเอง จึงหยุดที่จะจำหน่ายวัตถุดิบหลักที่ผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบเช่นนั้นให้กับผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูป หรือ ผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบที่มีอิทธิพลอยู่ในตลาดพยายามที่จะกำจัดคู่แข่งของลูกค้านของตน (ลูกค้าในที่นี่หมายถึงผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบที่ได้ใช้วัตถุดิบของผู้ผลิตสินค้าวัตถุดิบ) ให้ออกไปจากตลาดสินค้าสำเร็จรูป จึงหยุดที่จะจำหน่ายสินค้าวัตถุดิบที่ตนผลิตได้ให้กับคู่แข่งของลูกค้านของตน

ถ้าหากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเกิดขึ้นเพราะผู้ปฏิเสธมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้นนี้ ก็เข้าข่ายที่การปฏิเสธจะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้มาก

(5.4) เจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ

ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจก็จะมีความเสี่ยงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้มากขึ้น เนื่องจากเจตนาของผู้ปฏิเสธเป็นพยานหลักฐานสำคัญที่ช่วยชี้ให้เห็นถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันได้อย่างชัดเจน

มากขึ้น กล่าวคือ ถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจมีเจตนาทำอันตรายต่อการแข่งขัน ก็จะช่วยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลเห็นถึงผลกระทบต่อการแข่งขันได้ง่ายขึ้นนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เจตนาเป็นเรื่องอัตวิสัยที่อยู่ภายในจิตใจของผู้ปฏิเสธดังนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลจึงต้องวิเคราะห์ และตีความเอาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีว่าข้อเท็จจริงอย่างไรจึงจะถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลของต่างประเทศใช้สรุปว่าผู้ปฏิเสธมีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน (indicative factors)

a. ส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ

ข้อเท็จจริงที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งช่วยให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธได้ก็คือระดับของส่วนแบ่งตลาดของผู้ปฏิเสธ แม้มาตรา 57 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะไม่ได้กำหนดว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่อาจมีความผิดต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเหมือนอย่างมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่ผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่อาจมีความผิดตามมาตรา 57 ได้นั้นก็ต้องมีส่วนแบ่งตลาดมากพอที่จะเป็นอันตรายหรือน่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ ถ้าหากมีส่วนแบ่งตลาดที่ไม่สูงมากพอ การปฏิเสธก็จะส่งผลแต่เพียงให้ผู้ถูกปฏิเสธเปลี่ยนไปหาคู่สัญญารายใหม่เท่านั้น ดังนั้นหากผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดที่ไม่สูงมากพอ (absence of a substantial market share) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือศาลของต่างประเทศก็มักจะสรุปว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เกิดขึ้นนั้นผู้ปฏิเสธมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน และไม่มีความรับผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่อย่างใด

b. การทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติ (discriminatory dealing)

จากประสบการณ์ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของต่างประเทศในหลาย ๆ คดี เห็นพ้องต้องกันว่าการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติของผู้ปฏิเสธเป็นข้อเท็จจริงสำคัญประการหนึ่งซึ่งช่วยให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธได้เป็นอย่างดี ส่งผลให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวในกรณีเช่นนี้มักเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และผลของคดีมักเป็นไปในทางตรงกันข้ามเมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นไม่มีข้อเท็จจริงเรื่องการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นในคดี อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าหากมีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธมีการทำธุรกิจอย่างเลือกปฏิบัติเกิดขึ้นในคดีแล้วจะต้องเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสมอไป

c. การมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร (termination of a relationship or Profit sacrifice)

หากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อน การปฏิเสธเช่นนั้นก็แสดงถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ และมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้มากกว่าการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจใหม่ (refusal of an offer for a new deal) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรด้วยแล้วก็ยิ่งเสี่ยงที่จะเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้มากขึ้น และผลของคดีมักเป็นไปในทางตรงข้าม เมื่อการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือไม่ข้อเท็จจริงว่าเป็นการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร

เนื่องจากถ้าหากผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนก็ย่อมต้องมีการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์ (relationship-specific investment) เช่น ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมต่าง ๆ การยุติความสัมพันธ์ดังกล่าวลงจึงสร้างความเสียหายได้มากกว่าการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจใหม่ หากการประกอบธุรกิจชนิดหนึ่งมีค่าใช้จ่ายที่เท่ากันแล้ว ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อนทั้ง 2 ฝ่ายนี้ย่อมไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์กันแต่อย่างใด ดังนั้นการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธน้อยกว่าการยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่

และโดยปกติของการทำธุรกิจแล้ว หากธุรกิจมีกำไรผู้ประกอบการธุรกิจก็ย่อมที่จะต้องคงความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้นต่อไป หากมีการยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไร (profit sacrifice) เกิดขึ้น แสดงให้เห็นว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นอาจมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันแอบแฝงอยู่ ดังเช่นในคดี *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*⁴ ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเห็นว่าการที่ผู้ปฏิเสธยุติความสัมพันธ์ที่มีกำไรหรือยอมขาดทุนในระยะสั้นก็เพื่อมุ่งหมายถึงผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันในท้ายที่สุดซึ่งก็คือการกำจัดผู้ถูกปฏิเสธให้ออกไปจากการแข่งขันในตลาด

อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนแล้วจะทำให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต้องเป็นความผิดเสมอไป มีคดีจำนวนหนึ่งที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเช่นกันที่ศาลเห็นว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธจะเคยมีความสัมพันธ์กันมาก่อนก็ตาม

⁴ *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985).

เช่น ในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธเป็นร้านค้าปลีกซึ่งไม่มีความสามารถตามที่ผู้ผลิตสินค้ากำหนด หรือผู้ถูกปฏิเสธมีสถานะเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นต้น

นอกจากนั้น ถ้าผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธมีความประสงค์ที่จะยุติความสัมพันธ์ที่มีกันมาก่อน การบอกกล่าวล่วงหน้าในระยะเวลาอันเหมาะสมถึงการยุติความสัมพันธ์ เช่นนั้นก็เป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นกัน ถ้าไม่มีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนในระยะเวลาอันพอสมควร ก็มีแนวโน้มว่าจะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมได้ง่ายขึ้น

d. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจที่ไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ

เมื่อผู้ประกอบธุรกิจปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับผู้ไปทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ อาจสรุปได้ว่าเจตนาของผู้ปฏิเสธมีขึ้นเพื่อต่อต้านการแข่งขัน เนื่องจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในกรณีเช่นนี้มักมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ถูกปฏิเสธสำหรับการที่ไปเป็นคู่ค้าทางธุรกิจกับคู่แข่งของผู้ปฏิเสธ และอาจเป็นการกีดกันคู่แข่งของผู้ปฏิเสธมิให้ได้รับวัตถุดิบหรือทรัพยากรต่าง ๆ หรือกีดกันคู่แข่งให้มีลูกค้า ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจในตลาดให้ประสบความสำเร็จ

e. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเพราะถูกกระตุ้นจากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธ*

