

ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติ
การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2562
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Legal issues relating to cartel under section 54 of Trade Competition Act B.E. 2560



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2019
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการ แข่งขันตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560
โดย	น.ส.หัตสนีย์ เพชรศรีกาญจน์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธนิตกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์)

..... กรรมการ
(ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(สรวิศ ลิ้มปริงซี่)

หัตสนีย์ เพชรศรีกาญจน์ : ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน
ตามมาตรา 54 ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. (Legal
issues relating to cartel under section 54 of Trade Competition Act B.E.
2560) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.วิโรจน์ วาหินพงศ์พันธ์

การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเป็นพฤติกรรมที่ถูกบัญญัติห้ามตาม
พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 ซึ่งประเทศไทยได้มีการบังคับใช้
กฎหมายการแข่งขันมาเป็นระยะเวลาานาน แต่ไม่ปรากฏคดีการพิจารณาพฤติกรรมตกลง
ร่วมกันแต่อย่างใด เนื่องจากถ้อยคำตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีแนวทางการตีความที่ชัดเจน อีกทั้ง
ไม่ปรากฏนิยามทั้งในแง่ผู้กระทำและในแง่ของพฤติกรรมต่าง ๆ ว่าควรถูกตีความไปในแนวทางใด
ทำให้กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเมื่อมีการแก้ไขกฎหมายครั้งล่าสุดได้
มีการเพิ่มโทษทางอาญาให้แก่พฤติกรรมดังกล่าว จึงควรมีแนวทางในการบังคับใช้ที่ชัดเจนเพื่อ
ความเข้าใจของผู้ที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทาง
การค้า

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีความพยายามในการจัดทำแนวทางปฏิบัติ
ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ จากการศึกษาเห็นว่าเป็นไปในแนวทางของ
กฎหมายการแข่งขันต่างประเทศ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาแนวทางการพิจารณาและ
การตีความกฎหมายการแข่งขันของประเทศต่าง ๆ เพื่อเป็นต้นแบบในการปรับใช้กฎหมายของ
ประเทศไทย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6086016034 : MAJOR LAWS

KEYWORD:

Hassanee Petchsrikan : Legal issues relating to cartel under section 54 of Trade Competition Act B.E. 2560. Advisor: Asst. Prof. Prof. WIROTE WATINPONGPUN

A cartel executed between business operators is conduct prohibited by Article 54 of the Trade Competition Act, B.E. 2560. Despite of the fact that Thailand has enforced the Act for some time, there has never been such a case that concerns cartel conduct. This is because no explicit interpretation is applicable to the expressions contained therein. Moreover, neither the actor nor its conduct is defined and determined whether in which sense the expressions should be interpreted. Due to the reasons stated hereinabove, the Act cannot be effectively enforced. Furthermore, based on the most recent amendment of the Act, it additionally prescribes that the conduct shall be subject to a criminal penalty, there should be a clear execution guideline for mutual understandings of those pertinent to the legislation that are regulated by the Trade Competition Act.

In this regard, the Trade Competition Commission has endeavored to provide consideration guidelines for mutual conduct undertaken by business operators. Subsequent to the deliberation, it was noticeable that such approach aligned with the competition laws of other countries. Therefore, it is highly necessary to study on legal analysis and interpretation of the trade competition laws of other nations and utilize them as an archetype for further enforcement in Thailand.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2019

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ เนื่องจากกำลังใจที่ผู้เขียนได้รับจากครอบครัว ไม่ว่าจะจากบิดา มารดาและน้องสาวของผู้เขียน ซึ่งคอยช่วยเหลือในการค้นหาตำราเพื่อใช้อ้างอิง สนับสนุนและให้ คำแนะนำในเวลาที่ผู้เขียนพบอุปสรรค จนกระทั่งผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง ตามที่ต้องการ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ เป็นอย่างสูงที่กรุณา รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ เสียสละเวลาให้คำปรึกษาในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึง ความกรุณาที่ท่านอาจารย์ได้ให้โอกาสผู้เขียนร่วมทำงานเป็นผู้ช่วยวิจัย ทำให้ผู้เขียนได้รับประสบการณ์ และคำแนะนำที่มีคุณค่าในการทำงานเสมอมา

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล ที่กรุณามอบทุนการศึกษาให้แก่ ผู้เขียน รวมถึงให้ความกรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำด้วยความ เมตตาแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาการศึกษาที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จได้หากปราศจากคำแนะนำของท่านอาจารย์ ดร. กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และท่านอาจารย์สรวิศ ลิ้มปริงซี ที่ได้กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้เสียสละเวลาให้คำแนะนำที่มีคุณค่าในการจัดทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนตลอดมา

สุดท้าย ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อน พี่ ๆ น้อง ๆ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัยทุกคน ที่คอยช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้อย่างอบอุ่นตลอดระยะเวลาการศึกษาที่ผ่านมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าประการใด ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้แก่อาจารย์ที่ได้ประสิทธิ์ ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ข้าพเจ้า แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับ ไว้แต่เพียงผู้เดียว

หัสณีย์ เพชรศรีกาญจน์

สารบัญ

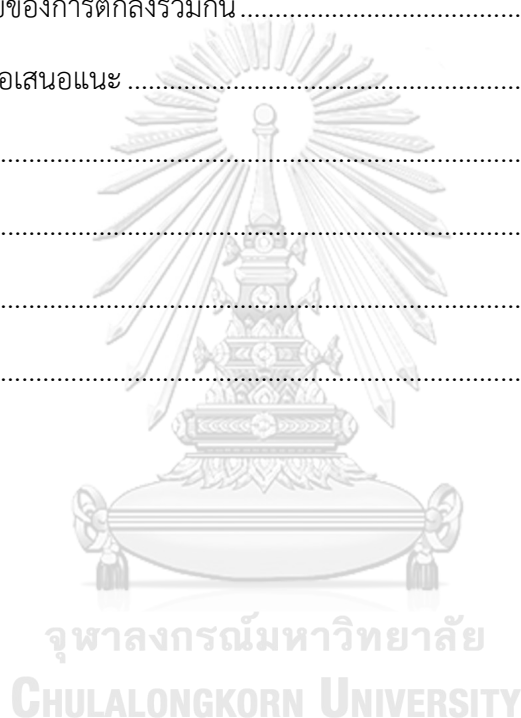
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญรูป.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	2
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	2
1.5 ขอบเขตการศึกษาวิจัย.....	2
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	3
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน.....	5
2.1 แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	5
2.1.1 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ส่งผลต่อตลาด.....	6
2.1.1.1 อุปสงค์ (Demand).....	7
2.1.1.2 อุปทาน (Supply).....	10
2.1.2 ประเภทของตลาดในระบบเศรษฐกิจ.....	12
2.1.2.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly Competitive Market).....	15
2.1.2.2 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market).....	17

2.1.2.2.1 ตลาดผูกขาดหรือตลาดผู้ขายรายเดียว (Pure Monopoly)	17
2.1.2.2.2 ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดหรือตลาดผู้ขายหลายราย (Monopolistic competition)	18
2.1.2.2.3 ตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (Oligopoly)	19
2.1.3 พฤติกรรมตลาด (Market conduct).....	21
2.1.4 ความหมายและความสำคัญของการแข่งขัน.....	24
2.1.5 การพิจารณาส่วนแบ่งตลาด (Market share).....	26
2.1.5.1 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์.....	29
2.2 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย.....	32
2.3 ความหมายของการตกลงร่วมกัน.....	35
2.3.1 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน.....	39
2.3.1.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ.....	41
2.3.1.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน	42
2.3.1.3 ขอบเขตของการตกลงร่วมกัน.....	42
2.4 ผลกระทบของการตกลงร่วมกัน	42
2.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันในประเทศไทย	43
บทที่ 3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ	44
3.1 ประเทศสิงคโปร์ (Singapore)	44
3.1.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์ ...	46
3.1.2 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน.....	49
3.1.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ.....	51
3.1.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน	62
3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States of America).....	86

3.2.1	ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศ	
	สหรัฐอเมริกา	88
3.2.2	องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน.....	98
	3.2.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ.....	103
	คดี American Needle, Inc. v. National Football League	106
	คดี American Needle.....	106
	คดี Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp	108
	3.2.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน	112
	คดี California Dental Assn. v. FTC.....	116
	คดี Polygram Holding, Inc. v. Federal Trade Commission	117
	คดี Texaco Inc. v. Dagher	122
	คดี Interstate Circuit, Inc. v. United States	126
	คดี A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the	
	European Communities.....	127
	คดี JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc.,.....	131
	คดี Bell Atlantic Corp. v. Twombly	134
	คดี Text Messaging Antitrust Litigation	135
3.3	สหภาพยุโรป (European Union).....	147
	3.3.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป	148
	3.3.2 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน.....	151
	3.3.2.1 องค์ประกอบตามบทบัญญัติกฎหมาย.....	152
	3.3.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ.....	155
	คดี FIFA distribution of package tours during the 1990 World Cup	
	158
	คดี Höfner and Elser v Macrotron GmbH.....	160

คดี SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission.....	161
คดี El du Pont de Nemours v Commission.....	165
คดี SIA ‘VM Remonts’ and Others v Konkurences padome	169
3.3.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน	188
คดี Bayer AG v Commission of the European Communities.....	196
คดี Volkswagen AG v. Commission of the European Communities	198
คดี AEG-Telefunken v Commission และคดี Ford v Commission ...	201
คดี Aalborg Portland A/S and Others v Commission.....	207
คดี CISAC v Commission.....	209
คดี BASF AG and UCB SA v Commission	212
คดี Daimler Chrysler AG v Commission	215
คดี MasterCard Inc., v Commission	217
คดี Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporitelna.....	219
3.4 ประเทศญี่ปุ่น (Japan).....	221
3.4.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น	222
3.4.2 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน.....	230
3.4.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ.....	233
คดี Newspaper Distribution.....	235
คดี Social Insurance Agency Seal	237
3.4.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน	246
คดี Toshiba Chemical.....	247
บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบในการพิจารณาการตกลงร่วมกันภายใต้กฎหมายการ แข่งขันทางการค้าของไทยและต่างประเทศ	271

4.1 ประเด็นเกี่ยวกับผู้กระทำ	271
4.1.1) นิยามของผู้กระทำ.....	271
4.1.2) ขอบเขตของผู้กระทำ.....	274
4.2 ประเด็นเกี่ยวกับประเภทของการตกลงร่วมกัน.....	275
4.2.1) นิยามของการตกลงร่วมกัน.....	275
4.2.2) ขอบเขตของการตกลงร่วมกัน.....	279
4.2.3) รูปแบบของการตกลงร่วมกัน.....	297
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	299
5.1 บทสรุป	299
5.2 ข้อเสนอแนะ	303
บรรณานุกรม.....	308
ประวัติผู้เขียน.....	317



สารบัญรูป

หน้า

รูปที่ 1 ความสัมพันธ์ระหว่างราคาดุลยภาพและปริมาณดุลยภาพ	7
---	---



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้การตกลงร่วมกันตามมาตรา 54 มีโทษทางอาญา ตามมาตรา 72 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 50 หรือมาตรา 54 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เมื่อบัญญัติให้การตกลงร่วมกันตามมาตรา 54 (Hardcore Cartel) มีโทษทางอาญาแล้ว จึงสมควรต้องมีความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมาย แต่บทบัญญัติในมาตรา 54 ใช้ถ้อยคำว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใด “ร่วมกับ” ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน “กระทำการใด ๆ” อันเป็นการ...” ในวรรคแรกซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าถ้อยคำดังกล่าวจะมีขอบเขตหรือการตีความไปในลักษณะใด และจะหมายความรวมถึงข้อตกลงหรือการกระทำในลักษณะใดบ้าง ทั้งนี้ ประกอบกับประเทศไทยมิได้มีการกำหนดนิยามหรือขอบเขตที่ชัดเจนของถ้อยคำดังกล่าว ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย อาจสร้างความเข้าใจผิดให้แก่ผู้ประกอบการในตลาด จึงมีประเด็นที่จะต้องศึกษาว่าการกระทำในลักษณะใดจะถือได้ว่ามีความผิดตามมาตรา 54 ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เนื่องจากประเด็นสำคัญที่ทำให้เกิดการแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ส่วนหนึ่งมาจากการขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้นขาดความชัดเจน ซึ่งก่อภาระให้กับทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้ประกอบธุรกิจซึ่งโดยหลักแล้วมีอิสระที่จะประกอบธุรกิจได้หากกฎหมายมิได้บัญญัติห้ามไว้ โดยหากไม่มีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนเมื่อตรวจสอบพบการกระทำที่น่าสงสัยว่าจะเป็นความผิดตามมาตรา 54 ผู้บังคับใช้กฎหมายจะไม่สามารถพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดได้ และตัวผู้ประกอบการเองไม่สามารถเข้าใจถึงข้อจำกัดตามกฎหมาย ขาดความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาลักษณะของผู้กระทำในเรื่องการตกลงร่วมกันของประเทศไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาลักษณะประเภทของการตกลงร่วมกันของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทยในการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้ชัดเจน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ว่าบทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันตามมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติในเรื่องของการร่วมมือกัน แต่กฎหมายของประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับนิยาม ขอบเขต และรูปแบบ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทย

1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

ใช้การศึกษาจากเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ ตำรา วารสาร บทความ งานวิจัย ตลอดจนคำพิพากษาทั้งของไทยและต่างประเทศ

1.5 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ มุ่งศึกษาองค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกันที่กำหนดไว้ใน มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า โดยทำการศึกษาลักษณะและกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น เพื่อนำข้อดีและข้อเสียของประเทศเหล่านี้มาปรับใช้อย่างเหมาะสมกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงโครงสร้างตลาดและพฤติกรรมที่ส่งผลต่อตลาด
2. รู้ถึงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่อพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขัน
3. เข้าใจถึงการปรับใช้กฎหมายโดยไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ก็ไม่ไร้ตรอนสิทธิของปัจเจกชนในการลงโทษทางอาญาโดยจะต้องมีการบังคับใช้ที่ชัดเจน
4. ได้ศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบของกฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันของแต่ละประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาในด้านการพิจารณาองค์ประกอบความผิดในการตกลงร่วมกันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

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

หนังสือเล่มนี้ได้นำเศรษฐศาสตร์และกฎหมายมาอธิบายร่วมกันทำให้เห็นภาพรวมของกฎหมายและโครงสร้างเศรษฐกิจอย่างชัดเจน โดยภายในเล่มได้พูดถึงพฤติกรรมที่เป็นถือเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้ารวมถึงแนวทางในการพิจารณาประกอบด้วย

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

หนังสือเล่มนี้มุ่งอธิบายภาพรวมของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยได้อธิบายถึงพฤติกรรมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมทั้งในแนวดิ่งและพฤติกรรมในแนวนอนที่ประเทศไทยบัญญัติไว้เป็นความผิด รวมถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและหลักการที่ใช้ประกอบการพิจารณา

3. นางสาวผกาวิรั ผาติเวชย์. “ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการอนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542”. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ศึกษาเกี่ยวกับ มาตรา 27 เฉพาะอนุมาตรา (5)-(7) ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นกลุ่มพฤติกรรมที่ตามกฎหมายไทยบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดแต่สามารถขออนุญาตให้กระทำได้ โดยผู้เขียนนั้นเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวไม่ควรขออนุญาตให้กระทำได้ เพราะเป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรง หรือหากจะมีการอนุญาตก็ควรมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจน



บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน

2.1 แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นไม่อาจพิจารณาได้โดยอาศัยแต่เพียงบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้นแต่จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์ประกอบด้วย เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายทุกฉบับย่อมมุ่งจะให้เกิดความสงบขึ้นภายในสังคม การจะพิจารณาแต่กฎหมายด้านเดียวจึงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาจึงเกี่ยวข้องกับปัจจัยที่ส่งผลต่อตลาดอันถือเป็นระบบเศรษฐกิจขนาดใหญ่ที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามุ่งจะคุ้มครองว่ามีกลไกและระบบการทำงานอย่างไร

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้านั้นเป็นกฎหมายที่มีเป้าหมายที่สำคัญ คือ ต้องการส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการในระบบเศรษฐกิจของประเทศ¹ จึงอาจกล่าวได้ว่าการทำความเข้าใจในเรื่องเศรษฐศาสตร์ประกอบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าช่วยให้สามารถเข้าใจกฎหมายได้อย่างดียิ่ง โดยทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เป็นพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจได้แก่ ทฤษฎีอันเกี่ยวข้องกับตลาด

ประเด็นต่อไปที่ควรต้องพิจารณา คือ อדם สมิธ (Adam Smith) นักเศรษฐศาสตร์ชาวอังกฤษ ได้แต่งหนังสือตำราเศรษฐศาสตร์ชื่อ The Wealth of Nations ซึ่งสาระสำคัญของหนังสือได้ระบุว่า รัฐควรจำกัดบทบาทให้เหลืออยู่เพียงการป้องกันประเทศ คุ้มครองพลเมืองจากการกดขี่และสร้างสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภคเท่านั้น หน้าที่อื่นควรปล่อยให้กลไกตลาดหรือการทำงานของมือที่มองไม่เห็น (Invisible hand) ทำงานโดยปัจเจกบุคคล (Individual) ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นคนเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตน (Self-interested) และไม่ควรถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบธุรกรรมทั้งหลาย² กล่าวคือ พลังตลาดหรือกลไกตลาดจะผลักดันให้ตลาดมีการแข่งขันอย่างเสรี

¹ สุธีร์ ศุภนิธย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 19.

² ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557), หน้า 4-5.

เมื่อปราศจากการแทรกแซงของรัฐ ในตลาดที่มีเงื่อนไขดังกล่าวตลาดจะทำงาน ทำให้ผู้ผลิตและผู้บริโภคถูกชักนำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจไปตามกลไกที่แสวงหาผลประโยชน์ได้ดีที่สุด

2.1.1 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ส่งผลต่อตลาด

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ส่งผลต่อตลาดเนื่องด้วยวิชาเศรษฐศาสตร์เป็นการศึกษาความเกี่ยวพันทางเศรษฐกิจ เป็นการศึกษาเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงตามทฤษฎี หลักการ รวมถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อใช้อธิบายกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยอาศัยเทคนิคเครื่องมือและกรอบการวิเคราะห์ที่แน่นอน³ หรือหากจะพิจารณาจากคำจำกัดความของ พอล เอ. แซมมวลสัน (Paul A. Samuelson) ซึ่งได้ให้คำนิยามของเศรษฐศาสตร์ไว้ว่า “เป็นการศึกษาวิธีการที่มนุษย์และสังคมตัดสินใจเลือกใช้ทรัพยากรการผลิตอันมีอยู่อย่างจำกัด ซึ่งอาจใช้เพื่อการต่าง ๆ กันได้ ไปผลิตสินค้าและบริการต่าง ๆ และแจกแจงสินค้าและบริการเหล่านี้ เพื่อการบริโภคไม่ว่าในปัจจุบันหรือในอนาคตระหว่างประชาชนและกลุ่มต่าง ๆ”⁴

โดยภายใต้ระบบราคานั้น ผู้ซื้อและผู้ขายตัดสินใจโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของตน โดยราคาจะถูกกำหนดจากอุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) ของสินค้านั้น ๆ ในตลาด จุดที่อุปสงค์พบกับหรือเท่ากับอุปทาน เรียกว่า “จุดดุลยภาพของตลาด (Equilibrium point)” คือจุดที่ผู้ขายและผู้ซื้อมีความต้องการตรงกันพอดี⁵

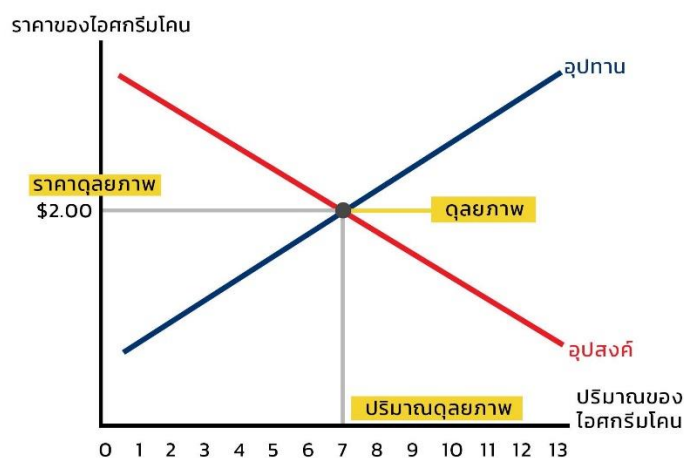
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³ อัมพร วิจิตรพันธ์, ประวัติลัทธิเศรษฐกิจ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), หน้า 12.

⁴ Paul A. Samuelson, Economics, 9 ed. (New York: McGraw-Hill Books co., 1973), p. 3.

“Economics is the study of how men and society end up choosing, with or without the use of money, to employ scarce productive resources which could have alternative uses, to produce various commodities and distribute them for consumption, now or in the future among various people and groups in society.”

⁵ ศิริศักดิ์ จีงถาวรธรม, "หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก" (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 5.



รูปที่ 1 ความสัมพันธ์ระหว่างราคาดุลยภาพและปริมาณดุลยภาพ

รูปที่ 1 แสดงเส้นอุปทานตลาดและเส้นอุปสงค์ตลาด สังเกตได้ว่ามีจุดหนึ่งเกิดจากเส้นอุปสงค์ตัดกับเส้นอุปทาน จุดที่เกิดจากการตัดกันของทั้ง 2 เส้นนี้ว่า ดุลยภาพ (Equilibrium) ของตลาด ราคาที่จุดตัดนี้เรียกว่า ราคาดุลยภาพ (Equilibrium price) จากแผนภาพนี้ราคาคือ 2 ดอลลาร์ ปริมาณดุลยภาพคือ 7 โคน

ตามพจนานุกรมนิยามคำศัพท์ “ดุลยภาพ” หมายถึง สถานการณ์ที่ทุกสิ่งทุกอย่างมีความสมดุลกัน หากใช้นิยามนี้ในการอธิบายดุลยภาพของตลาดจะให้ความว่า ณ ราคาดุลยภาพ ปริมาณสินค้าที่ผู้ซื้อต้องการซื้อและสามารถซื้อได้เท่ากับปริมาณที่ผู้ขายต้องการขายและสามารถผลิตออกมาขายได้ บางครั้งราคาดุลยภาพอาจถูกเรียกว่า ราคาที่ทำให้ตลาดสมดุล (Market-clearing price) เพราะที่ราคานี้ทุกคนในตลาดจะได้ในสิ่งที่ประสงค์ ผู้ซื้อก็ซื้อสินค้าได้ตามจำนวนที่ตนเองต้องการซื้อ ส่วนผู้ขายก็ขายสินค้าเป็นจำนวนที่ตนเองพร้อมจะขาย⁶

2.1.1.1 อุปสงค์ (Demand)

อุปสงค์ คือ ความต้องการซื้อสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้บริโภคพร้อมกับความสามารถในการสนองความต้องการดังกล่าว กล่าวอย่างสั้น ๆ อุปสงค์หมายถึง ความต้องการ (Want) บวกด้วยอำนาจซื้อ (Purchasing power) แต่ถ้าเป็นความต้องการที่เกินกว่าอำนาจซื้อไม่เรียกว่า อุปสงค์ นอกจากนี้เราอาจเรียกปริมาณเสนอซื้อที่พร้อมด้วยอำนาจซื้อ

⁶ N.Gregory Mankiw, หลักเศรษฐศาสตร์ (Principles of Economics), รศ. คิม ไชยแสนสุข และ ดร. สุพรรณิกา ลือชาวิทย์, ผู้แปล, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด, 2562), 73-74.

ว่าเป็น Effective demand และเรียกความต้องการซื้อที่ยังไม่พร้อมด้วยอำนาจซื้อ หรือการมีอำนาจซื้อแต่ยังไม่มีความต้องการซื้อว่าเป็น Potential demand⁷

อาจสรุปให้เข้าใจง่าย ๆ ว่าการที่จะกล่าวว่า คนมีอุปสงค์ต่อสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งมากน้อยเพียงใด ต้องประกอบด้วย 3 ด้าน คือ มีความต้องการ (Want) มีความสามารถในการซื้อ (Ability to pay) หรือมีความสามารถที่จะจ่าย และมีความปรารถนาที่จะซื้อสินค้านั้น ๆ (Willingness to pay)⁸

ปัจจัยที่กำหนดการเปลี่ยนแปลงอุปสงค์ (Demand Determinants)⁹

หมายถึง ตัวแปร (Variables) หรือ ปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งมีอิทธิพลต่อจำนวนสินค้าที่ผู้บริโภคปรารถนาที่จะซื้อ (Quantity Demand) ปัจจัยเหล่านี้จะมีอิทธิพลต่อปริมาณซื้อเล็กน้อยไม่เท่ากัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้บริโภค แต่ละคนและกาลเวลา ปัจจัยเหล่านี้มีหลายปัจจัย ได้แก่

1. ราคาของสินค้าที่กำลังพิจารณา (Price of the good) ราคาสินค้าเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดปริมาณความต้องการของการบริโภคของผู้บริโภคและความต้องการบริโภคมีความสัมพันธ์ที่ตรงข้ามกับระดับของราคาสินค้า¹⁰ กล่าวคืออุปสงค์ของสินค้าใด ๆ ก็ตามแปรผกผันกับราคาสินค้าของมันเสมอ ดังนั้น หากราคาสินค้าสูงขึ้น คนจะมีอุปสงค์น้อยลง และตรงกันข้ามหากราคาสินค้าลดลงอุปสงค์จะสูงขึ้น¹¹

2. รายได้ของผู้บริโภค (Income) อุปสงค์สินค้าชนิดหนึ่ง (ปริมาณซื้อสินค้าชนิดหนึ่งในทุกระดับราคาที่เป็นไปได้) จะขึ้นอยู่กับรายได้ของผู้บริโภค โดยทั่วไปถ้าผู้บริโภคมีรายได่มากขึ้น อุปสงค์สินค้าจะเพิ่มขึ้น และถ้ามีรายได้น้อยลง อุปสงค์สินค้าจะลดลงด้วย กล่าวคืออุปสงค์

⁷ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 25.

⁸ วรรณญา ภัทรสุข, เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 22.

⁹ สมเกียรติ ชัยพิบูลย์, เศรษฐศาสตร์จุลภาคเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (เชียงใหม่: สำนักบริหารและพัฒนาวิชาการ (งานสำนักพิมพ์) อาคารเทพศาสตร์สถิตย์ มหาวิทยาลัยแม่โจ้, 2560), หน้า 2-9.

¹⁰ สุจินดา เจียมศรีพงษ์, เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 68.

¹¹ วรรณญา ภัทรสุข, เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค), หน้า 30.

สินค้าชนิดหนึ่งจะแปรผันตามรายได้ของผู้บริโภค ยกเว้นในกรณีที่สินค้าเป็นสินค้าด้อย ซึ่งอุปสงค์สินค้าด้อยจะแปรผกผัน หรือเปลี่ยนแปลงในทิศทางตรงกันข้ามกับรายได้ของผู้บริโภค¹²

3. ราคาสินค้าอื่นที่เกี่ยวข้อง (Cross Price) ราคาสินค้าชนิดอื่นอาจมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการซื้อสินค้าชนิดนี้เพิ่มขึ้นหรือลดลง โดยสามารถแบ่งได้ 2 ประเภทคือ สินค้าที่ใช้ทดแทนกันและสินค้าที่ใช้ร่วมกัน หากอุปสงค์เปลี่ยนไปในทิศทางเดียวกับราคาของสินค้าชนิดอื่น แสดงว่าสินค้าชนิดอื่นที่กำลังพิจารณาเป็นสินค้าใช้ทดแทนกัน และหากอุปสงค์ของสินค้าชนิดนี้เปลี่ยนไปในทิศทางตรงกันข้ามกับราคาของสินค้าชนิดอื่นแล้ว สินค้าชนิดอื่นจะเป็นสินค้าใช้ร่วมกับสินค้าที่กำลังพิจารณา¹³ ตัวอย่างที่อุปสงค์สินค้าชนิดหนึ่งจะแปรผกผันตามราคาของสินค้าที่ใช้ทดแทนกัน เช่น ถ้าเนื้อไก่ถูกลง อุปสงค์เนื้อหมูจะลดลง ในทางกลับกันหากเนื้อไก่ราคาแพงขึ้น อุปสงค์เนื้อหมูจะมากขึ้น เป็นต้น ส่วนอุปสงค์สินค้าชนิดหนึ่งจะแปรผกผันกับราคาของสินค้าที่ใช้ประกอบกัน เช่น หากราคาน้ำมันแพงขึ้น อุปสงค์ปากกาหมึกซึมจะลดลงในทางกลับกันถ้าราคาน้ำมันถูกลง อุปสงค์ปากกาหมึกซึมจะมากขึ้น เป็นต้น¹⁴

4. จำนวนประชากรหรือผู้ซื้อ (Number of population/buyers) จำนวนประชากรหรือจำนวนผู้บริโภค หรือจำนวนผู้มีศักยภาพในการซื้อ (Potential buyers) ต่างมีอิทธิพลต่ออุปสงค์ในทิศทางเดียวกัน คือ หากจำนวนประชากรในสังคมนั้น ๆ เพิ่มขึ้นอุปสงค์ที่มีต่อสินค้าจะเพิ่มขึ้นด้วย¹⁵ อธิบายได้ว่า อุปสงค์ตลาดของสินค้าชนิดหนึ่งจะขึ้นอยู่กับจำนวนของผู้บริโภค และจำนวนของประชากร เช่น ถ้าจำนวนเด็กเพิ่มขึ้นจะมีผลทำให้อุปสงค์ตลาดของเสื้อผ้าเด็กเพิ่มขึ้น หรือถ้าจำนวนของประชากรลดลงจะมีผลทำให้อุปสงค์ตลาดของข้าวลดลง เป็นต้น¹⁶

5. รสนิยมหรือความพึงพอใจ (Taste/satisfaction) อุปสงค์สินค้าชนิดหนึ่งจะขึ้นอยู่กับรสนิยมของผู้บริโภคที่มีต่อสินค้าชนิดนั้น หากผู้บริโภคมีรสนิยมต่อสินค้าชนิดหนึ่งเปลี่ยนแปลงไปย่อมทำให้อุปสงค์สินค้าชนิดนั้นเปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น ในปัจจุบันผู้บริโภคสนใจในเรื่อง

¹² วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 40.

¹³ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค), หน้า 32.

¹⁴ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 40-41.

¹⁵ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค), หน้า 34.

¹⁶ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 41.

สุขภาพมากขึ้นจึงหันมานิยมผลิตภัณฑ์เสริมอาหารมากขึ้น ซึ่งมีผลทำให้อุปสงค์ผลิตภัณฑ์เสริมอาหารเพิ่มมากขึ้น เป็นต้น¹⁷

6. การคาดการณ์ของผู้บริโภคเกี่ยวกับราคาสินค้าในอนาคต (Consumer's Expectation) อุปสงค์ชนิดหนึ่งจะขึ้นอยู่กับราคาคะเนเกี่ยวกับราคาสินค้าในอนาคต ถ้าผู้บริโภคคาดว่าราคาสินค้าชนิดหนึ่งจะแพงขึ้น ในอนาคตจะมีผลทำให้อุปสงค์สินค้าชนิดนั้นเพิ่มขึ้น (แม้ว่าในขณะที่ราคาสินค้าจะยังคงเท่าเดิม) การที่อุปสงค์สินค้าชนิดนี้เพิ่มขึ้นเพราะผู้บริโภคซื้อสินค้ากักตุนไว้ก่อนที่สินค้าจะมีราคาแพงขึ้นในอนาคต ในทางตรงกันข้าม ถ้าผู้บริโภคคาดว่าราคาสินค้าชนิดหนึ่งจะถูกกลงในอนาคตจะมีผลทำให้อุปสงค์สินค้าชนิดนั้นลดลง (แม้ว่าในขณะที่ราคาสินค้าจะยังคงเท่าเดิม) การที่อุปสงค์สินค้าชนิดนี้ลดลงเพราะผู้บริโภคซื้อสินค้าที่กำลังจะถูกกลงในอนาคต¹⁸ เช่น ถ้าคนคาดว่าราคาของอาหารกระป๋องจะแพงมากในอนาคต คนก็จะซื้ออาหารกระป๋องมากขึ้น หรือหากคนคาดว่าปีหน้าราคารถยนต์จะถูกกลง จะทำให้อุปสงค์ที่มีต่อรถยนต์ในปีนี้จะลดลงเพราะคนจะรอซื้อปีหน้า¹⁹

7. จำนวนประชากร (Population) จำนวนประชากรเป็นตัวกำหนดความต้องการซื้อสินค้าและบริการได้ หากประเทศใดหรือพื้นที่ใดมีจำนวนประชากรสูงย่อมทำให้มีความต้องการซื้อสินค้าและบริการมากขึ้นนั่นเอง ความสัมพันธ์ระหว่างจำนวนประชากรและความต้องการซื้อสินค้าและบริการเป็นความสัมพันธ์ที่ไปในทิศทางเดียวกันและเป็นบวก

8. อื่น ๆ เช่น คุณภาพของสินค้า ตรายี่ห้อ อารมณ์ เป็นต้น²⁰

2.1.1.2 อุปทาน (Supply)

อุปทาน หมายถึง ปริมาณสินค้าหนึ่ง ๆ ที่ผู้ขายยินดีนำออกเสนอขาย ในขณะหนึ่ง ณ ระดับต่าง ๆ กันของราคาสินค้า โดยกำหนดให้สิ่งอื่น ๆ คงที่ ดังนั้น ปริมาณเสนอขายของผู้ขายจึงขึ้นอยู่กับราคาสินค้าชนิดนั้น ๆ ความสัมพันธ์ในทิศทางเดียวกันของราคาสินค้าและ

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁹ วรัญญา ภัทรสุข, เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค), หน้า 34.

²⁰ สุจินดา เจียมศรีพงษ์, เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ, หน้า 69.

ปริมาณเสนอขายนี้ เป็นที่รู้จักกันในนาม กฎของอุปทาน (Law of Supply)²¹ อธิบายได้ว่า เมื่อ กำหนดให้สิ่งอื่น ๆ คงที่ ถ้าราคาของสินค้าชนิดหนึ่งถูกลด ปริมาณขายสินค้าชนิดนั้นจะน้อยลง และ ในทางกลับกันถ้าราคาสินค้าชนิดหนึ่งแพงขึ้น ปริมาณขายสินค้าชนิดนั้นจะมากขึ้น²²

ปัจจัยที่กำหนดการเปลี่ยนแปลงอุปทาน (Supply Determinants)

ปริมาณขายสินค้าชนิดหนึ่ง ณ ระดับราคาใดราคาหนึ่ง หรืออุปทานสินค้าชนิดหนึ่งจะขึ้นอยู่กับปัจจัย ที่กำหนดอุปทาน ได้แก่

1. ราคาของสินค้าชนิดนั้น (Price of the good) ปริมาณขายสินค้า ชนิดหนึ่งจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับราคาของสินค้าชนิดนั้น หากราคาของสินค้าชนิดหนึ่งถูกลด ปริมาณขายของสินค้าชนิดนั้นจะลดลง และในทางกลับกันหากราคาสินค้าชนิดหนึ่งเพิ่มขึ้น ปริมาณ ขายของสินค้าชนิดนั้นจะมากขึ้น

2. ราคาของปัจจัยการผลิต (Prices of resources) อุปทานสินค้าชนิดหนึ่ง จะขึ้นอยู่กับราคาของปัจจัยการผลิต ทั้งนี้เนื่องจากต้นทุนในการผลิตสินค้าขึ้นอยู่กับปัจจัยการผลิต ดังนั้น ถ้าราคาของปัจจัยการผลิตเปลี่ยนแปลงไปย่อมทำให้ต้นทุนการผลิตเปลี่ยนแปลงด้วย กล่าวคือ ถ้าราคาของปัจจัยการผลิตแพงขึ้นจะทำให้ต้นทุนการผลิตเพิ่มขึ้น และถ้าผู้ผลิตยังคงขายสินค้าใน ราคาเท่าเดิม ผู้ผลิตจะมีกำไรลดลง ดังนั้น ผู้ผลิตจึงลดการผลิตลง ในทางกลับกัน หากราคาของปัจจัย การผลิตถูกลดจะทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง และหากผู้ผลิตยังคงขายสินค้าได้ในราคาเท่าเดิมผู้ผลิต จะมีกำไรเพิ่มขึ้น ดังนั้น ผู้ผลิตจึงผลิตสินค้าออกมาขายมากขึ้น²³

3. ราคาของสินค้าอื่นที่ผู้ผลิตสามารถผลิตได้ (Prices of other goods) อุปทานสินค้าชนิดหนึ่งจะขึ้นอยู่กับราคาของสินค้าชนิดอื่นที่ผู้ผลิตสามารถผลิตได้ ซึ่งสินค้าอื่นที่ผู้ผลิต สามารถผลิตได้สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ 1.) สินค้าชนิดอื่นที่ผู้ผลิตสามารถผลิตทดแทนได้ (Substitute in production) และ 2.) สินค้าชนิดอื่นที่ผลิตได้พร้อมกันหรือสินค้าประกอบกัน ในการผลิต (Complement in production)²⁴

²¹ นราทิพย์ ชุติวงค์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 32-33.

²² Colander D. C., Microeconomics, 6 ed. (Boston: McGraw-Hill/Irwin., 2006), p. 97.

²³ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 50.

²⁴ เบต โรบิน. และ บาร์กิน ไมเคิล, เศรษฐศาสตร์จุลภาค แปลโดย จุฑามาศ ทวีไพบุลย์วงษ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2548), หน้า 107.

4. จำนวนผู้ผลิต (Number of sellers) อุปทานตลาดของสินค้าชนิดหนึ่ง จะขึ้นอยู่กับจำนวนผู้ผลิต ถ้าจำนวนผู้ผลิตในตลาดสินค้าชนิดหนึ่งเพิ่มขึ้น ย่อมทำให้อุปทานตลาดของสินค้าชนิดนั้นเพิ่มขึ้นด้วย แต่ถ้าจำนวนผู้ผลิตลดลงย่อมทำให้อุปทานตลาดของสินค้าชนิดนั้นลดลงด้วยเช่นกัน²⁵

5. เทคโนโลยีการผลิต (Technology) ระดับของเทคโนโลยีที่ใช้มีอิทธิพลต่ออุปทานเช่นกัน หากเทคโนโลยีที่ใช้ล้าสมัยหรือไม่มีประสิทธิภาพ จะส่งผลผลิตได้น้อย อุปทานจึงมีน้อย และในทางตรงกันข้าม หากมีการค้นพบเทคโนโลยีใหม่ที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพสูง อุปทานของสินค้าก็จะมีมาก²⁶

6. การคาดคะเนเกี่ยวกับราคาในอนาคต (Expected prices) อุปทานสินค้าอาจขึ้นอยู่กับ การคาดคะเนเกี่ยวกับราคาในอนาคต ถ้าผู้ขายคาดว่าราคาสินค้าชนิดหนึ่งที่ขายนั้นจะแพงขึ้นในอนาคต ผู้ขายอาจกักตุนสินค้าชนิดนั้นและเก็บไว้ขายในอนาคตจึงทำให้อุปทานสินค้าชนิดนั้นในปัจจุบันลดลง ในทางกลับกัน หากผู้ขายคาดว่าราคาสินค้าชนิดหนึ่งที่ขายนั้นจะถูกกลงในอนาคต ผู้ขายจะเร่งระบายสินค้าที่มีอยู่ออกขายให้มากที่สุด เพราะเกรงว่าสินค้าที่มีอยู่ในสต็อกจะขายได้ในราคาที่ถูกลงในอนาคต ดังนั้น อุปทานสินค้าในปัจจุบันจึงมากขึ้น

นอกจากปัจจัยดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีปัจจัยอย่างอื่นที่กำหนดอุปทานได้แก่ 1.) นโยบายหรือจุดมุ่งหมายของผู้ผลิต 2.) ปัจจัยกำหนดอื่นที่เกิดจากมนุษย์ เช่น การออกกฎหมาย นโยบายของรัฐ การเก็บภาษีอากร การนัดหยุดงานและสงคราม เป็นต้น และ 3.) ปัจจัยกำหนดอื่นที่ไม่ได้เกิดจากมนุษย์ เช่น ดินฟ้าอากาศ ไฟไหม้ และโรคระบาด เป็นต้น²⁷

2.1.2 ประเภทของตลาดในระบบเศรษฐกิจ

ตลาด (Market) หมายถึง กระบวนการทางเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดการซื้อขายสินค้าสำเร็จ อาจอธิบายได้ว่าผู้ซื้อได้รับสินค้าและบริการที่ต้องการซื้อและผู้ขายได้รับเงินตราจากการขายสินค้ากลับไป บางครั้งผู้ซื้อและผู้ขายมิได้พบหน้ากันเลย แต่ในกระบวนการซื้อขายอาจมีสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Email) ฯลฯ ที่ทำให้เกิดการซื้อขายสินค้านั้นสำเร็จ

²⁵ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 51.