ในบางครั้งผู้ประกอบธุรกิจก็ถูกกระตุ้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นให้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจกับคู่แข่งของผู้กระตุ้น โดยธรรมชาติของการแข่งขันแล้วผู้ประกอบธุรกิจทุกรายต่างก็ต้องการให้คู่แข่งของตนออกจากการแข่งขันไป และวิธีหนึ่งที่จะทำให้บรรลุผลดังกล่าวได้ก็คือการทำให้บริษัทที่เคยทำธุรกิจอยู่กับคู่แข่งของตนต้องหยุดทำธุรกิจกันต่อ ในขณะเดียวกัน โดยทั่วไปแล้วผู้ปฏิเสธจะไม่มีแรงจูงใจที่จะช่วยคู่ค้าทางธุรกิจของตนไม่ว่าจะประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดต้นน้ำหรือตลาดปลายน้ำในการลดการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ลง เพราะว่ายิ่งการแข่งขันในตลาดของคู่ค้ามีน้อยลงเท่าใดคู่ค้านั้นก็จะยิ่งมีอำนาจต่อรองเหนือผู้ปฏิเสธมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจทำการปฏิเสธเนื่องจากถูกกระตุ้นโดยคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธแล้วจึงมีแนวโน้มว่าการปฏิเสธนั้นมีสาเหตุมาจากแรงกดดันของการกระตุ้นมากกว่าเป็นการตัดสินใจโดยอิสระของผู้ปฏิเสธเอง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจในสถานการณ์เช่นนี้จึงถูกถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน

* การกระตุ้นในที่นี้ไม่ชัดเจนถึงขนาดว่าเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ แต่ถ้าหากการกระตุ้นที่เกิดขึ้นมีความชัดเจนถึงขนาดเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ก็จะกลายเป็นพฤติกรรมการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วยหรือ group boycott แทน ซึ่งต้องไปพิจารณากันตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องการร่วมกันปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าหากคู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธมีอำนาจต่อรองมากพอเมื่อพิจารณาจากมุมมองของผู้ปฏิเสธทำให้ผู้ปฏิเสธไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องปฏิบัติตามที่คู่แข่งของผู้ถูกปฏิเสธสั่ง และผู้ปฏิเสธมีส่วนแบ่งตลาดที่มากพอเมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกปฏิเสธ จนการปฏิเสธนั้นเป็นการกำจัดให้ผู้ถูกปฏิเสธต้องออกไปจากการแข่งขันได้อย่างสิ้นเชิง การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจากการถูกระงับที่มีลักษณะเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันได้อย่างชัดเจนมากขึ้น

f. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธ

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ให้ผลกระทบเป็นการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธนั้นส่งผลให้คู่แข่งในตลาดลดลง และเป็นการสร้างอุปสรรคต่อการแข่งขันตั้งแต่แรกเริ่ม (fundamental level) หรือในบางที่อาจเป็นการสร้างอุปสรรคตั้งแต่คู่แข่งยังไม่ได้เข้ามาแข่งขันในตลาด เมื่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ความสำคัญกับความสามารถ และโอกาสของผู้ประกอบธุรกิจในการที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดได้อย่างเสรีแล้ว การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ส่งผลกระทบเช่นนี้จึงต้องถูกตรวจสอบภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างเข้มงวด ดังนั้นหากมีข้อเท็จจริงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวใดที่ส่งผลเป็นการปิดกั้นคู่แข่งจากการเข้าสู่ตลาดของผู้ปฏิเสธย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธ และมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม

ในทางตรงกันข้าม ถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน (absence of anticompetitive intent) โอกาสที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นการปฏิเสธที่ส่งผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันก็ย่อมมีน้อยลง เพราะผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นต่อการแข่งขันย่อมไม่ชัดเจน แต่การค้นหว่าผู้ปฏิเสธมีหรือไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันนั้นเป็นเรื่องยาก เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจของผู้ปฏิเสธเอง จึงต้องสรุปเอาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้นในคดี แต่พัฒนาการเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังมีอยู่ไม่มากนัก จึงสมควรนำเอาแนวทางของต่างประเทศมาใช้พิจารณา ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่กลุ่มหนึ่งที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลของต่างประเทศมักสรุปว่าผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน ดังนี้

g. การปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ (refusal to start dealing)

การที่ผู้ปฏิเสธไม่เคยทำธุรกิจร่วมกับผู้ถูกปฏิเสธมาก่อน เป็นปัจจัยที่ชี้ให้เห็นว่าการปฏิเสธนั้นไม่ได้มีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขันที่มีน้ำหนักมาก หากผู้ปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ ในตลาดที่เชื่อมโยงกันด้วยแล้ว น้ำหนักของข้อแก้ตัวแทบจะเป็นข้อแก้ตัวที่เด็ดขาด เพราะผู้ที่ไม่เคยมีส่วนร่วมหรือไม่เคยมีความเกี่ยวข้องในตลาดก็

คงไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดที่ตนไม่เคยมีความเกี่ยวข้องมาก่อน แต่ก็ได้ให้ความหมายว่าหากเป็นการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจแล้วจะสามารถสรุปได้ทันทีว่าผู้ปฏิเสธไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน แต่ยังคงต้องพิจารณาพร้อมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์อื่น ๆ ด้วย

เมื่อพิจารณาในมุมมองด้านผลกระทบของการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจ (effect approach to a refusal to start dealing) จะพบว่าความสัมพันธ์ทุกอย่างเช่นทางด้านธุรกิจหรือด้านอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่ต้องมีการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์ (relationship-specific investment) เช่นค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมต่าง ๆ หากการประกอบธุรกิจชนิดหนึ่งมีค่าใช้จ่ายที่เท่ากันแล้ว ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธและผู้ถูกปฏิเสธไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมาก่อน ทั้ง 2 ฝ่ายนี้ย่อมไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการลงทุนเพื่อสร้างความสัมพันธ์แต่อย่างใด ดังนั้นการปฏิเสธที่จะเริ่มต้นทำธุรกิจจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจของผู้ถูกปฏิเสธน้อยกว่าการยุติความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่ ฉะนั้นจึงมีแนวโน้มที่จะหลุดพ้นจากความรับผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ง่ายกว่านั่นเอง

h. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ที่มีผิดสัญญา

การผิดสัญญาเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนถึงความไม่น่าไว้วางใจหรือไม่น่าเชื่อถือของผู้ถูกปฏิเสธฝ่ายที่มีผิดสัญญา ดังนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาลจึงไม่เต็มใจนักที่จะตัดสินว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อผู้ที่มีผิดสัญญาเป็นการปฏิเสธโดยมีเจตนาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน แต่การผิดสัญญาในที่นี้ ข้อสัญญาที่ถูกละเมิดในตัวเองต้องไม่มีเงื่อนไขเป็นการละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าด้วย หากข้อสัญญาที่ถูกละเมิดมีเงื่อนไขอันมิชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วก็เท่ากับยังเป็นการส่งเสริมให้เห็นถึงเจตนาต่อต้านการแข่งขันของผู้ปฏิเสธนั่นเอง

แม้สิ่งที่คุณถูกปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามไม่ได้มีสภาพบังคับเป็นสัญญาแต่เป็นเพียงนโยบายฝ่ายเดียว (unilateral policy) ของผู้ปฏิเสธ ก็มีแนวโน้มว่าผู้ปฏิเสธยังสามารถอ้างได้ว่าตนมิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันเช่นกัน แต่น้ำหนักของข้อแก้ตัวในกรณีเช่นนี้ดูจะมีน้ำหนักน้อยกว่าการที่คุณถูกปฏิเสธละเมิดสัญญา เพราะการฝ่าฝืนนโยบายฝ่ายเดียวจะส่งผลกระทบต่อเพียงประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากนโยบายนั้นเท่านั้น แต่การไม่ปฏิบัติตามสัญญานอกจากจะเป็นการกระทบต่อประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากสัญญาแล้ว ยังเป็นการทำลายความผูกพันอันชอบด้วยกฎหมายของสัญญา และยังทำให้คู่สัญญาสูญเสียความไว้วางใจจากการที่สัญญาถูกทำลายลงอีกด้วย

i. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพ

การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจจะถูกสันนิษฐานว่าไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันถ้าหากผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้ไร้ประสิทธิภาพ (poor performer) สิทธิของผู้ประกอบธุรกิจในการเลือกคู่สัญญาของตนด้วยเหตุผลด้านความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขัน ดังนั้นหากมีการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ การปฏิเสธเช่นนั้นก็ไม่ถือว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันแต่อย่างใด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการปฏิเสธดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายใดขึ้นในระยะสั้นบ้างก็ตาม แม้นิยามคำว่าประสิทธิภาพจะมีความหมายคลุมเครือยากที่จะให้คำนิยาม แต่ก็ไม่มีควมจำเป็นอย่างใดที่จะต้องให้นิยามถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ความไร้ประสิทธิภาพอาจหมายถึงการที่ผู้ถูกปฏิเสธไม่อาจจ่ายเงินตรงตามกำหนดระยะเวลา หรือผู้ถูกปฏิเสธมีการตัดสินใจทางธุรกิจที่ไม่ดี (poor judgment) หรือผู้ถูกปฏิเสธมียอดขายที่ไม่ดีและมีนโยบายส่งเสริมการขายที่ไร้ประสิทธิภาพ (poor sales and promotion) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ข้ออ้างเรื่องการปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับผู้ไร้ประสิทธิภาพนี้ดูเหมือนจะมีน้ำหนักไม่มากเท่ากับข้ออ้างว่าผู้ถูกปฏิเสธละเมิดสัญญาหรือละเมิดต่อนโยบายฝ่ายเดียว เพราะความไร้ประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่ยากจะพิสูจน์ด้วยเหตุที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางอัตวิสัย (subjective nature) ผู้ถูกปฏิเสธมักจะไม่ยอมรับว่าตนเป็นผู้ไร้ประสิทธิภาพจนถึงขนาดต้องนำมาสู่การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจอย่างที่ผู้ปฏิเสธกล่าวอ้าง อีกทั้งเรื่องประสิทธิภาพที่ไม่ดีของผู้ถูกปฏิเสธนี้ก็เป็นสิ่งที่ควรถูกตำหนิน้อยกว่าการละเมิดต่อสัญญาหรือนโยบายด้วย เมื่อพิจารณาในแง่ของเจตนาหรือความตั้งใจ คงแทบไม่มีผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่ตั้งใจดำเนินธุรกิจให้ไม่มีประสิทธิภาพ แต่ในขณะที่การละเมิดต่อสัญญาหรือนโยบายนั้นอาจเกิดขึ้นโดยเจตนาได้โดยเป็นกลยุทธ์หนึ่งในการประกอบธุรกิจ เช่น พบว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นไปอย่างยากลำบาก และมีค่าใช้จ่ายสูงเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญาจึงตั้งใจละเมิดสัญญาเพื่อไม่ต้องทนขาดทุนต่อ เป็นต้น และเมื่อข้ออ้างเรื่องความไร้ประสิทธิภาพของผู้ถูกปฏิเสธเป็นเรื่องทางอัตวิสัย ฉะนั้นในการรับฟังเป็นข้อต่อสู้ก็จะต้องระวังว่าอาจมีการยกข้ออ้างในเรื่องนี้ขึ้นเพื่อปิดบังเจตนาที่แท้จริงที่มีผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันก็ได้ เช่น ผู้ปฏิเสธดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดต้นน้ำอ้างว่าผู้ถูกปฏิเสธที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำมียอดขายที่ไม่ดี และหาลูกค้ารายใหม่ไม่ได้ตามเป้าหมายจึงปฏิเสธไม่ทำธุรกิจด้วย แต่ในความจริงแล้วการปฏิเสธดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะผู้ปฏิเสธต้องการกำจัดผู้ถูกปฏิเสธให้ออกไปจากการแข่งขันในตลาดปลายน้ำเพื่อลดการแข่งขันในตลาดปลายน้ำลง เนื่องจากผู้ปฏิเสธมีบริษัทลูกที่ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาดปลายน้ำเช่นเดียวกัน

j. การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับคู่ค้าที่เป็นปรปักษ์

เป็นเรื่องปกติที่คู่สัญญาจะเข้ามาผูกสัมพันธ์ทางธุรกิจกันเมื่อทั้ง 2 ฝ่ายมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน แต่หากทั้ง 2 ฝ่ายมิได้มีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันแล้วก็เป็นธรรมชาติของธุรกิจที่คู่ค้าทั้ง 2 ฝ่ายจะแยกทางกัน และการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ควรส่งเสริมให้มีการเชื่อมผู้ประกอบการธุรกิจ 2 ฝ่ายที่มีความเห็นไม่ลงรอยกัน ขัดแย้งกันหรือแม้แต่มีคดีฟ้องร้องกันอยู่เข้าด้วยกัน นอกจากนี้หากความเป็นปรปักษ์ระหว่างกันเกิดจากการกระทำความผิดของผู้ปฏิเสธเองก็จะทำให้น้ำหนักของข้อแก้ตัวในเรื่องนี้ถูกทำลายลง ซึ่งข้อแก้ตัวในเรื่องนี้มีน้ำหนักน้อยกว่าข้อแก้ตัวว่ามิได้มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันในข้ออื่น ๆ ที่ได้อธิบายมาแล้วก่อนหน้านี้ เนื่องจากผู้ถูกปฏิเสธไม่ได้กระทำความผิดอันใดทั้งมิได้มีการกระทำความผิดต่อศีลธรรมในการไม่รักษาสัญญาที่เคยให้ไว้หรือมิได้มีการประกอบธุรกิจอย่างผิดพลาดจนเกิดเป็นความไร้ประสิทธิภาพขึ้นอีกด้วย ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในเชิงปรปักษ์กัน ได้แก่ คู่ค้ามีข้อพิพาทฟ้องร้องเป็นคดีความกัน หรือผู้ถูกปฏิเสธเป็นผู้นำเชิญชวนให้มีการประท้วงต่อต้านนโยบายในการดำเนินธุรกิจของผู้ปฏิเสธ เป็นต้น