²⁶ วรวิญญา ภัทรสุข, เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค), หน้า 39.

²⁷ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 51.

ได้ ดังนั้น องค์ประกอบของตลาดจึงต้องประกอบไปด้วย ผู้ซื้อ ผู้ขาย ตัวสินค้า ราคาและสิ่งอำนวยความสะดวกให้เกิดการซื้อขายได้สำเร็จ ในปัจจุบันสถานที่ทำการซื้อขายอาจเป็นปัจจัยรองที่ผู้ซื้อผู้ขายให้ความสำคัญ ในบางธุรกิจสถานที่อาจไม่จำเป็น เช่น การซื้อขายในระบบขายตรง เป็นต้น²⁸

N. Gregory Mankiw ได้ให้ความหมายของ ตลาด หมายถึง กลุ่มผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าหรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตลาดมีหลายรูปแบบ บางรูปแบบจัดตั้งขึ้นและมีระบบการจัดการอย่างดีเยี่ยม เช่น ตลาดสินค้าเกษตร ในตลาดประเภทนี้ ผู้ซื้อและผู้ขายจะพบกันตามเวลาและสถานที่ที่กำหนด โดยมีผู้ประมูลช่วยตั้งราคาและจัดการขาย แต่ในหลายกรณี ตลาดก็ได้ถูกจัดตั้งขึ้นมา เช่น ตลาดของไอศกรีมในเมืองใดเมืองหนึ่งที่บรรดาผู้ซื้อไอศกรีมมิได้มีการรวมตัวกับผู้ซื้อทั้งหลายแต่ประการใด ส่วนบรรดาผู้ขายไอศกรีมก็อยู่ต่างทำเลกัน และเสนอขายสินค้าที่ค่อนข้างต่างกัน ไม่มีผู้ประมูลมาคอยเคาะราคาของไอศกรีม ผู้ขายเป็นผู้ตั้งราคาไอศกรีมด้วยตนเอง และผู้ซื้อแต่ละคนตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะซื้อไอศกรีมแต่ละร้านในราคาและปริมาณเท่าใด อย่างไรก็ตาม บรรดาผู้บริโภคและผู้ผลิตไอศกรีมเหล่านี้ต่างมีความเกี่ยวข้องกันมาก บรรดาผู้ซื้อไอศกรีมจะเลือกซื้อไอศกรีมที่ตอบสนองความพึงพอใจของตนเองจากผู้ขายไอศกรีมที่มีอยู่หลากหลาย และบรรดาผู้ขายไอศกรีมต่างก็พยายามดึงดูดผู้ซื้อไอศกรีมกลุ่มเดียวกันนี้ เพื่อให้ธุรกิจไอศกรีมของตนประสบความสำเร็จ แม้ว่าตลาดนี้จะเกิดขึ้นแบบมิได้มีผู้จัดตั้ง แต่กลุ่มผู้ซื้อกับกลุ่มผู้ขายไอศกรีมคือคนที่สร้างรูปแบบของตลาดขึ้นมา²⁹

อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่าตลาดในตำรากฎหมายแข่งขัน (Competition Law) หมายความรวมถึง ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market) โดยคำนึงถึงสภาพของกิจกรรมและการกระทำที่เกิดในตลาดว่าเกี่ยวข้องกับสิ่งที่กฎหมายกำกับดูแลหรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนด “ขอบเขตตลาด (Market boundaries)”

²⁸ สุจินดา เจียมศรีพงษ์, เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ, หน้า 164.

²⁹ N.Gregory Mankiw, หลักเศรษฐศาสตร์ (Principles of Economics), หน้า 63.

ปัจจัยที่มีส่วนในการกำหนดโครงสร้างตลาด³⁰ คือ

1. จำนวนของหน่วยผลิตและลักษณะการกระจายของหน่วยผลิตในตลาด เป็นการวัดจำนวนผู้ขายในตลาดโดยตรงและการกระจุกตัว กล่าวคือจำนวนของผู้ขายนั้นส่งผลโดยตรงต่ออำนาจของตลาด หากในตลาดมีผู้ขายอยู่จำนวนมากอำนาจตลาดของผู้ขายแต่ละรายจะมีน้อย ตรงกันข้ามหากในตลาดนั้นมีผู้ขายอยู่จำนวนน้อย ผู้ขายแต่ละรายในตลาดนั้นจะมีอำนาจสูง แต่ในความเป็นจริงนั้นขนาดของหน่วยผลิตในตลาดไม่เท่ากัน การพิจารณาจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระจายของขนาดของหน่วยผลิตที่อยู่ในตลาดด้วย จึงจะทำให้ทราบถึงอำนาจตลาด (Market Power) ในตลาด

2. การกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้แข่งขันรายใหม่ (Barriers to entry or Threat of new entrants) เช่น การกีดกันจากการชอบสินค้านั้น (Preference barrier) การกีดกันเนื่องจากความได้เปรียบด้านต้นทุน (Absolute-cost barrier) การกีดกันจากการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale barrier) การกีดกันเนื่องจากกฎหมาย (Legal barrier)

ข้อสังเกต คือ การผูกขาดอาจเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ ในกรณีที่ไม่มีการกีดกันการเข้าสู่ตลาดแต่ไม่มีผู้ผลิตรายอื่นเข้ามาแข่งขัน อาจเนื่องจากอุตสาหกรรมนั้นใช้ทุนสูง ขนาดการผลิตใหญ่ ต้องใช้เทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้า หรือการผูกขาดที่เกิดขึ้นโดยการกีดกันการเข้าสู่ตลาด คือกรณีที่ผู้ผูกขาดกีดกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาแข่งขัน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการกีดกัน เช่น สิทธิบัตรหรือการได้รับสัมปทาน ซึ่งทำให้ผู้ผลิตรายนั้นมีอำนาจการผูกขาด (Monopoly power) หมายถึงความสามารถในการควบคุมตลาดของผู้ผูกขาดหรืออิทธิพลของผู้ผูกขาดในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตลาด³¹

3. ความแตกต่างของสินค้าในตลาด กล่าวคือความสามารถในการใช้สินค้าอื่นทดแทนสินค้าชนิดนั้นได้ (Substitute goods) ในทางเศรษฐศาสตร์พิจารณาว่าสินค้าใดเป็นสินค้าทดแทนกันได้โดยดูความสัมพันธ์ระหว่างความต้องการซื้อและราคาขาย สำหรับสินค้าทดแทน

³⁰ วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, โครงสร้างตลาด. ในเอกสารการสอนชุดเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532), หน้า 380-409.

³¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, "การผูกขาด" [ออนไลน์] วันที่ 23 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา: www.royin.go.th/?knowledges=การผูกขาด-๒๓-สิงหาคม-๒๕๕๓

เมื่อเกิดความเปลี่ยนแปลงในปัจจัยทั้งสองจะเกิดการทดแทนในสินค้าที่ทดแทนกันได้ เช่น เมื่อราคาขายของสินค้าหนึ่งเพิ่มขึ้น ปริมาณขายของสินค้าทดแทนสินค้านี้จะเพิ่มขึ้น³²

4. ความเป็นอิสระของผู้ขายในตลาด (Independency)³³

ตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ลักษณะโครงสร้างของตลาดแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่³⁴

2.1.2.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly Competitive Market) คือ

ตลาดที่มีลักษณะสำคัญดังนี้

1) ผู้ขายและผู้ซื้อจำนวนมาก (Large number of buyers and sellers) กล่าวคือ ผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละรายเป็นเพียงรายเล็ก ๆ ในตลาดเท่านั้น ปริมาณผลผลิตของผู้ขายจะมีสัดส่วนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับปริมาณสินค้าทั้งหมดในตลาด ผู้ขายแต่ละรายไม่สามารถกำหนดราคาได้ตามใจชอบ แต่จะต้องขายตามราคาตลาด (Price taker) ซึ่งเป็นราคาดุลยภาพ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงปริมาณซื้อขายของผู้ซื้อและผู้ขายรายใดรายหนึ่งจึงไม่ทำให้อุปสงค์ของตลาดเปลี่ยนแปลงและไม่ส่งผลกระทบต่อราคาตลาด³⁵

2) สินค้ามีลักษณะเหมือนกันทุกประการ (Homogeneous product) เนื่องจากลักษณะของสินค้าที่เหมือนกันและราคาสินค้าที่ขายเป็นราคาตลาด ไม่ว่าผู้ซื้อจะตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้ขายคนใดก็ย่อมไม่มีความแตกต่าง

³² สถาบันเพิ่มผลผลิตแห่งชาติ, "กลยุทธ์การตลาดสำหรับสินค้าทดแทน" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.ftpi.or.th/2015/131>

³³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 39.

³⁴ วันวัชร มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 75.

³⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 40.

3) เคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตทุกชนิดรวมทั้งสินค้าไปยังสถานที่ต่าง ๆ ได้สะดวกในทุกขณะที่ต้องการโดยเสียค่าใช้จ่ายต่ำ (Perfect mobility of resources)³⁶

4) ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับทางเลือกของตนหรือสภาพการณ์ของตลาดอย่างสมบูรณ์ (Perfect knowledge) กล่าวคือ ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต่างมีความรู้เกี่ยวกับภาวะของอุปสงค์ อุปทาน และราคาตลาด ดังนั้น ผู้ซื้อจะไม่ซื้อสินค้าที่มีราคาสูงกว่าราคาตลาด และผู้ขายจะไม่ขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าราคาตลาดเช่นกัน³⁷

5) ผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละรายต่างดำเนินนโยบายโดยอิสระปราศจากการตกลงร่วมกันหรือมีการสร้างข้อจำกัดการแข่งขันขึ้นมา (Absence of collusion or artificial restraint) โดยผู้ผลิตแต่ละรายจะตัดสินใจว่าจะผลิตสินค้าระดับใดโดยไม่คำนึงถึงปฏิกิริยาของผู้ผลิตรายอื่น ๆ ในตลาด ไม่มีการตกลงร่วมกัน และไม่มีข้อจำกัดของรัฐบาล ไม่ว่าในเรื่องระดับราคาสินค้า ปริมาณการผลิต ผู้ผลิตรายใหม่ ๆ สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายไม่มีการกีดกันการเข้าสู่ตลาดและผู้ผลิตที่อยู่ในตลาดสามารถออกจากตลาดได้ง่ายเช่นกัน (Freedom of entry and exit)³⁸ การสมมติในข้อนี้เป็นการบอกถึงการตอบสนองของผู้ผลิตต่อแรงจูงใจทางราคา เช่น เมื่อผู้ผลิตรายเดิมมีกำไรที่มากขึ้น ผู้ผลิตรายอื่นจะเกิดความต้องการเข้ามาแข่งขันในตลาด สอดคล้องกับข้อสมมติที่ว่า การโยกย้ายการผลิตทุกชนิดทำได้อย่างเสรี (Perfect mobility of resources) ผู้ผลิตสามารถโยกย้ายปัจจัยการผลิตทุกชนิดจากกิจการหนึ่งไปยังอีกกิจการได้ทุกขณะที่ต้องการหรือเมื่อมองเห็นโอกาสในการทำกำไรได้สูงกว่า³⁹

ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ตามที่ได้กล่าวไปจะเห็นว่าเป็นตลาดที่พบได้ยาก นักเศรษฐศาสตร์จึงถือว่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์นี้เป็นตลาดในอุดมคติ (Ideal market) เพราะไม่มีตลาดใดที่จะมีลักษณะครบทั้ง 5 ประการที่ได้กล่าวไปได้ หากจะพอมีตลาดที่ใกล้เคียงอยู่บ้าง ได้แก่ ตลาดสินค้าเกษตร เช่น ตลาดข้าวเปลือก ตลาดข้าวโพด และตลาดมันสำปะหลัง เป็นต้น⁴⁰

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁷ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 217.

³⁸ ประพันธ์ เสวตนันท์ และ ไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (2540), หน้า 83.

³⁹ วิรุณศิริ ใจมา, เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1, หน้า 217.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

2.1.2.2 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market)

ตลาดประเภทนี้ในทางเศรษฐศาสตร์แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

2.1.2.2.1 ตลาดผูกขาดหรือตลาดผู้ขายรายเดียว (Pure Monopoly)

เป็นตลาดที่มีลักษณะตรงข้ามกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์อย่างสิ้นเชิง มีผู้ประกอบการธุรกิจเพียงรายเดียวที่ผลิตสินค้าในตลาดสินค้านั้น โดยที่ไม่มีสินค้าของผู้ประกอบการรายอื่นมาทดแทนได้ ผู้ประกอบการรายนี้จึงมีอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดที่สามารถกำหนดราคาและปริมาณของสินค้าได้โดยสมบูรณ์⁴¹

การผูกขาดเกิดขึ้นจากการมีข้อจำกัดทางกฎหมายหรือเศรษฐกิจที่ห้ามมิให้ผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการอื่นเข้ามาแข่งขันในอุตสาหกรรมนั้น จึงต่างกับภาวะการแข่งขันสมบูรณ์ที่มีกำไรเป็นสิ่งจูงใจให้ผู้ผลิตใหม่เข้ามาในอุตสาหกรรมได้ตลอดเวลา จนในที่สุดหน่วยผลิตทุกหน่วยจะมีเพียงกำไรปกติเท่านั้น ซึ่งลักษณะของการผูกขาดเกิดขึ้นได้หลายกรณี ดังนี้⁴²

1. เกิดจากการประหยัดต่อขนาด เพราะธุรกิจที่เกิดจากการประหยัดต่อขนาดและมีต้นทุนการผลิตต่ำจนทำให้ไม่มีธุรกิจอื่น หรือหากมีก็เป็นเพียงจำนวนน้อยที่สนใจเข้ามาแข่งขันในอุตสาหกรรม จะเห็นว่าในอุตสาหกรรมใหญ่ ๆ จะไม่มีธุรกิจแข่งขันกันมากเหมือนในอุตสาหกรรมขนาดกลางหรือขนาดเล็ก ดังเช่น อุตสาหกรรมสิ่งทอ อุตสาหกรรมเครื่องอุปโภคบริโภค ฯลฯ จึงทำให้ธุรกิจใหญ่ ๆ กลายเป็นธุรกิจผูกขาดไปโดยปริยาย โดยเฉพาะอุตสาหกรรมที่ต้องใช้เครื่องจักรขนาดใหญ่ เช่น บริษัทปูน

2. เกิดขึ้นตามธรรมชาติ การผูกขาดประเภทนี้มักเกิดในอุตสาหกรรมซึ่งธุรกิจมีการประหยัดต่อขนาดและมีต้นทุนของสินค้าและบริการต่อหน่วยต่ำ โดยพิจารณาจากสภาพแวดล้อมจะพบว่าการมีธุรกิจเช่นนี้เพียง 2-3 รายดำเนินงานในขนาดที่เหมาะสมจะมีประสิทธิภาพที่ดีกว่าการมีธุรกิจที่มีขนาดเล็กหลายรายมาดำเนินงาน การผูกขาดที่เกิดขึ้นตามธรรมชาตินี้จะป้องกันการสูญเสียที่เกิดจากการแข่งขันได้ มักพบในธุรกิจที่มีการลงทุน

⁴¹ สุธีร์ ศุภนิมิตต์ แก้วไข่มุกเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการ
แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 21.

⁴² สวรร ปัญญาดีลล กวลัย ขวลิตรารัง และ สุพพดา ปิยะเกศิน, เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 4
(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 143-145.

ในสินทรัพย์ประจำในอัตราที่ค่อนข้างสูง เช่น การไฟฟ้า การประปา องค์การโทรศัพท์ ฯลฯ โดยธรรมชาติธุรกิจเหล่านี้ควรมีการผูกขาดมากกว่าเพื่อลดความยุ่งยาก ซ้ำซ้อน และไม่คล่องตัวในด้านต่าง ๆ อีกทั้งการสูญเสียเวลาและการลงทุนที่สูง เช่น การเดินสายเคเบิล การวางท่อประปา หรือการเดินสายไฟฟ้าในทุกถนนของตัวเมือง ซึ่งเป็นการลงทุนที่สูง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าหากขนาดการดำเนินงานของธุรกิจใหญ่เกินขนาดของตลาดจะมีธุรกิจที่มีประสิทธิภาพในการดำเนินงานหรือมีอำนาจในทางเศรษฐกิจเพียงหนึ่งหรือสองรายเท่านั้นที่จะอยู่รอดซึ่งในสถานะเช่นนี้ธุรกิจจะไม่มีอำนาจในการผูกขาดอย่างแท้จริงและไม่เป็นผลดีต่อผู้บริโภค

3. เกิดจากการควบคุมวัตถุดิบ การควบคุมวัตถุดิบหรือการมีกรรมสิทธิ์ในวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิต เป็นสาเหตุประการหนึ่งในการลดการแข่งขันจนกลายเป็นการผูกขาดขึ้น อย่างไรก็ตาม การผูกขาดในลักษณะนี้มักจะไม่น่ากลัว เพราะวัตถุดิบหลักที่ใช้ในการผลิตอาจมีวัตถุดิบอื่นมาทดแทนได้

4. เกิดจากการมีสิทธิบัตร ผู้ถือสิทธิบัตรจะเป็นผู้มีสิทธิในการใช้ การเก็บรักษา หรือการขายสิ่งประดิษฐ์ได้แต่เพียงผู้เดียวในระยะเวลาหนึ่งตามกำหนดของสิทธิบัตรนั้น ผู้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์จึงมิได้เป็นผู้ผูกขาดตลอดไป เพียงแต่มีสิทธิตามช่วงเวลาที่ได้รับตามสิทธิบัตรซึ่งหากพิจารณาแล้วก็เป็น การผูกขาดเช่นเดียวกัน

5. เกิดจากการใช้กลยุทธ์ในการแข่งขัน เป็นการใช่วิธีการหนึ่งที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน หรือจำกัดการเข้ามาในตลาดของธุรกิจใหม่ เช่น การขายสินค้าต่ำกว่าทุนเพียงชั่วคราว การโจมตีสินค้าของคู่แข่ง การข่มขู่คู่แข่ง ผู้ผลิตหรือนายทุน การโจรกรรมสินค้าและการหักหลังด้วยวิธีการต่าง ๆ เป็นต้น

2.1.2.2.2 ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดหรือตลาดผู้ขายหลายราย

(Monopolistic competition)

ตลาดนี้มีลักษณะหลายประการที่คล้ายกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ กล่าวคือ มีหน่วยผลิตจำนวนมากและผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ง่าย ข้อแตกต่างประการเดียว คือ สินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายมีความแตกต่างกัน โดยความแตกต่างอาจมาจากรูปลักษณ์ของสินค้า หรือความแตกต่างนี้อาจเกิดจากความรู้สึกของผู้บริโภคผ่านการโฆษณา (แท้จริงแล้วอาจไม่มีความแตกต่างอยู่จริง แต่ผู้บริโภคที่รับชมโฆษณาเชื่อว่าสินค้านั้นมีความแตกต่าง

กับสินค้าอื่น) ประเด็นที่สำคัญ คือ ยิ่งผู้ผลิตสามารถทำให้ผู้บริโภครู้สึกว่าคุณค่าของตนแตกต่างจากสินค้าของผู้ผลิตอื่นมากเพียงใด ผู้ผลิตนั้นจะยิ่งมีอำนาจผูกขาดมากขึ้นเท่านั้น แต่เนื่องจากสินค้าของผู้ผลิตเองก็อาจใช้สินค้าของผู้ผลิตอื่นมาทดแทนกันได้ จึงไม่สามารถตั้งราคาสินค้าสูงกว่าราคาตลาดอย่างกรณีผู้ผูกขาดได้ ดังนั้น ราคาตลาดในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาดจึงอยู่ต่ำกว่าในตลาดผูกขาด⁴³

2.1.2.2.3 ตลาดผู้แข่งขันน้อยราย (Oligopoly)

ตลาดผู้แข่งขันน้อยรายมีลักษณะคล้ายกับตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด กล่าวคือ เป็นตลาดที่อยู่ระหว่างตลาดแข่งขันสมบูรณ์และตลาดผูกขาด ลักษณะสำคัญของตลาด คือ มีผู้ประกอบการธุรกิจน้อยราย ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดขาดความเป็นอิสระต่อกัน หากมีการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายหนึ่ง ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการอื่น ๆ ทุกราย เช่น ถ้ามีผู้ประกอบการรายหนึ่งเปลี่ยนแปลงราคาสินค้า ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ต้องมีการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าของตนตามไปด้วย⁴⁴

โครงสร้างของตลาดที่ต่างกัน ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด กล่าวคือ หากมีการกระจุกตัวของผู้ประกอบการสูง (มีจำนวนผู้ประกอบการน้อยราย) ผู้ประกอบการจะมีอำนาจตลาดมาก หรือมีการแข่งขันเล็กน้อย หรือยุติการแข่งขันระหว่างกัน ในตลาดสินค้าและบริการนั้น ในทางตรงกันข้าม หากมีการกระจุกตัวต่ำจะมีการแข่งขันสูง หรืออาจพิจารณาได้จากด้านอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด หากมีอุปสรรคในการที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้าสู่ตลาด แสดงว่ามีการผูกขาดในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมนั้น ซึ่งการผูกขาดจะลดลงหากสามารถลดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดได้⁴⁵

⁴³ วันรัชย์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, หน้า 77.

⁴⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้วไข่มุกเพิ่มเติมนโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 21.

⁴⁵ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, เอกสารประกอบการเรียนการสอน วิชากฎหมายป้องกันการผูกขาด หลักสูตร น.บ. ภาคบัณฑิต ประจำปีการศึกษาต้น (2551), 26.

หน้าที่ของตลาด (Functions of market)⁴⁶ สามารถแบ่งออกเป็น 5 ประการใหญ่ คือ

1. ตลาดทำให้เกิดการแลกเปลี่ยน ทำให้เกิดมูลค่าหรือราคา ความต้องการของผู้บริโภคจะแสดงออกมาในรูปของราคา ทำให้ผู้ผลิตทราบว่าควรจะมีผลผลิตสินค้าหรือบริการชนิดใด ทั้งนี้ มิได้พิจารณาแค่ความต้องการของผู้บริโภคเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงความสามารถที่จะจ่าย (Ability to pay) และความเต็มใจที่จะจ่ายของผู้บริโภค (Willingness to pay) ร่วมด้วย

2. ตลาดทำหน้าที่ผลิต จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงต้นทุนและการใช้วิธีการผลิตที่จะทำให้มีประสิทธิภาพสูงสุดโดยการใช้ปัจจัยการผลิตให้น้อยที่สุดในการผลิตสินค้าจำนวนหนึ่งที่กำหนดไว้ หรือการผลิตให้ได้จำนวนมากที่สุดโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่กำหนดไว้

3. ตลาดทำหน้าที่จัดสรรผลผลิตที่ผลิตได้ ตลาดมีหน้าที่โดยตรงในการจัดสรรว่าสินค้าที่ผลิตนั้นใครจะเป็นผู้ซื้อ และผู้ผลิตจะจ่ายเงินให้เจ้าของปัจจัยการผลิตเท่าใด หากผู้ผลิตได้ผลผลิตสินค้าจำนวนมากก็จะได้ผลตอบแทนจำนวนมาก โดยตามทฤษฎีบุคคลที่ทำการผลิตและเป็นเจ้าของทรัพยากรควรจะได้รับค่าตอบแทนมากที่สุด จึงจะถูกจัดสรรตามหลักประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ

4. การแบ่งปันปันส่วน (Rationing) ผ่านการตั้งราคาสินค้าและบริการ โดยเป็นการกำหนดอัตราการบริโภคและการผลิตที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

5. การตลาดจัดหาสิ่งต่าง ๆ เพื่ออนาคต เช่น การออมและการลงทุนที่เกิดขึ้นในตลาดเพื่อการรักษาและนำมาซึ่งความก้าวหน้าของระบบเศรษฐกิจ

⁴⁶ Samuelson and Paul A., *Economics* (New York: McGraw - Hill Book Company, 1970), pp. 39-42. อ้างถึงใน สมพงษ์ อรพินท์, *เศรษฐศาสตร์จุลภาค* (กรุงเทพมหานคร: แมคกรอ-ฮิล อินเตอร์เนชันแนล เอ็นเตอร์ไพร์ส, 2539), หน้า 14-15.

2.1.3 พฤติกรรมตลาด (Market conduct)⁴⁷

ลักษณะของโครงสร้างตลาดหรืออุตสาหกรรมแต่ละประเภทจะมีอิทธิพลในการกำหนดพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดนั้น โดยพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในโครงสร้างตลาดแต่ละแบบจะมีพฤติกรรมกำหนดราคาที่แตกต่างกัน ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจอาจจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับราคาก็ได้

1.) **พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดแข่งขันสมบูรณ์** เนื่องจากตลาดในลักษณะนี้มีผู้ผลิตเป็นจำนวนมากและสินค้าเหมือนกันทุกประการ ผู้ผลิตแต่ละรายจึงไม่มีอำนาจเหนือตลาดที่จะสามารถกำหนดราคาและปริมาณการผลิตได้ รวมถึงไม่สามารถใช้พฤติกรรมใด ๆ มาจำกัดการแข่งขันได้ เนื่องจากราคาในตลาดแข่งขันสมบูรณ์เป็นราคาที่ผู้ผลิตจะได้รับกำไรปกติ (Normal profit) ซึ่งเป็นระดับที่ผู้ผลิตสามารถประกอบธุรกิจของตนได้ต่อไป ดังนั้น หน่วยผลิตในตลาดนี้จะไม่มีการแข่งขันที่เกี่ยวกับราคาและไม่เกี่ยวข้องกับราคา

2.) **พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด** ตลาดลักษณะนี้ประกอบด้วยผู้ผลิตหรือผู้ขายจำนวนมาก ผู้ขายจึงมีอิสระที่จะดำเนินนโยบายการจำหน่ายสินค้าของตนไปตามที่เห็นว่าเหมาะสม การตั้งราคาสินค้าจึงสามารถตั้งราคาตามสภาพต้นทุนและอุปสงค์ในสินค้าของตน อย่างไรก็ตาม สินค้าที่ผลิตได้นั้นเป็นสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนกันได้หรือเป็นสินค้าที่มีความยืดหยุ่นต่ออุปสงค์สูงเมื่อราคาสินค้าเปลี่ยนแปลง ผู้ขายจึงไม่สามารถแสวงหาผลกำไรส่วนเกินในระยะยาวจากการขึ้นราคาได้ ทั้งนี้ เพราะจะมีผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาในอุตสาหกรรมจนกำไรส่วนเกินถูกขจัดไป และในตลาดนี้อาจมีการใช้พฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา ได้แก่ ใช้การโฆษณาและการส่งเสริมการขาย เพื่อกระตุ้นให้ผู้บริโภคเพิ่มปริมาณการซื้อสินค้าโดยผู้ผลิตไม่ต้องลดราคาสินค้าลง

3.) **พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดผู้ขายน้อยราย** เนื่องจากตลาดลักษณะนี้มีผู้ขายอยู่น้อยราย ผู้ผลิตในตลาดนี้จะดำเนินนโยบายอย่างไรจะต้องคำนึงถึงปฏิกิริยาของผู้ผลิตรายอื่น ๆ ที่อยู่ในตลาดเดียวกันประกอบด้วย โดยผู้ผลิตมีอำนาจกำหนดราคาแต่ต้องสอดคล้องกับราคา

⁴⁷ ศุภชาติ สุขารมณ, "พฤติกรรมตลาด" ในเอกสารการสอนชุด เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532), หน้า 446-459.

ของคู่แข่งกัน ทั้งนี้การกำหนดราคาอาจทำได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้ผลิตในตลาด พฤติกรรมการกำหนดราคาลักษณะต่าง ๆ ในตลาดของผู้ขายน้อยรายที่สำคัญ มีดังนี้

3.1) การกำหนดราคาเพื่อกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ (Entry-limit pricing)

เกิดจากการที่ผู้ผลิตได้รวมตัวกันกำหนดราคาตลาดให้ต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ยของผู้ผลิตรายใหม่หรือรักษาระดับราคาตลาดในระดับที่ทำให้ผู้ผลิตรายใหม่ไม่อาจเข้าสู่ตลาด ซึ่งจะส่งผลให้ในระยะยาวไม่มีผู้ผลิตอื่นเข้ามาในตลาดและผู้ผลิตที่อยู่ในตลาดสามารถแสวงหากำไรจากการผูกขาดได้ต่อไป

3.2) การกำหนดราคาเพื่อกำไรสูงสุดในระยะยาว (Open oligopoly)

เป็นการที่ผู้ผลิตกำหนดราคาที่ทำให้หน่วยผลิตได้รับมูลค่าปัจจุบันของผลกำไรที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ มีค่าสูงสุด โดยไม่ต้องจำกัดหน่วยผลิตหรือกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ ราคาที่ผู้ผลิตแต่ละรายกำหนดจะเป็นระดับราคาที่แตกต่างจากระดับราคาที่สามารกกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ตามข้อ 3.1 เพราะมักจะเป็นราคาที่สูงกว่าราคาที่กีดกันผู้ผลิตรายใหม่และจะอยู่ในระดับที่ก่อให้เกิดผลแก่ผู้ผลิตในระยะยาว แม้จะมีผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาแข่งขันก็ตามการกำหนดราคาลักษณะนี้ไม่จำเป็นต้องมีการรวมหัวกันของผู้ผลิต ผู้ผลิตแต่ละรายมีพฤติกรรมที่ไม่ขึ้นต่อกัน เนื่องจากผู้ผลิตอาจเคยได้รับประสบการณ์จากปฏิกริยาตอบโต้ของคู่แข่งกัน เพราะการดำเนินการของตนซึ่งเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของตลาดผู้ขายน้อยราย

3.3) การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory pricing) ผู้ผลิต

ยอมแบกรับการขาดทุนด้วยการตั้งราคาสินค้าของตนต่ำกว่าราคาสินค้าของผู้ผลิตอื่นในตลาดเพื่อขจัดคู่แข่งหรือสร้างความกดดันจนกระทั่งคู่แข่งไม่สามารถอยู่ในตลาดได้ โดยผู้ผลิตที่สามารถกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่งได้จะต้องเป็นผู้ผลิตขนาดใหญ่ที่มีความได้เปรียบทางด้านเงินทุนจนสามารถแบกรับภาระการขาดทุนจนหน่วยผลิตอื่นต้องออกไปจากตลาดและภายหลังจึงใช้อำนาจผูกขาดที่มีอยู่แสวงหากำไร

3.4) การกำหนดราคาโดยการบวกกำไรเข้าไปในต้นทุนการผลิต (Cost-plus-marking pricing)

ผู้ผลิตจะกำหนดราคามผลผลิตของตนโดยคำนึงถึงต้นทุนเฉลี่ยบวกด้วยกำไรที่ผู้ผลิตต้องการ การบวกกำไรนั้นจะพิจารณาจากเงื่อนไขทางด้านต้นทุนและอุปสงค์ประกอบ

3.5) การกำหนดราคาโดยผู้นำทางราคา (Price leadership) เกิดจาก

การร่วมกันของผู้ผลิตซึ่งมักจะเป็นผู้ผลิตขนาดใหญ่ที่มีอำนาจตลาด (Dominant firm) ร่วมกันกำหนดราคา เป็นผู้นำในการตั้งราคาหรือให้ผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งเป็นผู้นำทางราคา

(Collusive price leadership) โดยการตกลงกันนี้อาจทำแบบชัดแจ้งหรืออาจเป็นการตกลงโดยพฤตินัยก็ได้ สังเกตได้ว่าเมื่อมีผู้ชี้หน้าหรือเป็นผู้นำในการกำหนดราคาแล้ว ผู้ผลิตอื่น ๆ ในตลาดจะปฏิบัติตามราคาที่กำหนด

3.6) การกำหนดราคาโดยให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ของผู้ผลิตร่วมไปด้วย (Tying contract, requirement contract, exclusive dealing) ผู้ผลิตจะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตน โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นที่ผู้ขายกำหนดพ่วงไปด้วย อาจทำในรูปแบบสัญญาหรือเป็นการบีบบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าหรือบริการในระดับราคาที่สูงกว่าราคาตลาดที่มีการแข่งขัน ซึ่งมีผลทำให้ส่วนเกินของผู้บริโภคลดต่ำลง และส่งผลให้ผู้ผลิตนั้นมีโอกาสในตลาดสินค้าหรือบริการอื่นเพิ่มขึ้นในเวลาเดียวกัน

3.7) การรวมหัวและการร่วมกันกำหนดราคา (Cartelization and format collusion) เป็นการที่ผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันกำหนดราคาในตลาดใดตลาดหนึ่งเพื่อกำหนดปริมาณผลผลิตหรือกำหนดระดับผลกำไรที่ต้องการ เพื่อลดระดับการแข่งขันระหว่างกันลง ทำให้อุตสาหกรรมนั้นเป็นอุตสาหกรรมที่ถูกผูกขาด

นอกจากนี้ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดผู้ขายน้อยรายยังมีพฤติกรรมที่แตกต่างไปจากพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดแบบอื่น ๆ ที่ชัดเจน คือ พฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่ใช่ราคา (Non-price competition) ได้แก่ การโฆษณา (Advertising) การทำให้ผลิตภัณฑ์มีความแตกต่างกันเล็กน้อยในทัศนะของผู้บริโภค (Product differentiation) ด้านความคงทนของสินค้า (Durability) การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสินค้า (Style change) การวิจัยและการพัฒนาสินค้า (Research and development) และการส่งเสริมการขายรูปแบบต่าง ๆ เช่น การชิงโชค การแจก การแถม เป็นต้น

4.) พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดผูกขาด ตลาดประเภทนี้จะมีผู้ผลิตเพียงรายเดียว ผู้ผลิตจึงมีอิสระในการกำหนดราคาและมีพฤติกรรมรูปแบบต่าง ๆ ที่สามารถสร้างอำนาจตลาดให้กับตน เช่น การกำหนดราคา การกำหนดระดับการผลิต การแบ่งแยกราคาขายภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสินค้านั้นไม่สามารถนำกลับไปขายใหม่ได้ (Resale) เป็นต้น โดยการกำหนดพฤติกรรมดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจของผู้ผลิตเป็นสำคัญ โดยส่วนมากมักเป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาหรือกำหนดปริมาณ

2.1.4 ความหมายและความสำคัญของการแข่งขัน

การแข่งขัน (Competition)⁴⁸ นักเศรษฐศาสตร์ได้ให้ความหมายไว้ 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก หมายถึง เสรีภาพในทางเศรษฐกิจที่ทุกคนล้วนมีอิสระในการสร้างผลิต ทำสินค้า หรือบริการใดขึ้นมาโดยใช้เทคนิคที่ตนถนัดหรือเห็นว่าเหมาะสม และนอกจากนี้ ยังมีเสรีภาพในการกำหนดจำนวน คุณภาพ ราคา และชนิดได้ตามใจชอบ การแข่งขันจึงจะเกิดขึ้น และฝ่ายผู้ซื้อเองก็มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ กล่าวคือ มีข้อมูลที่เพียงพอประกอบการตัดสินใจที่จะซื้อหรือไม่ซื้อสินค้าและบริการนั้น การแข่งขันโดยนัยนี้จึงหมายถึงการมีเสรีภาพในการเลือกระหว่างวิธีการกระทำต่าง ๆ ตามที่แต่ละคนเห็นชอบ

แนวทางที่สอง หมายถึง การต่อสู้เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเพื่อกำไร อำนาจในการครองตลาด การเป็นผู้นำ หรือการต่อสู้เพื่อการอยู่รอดเป็นการแข่งขันที่กระทำระหว่างบุคคลหรือกลุ่มธุรกิจที่มีความพยายามมุ่งถึงผลสำเร็จเดียวกันก็ตาม คู่แข่งเปรียบเสมือนศัตรูซึ่งกันและกัน

ปัญหาที่ตามมา คือ สามารถที่จะแยกความหมายของการแข่งขันที่กล่าวไปทั้งสองประการออกจากกันได้หรือไม่ จึงต้องพิจารณาถึงทฤษฎีที่ได้กำหนดนิยามของ “การแข่งขัน” ซึ่งถือว่าตลาดจะมีการแข่งขันเกิดขึ้นเมื่อ

1. ไม่มีการกีดกันมิให้หน่วยผลิตใหม่เข้ามาทำการแข่งขัน (Entry) ในตลาด หรือ ออกจากการแข่งขัน (Exit)
2. ไม่มีหน่วยผลิตหรือกลุ่มของกิจการใด ๆ ที่มีขนาดและอิทธิพลเหนือตลาด หรือ มีอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าและบริการในตลาด
3. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการมีอย่างแพร่หลายและทั่วถึง
4. ผู้บริโภคไม่รู้สึกรู้สีกแตกต่างใด ๆ ในการซื้อสินค้าและบริการจากหน่วยผลิตที่แข่งขันกันผลิตสินค้าหรือให้บริการที่เหมือน ๆ กัน (Identical)

⁴⁸ สุธีร์ ศุภนิธย์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย (2536), หน้า 22-23.

5. ราคาสินค้าและบริการจะถูกกำหนดโดยกลไกการทำงานของอุปสงค์และอุปทาน (Demand and Supply)

อย่างไรก็ตาม ตลาดตามนิยามดังกล่าวที่มีความสมบูรณ์นั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ยาก การที่จะวิเคราะห์ถึงนิยามของการแข่งขันที่เป็นจริง (Effective competition) จะสอดคล้องกับสภาพการแข่งขันที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งสามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้ โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. จำนวนผู้ผลิตในตลาดมีมากพอเมื่อเทียบกับตลาดและขนาดของอุปสรรคที่จะกีดกันมิให้ผู้ผลิตรายใหม่เข้ามาไม่สูงพอที่จะกีดกันได้ และเป็นทางเลือกให้แก่ผู้บริโภค

2. ไม่มีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น การสมคบกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Collusion) การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory pricing) การตั้งราคาแบบเลือกปฏิบัติ (Price discrimination)

3. ผู้บริโภคมีข้อมูลข่าวสารประกอบการตัดสินใจเพียงพอที่จะเลือกซื้อสินค้าและบริการตามที่ต้องการ

4. ผู้ผลิตสามารถขยายสัดส่วนของการครองตลาดได้ด้วยกลยุทธ์การดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพของตน กล่าวคือ หน่วยผลิตสามารถขยายสัดส่วนการครองตลาด และยกระดับกำไรด้วยการใช้กลยุทธ์ด้านราคา และคุณภาพของสินค้า ตลอดจนความสามารถในตลาดของตนเอง

5. ระดับราคาสินค้าและบริการไม่แตกต่างจากต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยมากเกินไปนัก และระดับของอัตรากำไรในระยะยาวสอดคล้องกับระดับของความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากกิจการนั้น ๆ⁴⁹

องค์ประกอบในนิยามของการแข่งขันที่เป็นจริงแทบจะไม่มีแตกต่างกับองค์ประกอบในการพิจารณาตลาดสมบูรณ์ (Perfectly Competitive Market) เพียงแต่นักเศรษฐศาสตร์หรือนักกฎหมายย่อมสามารถเข้าใจได้ว่า ตลาดที่จะครบองค์ประกอบดังกล่าวย่อมหาได้ยากหรือแทบไม่มีอยู่จริง จึงต้องหาองค์ประกอบที่เป็นไปได้เพื่อนำมาใช้พิจารณาอย่างเหมาะสม จึงมีการปรับเปลี่ยนมาเป็นตลาดที่มีเงื่อนไข 5 ประการข้างต้นนี้ ซึ่งสามารถใช้เป็นเป้าหมายกติกการแข่งขันทางธุรกิจได้ เพราะสำหรับหน่วยธุรกิจนั้นกลไกตลาดภายใต้การแข่งขันอย่างเสรีจะช่วยส่งเสริมให้หน่วยผลิตทั้งหลายดำเนินกิจการอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดเท่าที่จะทำได้

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-24.