(6) ผลกระทบของการปฏิเสธ

จากข้อเสนอแนะที่ให้ปรับปรุงมาตรา 57 โดยเพิ่มถ้อยคำว่า “และมีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม” ลงไปในวรรคหนึ่งของมาตรา 57 นั้น ทำให้แนวปฏิบัติในส่วนของผลกระทบของการปฏิเสธนี้สามารถระบุว่าเป็นผลกระทบต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์พิจารณาความผิดของพฤติกรรมปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวของทั้ง 4 ประเทศที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบมา ดังนั้น ผลกระทบของการปฏิเสธอันเป็นหลักเกณฑ์ในข้อที่ 6 ตามแนวปฏิบัติที่ผู้เขียนเสนอให้จัดทำขึ้นนี้จึงหมายถึงผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันในตลาด มิใช่เป็นเพียงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อเพียงผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง กล่าวคือ พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 57(4) นี้ต้องส่งผลให้ราคาสินค้าเพิ่มขึ้น ปริมาณสินค้าลดลง คุณภาพสินค้าถูกทำลายหรือลดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ลง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำที่ผู้เขียนเสนอให้เพิ่มเติมไว้ในมาตรา 57 วรรคหนึ่งนั้นใช้ถ้อยคำว่า “แนวโน้ม” ดังนั้น ผลกระทบของการปฏิเสธในที่นี้จึงไม่ได้หมายความว่าต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อการแข่งขันแล้วเท่านั้น เพียงแต่การปฏิเสธมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม การปฏิเสธเช่นว่านั้นก็เป็นการผิดตามมาตรา 57(4) ได้แล้ว อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 57 นี้เป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดแนวโน้มในการสร้าง รักษา และขยายอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการในทางมิชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการล่วงหน้า แต่ในการพิจารณาว่าสถานการณ์อย่างใดถึงจะถือว่ามีแนวโน้มที่จะ

ขีดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมขึ้นนั้นค่อนข้างเป็นนามธรรมและยากมากในทางปฏิบัติ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้นำแนวทางที่ใช้ในการพิจารณาถึงแนวโน้มที่จะขีดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาตามแนวปฏิบัติที่ผู้เขียนเสนอให้จัดทำ โดยมีแนวทางดังนี้

a. แนวทางการพิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่า มีการนำเอาพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวมาใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจตลาด (acquire market power) หรือไม่ ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นแม้อำนาจตลาดที่ได้รับมาจะไม่สูงถึงขนาดเป็นการผูกขาดแต่ก็ถือว่าแนวโน้มที่จะเกิดอันตรายต่อการแข่งขันขึ้นแล้ว ดังตัวอย่างเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่เจ้าหน้าที่ FTC ท่านหนึ่งยกตัวอย่างไว้ว่า การที่บริษัท A ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 30 อยู่ในตลาดไอศกรีม ได้ทำข้อตกลงกับห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่ง ให้ห้างนำเอาไอศกรีมของบริษัท B และบริษัท C ออกไปจากชั้นวางสินค้า ถ้าหากพฤติกรรมเช่นนี้ทำให้บริษัท A ได้มาซึ่งอำนาจตลาด FTC ก็สามารถวินิจฉัยว่าพฤติกรรมของบริษัท A เป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act ได้

b. แนวทางการพิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น ให้พิจารณาว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบเป็นการปิดกั้นผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น (foreclosure effect) หรือไม่ กล่าวคือ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผู้ประกอบการรายใหม่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง และผู้ประกอบการที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในฐานะคู่แข่งถูกกำจัดออกไปจากตลาด และหรือโอกาสในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการเหล่านั้นถูกทำให้ลดลงหรือไม่ ตัวอย่างเช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคในการหาคู่ค้ารายอื่นได้อย่างสะดวก และทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการเหล่านั้นเพิ่มสูงขึ้น และหรือลดความตั้งใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดหรือลดความตั้งใจในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ ถ้ามีผลกระทบเหล่านี้เกิดขึ้นก็แสดงว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวนั้นมีแนวโน้มที่จะขีดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมอันเข้าข่ายเป็นความผิดตามบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นแล้ว ซึ่งแนวทางการพิจารณาของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีความคล้ายคลึงกับแนวทางการพิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี ที่พิจารณาจากการหาคู่ค้ารายใหม่ โอกาสในการดำเนินธุรกิจหรืออุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดเช่นเดียวกัน

c. ส่วนมาตรา 20 แห่ง GWB ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการฝั่งอุปทานที่มีขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ให้คงมีอยู่ในตลาด ถ้ายัง

มีผู้ประกอบการธุรกิจ SMEs ฝั่งอุปทานดำเนินธุรกิจอยู่เป็นจำนวนมากในตลาดก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าในเบื้องต้นการแข่งขันยังคงได้รับการคุ้มครองอยู่ ฉะนั้น แนวทางการพิจารณาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีว่าถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจ SMEs เช่นนั้นถูกจำกัดหรือถูกกีดกันให้ออกไปจากตลาดหรือได้รับอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจตามปกติในตลาดก็ย่อมแสดงถึงแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อการแข่งขันแล้ว

นอกจากหลักเกณฑ์ข้างต้นที่ผู้เขียนเสนอให้เป็นหลักเกณฑ์กลางสำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว ทั้งการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวโดยแท้และโดยปริยายแล้ว ผู้เขียนยังขอเสนอหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการกีดตันราคาตาม มาตรา 57(4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ผู้เขียนเสนอแนะให้ออกประกาศไว้ด้วย และเนื่องจากการกีดตันราคาเป็นพฤติกรรมที่มีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวจนถึงขนาดที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของบางประเทศจัดว่าการกีดตันราคาเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวประเภทหนึ่ง ฉะนั้นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของพฤติกรรมการกีดตันราคาจึงคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ของเรื่องการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว โดยจะพิจารณาจากสภาพตลาด สภาพของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้กีดตันราคาและคู่แข่งของผู้กีดตันราคา สภาพของสินค้าหรือบริการที่ถูกกีดตันราคา ลักษณะของการกีดตันราคา และผลกระทบของการกีดตันราคาเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงสามารถนำเอาหลักเกณฑ์กลางดังกล่าวมาใช้พิจารณาความผิดของการกีดตันราคาได้ด้วย แต่สำหรับการกีดตันราคานี้มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดเป็นการเฉพาะอยู่ว่า

(1) ถ้าหากส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าปลีกน้ำหรือราคาขายปลีก (retail price) ที่ผู้กีดตันราคาจำหน่ายให้กับลูกค้า และราคาสินค้าต้นน้ำหรือราคาขายส่ง (wholesale price) ที่ผู้กีดตันราคาจำหน่ายให้กับผู้ที่ถูกกีดตันราคาเป็นลบ (negative difference) หรือกล่าวได้ว่าเป็นการตั้งราคาสินค้าขายส่งสูงกว่าราคาสินค้าขายปลีก การตั้งราคาเช่นนี้ย่อมเป็นการกีดตันราคาอย่างไม่เป็นธรรม

(2) หรือแม้ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าขายปลีก และสินค้าขายส่งจะเป็นบวก (positive difference) กล่าวคือ ราคาสินค้าขายส่งถูกกว่าราคาสินค้าขายปลีกก็ตาม แต่ก็ยังจะต้องพิจารณาต่อว่าส่วนต่างที่เป็นบวกนั้นเพียงพอสำหรับผู้ที่ถูกกีดตันราคาจะนำเอาไปชดเชยค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือแปรรูปสินค้า (product-specific cost) ให้ออกมาเป็นสินค้าขายปลีกเพื่อจำหน่ายในตลาดปลีกน้ำให้กับลูกค้าได้หรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอก็จัดว่าเป็นกีดตันราคาอย่างไม่เป็นธรรมเช่นกัน

ที่การตั้งราคาในลักษณะนี้มีความเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะเป็นการกีดกันราคาอย่างไม่เป็นธรรม เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกกีดกันราคาจะไม่สามารถแข่งขันทางด้านราคากับผู้กีดกันราคาได้เลย เพราะคงไม่มีผู้ประกอบการธุรกิจรายใดที่จำหน่ายสินค้าปลายน้ำให้กับผู้บริโภคในราคาที่ต่ำกว่าราคาสินค้าวัตถุดิบต้นน้ำที่ตนซื้อมาแล้วยังสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ และการตั้งราคาเช่นนี้จะส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะเข้ามาแข่งขันหมดแรงจูงใจที่จะเข้ามาแข่งขันในตลาดในท้ายที่สุดแล้วระดับของการแข่งขันในตลาดที่ถูกกีดกันราคาก็ย่อมลดลง

เมื่อได้เสนอหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวครบทุกข้อแล้ว ผู้เขียนยังขอเสนอการนำเอาหลักเกณฑ์เหล่านี้มาปรับใช้ด้วย ดังนี้ ผู้เขียนเสนอให้สันนิษฐานไว้เป็นการเบื้องต้นว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทุกประเภท เป็นพฤติกรรมที่สามารถกระทำได้โดยชอบ จนกว่าจะมีการประเมินตามหลักเกณฑ์ตั้งแต่ข้อ 1 ถึงข้อ 6 แล้วพบว่าการปฏิเสธนั้นมีลักษณะเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรม อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น และมีแนวโน้มขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรม ถึงจะเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีความผิดตามมาตรา 57(4) และหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความผิดของการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวทั้ง 6 ข้อ นั้น หลักเกณฑ์ข้อที่ 6 หรือผลกระทบของการปฏิเสธที่เกิดขึ้นหรือมีแนวโน้มจะเกิดขึ้นต่อกระบวนการการแข่งขันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีน้ำหนักมากที่สุดซึ่งเป็นปัจจัยชี้ขาดว่าการปฏิเสธที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นความผิดตามมาตรา 57(4) หรือไม่ กล่าวคือ แม้จะมีการประเมินตามหลักเกณฑ์เหล่านี้แล้วพบว่าเป็นการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่มีข้อเท็จจริงเข้ากับหลักเกณฑ์ในข้อ 1 2 3 4 หรือ 5 แต่ถ้าวการปฏิเสธนั้นมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขัน หรือไม่มีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขันเลย การปฏิเสธเช่นนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57(4) แต่อย่างใด

5.2.3.2 แนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว

หากผู้ประกอบการที่เป็นฝ่ายปฏิเสธไม่ทำธุรกิจสามารถยกข้อต่อสู้ที่มีเหตุผลอันสมควร การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจนั้นย่อมเป็นการปฏิเสธอย่างเป็นธรรม และไม่ทำให้ผู้ปฏิเสธมีความผิดตามมาตรา 57(4) รวมถึงมาตรา 57 อนุมาตราอื่นแต่อย่างใด ในการจัดทำแนวปฏิบัติด้านข้อต่อสู้สำหรับพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวตามมาตรา 57(4) ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ผู้เขียนเห็นว่าควรมีหลักเกณฑ์สำคัญที่จะนำมาประเมินความเป็นธรรมดังต่อไปนี้

(1) ข้อต่อสู้เรื่องประสิทธิภาพหรือส่งเสริมการแข่งขัน (defense of efficiency)

อย่างที่ทราบแล้วว่ามาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองการแข่งขัน หากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นมีประสิทธิภาพหรือส่งเสริมการแข่งขัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ควรที่จะไปวินิจฉัยว่าการปฏิเสธเช่นนั้นเป็นความผิดตามมาตรา 57(4) มิฉะนั้นจะเป็นการที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเข้าไปยับยั้งพฤติกรรมที่มีประสิทธิภาพหรือส่งเสริมการแข่งขันเสียเอง เป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่กล้าลงทุนทำพฤติกรรมที่มีประสิทธิภาพหรือส่งเสริมการแข่งขันแต่กลับถูกลงโทษ เช่นนั้นอีก กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ามาตรา 57 นี้จะลงโทษเฉพาะพฤติกรรมที่ปราศจากประสิทธิภาพและต่อต้านการแข่งขันเท่านั้น

หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวส่งเสริมประสิทธิภาพในด้านต่าง ๆ หรือส่งเสริมการแข่งขัน เช่น ส่งผลให้เกิดการประหยัดต่อขนาด ความสะดวกในการผลิตสินค้า ลดต้นทุน การขนส่ง ส่งเสริมให้มีผลผลิตที่เพิ่มขึ้น ส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ ส่งเสริมประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจ และส่งเสริมการแข่งขันให้สินค้ามีราคาถูกลง คุณภาพของสินค้าพัฒนาขึ้น บริการมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น เกิดสินค้าชนิดใหม่ ๆ ขึ้น ข้อเท็จจริงเหล่านี้จะช่วยสนับสนุนให้เห็นถึงการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม และมีส่วนช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ควรพิจารณาว่าพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ส่งเสริมให้เกิดสิ่งเหล่านี้ขึ้น ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57(4)

และในการที่จะพิจารณาว่าประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นหรือไม่นั้น ต้องปรากฏว่า 1) ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียว และไม่สามารถเพิ่มขึ้นได้ด้วยวิธีอื่นซึ่งไม่เป็นการขัดขวางการแข่งขันที่เป็นธรรมในตลาดแล้ว 2) ประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นนั้นจะต้องส่งผลให้ราคาสินค้าถูกลง คุณภาพของสินค้าเพิ่มมากขึ้น เกิดสินค้าชนิดใหม่ขึ้น หรือผลดีต่อผู้บริโภคด้านอื่น ๆ