ข้อเสียของการที่ตลาดไม่มีการแข่งขัน

การแข่งขันนั้นตรงกันข้ามกับการผูกขาด การผูกขาดจึงเป็นผลเสียของการที่ไม่มี การแข่งขันในตลาด ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่าการผูกขาดทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่าง ไม่มีประสิทธิภาพ โดยได้แบ่งแ่งง่มของผลกระทบออกเป็น 3 ด้าน ดังนี้

1. ผลต่อผู้บริโภค โดยปกติแล้วการที่รัฐคอยควบคุมให้มีการแข่งขันกัน ในระหว่างผู้ผลิตด้วยกันจะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์โดยตรงจากการแข่งขันนั้น เช่น ด้านราคา การแข่งขันจะทำให้ผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่เป็นธรรม และทำให้ผู้ผลิตต้องคอย ปรับปรุงพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการของตนอยู่เสมอ รวมถึงพยายามคิดค้นประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ เข้าสู่ตลาด ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การผูกขาดเป็นตัวการทำให้ประโยชน์ส่วนเกิน ที่ผู้บริโภคควรได้รับขาดหายไป

2. ผลต่อผู้ผลิต การผูกขาดทำให้เกิดข้อได้เปรียบเสียเปรียบในทางธุรกิจ เพราะ โดยธรรมดาแล้วหากมีการแข่งขันกัน ผู้ผลิตที่ดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพเหนือผู้อื่นเท่านั้น ที่จะสามารถดำรงอยู่ได้ในระยะยาว หน่วยผลิตใดที่มีต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยสูงกว่าคู่แข่ง จะถูกการทำงานของกลไกราคาบีบบังคับให้ออกจากการแข่งขันไปในที่สุด กล่าวคือการแข่งขัน จะสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ผลิตด้วยตนเอง หรือเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตหน้าใหม่ (New entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันได้

3. ผลต่อสังคม สิ่งที่สังคมเสียไปจากการผูกขาด คือ การใช้ทรัพยากรอย่าง ไม่มีประสิทธิภาพ กำไรส่วนเกิน (Excess profit) ตกไปเป็นกำไรของผู้ผูกขาด และประสิทธิภาพ การผลิตที่เกิดจากการแข่งขันได้สูญหายไป (Deadweight welfare loss)⁵⁰

2.1.5 การพิจารณาส่วนแบ่งตลาด (Market share)

ส่วนแบ่งตลาด (Market share) เป็นเกณฑ์หรือเครื่องมือชี้วัดที่ใช้กำหนด อำนาจเหนือตลาด ซึ่งสามารถคิดได้ทั้งจากขนาดของสินทรัพย์หรือจากยอดขาย แต่สำหรับกรณี ของประเทศไทยจะใช้วิธีการคิดจากยอดขายซึ่งอาจจะหาข้อมูลได้ง่ายกว่าการคิดคำนวณจากขนาด

⁵⁰ สุธีร์ ศุภนิตย และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 26-27.

ของสินทรัพย์ โดยวิธีการหาส่วนแบ่งตลาดจะเริ่มจากการหามูลค่าของตลาดทั้งหมด (Total Value) จากนั้นนำยอดขายของแต่ละบริษัทมาหารด้วยมูลค่าตลาดทั้งหมด โดยเริ่มจากการหาส่วนแบ่งตลาดของหน่วยธุรกิจขนาดใหญ่ก่อน จากนั้นจึงค่อยประมาณการส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็กอื่น ๆ ในตลาด ทั้งนี้บางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องใช้ยอดขาย นักเศรษฐศาสตร์สามารถใช้ตัวแปรอื่น เช่น กำลังการผลิตแทนยอดขายได้ แต่จะทดแทนได้อย่างสมบูรณ์เมื่อมีการผลิตเต็มกำลังการผลิตเท่านั้น ปัญหาที่สำคัญในการหาส่วนแบ่งตลาด คือ การหามูลค่ารวมของตลาดและยอดขายของผู้ประกอบธุรกิจรายเล็ก ๆ ในตลาด ซึ่งทำได้ยากต้องใช้การประมาณการ (Estimate) และอาจทำให้ข้อมูลค่ารวมของตลาดนั้นคลาดเคลื่อน และส่งผลให้ส่วนแบ่งตลาดของแต่ละบริษัทที่หาได้มีความคลาดเคลื่อนเช่นเดียวกัน⁵¹

World Bank ได้ยกประสบการณ์ในประเทศต่าง ๆ และระบุว่าการใช้ส่วนแบ่งตลาด (Market share) ที่ระดับ 50 เปอร์เซ็นต์เป็นเกณฑ์ไม่เหมาะสมในทางปฏิบัติ (Practical) เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยที่เหลือในตลาดอีก 50 เปอร์เซ็นต์อาจมีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงก็ได้⁵²

การหาขอบเขตตลาดสินค้า (Market definition) การดูว่าเป็นตลาดเดียวกันหรือตลาดเกี่ยวข้องกัน (Relevant market) หรือไม่ มีความสำคัญตรงที่จะส่งผลต่อการหาผู้มีอำนาจเหนือตลาด และส่งผลต่อการพิจารณาส่วนแบ่งตลาดเพราะจะทำให้ตลาดของสินค้าที่ถูกพิจารณานั้นมีขอบเขตที่กว้างขึ้น ตลาด (Market) ที่จะใช้เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยว่าผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้นมีขอบเขตน้อยเพียงใด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าปัญหานี้เป็นปัญหาของตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งคำว่า “เกี่ยวข้อง” ในที่นี้หมายถึง ความเกี่ยวข้องกับตัวผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งและสินค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นผลิตหรือจำหน่าย⁵³ เห็นได้ชัดว่าการกำหนดขอบเขตตลาดเป็นเรื่องที่สำคัญและต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูง เพราะมิเช่นนั้นแล้วจะส่งผลในขั้นตอนการพิจารณาที่ตามมาภายหลัง

⁵¹ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านเศรษฐศาสตร์) (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542), หน้า 1-6-1-7.

⁵² World Bank and OECD, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* (Washington: World Bank Publishers, 1998).

⁵³ สรวิต ลิ้มปริงชี, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวบรวมบทความ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 47.

ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market) แนวคิดของตลาดที่เกี่ยวข้อง จัดว่าเป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตการแข่งขันของตลาดที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งดำเนินกิจการอยู่และผู้ประกอบการอื่นนั้นตกอยู่ภายใต้แรงกดดันของการแข่งขันจากผู้ประกอบการอื่น ๆ ที่ดำเนินกิจการอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกันนั้น⁵⁴ ตลาดที่เกี่ยวข้องนี้จะต้องรวมเอาสินค้าทุกประเภทและผู้ขายทุกรายที่อาจมีผลกระทบหรือสร้างแรงกดดันจากการแข่งขัน (Competitive pressure) ต่อการกระทำของผู้ประกอบการที่ถูกตรวจสอบนั้นได้ โดยใช้ราคาสินค้าในการตรวจสอบว่า เมื่อเพิ่มหรือลดราคาสินค้าชนิดนั้นแล้วจะส่งผลกระทบต่อสินค้าและผู้ขายเหล่านั้น โดยความเกี่ยวข้องในที่นี้อาจแบ่งได้ 2 แง่มุมด้วยกัน กล่าวคือ ความเกี่ยวข้องในแง่ขอบเขตหรือพื้นที่และความเกี่ยวข้องในแง่ของตัวสินค้า⁵⁵

โดยหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตตลาด (Market boundaries) มีดังนี้⁵⁶

1. ตลาดเกี่ยวกับสินค้า (Product market) หมายถึง ลักษณะผลิตภัณฑ์ที่สามารถนำมาแลกเปลี่ยนทดแทนกันได้ การจำกัดขอบเขตของตลาดประเภทนี้จะพิจารณาถึงลักษณะของผลิตภัณฑ์ รวมถึงผลิตภัณฑ์ที่สามารถทดแทนได้ (Substitute product) โดยพิจารณาจากคุณลักษณะ (Characteristics) หรือ คุณภาพ (Quality) การใช้งาน (Use) และราคา (Price) ของผลิตภัณฑ์ โดยดูว่าหากสามารถทดแทนกันได้ก็ให้ถือว่าผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน นอกจากนี้จะต้องคำนึงถึงขอบเขตการใช้ทดแทนกันด้วยว่าผลิตภัณฑ์นั้นนำมาใช้ทดแทนกันได้เพียงใด (Reasonable interchange ability of use) หรืออาจพิจารณาจากความยืดหยุ่นของการทดแทนกันระหว่างสินค้าหรือความยืดหยุ่นไขว้ (Cross elasticity of demand) ถ้าขอบเขตของการใช้ทดแทนกันมีมาก คือ ผู้บริโภคสามารถนำผลิตภัณฑ์นั้นมาใช้ทดแทนกันด้วยความมุ่งหมายเดียวกันอย่างสมเหตุสมผล ให้ถือว่าผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่หากขอบเขตการใช้ทดแทนกันไม่เป็นไปตามความมุ่งหมายเดียวกัน ถือว่าผลิตภัณฑ์นั้นมีใช้สินค้าทดแทนที่จะถูกนำมากำหนดขอบเขตให้อยู่ภายในตลาดเดียวกันกับผลิตภัณฑ์หลัก

⁵⁴ European Union's Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of the Community Competition Law.

⁵⁵ สรวีศ ลิ้มปรีงษ์, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 3 (2542): หน้า 376.

⁵⁶ วิจิต มั่นตาภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป," วารสารนิติศาสตร์ 13(2526): 136-139.

ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้า (Relevant Product Market) คือ เป็นการค้นหาว่ามีสินค้าใดบ้างที่สามารถนำมาทดแทนสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว รวมถึงสินค้าที่ถือว่าแข่งขันกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจนั้น

2. ตลาดตามภูมิศาสตร์ (Geographic market) หมายถึง บริเวณพื้นที่ที่ผู้ขายใช้สำหรับประกอบการค้า และผู้ซื้อสามารถหาซื้อสินค้าได้ในบริเวณพื้นที่ดังกล่าว ทั้งนี้ อาณาเขตของพื้นที่ดังกล่าวนี้อาจหมายถึง พื้นที่ทั้งประเทศหรือเฉพาะภาคใดภาคหนึ่งหรือบางกรณี อาจหมายถึงเฉพาะจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งเท่านั้น ปัจจัยในการพิจารณาอาณาเขตของพื้นที่ขึ้นอยู่กับบริเวณที่ตั้งของผู้ขายที่สามารถเสนอขายสินค้าให้ผู้ซื้อ โดยปัจจัยที่ใช้กำหนดขอบเขตตลาดทางภูมิศาสตร์ (Geographic boundaries) ได้แก่ ค่าขนส่งสินค้า (Cost of shipping) ความคงทนของสินค้า (The perishability of a product) สินค้าที่เสียหายเนื่องจากอายุสินค้ามีจำกัด ทำให้คู่แข่งถูกจำกัดโดยเขตพื้นที่ ความสะดวกในการขนส่ง พฤติกรรมของผู้จัดจำหน่ายที่มุ่งเป้าหมายเฉพาะตลาดกลุ่มผู้บริโภคบางกลุ่มเท่านั้น หรือพฤติกรรมของผู้บริโภคที่มุ่งหาผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายบางรายเท่านั้น เป็นต้น สิ่งดังกล่าวมานี้ล้วนเป็นสิ่งที่ส่งผลให้เกิดการกีดกันการแข่งขันได้

2.1.5.1 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์

ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่ใช้ตรวจสอบว่าสินค้าอยู่ในตลาดเดียวกันหรือไม่ วิธีการหาขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในความเห็นของผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก อาจแบ่งออกได้ 2 วิธีการ ได้แก่

การพิจารณาด้านการตอบสนองต่อราคาสินค้า⁵⁷ (Small but Non-Transitory Increase in Price Test (SSNIP Test)) คือการเพิ่มราคาสินค้าชนิดหนึ่งประมาณ 5-10 เปอร์เซ็นต์เป็นระยะเวลาพอสมควร (ประมาณ 6 เดือนถึง 1 ปี) เพื่อให้ผู้ซื้อหันไปซื้อสินค้าอื่นใช้ทดแทน หากจำนวนผู้ซื้อที่เปลี่ยนใจหันไปซื้อสินค้าชนิดอื่นทดแทนมีจำนวนมากพอที่จะทำให้การขึ้นราคา 5-10 เปอร์เซ็นต์ของผู้ขายไม่เกิดประโยชน์และผู้ขายไม่สามารถรักษาระดับราคาที่สูงต่อไปได้แสดงว่า สินค้าทั้งสองชนิดนี้เป็นสินค้าในตลาดเดียวกัน แต่หากจำนวนผู้ซื้อที่เปลี่ยนใจ

⁵⁷ ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก, "หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25-29 ซึ่งสำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทงการค้า กรมการค้าภายใน แปลมาจาก " ใน Guideline of Trade Competition Act for Section 25, 26, 27 and 29 (1997), หน้า 4-5.

ไปซื้อสินค้าอื่นมีจำนวนไม่มากพอ ทำให้ผู้ขายสามารถรักษาระดับราคาที่สูงต่อไปได้ แสดงว่าสินค้าทั้งสองชนิดนั้นเป็นสินค้าคนละตลาดกัน โดยจะพิจารณาจากตลาดที่แคบที่สุดผ่านเกณฑ์ทดสอบผู้มีอำนาจผูกขาดโดยสมมติ (Hypothetical Monopolist Test)

ปัจจัยเชิงคุณภาพ ได้แก่ ความสามารถในการตั้งราคาขายที่แตกต่างกัน (แสดงว่าเป็นคนละตลาด) พฤติกรรมของผู้ซื้อ ทักษะของบุคคลที่สาม เช่น ผู้เชี่ยวชาญในอุตสาหกรรมนั้น ๆ ลักษณะการใช้ (End use) ว่าผู้ซื้อซื้อไปใช้ทำอะไร ลักษณะทางกายภาพและคุณสมบัติต้นทุนของผู้ซื้อในการเปลี่ยนสินค้า และความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (Cross elasticity of demand)⁵⁸

ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (Cross elasticity of demand)

กล่าวคือ จำนวนสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการซื้อในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ อาจเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมได้ หากปัจจัยที่กำหนดความต้องการซื้อนั้นเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งปัจจัยที่กำหนดนี้อาจจะเป็นในเรื่องราคาหรือไม่เกี่ยวข้องกับราคาก็ได้ แต่ถ้าความอ่อนไหวของปริมาณความต้องการซื้อที่มีขึ้นอยู่กับการเปลี่ยนแปลงด้านราคาของสินค้าหรือบริการชนิดอื่นที่เกี่ยวข้องเรียกว่า ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอื่น หรือความยืดหยุ่นไขว้ โดยสามารถวัดความยืดหยุ่นนี้ด้วยการเปรียบเทียบร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปริมาณซื้อกับร้อยละของการเปลี่ยนแปลงในปัจจัยที่กำหนด หากร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปริมาณซื้อมากกว่าร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปัจจัยที่กำหนด แสดงว่าอุปสงค์มีความยืดหยุ่นมาก (Elastic demand) แต่ถ้าร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปริมาณซื้อน้อยกว่าร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปัจจัยที่กำหนดแสดงว่าอุปสงค์มีความยืดหยุ่นน้อย (Inelastic demand) และถ้าร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปริมาณซื้อเท่ากับร้อยละของการเปลี่ยนแปลงปัจจัยที่กำหนดพอดี แสดงว่าอุปสงค์มีความยืดหยุ่นคงที่ (Unitary elastic demand) ซึ่งความยืดหยุ่นของอุปสงค์นี้จะส่งผลต่อความสามารถในการทดแทนกับสินค้าชนิดอื่น เพราะสินค้าหรือบริการบางชนิดสามารถใช้ทดแทนกับสินค้าชนิดอื่นได้ง่าย แต่บางชนิดนั้นทดแทนกันได้ยาก ถ้าสินค้าหรือบริการชนิดใดทดแทนสินค้าอื่นได้ง่าย อุปสงค์ต่อราคาของสินค้าหรือบริการนั้นมักจะมีค่าความยืดหยุ่นมาก (Elastic) ในทางตรงกันข้าม หากสินค้านั้นทดแทนกับสินค้าอื่นได้ยากหรือไม่สามารถทดแทนได้ อุปสงค์ต่อราคาจะมีความยืดหยุ่นน้อย (Inelastic) เช่น น้ำมันสำหรับรถยนต์ เป็นสิ่งที่หาพลังงานอื่น

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

มาทดแทนยาก ค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาน้ำมันจึงมีน้อย เพราะแม้จะเพิ่มราคาน้ำมันขึ้น ปริมาณการใช้น้ำมันก็มักจะไม่ลดลงไปมากนัก เช่นเดียวกับ กระแสไฟฟ้า⁵⁹

นอกจากนี้ในการกำหนดขอบเขตตลาดนั้น ประเทศไทยได้มีประกาศ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้ออกประกาศเรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนด ขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 โดยได้เขียนไว้ในหมวด 1 หลักการในการกำหนด ขอบเขตตลาด ข้อ 5 ว่า “ในการกำหนดขอบเขตตลาดจะพิจารณาเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ของสินค้าหรือบริการในด้านการทดแทนกันด้านอุปสงค์ (Demand Substitutability) การทดแทน กันด้านอุปทาน (Supply Substitutability) และการแข่งขันกับสินค้าหรือบริการที่อาจเกิดขึ้นได้ใน อนาคต (Potential Competition) มาประกอบกัน”

ความสามารถในการทดแทนกันด้านอุปสงค์ (Demand Substitutability) การทดแทนกันด้านอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการ เป็นการพิจารณาความเห็นและ มุมมองของผู้บริโภคถึงขอบเขตของการใช้สินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้ ทั้งจากเหตุผล คุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการนั้น และเหตุผลทาง ด้านภูมิศาสตร์

ความสามารถในการทดแทนกันด้านอุปทาน (Supply Substitutability) เป็นการพิจารณาความสามารถของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการหนึ่ง ในการเปลี่ยนไปผลิตและทำการตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องได้โดยไม่ต้องแบกรับภาระต้นทุน หรือความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของราคา

การแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (Potential Competition) เป็นการพิจารณาปัจจัยและสถานการณ์ในแต่ละกรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาด ของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะส่งผลต่อระดับการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ได้⁶⁰

⁵⁹ สถาบันพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, เศรษฐศาสตร์ (Economics), พิมพ์ ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2548), หน้า 27-37.

⁶⁰ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขต ตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://drive.google.com/file/d/1BOf_F0-RP-Be22zLyVOIsNCW2hiPJJcV/view

2.2 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

แต่เดิมก่อนที่จะมีการออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้ามาก่อนแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ซึ่งกฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ประกอบด้วย 2 มาตรการ คือ มาตรการว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้า เพื่อควบคุมสินค้าและบริการ (Price control measure) และ มาตรการว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด (Anti-monopoly measure) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามาตรการป้องกันการผูกขาดได้ถูกพัฒนามาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542⁶¹

กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์พื้นฐานทางเศรษฐกิจเพื่อประสิทธิภาพ (Efficiency) ของระบบเศรษฐกิจเป็นสำคัญ โดยคุ้มครองการทำงานของระบบราคา และส่งเสริมการแข่งขันในตลาด โดยเชื่อว่าผู้บริโภคจะสามารถซื้อสินค้าตามความต้องการของตนได้ในราคาที่ต่ำที่สุดซึ่งเป็นผลมาจากการแข่งขัน และการแข่งขันจะส่งผลให้ผู้ผลิตต้องใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า ทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และผู้ผลิตจะถูกกระตุ้นให้พัฒนาความรู้และเทคโนโลยีรวมถึงนวัตกรรมต่าง ๆ เพื่อใช้ลดต้นทุนในการผลิตสินค้าของตน ทั้งหมดนี้จึงทำให้สวัสดิการ (Welfare) ของสังคมโดยรวมดีขึ้น⁶²

ทั้งนี้ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ทำให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร สมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและมืองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัวและ

⁶¹ สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้วไข่มุขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 2-3.

⁶² อนันต์ จันทร์โอภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 3 (2542): หน้า 339.

มีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เมื่อย้อนกลับไปดูหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กล่าวไว้ว่า “โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงสรุปได้ว่าวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้มีดังต่อไปนี้⁶³

1. เพื่อแยกบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและบริการและกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกจากกัน
2. เพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ
3. ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี
4. ป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ

นอกจากนี้ท่านอาจารย์เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไว้ในเอกสารหมายเลข 6 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)⁶⁴ โดยระบุว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญมีอยู่ 4 ประการ มีดังนี้

1. เพื่อสร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันที่เป็นธรรม ในปัจจุบันมีการเปิดเสรีด้านการลงทุนมากขึ้น เมื่อมีต่างชาติมาลงทุนมากขึ้นก็จำเป็นต้องมีกฎกติกาเพื่อกำหนดให้การแข่งขันเป็นธรรม และ

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 339-340.

⁶⁴ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ (บรรยาย) ประสพสุข สังข์บุญมาก (เรียบเรียง), *Trade and Competition* รายงานการบรรยายทางวิชาการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), 6.

คุ้มครองผู้ประกอบการรายเล็กภายในประเทศไม่ให้ถูกผู้ประกอบการใหญ่จากต่างประเทศเข้ามาเอารัดเอาเปรียบ

2. เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ผู้บริโภคควรได้รับการคุ้มครองสิทธิของตนเอง ในการบริโภคสินค้าและบริการที่เป็นธรรม

3. เป็นเครื่องมือสนับสนุนนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคม โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้า เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบนโยบายของรัฐมิให้นำไปสู่การผูกขาดในตลาด

4. เพื่อลดการแทรกแซงจากรัฐบาล การกำหนดให้มี Competition Advocacy ทำให้สามารถประเมินผลกระทบของการเข้าไปแทรกแซงตลาดของรัฐบาลได้ เช่น การประเมินผลกระทบต่อบริษัทผู้จำหน่ายน้ำมันรายอื่น ๆ หากรัฐบาลเข้าไปควบคุมราคาจำหน่ายน้ำมันของ ปตท. จะส่งผลกระทบต่อราคาน้ำมันในตลาด

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรมและป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจและเพื่อสร้างกติกาทางการค้าซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นในระบบทุนนิยม เพื่อให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กมีโอกาสในการพัฒนาธุรกิจให้เติบโตและแข่งขันกับผู้ประกอบการขนาดใหญ่ได้ หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่นั้นมีหลักการเดียวกัน คือ การห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและการห้ามการตกลงร่วมกันที่ทำลาย ชัดขวาง หรือจำกัดการแข่งขัน⁶⁵

การปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น เกิดจาก พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับมากกว่า 10 ปีแล้ว คณะรัฐมนตรีจึงเห็นเป็นการสมควรมีมติเมื่อวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2554 แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าขึ้น เพื่อพิจารณาปรับปรุงกฎหมาย โดยมีประเด็นที่เห็นควรปรับปรุง คือ ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย โดยมีการให้คำนิยามผู้ประกอบการให้ครอบคลุมบริษัทในเครือ เกณฑ์ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด การบังคับใช้กฎหมายกับรัฐวิสาหกิจ การกำหนดบทลงโทษ

⁶⁵ คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 21.

ทางปกครองและโทษทางอาญา องค์ประกอบและการทำงานของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และยกระดับองค์กรกำกับดูแลให้มีความคล่องตัว⁶⁶

จากการประชุมของสภานิติบัญญัติ ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.... ในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2559 (ซึ่งภายหลังได้ออกมาเป็น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560) ได้บัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันไว้ในร่างหมวด 3 ดังนี้⁶⁷

“5.4 การป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มาตรการป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรมมีความรัดกุมและไม่สร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการมากเกินไปมากเกินความจำเป็น ดังนี้

(4) การตกลงลดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Cartel) ได้ปรับปรุงบทบัญญัติในร่างฯ โดยแบ่งแยกระหว่างการตกลงของผู้ประกอบการธุรกิจที่แข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่ร้ายแรง (Hardcore cartel) เว้นแต่ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวมีความสัมพันธ์เป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันอยู่แล้ว (Single unit) ตามข้อเสนอแนะของคณะทำงานประชารัฐ กับการกระทำอื่น ๆ ที่เป็นการผูกขาดหรือลดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Softcore cartel) ยกเว้นการกระทำบางประการที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม เช่น การตกลงร่วมกันเพื่อพัฒนาการผลิตและการให้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เป็นต้น (ร่างมาตรา 52 ถึงร่างมาตรา 54)”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2.3 ความหมายของการตกลงร่วมกัน

การตกลงร่วมกัน (Agreements) คือ การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งด้วยเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์หรือเหตุผลเพื่อสร้างอำนาจผูกขาด พฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่ถือว่าผิดกฎหมายชัดเจน ได้แก่ การกำหนดราคาร่วมกัน (Price fixing) และการร่วมมือกันกำหนดราคาประมูล (Bid rigging) เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวไม่สามารถหาเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์มารองรับได้ การกระทำดังกล่าวจึงมักถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา แต่ถ้าเป็นการตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ต้องพิจารณาว่ามีวัตถุประสงค์ในการกำจัดหรือ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁶⁷ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) (2559), หน้า 23.

กีดกันการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ เพราะบางกรณีหากมิได้เป็นไปเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้า พฤติกรรมนั้นอาจส่งผลดีหรือผลเสียต่อการแข่งขันก็ได้ ผู้ประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องส่งเรื่องให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาก่อนว่าสามารถกระทำได้หรือไม่⁶⁸

การตกลงร่วมกัน (Cartel)⁶⁹ การตกลงร่วมกันอย่างเป็นทางการ (Formal agreement) ระหว่างบริษัทในอุตสาหกรรมผู้ขายน้อยราย ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมตกลงกันจะตกลงกันในเรื่องราคา ปริมาณการผลิต ส่วนแบ่งตลาด การแบ่งลูกค้ากัน การแบ่งพื้นที่ การกำหนดราคาประมูล การร่วมกันก่อตั้งองค์การขาย การแบ่งกำไรกัน เป็นต้น การตกลงร่วมกันในความหมายนี้มีลักษณะ คล้ายการสมรู้ร่วมคิดอย่างซัดแจ้ง (Collusion) การตกลงร่วมกันถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ตกลงร่วมกัน โดยตัวพฤติกรรมการตกลงร่วมกัน (Cartel) มีลักษณะที่คล้ายกับพฤติกรรมการผูกขาด โดยการจำกัดปริมาณการผลิต การขึ้นราคาหรือการกำหนดราคาเพื่อให้ได้รับกำไรที่สูงขึ้น โดยการตกลงร่วมกันอาจแบ่งได้ 2 ลักษณะ คือ การตกลงร่วมกันแบบเปิดเผย (Public cartel) และการตกลงร่วมกันแบบลับ (Private cartel)

การตกลงร่วมกันแบบเปิดเผย (Public cartel) มักเกิดจากการที่รัฐบาลกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับราคา การผลิต รวมถึงเรื่องอื่น ๆ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ การร่วมกันกำหนดราคาเพื่อการส่งออก (Export cartel) การตกลงทางการขนส่งสินค้าทางเรือ (Shipping conference) เป็นต้น

การตกลงร่วมกันแบบลับ (Private cartel) ในทางตรงกันข้ามกับการตกลงร่วมกันแบบเปิดเผย คือ การตกลงกันแบบลับนี้ เป็นการทำความตกลงร่วมกันโดยมีเงื่อนไขที่จะก่อประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งจะรู้กันเฉพาะในกลุ่มที่ตกลงเท่านั้น บุคคลภายนอกจะ 모르ถึงการตกลงนี้ แต่อาจถูกตรวจพบได้โดยบุคคลภายนอก การตกลงร่วมกันแบบลับนี้ถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

Cartel มาจากภาษาละติน หมายถึงการเขียน กระดาษ (ปาปิรุส) หรือจดหมาย ก่อนที่คำนี้จะถูกใช้นำมาใช้เป็นศัพท์เฉพาะในทางการค้า ถูกใช้โดยผู้แทนทางการทหารในการทำข้อตกลง

⁶⁸ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ (บรรณาธิการ) ประสพสุข สังข์บุญมาก (เรียบเรียง), Trade and Competition รายงานการบรรยายทางวิชาการ, หน้า 12-13.

⁶⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law," pp. 18-19.

ระหว่างประเทศที่เป็นปฏิปักษ์กัน เช่น การแลกเปลี่ยนนักโทษ ในขณะที่เมื่อตลาดขยายตัวมากขึ้น และมีการแข่งขันที่ดุเดือดระหว่างผู้ประกอบการซึ่งซื้อขายสินค้าชนิดเดียวกัน คำนี้ได้ถูกนำมาแทนที่ และใช้ในบริบทของการค้าในเรื่องการทำข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการขาย รวมถึงราคาหรือสิ่งอื่น ๆ ตามที่ตกลงกัน⁷⁰ แต่ในปัจจุบัน “Cartel” ใช้ในความหมายกรณีที่มีการเกิด Agreement ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และคำว่า “Cartel” ความหมายทางเศรษฐศาสตร์ยังหมายถึง “การรวมตัวกันของกลุ่มผู้ประกอบการ โดยในแต่ละรายยังคงดำรงไว้ซึ่งความอิสระทั้งในทางกฎหมายและเศรษฐกิจในระดับหรือประเภทเดียวกัน (การรวมตัวกันในแนวนอน)”⁷¹

อาจสรุปได้ว่าหากจะกล่าวถึงการให้นิยามของ Cartel อย่างน้อยที่สุดควรมี 2 องค์ประกอบ ได้แก่ 1. การรวมกลุ่มกันของบริษัทและ 2. มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน

การสมรู้ร่วมคิดกัน (Collusion)⁷² หมายถึง การรวมกัน (Combination) การสมคบกัน (Conspiracy) การตกลงร่วมกัน (Agreement) ระหว่างผู้ขายในการขึ้นราคาหรือกำหนดราคาและลดปริมาณการผลิตเพื่อเพิ่มกำไร แต่ข้อแตกต่างระหว่างการสมรู้ร่วมคิดกัน (Collusion) กับ การตกลงร่วมกัน (Cartel) คือ การสมรู้ร่วมคิดไม่จำเป็นต้องทำการตกลงร่วมกันอย่างเป็นทางการ (Formal agreement) ดังเช่น การตกลงร่วมกัน แต่เนื่องจากพฤติกรรมทั้งสองก่อให้เกิดผลทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกัน จึงมักจะใช้สองคำนี้แทนกันอยู่เสมอ องค์การกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า มองว่าการที่บริษัทสมรู้ร่วมคิดกันขึ้นราคาหรือกำหนดราคาสินค้าและลดปริมาณการผลิตเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันอย่างร้ายแรง การสมรู้ร่วมคิดจะทำได้ง่ายในตลาดผู้ขายน้อยราย การสมรู้ร่วมคิดไม่จำเป็นต้องมีการตกลงกันอย่างชัดเจนหรือการสื่อสารกันระหว่างบริษัท ในอุตสาหกรรมผู้ขายน้อยราย (Oligopolistic industries) บริษัทมีแนวโน้มที่จะพึ่งพาอาศัยกัน ในการกำหนดราคาและการตัดสินใจผลิต ซึ่งส่งผลให้การกระทำของบริษัทหนึ่งเกิดการส่งผลกระทบต่อได้กันระหว่างบริษัทอื่น ๆ ด้วย ดังนั้น ในบางสถานการณ์บริษัทในตลาดผู้ขายน้อยราย

⁷⁰ John Sanghyun Lee, Strategies to Achieve a Binding International Agreement on Regulating Cartels (Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2016), pp. 9-10.

⁷¹ วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด," วารสารกฎหมาย ปีที่ 22 ฉบับที่ 1 (2546): 183.

⁷² Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law," p 20-22.

ก็จะพิจารณาถึงการกระทำของบริษัทซึ่งเป็นคู่แข่งกันและดำเนินงานในลักษณะเดียวกัน (Coordinate) คล้ายกับการตกลงร่วมกัน (Cartel) โดยปราศจากการตกลงที่ชัดเจน แต่พฤติกรรมดังกล่าวก็ถูกมองว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดกันโดยปริยาย (Tacit collusion) หรือการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าในทิศทางเดียวกัน (Conscious parallelism)

ปัจจัยที่อาจก่อให้เกิดการกำหนดราคารวมถึง⁷³

ก) ความสามารถที่จะขึ้นราคาหรือรักษาราคา ถ้าอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำหรือมีสินค้าทดแทน การสมรู้ร่วมคิดกันจะไม่สำเร็จ และบริษัทจะไม่มีแรงจูงใจที่จะสมคบกันหรือเข้าร่วมการสมคบกันในด้านราคา

ข) บริษัทไม่คาดเห็นว่าการสมรู้ร่วมคิดกันจะถูกตรวจพบโดยง่ายหรือมีโทษอย่างรุนแรง หรืออาจเป็นกรณีที่ผลประโยชน์จากการสมรู้ร่วมคิดกันสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญมากกว่าค่าปรับและค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเสียชื่อเสียงของบริษัท

ค) ต้นทุนขององค์กรอยู่ในระดับที่ต่ำ หากการเจรจาระหว่างบริษัทถูกเลื่อนออกไป และมีการบังคับเอาค่าใช้จ่ายในการดำเนินการและการตรวจสอบสูง การสมรู้ร่วมคิดกันจะเกิดขึ้นยาก

ง) ผลิตสินค้าที่เหมือนกันหรือมีลักษณะที่คล้ายกันมาก การตกลงในเรื่องราคาจะทำได้ยาก หากสินค้ามีลักษณะแตกต่างกัน เช่น คุณภาพ ความทนทาน เป็นเรื่องยากที่บริษัทจะตรวจสอบได้ ว่ามีการเปลี่ยนแปลงการขาย เนื่องจากผู้ซื้อเปลี่ยนแปลงความชอบไปหรือเป็นการโกงของบริษัท ในรูปแบบการแอบขายตัดราคา

จ) อุตสาหกรรมที่มีการกระจุกตัวสูง หรือมีบริษัทขนาดใหญ่จำนวนไม่กี่แห่ง เมื่อจำนวนบริษัทน้อย ค่าใช้จ่ายในการสมรู้ร่วมคิดกันจะต่ำ ดังนั้น ความเป็นไปได้ในการตรวจพบว่าบริษัทใดฝ่าฝืนเรื่องการกำหนดราคาจะสูงขึ้น

ฉ) ความมีอยู่ของอุตสาหกรรมหรือสมาคมการค้า สมาคมมีแนวโน้มที่จะเป็นแหล่งร่วมมือในกิจกรรมทางการค้าและการแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งอาจช่วยในการสมรู้ร่วมคิดกัน โดยอาจจะเป็นไปเพื่อลดค่าใช้จ่ายขององค์กร

⁷³ Ibid, p 21.

การสมรู้ร่วมคิดไม่จำเป็นต้องประกอบด้วยปัจจัยทั้งหมดหรือปัจจัยบางประการในตลาดดังกล่าวข้างต้น ยิ่งไปกว่านั้นยังมีปัจจัยจำนวนมากซึ่งอาจจำกัดการสมรู้ร่วมคิดกัน เช่น ลักษณะที่ต่างกันของสินค้า ความแตกต่างของค่าใช้จ่ายระหว่างบริษัท เงื่อนไขทางธุรกิจ การมีลูกค้าที่มีประสบการณ์ในการซื้อซ้ำ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี ความถี่ในการซื้อสินค้า แรงจูงใจที่จะแอบตัดราคา และเพิ่มส่วนแบ่งตลาด เป็นต้น

2.3.1 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ
- (2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิตหรือจำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน
- (3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ
- (4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”⁷⁴

ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ประกาศเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561

หมวด 1 บททั่วไป ข้อ 5 “ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

⁷⁴ The Competition Act of Thailand Section 54: Any business operators competing with each other in the same market shall not jointly undertake any conduct which monopolizes, reduces, or restricts competition in that market in one of the following ways:

(1) to fix, whether direct or indirectly, purchasing or selling price, or any trading conditions that affect the price of goods or services;

(2) to limit the quantity of goods or services that each business operator will produce, purchase, sell, or provide, as agreed;

(3) to knowingly establish an agreement or conditions in order for one side to win an auction or to win in a bid of goods or services or in order for another side not to enter an auction or a bid of goods or services;

(4) to allocate areas in which each business operator will sell, or reduce a sale or purchase goods or services, or allocate purchasers or sellers to or from which each business operator will sell or purchase goods or services under the condition that other business operators shall not purchase or sell those goods or services. The provisions under paragraph one shall not apply to the conduct of business operators related to each other due to a policy or commanding power as prescribed in the Commission’s notification.