ตัวอย่างสถานการณ์ที่พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวให้ผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันในตลาด เช่น

a. สถานการณ์ที่ผู้ปฏิเสธต้องการสร้างชื่อเสียงในด้านคุณภาพให้กับสินค้าใหม่: ในบางกรณีเพื่อเป็นการสร้างภาพลักษณ์ว่าสินค้าตัวใหม่มีคุณภาพสูง ผู้ผลิตจำเป็นต้องใช้กลยุทธ์ในการจำหน่ายสินค้าตัวใหม่นั้นให้กับผู้ค้าปลีกที่มีชื่อเสียงในด้านการจำหน่ายสินค้าคุณภาพสูงในกรณีเช่นนี้ หากผู้ผลิตอนุญาตให้ผู้จัดจำหน่ายขายสินค้าตัวใหม่ของตนให้กับผู้ค้าปลีกที่มีชื่อเสียงใน

ด้านการจำหน่ายสินค้าคุณภาพสูงเท่านั้น แต่จะไม่อนุญาตให้ผู้จำหน่ายขายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่ไม่มีชื่อเสียง ถือได้ว่าการกระทำของผู้ผลิตเช่นนั้นให้ผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน

b. สถานการณ์ที่ผู้ปฏิเสธต้องการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของสินค้า: ในสถานการณ์ที่ผู้ผลิตพยายามที่จะสร้างการขายที่สม่ำเสมอ และหรือพยายามที่จะสร้างมาตรฐานด้านคุณภาพของการขายเพื่อที่จะสร้างชื่อเสียงต่อลูกค้าให้กับสินค้าของตนหรือที่เรียกว่าเป็นการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้กับสินค้า ในกรณีที่ผู้ผลิตมีความประสงค์เช่นนี้ การที่ผู้ผลิตยินยอมให้ผู้จำหน่ายจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือวิธีการขายที่ผู้ผลิตกำหนดไว้ได้เท่านั้น โดยห้ามผู้จำหน่ายจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่ไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือวิธีการขายที่ผู้ผลิตกำหนดได้อย่างเด็ดขาด ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ช่วยสร้างภาพลักษณ์ที่ดีต่อสินค้า และให้ผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน

นอกจากนั้น แม้พฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจะมีประสิทธิภาพหรือส่งเสริมการแข่งขัน แต่เมื่อพิจารณาอีกด้านหนึ่งแล้วพฤติกรรมการปฏิเสธดังกล่าว อาจให้ผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันในเวลาเดียวกัน ดังนั้นจึงต้องมีการชั่งน้ำหนักก่อนว่า การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นให้ประสิทธิภาพและสนับสนุนการแข่งขัน หรือส่งผลกระทบต่อด้านการแข่งขันมากกว่ากัน ถ้าให้ประสิทธิภาพและสนับสนุนการแข่งขันมากกว่าก็จะถือว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57(4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

(2) ข้อต่อสู้เรื่องผลประโยชน์ของผู้บริโภค (defense of assurance of consumer interests)

เมื่อบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมสามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแข่งขันได้แล้ว ผลลัพธ์ที่ตามมาคือผลประโยชน์ของผู้บริภคย่อมได้รับการคุ้มครองตามไปด้วย กล่าวคือ เมื่อการแข่งขันได้รับการคุ้มครอง ผู้ประกอบธุรกิจก็สามารถแข่งขันกันได้อย่างเสรีในตลาด เป็นผลให้สินค้ามีราคาถูกลง ปริมาณสินค้ามีมากขึ้น นวัตกรรมใหม่ ๆ มีมากขึ้น เป็นต้น ในท้ายที่สุดแล้วผลประโยชน์เหล่านั้นก็จะตกอยู่กับตัวผู้บริโภคเอง โดยสภาพแล้ว การคุ้มครองการแข่งขันและการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริภคนั้นเป็นสิ่งที่สอดคล้องกัน ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่องผลประโยชน์ของผู้บริภคด้วย หากพฤติกรรมการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้น ผู้ปฏิเสธสามารถชี้ให้เห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมเพื่อรับรองผลประโยชน์โดยทั่วไปของผู้บริโภค ทั้งในด้านความปลอดภัย สุขภาพ และเหตุผลด้านอื่น ๆ การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวเช่นนั้นก็จะถูกพิจารณา

ว่ามีแนวโน้มส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม จึงไม่เป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57(4) แต่อย่างใด

(3) ข้อต่อสู้เรื่องความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ (valid business justifications)

เป็นเรื่องปกติของการประกอบธุรกิจที่ในบางครั้งย่อมมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถทำธุรกิจร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่นได้ หรือมีผู้ประกอบการบางประเภทที่โดยสภาพแล้วไม่มีผู้ประกอบการรายใดอยากจะทำธุรกิจด้วย ฉะนั้นบทบัญญัติเรื่องพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57(4) นี้ก็ไม่ควรที่จะไปแทรกแซงบังคับให้เขาต้องทำธุรกิจกันโดยการไปกำหนดให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจเช่นนั้นเป็นความผิดตามมาตรา นี้ ดังนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงต้องรับฟังข้อต่อสู้ในเรื่องความจำเป็นในการประกอบธุรกิจด้วย แม้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นจะส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน แต่ถ้าหากผู้ปฏิเสธไม่ทำธุรกิจที่ถูกฟ้องร้องนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิเสธของตนทำขึ้นโดยมีเหตุผลและมีความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ ก็จะไม่ถูกจัดว่าเป็นการปฏิเสธอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57(4) แต่อย่างใด ซึ่งข้อต่อสู้เรื่องความจำเป็นในการประกอบธุรกิจมีตัวอย่างดังนี้

(3.1) ผู้ปฏิเสธไม่สามารถทำธุรกิจได้เนื่องจากมีความเป็นไปได้ยากอย่างยิ่งในข้อกฎหมาย (legal impossibility)

ในกรณีที่ผู้ปฏิเสธไม่สามารถร่วมทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นได้อันเนื่องมาจากมีข้อกฎหมายบางประการบัญญัติห้ามไว้โดยตรงหรือโดยอ้อม จึงเป็นไปได้โดยสภาพที่จะบังคับให้ผู้ปฏิเสธต้องทำธุรกิจร่วมกับผู้ใด แต่ผู้ปฏิเสธต้องพิสูจน์ให้ได้ชัดแจ้งว่าความเป็นไปไม่ได้ในข้อกฎหมายนั้นต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ไม่ใช่เป็นเพียงอุปสรรคในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว

(3.2) ผู้ปฏิเสธมีสินค้าไม่เพียงพอต่อความต้องการ

ในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่สามารถจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ประกอบการอีกฝ่ายได้ตามปริมาณที่ต้องการเนื่องจากสินค้าที่สำรองไว้ไม่เพียงพอ หรือความสามารถในการผลิตมีไม่เพียงพอ การปฏิเสธในกรณีเช่นนี้ถือว่าการเกิดขึ้นเพราะความจำเป็นในการประกอบธุรกิจแล้ว

(3.3) ผู้ถูกปฏิเสธขาดความน่าเชื่อถือ

ในกรณีที่ผู้ถูกปฏิเสธนั้นขาดความน่าเชื่อถือในการประกอบธุรกิจ เช่น ใกล้เคียงล้มละลาย หรือมีความผิดพลาดในการประกอบธุรกิจ หรือหากผู้ปฏิเสธยอมทำธุรกิจด้วยแล้วจะทำให้

ผู้ปฏิเสธต้องประสบกับสภาวะการล่มสลายเสียเอง การปฏิเสธในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการเกิดขึ้นเพราะความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ

(3.4) ข้อต่อสู้เรื่องสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น (Essential Facilities)

หากการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการปฏิเสธไม่จำหน่ายหรือไม่ให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็น ผู้ปฏิเสธสามารถยกข้อต่อสู้เหล่านี้ขึ้นเพื่ออ้างได้ว่าการปฏิเสธของตนนั้นเกิดขึ้นเพราะความจำเป็นในการประกอบธุรกิจ

a. หากผู้ประกอบการยอมให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแล้วจะเกิดปัญหาเรื่องผลตอบแทนที่เป็นธรรมสำหรับการลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นขึ้นเป็นอันมาก เช่น เมื่อยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นของตนแล้วจะทำให้ตนไม่ได้รับผลตอบแทนที่เป็นธรรมจากการที่ตนต้องลงทุนสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นขึ้นมา อย่างไรก็ตาม หากมีการให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกเช่นนั้นแล้วทำให้การแข่งขันในตลาดเพิ่มมากขึ้นจนทำให้ได้รับกำไรลดลง ในกรณีเช่นนี้ไม่อาจถือได้ว่ามีปัญหาเรื่องผลตอบแทนที่เป็นธรรม

b. ไม่สามารถให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นได้เนื่องจากจะต้องจัดหาให้กับผู้ใช้ที่มีจำนวนมากเกินไป

c. หากมีการให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นแล้วคุณภาพของการให้บริการอาจลดลงเป็นอย่างมาก

d. การให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนั้นเป็นไปได้ในทางเทคนิคเนื่องจากผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขทางเทคนิคนั้นได้

e. มีข้อกังวลว่าการให้ใช้หรือให้เข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นนี้อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในด้านความปลอดภัยต่อชีวิตหรือต่อร่างกายของลูกค้าผู้ใช้บริการ

(4) ข้อต่อสู้ประการอื่น ๆ

ข้อต่อสู้ประการอื่น ๆ ที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมักจะยอมรับฟัง และตัดสินใจให้การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวไม่เป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีตัวอย่างเช่น การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจต่อผู้ที่ละเมิดกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หรือการปฏิเสธไม่ทำธุรกิจหรือการเลิกสัญญาโดยอาศัยสิทธิที่มีอยู่ในสัญญา เป็นต้น

รายการอ้างอิง

- Ahmann, V. Redeeming competitor's coupons in Germany – a deliberate obstruction? [Online]. Available from: <https://united-kingdom.taylorwessing.com/en/insights/brands-update-redeeming-competitors-coupons-in-germany-a-deliberate-obstruction> [30 July 2017. 29 September 2016]
- Alison, J. A dominant firm's duty to deal: EC and US antitrust law compare. In Edited by Marsden, P., Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- American Bar Association. Understanding Antitrust Laws, Competition, the Economy, and Their Impact on Our Everyday Lives [Online]. Available from: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/public_education/lesson_plans/High%20School/AntitrustLaw_booklet_STUDENT.pdf [10 July 2017. 2010]
- Anan Chantara-Opakorn. Thailand's Competition Law and Its Implications on International Mergers and Acquisitions. Wisconsin International Law Journal 18, 3 (2000): 592-609.
- Asian Legal Information Institute. Revocation of a Corrective Order - Supreme Court Decision 97Nu19427 (Pasteur Milk) [2000] KRSC 16 (9 June 2000) [Online]. Available from: <http://www.asianlii.org/kr/cases/KRSC/2000/16.html> [6 November 2017. 2 February 2014]
- Azcuenaga, M. L. Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?: The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary practices. Washington D.C.: American Bar Association National Institute, 5 October 1989.
- Bauer, J. P. Per Se Illegality of Concerted Refusals to Deal: A Rule Ripe for Reexamination. Columbia Law Review 79 (1979): 685-717.
- Bellis, V. B. Germany: German Federal Court Of Justice Clarifies Conditions For Invoking "Legal Impossibility" As Justification For Refusal To Grant Access To An Essential Facility [Online]. Available from:

<http://www.mondaq.com/germany/x/230882/Antitrust+Competition/German+Federal+Court+Of+Justice+Clarifies+Conditions+For+Invoking+Legal+Impossibility+As+Justification+For+Refusal+To+Grant+Access+To+An+Essential+Facility>
[20 June 2017. 9 April 2013]

Böge, U. Dominant Firm Behavior under German Competition Law. In Edited by Hawk, B. E., Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law & Policy. New York: Juris Publishing, 2004.

Bundeskartellamt. Germany: Access to Essential Facilities granted on the Puttgarden-Rødby Ferry Route [Online]. Available from: http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/02_2010/de_ferry.pdf [20 June 2017. 2010]

———. "ICN Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws." International competition network, 16 November 2006.

———. "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal." International Competition Network, 4 November 2009.

Bürger, C., and Kehmann, S. German Competition Laws Amended The 8th Amendment of the German Act against Restraints of Competition [Online]. Available from: https://www.goerg.de/en/news/legal_updates/german_competition_laws_amended_the_8th_amendment_of_the_german_act_against_restraints_of_competition.39748.html [16 June 2017. 5 July 2013]

Crocioni, P., and Veljanovski, C. Price Squeezes, Foreclosure, and Competition Law: Principles and Guidelines. Journal of Network Industries 4 (2003): 28-60.

DeMasi, K. A., and Clarke, J. J. Section 5 of the FTC Act and the End of Antitrust Modesty [Online]. Available from: https://www.cravath.com/files/Uploads/Documents/Publications/3233999_1.pdf [15 February 2017. 25 June 2010]

Elhauge, E. Defining Better Monopolization Standards. Stanford Law Review 56, 2 (2003): 253-344.

- European Commission. "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal." International Competition Network, 4 November 2009.
- Federal Ministry of Justice in cooperation with juris GmbH. Germany Act Against Unfair Competition (version published on March 3, 2010) [Online]. Available from: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=229700 [14 September 2017. 2010]
- Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice Antitrust Division. "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws." International Competition Network, 2006.
- . "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal." International Competition Network, 30 November 2009
- Florian Wagner-von Papp. "ASCOLA Conference 2015 TOKYO: Unilateral conduct by non dominant firms: A comparative reappraisal." Academic Society for Competition Law, 23 May 2015.
- Folz, C. H. Amendment to the German Act against Unfair Competition (UCA) [Online]. Available from: https://www.goerg.de/en/news/legal_updates/german_competition_laws_ameended_the_8th_amendment_of_the_german_act_against_restraints_of_competition.39748.html [16 June 2017. 2 February 2016]
- Fox, E. M. Is there Life in Aspen After Trinko? The Silent Revolution of Section 2 of the Sherman Act. Antitrust Law Journal 73, 1 (2005): 153-169.
- Fredriksson, S. When the refusal to deal becomes an abuse of a dominant position A study of how article 82 EC Treaty limits the freedom of action for undertakings in a dominant position. Master thesis, Faculty of law Lund University. 2001.
- Fumio Sensui, Takashi Yanagawa, Takeshi Shinagawa, Tomohiko Kimura, Shintaro Ueda, and Yutaka Kawasaki. "Competition Policy Research Center Fiscal Report: Competition Policy in the Network Industries – Comparative Legal Studies of

Margin Squeeze Regulation across Japan, USA and EU and Economic Analysis." Japan, 2012.