(1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบการ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

(2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น

(3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบการว่าได้กระทำการร่วมกัน”

2.3.1.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ

เนื่องจากถ้อยคำตามมาตรา 54 ใช้คำว่า “ผู้ประกอบการ” ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายหลายประเทศ แต่ทั้งนี้ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าขอบเขตของผู้ประกอบการนั้นจะมีลักษณะเช่นใด เพราะตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติไว้ที่มาตรา 5 ความว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการในธุรกิจ” จะเห็นได้ว่าจากการกำหนดนิยามดังกล่าวขาดความชัดเจนและไม่มีแนวทางในการบังคับใช้ ทำให้ไม่สามารถกำหนดขอบเขตของผู้ประกอบการได้อย่างชัดเจน ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถทราบได้ว่าตนเองมีสถานะเป็นผู้ประกอบการตามมาตรา 54 หรือไม่ รวมถึงสมาคมการค้าหรือในกรณีที่มีสถานะเป็นบริษัทแม่และบริษัทลูกซึ่งได้กระทำการละเมิดมาตรา 54 นี้จะมีขอบเขตในการบังคับใช้กฎหมายอย่างไรและจะมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบการใด” และ “ผู้ประกอบการอื่น” ได้หรือไม่ ประกอบกับยังไม่เคยมีการที่ศาลตีความถ้อยคำดังกล่าว จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวทางการตีความของกฎหมายต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

2.3.1.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่ได้ประกาศออกมา ไม่ปรากฏนิยามของ “กระทำการใด ๆ” และ “การร่วมกัน” แต่อย่างใดว่าต้องการให้ถ้อยคำทั้งสองนี้หมายความว่ารวมถึงข้อตกลง การกระทำร่วมกัน การตัดสินใจของสมาคมการค้า ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายต่างประเทศหรือไม่ เมื่อประเทศไทยไม่สามารถกำหนดขอบเขตดังกล่าวได้แล้วการจะวินิจฉัยถึงกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจะไม่สามารถทราบได้ว่าการกระทำดังกล่าวหรือการร่วมกันดังกล่าวถือเป็นสิ่งใด โดยแต่ละการกระทำต่าง ๆ ยังมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบเฉพาะและแบ่งออกเป็นหลายประเภทซึ่งมีทั้งที่ส่งผลต่อการแข่งขันและเป็นการจำกัดการแข่งขัน ประกอบกับการที่ผู้ประกอบการธุรกิจควรจะได้ทราบถึงแนวทางการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อที่จะได้เป็นแนวทางในการประกอบธุรกิจของตนเองและตัดสินใจได้ว่าจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดด้วยเจตนาที่ชัดเจน เนื่องจากไม่สามารถอาศัยหรืออ้างความคลุมเครือของกฎหมายได้

2.3.1.3 ขอบเขตของการตกลงร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าประเทศไทยมิได้กำหนดแนวทางในการปรับใช้ มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าไว้ทั้งในแง่ขอบเขตของผู้กระทำและในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกันอีกทั้งในกฎหมายลำดับรองที่ประกาศออกมาเพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้ยังขาดความชัดเจนประกอบกับไม่มีคำพิพากษาในประเทศไทยที่จะใช้กำหนดขอบเขตหรือแนวทางในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม กฎหมายลำดับรองดังกล่าวสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางเริ่มต้นในการศึกษาขอบเขตของกฎหมายต่างประเทศได้

2.4 ผลกระทบของการตกลงร่วมกัน

ระบบตลาดเสรีที่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาและการคุ้มครองทรัพย์สิน องค์ประกอบสำคัญที่ใช้กระตุ้นการทำงาน คือ อุปสงค์และอุปทาน ภายใต้ระบบตลาดเสรี อุปสงค์ของผู้บริโภคและอุปทานของผู้ผลิตจะเป็นสิ่งกำหนดราคาและปริมาณของผลผลิต นโยบายการแข่งขันจะควบคุมผู้ผลิตในการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตด้วยกันเองในเรื่องการขายไม่ว่าตามช่วงเวลาหรือสภาวะต่าง ๆ การแข่งขันจะนำไปสู่การดึงดูดผู้บริโภคด้วยราคาที่ต่ำลงซึ่งเป็นหลักการทำงานที่สำคัญของตลาดเสรี กฎหมายการแข่งขันทางการค้าถูกสันนิษฐานว่าช่วยปกป้องการทำงานของ

ตลาด อย่างไรก็ตาม มักจะมีการต่อต้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยการที่ผู้ประกอบการได้ร่วมกันกำหนดราคา จำกัดการผลิต⁷⁵

2.5 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันในประเทศไทย

แม้ประเทศไทยจะได้มีการห้ามการกระทำการตกลงร่วมกันมาเป็นระยะเวลาานาน แต่ถ้อยคำตามบทบัญญัติยังคงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องด้วยไม่สามารถทราบถึงขอบเขตที่แน่ชัดของถ้อยคำดังกล่าว อีกทั้งก็ไม่ปรากฏถึงคำพิพากษาและการตีความในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด และถึงแม้จะได้ออกแนวทางการพิจารณามาตรา 54 ออกมาในรูปแบบของกฎหมายลำดับรองก็ปรากฏถ้อยคำที่มาจากบทบัญญัติตามกฎหมายของต่างประเทศเท่านั้น เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้กับประเทศไทยทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องไปศึกษาถ้อยคำตามแนวทางการปรับใช้ดังกล่าวว่ามีขอบเขตอย่างไร โดยมุ่งศึกษาไปยังประเทศที่มีลักษณะของบทบัญญัติเหมือนหรือคล้ายกันรวมถึงในประเทศที่มีลักษณะของถ้อยคำแตกต่างกันเพื่อหาแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายที่เหมาะสมให้กับประเทศไทย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁷⁵ John Sanghyun Lee, Strategies to Achieve a Binding International Agreement on Regulating Cartels, pp. 1-2.

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ

3.1 ประเทศสิงคโปร์ (Singapore)

ในปี ค.ศ. 1600 อังกฤษต้องการหาเมืองท่าในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เซอร์สแตมฟอร์ด ราฟเฟิลจึงได้ลงนามสนธิสัญญาอย่างเป็นทางการกับผู้ครองนครซี้อัลดูราห์มานแห่งสิงคโปร์ เพื่อก่อตั้งฐานการค้าในสิงคโปร์ซึ่งมีลักษณะความเป็นเมืองท่าดีกว่าเมืองท่าอื่น ๆ เช่น ปีนัง โดยในปี ค.ศ. 1820 การค้าสิงคโปร์ขยายตัวมากกว่าป็นัง ทำให้ในปี ค.ศ. 1824 สิงคโปร์กลายเป็นที่ชื่นชอบของอังกฤษอย่างชัดเจน ดังนั้น สิงคโปร์จึงกลายเป็นศูนย์กลางการปกครองของดินแดนทั้ง 3 ได้แก่ มะละกา ปีนัง และสิงคโปร์ ซึ่งเรียกดินแดนนี้ว่า มกุฎราชอาณานิคม (Crown Colony) ภายใต้อำนาจของสำนักงานอาณานิคมลอนดอน (London's Colonial Office) ช่วงศตวรรษที่ 19 ตอนปลายและต้นศตวรรษที่ 20 สิงคโปร์เป็นศูนย์กลางการส่งออกหลัก ซึ่งเป็นผลจากการที่อังกฤษขยายอาณาเขตไปสู่มาลายา การเปิดคลองสุเอซ การประดิษฐ์ยานยนต์ซึ่งเป็นผลให้มีความต้องการผลิตภัณฑ์ยางเพิ่มมากขึ้น และการขยายตัวโดยรวมของการค้าระหว่างตะวันออกกับตะวันตก เนื่องจากความรุ่งเรืองของสิงคโปร์ทำให้มีผู้อพยพเข้ามามาก ทั้งจากจีน มาลายา อินเดีย และยุโรป นอกจากนี้อังกฤษยังได้สร้างฐานทัพเรือในสิงคโปร์โดยเชื่อมโยงจากกิลเบิร์ตตาถึงเอเดน อินเดีย และที่อื่น ๆ ทำให้สิงคโปร์เป็นเมืองที่มีความเจริญรุ่งเรือง เต็มไปด้วยโครงสร้างพื้นฐานและการบริหารภาษีพลเรือนเพื่อส่งเสริมการค้า

ในปี ค.ศ. 1942 เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 สิงคโปร์ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของญี่ปุ่น และถูกเปลี่ยนชื่อเป็น Syonan (แสงจากทางใต้) จนกระทั่งปี ค.ศ. 1945 อังกฤษกลับมายึดสิงคโปร์คืน ผลจากสงครามทำให้ผู้ที่อาศัยอยู่ในสิงคโปร์ได้พัฒนาจากผู้อพยพเป็นพลเมืองหลัก และมีสิทธิในการปกครองตนเอง การเลือกตั้งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1948 รวมทั้งการจัดตั้งสภานิติบัญญัติ จนกระทั่งคอมมิวนิสต์พยายามแยกสิงคโปร์ออกเป็นอิสระโดยใช้กำลังบังคับและมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นระยะเวลาถึง 12 ปี ต่อมาในปี ค.ศ. 1959 นายลี กวนยู ผู้ได้รับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนแรกทำการตกลงจะรวมสิงคโปร์กับมาลายาให้เป็นส่วนหนึ่งของสหพันธรัฐใหญ่โดยรวมกับอาณานิคมอื่นของอังกฤษบนเกาะบอร์เนียว ในปี ค.ศ. 1963 มาเลเซียเป็นอิสระ สิงคโปร์จึงกลายเป็นส่วนหนึ่งของมาเลเซียร่วมกับสหพันธรัฐมลายา ซาราวัก และซาบฮาร์ โดยบรูไนเลือกที่จะไม่เข้าร่วมและอินโดนีเซียคัดค้านการรวมตัวกัน มีการตอบโต้โดยใช้กำลังปะทะกันเป็นเวลากว่า 3 ปี ภายหลังจาก

สหพันธรัฐมลายาเกิดข้อพิพาทส่งผลให้ต้องแยกตัวออกจากกัน สิงคโปร์จึงเป็นอิสระโดยสมบูรณ์เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1965 สิงคโปร์กลายเป็นประเทศอุตสาหกรรม (Industrialization) อย่างรวดเร็ว แต่ต้องหยุดชะงักลงเพราะอังกฤษได้ถอนกำลังทหารออกจากประเทศและปิดฐานทัพเรือในปี ค.ศ. 1976 ต่อมาไม่นานสิงคโปร์ปรากฏตัวอีกครั้งในฐานะประเทศที่มีเสถียรภาพทางการเมือง และมีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจสูง และพัฒนาจนกลายเป็นฐานการผลิต ศูนย์รวมการบริการทางการเงิน ศูนย์กลางทางเทคโนโลยีและการศึกษา ความสำเร็จนี้มาจากการทำงานอย่างหนักของคนในประเทศและนโยบายของรัฐบาลด้านการค้าและการลงทุนโดยเสรี¹ เนื่องจากสิงคโปร์เคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ ดังนั้น ระบบกฎหมายของสิงคโปร์จึงมีพื้นฐานมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ทั้งนี้กฎหมายแข่งขันทางการค้าทางการค้า (Competition Act 2006) ของสิงคโปร์ได้มีการยกร่างโดยอาศัยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศอังกฤษ (The United Kingdom Competition Act of 1998) เป็นต้นแบบในการยกร่างเช่นเดียวกัน²

เหตุที่สิงคโปร์ต้องตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าออกมาใช้บังคับในปี ค.ศ. 2004 เป็นเหตุผลมาจากปัจจัยภายในและปัจจัยภายนอกประเทศ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้³

(1) ปัจจัยภายในประเทศ เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ได้เริ่มเปิดตลาดโทรคมนาคม ตลาดสื่อ ตลาดพลังงาน และธุรกิจธนาคารพาณิชย์ให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติและผู้ประกอบธุรกิจภายในสิงคโปร์เข้ามาแข่งขันได้ เมื่อรวมมูลค่าผลผลิตของบริษัท GLC (Government – Link Company) ซึ่งเป็นบริษัทที่เชื่อมโยงกับรัฐบาลในสิงคโปร์เข้าด้วยกันแล้ว มีผลผลิตสูงถึง 60 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าออกมาใช้บังคับเพื่อให้บริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กในสิงคโปร์ รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติมีความมั่นใจในการเข้ามาลงทุน เพราะมีกฎเกณฑ์การแข่งขันที่เป็นสากล โดยการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้านี้ เป็นการใช้บังคับกับการแข่งขันในธุรกิจทั่วไป เพิ่มเติมจากกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจเฉพาะ (Sectoral regulation) เพื่อสร้างสภาวะแวดล้อมทางกฎหมายให้บริษัทขนาดกลางและบริษัทขนาดเล็ก รวมถึงบริษัทต่างชาติให้สามารถแข่งขันกับบริษัท GLC ซึ่งมีขนาดใหญ่และ

¹ บัลเบียร์ ปี. บาซิน แพลโดย เกศสิรินทร์ ออลทรี, ช่องทางทำธุรกิจใน 10 ประเทศอาเซียน (นันทบุรี: ริงค์ บียอนด์ บุ๊คส์, 2558), หน้า 191-194.

² ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2560), หน้า 126.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 128-129.

มีเงินทุนมหาศาลได้อย่างเสรีและเป็นธรรม การแข่งขันดังกล่าวจะทำให้ตลาดของสิงคโปร์ มีประสิทธิภาพมากขึ้น และนำไปสู่การยกระดับความสามารถในการแข่งขัน (Competitiveness)

(2) ปัจจัยภายนอกประเทศ สิงคโปร์มีพันธกรณี เนื่องจากได้จัดตั้งความตกลงเขตการค้าเสรี กับสหรัฐอเมริกาซึ่งเรียกว่า The US – Singapore Free Trade Agreement 2003 (USSFTA) โดยในข้อบทที่ 12 ของความตกลง USSFTA มีหัวข้อว่า “Anticompetitive Business Conduct: Designated Monopolies, and Government Enterprise” เนื่องมาจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาและ ภาครัฐกิจของสหรัฐอเมริกามีความกังวลเกี่ยวกับจำนวนและบทบาทของบริษัท GLC ในสิงคโปร์ซึ่ง ครอบคลุม 60 เปอร์เซ็นต์ของ GDP ของสิงคโปร์ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตรากฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของสิงคโปร์ออกมาเพื่อใช้บังคับแก่บริษัท GLC ทั้งหมด โดยเนื้อหาสำคัญของกฎหมาย การแข่งขันทางการค้าเป็นการควบคุมมิให้บริษัท GLC ร่วมกัน (ก) ทำความตกลงกับคู่แข่งกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันในเรื่องราคา จำกัดปริมาณ หรือแบ่งลูกค้า หรือ (ข) มีพฤติกรรมกีดกันคู่แข่ง ทางธุรกิจซึ่งมีผลทำให้การแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการลดลงอย่างมีนัยสำคัญ⁴

3.1.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์ใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ของประเทศอังกฤษ (The UK Competition Act 1998) เป็นต้นแบบในการยกร่าง ประกาศใช้ ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2004 ได้จัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งสิงคโปร์ (The Competition Commission of Singapore: CCS) เป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าฉบับนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางธุรกิจทั่วไป ในขณะที่เดียวกันในประเทศสิงคโปร์ก็มีกฎหมายการแข่งขันเป็นรายธุรกิจเฉพาะ (Sectoral laws) ซึ่งถูกบังคับใช้โดยองค์กรบังคับใช้กฎหมายฉบับนั้น ๆ โดยเฉพาะมิใช่ CCS⁵

⁴ ARTICLE 12.3: DESIGNATED MONOPOLIES AND GOVERNMENT ENTERPRISES 2.

Government Enterprises (d) (ii) (A) enter into agreements among competitors that restrain competition on price or output or allocate customers for which there is no plausible efficiency justification, or (B) engage in exclusionary practices that substantially lessen competition in a market in Singapore to the detriment of consumers.

⁵ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน, หน้า 129.

สิงคโปร์มีกฎหมายเรื่องการต่อต้านการตกลงร่วมกันซึ่งเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขัน ชื่อว่า The Singapore Competition Act (Competition Act) มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมสภาพแวดล้อมในการแข่งขันทางธุรกิจและเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของตลาดในสิงคโปร์

พระราชบัญญัติการแข่งขันฉบับนี้บังคับใช้กับ “บุคคลที่เป็นคู่สัญญาตามข้อตกลง การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือการรวมธุรกิจ หากข้อตกลงนั้นเป็นสิ่งที่ผิดหรือการรวมธุรกิจ เป็นการฝ่าฝืนหรือมีแนวโน้มที่จะฝ่าฝืน” ข้อห้ามตามพระราชบัญญัติ⁶ โดยข้อห้ามสามารถสรุปได้ ดังนี้

(ก) ข้อห้ามตามมาตรา 34 ซึ่งห้ามการตกลง การกำหนด และการปฏิบัติที่ขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในสิงคโปร์

(ข) ข้อห้ามตามมาตรา 47 ห้ามการใช้อำนาจตลาดต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งเป็นการต่อต้านประสิทธิภาพในระยะยาว และ

(ค) ข้อห้ามตามมาตรา 54 ซึ่งห้ามการรวมธุรกิจซึ่งลดการแข่งขันลงอย่างมีนัยสำคัญ ภายในตลาดใด ๆ ในสิงคโปร์ สำหรับสินค้าหรือบริการและไม่มีการขดเซยประสิทธิภาพ

ข้อห้ามตามมาตรา 34 เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันและกิจกรรมอื่น ๆ ที่เป็นการสมรู้ร่วมคิดกัน และข้อตกลงที่ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน

พระราชบัญญัติการแข่งขันประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 2004 บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ห้ามการกระทำที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 ในระยะเวลาระหว่างที่มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติได้รับ คำแนะนำให้เสริมบทบัญญัติให้มีความชัดเจนว่าจะไม่มีการกำหนดโทษคู่สัญญาที่ทำสัญญาหรือ ข้อตกลงภายในหรือก่อนวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2005 ในช่วงระยะเวลาระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 ถึง 30 มิถุนายน ค.ศ. 2006 โดยพื้นฐานแล้วข้อตกลงใด ๆ หรือการเตรียมใด ๆ ซึ่งมีอยู่ก่อนวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2005 จะไม่มีการลงโทษหากมีการละเมิดจนกว่าจะถึงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2006 ทั้งนี้หากข้อตกลงหรือการกระทำดังกล่าวยังคงดำเนินต่อไปภายหลังจากนั้นจึง สามารถลงโทษได้ แต่ต้องเป็นระยะเวลาหลังวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2006 เท่านั้น สำหรับข้อตกลง

⁶ Section 33, Competition Act 2004

หรือการกระทำภายหลังวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2005 ซึ่งเป็นระยะเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลง ยังไม่มีการบังคับใช้และไม่มีการลงโทษ การลงโทษจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006⁷

พระราชบัญญัติการแข่งขันใช้บังคับโดยคณะกรรมการการแข่งขันของสิงคโปร์ (the Competition Commission of Singapore: CCS) เป็นหน่วยงานด้านกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบังคับ ตามกฎหมายและดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ภายใต้การดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง การค้าและอุตสาหกรรม

CCS มีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับใช้กฎหมายกับการตกลงร่วมกัน เช่น การกำหนดราคา การร่วมกันเสนอราคา การแบ่งตลาด และการควบคุมหรือจำกัดการผลิตระหว่าง ผู้แข่งขัน ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2008 CCS ได้ตัดสินและปรับภายใต้ข้อห้ามตามมาตรา 34 จากการทำร่วมกันเสนอราคา (Bid-Rigging) ในคดี Termite Treatment Control Services by Certain Pest Control Operators in Singapore (“Pest Control case”) เป็นครั้งแรก⁸

CCS มีขอบเขตอำนาจในการสอบสวนและลงโทษอย่างกว้างขวาง⁹ เช่น ข้อมูล ที่ไม่ถูกต้องจะถูกส่งไปยัง CCS หรือกรณีที่มีการเข้าถึงข้อมูลถูกปฏิเสธคำร้องขอ สิงคโปร์สังเกตเห็น ความยุ่งยากในการตรวจจับการตกลงร่วมกัน จึงออกกฎระเบียบเรื่องการลดหย่อนผ่อนโทษสำหรับ บุคคลผู้นำข้อมูลภายในขององค์กรของตนเกี่ยวกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย การคอร์รัปชัน หรือ การกระทำที่เป็นภัยต่อสังคมที่ออกมาเปิดเผยต่อสาธารณะ เพื่อให้มีการดำเนินคดีกับผู้เกี่ยวข้อง (Whistle-blowers) ผู้ที่มาให้ข้อมูลกับ CCS เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อช่วยเหลือในการต่อสู้กับ กิจกรรมสมรู้ร่วมคิดกัน¹⁰

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์แบ่งออกได้เป็น 6 ส่วน ดังนี้¹¹

ส่วนที่ 1 คำนิยามที่ใช้ตามกฎหมายฉบับนี้

⁷ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, *Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 3* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 1017.

⁸ Case CCS 600/008/06.

⁹ Section 5 below

¹⁰ Section 12 below

¹¹ Daren Shiau, *Competition Law in Asia Pacific : A Practical Guide*, ed. Groshinski Katrina and Davies Caitlin (The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015), p. 574.

ส่วนที่ 2 การจัดตั้ง CCS และบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

ส่วนที่ 3 กำหนดพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจที่ห้ามกระทำ และข้อยกเว้นให้กับธุรกิจบางประเภทหรือบางลักษณะ (Block exemption)

ส่วนที่ 4 จัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Competition Appeal Board: CAB) และบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์จาก CCS ไปยัง CAB และศาล

ส่วนที่ 5 กำหนดให้การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเกี่ยวกับการสอบสวนของ CCS เป็นความผิดทางอาญา

ส่วนที่ 6 เป็นบทบัญญัติเบ็ดเตล็ด และสิทธิที่จะฟ้องคดีโดยเอกชน (Rights of private action) ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากพฤติกรรมกระทำผิดในส่วนที่ 3

บทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันถูกบัญญัติไว้ใน Competition Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ห้ามมิให้มีการตกลงร่วมกันการพฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขัน (Anti-Competitive Agreement)

3.1.2 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน

มาตรา 34¹² ซึ่งถูกเรียกว่า “ข้อห้ามตามมาตรา 34” บัญญัติไว้ ดังนี้

¹² Section 34 (1) Subject to section 35, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within Singapore are prohibited unless they are exempt in accordance with the provisions of this Part.

(2) For the purposes of subsection (1), agreements, decisions or concerted practices may, in particular, have the object or effect of preventing, restricting or distorting competition within Singapore if they -

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

(1) ภายใต้บังคับมาตรา 35 ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ การตัดสินใจของสมาคมของผู้ประกอบการหรือการกระทำร่วมกันที่มีเป็นวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในสิงคโปร์เป็นสิ่งต้องห้าม เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นตามบทบัญญัติของส่วนนี้

(2) เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามอนุมาตรา (1) ข้อตกลง การตัดสินใจ หรือการกระทำร่วมกันที่อาจหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบในการป้องกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในสิงคโปร์ หากผู้ประกอบการ

(ก) กำหนดราคาซื้อ ราคาขายทั้งทางตรงหรือทางอ้อม หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ

(ข) จำกัดหรือควบคุมการผลิต ตลาด การปรับปรุงเทคนิคหรือการลงทุน

(ค) แบ่งตลาดหรือแหล่งจัดส่ง

(ง) การทำธุรกรรมที่เหมือนกับคู่ค้ารายอื่น ๆ แต่ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกัน ทำให้คู่ค้ารายนั้นเกิดความเสียเปรียบในการแข่งขัน

(จ) ทำข้อสัญญาที่มีข้อผูกพันเพิ่มเติม ภายใต้การยอมรับจากฝ่ายอื่น โดยข้อผูกพันนั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับสัญญาดังกล่าว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; or

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

(3) Any provision of any agreement or any decision which is prohibited by subsection (1) shall be void on or after 1st January 2006 to the extent that it infringes that subsection.

(4) Unless the context otherwise requires, a provision of this Act which is expressed to apply to, or in relation to an agreement shall be read as applying, with the necessary modifications, equally to, or in relation to, a decision by an association of undertakings or a concerted practice.

(5) Subsection (1) shall apply to agreements, decisions and concerted practices implemented before, on or after 1st January 2006.

(3) ข้อกำหนดใด ๆ ของข้อตกลงหรือการตัดสินใจใด ๆ ที่ถูกห้ามตามอนุมาตรา (1) จะเป็นโมฆะในหรือหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 ในกรณีที่มีการละเมิดอนุมาตรานั้น

(4) เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้นำไปปรับใช้กับสิ่งที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลง การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจ หรือการกระทำร่วมกัน หากจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้ปฏิบัติอย่างเท่าเทียม

(5) อนุมาตรา (1) ใช้บังคับกับข้อตกลง การตัดสินใจ และการกระทำร่วมกัน ที่ดำเนินการภายในหรือหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006

CCS ระบุไว้ในแนวทางการพิจารณาอย่างชัดเจนว่า การกำหนดราคา การร่วมกันเสนอราคา การแบ่งตลาด และการควบคุมหรือจำกัดการผลิตหรือการลงทุนนั้น โดยหลักแล้วถือเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยแยกพิจารณาแต่ละการกระทำ ดังนี้

3.1.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ

ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking)¹³

ข้อห้ามตามมาตรา 34 ใช้เฉพาะกับข้อตกลงและการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและการตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจ คำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กรในทางกฎหมาย (Legal entity) ใดอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของข้อห้าม ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงระหว่างบุคคลตามกฎหมาย (Legal entity) ซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 34 และอีกฝ่ายหนึ่งมิได้อยู่ภายใต้มาตรา 34 ข้อตกลงนั้นจะมีใช้ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ในทำนองเดียวกันการตัดสินใจของสมาคมที่ประกอบด้วยบุคคลตามกฎหมายซึ่งมิใช่ผู้ประกอบธุรกิจจะไม่อยู่ภายใต้มาตรา 34 แม้ในกรณีที่มีการทำข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหรือการตัดสินใจที่ทำโดยสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ ประกอบกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของพระราชบัญญัติการแข่งขันซึ่งมีเงื่อนไขว่าข้อห้ามตามมาตรา 34 จะไม่บังคับใช้กับกิจกรรมของรัฐบาลหรือบุคคลตามกฎหมายใด ๆ (Statutory body) ที่ทำข้อตกลงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติการแข่งขันที่ดำเนินการโดยหน่วยงานกำกับดูแลใน

¹³ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 7 ed. (Oxford University Press, 2012), pp. 83-99.

สิงคโปร์นอกเหนือจาก CCS หรือกิจกรรมต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในตารางที่สามของพระราชบัญญัติเป็นผลที่มาจากบทบัญญัติซึ่งไม่รวมถึงกิจกรรมที่มีนัยสำคัญภายในสิงคโปร์ตามข้อห้ามตามมาตรา 34 และมาตรา 47 ประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ นิติบุคคลในกลุ่มบริษัทเดียวกัน บางครั้งอาจถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจเดียวแต่กลับมีผลทางกฎหมายหลายประการ รวมถึงข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งไม่อยู่ภายใต้มาตรา 34

การละเมิดข้อห้ามมาตรา 34 ในคดี Price of Ferry Tickets between Singapore and Batam¹⁴ CCS ระบุว่ากรกระทำของพนักงานในกรณีดังกล่าว แม้จะเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจของพนักงานก็ตาม แต่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่ากรกระทำซึ่งมิได้รับอนุญาตหรือนอกขอบอำนาจนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจมีได้หาทางป้องกันการกระทำดังกล่าว¹⁵ ดังนั้น ข้อสรุปของ CCS จึงเป็นไปตามกฎหมายของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร รวมถึงคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อังกฤษในคดี Safeway Stores Ltd v Twiggers¹⁶ โดยคดี Safeway Stores ได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการพิจารณาการแข่งขันซึ่งเป็นหนึ่งในผู้พิจารณาคดี Price-fixing in Modelling Services¹⁷ และคดี Bees Work Casting Pte Ltd v Competition Commission of Singapore¹⁸

(ก) ความหมายพื้นฐานของผู้ประกอบการธุรกิจ (Undertaking)

มาตรา 2 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันระบุว่า ผู้ประกอบการธุรกิจ (Undertaking) หมายถึง “บุคคล นิติบุคคล หน่วยงานของบุคคล หรือคณะบุคคล บริษัท องค์กรที่มีความสามารถในการดำเนินกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ”¹⁹ การพิจารณาที่สำคัญ คือ บุคคล คณะบุคคล บริษัท และองค์กร มีความสามารถในการเข้าร่วม หรือถูกทำให้เข้าร่วม ในกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือเศรษฐกิจ กล่าวคือพิจารณาจากการทำหน้าที่การทำงานซึ่งต่างจากการพิจารณาสถานะทางกฎหมายหรือสภาพบุคคล

¹⁴ CCS 500/006/09 (18 July 2012).

¹⁵ CCS 500/006/09 (18 July 2012) paras 38-43.

¹⁶ [2010] EWCA Civ 1472 (21 December 2010).

¹⁷ CCS 500/002/09 (23 November 2011).

¹⁸ Appeal No 2 of 2012 at [151] and [154].

¹⁹ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 2.5 of the Section 34:

โดยย่อหน้าที่ 2.5 ถึง 2.9 ของ Section 34 Guidelines ระบุว่า CCS ให้ตัวอย่างประเภทของบุคคลตามกฎหมายที่อาจมีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงบุคคลที่ดำเนินงานในฐานะเจ้าของ (Proprietors) บริษัท (Companies) บริษัทห้างร้าน (Firms) และการร่วมมือกัน (Co-operatives) ไว้ในย่อหน้าที่ 2.5 ซึ่งสอดคล้องกับมุมมองภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร CCS มีความเห็นว่าองค์กรที่มีได้แสวงหากำไรก็อาจเป็นผู้ประกอบธุรกิจได้ และสถานะทางกฎหมาย สถานะความเป็นเจ้าของและวิธีการจัดหาแหล่งเงินทุนเป็นปัจจัยที่ไม่เกี่ยวข้องในการพิจารณาถึงความเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ในคดี Höfner and Elser v Macrotron GmbH²⁰ ระบุว่า “แนวคิดของผู้ประกอบธุรกิจครอบคลุมทุกบุคคล (Entity) ที่เกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคลดังกล่าวรวมถึงวิธีการจัดหาเงินทุน”²¹

(ข) “วิธีการดำเนินงาน” ของผู้ประกอบธุรกิจ (Need for "functional approach" to undertaking term)²²

ย่อหน้าที่ 2.6 ของ Section 34 Guidelines ระบุว่า สิ่งสำคัญในการพิจารณา คือ บุคคลนั้นสามารถมีส่วนร่วมหรือมีส่วนร่วมในกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้หรือไม่ จึงมีประเด็นสำคัญที่ว่า “บุคคลดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจเมื่อปฏิบัติหน้าที่บางอย่าง แม้เมื่อปฏิบัติหน้าที่อื่นแล้วจะมีใช่ก็ตาม” การตีความดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งเห็นว่าจำเป็นต้องมี “วิธีการดำเนินงาน” เมื่อต้องตัดสินว่าบุคคลตามกฎหมายนั้นทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมบางอย่าง บุคคลนั้นอาจทำในเชิงเศรษฐกิจแต่ในทางตรงกันข้ามความสัมพันธ์กับสิ่งอื่นอาจไม่เป็นเช่นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง พฤติกรรมบางอย่างอาจอยู่ภายใต้การพิจารณาของกฎหมายการแข่งขัน แต่พฤติกรรมบางอย่างอาจไม่เป็นเช่นนั้น

²⁰ Case C-41/90; [1991] ECR I-1979.

²¹ Case C-41/90; [1991] ECR I-1979 at [21].

²² Richard Whish QC, *Competition Law and Policy in Singapore*, ed. Cavinder Bull SC and Lim Chong kin (Singapore: Academy Publishing, 2015), pp. 77-78.

(ค) การดำเนินงานที่มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ (EU law: Non-economic activities)²³

คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของสหภาพยุโรปได้กำหนดสถานการณ์ โดยเฉพาะ 3 สถานการณ์ที่บุคคลตามกฎหมายจะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นการดำเนินการทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้บุคคลเหล่านั้นจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของมาตรา 101 TFEU

1.) การใช้อำนาจรัฐ (Exercise of public powers) ประการแรก บุคคลที่ใช้อำนาจรัฐโดยรัฐอธิปไตย ตามที่ CoJ ระบุในคดี SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission²⁴ว่า “กิจกรรมต่าง ๆ ของบุคคลจะต้องพิจารณาการปฏิบัติเป็นรายบุคคล แม้การปฏิบัติบางส่วนเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย มิได้หมายความว่ากิจกรรมนั้นมีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ”

SELEX Integrati SpA ร้องเรียนต่อคณะกรรมการยุโรปว่า Eurocontrol (องค์การเพื่อความปลอดภัยทางอากาศในยุโรป) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐในยุโรปหลายแห่งรับผิดชอบในการจัดตั้งมาตรฐานทางเทคนิคสำหรับการเดินอากาศ ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานละเมิดกฎหมายการแข่งขัน คณะกรรมการปฏิเสขอ้ร้องเรียนเนื่องจาก Eurocontrol มิได้ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ SELEX จึงยื่นอุทธรณ์ต่อ GC และ GC เห็นด้วยกับมุมมองของคณะกรรมการโดยถือว่า Eurocontrol มิได้ให้บริการมาตรฐานทางเทคนิคแก่ตลาด เพียงแต่ดำเนินการให้รัฐในฐานะเป็นเจ้าของที่ควบคุมการจราจรทางอากาศ²⁵ ประเด็นที่น่าสังเกต คือ GC ระบุว่า การให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคแก่หน่วยงานระดับชาติ ตัวอย่างเช่น การร่างเอกสารสัญญาของผู้ยื่นประมูลสาธารณะสามารถแยกออกจากหน้าที่อื่น²⁶ และบริการนี้รวมถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ในการอุทธรณ์ CoJ ได้ระบุว่าคำตัดสินของ GC นั้นไม่ถูกต้อง²⁷

²³ Ibid, 78.

²⁴ Case T-155/04; [2006] ECR II-4797.

²⁵ Case T-155/04; [2006] ECR II-4797 at [61]-[62].

²⁶ Case T-155/04; [2006] ECR II-4797 at [86].

²⁷ Case C-113/07 P; [2009] ECR I-2207.

คำตัดสินที่คล้ายกันของ CoJ ในคดี *Corinne Bodson v Pompes Funèbres des régions libérées*²⁸ เป็นเรื่องของการให้สัมปทานบริการฝังศพเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น ซึ่งถือว่าการใช้อำนาจรัฐมากกว่าที่จะเป็นการกระทำในทางเศรษฐกิจ มีการอ้างอิงถึงการบังคับใช้ มาตรา 101 TFEU ทั้งนี้ CoJ ระบุว่า “มาตรา 101 ไม่ใช่บังคับกับสัญญาสัมปทานระหว่างการทำ ของหน่วยงานปกครองท้องถิ่น (Communes) ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในฐานะหน่วยงานรัฐและ ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินงานให้บริการรัฐ”²⁹

ตามที่ระบุไว้ข้างต้น CCS ระบุไว้ใน Section 34 Guidelines ว่าจะใช้รูปแบบวิธีการดำเนินงานตามที่อธิบายไว้ในกฎหมายของสหภาพยุโรปในการปรับใช้และตีความความหมายของคำว่า “ผู้ประกอบการ” ตามข้อห้ามมาตรา 34 อย่างไรก็ตาม การยกเว้นตามแนวคิดเกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจของใช้อำนาจรัฐในกฎหมายของสหภาพยุโรป อาจมีความสำคัญไม่มากในสิงคโปร์ เนื่องจากมาตรา 33 (4) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันได้ให้การยกเว้นกับข้อห้ามตามมาตรา 34 และมาตรา 47 อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐบาลที่มีความหลากหลาย

มาตรา 33 (4)³⁰ ไม่มีส่วนใดในบทบัญญัตินี้ที่จะนำไปใช้กับกิจกรรมที่ดำเนินการโดยข้อตกลงใด ๆ ที่ทำไว้หรือเป็นการดำเนินการใด ๆ ในส่วนของ

(ก) รัฐบาล

(ข) หน่วยงานตามกฎหมายใด ๆ หรือ

(ค) บุคคลใด ๆ ที่ทำหน้าที่ในนามของรัฐบาลหรือหน่วยงานตามกฎหมายแล้วแต่กรณี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรม ข้อตกลงหรือการดำเนินงานนั้น

²⁸ Case 30/87; [1988] ECR 2479.

²⁹ Case 30/87; [1988] ECR 2479 [18].

³⁰ Section 33 (4) Nothing in this Part shall apply to any activity carried on by, any agreement entered into or any conduct on the part of -

(a) the Government;

(b) any statutory body; or

(c) any person acting on behalf of the Government or that statutory body, as the case may be, in relation to that activity, agreement or conduct.

มาตรา 36 ได้อธิบายว่าตามมาตรา 33 (4) ว่า “ตามมาตรา 33 (4) หมายความว่าหน่วยงานตามกฎหมาย หมายถึงนิติบุคคล (Body corporate) จัดตั้งขึ้นโดยหรือภายใต้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรใด ๆ ก็ตาม”

มาตรา 33 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันได้มีนัยสำคัญอย่างมากในการ “พยายามทำให้ประสบความสำเร็จ” (Carve-out) จากการปรับใช้มาตรา 34 และมาตรา 47

ข้อห้ามดังกล่าวส่งผลให้ไม่มีช่องว่างหรือไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้ “วิธีการดำเนินงาน” ซึ่งเป็นหลักการพิจารณาโดยศาลสหภาพยุโรปในคดี SELEX เนื่องจากมาตรา 33 (4) ระบุยกเว้นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรม “ใด ๆ (any)” ที่ดำเนินการโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานตามกฎหมาย ไม่ว่าจะกิจกรรมนั้นจะเป็นกิจกรรมทางการค้าหรือเศรษฐกิจก็ตาม ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในมาตรา 33 (4) จะนำไปใช้กับนิติบุคคลเอกชน เช่นเดียวกับหน่วยงานรัฐในขณะที่นิติบุคคลเอกชนทำหน้าที่ “ในนามของ (On behalf of)” รัฐบาลหรือหน่วยงานตามกฎหมาย มีความสมเหตุสมผลที่จะคาดการณ์ว่า CCS จะตีความถ้อยคำ “ในนามของรัฐบาล” แคบมากกว่าที่จะตีความในลักษณะกว้าง เนื่องจากมาตรา 33 (4) เกี่ยวข้องกับการยกเว้นกฎหมายบางส่วน (Derogation) ในการปรับใช้ข้อห้ามตามมาตรา 34 และมาตรา 47

คำตัดสินในคดี Singapore Medical Association – Guideline on Fees³¹ นั้น CCS ระบุว่าในมุมมองของบุคคลที่ถูกพิจารณาว่าทำหน้าที่ “ในนามของ” รัฐบาลหรือหน่วยงานตามกฎหมายจะต้องมีความสัมพันธ์ของหน่วยงาน (Agency) หรือความสัมพันธ์ที่เหมือนกัน (Akin) ระหว่างบุคคลนั้นกับรัฐบาลหรือหน่วยงานตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงไม่พบว่ามาตรา 33 (4) มีผลบังคับใช้กับข้อเท็จจริงของคดีนั้น³²

ตัวอย่างของบุคคลตามกฎหมายเอกชนในความหมายที่เป็นการใช้อำนาจรัฐภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป ปรากฏในคดี Cali e Figli³³ คดีดังกล่าวบุคคลของเอกชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการป้องกันมลพิษใน Genoa Harbour ประเทศอิตาลี โดยได้รับอนุญาตจากรัฐในการทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ซึ่ง CoJ ตีความว่า “ขั้นตอนการดำเนินงานที่สำคัญของรัฐ (Essential

³¹ CCS 400/001/09 (18 August 2010).

³² CCS 400/001/09 (18 August 2010) at paras 31-32.

³³ Case C-343/95; [1997] ECR I-1547.

functions of the State)” หมายถึง เฉพาะในการปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้น จึงจะไม่ถือว่าบุคคลกระทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ

ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจจากการประชุมกับรัฐมนตรีเพื่อให้มีคำสั่งที่กำหนดว่า ข้อห้ามมาตรา 34 ให้ใช้บังคับเฉพาะกับหน่วยงานตามกฎหมายหรือเฉพาะกับกิจกรรมที่ดำเนินการโดยหน่วยงานดังกล่าว

มาตรา 34 (5)³⁴ ระบุว่า โดยไม่คำนึงถึงอนุมาตรา (4) บทบัญญัตินี้จะนำไปใช้กับ

(ก) หน่วยงานตามกฎหมายหรือบุคคลที่ทำหน้าที่ในนามหน่วยงานตามกฎหมาย หรือ

(ข) กิจกรรมดังกล่าวดำเนินการตามข้อตกลงที่เข้าไปมีส่วนร่วมหรือดำเนินการร่วมกับหน่วยงานตามกฎหมายหรือบุคคลที่ทำหน้าที่ในนามของหน่วยงานตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรม ข้อตกลง หรือการดำเนินงานดังกล่าว ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

2.) ความสามัคคี (Solidarity) ตัวอย่างที่สองตามกฎหมายของสหภาพยุโรปของนิติบุคคลที่มีได้ทำหน้าที่ทางเศรษฐกิจ แต่ทำหน้าที่พื้นฐานที่ถูกเรียกว่าความสามัคคี สิ่งนี้ถูกตีความโดย Advocate General Fennelly ของ CoJ ผ่านคดี Sodemare SA v Regione Lombardia³⁵ ว่า “เป็นการช่วยเหลือของคนกลุ่มหนึ่งในสังคมที่โดยเนื้อแท้แล้วมิใช่ในเชิงการค้า”

ตัวอย่างของความสามัคคีที่เกิดขึ้น เช่น ประกันสังคม การจัดหาเงินบำนาญ หรือการดูแลสุขภาพ มิได้ถูกจัดอยู่บนพื้นฐานของมูลค่าสิ่งที่มีมอบให้ของแต่ละบุคคลในรูปแบบใด

³⁴ Section 33 (5) Notwithstanding subsection (4). this Part shall apply to –

(a) such statutory body or person acting on behalf of such statutory body, or

(b) such activity carried on, agreement entered into or conduct engaged in, by a statutory body or person acting on behalf of the statutory body in relation to such activity, agreement or conduct;

as the Minister may, by order published in the Gazette, prescribe.