Hawaii Legislative Reference Bureau. Hawaii Antitrust Act: Boycotts [Online]. Available from: <http://lrbhawaii.info/lrbreports/61/antitrstact.pdf> [10 December 2017. August 1961]

Heidenreich, J. P. The New German Act Against Unfair Competition [Online]. Available from: <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=349> [17 June 2017. 22 November 2013]

International Monetary Fund. List of countries by GDP (nominal) [Online]. Available from: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/02/weodata/index.aspx> [5 September 2017. 18 April 2017]

Japan Fair Trade Commission. "ICN Unilateral Conduct WG Questionnaire: Objectives of Unilateral Conduct Laws." International Competition Network, 2006.

———. "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal." International Competition Network, 11 November 2009.

———. JFTC warns Konami Corporation against unfair trade practices through sublicense agreements [Online]. Available from: http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2003/apr/individual_000389.htm [27 May 2017. 22 April 2003]

Jr., H. S. H. Competition Laws Outside the United States: Chapter 7. Illinois: American Bar Association, 2001.

Jullien, B., Rey, P., and Saavedra, C. "Institute of Industrial Economics: The Economics of Margin Squeeze." 2013.

Korea Fair Trade Commission. Annual report concerns the competition laws and policies of Korea: Case Korea Telecommunications [Online]. Available from: <https://www.oecd.org/korea/2488909.pdf> [27 July 2017. 2001]

———. Case Annex To ICN Unilateral Conduct Working Group Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws [Online]. Available from:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc611.pdf>

[6 June 2017. April 2010]

———. "ICN Unilateral Conduct WG Response for the Questionnaire: Objectives of unilateral conduct laws." International Competition Network, 2006.

———. "International Competition Network Unilateral Conduct Working Group Questionnaire: Refusal to Deal." International Competition Network, 4 November 2009.

Lidgard, H. H. Application of Article 82 EC to Abusive Exclusionary Conduct - Refusal to Supply or to License. Europarättslig Tidskrift 4 (29 December 2009): 694-712.

Lopatka, J. E., and Page, W. H. Bargaining and Monopolization: In Search of the 'Boundary of Section 2 Liability' between Aspen and Trinko. Antitrust Law Journal 72, 1 (2005): 115-152.

Min-Ho Lee, and Karen Yookyung Choi. Korea: Abuse of Market Dominance [Online]. 19 April 2011. Available from: http://www.shinkim.com/upload_files/data/GCR_2009_MHL.pdf [31 March 2017. 2009]

Naoko Teranishi. International Competition Network Unilateral Conduct Working Groups (Istanbul Turkey): Refusal to Deal in Japan [Online]. Available from: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1057.pdf> [15 March 2017. 13 November 2015]

Nipon Poapongsakorn. The New Competition Law in Thailand: Lessons for Institution Building. Review of Industrial Organization 43, 2: 185-204.

Office of Trade Competition Commission Thailand. Trade Competition Act B.E. 2560 [Online]. Available from: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2017/09/2.OTCC-Presentation-Eng.pdf> [27 November 2017. 21 September 2017]

Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Policy Roundtables 2007: Guidance to Business on Monopolisation and Abuse of Dominance. Organisation for Economic Co-operation and Development, 17 June 2008.

- . OECD Policy Roundtables 2007: Refusal to Deal. Organisation for Economic Co-operation and Development, 3 September 2009.
- . OECD Policy Roundtables 2009: Margin Squeeze. Organisation for Economic Co-operation and Development, 9 September 2010.
- Ping Lin, and Hiroshi Ohashi. Treatments of Monopolization in Japan and China. In Edited by Blair, R. D. and Sokol, D. D., The Oxford Handbook of International Antitrust Economics Volume 2. New York: Oxford University Press, 2015.
- Sale Kwon. Facts That Shed Light on Intent of Single-Firm Refusals to Deal: Comparative Review of the United States and the Republic of Korea Jurisprudence. Asian-Pacific Law & Policy Journal 15, 2 (2014): 84-148.
- Salop, S. C., and Scheffman, D. T. "Bureau Of Economics Federal Trade Commission: Raising Rivals Costs Working Paper No.81." Washington, DC, 1983.
- Schöler, K. Patents and Standards: The Antitrust Objection as a Defense in Patent Infringement Proceedings. In Edited by Nack, R., Patents and Technological Progress in a Globalized World. Munich Germany: Springer, 2009.
- Schwartz, S. Unilateral Refusals to Sell Production Facilities: Should Courts "Shake" the Invisible Hand? Fordham Law Review 49, 5 (1981): 847 - 873.
- Shapiro, C. Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission [Online]. Available from: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf> [28 October 2017. 29 September 2005]
- Snook, I., and Markesinis, B. S. Translated German Cases: Rossignol [Online]. Available from: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1488> [27 June 2017.
- Stothers, C. Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union. European Competition Law Review 22, 7 (2001): 256-262.
- US Antitrust Modernization Commission. "Report and Recommendations." United States: US Antitrust Modernization Commission, April 2007.

Wright, J. D. Section 5 Recast: Defining the Federal Trade Commission's Unfair Methods of Competition Authority. New York City: Executive Committee Meeting of the New York State Bar Association's Antitrust Section, 19 June 2013.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, สิงหาคม 2544.

นันทินี สุนทรพิมล. การปรับใช้หลักสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นกับการเชื่อมต่อโครงข่ายในกิจการโทรคมนาคมของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.

วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์. หลักและแนวความคิดเกี่ยวกับ “วิธีการทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม” ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 26, 3 (กุมภาพันธ์ 2551): 263-290.

ศันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2542 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2542.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2560]

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2543 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2543.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2560]

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2546 ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา: <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2546.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2560]

- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: ประมวลเรื่องร้องเรียนปี 2550 ตามพระราชบัญญัติ
การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. [Online]. 2559. Available from:
<http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/04/2550.pdf> [5 พฤษภาคม 2560].
- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า: สถิติเรื่องร้องเรียน. [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา:
http://otcc.dit.go.th/?page_id=61 [เข้าถึงเมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2560]
- สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. พิมพ์
ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- อนันต์ จันทโรภากร. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วารสารนิติศาสตร์
29, 3 (2542): 336-371.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายเอกชน เกษมถาวรศิลป์ เกิดเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พุทธศักราช 2535 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนบุญวาทย์วิทยาลัย ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนยุพราชวิทยาลัย และระดับปริญญาตรีศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2556 ได้รับประกาศนียบัตรจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 42 สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 67 ปีการศึกษา 2557 และได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2558