³⁵ Case C-70/95; [1997] ECR I-3395.

โดยเฉพาะ แต่ต้องการผู้เข้าร่วมใด ๆ ตามรูปแบบนั้น ปรากฏในหลายคดีที่มีการตรวจสอบรูปแบบเฉพาะของการคุ้มครองทางสังคมว่าเป็นการจัดขึ้นบนพื้นฐานของความสามัคคีหรือไม่และมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในแต่ละคดี

3.) การซื้อสินค้าหรือบริการเพื่อดำเนินกิจกรรมที่มีใช้ทางเศรษฐกิจ

(Purchase of goods or services for purpose of carrying out non-economic activity) สถานการณ์ที่สามในกฎหมายของสหภาพยุโรป พบว่านิติบุคคลต้องไม่ทำหน้าที่ทางเศรษฐกิจ ดังนั้น จึงไม่ควรทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจในการซื้อสินค้าหรือบริการเพื่อวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางเศรษฐกิจ ตัวอย่างเช่น เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐหรือเพราะเป็นการทำให้ลู่วงบนพื้นฐานของความสามัคคี ในกรณีที่มีการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการซึ่งโดยกิจกรรมนั้นถือได้ว่าเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และมีลักษณะที่คล้ายกับกิจกรรมซึ่ง “ปลายทาง (Downstream)” มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ จึงอยู่นอกการพิจารณาของกฎหมายการแข่งขัน เป็นแนวความคิดที่ถูกสร้างขึ้นในคดี FENIN v Commission³⁶ ซึ่งมีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการยุโรป ปรากฏข้อเท็จจริงว่า หน่วยงานของรัฐ 26 แห่งในสเปนที่รับผิดชอบต่อการดำเนินงานระบบสุขภาพแห่งชาติสเปน (Spanish national health system) ใช้อำนาจในการเป็นผู้ซื้อที่มีอำนาจเหนือโดยมิชอบ ชะลอการจ่ายเงินตามใบแจ้งหนี้ คณะกรรมการปฏิเสธการร้องเรียนบนพื้นฐานที่ว่าหน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ประกอบการ Federaci3n Espa3ola de Empresas de Tecnolog3a Sanitaria (FENIN) ซึ่งเป็นตัวแทนสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจส่วนมากที่ทำการตลาดเกี่ยวกับสินค้าและอุปกรณ์ทางการแพทย์และถูกใช้ในโรงพยาบาลของสเปนได้อุทธรณ์ไปยัง GC แต่ GC ได้ยกอุทธรณ์ เหตุผลเนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นบริการด้านการดูแลสุขภาพแก่ประชาชน หน่วยงานของรัฐทำเช่นนั้นบนพื้นฐานของความสามัคคี พฤติกรรมดังกล่าวจึงมิได้เป็นไปในทางเศรษฐกิจ และ GC ระบุว่ากิจกรรมการซื้อสินค้าไม่ควรแยกออกจากวัตถุประสงค์ที่จะนำไปใช้ เนื่องจากการให้การดูแลสุขภาพไม่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ พฤติกรรมของการจัดซื้อมิได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจเช่นกัน³⁷ คำตัดสินนี้ได้รับการสนับสนุนจากการอุทธรณ์ต่อ CoJ³⁸ เหตุผลในคดี FENIN ได้ถูกนำไปใช้ในคดี SELEX โดย GC ระบุว่าขณะที่ Eurocontrol จัดหาต้นแบบที่จำเป็นสำหรับการผลิตมาตรฐานทางเทคนิค

³⁶ Case T-319/99; [2003] ECR II-357.

³⁷ Case T-319/99; [2003] ECR II-357 at [35]-[36].

³⁸ Case C-205/03 P; [2006] ECR I-6295 at [25]-[26].

ไม่ควรแยกออกจากวัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางเศรษฐกิจ³⁹ และ Eurocontrol จึงมิได้ซื้อในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ GC นำคำพิพากษาคดี FENIN มาปรับใช้โดยให้ความเห็นว่าการให้เหตุผลในคดี FENIN ใช้ได้กับข้อเท็จจริงในคดี SELEX⁴⁰ ข้อสรุปที่คล้ายกันนี้เกิดขึ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดการสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นเพียงสิ่งที่ช่วยเหลือกิจกรรมในการกำหนดมาตรฐานที่มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจของ Eurocontrol⁴¹

4.) ทฤษฎี “หน่วยเศรษฐกิจเดียว” (The "single economic entity" doctrine) ย่อหน้าที่ 2.7 ของ Section 34 Guidelines ระบุว่าข้อห้ามมาตรา 34 “...ไม่สามารถใช้ได้กับข้อตกลงที่มีเพียงผู้ประกอบการเดียว นั่นคือระหว่างหน่วย (Entities) ที่มีรูปแบบเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียว” เป็นผลสืบเนื่องจากเหตุผลที่สำคัญของข้อห้ามตามมาตรา 34 (เช่นเดียวกับมาตรา 101 TFEU และ Chapter I prohibition in the UK Competition Act 1998) ใช้กับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ เนื่องจากหลายหน่วยในหน่วยเศรษฐกิจเดียวมีรูปแบบเป็นผู้ประกอบการเดียว ซึ่งตามข้อตกลงระหว่างหน่วยเหล่านี้มิได้มีความเป็นผู้ประกอบการ ทฤษฎีหน่วยเศรษฐกิจเดียวเป็นคุณลักษณะที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร⁴² ในปี ค.ศ. 1971 โดย CoJ ได้ตัดสินในคดี Béguelin Import v GL Import Export⁴³ ว่ามาตรา 101 ไม่นำไปใช้กับข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก “แม้จะมีสภาพบุคคลทางกฎหมายแยกจากกัน แต่ไม่มีความเป็นอิสระทางเศรษฐกิจ” และในคดี AKZO Nobel NV v Commission⁴⁴ GC ถือว่านิติบุคคลทั้งสองจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการเดียว เนื่องจาก “ประกอบด้วยองค์กรหน่วยเดียวของตนเองทั้งองค์ประกอบที่ชัดเจนและไม่ชัดเจน โดยมีเป้าหมายทางเศรษฐกิจที่จำเพาะในระยะยาวและมีส่วนทำให้คณะกรรมการสามารถอ้างถึงการละเมิดตามมาตรา 101 TFEU ได้” ในคดีนี้ข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลทั้งสองถูกพิจารณาว่าเป็น

³⁹ Case T-155/04; [2006] ECR II-4797 at [65].

⁴⁰ Case T-155/04; [2006] ECR II-4797 at [66]-[68].

⁴¹ Case T-155/04; [2006] ECR II-4797 at [77].

⁴² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 92-97.

⁴³ Case 22/71; [1971] ECR 949.

⁴⁴ Case T-112/05; [2007] ECR II-5049.

การจัดสรรการดำเนินงานภายในกลุ่มบริษัทและมีได้เป็นข้อตกลงที่สร้างข้อจำกัดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระ⁴⁵

ตัวอย่างของทฤษฎีหน่วยเศรษฐกิจเดียวเกิดขึ้นในคดี *Vihø Europe BV v Commission*⁴⁶ มีการร้องเรียนว่าบริษัทผู้ผลิตปากกา Parker และบริษัทลูกมีความผิดในการละเมิดมาตรา 101 TFEU โดยการจำกัดการขายผลิตภัณฑ์ปากกา Parker จากรัฐสมาชิกหนึ่งของสหภาพยุโรปไปยังอีกประเทศหนึ่ง Parker ดำเนินการในหลายรัฐสมาชิกผ่านบริษัทลูก ซึ่งอำนาจการตัดสินใจของบริษัทลูกถูกควบคุมและดูแลโดย Parker การร้องเรียนดังกล่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่าการดำเนินงานของ Parker อาจส่งผลร้ายต่อสถานะการแข่งขันของบุคคลที่สามที่พยายามแข่งขันกับบริษัทลูกของ Parker จึงเป็นที่ถกเถียงถึงการกระทำของ Parker ว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 101 TFEU หรือไม่ ท้ายที่สุด CoJ เห็นด้วยกับคณะกรรมการยุโรปและ GC ว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเมิดมาตรา 101 TFEU⁴⁷ โดยระบุว่า “Parker และบริษัทลูกมีรูปแบบเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวซึ่งบริษัทลูกมิได้มีอิสระในการกำหนดแนวทางการปฏิบัติในตลาด เนื่องจากต้องดำเนินการตามคำแนะนำที่บริษัทแม่เป็นผู้ควบคุม”

Section 34 Guidelines ของ CCS ระบุว่า หน่วยที่มีรูปแบบเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ของแต่ละคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก หรือระหว่างบริษัทที่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทที่สาม จะไม่เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหากบริษัทลูกไม่มีอิสระที่แท้จริงในการกำหนดแนวทางการดำเนินการในตลาด แม้จะมีสภาพบุคคลทางกฎหมายแยกจากกัน แต่ยังคงไม่มีความเป็นอิสระทางเศรษฐกิจอย่างแท้จริง ทั้งนี้ มีปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

(ก) บริษัทแม่ถือหุ้นในบริษัทลูก

(ข) บริษัทแม่มีอำนาจในการควบคุมคณะกรรมการของบริษัทลูกหรือไม่

และ

⁴⁵ Case T-112/05; [2007] ECR II-5049 at [57]-[58].

⁴⁶ Case T-102/92; [1995] ECR II-17.

⁴⁷ Case C-73/95 P; [1996] ECR I-5457 at [16].

(ค) ไม่ว่าบริษัทลูกจะปฏิบัติตามคำสั่งของบริษัทแม่เกี่ยวกับกิจกรรมการขาย การตลาด และการลงทุนหรือไม่⁴⁸

ในกฎหมายของสหภาพยุโรปความจริงที่ว่านิติบุคคลภายในหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันซึ่งถูกพิจารณาในรูปแบบผู้ประกอบการธุรกิจเดียว แต่มีผลกระทบเกินกว่าข้อเท็จจริงที่ว่าข้อตกลงระหว่างหน่วยนั้นมีได้อยู่ภายใต้มาตรา 101 TFEU เช่น คณะกรรมการยุโรปพบว่า มีข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างบริษัทลูกและผู้ประกอบการอื่น ๆ ก่อให้เกิดประเด็นในการพิจารณาว่าไม่เพียงแต่บริษัทลูกเท่านั้นแต่ยังรวมถึงบริษัทแม่จะต้องรับผิดชอบร่วมกันในการชำระค่าปรับ และในกรณีที่บริษัทลูกมีหน้าที่รับผิดชอบต่อการละเมิดมาตรา 101 TFEU แต่อยู่นอกสหภาพยุโรปคณะกรรมการอาจให้ความช่วยเหลือโดยให้บริษัทแม่ซึ่งตั้งอยู่ในสหภาพยุโรปรับผิดชอบตามคำตัดสิน⁴⁹

ทฤษฎีหน่วยเศรษฐกิจเดียวได้รับการพิจารณาโดย CCS ในคดี Notification by Qantas Airways and Orangestar Investment Holdings of Their Co-operation Agreement⁵⁰ โดย CCS ตั้งข้อสังเกตว่าทฤษฎีหน่วยเศรษฐกิจเดียวอาจถูกนำไปใช้กับข้อเท็จจริงที่ต่างกัน และการทดสอบอาจแตกต่างกันไปในแต่ละคดี เช่น ปัจจัยที่แตกต่างกันอาจเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจว่าข้อตกลงระหว่างนิติบุคคลสองแห่งยอมอยู่ภายใต้ข้อห้ามตามมาตรา 34 และความแตกต่างเป็นอีกปัจจัยในการพิจารณาว่าหน่วยนั้นมีความรับผิดชอบต่อละเมิดของผู้อื่น⁵¹ ในคดี Qantas & Orangestar Co-operation Agreement ฝ่ายต่าง ๆ ได้แย้งว่าข้อตกลงความร่วมมือระหว่างทั้งสองหน่วยเป็นการแบ่งผลประโยชน์ของจำนวนเดียวกัน (Unity of interest) และคดี Qantas Airways Ltd (“Qantas”) มีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อ Orangestar Investment Holdings Pte Ltd (“Orangestar”) เพื่อมิให้มีการปรับใช้ข้อห้ามตามมาตรา 34 ทั้งนี้ CCS ปฏิเสธข้อโต้แย้งทั้งสองโดยข้อเท็จจริงที่ว่าแม้ข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นข้อห้ามภายใต้มาตรา 34 แต่เป็นการก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจตามย่อหน้าที่ 9 ของ Third Schedule ของพระราชบัญญัติการแข่งขัน การตัดสินของ CCS มีการพิจารณาอย่างครอบคลุมทั้งหลักกฎหมายของ

⁴⁸ CCS Guidelines on the Section 34 Prohibition (June 2007) at paras 2.7 and 2.8.

⁴⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 95-97.

⁵⁰ CCS 400/003/06 (5 March 2007).

⁵¹ CCS 400/003/06 (5 March 2007) at paras 29-32.

สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป อีกทั้งยังระบุว่าข้อเท็จจริงในคดีก่อน ไม่มีการขัดขวางการใช้ข้อห้าม มาตรา 34⁵²

คดี Price Fixing in Bus Services from Singapore to Malaysia and Southern Thailand⁵³ (“Bus Services”) CCS ปฏิเสธข้อโต้แย้งของ Regent Star Travel Pte Ltd (“Regent Star”) และ Transtar Travel Pte Ltd (“Transtar”) ซึ่งเป็นผู้ที่มีตำแหน่งสูงสุดและทำหน้าที่เป็นตัวแทนในตลาด ด้วยเหตุนี้นิติบุคคลทั้งสองจึงเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวตามวัตถุประสงค์ ในการคำนวณโทษปรับภายใต้เงื่อนไขของย่อหน้าที่ 2 ของ Schedule to the Competition (Financial Penalties) Order 2007⁵⁴ ในการอุทธรณ์ คณะกรรมการอุทธรณ์การแข่งขันเห็นด้วยกับ Regent Star และ Transtar ว่าความสัมพันธ์ของทั้งสองเป็นตัวแทนที่นำไปสู่การลดโทษ อย่างมีนัยสำคัญ⁵⁵

3.1.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน

ข้อตกลงที่สร้างขึ้นเพื่อการตกลงร่วมกัน และอยู่ภายใต้มาตรา 34 หมายความว่ารวมถึงข้อตกลงที่บังคับได้ตามกฎหมายและข้อตกลงที่ไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจา⁵⁶

การพิจารณาของ CCS ในย่อหน้าที่ 44 จากคำตัดสินในคดี Pest Control กล่าวถึงสิ่งที่เกิดขึ้นในกฎหมายประชาคมยุโรป กล่าวคือ ไม่จำเป็นว่าวัตถุประสงค์ในการค้นหาจะต้อง เป็นการละเมิดที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่เป็นข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกัน

ข้อห้ามตามมาตรา 34 ยังครอบคลุมถึงการตัดสินใจของสมาคม ผู้ประกอบธุรกิจ เช่น สมาคมการค้า พิจารณาได้จากถ้อยคำของ CCS ในย่อหน้าที่ 2.13

⁵² CCS 400/003/06 (5 March 2007) at paras 33-67.

⁵³ CCS 500/003/08 (3 November 2009).

⁵⁴ CCS 500/003/08 (3 November 2009) at paras 484-489.

⁵⁵ Transtar Travel Pte Ltd v Competition Commission of Singapore (Appeal No 3 of 2009) at [66]-[75].

⁵⁶ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, *Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 3*, p. 1019.

ของ Guidelines on the Section 34 Prohibition ว่า “การตัดสินใจที่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ จากการร่วมกันของสมาชิก ไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตามที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมหรือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้า”⁵⁷

ข้อห้ามตามมาตรา 34 ไม่ใช่กับข้อตกลงระหว่างบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร (Entity) ซึ่งเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียว ข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทสาขา หรือระหว่างบริษัทลูกสองแห่งภายใต้บริษัทแม่เดียวกันจะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ หากบริษัทสาขาที่มีปัญหานั้นไม่มีอิสระอย่างแท้จริงในการกำหนดแนวทางการดำเนินการในตลาด และไม่มีความเป็นอิสระทางเศรษฐกิจ⁵⁸

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ กิจการร่วมค้า (Joint venture) ระหว่างคู่สัญญาซึ่งถูกสร้างขึ้นเพื่อปกปิดความผิดจากการถูกตรวจสอบ (Smokescreen) มิให้ถูกจับได้ว่ามีการตกลงร่วมกัน กิจการร่วมค้าจะตกอยู่ภายใต้มาตรา 34 ทั้งนี้ต้องมิใช่การรวมธุรกิจ (Merger) ภายใต้มาตรา 54 ของพระราชบัญญัติแข่งขัน

ข้อห้ามตามมาตรา 34 ใช้กับ “ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจหรือการกระทำร่วมกัน” ที่อาจป้องกัน จำกัด หรือ บิดเบือนการแข่งขัน

มาตรา 34 (4) ของพระราชบัญญัติการแข่งขันอธิบายว่า การอ้างอิงใด ๆ ในพระราชบัญญัติถึงข้อตกลงซึ่งเป็นไปตามความหมายเช่นเดียวกับคำตัดสิน การรวมข้อตกลง การตัดสินใจและการกระทำร่วมกันไว้ภายในมาตรา 34 สะท้อนให้เห็นถึงมาตรา 101 TFEU และ Chapter I prohibition ใน UK Competition Act การพิจารณาความหมายของถ้อยคำทั้งสามตามบทบัญญัติดังกล่าวถึงต่อไปนี้ จึงเป็นสิ่งที่มิประโยชน์⁵⁹

⁵⁷ "is whether the object or effect of the decision, whatever form it takes, is to influence the conduct or co-ordinate the activity of the members in some commercial matter."

⁵⁸ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 2.7 of the Section 34: provisions

⁵⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 99-114, 333-359.

(ก) ข้อตกลง (Agreements)

ย่อหน้าที่ 2.10 ของ Section 34 Guidelines ได้อธิบายนิยามคำว่า “ข้อตกลง” โดยมีลักษณะกว้าง และรวมถึงข้อตกลงที่บังคับใช้ตามกฎหมายและไม่สามารถบังคับใช้ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะกลายเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยปากเปล่าที่เรียกว่า “ข้อตกลงของสุภาพบุรุษ (Gentlemen's agreements)” รวมอยู่ด้วย การประชุมทางกายภาพมิใช่ข้อกำหนดการมีอยู่ของข้อตกลง สิ่งที่สำคัญ คือ การเกิดฉันทามติของคู่สัญญา ซึ่งในการกระทำแต่ละฝ่ายจะนำไปใช้หรือไม่ใช้ก็ได้ นอกจากนี้ตาม ย่อหน้าที่ 2.11 ของ Guidelines ยังเพิ่มข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายหนึ่งอาจมีบทบาทที่จำกัดในการจัดตั้งข้อตกลงหรืออาจมิได้มุ่งมั่นที่จะดำเนินการหรืออาจมีส่วนร่วมเท่านั้น เนื่องจากแรงกดดันจากฝ่ายอื่น ๆ ไม่สามารถยกเหตุผลดังกล่าวเพื่อแสดงว่ามีได้เข้าร่วมข้อตกลง แม้ว่าปัจจัยเหล่านี้อาจเกี่ยวข้องกับระดับของการกำหนดโทษ โดย CCS ให้ความสนใจในแต่ละประเด็นเห็นได้จากการตัดสินในคดี Pest Control Services⁶⁰ และคดี Bus Services ซึ่งมีการระบุว่า การพิสูจน์ตามกฎหมายว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีส่วนร่วมในข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติเพียงบางส่วนไม่ได้เป็นการลดหย่อนความรับผิดชอบแต่อย่างใด⁶¹

1.) ข้อตกลงมาจากความเห็นพ้องต้องกัน (Agreement requires concurrence of wills) คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐาน และมีการตีความเกี่ยวกับความหมายของข้อตกลงทั้งในสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรมีหลายคดี แต่คดีที่สำคัญคือ คดี Bayer AG/Adalat⁶² ที่คณะกรรมการยุโรปยอมรับการตัดสินว่า Bayer AG มีการเข้าสู่ข้อตกลงในแนวตั้งที่ผิดกฎหมายกับผู้ค้าส่งในฝรั่งเศสและสเปน เนื่องจาก Bayer จำกัดอุปทานของยา Adalat ให้แก่ผู้ค้าส่งในฝรั่งเศสและสเปน ความพยายามในการจำกัดการส่งออกยาไปยังสหราชอาณาจักร ทำให้ราคาขายดังกล่าวสูงขึ้น คณะกรรมาการยุโรปตั้งข้อสังเกตว่ามีข้อตกลงโดยปริยายระหว่าง Bayer และผู้ค้าส่งเนื่องจากการลดอุปทานให้กับผู้ค้าส่งเกิดขึ้นพร้อมกับ การหยุดส่งออกไปยังสหราชอาณาจักร ทั้งนี้ ข้อห้ามตามมาตรา 34 พระราชบัญญัติแข่งขันในสิงคโปร์ไม่สามารถใช้กับข้อตกลงในแนวตั้งได้ อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์โดย Bayer ไปยัง GC ประสบความสำเร็จ ศาลเห็นถึงความสำคัญในการทำความเข้าใจความหมายของ “ข้อตกลง” ในลักษณะทั่วไปไม่ว่าจะเป็นแนวนอนหรือแนวตั้ง ภายหลังเห็นว่ามาตรา 101(1) TFEU นำไปใช้เฉพาะกับการดำเนินการที่มีการร่วมกัน

⁶⁰ CCS 600/008/06 (9 January 2008) at paras 39-41.

⁶¹ CCS 500/003/08 (3 November 2009) at para 45.

⁶² Bayer AG/Adalat [1996] OJ L201/1.

ไม่ว่าสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายก็ตาม⁶³ GC ได้ทบทวนคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานและระบุถึงแนวความคิดของข้อตกลง⁶⁴ “สิ่งสำคัญคือความมีอยู่ของเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป รูปแบบที่ชัดเจนนั้นมีใช้สิ่งสำคัญ トラบไตที่ถือได้ว่าการแสดงถึงความเชื่อตามเจตนาของฝ่ายที่ตกลงกัน” GC ได้ตัดสินโดยถือตามอุทธรณ์ของ CoJ⁶⁵ โดย CoJ เห็นว่ามาตรา 101 ใช้เฉพาะกับพฤติกรรมที่ยอมรับร่วมกันเท่านั้น หากเป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวจะถูกพิจารณาภายใต้มาตรา 102 ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยผู้ประกอบการในฐานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁶⁶

2.) แนวคิดของ “ข้อตกลงโดยรวม” (Concept of “single overall agreement”) คำตัดสินตั้งแต่ช่วงกลางทศวรรษ 1980 คณะกรรมการยุโรปได้พัฒนาแนวคิดของ “ข้อตกลงโดยรวม (Single overall agreement)” เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีหน้าที่ความรับผิดชอบ แม้ว่าผู้ประกอบการอาจไม่ได้มีส่วนร่วมในการดำเนินงานมาตั้งแต่ต้น ตัวอย่างเช่น คดี Polypropylene⁶⁷ คณะกรรมการตรวจสอบข้อตกลงร่วมกันในภาคปิโตรเคมีที่เกี่ยวข้องกับ 15 บริษัทในช่วงหลายปีที่ผ่านมา โดยรายละเอียดในการจัดเตรียมวิธีการตกลงร่วมกันที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงโดยรวมผ่านข้อตกลงปากเปล่า ซึ่งไม่ผูกพันตามกฎหมายและไม่มีการบังคับใช้บทลงโทษ การก่อตั้งข้อตกลงเดียวดังกล่าวนั้น คณะกรรมการสรุปว่าทั้ง 15 บริษัท มีความผิดในการละเมิดมาตรา 101 แม้ว่าจะไม่ได้เข้าร่วมทุกการประชุมที่มีการตกลงร่วมกันและไม่ได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจทุกด้าน การมีส่วนร่วมในข้อตกลงโดยรวมนั้นเพียงพอแล้วที่จะถูกถือว่ามีความผิด นอกจากนี้ การที่สมาชิกบางรายของการตกลงร่วมกันมีการจงใจจะเข้าร่วมหรือมีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง โดยออกนอกเส้นทางที่ได้ตกลงกันไว้ ก็มีได้หมายความว่าสมาชิกเหล่านั้นไม่เป็นคู่สัญญาตามข้อตกลง คณะกรรมการได้ข้อสรุปที่คล้ายกันในคดีอื่น ๆ เช่นคดี PVC Cartel I⁶⁸ คดี LdPE⁶⁹ และในการตัดสิน PVC Cartel II⁷⁰ คดี Amino Acids⁷¹ และคดี Dutch Bitumen⁷²

⁶³ Case T-41/96; [2000] ECR II-3383 at [64].

⁶⁴ Case T-41/96; [2000] ECR II-3383 at [69].

⁶⁵ Case C-2/01 P and C-3/01 P; [2004] ECR I-23.

⁶⁶ Case C-2/01 P and C-3/01 P; [2004] ECR I-23 at [101].

⁶⁷ [1986] OJ L230/1.

⁶⁸ [1989] OJ L74/1.

⁶⁹ [1989] OJ L74/21 at [49]-[54].

⁷⁰ [1994] OJ L239/14 at [30]-[31].

⁷¹ [2001] OJ L152/24 at [237]-[238].

GC ยืนยันแนวคิดของ “ข้อตกลงโดยรวม”⁷³ ในการอุทธรณ์คัดค้านการตัดสินของคณะกรรมการครั้งที่สองในคดี PVC Cartel ซึ่ง GC ยึดถือมุมมองของคณะกรรมการว่าผู้ประกอบการสามารถรับผิดชอบต่อการตกลงร่วมกันทั้งหมดได้ แม้ว่าจะมีส่วนร่วมเพียงครั้งเดียวหรือบางส่วนขององค์ประกอบก็ตาม⁷⁴ “หากสามารถแสดงให้เห็นว่าผู้หนึ่งหรือควรรู้ถึงการสมรู้ร่วมคิดนั้น และมีการเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของแผนการทั้งหมดที่มีเจตนาบิดเบือนการแข่งขันและแผนทั้งหมดนั้นประกอบด้วยองค์ประกอบของการตกลงร่วมกันทั้งหมด”

อย่างไรก็ตาม GC มีความเห็นในคดี Cement ซึ่งมีข้อตกลงจากทั้งสองฝ่ายและหลายฝ่ายระหว่างผู้ประกอบการจำนวนมากซึ่งยังไม่อาจถูกสันนิษฐานจากพฤติการณ์เหล่านี้ว่าผู้ประกอบการเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงโดยรวม ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับคณะกรรมการในการพิสูจน์คดีนี้⁷⁵ คดี BASF v Commission⁷⁶ GC ทำให้การค้นหาข้อตกลงโดยรวมของคณะกรรมการสิ้นสุดลง เนื่องจากมุมมองของศาลในการตกลงร่วมกันระดับโลกและในยุโรปซึ่งคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงเดี่ยว ประกอบกับอุปสรรคเรื่องเวลาเก็บค่าปรับที่เกี่ยวข้องกับการตกลงระดับโลกซึ่งจบลงในปี ค.ศ. 1994⁷⁷

คดี Price-fixing in Modelling Services CCS พบข้อสรุปว่าบริษัทจัดหานักแสดงและนางแบบในคดีนี้ มีส่วนร่วมในข้อตกลงเดี่ยวที่ต่อเนื่อง (Single continuous agreement) และปฏิบัติร่วมกันเพื่อกำหนดอัตราสำหรับค่าบริการจัดหานักแสดงและนางแบบก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 เมื่อพระราชบัญญัติการแข่งขันมีผลบังคับใช้ จนถึงเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2009⁷⁸ CCS พบว่ามีการละเมิดข้อห้ามตามมาตรา 34 ในคดี Relation to the Supply of Ball and Roller Bearings⁷⁹ (“Supply of Ball and Roller Bearings”)

⁷² Commission decision of 13 December 2006 at [138]-[141].

⁷³ Case T-1/89; [1991] ECR II-867 at [126].

⁷⁴ Case T-305/94 etc, [1999] ECR II-931 at [773].

⁷⁵ Case T-25/95 etc, [2000] ECR II-491 at [4027], [4060], [4109] and [4112].

⁷⁶ Case T-101/05 and T-111/05; [2007] ECR II-4949.

⁷⁷ Case T-101/05 and T-111/05; [2007] ECR II-4949 at [157]-[210].

⁷⁸ CCS 500/002/09 (23 November 2011) at paras 29-33 and 202-222.

⁷⁹ CCS 700/002/11 (27 May 2014) at paras 50-66 and 100-350.

ในการตัดสินคดีนี้ CCS ตั้งข้อสังเกต⁸⁰ว่าการค้นพบการละเมิดโดยรวมนั้นจำเป็นต้องแสดงให้เห็นองค์ประกอบ ดังนี้

(ก) ข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกันที่ประกอบด้วยการละเมิดต่อเนื่องเพียงครั้งเดียวซึ่งมีวัตถุประสงค์เหมือนกัน

(ข) การละเมิดอย่างต่อเนื่องเพียงครั้งเดียวของแต่ละฝ่ายมีเจตนาสนับสนุนผ่านการดำเนินงานเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการละเมิดอย่างต่อเนื่องเพียงครั้งเดียว

(ค) ข้อตกลงและการกระทำร่วมกันที่กำหนดให้มีการละเมิดต่อเนื่องเพียงครั้งเดียว และ

(ง) แต่ละฝ่ายรับรู้ถึงหรืออาจมีการคาดการณ์ล่วงหน้าเกี่ยวกับแผนการดำเนินงานหรือผลกระทบการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายอื่น

3.) ความเสี่ยงจากการเข้าร่วมประชุมกับคู่แข่ง (Risks of attending meetings with competitors) คดี Tréfileurope v Commission⁸¹ และคดี Welded Steel Mesh GC ในชั้นอุทธรณ์ เชื่อว่าการที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ปฏิบัติตามผลของการประชุมที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการแข่งขันอย่างชัดเจน มิได้ลดความรับผิดชอบสำหรับการมีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน หากมิได้มีระยะสาธารณะโดยตนเอง จากสิ่งที่ตกลงกันแล้วในการประชุม⁸² นอกจากนี้ยังมีคดี BPB de Eendracht NV v Commission⁸³ และการอุทธรณ์ในคดี Cartonboard และคดี Cement⁸⁴ เนื่องจากไม่ปรากฏระยะสาธารณะในการเข้าร่วมการประชุมดังกล่าว ผู้ประกอบการธุรกิจทำให้ผู้เข้าร่วมคนอื่นเชื่อในการเป็นสมาชิกและยอมทำตามการตัดสินใจของผู้ประกอบการธุรกิจ⁸⁵ คณะกรรมการได้ใช้เหตุผลเดียวกันในคดี Amino Acids⁸⁶

⁸⁰ CCS 700/002/11 (27 May 2014) at para 350.

⁸¹ Case T-141/89; [1995] ECR II-791.

⁸² Case T-141/89; [1995] ECR II-791 at [85].

⁸³ Case T-311/94; [1998] ECR II-1129 at [203].

⁸⁴ Case T-25/95 etc; [2000] ECR II-491 at [1353], [1389] and [3199].

⁸⁵ Case C-403/04 P; [2007] ECR I-729 at [48].

⁸⁶ [2001] OJ L152/24 at [221].

คดี Thyssen Stahl AG v Commission⁸⁷ GC วางหลักว่า การที่ผู้ประกอบการธุรกิจเข้าร่วมในการประชุมซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่อต้านการแข่งขันเพียงพอที่จะเป็นหลักฐานว่ามีการกระทำที่ต่อต้านในกรณีที่ไม่ปรากฏถึงการมีส่วนร่วมในกิจกรรมดังกล่าว⁸⁸ คดี Westfalen Gassen Nederland v Commission⁸⁹ การอุทธรณ์ในคดี Industrial and Medical Gases โดย GC ได้อธิบายแนวคิด “ระยะสาธารณสุข” ในความหมายของการยกเว้นความรับผิดจะต้องถูกต้องอย่างแคบ⁹⁰ ทั้งนี้ ศาลมีได้ระบุว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องควรเปิดเผย (Blown the whistle) กับเจ้าหน้าที่การแข่งขัน แต่อย่างน้อยที่สุดควรมีการเขียนถึงคู่แข่งและเลขานุการของสมาคมการค้าที่มีความรับผิดชอบในการประชุมที่จัดขึ้น ซึ่งในคดีนี้ไม่ประสงค์ที่จะพิจารณาสมาชิกการตกลงร่วมกันแต่ไม่มีส่วนร่วมในการประชุมที่ครอบคลุมการกระทำที่ผิดกฎหมายร่วมกัน

คดี Fixing of Monthly Salaries of New Indonesian Foreign Workers in Singapore CCS⁹¹ อธิบายว่าการมีส่วนร่วมในการประชุมที่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันซึ่งมีผลกระทบเกิดขึ้นจริง (De facto) เป็นการสร้างหรือทำให้การตกลงร่วมกันรุนแรงขึ้น แม้ผู้ประกอบการธุรกิจมิได้กระทำตามผลลัพธ์ของการประชุมก็ได้เป็นการลดความรับผิดชอบจากข้อเท็จจริงที่ผู้ประกอบการเป็นผู้มีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน เว้นแต่จะมีระยะสาธารณสุขโดยตนเอง CCS ระบุว่าเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบโดยอาศัยข้อยกเว้นจากระยะสาธารณสุขผู้ประกอบการจะต้องแจ้งถึงบริษัทอื่นที่เป็นตัวแทนอย่างเพียงพอ โดยปรากฏในลักษณะซึ่งไม่เห็นด้วยกับขั้นตอนอันผิดกฎหมายที่ผู้ประกอบการธุรกิจกระทำ ทั้งนี้ มีการตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวคิด “ระยะสาธารณสุข” อันเป็นข้อยกเว้นความรับผิดว่าควรถูกต้องอย่างแคบ ตามคำแนะนำของ GC ในคดี Westfalen v Commission

⁸⁷ Case T-141/94; [1999] ECR II-347.

⁸⁸ Case T-141/94; [1999] ECR II-347, Case T-14/89; [1992] ECR II-1155.

⁸⁹ Case T-302/02; [2006] ECR II-4567.

⁹⁰ Case T-302/02; [2006] ECR II-4567 at [103].

⁹¹ CCS 500/001/11 (30 September 2011) at paras 49-59.

4.) การยุติข้อตกลง (Termination of an agreement) คดี Bus Services⁹² มีข้อสรุปว่าผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ ได้ทำสัญญาเพื่อกำหนดราคาขายขั้นต่ำ เมื่อพิจารณาพบว่าข้อตกลงนี้ดำเนินต่อไปเกินกว่าวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2006 อันเป็นผลให้ถูกปรับเนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวมีระยะเวลาเกินกว่าเวลาที่กำหนดในข้อบังคับของการแข่งขัน (Transitional Provisions for Section 34 Prohibition) ในการอุทธรณ์คณะกรรมการอุทธรณ์การแข่งขันถือตามคำตัดสินของ CCS⁹³ คณะกรรมการมีความเห็นต่อข้อโต้แย้งของผู้อุทธรณ์ในประเด็นที่ว่าข้อตกลงดังกล่าวสิ้นสุดลงก่อนวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2006 เป็นหลักฐานที่ไม่สามารถยอมรับได้ โดยถือว่าการที่ CCS พิสูจน์ถึงการมีอยู่ของข้อตกลงกำหนดราคาขั้นต่ำเป็นไปตามข้อสันนิษฐานถึงความมีอยู่ของความต่อเนื่องแล้ว เว้นแต่จะมีสถานการณ์อันแสดงถึงความขัดแย้งกัน

ต่างจากคดี Supply of Ball and Roller Bearings CCS มีข้อสรุปว่าผู้ประกอบการรายหนึ่งของ NTN Corp และบริษัทลูก NTN Bearing-Singapore (Pte) Ltd ได้ทำข้อตกลงในการกำหนดราคาเพิ่มขึ้นในปี ค.ศ. 2007 เนื่องจากมีหลักฐานแสดงว่าได้มีการแจ้งให้คู่แข่งทราบว่าจะไม่ส่งตัวแทนไปประชุมครั้งต่อไป เพราะไม่ต้องการละเมิดกฎหมายการแข่งขันของสิงคโปร์⁹⁴

(ข) การตัดสินใจโดยสมาคมผู้ประกอบการ (Decisions by associations of undertakings)⁹⁵

ข้อห้ามตามมาตรา 34 นำไปใช้กับการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการตามที่อธิบายไว้ในย่อหน้าที่ 2.13 ใน Section 34 Guidelines รูปแบบของสมาคมที่พบมากที่สุด คือสมาคมการค้า แม้ว่าถ้อยคำตามบทบัญญัติจะมีได้จำกัดเฉพาะเจาะจงประเภทของสมาคมก็ตาม การตัดสินใจ หลักเกณฑ์ และคำแนะนำของสมาคม อาจถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา 34 แม้คำแนะนำไม่ได้ผูกพันสมาชิกอย่างเป็นทางการและแม้ว่าสมาชิกจะไม่ได้ปฏิบัติตามข้อตกลง

⁹² CCS 500/003/08 (3 November 2009) at paras 438 and 439.

⁹³ *Konsortium Express and Tours Pte Ltd v Competition Commission of Singapore* (Appeal Nos 1 and 2 of 2009) at [104]-[110].

⁹⁴ CCS 700/002/11 (27 May 2014) at paras 375-379.

⁹⁵ Richard Whish QC, *Competition Law and Policy in Singapore*, pp. 92-94.

ทั้งหมดก็ตาม นอกจากนี้ ย่อหน้าที่ 2.14 ของ Guidelines อธิบายว่าสมาคมอาจถูกปรับในกรณีที่มีการตัดสินใจที่ตรงกันข้ามกับมาตรา 34 และสมาชิกอาจถูกลงโทษด้วยเช่นกัน

ย่อหน้าที่ 2.15 ของ Section 34 Guidelines พิจารณาร่วมกับ Annex A ซึ่งเป็นตารางที่ระบุตัวอย่างของการตัดสินใจ หลักเกณฑ์ คำแนะนำ และกิจกรรมของสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจที่อาจละเมิดมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติแข่งขัน Annex A ได้พิจารณาจากสถานการณ์ต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น การตัดสินใจเกี่ยวกับราคา การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาและข้อมูลที่ไม่เกี่ยวกับราคา การโฆษณาและการร่วมกันซื้อ และพิจารณาถึงสถานการณ์ที่เป็นปรากฏการณ์ซึ่งน่าจะมีหรือไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน เป็นต้น

ในปี ค.ศ. 2008 CCS ได้ดำเนินการในเรื่องคำแนะนำโดยสมาคม ซึ่งคดีที่ CCS พิจารณาว่าเป็นการตัดสินใจที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน มีด้วยกัน 2 คดี ได้แก่ คดี Singapore School Transport Association⁹⁶ (“SSTA”) และคดี Singapore Institute of Estate Agents (“IEA”)⁹⁷

นอกจากนี้ยังมี คดี Bus Services CCS ตัดสินว่าสมาคมการค้า Express Bus Agencies Association สามารถทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจและอาจถูกลงโทษปรับจากการปฏิบัติตามข้อตกลงในการกำหนดราคาน้ำมันเชื้อเพลิงและการเก็บเงินค่าประกันเพิ่ม⁹⁸ ต่างจากคดี Price-fixing in Modelling Services CCS ซึ่งได้ข้อสรุปว่า Association of Modelling Industry Professionals มิได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากพยานหลักฐานในคดีนี้ปรากฏว่าคู่กรณีได้ทำข้อตกลงตัวแทนจัดหางานแบบนักแสดงด้วยตนเอง⁹⁹

⁹⁶ CCCS, "Ccs Advises Ssta to Take Remedial Action on Its Recommendation of a Fuel Surcharge," [Online] Accessed: 7 June 2019. Available from: <https://www.ccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/ccs-advises-ssta-to-take-remedial-action-on-its-recommendation-of-a-fuel-surcharge>

⁹⁷ CCCS, "Ccs Advises That the Fees Guidelines Issued by Iea Are Likely to Be Anti-Competitive," [Online] Accessed: 7 June 2019. Available from: <https://www.ccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/ccs-advises-that-the-fees-guidelines-issued-by-iea-are-likely-to-be-anticompetitive>

⁹⁸ CCS 500/003/08 (3 November 2009) at paras 42 and 419-433.

⁹⁹ CCS 500/002/09 (23 November 2011) at paras 223-224.

คดี Singapore Medical Association - Guideline on Fees CCS ได้ข้อสรุปว่า Singapore Medical Association's ("SMA") Guidance on Fees มีความหมายรวมถึงการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการด้วย¹⁰⁰ เหตุผลในคดี Notification for Decision by Visa Worldwide Pte Ltd of Its MIF System as Formalised in the Visa Rules¹⁰¹ ไม่อาจโต้แย้งได้เนื่องจากคดี Visa Enterprise ดำเนินการในฐานะสมาชิกองค์กรซึ่งเป็นเจ้าของโดยสมาชิก นอกจากนี้ยังรวมถึงสมาคมของผู้ประกอบการ¹⁰² ต่อมาได้มีการปรับโครงสร้างองค์กรเมื่อ Visa Inc ขายหุ้นในบริษัทให้กับสาธารณชนเป็นครั้งแรกใน New York Stock Exchange ธุรกิจวีซ่าในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก (รวมถึงสิงคโปร์) ถูกถ่ายโอนไปยัง Visa Worldwide Pte Ltd ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ Visa Inc ตามความเห็นของ Visa Inc เข้าใจว่าความเป็นสมาคมผู้ประกอบการสิ้นสุดแล้ว แต่ CCS ไม่เห็นด้วยและเห็นว่า Visa Group ยังคงเป็นสมาคมผู้ประกอบการต่อไปและกระทำการในนามของสมาชิกชาวสิงคโปร์เพื่อกลุ่มผลประโยชน์ของคนทั่วไป นอกจากนี้ข้อสรุปได้ว่าการจัดตั้งค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนหลายฝ่าย (Multilateral Interchange Fee (MIF)) มิได้มีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันในสถานการณ์สำคัญใด ๆ ต่างกับคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกันในลักเซมเบิร์ก ซึ่งถูกตัดสินโดย CoJ ได้ข้อสรุปในภายหลังว่า MasterCard ซึ่งได้ทำการขายหุ้นในบริษัทให้กับสาธารณชน ยังคงดำเนินงานในฐานะสมาคมผู้ประกอบการ¹⁰³

(ค) การกระทำร่วมกัน (Concerted practices)

ข้อห้ามตามมาตรา 34 ใช้กับการกระทำร่วมกัน ย่อหน้าที่ 2.16 ของ Section 34 Guidelines ระบุว่าความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการกระทำร่วมกันกับข้อตกลง คือ การกระทำร่วมกันอาจมีอยู่ในที่ซึ่งมีการร่วมมือกันอย่างไม่เป็นทางการ ปรากฏจากข้อตกลงหรือการตัดสินใจอย่างเป็นทางการ เป็นการอ้างถึงความมีอยู่ของการกระทำร่วมกันที่คู่สัญญา "ทดแทนความเสี่ยงของการแข่งขันอย่างรู้เท่าทันด้วยการร่วมมือระหว่างผู้เข้าร่วม" เป็นวลีที่เกิดขึ้นโดยคำตัดสินของ CoJ ในคดี Dyestuffs¹⁰⁴ จากข้อเท็จจริงมีการยืนยันว่ามีการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ผลิตสีย้อมจำนวนมาก เนื่องจากมีการขึ้นราคาในลักษณะเดียวกันและในเวลาเดียวกันจากบริษัทแม่

¹⁰⁰ CCS 400/001/09 (18 August 2010) at paras 52-56.

¹⁰¹ CCS 400/001/06 (3 September 2013).

¹⁰² CCS 400/001/06 (3 September 2013) at para 5.5.

¹⁰³ Case C-382/12 P at [48]-[77].

¹⁰⁴ Case 48/69 [1972] ECR 619.

ส่งไปยังบริษัทลูกที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังพบหลักฐานว่ามีการติดต่ออย่างไม่เป็นทางการระหว่างผู้ผลิต CoJ ให้ความเห็นที่เห็นว่า วัตถุประสงค์ของการนำการกระทำร่วมกันมาไว้ภายในข้อห้ามตาม มาตรา 101 TFEU¹⁰⁵ คือ “รูปแบบของการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งปราศจากขั้นตอนที่เหมาะสมและนำไปสู่ข้อตกลง อาจกล่าวว่าเป็นการตัดสินใจและการใช้ความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอย่างรู้เท่าทันเพื่อทดแทนความเสี่ยงในการแข่งขัน”

คดี *Suiker Unie v Commission*¹⁰⁶ CoJ ได้ชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับการทดสอบนี้ คณะกรรมการยุโรปถือว่า¹⁰⁷ ผู้ผลิตน้ำตาลหลายรายมีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกัน เพื่อป้องกันสถานะของผู้ผลิตชาวเนเธอร์แลนด์สองรายในตลาดภายในประเทศ ผู้ผลิตปฏิเสธว่ามีได้มีการวางแผนดังกล่าว แนวคิดที่ CoJ วางไว้เห็นว่า ในการค้นหาการกระทำร่วมกัน มาตรา 101 TFEU ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีแผนการจริง เนื่องจากมีการตีความว่า มาตรา 101 ได้ห้ามใน “การติดต่อไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่มีอิทธิพลต่อการดำเนินการในตลาดของผู้แข่งขันที่มีอยู่ อาจมีขึ้น หรือเพื่อเปิดเผยแนวทางการปฏิบัติของคู่แข่งที่ได้ยอมรับหรือคาดว่าจะยอมรับในตลาด”¹⁰⁸

ทั้งคดี *Dyestuffs* และคดี *Sugar Cartel* มีประเด็นในการตีความว่าสิ่งใดที่จะถือเป็นการกระทำร่วมกันเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามมาตรา 101 TFEU “ต้องมีเจตนาที่ตรงกัน ผ่านการร่วมมือในทางปฏิบัติเพื่อทดแทนการแข่งขัน” อย่างไรก็ตาม การเห็นพ้องต้องกันไม่จำเป็นต้องต้องแสดงผ่านทางวาจาเท่านั้น อาจเห็นพ้องต้องกันผ่านการติดต่อโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างคู่สัญญาก็ได้ CCS ใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาคดี *Sugar Cartel* ในการตัดสินคดี *Pest Control Services*¹⁰⁹ การตัดสินของ CCS ได้ปฏิบัติตามแนวทางของศาลทั้งในสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรที่ได้กำหนดไว้ว่าไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงการดำเนินการตามข้อตกลง และการกระทำร่วมกันมีความเป็นไปได้ที่ทั้งคู่จะอยู่ในลักษณะคู่ขนาน CCS ระบุในคดี *Price Fixing in*

¹⁰⁵ Case 48/69 etc; [1972] ECR 619 at [64].

¹⁰⁶ Case 40/73 etc; [1975] ECR 1663.

¹⁰⁷ *Re European Sugar Cartel* [1973] OJ L140/17.

¹⁰⁸ Case 40/73 etc; [1975] ECR 1663 at 425.

¹⁰⁹ CCS 600/008/06 (9 January 2008) at para 43.

Bus Services from Singapore to Malaysia and Southern Thailand¹¹⁰ รวมถึงคดีต่าง ๆ ในภายหลัง

ย่อหน้าที่ 2.17 ของ Section 34 Guidelines ระบุหลักเกณฑ์ การพิจารณาความมีอยู่ของการกระทำร่วมกัน ดังนี้

- (1) ไม่ว่าฝ่ายต่าง ๆ จะเข้าร่วมในการร่วมมือกันปฏิบัติจริงหรือไม่
- (2) พฤติกรรมในตลาดได้รับอิทธิพล สืบเนื่องจากการติดต่อกัน ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ
- (3) พฤติกรรมคู่ขนานที่เกิดขึ้นจากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ นำไปสู่เงื่อนไขของการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับสภาพปกติของตลาด
- (4) โครงสร้างของตลาดและลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง
- (5) จำนวนของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด กรณีมีผู้ประกอบการจำนวนน้อย และโครงสร้างต้นทุนและการผลิตของผู้ประกอบการใกล้เคียงกัน

ทั้งนี้ CCS ระบุไว้ในแนวทางการพิจารณาข้อห้ามตามมาตรา 34 (Guidelines on the Section 34 Prohibition) ย่อหน้าที่ 16 ว่าข้อห้ามตามมาตรา 34 มีผลบังคับ ใช้กับการกระทำร่วมกันเช่นเดียวกับข้อตกลง

การพิจารณาว่าจะเป็นการกระทำร่วมกันหรือไม่ สามารถตัดสินได้ ตามแนวทาง ดังต่อไปนี้

- (1) คู่สัญญาู้และมีการร่วมมือกัน (สมรู้ร่วมคิด)
- (2) พฤติกรรมของคู่สัญญาในตลาดซึ่งได้รับอิทธิพลอันเป็นผลโดยตรงหรือ โดยอ้อมจากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (การติดต่อทำให้เกิดการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย)
- (3) พฤติกรรมแบบคู่ขนานอันเป็นผลมาจากการติดต่อระหว่าง ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งนำไปสู่เงื่อนไขของการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขปกติของตลาด โครงสร้าง ของตลาดที่เกี่ยวข้อง และลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (เงื่อนไขที่เอื้อต่อการสมรู้ร่วมคิด) และ

¹¹⁰ CCS 500/003/08 (3 November 2009) at paras 55-58.

(4) จำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด กรณีที่มีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนน้อยแม้ว่าจะมีโครงสร้างต้นทุนและผลผลิตที่คล้ายกัน

Section 34 Guidelines มิได้อธิบายถึงประเด็นว่าการกระทำร่วมกันต้องการผลกระทบที่เป็นการละเมิดกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม คำตัดสินในคดี *Pest Control Services* มีความเห็นว่าไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงในตลาดเพื่อแสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกัน¹¹¹ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวได้กลายเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีที่มีลักษณะข้อเท็จจริงคล้ายกันในภายหลัง สังเกตได้จากการที่ CCS ใช้คำพิพากษาของ CoJ ในคดี *Hüls AG v Commission*¹¹² และคดี *Polypropylene* โดยให้เหตุผลว่า “การกระทำร่วมกัน คือ สิ่งที่เป็นไปตามมาตรา 101 TFEU ถึงแม้การกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลกระทบจากการต่อต้านการแข่งขันเกิดขึ้นในตลาดก็ตาม”

อย่างไรก็ตาม ในคดี *Cement GC* พิจารณาและเห็นว่าไม่มีการละเมิดหากคู่กรณีสามารถพิสูจน์ได้ในทางตรงกันข้าม¹¹³ นำไปสู่ข้อสรุปในคดี *Hüls CoJ* ระบุว่า คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานตามมาตรา 101 (1) TFEU ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจทางเศรษฐกิจแต่ละรายต้องกำหนดนโยบายในตลาดโดยอิสระ ตามย่อหน้าที่ 161 ของคำพิพากษา CoJ ยอมรับแนวคิดของการกระทำร่วมกันในหมายความว่ามีการดำเนินการทั่วไปร่วมกันในตลาด แต่เพิ่มเติมในส่วนข้อสันนิษฐานว่ามีการติดต่อกับผู้อื่นและดำเนินการตามที่ติดต่อกันนั้น CoJ วางหลักเกณฑ์ว่าข้อสันนิษฐานดังกล่าว คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องดำเนินการเพื่อพิสูจน์ผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงแต่อย่างใด¹¹⁴ ในย่อหน้าที่ 164 CoJ วางหลักเกณฑ์ว่าการกระทำร่วมกันอาจมีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ดังนั้น จึงมีการควบคุมถ้อยคำตามมาตรา 101(1) TFEU ที่ระบุว่า “วัตถุประสงค์หรือผลกระทบของข้อตกลงและการกระทำร่วมกันซึ่ง...” เพื่อสนับสนุนข้อเสนอที่ว่า การกระทำร่วมกันไม่จำเป็นต้องสร้างผลกระทบต่อตลาด ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกนำไปใช้ในคดี

¹¹¹ CCS 600/008/06 (9 January 2008) at paras 51-54.

¹¹² Case C-199/92 P etc; [1999] ECR I-4287.

¹¹³ Case T-25/95 etc; [2000] ECR II-491 at [1865].

¹¹⁴ The European Commission relied on this point in *Zinc Phosphate* [2003] OJ L153/1 at [202].

British Sugar plc Tate & Lyle plc, Napier Brown & Co Ltd และคดี James Budgett Sugars Ltd¹¹⁵

ข้อตกลงต่อต้านการแข่งขันตาม Section 34 Guidelines

ตัวอย่างเพิ่มเติมเกี่ยวกับประเภทของข้อตกลงที่อาจเป็นการละเมิดข้อห้ามตามมาตรา 34 ซึ่งอยู่ใน Section 34 Guidelines จากการศึกษาคำสั่งที่แบ่งข้อตกลงที่อาจมีผลเสียต่อการแข่งขันแบ่งออกเป็น 11 หัวข้อ ดังนี้

1.) การกำหนดราคาซื้อหรือขายหรือเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ (Fixing purchase or selling prices or any other trading conditions)¹¹⁶ การกำหนดราคาถูกห้ามภายใต้มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติแข่งขัน การกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการ รวมถึงส่วนประกอบของราคา (เช่น ส่วนลด การกำหนดจำนวนหรือร้อยละของราคาที่จะเพิ่มขึ้น หรือการกำหนดช่วงราคาที่เป็นไปได้มากที่สุด ซึ่งเป็นราคาที่ไม่น่าจะอนุญาตให้เปลี่ยนแปลง) ข้อห้ามดังกล่าวอยู่ในรูปแบบของข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันด้านราคา (เช่น ข้อตกลงที่จะติดยกเลิกการราคาหรือไม่ออกใบเสนอราคาโดยไม่ปรึกษาผู้แข่งขันที่มีศักยภาพ หรือไม่คิดราคาต่ำกว่าราคาอื่น ๆ ในตลาด)¹¹⁷ โดย CCS ได้ระบุว่า การกำหนดราคาซื้อ รวมถึงข้อตกลงระหว่างผู้ซื้อที่มีอำนาจตลาดในการกำหนดราคาล่วงหน้า ไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยข้อตกลง รวมถึงการซื้อที่ผ่านการตกลงกันแล้ว หรือการตกลงระหว่างผู้ขายที่มีอำนาจตลาดในการคว่ำบาตรผู้ซื้อบางรายเป็นสิ่งต้องห้าม¹¹⁸

ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2005 ก่อนที่มาตรา 34 จะมีผลบังคับใช้ Straits Times หนังสือพิมพ์รายวันของสิงคโปร์รายงานว่า ผู้ประกอบธุรกิจโรงพยาบาลนครสามรายมีการขึ้นราคาบัตรชมภาพยนตร์พร้อมกันในสิงคโปร์ซึ่งอาจผิดกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขัน

¹¹⁵ [1999] OJ L76/1 at [95] and Case T-202/98 etc; [2001] ECR II-2035.

¹¹⁶ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 522-530, 554-555.

¹¹⁷ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 3.3-3.7 of the Section 34: provisions

¹¹⁸ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 3.15-3.16 of the Section 34: provisions

หากพระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ หนังสือพิมพ์อ้างว่า CCS ได้แถลงในเรื่องดังกล่าวว่าการเคลื่อนไหวของโรงภาพยนตร์อาจถูกตีความได้ว่าเป็นการกำหนดราคา¹¹⁹

เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ปี ค.ศ. 2008 ร้านขนมและเครื่องตีมี่สี่ราย กล่าวคือ (1) Thomson Cake & Confectionery (2) Lian Hup Huat Food Manufacturer (3) Sin Hong Huat Food Stuffs Manufacturing และ (4) Hup Yew Confectionery ได้รับคำเตือนจาก CCS ภายหลังจากตกลงร่วมกันขึ้นราคาขนมเค้กชนิดหนึ่งของจีน (Traditional Chinese cupcakes)¹²⁰ โดยทั่วไป CCS จะใช้วิธีการเลือกธุรกิจที่มีความชำนาญและออกคำเตือน แทนที่จะตัดสินว่ามีการละเมิดในทันที

นอกเหนือจากคำเตือนและการตรวจสอบการละเมิดโดย CCS คู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ ที่ทำข้อตกลงอันมีลักษณะพฤติกรรมคล้ายกับการตกลงร่วมกันอาจมีความสมัครใจที่จะนำเรื่องนี้ไปแจ้ง CCS ก่อนเพื่อให้ทำการตรวจสอบ โดยการสมัครใจดังกล่าวสามารถนำไปสู่การตัดสินโดยเปิดเผยต่อสาธารณะหรือโดยลับก็ได้

การตัดสินโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนในเดือนมกราคม ปี ค.ศ. 2006 สมาชิกของสมาคม Visa International Service (“Visa International”) ได้แจ้งไปยัง CCS เรื่องกลไกค่าธรรมเนียม the multilateral interchange fee (“MIF”) ซึ่งเป็นกลไกที่ออกแบบมาเพื่อให้สิ่งจูงใจแก่ผู้ออก (Issuer) และผู้ได้รับ (Acquirer) ในการร่วมกันออกบริการบัตรชำระเงิน Visa (Visa payment card service) สำหรับผู้ถือบัตรและผู้จำหน่าย¹²¹ กลไก MIF เกี่ยวข้องกับการประสานงานด้านราคา โดยพิจารณา MIF ผ่านสมาชิกของ Visa International ซึ่งกลไกดังกล่าวได้รับการยกเว้นจากคณะกรรมการยุโรป (European Commission) ในปี ค.ศ. 2002¹²² หลังจาก

¹¹⁹ The Straits Times, "Hike in Cinema Ticket Price: Is It Price-Fixing?," [Online] Accessed: 19 January 2019. Available from:

<http://eresources.nlb.gov.sg/newspapers/digitised/issue/straitstimes20050401-1>

¹²⁰ The Straits Times, "4 Bakeries Warned for Colluding to Raise Prices," [Online] Accessed: 19 January 2019. Available from:

<http://eresources.nlb.gov.sg/newspapers/digitised/issue/straitstimes20050401-1>

¹²¹ Case CCS 400/001/06 “Notification for Decision by Visa Worldwide Pte. Ltd. of its Multilateral Interchange Fee system (“MIF”)”

¹²² Case IP/02/1138

Visa International เสนอการปฏิรูปที่สำคัญ แต่เมื่อวันที่ 26 มีนาคม ปี ค.ศ. 2008 คณะกรรมการยุโรปได้ประกาศว่าจะทำการสอบสวนเรื่องกลไก MIF สำหรับการทำธุรกรรมบัตรเครดิตชำระเงินผู้บริโภคข้ามพรมแดนภายในสหภาพยุโรป (“EEA”) อีกครั้ง¹²³ โดยรายงานผ่านเว็บไซต์ของ European Commission เมื่อปี ค.ศ. 2014 ว่าคดี MIF กำลังมีการดำเนินการกับ Visa Inc. และ Visa International Service Association โดยเน้นไปที่ MIFs ระหว่างภูมิภาคเป็นหลัก คำแถลงเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำตัดสินถูกส่งไปยัง Visa ในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2012¹²⁴

ในปี ค.ศ. 2006 Qantas/British Airways และ Qantas/Orangestar แจ้งข้อตกลงในการร่วมกันไปยัง CCS เพื่อพิจารณาและตัดสินใจว่า ข้อตกลงที่ได้รับการแจ้งเตือนนั้นมิได้กระทบและไม่น่ามีผลกระทบที่เห็นได้ชัดต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง และด้วยเหตุนี้จึงไม่เป็นการละเมิดข้อห้ามตามมาตรา 34

นอกเหนือจากการกำหนดราคาและข้อกำหนดอื่น ๆ ของสัญญา การแลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นสิ่งที่ถูกห้ามหากมีผลเสียต่อการแข่งขัน เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งนำไปสู่การกำหนดราคา รวมถึงการแลกเปลี่ยนโดยเฉพาะล่วงหน้า ข้อมูลล่าสุดหรือข้อมูลในปัจจุบันเกี่ยวกับราคา ส่วนลด ค่าใช้จ่าย ข้อตกลงทางการค้า อัตรา และวันที่ในการเปลี่ยนแปลง ซึ่งทั้งหมดนี้อาจเป็นปัจจัยที่ช่วยให้มีการสมรู้ร่วมคิดได้สะดวกยิ่งขึ้น โดย CCS ระบุไว้ในแนวทางปฏิบัติว่า¹²⁵ “การแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจมีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขัน ซึ่งอาจลดหรือขจัดความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นในกระบวนการแข่งขัน แต่การแลกเปลี่ยนข้อมูลจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละกรณี ลักษณะของตลาด ประเภทของข้อมูล และวิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูล ซึ่งโดยทั่วไปมีความเป็นไปได้สูงที่จะมีผลกระทบอย่างเห็นได้ชัดในการแข่งขันที่มีจำนวนของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดน้อยกว่า การแลกเปลี่ยนบ่อยครั้งทำให้มีความละเอียดอ่อนและเป็นความลับ

¹²³ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, *Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 3* p. 1022.

¹²⁴ European Commission, "The Visa Decision of 2014," [Online] Accessed: 19 January 2019. Available from:

http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/enforcement_en.html

¹²⁵ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 3.20 of the Section 34: provisions

มากขึ้น โดยลักษณะของข้อมูลที่มีการแลกเปลี่ยนและกรณีที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลถูกจำกัดไว้ โดยเฉพาะเพื่อให้ผู้ประกอบการกิจการที่คู่แข่งและผู้ซื้อ”¹²⁶

การกำหนดมาตรฐานของข้อตกลงหรือเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ เพื่อจำกัดการแข่งขันจากแหล่งอื่นและการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด หรือขัดขวางคู่สัญญาจากการเลือกพัฒนามาตรฐานหรือผลิตภัณฑ์ ซึ่งไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่ตกลงกันได้ อาจมีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อม รวมถึงข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เพิ่มขึ้นเพื่อควบคุมข้อกำหนดและเงื่อนไขในการจัดหาผลิตภัณฑ์ การกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขผลิตภัณฑ์ที่จะจัดจำหน่าย การวางข้อกำหนดในการใช้งานแบบทั่วไป หรือตามมาตรฐานและเงื่อนไขการขายหรือการซื้อโดยสมาคม¹²⁷

นอกจากนี้ คำแนะนำทางการค้า และสมาคมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับราคา การร่วมกันกำหนดราคา หรือการประสานงานด้านราคาในรูปแบบใด ๆ รวมถึงการตัดสินใจที่ต้องการให้สมาชิกของสมาคมประกาศราคาเพื่อให้สมาชิกคนอื่นทราบ (ใช้สมาคมเป็นสื่อกลางเพื่อการสมรู้ร่วมคิด) และข้อเสนอแนะใด ๆ เกี่ยวกับบรรดากรรมถึงส่วนลด และการลดราคาอาจจะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 34 ซึ่งล้วนเป็นสิ่งต้องห้าม CCS มีแนวทางที่ชัดเจนในการต่อต้านลักษณะดังกล่าว¹²⁸

ในปี ค.ศ. 2008 CCS ได้ให้คำแนะนำสถาบันตัวแทนอสังหาริมทรัพย์สิงคโปร์ (Singapore Institute of Estate Agents (“IEA”)) ในการยกเลิกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระดับของค่าธรรมเนียมวิชาชีพ และค่านายหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตัวการและตัวแทนอสังหาริมทรัพย์ โดยส่งประกาศการให้คำปรึกษาแก่ Singapore School Transport Association (SSTA) ในการประกาศต่อสาธารณะถึงเจตนาที่จะเพิ่มอัตราค่าโดยสารเพื่อให้ครอบคลุมราคาน้ำมันดีเซลที่เพิ่มขึ้นอาจเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ตามที่ CCS เห็นว่า “การหมุนเวียนของราคาแนะนำโดยสมาคมการค้า แม้ว่าจะไม่ผูกพัน แต่มีแนวโน้มกระตุ้นผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมให้จัดกลุ่มราคา

¹²⁶ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 3.23-3.24 of the Section 34: provisions

¹²⁷ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 3.13-3.14 of the Section 34: provisions

¹²⁸ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 3 p. 1023.

ใกล้เคียงกับราคาแนะนำดังกล่าว แม้ราคาของผู้ประกอบธุรกิจตั้งไม่ตรงกันกับราคาที่แนะนำอย่างชัดเจน แต่ราคาแนะนำดังกล่าวยังคงมิได้ส่งผลดีต่อการแข่งขันอย่างอิสระ”

อย่างไรก็ตาม ยังมีคดีจำนวนมากที่ CCS สรุปรว่าข้อตกลงด้านราคาเป็นการละเมิดข้อห้ามตามมาตรา 34 เช่น คดี Bus Services คดี Fixing of Monthly Salaries of New Indonesian Foreign Workers in Singapore คดี Price-fixing in Modelling Services และคดี Price of Ferry Tickets between Singapore and Batam and Supply of Ball and Roller Bearings¹²⁹

2.) การร่วมกันเสนอราคาประมูล (Bid-rigging)¹³⁰

การร่วมกันเสนอราคาหรือการสมรู้ร่วมคิด และหรือความร่วมมือระหว่างผู้ยื่นประมูล (Tenderer) เป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติการแข่งขัน โดยเมื่อวันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 2008 CCS ประกาศคำตัดสินครั้งแรกเกี่ยวกับการฝ่าฝืนมาตรา 34 และกำหนดค่าปรับกับคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในคดี Pest Control Services ในย่อหน้าที่ 3.8 ของ Section 34 Guidelines การที่ลูกค้าได้เชิญผู้ร่วมประมูลมาแข่งขัน สิ่งที่สำคัญคือผู้ประมูลควรจัดเตรียมและส่งการเสนอราคาอย่างอิสระ การร่วมมือกันระหว่างผู้ประมูลโดยลักษณะส่วนมากจะเป็นการจำกัดการแข่งขัน

กรณีที่เกี่ยวข้องกับการร่วมกันกำหนดราคาประมูล (Bid-rigging) ซึ่งผู้มีแนวโน้มว่าจะใช้บริการบริษัทกำจัดแมลงทั้งหมด ในการรักษาหรือควบคุมปลวก¹³¹ CCS เปิดเผยหลักฐานที่บริษัทกำจัดแมลงสมรู้ร่วมคิด โดยการส่งแผนขอเสนอการยื่นประมูลไปยังเว็บไซต์หลายแห่งเพื่อเลือกคู่สัญญาที่จะมาร่วมประมูลและทำให้หนึ่งในบริษัทที่ตกลงร่วมกันเป็นผู้ชนะการประมูล ซึ่งบริษัทกำจัดแมลงได้ทำการเสนอราคาด้วย ทั้งนี้หนึ่งในบริษัทที่ตกลงร่วมกันได้ส่งข้อเสนอราคาที่สูงกว่าบริษัทที่ได้รับการเลือกในการตกลงร่วมกัน ซึ่งภายหลังจะชนะการประมูลไปยังเว็บไซต์สำหรับจัดหาบริการรักษาหรือควบคุมปลวก

¹²⁹ Richard Whish QC, *Competition Law and Policy in Singapore*, pp. 107-108.

¹³⁰ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 536-538, 555-557.

¹³¹ The six pest control operators found in breach of the Competition Act were: Aardwolf Pestkare (S) Pte Ltd, Alliance Pest Management Pte Ltd, Elite Pest Management Pte Ltd, Killlem Pest Pte Ltd, PestBusters Pte Ltd, and Rentokil Initial (S) Pte Ltd.

คำตัดสินของ CCS ระบุว่า “เมื่อพิจารณาถึงการสมรู้ร่วมคิดกันประมุขหรือ การเตรียมพร้อมกันเสนอราคาประมูล อันเป็นการจำกัดการแข่งขันในระดับที่สามารถสังเกตได้ ขั้นตอนการประมูลถูกออกแบบมาเพื่อจัดให้มีการแข่งขันในพื้นที่นั้น ๆ มิเช่นนั้นแล้วก็จะไม่มี การแข่งขัน จุดเด่นที่สำคัญของระบบ คือ ผู้ประมูลจัดเตรียมและส่งเอกสารอย่างอิสระ การยื่นประมูล ที่เกิดจากการสมรู้ร่วมคิดกันหรือการร่วมมือระหว่างผู้ประมูล โดยทั่วไปถือว่าเป็นการจำกัด การแข่งขันที่สามารถประเมินได้”¹³²

ทั้งนี้ คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedents) ของสหราชอาณาจักร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสินของศาลอุทธรณ์การแข่งขันในคดี Apex Asphalt & Paving Co Ltd v Office of Fair Trading โดยมีการให้เหตุผลเช่นเดียวกับคดี Collusive Tendering (Bid-rigging) คดี Electrical and Building Works¹³³ และ คดี Bid rigging by Motor Vehicle Traders at Public Auctions of Motor Vehicles¹³⁴ CCS มีความเห็นว่ากระบวนการของ “การยับยั้งการ ประมูล (Bid suppression)” เป็นการละเมิดข้อห้ามตามมาตรา 34 การที่ผู้ค้าขายยนต์ในการประมูล ขายยนต์ของรัฐได้ทำการงดเว้นจากการประมูล เพื่อประโยชน์ของผู้ประมูลเพียงรายเดียว โดยผู้ค้าจะดำเนินการประมูลแบบ “ส่วนบุคคล (Private)” ในยานพาหนะและมีการแบ่งปันความต่าง ของราคาระหว่างรัฐและเอกชนระหว่างผู้ค้า

3.) การแบ่งตลาดหรือแหล่งวัสดุ (Sharing markets or sources of supply)¹³⁵

ย่อหน้าที่ 3.9 ถึง 3.10 ของ Section 34 Guidelines วางแนวทางการแบ่ง ตลาดว่า “ไม่ว่าจะเป็นการทำโดยการแบ่งพื้นที่หรือประเภทหรือขนาดของลูกค้าก็ตาม” และระบุว่า ข้อตกลงดังกล่าวโดยลักษณะของการแบ่งตลาดมีการจำกัดการแข่งขันอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ย่อหน้าที่ 3.10 ระบุว่าอาจมีบางกรณี เช่น ข้อตกลงเฉพาะที่ผู้ประกอบการธุรกิจจำนวนมากตกลงที่จะให้

¹³² Paragraph 58, CCS Decision in the Pest Control Case.

¹³³ CCS 500/001/09 (4 June 2010) at paras 55-62.

¹³⁴ CCS 500/003/10 (28 March 2013).

¹³⁵ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 530-536, 555.

ความเชี่ยวชาญในการผลิตผลิตภัณฑ์เฉพาะ ภายในขอบเขตซึ่งไม่เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ในกรณีเช่นนี้การวิเคราะห์ผลกระทบต้องตรวจสอบว่าข้อห้ามมาตรา 34 ถูกละเมิดหรือไม่¹³⁶

ข้อตกลงในการแบ่งตลาดสามารถแบ่งในรูปแบบของการแบ่งตามพื้นที่ ประเภทหรือขนาดของลูกค้า ฯลฯ การแบ่งตลาด (เช่น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเป็นผู้เชี่ยวชาญในการผลิตสินค้าที่มีขอบเขตแน่นอน หรือส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ที่แน่นอน สามารถผลิตได้ในระยะยาวและแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น) ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ข้อตกลงอาจมีหรืออาจไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันก็ได้¹³⁷

CCS มีคำตัดสินคดี Qantas/Orangestar and Qantas/British Airways ถึงข้อตกลงแบ่งตลาดระหว่างคู่สัญญาที่ได้แจ้งกับ CCS นั้นไม่มีผลกระทบที่ชัดเจนต่อการแข่งขันในตลาดขนส่งสินค้าที่เกี่ยวข้อง

4.) การจำกัดหรือควบคุมการผลิต ตลาด การพัฒนาทางเทคโนโลยี การลงทุน (Limiting or controlling production, markets, technical development or investment)¹³⁸

ย่อหน้าที่ 3.11 ถึง 3.12 ของ Section 34 Guidelines ระบุถึงข้อตกลงที่เป็นการจำกัดหรือควบคุมการผลิตซึ่งโดยลักษณะแล้วถือเป็นการจำกัดการแข่งขัน ย่อหน้าที่ 3.12 ระบุว่า ความรุนแรงของการแข่งขันอาจลดลงหากผู้ประกอบการธุรกิจในอุตสาหกรรมตกลงจำกัดหรือมีการวางแผนร่วมมือกันลงทุนในอนาคต

ข้อตกลงที่จำกัดการผลิตหรือควบคุมการผลิตในรูปแบบของการกำหนดระดับการผลิตหรือโควตา (Quota) หรือการจัดการโครงสร้างโดยกำหนดให้มีต้นทุนสูงเกินไป (Overcapacity) เป็นสิ่งต้องห้าม ข้อจำกัดในการโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับปริมาณ ลักษณะหรือรูปแบบของการโฆษณาอาจเป็นจำกัดการแข่งขันขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ ลักษณะของข้อจำกัดและตลาด

¹³⁶ Ibid, 599-603.

¹³⁷ CCCS Guidelines on the section 34 prohibition 2016, Paragraph 3.9-3.10 of the Section 34: provisions

¹³⁸ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 533-536, 555.

5.) การกำหนดเงื่อนไขการซื้อขาย (Fixing trading conditions)¹³⁹

ย่อหน้า 3.13 ถึง 3.14 ของ Section 34 Guidelines ระบุถึงข้อตกลง กำหนดเงื่อนไขการซื้อขาย ย่อหน้าที่ 3.13 ระบุว่าภาระผูกพันที่กำหนดโดยสมาชิกของสมาคมการค้า เพื่อใช้ข้อกำหนดและเงื่อนไขทั่วไปของการซื้อขายอาจเป็นการจำกัดการแข่งขัน ย่อหน้าที่ 3.14 ระบุว่า การกำหนดข้อกำหนดและเงื่อนไขสำหรับสมาชิกเป็นไปตามมาตรฐานของสมาคมการค้า ในความเป็นจริงอาจเป็นประโยชน์ต่อลูกค้า เช่น อาจลดความซับซ้อนในสิ่งที่อาจสร้างความสับสน อันตรายต่อการแข่งขันมีแนวโน้มน้อยกว่า สมาชิกของสมาคมมีอิสระในการยอมรับความแตกต่างของ เงื่อนไขตามที่สมาชิกต้องการ

6.) การซื้อหรือขายร่วมกัน (Joint purchasing or selling)¹⁴⁰

ย่อหน้าที่ 3.15 ถึง 3.16 ของ Section 34 Guidelines ระบุถึงการซื้อหรือการขายร่วมกัน ย่อหน้าที่ 3.15 ระบุว่าข้อตกลงระหว่างผู้ซื้อที่มีอำนาจตลาดในการกำหนดราคา ที่พร้อมจะจ่ายหรือจะซื้อเมื่อเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้เท่านั้น ซึ่งถือเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด ย่อหน้าที่ 3.16 ระบุว่าปัญหาเดียวกันนี้เกิดขึ้นในข้อตกลงระหว่างผู้ขายที่มีอำนาจตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ขายตกลงที่จะคว่ำบาตรผู้ซื้อบางราย

7.) การแบ่งปันข้อมูล (Sharing information)¹⁴¹

ย่อหน้าที่ 3.17 ถึง 3.24 ของ Section 34 Guidelines ระบุถึงการแบ่งปันข้อมูล ย่อหน้าที่ 3.17 ถึง 3.20 เกี่ยวกับปัญหาในแง่ทั่วไป โดยจะแบ่งออกเป็นสองประการ ประการแรกการแบ่งปันข้อมูลราคา (Sharing of price information) และประการที่สองการแบ่งปันข้อมูลที่ไม่ใช่ราคา (Sharing of non-price information) ย่อหน้าที่ 3.17 เริ่มต้นด้วยประเด็นสำคัญที่ว่าตามหลักการทั่วไปว่าเมื่อผู้ซื้อได้รับข้อมูลมากขึ้นการแข่งขันจะมีประสิทธิภาพมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ จึงมีการเปิดเผยข้อมูลสาธารณะให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งโดยทั่วไปไม่เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ย่อหน้าที่ 3.18 ระบุว่า การแข่งขันอาจเพิ่มขึ้น หากข้อมูลที่จะแลกเปลี่ยนนั้นเกี่ยวกับเทคโนโลยีใหม่หรือโอกาสทางการตลาดใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้บริโภคได้รับการแจ้งให้ทราบ อย่างไรก็ตาม ย่อหน้าที่ 3.20 ระบุถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจมีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันเพราะทำหน้าที่ในการลดหรือ

¹³⁹ Ibid, 538-539, 555.

¹⁴⁰ Ibid, 526, 603-604.

¹⁴¹ Richard Whish QC, *Competition Law and Policy in Singapore*, pp. 110-111.

ขจัดความไม่แน่นอนในการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ แต่จะเป็นไปได้หรือไม่ที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะของตลาด ประเภทของข้อมูลและวิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูล

ย่อหน้าที่ 3.20 ระบุว่า “ตามหลักการทั่วไปมีความเป็นไปได้สูงที่จะมีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันยิ่งจำนวนของผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินการในตลาดน้อยลง การแลกเปลี่ยนบ่อยครั้งยิ่งมีความละเอียดอ่อนและเป็นความลับมากขึ้น และการแลกเปลี่ยนข้อมูลจะจำกัดเฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าร่วมในการกีดกันคู่แข่งและผู้ซื้อ”

8.) การแลกเปลี่ยนข้อมูลราคา (Exchanging price information)¹⁴²

ย่อหน้าที่ 3.21 ของ Section 34 Guidelines ระบุถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาที่สามารถนำไปสู่การร่วมมือด้านราคาและทำให้การแข่งขันลดลง การประกาศราคาล่วงหน้าสำหรับผู้แข่งขันอาจเป็นการต่อต้านการแข่งขัน เนื่องจากเป็นการเพิ่มความสะดวกในการสมรู้ร่วมคิด อย่างไรก็ตาม การประกาศราคาโดยตรงกับผู้ซื้ออาจเป็นการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดได้ ย่อหน้าที่ 3.22 ระบุว่ายังมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลล่าสุดหรือเป็นปัจจุบันมากเท่าไรยังมีแนวโน้มที่จะมีผลเสียต่อการแข่งขันมากขึ้น การไหลเวียนของข้อมูลในอดีตหรือการเทียบกันของแนวโน้มราคาไม่น่าจะเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน Guidelines ดังกล่าวระบุว่าการแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ (Benchmarking) ข้อมูลที่ถูกแลกเปลี่ยนเพื่อเป็นแนวปฏิบัติเพื่อพัฒนาทางอุตสาหกรรมไม่เป็นการละเมิดข้อห้ามมาตรา 34 หากเป็นการรวบรวมข้อมูลและเผยแพร่โดยองค์กรอิสระ ในคดี Price of Ferry Tickets between Singapore and Batam CCS ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลราคาที่เป็นความลับและละเอียดอ่อนเป็นการละเมิดข้อห้ามตามมาตรา 34 หากเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยวัตถุประสงค์¹⁴³

9.) การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่ใช่ราคา (Exchanging non-price information)¹⁴⁴

ย่อหน้าที่ 3.23 ถึง 3.24 ของ Section 34 Guidelines เป็นเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่ใช่ราคา ย่อหน้าที่ 3.23 ระบุถึงปัญหาในการพิจารณาว่าจะเป็นผลกระทบต่อ

¹⁴² Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 540-541, 557.

¹⁴³ CCS 500/006/09 (18 July 2012) at para 68.

¹⁴⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 539-547.

การแข่งขันหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับประเภทของข้อมูลที่แลกเปลี่ยน และโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้อง การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางสถิติโดยรวม การวิจัยการตลาดและการศึกษาอุตสาหกรรมทั่วไป ไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน เนื่องจากไม่ลดความเป็นอิสระทางการค้าและการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ ย่อหน้าที่ 3.24 อธิบายเพิ่มเติมว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับปริมาณการผลิตและยอดขายจะไม่ได้รับผลกระทบ หากเป็นจำนวนรวมทั้งหมดและแม้ในกรณีที่ข้อมูลสามารถระบุพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละแห่งก็ไม่เป็นปัญหา หากข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลในอดีต เนื่องจากไม่น่าจะมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมในอนาคต อย่างไรก็ตาม การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีใช้ราคาอาจเป็นการละเมิดข้อห้ามมาตรา 34 ในกรณีแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับแผนการปัจจุบันหรือในอนาคต หากข้อมูลนั้นถูกเขียนเพื่อผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะ

10.) การจำกัดการโฆษณา (Restricting advertising)¹⁴⁵

ย่อหน้าที่ 3.25 ถึง 3.26 ของ Section 34 Guidelines เกี่ยวกับการจำกัดการโฆษณา โดยย่อหน้าที่ 3.25 ระบุว่าข้อจำกัดดังกล่าวไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับปริมาณ ลักษณะ หรือรูปแบบของการโฆษณา ซึ่งมีประสิทธิภาพในการจำกัดการแข่งขัน ผลกระทบของการต่อต้านการแข่งขันจะประเมินได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และลักษณะของข้อจำกัดและในตลาดที่จะนำไปใช้ ย่อหน้าที่ 3.26 ระบุว่าการตัดสินใจของสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการทำโฆษณาให้เกิดความเข้าใจผิดหรือเพื่อให้มั่นใจว่าการโฆษณานั้นถูกกฎหมาย เป็นความจริงที่ตรงและเหมาะสมนั้นไม่มีผลเสียต่อการแข่งขัน

11.) การกำหนดมาตรฐานทางเทคนิคหรือมาตรฐานการออกแบบ (Setting technical or design standards)¹⁴⁶

ย่อหน้าที่ 3.27 ของ Section 34 Guidelines ระบุถึงข้อตกลงเรื่องมาตรฐานว่า ข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถลดต้นทุน ลดความเสี่ยง หรือยกระดับคุณภาพ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการแข่งขันอาจได้รับผลกระทบเมื่อข้อตกลงดังกล่าวจำกัดสิ่งที่คู่สัญญาสามารถผลิตหรือเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ทั้งนี้ ข้อตกลงเรื่องมาตรฐานอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน

¹⁴⁵ Ibid, 547-550, 557.

¹⁴⁶ Ibid, 607-611.

เมื่อผู้ประกอบการป้องกันฝ่ายอื่นจากทางเลือกมาตรฐานการพัฒนาหรือผลิตภัณฑ์ที่ไม่สอดคล้องกับ
มาตรฐานที่ตกลงกันได้



3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States of America)

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่สองของโลก รองจากประเทศแคนาดาที่ได้มีการออกกฎหมายป้องกันกันการผูกขาด ในปี ค.ศ. 1890 และมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1891 โดยพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำนั้นมี 2 พฤติกรรม ได้แก่ การร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartel) และการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด (Monopolization or attempt to monopolize) โดยกำหนดให้พฤติกรรมทั้งสองเป็นการกระทำผิดทางอาญา ซึ่งได้จัดให้มีคณะลูกขุนคณะใหญ่ (Grand jury) เพื่อพิจารณาปัญหา¹⁴⁷

เมื่อพิจารณาจะพบว่าในปี ค.ศ. 1830 เกิดการดำเนินธุรกิจในรูปแบบหนึ่งซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐ คือ ทรัสต์ (Trust) โดยทรัสต์เป็นองค์กรทางธุรกิจที่เกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจ (บริษัทต่าง ๆ) ในวิสาหกิจเดียวกัน ตกลงร่วมกันให้มีศูนย์รวมอำนาจการบริหารระหว่างบรรดาสมาชิกที่ตกลงร่วมกันและการจัดการธุรกิจเป็นอย่างเดียวกัน โดยมีการมอบอำนาจให้แก่ Trustee หรือ Board of trustee ซึ่งเป็นคณะบุคคล มีอำนาจในการบริหารอย่างสมบูรณ์ โดยทรัสต์จะได้รับการโอนหุ้นและมีสิทธิในการออกเสียงอย่างอิสระ ผู้ถือหุ้นเดิมจะได้รับ Trust Certificate เป็นการตอบแทนและได้รับรายได้จากการบริหารงานตามบริษัทต่าง ๆ ของทรัสต์ เห็นได้จากการที่ทรัสต์ได้เข้าครอบงำกิจการต่าง ๆ ภายใต้การบริหารงานของทรัสต์ แต่เพียงผู้เดียว ทำให้ทรัสต์มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูง และสามารถใช้อำนาจในทางที่มีขอบ โดยทรัสต์เริ่มเกิดขึ้นในกิจการน้ำมัน ต่อมาจึงขยายไปในอุตสาหกรรมอื่นอีกมากมาย บรรดารัฐต่าง ๆ ได้มองเห็นถึงปัญหาดังกล่าวและได้พยายามออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหา แต่เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีการแบ่งการปกครองออกเป็นหลายรัฐ ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะกฎหมายที่ออกโดยรัฐหนึ่งจะไม่สามารถใช้บังคับในอีกรัฐหนึ่งได้ แต่ทรัสต์มีบริษัทอยู่หลายมลรัฐ จึงต้องเรียกร้องให้ทางรัฐบาลกลางเป็นผู้ออกกฎหมาย ท้ายที่สุดวุฒิสมาชิก Senator John Sherman ได้เสนอร่างกฎหมายจำกัดการรวมกลุ่มทางการค้าและการผูกขาด ได้ผ่านเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1890 ชื่อว่า The Sherman Act¹⁴⁸ โดย Senator John

¹⁴⁷ William R. Anderson and Paul C. Roger III, *Antitrust Law: Policy and Practice* (1992), pp. 41-42.

¹⁴⁸ สุธีร์ ศุภนิธย์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 3-5. เล่ม 2

Sherman ผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวว่า “กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เป็นการนำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีมาช้านาน และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปมาบังคับใช้”¹⁴⁹

โดยกฎหมายต่อต้านการผูกขาด หรือ The Sherman Act ซึ่งบังคับใช้ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 หน่วยงานผู้รับผิดชอบการบังคับใช้ในทางอาญา ได้แก่ กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา (US Department of Justice (“DOJ”)) และการบังคับใช้ในทางแพ่งนั้นมีสองหน่วยงาน ได้แก่ DOJ และ US Federal Trade Commission (FTC) นอกจากนี้อเมริกายังอนุญาตให้โจทก์ซึ่งเป็นเอกชนสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดทางแพ่ง ซึ่งความเสียหายใด ๆ ตามคำพิพากษาในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดโดยเอกชนจะเพิ่มเป็นสามเท่า (Trebled) โดยอัตโนมัติ

ในขณะที่รัฐบาลสหรัฐฯ ดำเนินคดีอาญากับจำเลยที่ต่อต้านการผูกขาดตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 ซึ่งไม่เป็นผลเท่าที่ควร จนกระทั่งปี ค.ศ. 1990 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ได้เริ่มต้นดำเนินคดีทางอาญากับผู้ฝ่าฝืนตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดมากขึ้น

ปัจจุบันกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ มีความสำคัญในการตรวจจับและดำเนินคดีกับการตกลงร่วมกันซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง รวมถึงการกำหนดราคาในแนวนอน (Horizontal price fixing) การแบ่งส่วนตลาดในแนวนอน (Horizontal market allocation) และการร่วมกันเสนอราคาประมูล (Bid rigging) การเปลี่ยนแปลงสำคัญที่เกิดขึ้นในสองทศวรรษที่ผ่านมา เช่น ในปี ค.ศ. 1993 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ มีการปรับปรุงมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency program) เพื่อส่งเสริมให้บริษัทและบุคคลทั่วไปรายงานการละเมิดการผูกขาด ในปี ค.ศ. 2004 รัฐสภาสหรัฐ (US Congress) ผ่านกฎหมายที่อนุญาตให้ลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาหนักขึ้น ได้แก่ การพิพากษาจำคุกที่นานขึ้นและค่าปรับที่มากขึ้น การตรวจสอบของกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้มีการขยายขอบเขตอำนาจในปี ค.ศ. 2006 เพื่อใช้อำนาจศาลดักฟัง (Wiretap) ตรวจสอบการละเมิดการผูกขาดที่อาจเกิดขึ้นได้¹⁵⁰

¹⁴⁹ Senator John Sherman, 21 Congressional Record 2455 (1890). ‘does not announce a new principle of law, but applies old and well recognized principles of the common law to the complicated jurisdiction of our State and Federal Government’

¹⁵⁰ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 3 p. 1247.

3.2.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศ

สหรัฐอเมริกา

ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในการต่อต้านการผูกขาดและการพัฒนาทางการเมือง มุมมองทางศาล มุมมองทางสังคมและมุมมองทางวิชาการของความสัมพันธ์ และความเกี่ยวข้องกัน นักวิชาการบางส่วนเปรียบเทียบความสัมพันธ์ของสองสิ่งข้างต้นว่าเหมือนกับการแกว่งของลูกตุ้ม (Pendulum swing) ทั้งในแง่ของปริมาณและลักษณะการบังคับใช้การต่อต้านการผูกขาด ในมุมหนึ่ง ลูกตุ้มจะถูกหมุนด้วยความศรัทธาของบุคคลหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด (Trustbusters) ซึ่งเริ่มขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 20 การเพิกเฉยในช่วงภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่และสงครามโลกครั้งที่สอง

ภายหลังสงคราม ลูกตุ้มแกว่งกลับไปถึงจุดสูงสุดในช่วงทศวรรษ 1970 เพราะรัฐบาลได้ทำการค้นหาทางในการยุติไอบีเอ็ม (International Business Machines (IBM)) และ เอทีแอนด์ที (AT&T) จึงเกิดผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจหรือการเมือง แต่การที่ลูกตุ้มแกว่งกลับนี้ได้ตอบสนองการวิจารณ์ของ Chicago School of law and economics อันเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นที่มหาวิทยาลัยชิคาโกสะท้อนให้เห็นถึงนโยบายของประธานาธิบดีเรแกนและประธานาธิบดีบุชครั้งแรก (ปี ค.ศ. 1980-1992)

ลูกตุ้มหมุนกลับไปสู่การบังคับใช้ที่เพิ่มขึ้นในช่วงการบริหารของคลินตัน (ปี ค.ศ. 1992-2000) เป็นผลมาจากการพิจารณาของรัฐบาล นโยบาย และการตอบสนองต่อการควมรวมกิจการ ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงครึ่งหลังของปี ค.ศ. 1990 รัฐบาลได้รับการสนับสนุนอีกครั้ง ทั้งนี้ไม่เพียงแต่ผู้กำหนดราคาเท่านั้นที่ถูกดำเนินคดี ทว่าตามสถิติที่บันทึกไว้ ผู้ที่พยายามควมรวมกิจการหรือซื้อกิจการครั้งใหญ่และผู้ผูกขาดนั้นถูกดำเนินคดีเช่นเดียวกัน เห็นได้จากการที่ตัวแทนของรัฐบาลได้ทำการพิจารณาคดี Intel และ Microsoft

การบริหารของจอร์จ ดับเบิลยู บุช (George W. Bush) (ปี ค.ศ. 2000-2008) ส่งผลให้ลูกตุ้มเคลื่อนที่กลับไปในทิศทางที่เหมาะสม ฝ่ายบริหารยอมรับความเชื่อในกฎระเบียบตลาดเสรี และมีการแก้ปัญหาในคดี Microsoft โดยลดความรุนแรงจากการควมรวมกิจการ กระทั่งยุคิธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่อง ซึ่งเป็นผลมาจากบริษัทที่ใช้ประโยชน์จากนโยบายลดหย่อนผ่อนโทษ

ในปี ค.ศ. 1990 โดยบริษัทที่มีส่วนร่วมในการสมคบคิดกัน หากบริษัทใดรายงานแผนการกำหนดราคา เป็นบริษัทแรกจะพ้นจากความรับผิดในทางอาญา

การเลือกตั้งบารัค โอบามาและวิกฤตเศรษฐกิจโลกที่เกิดขึ้นเมื่อสิ้นปี ค.ศ. 2008 ชี้ให้เห็นว่าควรมีการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่เข้มงวดขึ้น หัวหน้าแผนกต่อต้าน การผูกขาดของคณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (FTC) และกระทรวงยุติธรรมของ สหรัฐอเมริกาประกาศว่าจะเพิ่มความระมัดระวังและการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด

อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการต่อต้านการผูกขาดที่หายไปได้กลับมาอีกครั้ง ภายหลังจากความล้มเหลวของสถาบันขนาดใหญ่หลายแห่ง แสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้กฎหมาย ต่อต้านการผูกขาดควรถูกใช้เพื่อป้องกันไม่ให้บริษัทขนาดใหญ่เกิดความล้มเหลว เช่น การขยายบริษัท ขึ้นถึงจุดที่ระบบไม่สามารถป้องกันความล้มเหลวได้

นักวิจารณ์บางส่วนเห็นว่าลูกตุ้มเป็นการเปรียบเทียบที่ไม่เหมาะสมสำหรับการเปลี่ยนแปลงในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในช่วงหลายปีที่ผ่านมา เนื่องจาก เห็นว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นวิวัฒนาการและการปรับแต่งมากกว่าหนึ่งสิ่ง ตามมุมมองนี้เมื่อเวลา ผ่านไป ความเข้าใจของผู้บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเกี่ยวกับผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจ ทำให้การดำเนินการพัฒนามากขึ้น ลดการรบกวนกลไกตลาด และมุ่งเน้นการบังคับใช้กฎหมาย ต่อต้านการผูกขาดกับกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อทรัพยากรของประเทศ นอกจากนี้ยังมีความสัมพันธ์ ระหว่างระดับของการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดและภาวะเศรษฐกิจและพรรคการเมือง ที่อยู่ในอำนาจ¹⁵¹

ระยะเวลาช่วงแรก (ปี ค.ศ. 1890-1955)

รัฐสภาสหรัฐอเมริกาประกาศใช้ Sherman Act ในปี ค.ศ. 1890 เพื่อตอบโต้ การสะสมทุนและทรัพยากรมหาศาลที่ได้รับจากทรัสต์ในช่วงยุคอุตสาหกรรม ซึ่งมีระยะเวลา โดยประมาณ 20 ปี รัฐบาลทำลายทรัสต์และการตกลงร่วมกันในอุตสาหกรรมเหล็ก รางรถไฟ และ

¹⁵¹ Broder Douglas, U.S. Antitrust Law and Enforcement : A Practice Introduction (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 5-6.

ปีโตรเลียม¹⁵² ในปี ค.ศ. 1914 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้ Clayton Act และ Federal Trade Commission Act ทำให้รัฐบาลมีอำนาจและการบังคับใช้ที่ดีขึ้น ช่วยจัดการผูกขาดและการตกลงร่วมกันและยังเพิ่มอำนาจในการป้องกันการเกิดการผูกขาดด้วย

อย่างไรก็ตาม หลังจากนั้นกฎหมายการต่อต้านการผูกขาดอยู่ในสภาวะการใช้งานที่จำกัด จนกระทั่งปี ค.ศ. 1920 เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำครั้งใหญ่และสงครามโลกครั้งที่สอง การพัฒนาที่ยังคงความสำคัญจนถึงปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาชื่อว่า Robinson-Patman Act ในปี ค.ศ. 1936 เป็นพระราชบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องธุรกิจขนาดเล็กจากผู้ที่ทำผิดกฎหมายโดยการเลือกปฏิบัติด้านราคา (Price discrimination) และการกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory pricing) การเลือกปฏิบัติด้านราคาเป็นการเรียกเก็บเงินในราคาที่ต่ำกว่ากับลูกค้ารายใหญ่ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าลูกค้ารายเล็กหรือลูกค้าที่อ่อนแอกว่า ส่วนการกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่งเป็นการคิดราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนเพื่อไม่ให้เกิดการแข่งขัน โดยภายหลังจะผูกขาดการกำหนดระดับราคาเพื่อขจัดความสูญเสียดังกล่าว

แม้ก่อนหน้านี้ Robinson-Patman Act มีบทบัญญัติบางส่วนที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดราคาที่ต่ำกว่าเป็นประเด็นที่ทำให้ทฤษฎีพหุวิชาวิจารณ์ว่าตรงกันข้ามกับเป้าหมายของการต่อต้านการผูกขาด อย่างไรก็ตาม ช่วงระยะเวลาหนึ่งที่รัฐบาลได้บังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอย่างจริงจัง และกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการละเมิดกฎหมาย ปัจจุบันรัฐบาลกลางถอนตัวจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแล้ว ทว่าแม้จะมีการถอนตัวของรัฐบาลและมีการวิจารณ์อย่างต่อเนื่อง แต่ Robinson-Patman Act ยังคงมีผลใช้บังคับ เนื่องจากความรับผิดชอบในค่าเสียหายทางแพ่งที่เอกชนอาจได้รับมากถึงสามเท่าของความเสียหาย (Treble)¹⁵³

การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเพิ่มมากขึ้น (ปี ค.ศ. 1955-1980)

ก่อนหน้านี้ในช่วงปลายทศวรรษ 1940 และ 1950 อเมริกาฟื้นฟูจากสงครามด้วยความพยายามและการเริ่มต้นการเติบโตทางเศรษฐกิจภายหลังสงคราม ทำให้เริ่มมีอำนาจขึ้นอีกครั้ง

¹⁵² Standard Oil Co. of N.J. v. United States, 221 U.S. 1 (1911); United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (1898), aff 'd, 175 U.S. 211 (1899); United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897).

¹⁵³ Broder Douglas, U.S. Antitrust Law and Enforcement : A Practice Introduction, pp. 6-7.

เมื่อบริษัทสัญชาติอเมริกันเหล่านี้เริ่มมีขนาดใหญ่ขึ้น จึงถูกมองว่าเป็นภัยคุกคามที่เกิดขึ้นต่อสวัสดิภาพสังคม (Public welfare) เจ้าหน้าที่ต่อต้านการผูกขาดของรัฐบาลเริ่มการฟ้องร้องคดีต่อต้านการผูกขาดในช่วงปลายทศวรรษ 1950 และ 1960 รัฐบาลดำเนินการฟ้องคดีและชนะคดีอาญาเกี่ยวกับบริษัทยักษ์ใหญ่ทั่วประเทศที่สมคบคิดกันกำหนดราคา นับเป็นครั้งแรกที่มีการลงโทษจำคุกกับผู้บริหาร ในเวลาเดียวกันนี้ (เข้าสู่ทศวรรษ 1970) หน่วยงานต่าง ๆ มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการควบรวมกิจการ ปราบปรามการใช้ทฤษฎีใหม่และทฤษฎีที่เข้มงวดนำไปสู่การตัดสินคดีของศาลฎีกาจำนวนมาก การตัดสินบางคดีปรากฏแนวทาง มุมมองด้านอื่น ๆ ที่สำคัญ ทว่าปัจจุบันถูกมองว่ามีข้อจำกัดมากเกินไปและไม่ได้รับความเชื่อถือจากศาลหรือหน่วยงานอื่น ๆ

ในช่วงปลายทศวรรษ 1960 มีการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเพิ่มขึ้นเป็นอีกครั้งที่รัฐบาลเริ่มนำระดับที่ไม่เท่ากันมาใช้บังคับ ตั้งแต่ต้นศตวรรษอาจกล่าวได้ว่าเป็นผลมาจากโครงสร้างทางเศรษฐกิจหรือการเมืองที่มีชื่อเสียงมากที่สุด คือ คดีการต่อต้านการแข่งขันของ IBM และ AT&T การฟ้องร้องคดีดังกล่าวพยายามจำแนกการผูกขาดโดยธรรมชาติในคดี AT&T ซึ่งการผูกขาดลักษณะนี้เกิดในอุตสาหกรรมที่เหมาะสมต่อการมีผู้จำหน่ายรายเดียว หรือผลิตภัณฑ์ที่มีรูปแบบเดียว เครือข่ายเดียว อาจประกอบกับความเข้าใจที่ว่าอุตสาหกรรมเหล่านี้ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม เช่น โทรศัพท์ สาธารณูปโภคไฟฟ้า รถไฟ สายการบิน และไปรษณีย์ นอกจากนี้ หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐบาลกลางเริ่มประกาศการเป็นปฏิปักษ์ต่อการควบรวมกิจการและซื้อกิจการ ที่มีแนวโน้มเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ไม่ว่าในปัจจุบันหรือในอนาคตก็ตาม เนื่องจากคูร์ณีย์ไม่จำเป็นต้องแจ้งให้รัฐบาลทราบถึงแผนการรวมกิจการ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายกับการควบรวมกิจการเกิดขึ้นมากที่สุดท้ายที่สำนักงานศาลโดยทนายความของรัฐที่กำลังตรวจคำสั่งศาลในเบื้องต้นว่าเป็นการทำธุรกรรมที่ต่อต้านหรือไม่ หรือมีเช่นนั้นก็เกิดขึ้นในกรณีที่ทนายความของรัฐบาลร้องขอให้ศาลยกเลิกการควบรวมกิจการที่เสร็จสิ้นแล้ว

ความไร้ประสิทธิภาพเช่นนี้นำไปสู่การผ่านกฎหมาย (Passage) ในปี ค.ศ. 1976 มีชื่อว่า the Hart-Scott-Rodino Act (HSR Act) พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้คู่สัญญาที่วางแผนจะควบรวมกิจการ เข้าซื้อกิจการ หรือกิจการร่วมค้าที่มีจำนวนเงินดอลลาร์เกินที่กำหนดไว้จะต้องแจ้งต่อคณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (FTC) และกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา (DOJ) โดยทั่วไปจะกำหนดให้รอเป็นระยะเวลา 30 วัน การพิจารณาจึงจะเสร็จสมบูรณ์ ภายในช่วงระยะเวลา 30 วันนี้ เปิดโอกาสให้หน่วยงานกำกับดูแลถอนการทำการธุรกรรมที่เสนอมา อาจมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลง หรือนำการคัดค้านของศาลมาพิจารณากับผู้ที่ยื่นคำร้องขอดังกล่าว หากหน่วยงาน

เห็นว่ามิแนวน้อมเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ผู้เสนออาจใช้เงินสดรับรองภายใน 15 วันนับจากการพิจารณา เพื่อให้รู้ถึงลักษณะที่มีการเปลี่ยนแปลงของธุรกรรมจำนวนมากดังกล่าว

ในขณะเดียวกันการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของรัฐบาลพัฒนาไปอย่างรวดเร็วในช่วงปลายทศวรรษที่ 1950 และต้นทศวรรษที่ 1960 นายโจทก์กลุ่มเล็ก ๆ มีความคิดที่จะรวมตัวกันฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class action) ตามบทบัญญัติค่าเสียหายสามเท่าภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด นำไปสู่การฟ้องคดีที่ยิ่งใหญ่ คดีจำนวนมากเป็นการฟ้องให้ยุติบริษัท บ่อยครั้งที่การฟ้องคดีแบบกลุ่มในคดีที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการผูกขาดนั้นมีลักษณะเป็นการใช้ประโยชน์จากผู้อื่น (Piggyback or follow on) ดังนั้น การต่อต้านการผูกขาดจึงทำให้เกิดการฟ้องคดีแบบกลุ่มที่ยิ่งใหญ่ และกลายเป็นเรื่องธรรมดาในพื้นที่เศรษฐกิจอื่น ๆ อีกมากมาย จากหลักทรัพย์ไปจนถึงความรับผิดชอบต่อผลิตภัณฑ์ สิ่งแวดล้อม ภัยพิบัติทางเครื่องบิน การประกันภัย ผลลัพธ์อย่างหนึ่ง คือการแพร่หลายดังกล่าวส่งผลให้บริษัทได้พร้อมใจกันเข้าร่วมโปรแกรมต่อต้านการผูกขาด โดยโปรแกรมเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความรู้แก่พนักงานองค์กรโดยเฉพาะผู้ที่อยู่ในพื้นที่ที่มีความละเอียดอ่อน เช่น ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการสมรู้ร่วมคิดในการขาย การตลาด การวางแผนธุรกิจ หรือมีแนวน้อมที่จะทำให้เกิดข้อกำหนดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด¹⁵⁴

ยุคที่การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดลดลง

การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดและการฟ้องร้องทางแพ่งได้ไปถึงจุดสูงสุดในช่วงกลางถึงปลายปี ค.ศ. 1970 ลูกตุ้มเริ่มแกว่งออกจากการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือการเปลี่ยนแปลงแนวคิดทางเศรษฐกิจ การพิจารณาคดีของศาลที่รวดเร็วขึ้นเป็นผลมาจากการตอบสนองต่อหลักการของ Chicago School of law and economics กลุ่มนักวิชาการ นักกฎหมาย นักเศรษฐศาสตร์และผู้พิพากษาได้แย้งการใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่มีความสำคัญในการตัดสินคดีต่อต้านการผูกขาด สมาชิกของ Chicago School คัดค้านเพราะเห็นว่าเรื่องในทางเศรษฐศาสตร์เป็นปัจจัยที่ไม่มั่นคงต่อการบังคับใช้ของรัฐบาลและการตัดสินคดีเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดของศาลฎีกาเมื่อสี่สิบปีก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการผูกขาดและการควบรวมกิจการ โดย Chicago School ให้ความเห็นผ่านหลักเกณฑ์สองข้อที่ควรนำมาใช้ควบคุมการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดและการตัดสินทางศาล ได้แก่

¹⁵⁴ Ibid, 9-10.

(1) วัตถุประสงค์ของการต่อต้านการผูกขาดควรเป็นการปรับปรุงสวัสดิการผู้บริโภค ได้แก่ การทำให้ราคาถูกลง และ

(2) กรณีส่วนใหญ่ตลาดจะมีประสิทธิภาพ ยุติธรรมและฉลาดกว่าหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐบาลหรือศาล ในการตรวจจับและลงโทษพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่รุนแรง

การเลือกตั้งของโรนัลด์ เรแกน (Ronald Reagan) ในปี ค.ศ. 1980 เป็นสัญญาณการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของรัฐบาล ประธานาธิบดี เรแกนและผู้รับการแต่งตั้งได้รับหลักการทฤษฎีของ Chicago School และปฏิบัติตาม โดยเริ่มจากลดงบประมาณของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด ภายในระยะเวลาอันสั้นผู้บังคับใช้กฎหมายในยุคเรแกนได้ละทิ้งคดี IBM และได้ทำการตัดสินคดี AT&T (ในช่วงหลังหน่วยงานประสบความสำเร็จในการแยกบริษัทขนาดใหญ่ของ AT&T และบริษัทที่ดำเนินงานในท้องถิ่นซึ่งเป็นการพัฒนาที่ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมโทรคมนาคมทั้งในประเทศและต่างประเทศ) ผู้บังคับการต่อต้านการผูกขาดในยุคของเรแกน ไม่ปรากฏการนำคดีต่อต้านการผูกขาดครั้งใหญ่มาพิจารณา รวมถึงหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐบาลกลางก็ได้ดำเนินคดีอื่น ๆ มาจนกระทั่งปลายปี ค.ศ. 1990

การบังคับใช้กฎหมายเรื่องการควบรวมกิจการ หน่วยงานกำกับดูแลแสดงออกและปฏิบัติตามมุมมองที่ว่าเป็นหน้าที่ของหน่วยงานในการช่วยเหลือบริษัทต่าง ๆ โดยต้องไม่เข้าไปขัดขวางการดำเนินงานของบริษัท ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหน่วยงานไม่ได้มีทัศนคติที่ไม่ดีต่อการควบรวมกิจการและการซื้อกิจการ แต่เป็นการพยายามทำงานร่วมกับบริษัทต่าง ๆ เพื่อขจัดปัญหา โดยการปรับโครงสร้างการวางแผนทางธุรกรรมผ่านการขายกิจการ การออกใบอนุญาต หรือวิธีการอื่น ๆ

สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของแนวทางความร่วมมือในปี ค.ศ. 1982 กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาและคณะกรรมการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐร่วมกันตีพิมพ์แนวทางการควบรวมกิจการเป็นครั้งแรก โดยแนวทางการควบรวมกิจการอธิบายถึงการวิเคราะห์ที่นักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ของรัฐบาลดำเนินการเมื่อมีการตรวจสอบการเสนอควบรวมกิจการ แนวทางนี้ช่วยให้บริษัททนายความและนักเศรษฐศาสตร์สามารถประเมินโอกาสที่หน่วยงานจะคัดค้านธุรกรรมที่เสนอ นอกจากนี้ยังอนุญาตให้ผู้ทำข้อตกลงสามารถปรับแต่งการทำธุรกรรมได้เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจเกิดขึ้น เตรียมความพร้อมในการแก้ต่างระหว่างการหารือเบื้องต้นกับ

หน่วยงานกำกับดูแล และเตรียมพร้อมล่วงหน้าสำหรับการเปลี่ยนแปลงความต้องการของหน่วยงานกำกับดูแล ผลจากการรวมกันประกอบกับสถานการณ์ดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากร้อยละของการควบรวมกิจการที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดี สังเกตได้ว่าจำนวนการฟ้องร้องลดลงอย่างมีนัยสำคัญ

ทั้งนี้ เกิดการเปลี่ยนแปลงในลักษณะเดียวกันในการบังคับใช้ทางอาญา กล่าวคือ มีการปฏิเสธการฟ้องร้องดำเนินคดีด้านราคาที่สำคัญทั่วประเทศ กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาให้ความสนใจกับแผนการสมรู้ร่วมคิดที่มีขนาดเล็ก บางพื้นที่จึงมีการสมรู้ร่วมคิดเพิ่มมากขึ้น พบการกระจุกตัวเกิดขึ้นในการประมูลงานธุรกิจการก่อสร้างและอุตสาหกรรมอื่น ๆ สิ่งที่ทำให้กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาล้มเหลว คือ จำนวนของการพิพากษาลงโทษ ค่าปรับ กระบวนการลงโทษจำคุก

ในเวลาเดียวกันการบริหารงานของเรแกน ทำให้มีการนำสมาชิกของ Chicago School ไปตามนิตพิจารณาคดี ทำการฝึกอบรมทฤษฎีเศรษฐศาสตร์และการต่อต้านการผูกขาดให้กับผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีและผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดี การควบรวมกิจการเกิดปัญหาที่ซับซ้อนมากขึ้น แต่จำนวนการควบรวมกิจการที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีกลับลดลงอย่างมาก เมื่อผู้พิพากษาที่ได้รับอิทธิพลของ Chicago School เริ่มมีจำนวนมากขึ้น ความเห็นของฝ่ายตุลาการทำให้การฟ้องร้องคดีต่อต้านการผูกขาดกระทำได้ยุ่งยากกว่าเดิม โดยเฉพาะเมื่อเกิดข้อเท็จจริงลักษณะใหม่ เช่น ความผิดในตนเอง การกำหนดราคา และการร่วมกันเสนอราคา เป็นต้น

การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดยังคงลดลงอย่างต่อเนื่องตลอดการบริหารงานของเรแกนและตลอดระยะเวลาสี่ปีภายใต้การบริหารงานของบุช วิธีปฏิบัติส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการตัดงบประมาณและผลกระทบของ Hart-Scott-Rodino Act ซึ่งมีอยู่หรือเกิดขึ้นก่อนการควบรวมกิจการ ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าความล้มเหลวดังกล่าวเกิดจากการที่หน่วยงานได้ฟ้องร้องดำเนินคดีการควบรวมกิจการต่อศาลแต่ไม่ประสบความสำเร็จ ประกอบกับการร่วมมือกันสำเร็จได้โดยง่ายเพราะถูกอุปถัมภ์โดย Hart-Scott-Rodino Act ประกอบกับแนวทางการควบรวมกิจการ (Merger Guidelines)

เมื่อการบังคับใช้ลดลง การดำเนินคดีทางแพ่งของเอกชนย่อมอยู่ในสภาวะการณ์เช่นเดียวกัน เนื่องจากการฟ้องร้องที่มีจำนวนน้อยและเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่สูงพอที่จะถูกใช้เป็นจุดเริ่มต้นทางความคิดหรือการกระทำ (Springboards) ทำให้ฝ่ายโจทก์เริ่มมองหาหนทางอื่นในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม แม้การฟ้องร้องดำเนินคดีโดยเอกชนมิได้ถูกขัดขวางด้วยประการใด ๆ

แต่เมื่อสิ้นสุดการบริหารงานของบุช ผู้ที่เกี่ยวข้องเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายการต่อต้านการผูกขาด ยังคงไม่ประสบความสำเร็จ

การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดภายใต้การบริหารของคลินตัน (Clinton Administration)

ภายใต้การบริหารงานของ บิล คลินตัน (Bill Clinton) ผู้ร้องเรียนเรื่องการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ลดลงในยุคก่อน เริ่มหันกลับมาดำเนินการฟ้องร้องคดีอีกครั้ง คลินตัน และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการผูกขาด ให้คำมั่นว่าจะบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตาม ไม่มีจำนวนการฟ้องร้องคดีอาญาเพิ่มขึ้น การเปลี่ยนแปลง หรือลักษณะใดที่สามารถเห็นได้ชัดเจนในกระบวนการบังคับใช้กฎหมายต่อการควบรวมกิจการ เกิดจากความคิดเห็นของคนส่วนใหญ่ที่เห็นว่าแนวทางการควบรวมกิจการและปรัชญาของความร่วมมือระหว่างผู้บังคับใช้กรณีควบรวมกิจการและบริษัทในอเมริกาทำงานได้ดีกว่าก่อนหน้านี้ที่ใช้วิธีการเป็นปรปักษ์ แบบไม่มีจุดกึ่งกลาง (All or nothing) ซึ่งความคิดเห็นนี้แข็งแกร่งเป็นพิเศษในช่วงต้นทศวรรษ 1990 เนื่องจากเศรษฐกิจเกิดการชะลอตัว

รัฐบาลพยายามดำเนินคดีกับบุคคลที่รัฐบาลคิดว่าควรค่าแก่การพิจารณา ซึ่งผลลัพธ์นั้นมีค่าน้อยกว่าการดำเนินคดีกับบุคคลที่มีความสำคัญอย่างแท้จริง ส่งผลให้เกิดความล้มเหลวและขัดขวางความพยายามในการบังคับใช้อย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานกำกับดูแลยังคงอยู่ในสถานะที่มีปัญหาในการบังคับใช้ ในช่วงปลายปี ค.ศ. 1990 การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดได้กลับมาอีกครั้ง ทั้งนี้ จำนวนคดีในการฟ้องร้องเรื่องการต่อต้านการผูกขาดทั้งภาครัฐและเอกชนมิได้เข้าใกล้ระดับของปลายปี ค.ศ. 1970

ในที่สุดความพยายามก็ประสบความสำเร็จ กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาชนะคดี Microsoft และ Intel ซึ่งสะท้อนถึงคดีเก่าอย่าง IBM และ AT&T โดย FTC ประสบความสำเร็จในการตรวจสอบการควบรวมกิจการ เช่น กรณีการรวมกันของ Staples และ Office Depot ด้วยการใช้ทฤษฎีที่เข้มงวด รวมถึงทฤษฎีใหม่ ๆ ที่ไม่เคยนำมาปรับใช้ ในขณะนั้น FTC จะอนุมัติให้สามารถควบรวมกิจการได้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นการปลดปล่อยที่ทำให้บริษัทพัฒนาขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ และจะต้องเป็นการกระจายทรัพย์สิน ดังนั้น จึงมีการรวมตัวกันของ Mobil และ

Exxon ซึ่งบริษัททั้งสองเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทน้ำมันดั้งเดิม มีลักษณะเป็นทรัสต์และถูกทำลายโดยรัฐบาลไปประมาณเกือบเก้าสิบปีก่อนหน้านี้¹⁵⁵

การบังคับใช้การต่อต้านการผูกขาดตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000

จอร์จ ดับเบิลยู บุช (George W. Bush) ได้เข้าทำงานปี ค.ศ. 2001 บุชมีเจตนาที่จะกลับไปใช้นโยบายตลาดเสรี และต่อต้านนโยบายการบังคับใช้กฎหมายของประธานาธิบดีเรแกน และรัฐบาลชุดแรกของบุช ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 2002 รัฐสภาเรียกร้องให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่ออธิบายเพิ่มเติมถึงมาตรา 1 ของ Sherman Act และได้มีการออกพระราชบัญญัติอีกฉบับในปี ค.ศ. 2002 คือ Antitrust Modernization Commission Act (AMCA) โดยที่ AMCA ได้จัดตั้งคณะกรรมการการต่อต้านการผูกขาดให้ทันสมัยและทำหน้าที่ในการกำกับดูแล “เพื่อตรวจสอบว่ามีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายต่อต้านการผูกขาดหรือไม่” แม้จะมีความคาดหวังว่า AMCA จะแนะนำให้มีการปรับปรุงกฎหมายต่อต้านการผูกขาด แต่รายงานของ AMCA ที่ตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 2007 ปรากฏความต้องการเปลี่ยนแปลงพื้นฐานและระบบการบังคับใช้กฎหมายการต่อต้านการผูกขาดที่อยู่นอกเหนือจากการยกเลิก Robinson-Patman Act เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

แม้ว่าฝ่ายบริหารของรัฐบาลบุชจะสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด แต่ยังคงปรากฏกิจกรรมต่อต้านการผูกขาดจำนวนมาก กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาสร้างรากฐานผ่านการใช้นโยบายมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษในปี ค.ศ. 1990 มีการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการร่วมกันกำหนดราคาที่สำคัญระหว่างประเทศในหลายอุตสาหกรรม ความสำเร็จนี้เกิดจากการที่บริษัทต่าง ๆ ใช้ประโยชน์จากมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ และส่วนหนึ่งเกิดจากความร่วมมือระหว่างกระทรวงยุติธรรมและผู้บังคับการต่อต้านการผูกขาดในต่างประเทศ ประธานาธิบดีบุชแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดโดยมีการลงนามในกฎหมาย Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act เดือนมิถุนายนปี ค.ศ. 2004 พระราชบัญญัติดังกล่าวได้เพิ่มโทษสูงสุดสำหรับบุคคลและบริษัทซึ่งละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาด และจูงใจให้คู่สัญญาได้รับผลประโยชน์จากกระทรวงยุติธรรมตามมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ โดยแจ้งข้อมูลต่อรัฐบาลเกี่ยวกับการละเมิดการผูกขาด

ด้านการควมรวมกิจการกระทรวงยุติธรรมไปศาลเพื่อคัดค้านการเข้าซื้อกิจการครั้งใหญ่ในอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ ซึ่ง Oracle ได้เสนอราคาในการเข้ายึดกิจการของ PeopleSoft

¹⁵⁵ Ibid, 10-11.

แม้ท้ายที่สุดการคัดค้านจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม โดยภาพรวมแล้วกระทรวงยุติธรรมในสมัยของ บุชมิได้มีบทบาทในการป้องกันการควบรวมกิจการเท่าใดนัก ในทางกลับกัน FTC ซึ่งอยู่ในฐานะที่เป็น หน่วยงานปกครองอิสระได้รับอิทธิพลจากการบริหารเพียงเล็กน้อยและยังคงฟ้องร้องคดีควบรวม กิจการอย่างต่อเนื่อง ยิ่งไปกว่านั้นยังได้รับการสนับสนุน เนื่องจากความสำเร็จในคดี Microsoft ทัศนคติของรัฐบาลเริ่มแสดงความปรารถนาในการบังคับใช้ต่อต้านการผูกขาด มีการให้ความร่วมมือ กับหน่วยงานของรัฐบาลกลาง นอกจากนี้ยังมีการฟ้องร้องคดีแบบกลุ่มของเอกชนจำนวนมาก ในคดีการตกลงร่วมกันกระทำความผิด ช่วยในการรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ค้าปลีก (Retailer) จากการฟ้องคดี Visa และ Mastercard เกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติด้านราคา

การล่มสลายของเศรษฐกิจโลกช่วงปลายปี ค.ศ. 2008 และการเลือกตั้ง บารัค โอบามา ทำให้การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดเริ่มฟื้นตัว นักวิจารณ์ตำหนิถึงการขาด ภาวะเบียบในการควบคุมความล้มเหลวทางเศรษฐกิจ กระตุ้นให้มีการบังคับใช้และการป้องกันการ ควบรวมกิจการที่ดีขึ้น เป็นครั้งแรกในรอบ 30 ปีที่กฎหมายต่อต้านการผูกขาดถูกมองว่าเป็น เครื่องมือที่ใช้ปกป้องบริษัทซึ่งมีขนาดใหญ่จากการล้มเหลวหรือเลิกกิจการ

ในช่วงเวลานี้ยังไม่สามารถตัดสินได้ว่าผลออกมาเป็นอย่างไร โอบามาเลือกหัวหน้า แผนกต่อต้านการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรม และแถลงถึงทัศนคติการปฏิบัติเกี่ยวกับการผูกขาดที่ เข้มงวด หัวหน้าแผนกคนใหม่ปฏิเสธคำแถลงนโยบายเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อการผูกขาดที่ออกโดยผู้ที่ อยู่ในตำแหน่งคนก่อนซึ่งแต่งตั้งโดยบุชในปี ค.ศ. 2007 คำแถลงดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ อย่างกว้างขวางจากผู้สนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายว่ามีลักษณะผ่อนปรนมากเกินไป ประธาน คนใหม่ของ FTC ระบุถึงความต้องการที่จะเพิ่มการบังคับใช้ให้มากกว่าเดิม

แนวทางของการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดอาจแบ่งได้ 2 ประการ คือ

ประการแรก การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดต้องเพิ่มขึ้นและพัฒนา จนกลายเป็นระดับนานาชาติ ประเทศอื่น ๆ จำนวนมากเลือกรับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของ สหรัฐอเมริกาไปเป็นแบบอย่างเพื่อจัดทำกฎหมายการแข่งขันในประเทศของตนเอง ความร่วมมือ ระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในสหรัฐอเมริกาและทั่วโลกเพิ่มมากขึ้น และเจ้าหน้าที่ การแข่งขันของคณะกรรมการยุโรป (EC) มีการดำเนินการที่เข้มงวดมากขึ้น มีระเบียบวาระ การประชุมในเรื่องการบังคับใช้ที่เหมาะสมตามแนวทางของตนเองมากกว่าที่จะเป็นไปตาม สหรัฐอเมริกา

ประการที่สอง แม้จะมีการประกาศให้มีการฟ้องร้องการตกลงร่วมกันกำหนดราคา ระหว่างประเทศ แต่ไม่สามารถจัดการกำหนดราคาและการเสนอราคาพร้อมกันได้ แม้ว่าในช่วงเวลาหนึ่งการสมคบกันที่สำคัญระดับชาติจะลดลง แต่เหตุผลเนื่องมาจากการระมัดระวังที่เพิ่มขึ้นและการให้คำปรึกษาการปฏิบัติตามกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่ดีกว่าเดิม การกำหนดราคายังคงส่งผลกระทบต่อให้กับหน่วยงานกำกับดูแลเช่นเดิม¹⁵⁶

3.2.2 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน

มาตรา 1 และ 2 ของพระราชบัญญัติต่อต้านการผูกขาด (Sherman Antitrust Act (Sherman Act)) วางหลักถึงหลักการแรกของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในสหรัฐอเมริกาไว้ โดยมาตรา 1 มุ่งเน้นไปที่การกระทำซึ่งมีหลายฝ่าย กล่าวคือ เป็นข้อตกลงระหว่างผู้กระทำที่ขาดความเป็นอิสระในการตัดสินใจ ซึ่งถือเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน โดยศาลฎีกาของสหรัฐฯ วางหลักว่าการกระทำที่ละเมิดมาตรา 1 จะถูกตัดสินว่าเป็นการกระทำที่ร้ายแรงยิ่งกว่าการกระทำฝ่ายเดียวที่ละเมิดกฎหมายตามมาตรา 2 เพราะ “กิจกรรมที่ทำร่วมกันโดยทั่วไปแล้วก่อให้เกิดความเสี่ยงในการต่อต้านการแข่งขัน และอาจเป็นการแย่งชิงตลาดซึ่งเป็นศูนย์รวมความอิสระในการตัดสินใจ และถูกสันนิษฐานว่ามีการแข่งขันและอุปสงค์ การตกลงร่วมกันไม่เพียงแต่ลดทิศทางความแตกต่างในอำนาจเศรษฐกิจที่ถูกทำให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการตกลงร่วมกัน เพราะในขณะเดียวกันก็เป็นการเพิ่มอำนาจเศรษฐกิจไปในทิศทางหนึ่งโดยเฉพาะ”¹⁵⁷

มาตรา 1 ที่มีส่วนคล้ายกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในทุกรัฐรวมถึงในมาตรา 101 ของประชาคมยุโรป (EC) สนธิสัญญาและกฎหมายการแข่งขันของนานาชาติ

¹⁵⁶ Ibid, 11-12.

¹⁵⁷ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 768-769 (1984).

“Concerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk. It deprives the marketplace of the independent centers of decisionmaking that competition assumes and demands...This not only reduces the diverse directions in which economic power is aimed but suddenly increases the economic power moving in one particular direction”

Sherman Act มาตรา 1 บัญญัติว่า “บรรดาสัญญา หรือ การรวมตัวกัน (ทรัสต์)¹⁵⁸ หรือการสมคบกัน ไม่ว่าในรูปใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือว่าเป็น การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย บรรดาบุคคลที่ทำสัญญารวมตัวกัน หรือสมคบกันในลักษณะ อันมิชอบด้วยกฎหมายข้างต้นถือว่ามีความผิด ซึ่งจะมีโทษปรับหนึ่งร้อยล้านดอลลาร์ กรณีที่เป็น นิติบุคคล หรือกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดาจะมีโทษปรับหนึ่งล้านดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกินสิบปี หรือ ทั้งจำทั้งปรับ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล”¹⁵⁹

ประโยคแรกของมาตรา 1 วางหลักว่า สัญญาทางการค้าหรือการพาณิชย์ทั้งหมดซึ่ง เป็นการจำกัดทางการค้า โดยมีลักษณะการใช้ที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง ก่อให้เกิดความสับสนและ ไม่สามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการบัญญัติเป็นไปเพื่อการวางกรอบให้ ครอบคลุมคู่สัญญาที่กระทำการตามที่ตกลงกันและขัดขวางจากการต่อต้านตามข้อตกลงเหล่านั้น รัฐสภาจึงให้ศาลของรัฐบาลกลาง (Federal court) กำหนดนิยามและความหมายของบทบัญญัติ มาตรา 1 ผ่านการตีความผ่านข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เพราะการทำงานกับสถานการณ์จริงจะช่วยให้ ส่วนที่มีได้ปรากฏใน Sherman Act ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดองค์ประกอบของการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ประเภทของการจำกัด และการกระทำที่ไม่ได้รับอนุญาต

ในระยะแรกของการพิจารณาคดี ศาลตัดสินว่าการกระทำที่จะผิดกฎหมายตาม มาตรา 1 ได้มีเฉพาะการจำกัดที่ “ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable)” เช่น ข้อจำกัดที่เป็นอันตราย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁵⁸ Trust คือ “การรวมตัวกันทางด้านเงินทุนของกลุ่มผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมประเภทเดียวกัน ภายใต้การควบคุมในระบบเดียวกัน โดยผู้ประกอบการต่างขาดความอิสระในตัวเองซึ่งทางกฎหมาย โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อครอบครองตลาดและครอบครองภายใน” อ้างถึงใน วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด,” วารสารกฎหมาย: 183.

¹⁵⁹ Sherman Act Section 1 “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

ต่อการแข่งขันในตลาด¹⁶⁰ ต่อมาศาลได้แบ่งข้อจำกัดที่ไม่สมเหตุสมผล ออกเป็นสองประเภทกว้าง ๆ คือ (1) สิ่งที่ยึดถือว่ามีผิดในตนเอง (Per se illegal) และ (2) สิ่งที่ยึดถือกฎหมายหลังจากทดสอบด้วยหลักแห่งเหตุและผล (Rule of reason)

ศาลได้กำหนดวิธีปฏิบัติต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายในตนเองไม่ว่าจะเป็นโดยธรรมชาติ (Inherently) หรือที่เห็นได้อย่างชัดเจน (Obviously) ว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ผู้กระทำจะถูกตัดสินว่าผิดกฎหมายโดยไม่พิจารณาว่ามีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายประการอื่นหรือไม่ ในทางปฏิบัติความผิดในตนเองแต่เดิมเกือบทั้งหมดเกี่ยวข้องกับข้อตกลงที่เป็นความลับระหว่างคู่แข่ง โดยถูกออกแบบให้มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันและการเพิ่มขึ้นของราคา การปฏิบัติเหล่านี้รวมถึงเรื่องดังต่อไปนี้¹⁶¹

1) การกำหนดราคา เช่น ข้อตกลงซึ่งเป็นการลับระหว่างคู่แข่งซึ่งอ้างว่าเกี่ยวข้องกับราคาที่จะขายผลิตภัณฑ์หรือเกี่ยวกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการขายอื่น ๆ เช่น ส่วนลด ส่วนลดในการโฆษณา เงื่อนไขเครดิตหรือข้อกำหนดการรับประกัน

2) ข้อตกลงการเสนอราคาประมูล มีความเห็นว่าเป็นรูปแบบเดียวกับการกำหนดราคา

3) ข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง โดยมีเจตนาที่จะจำกัดการผลิตหรือผลผลิตเพื่อสร้างความขาดแคลนซึ่งไม่เป็นไปตามกลไกตลาด

4) ข้อตกลงในการแบ่งตลาดหรือลูกค้า เช่น ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่ไม่ให้แข่งขันกันเองในตลาด ขายโดยเลือกลูกค้าหรือกลุ่มของลูกค้า

5) ข้อตกลงที่มีลักษณะชัดเจนว่าจะไม่ค้าขายกับผู้จำหน่ายรายใดรายหนึ่ง ลูกค้าหรือผู้แข่งขันอื่นโดยเฉพาะ

¹⁶⁰ e.g., *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

¹⁶¹ Broder Douglas, *U.S. Antitrust Law and Enforcement : A Practice Introduction*, p. 36.

นอกจากนี้รูปแบบของข้อตกลงบางประเภทที่ผู้ขายปฏิเสธที่จะขายผลิตภัณฑ์ที่ต้องการเว้นแต่ผู้ซื้อตกลงที่จะซื้อผลิตภัณฑ์ที่ไม่ต้องการ แต่เดิมถูกมองว่าเป็นความผิดในตนเอง แม้ว่ากฎหมายจะเปลี่ยนการปฏิบัติไปจากเดิม แต่ข้อตกลงนี้ยังคงเป็นความผิดในตนเอง

การจำกัดในลักษณะอื่นจะถูกตัดสินภายใต้หลักแห่งเหตุและผล ซึ่งแตกต่างจากหลักความผิดในตนเอง โดยหลักแห่งเหตุและผลต้องการให้โจทก์ (ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชน) พิสูจน์ให้เห็นถึงปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งเกิดขึ้นจริงและเป็นอันตรายต่อการแข่งขันใน “ตลาดที่เกี่ยวข้อง” และจำเลยมีโอกาสที่จะแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติที่มีความชอบธรรมในเชิงแข่งขัน กล่าวคือ ในแง่ของการแข่งขันความชอบธรรมที่จำเลยกล่าวอ้างมีเหตุผลมากกว่าอันตรายที่เกิดขึ้นกับการแข่งขัน ระยะเวลาที่ผ่านมาศาลเพิ่มหมวดหมู่ที่สามในเรื่องการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เรียกว่า “การพิจารณาอย่างรวดเร็ว (Quick look)” จะใช้หลักเกณฑ์นี้เมื่อการปฏิบัติมีผลต่อการแข่งขันอย่างชัดเจนและไม่ปรากฏว่ามีประโยชน์ในการแข่งขันที่แน่ชัด¹⁶²

วิธีที่สะดวกที่สุดในการวิเคราะห์มาตรา 1 และประเด็นที่สำคัญ คือ การวิเคราะห์องค์ประกอบที่โจทก์ซึ่งเป็นเอกชนหรืออัยการต้องพิสูจน์ในศาลเพื่อโน้มน้าวให้ไปไปตามข้อกล่าวหาว่าจำเลยละเมิดมาตรา 1 ศาลถือว่าโจทก์หรืออัยการจะชนะจะต้องพิสูจน์ได้ ดังนี้¹⁶³

- (1) ต้องพิสูจน์ได้ว่ามีข้อตกลง
- (2) ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น
- (3) ข้อตกลงนั้นเป็นการจำกัดทางการค้าหรือการแข่งขันอย่างไม่สมเหตุผล
- (4) ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างมลรัฐ และ

¹⁶² FTC v. Indiana Fed’n of Dentists, 476 U.S. 447, 458 (1986) (group boycott); Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 15–18 (1984) (tying).

¹⁶³ Broder Douglas, *U.S. Antitrust Law and Enforcement : A Practice Introduction*, pp. 36-37. “The courts have held that to prevail a plaintiff or prosecutor must prove: (1) that there was an agreement (2) between two or more separate parties, (3) that the agreement unreasonably restrained trade or competition (4) in or affecting interstate commerce, and (5) in the case of a private action, that the agreement injured the plaintiff in his business or property, or (6) in a criminal action, that the defendant acted with the requisite criminal intent.”

(5) ในกรณีเป็นการกระทำของเอกชน และข้อตกลงดังกล่าวทำให้ธุรกิจหรือทรัพย์สินของโจทก์ได้รับความเสียหาย หรือ

(6) ในกรณีที่จำเลยกระทำผิดทางอาญาจำเป็นต้องมีเจตนาในทางอาญา

การศึกษากฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา มีสองคดีซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นในการศึกษา ได้แก่ คดี Trans-Missouri¹⁶⁴ และคดี Addyston Pipe¹⁶⁵ วางหลักเกณฑ์การตกลงร่วมกันของสหรัฐอเมริกาว่า เป็นการตกลงร่วมกันที่คู่สัญญาตกลงกันโดยมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ การจำกัดการแข่งขันเท่านั้น จึงถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจน (Naked restraints) ทั้งนี้ “การทำลายการแข่งขัน (Ruinous competition)” ไม่สามารถแก้ต่างได้ ผู้พิพากษา Taft ในคดี Addyston Pipe ไม่เพียงแต่แสดงถึงหลักเกณฑ์การต่อต้านการตกลงร่วมกันอย่างชัดเจน แต่ยังแสดงให้เห็นว่า เหตุใดจึงมีการตกลงขึ้นราคาและการตกลงขึ้นราคาทำได้อย่างไร ส่วนในคดี Standard Oil's¹⁶⁶ แสดงให้เห็นหลักแห่งเหตุและผล (Rule of reason) ผ่านการไต่สวนวัตถุประสงค์และเจตนาของจำเลย อำนาจของคู่สัญญา และผลกระทบที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงหรือการทำให้ลดลงเพียงชั่วคราว ในคดี Trans-Missouri และ Addyston Pipe มีการสนับสนุนข้อโต้แย้งของจำเลยเรื่องความสมเหตุสมผล (Reasonableness) แต่หลักเกณฑ์จากทั้งสองคดีนั้นเป็นบรรทัดฐานได้ในระยะเวลาไม่นาน¹⁶⁷

เนื่องจากปัจจุบันได้เข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization) ปรากฏการพึ่งพาซึ่งกันและกันของประเทศต่าง ๆ ทำให้การตกลงร่วมกันของโลกเพิ่มมากขึ้น หากประเทศใดประเทศหนึ่งมีกฎหมายต่อต้านการตกลงร่วมกันแต่ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายกับบริษัทต่างประเทศได้ ผู้ตกลงร่วมกันก็มักจะมุ่งไปประเทศที่มีกฎหมายลักษณะนั้นอยู่เสมอ การขาดกฎหมายระหว่างประเทศทำให้ทั่วทั้งโลกเกิดการตกลงกัน ในปี ค.ศ. 1940 ถึง 1960 ปัญหาที่สำคัญคือสภาพนอกอาณาเขตของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ประมาณ 120 ประเทศมีกฎหมายต่อต้านการผูกขาดแล้ว ปัญหาที่สำคัญในการต่อต้านการผูกขาดระดับโลก คือ จะทำอย่างไรกับการบังคับใช้กฎหมายต่อการร่วมมือกัน การรับมือกับข้อยกเว้นที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว

¹⁶⁴ United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

¹⁶⁵ Addyston Pipe and Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899).

¹⁶⁶ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁶⁷ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, ed. Third (United States of America: West Publishing co., 2012), p. 61.

รวมถึงการออกไปทำการตกลงร่วมกัน (Export) และควรจะมีกฎหมายหรือกรอบระหว่างประเทศใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการต่อต้านการตกลงร่วมกัน¹⁶⁸

3.2.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ

การแบ่งแยกคู่สัญญา (The Separate Parties Element)

ข้อตกลงไม่อาจเกิดขึ้นได้ เว้นแต่จะมีคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่าย ซึ่งแยกต่างหากจากกัน อาจมีทั้งกรณี que แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้ง และกรณีที่ไม่ชัดแจ้ง ซึ่งต้องอาศัย การพิจารณา กรณีที่ไม่ชัดแจ้งนั้น ได้แก่ ปัญหาสมาชิกทั้งสองของกลุ่มองค์กรเดียวกันจะแยกจากกัน มากพอที่จะสามารถทำข้อตกลงที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ปัญหาการสมคบคิดระหว่างองค์กรได้สร้าง ปัญหาทั้งในบริบทของแนวนอนและแนวตั้ง ปัญหาดังกล่าวรวมถึงประเด็นที่ว่าบริษัทสามารถ สมรู้ร่วมคิดกับเจ้าหน้าที่ ผู้อำนวยการ หรือพนักงาน หน่วย บริษัทลูกที่ถือหุ้นทั้งหมด หรือในกรณีที่ ถือหุ้นน้อยกว่าบริษัทลูกหรือเป็นบริษัทในเครือ จากความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นทั้งทางแพ่งและทางอาญา ต่อการละเมิดมาตรา 1 บริษัทในเครืออื่น ๆ นอกเหนือจากหน่วยหรือบริษัทลูกที่เป็นเจ้าของทั้งหมด ควรปรึกษาที่ปรึกษาด้านการต่อต้านการผูกขาดก่อนที่จะมีส่วนร่วมในการปฏิบัติที่จะเพิ่มความกังวล เกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาดถ้าเป็นการดำเนินงานของบริษัทกับคู่สัญญาที่มีอิสระ

ในคดี *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*¹⁶⁹ ศาลฎีกา วางหลักว่า บริษัทไม่อาจถูกตัดสินว่ามีความผิดหรือต้องรับผิดชอบต่อการสมรู้ร่วมคิดกับหน่วยที่ มิได้จดทะเบียนหรือกับบริษัทในเครือที่ถือหุ้นทั้งหมด ดังนั้น หน่วยงานไม่สามารถรับผิดชอบต่อ การสมคบคิดซึ่งกันและกันได้ และในคดี *Texaco, Inc. v. Dagher*¹⁷⁰ ศาลถือว่ากิจการร่วมค้า (Joint venturer) จะไม่มีความรับผิดตามกฎหมายในการกำหนดราคา และในบริบทที่มีการรวมเป็นอันหนึ่ง อันเดียวกันของกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัทน้ำมันสองแห่งซึ่งครอบคลุมสินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัทใน ภูมิภาค¹⁷¹ แต่ในคดี *Copperweld* ศาลตั้งข้อสังเกตว่า บริษัทจะสามารถสมคบคิดกับบริษัทลูกที่เป็น

¹⁶⁸ Ibid, 62.

¹⁶⁹ 467 U.S. 752 (1984).

¹⁷⁰ 547 U.S. 1 (2006).

¹⁷¹ *American Needle Inc. v. National Football League*, 538 F.3d 736, 744 (7 th Cir. 2008), cert. granted 129 S.Ct. 2859 (June 29, 2009) (Holding that, at least for some purposes, the

เจ้าของน้อยกว่าได้หรือไม่¹⁷² ศาลบางแห่งซึ่งเป็นความคิดเห็นส่วนน้อยระบุว่า บริษัทแม่สามารถรับผิดชอบตามกฎหมายต่อการสมคบคิดกับบริษัทลูกที่เป็นเจ้าของน้อยกว่าได้¹⁷³ ทั้งนี้ ความเห็นส่วนมากเห็นว่า บริษัทไม่สามารถสมคบคิดกับบริษัทลูกใด ๆ ที่เห็นได้ชัดว่าถูกควบคุมโดยบริษัทแม่ ซึ่งบริษัทแม่ถือหุ้นในบริษัทลูกเกินกว่า 50 เปอร์เซ็นต์ของหลักทรัพย์ที่มีสิทธิออกเสียง¹⁷⁴ และปรากฏความเห็นอื่น ๆ ที่เห็นว่า การควบคุมสามารถเกิดขึ้นได้แม้ว่าบริษัทแม่จะถือหุ้นในบริษัทลูกน้อยกว่า 50 เปอร์เซ็นต์ของหลักทรัพย์ที่มีสิทธิออกเสียง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ความเป็นเจ้าของของหุ้นที่เหลือถูกแบ่งไปยังผู้ถือหุ้นรายย่อยหลายราย¹⁷⁵

คดีบางส่วนปฏิเสธการตรวจสอบการสมคบคิดกันระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกใด ๆ ที่มีการควบคุมโดยนิตินัย ซึ่งเป็นการปรับให้เหมาะสมกับทางปฏิบัติมากขึ้นและสอดคล้องกับปรัชญาพื้นฐานที่สำคัญซึ่งอยู่เบื้องหลังคำตัดสินคดี Copperweld ประเด็นที่เป็นปัญหาได้แก่ การกำหนดคำจำกัดความของการควบคุม กรณีที่ปราศจากข้อสงสัย กล่าวคือภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอน คู่สัญญาซึ่งถือหุ้นน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของบริษัทสามารถควบคุมได้ แม้ว่าในบริบทการต่อต้านการผูกขาดยังไม่ปรากฏว่าศาลได้มีการทดสอบเพื่อวินิจฉัยสถานการณ์ดังกล่าว แต่หากใช้การทดสอบ Bright Line¹⁷⁶ สำเร็จ คำจำกัดความที่ปรากฏใน Hart-Scott-Rodino Rules (HSR Rules) อาจเป็นทางเลือกที่เหมาะสม ซึ่งการควบคุมจะถูกกำหนดว่าต้องมีความเป็นเจ้าของอย่างน้อย 50 เปอร์เซ็นต์หรือมากกว่าในการออกเสียงเกี่ยวกับหลักทรัพย์ของบริษัท ความสามารถตามสัญญาหรือสิ่งอื่น ๆ เพื่อใช้เสียงข้างมากแต่งตั้งกรรมการของบริษัท

ความเห็นของศาลส่วนมาก วางหลักว่าบริษัทลูกที่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทแม่เดียวกัน หรือที่รู้จักกันในนาม บริษัทในเครือ (Sister subsidiaries) ไม่มีความรับผิดชอบ

National Football League is a single economic entity and so member teams not guilty of conspiring when agreeing about how to market their intellectual property).

¹⁷² Copperweld, 467 U.S. at 767.

¹⁷³ Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc., 677 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987).

¹⁷⁴ Direct Media Corp. v. Camden Tel. & Tel. Co., 989 F. Supp. 1211 (S.D. Ga. 1997) (no conspiracy possible between parent and 51 percent-owned subsidiary)

¹⁷⁵ Sonitrol of Fresno, Inc. v. American (D.D.C. 1986).

¹⁷⁶ Bright-Line Rule คือการทดสอบกฎหมายหรือมาตรฐานเพื่อดูความมุ่งหมายให้ชัดเจนละป้องกันการตีความที่เป็นอติวิสัย

ทางกฎหมายในกรณีที่มีการสมคบคิดระหว่างกัน¹⁷⁷ เนื่องจากต้องอาศัยปัจจัยอื่นในการตรวจสอบข้อเท็จจริงร่วมด้วย รวมถึงสภาพแวดล้อมโดยรอบเพื่อตรวจสอบว่าบริษัทในเครือทำงานแยกจากกันหรือเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยเดียวกัน¹⁷⁸

ท้ายที่สุดศาลฎีกาวางหลักในคดี Copperweld ว่าบริษัทต่าง ๆ ไม่สามารถสมคบคิดกับเจ้าหน้าที่ ผู้บริหารหรือพนักงานของตนเองได้¹⁷⁹ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาจำนวนมากแสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่นำมาใช้ในการพิจารณา หากเจ้าหน้าที่หรือพนักงาน “กระทำการในนามของตนเอง”¹⁸⁰

ผู้ที่สามารถเป็นจำเลยในการสมคบคิดกัน

ประเด็นปัญหาที่ถูกพิจารณาทุกครั้งเมื่อเกิดการตกลงร่วมกัน คือ ฝ่ายต่าง ๆ สามารถสมคบคิดซึ่งกันและกันได้หรือไม่ จากคำตัดสินในคดี Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.,¹⁸¹ บริษัทแม่ซึ่งเป็นเจ้าของบริษัทลูกไม่สามารถถูกพิจารณาว่ามีการสมคบคิดระหว่างกัน บริษัททั้งสองถือเป็นบริษัทเดียว ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral act) ขอบเขตของหลักบริษัทเดียว (Single-enterprise doctrine) โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นนี้ปรากฏอีกครั้งในคดี American Needle, Inc. v. National Football League¹⁸²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁷⁷ Eichorn v. AT&T Corp., 248 F.3d 131, 138 (3d Cir. 2001), cert. denied, 534 U.S. 1014 (2001) (no conspiracy possible between two wholly owned subsidiaries).

¹⁷⁸ Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc. 201 F. Supp. 2d 236 (S.D.N.Y. 2002).

¹⁷⁹ Copperweld, 467 U.S. at 769 (“officers or employees of the same firm do not provide the plurality of actors imperative for a §1 conspiracy”).

¹⁸⁰ Copperweld, 467 U.S. at 769; Siegel Transfer, 54 F.3d at 1135.

¹⁸¹ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

¹⁸² American Needle, Inc. v. National Football League, 560 U.S. 183 (2010).

คดี American Needle, Inc. v. National Football League¹⁸³

คดี American Needle มีประเด็นในการพิจารณาการกระทำซึ่งเป็นการผิดตามมาตรา 1 Sherman Act ซึ่งตามหลักแล้วจะต้องพิจารณาว่าการกระทำมีลักษณะเป็น ข้อตกลง สัญญา (Contract) การร่วมกัน (Combination) หรือการสมคบคิดกัน (Conspiracy) หรือไม่ และภายหลังจากพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonably restrains trade) หรือไม่

โดยคดีนี้เกี่ยวกับธุรกิจของทีมใน National Football League (NFL) ซึ่งร่วมกันก่อตั้งขึ้นเพื่อจัดการทรัพย์สินทางปัญญาของทั้ง 32 ทีม ศาลเห็นว่ากิจกรรมการออกใบอนุญาตของ NFL เป็นการกระทำร่วมกันซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 1 กิจกรรมที่การกระทำร่วมกันตามคดีนี้ ต้องถูกตัดสินภายใต้หลักแห่งเหตุและผล

ระหว่างปี ค.ศ. 1963 และ 2000 NFLP อนุญาตการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของทั้ง 32 ทีมแบบไม่ผูกขาดให้กับผู้จัดจำหน่ายจำนวนมาก โดยอนุญาตให้ผู้จัดจำหน่ายผลิตและขายเครื่องแต่งกายที่มีเครื่องหมายการค้าของทีมต่าง ๆ ผู้ยื่นคำร้อง American Needle, Inc., เป็นหนึ่งในผู้ที่ได้รับอนุญาต ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2000 ทีมลงคะแนนให้อำนาจ NFLP ในการออกใบอนุญาตเอกสิทธิ์ และ NFLP ให้เอกสิทธิ์นั้นแก่ Reebok International Ltd. เป็นระยะเวลา 10 ปี สำหรับการผลิตและจำหน่ายหมวกที่มีเครื่องหมายการค้าของทั้ง 32 ทีม หลังจากนั้นปฏิเสธการต่ออายุใบอนุญาตชนิดไม่ผูกขาดแก่ American Needle ต่อมา American Needle จึงยื่นฟ้องการกระทำดังกล่าวอ้างว่าข้อตกลงระหว่าง NFL NFLP และ Reebok ละเมิด มาตรา 1 และ 2 ของ Sherman Act ศาลพิจารณาและตัดสินว่า การดำเนินงานของทั้ง NFL และ NFLP มีการดำเนินงานร่วมกัน จึงถือว่าเป็นองค์กรเศรษฐกิจเดียวมากกว่าที่จะเป็นกิจการร่วมค้าที่ร่วมกันเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน

ข้อสังเกตในคดีนี้ คือ การที่คณะกรรมการการแข่งขันเห็นด้วยกับผู้ยื่นคำร้องว่า ศาลจะต้องตรวจสอบว่าการดำเนินการที่เป็นปัญหานั้นกีดกันความเป็นอิสระของตลาดซึ่งใช้ในการควบคุมเศรษฐกิจ ซึ่งสันนิษฐานว่ามีการแข่งขันหรือไม่ แต่ในคดีนี้ศาลกลับให้ความสำคัญกับการให้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญามากกว่าประเด็นดังกล่าว และศาลตัดสินว่าการกระทำดังกล่าว มิได้อยู่ภายใต้มาตรา 1 ในปี ค.ศ. 1963 ต่อมาภายหลังจากได้มีคำสั่งให้เรียกสำนวนโดยศาลสูงและ

¹⁸³ American Needle, Inc. v. National Football League 560 U.S. 130 S.Ct. 2201 (2010).

การพิจารณามีประเด็นในการพิจารณาเพียงประเด็นเดียวว่า NFL มีความสามารถในการมีส่วนร่วมใน “สัญญา การร่วมกันหรือการสมคบกัน” ตามบทบัญญัติมาตรา 1 ของ Sherman Act หรือไม่ ศาลจึงพิจารณาสถานะของ NFL ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 1¹⁸⁴ ตามถ้อยคำของมาตรา 1 ที่สามารถนำไปปรับใช้ได้ คือ “ทุกสัญญา การร่วมกันหรือการสมคบกัน” เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำดังกล่าว สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นไปเพื่อให้ครอบคลุมทุกข้อตกลง ไม่ว่าจะ เป็นกลุ่มของบริษัทที่แข่งขันกันได้ทำการกำหนดราคา หรือผู้บริหารระดับสูงของบริษัทบอกผู้ได้บังคับบัญชาว่า ราคาสินค้าของบริษัทต้องเป็นอย่างไร ทั้งนี้ ควรเข้าใจว่าหาก “พิจารณาตามตัวอักษร (Read literally)” บทบัญญัติมาตรา 1 มีการกล่าวถึง “สัญญาส่วนตัวทั้งหมด” ซึ่งมีข้อความหมายในแง่ของกฎหมาย¹⁸⁵

ศาลวางหลักว่า การกระทำร่วมกันภายใต้มาตรา 1 มิได้เปลี่ยนแปลงไม่ว่าฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นนิติบุคคลที่แตกต่างกันตามกฎหมายหรือไม่ เพียงแต่ศาลหลีกเลี่ยงการจำแนกความแตกต่างอย่างชัดเจนเท่านั้น ซึ่งเป็นประโยชน์ในการพิจารณาและการทำงานของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการกล่าวหาว่ามีการดำเนินการต่อต้านการผูกขาด

ภายหลังจากพิจารณาสถานะของ NFL จึงพิจารณาถึงความอิสระในการตัดสินใจ เนื่องจากหากขาดองค์ประกอบดังกล่าวจะไม่เป็นการสมคบกันของนิติบุคคลภายใต้มาตรา 1¹⁸⁶ ซึ่งทีม NFL มีการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เป็นอิสระ แต่ละทีมมีความสำคัญ มีเจ้าของและเป็นธุรกิจที่มีการจัดการอย่างอิสระ “การกระทำทั่วไปขององค์กรเพียงแต่ได้รับการแนะนำหรือชี้แนะ” โดย “ความตระหนักรู้ของแต่ละองค์กรแยกจากกัน”¹⁸⁷ มีการแข่งขันระหว่างกัน

ข้อเท็จจริงที่ว่าทีม NFL ได้แบ่งผลประโยชน์ระหว่างกัน ทำให้กลุ่มประสบความสำเร็จและสร้างผลกำไรและอ้างว่าจำเป็นต้องร่วมมือในการผลิตและจัดตารางการเล่นเพื่อความสมบูรณ์ของงาน ท้ายที่สุดการดำเนินงานนี้ถูกพิจารณาว่าเป็นกิจกรรมที่ทำร่วมกันซึ่งอยู่ภายใต้การวิเคราะห์ตามมาตรา 1 ของ Sherman Act¹⁸⁸ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์จึงถูกกลับ คดีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำของ NFL ในการให้ใบอนุญาตเอกสิทธิ์เด็ดขาดทาง

¹⁸⁴ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771 (1984).

¹⁸⁵ Eleanor M. Fox, Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context, pp. 124-125.

¹⁸⁶ Ibid, 125.

¹⁸⁷ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 771 (1984).

¹⁸⁸ Eleanor M. Fox, Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context, pp. 127-128.

ทรัพย์สินทางปัญญาแก่ Reebok ไม่ใช่การกระทำในฐานะนิติบุคคลเดียว (Single entity) เนื่องจากทรัพย์สินของ NFL ถูกควบคุมตามสัญญา แต่ละทีมของ NFL ยังคงรักษาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแยกต่างหากจากกัน สัญญาระหว่าง NFL กับ Reebok จึงถือเป็นข้อตกลงระหว่างแต่ละทีมของ NFL และเป็นข้อตกลงภายใต้วัตถุประสงค์ของมาตรา 1 Sherman Act

จากข้อเท็จจริงในข้างต้น พิจารณาได้ว่าในคดีนี้ศาลให้ความสำคัญกับการควบคุมโดยเจ้าของที่แท้จริงมากกว่าการควบคุมตามสัญญาซึ่งสอดคล้องกับหลักเศรษฐศาสตร์ของบริษัทประกอบกับการที่ศาลนำคำพิพากษาในคดี Copperweld มาเป็นแนวทางในการพิจารณาถึง “ผลประโยชน์ร่วมกัน (Unity of interests)” ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกที่บริษัทแม่สามารถควบคุมการกระทำของบริษัทลูกผ่านการเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวได้¹⁸⁹

วิเคราะห์หลัก Single entity ในคดี Copperweld

(ก) การควบคุมร่วมกันโดยเจ้าของ

คดี Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.¹⁹⁰

คำตัดสินในคดี Copperweld สร้างหลัก Single entity เนื่องจากการดำเนินงานที่เป็นปัญหาในคดี Copperweld เกี่ยวข้องกับ “ข้อตกลง” ระหว่าง Copperweld และ Regal Tube ภายหลังจากที่ Regal Tube ได้กลายมาเป็นบริษัทลูกของ Copperweld และ Copperweld ได้ชี้้นำให้โรงงานผู้ผลิตท่อรับวัสดุที่ใช้ในการผลิตท่อเหล็กจาก Regal และไม่ซื้อขายกับ Independence Tube ซึ่งเป็นคู่แข่งของ Regal

Independence Tube อ้างว่า Copperweld และ Regal สมรู้ร่วมคิดกันจำกัดทางการค้าภายใต้ความหมายของมาตรา 1 ในคดี Copperweld ได้แบ่งความแตกต่างของการวิเคราะห์การต่อต้านการผูกขาดเป็นสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกวิเคราะห์ถึงการรวมกันที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการผูกขาดจากการที่ Copperweld ได้เข้าซื้อกิจการของ Regal Tube โดยตรวจสอบภายใต้หลักแห่งเหตุและผลตามมาตรา 1 Sherman Act และมาตรา 7 Clayton Act ขั้นตอนที่สอง

¹⁸⁹ Benjamin Klein, "Single Entity Analysis of Joint Ventures after American Needle: An Economic Perspective," *Antitrust Law Journal* 78(2012): 669-670.

¹⁹⁰ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

วิเคราะห์ถึงการต่อต้านการผูกขาดและสิ่งที่เกี่ยวข้องภายหลังการรวมกันของ Copperweld และการดำเนินงานภายหลังการควบรวมกิจการของ Regal Tube มาตรฐานการต่อต้านการผูกขาดที่ใช้ในชั้นตอนนี้ขึ้นอยู่กับว่าเป็นหน่วยเดียวกันหรือไม่ในชั้นตอนแรก

ศาลวางหลักว่า ชั้นตอนแรกจากการควบรวมกิจการของ Copperweld และ Regal Tube ทำให้เกิดหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน และข้อตกลงการดำเนินงานภายหลังการควบรวมกิจการจึงไม่ควรถูกพิจารณาภายใต้การวิเคราะห์การต่อต้านการผูกขาดตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 1

แม้ว่า Copperweld และ Regal จะเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากกัน แต่พฤติกรรมการกล่าวควรถูกพิจารณาว่าเป็นการดำเนินงานภายใน และอาจอยู่ภายใต้การละเมิดมาตรา 2 Sherman Act คดี American Needle ได้วางบรรทัดฐานว่า ข้อตกลงภายใต้มาตรา 1 “ไม่ได้เปลี่ยนไปแม้ว่าคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องจะเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากกัน”

การที่ศาลจะวินิจฉัยว่า การควบรวมกิจการระหว่าง Copperweld และ Regal Tube เป็นหน่วยเดียวกัน ศาลต้องให้ความสำคัญกับหลักการว่า ข้อตกลงการกระทำร่วมกันไม่สามารถเกิดขึ้นได้ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกที่เป็นเจ้าของโดยบริษัทแม่ และบริษัทแม่มีอำนาจในการควบคุมบริษัทลูกผ่านการเป็นเจ้าของนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่ Copperweld เป็นเจ้าของบริษัทลูก Regal หมายความว่า การดำเนินงาน “ไม่ได้กีดกันความเป็นอิสระในการตัดสินใจที่เกิดจากอุปสงค์และการแข่งขันภายในตลาด”¹⁹¹ กิจกรรมการกระทำร่วมกันที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการผูกขาดอยู่ภายใต้มาตรา 1

การที่ Copperweld เข้าซื้อกิจการของ Regal เป็นการลดความเป็นอิสระในการตัดสินใจของผู้ผลิต อย่างไรก็ตาม Copperweld ถูกตัดสินว่าเป็นหน่วยเดียวโดยการควบรวมกิจการ การดำเนินงานภายหลังการรวมกันระหว่าง Copperweld และหน่วยงานภายในของ Regal Tube โดยไม่ซื้อสินค้าจากบริษัท Independence Tube ซึ่งเป็นคู่แข่งของ Regal ไม่ได้เป็นการลดความเป็นอิสระในการตัดสินใจของผู้ผลิตในตลาด เมื่อไม่ปรากฏว่าเป็นการลดความเป็นอิสระในการตัดสินใจของผู้ผลิตภายหลังการรวมกัน แม้ไม่ใช่บรรทัดฐานเดียวกับที่ใช้พิจารณาถึงการเป็น

¹⁹¹ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 768-769.

หน่วยเดียวกัน แต่เป็นผลสืบเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าก่อนที่จะเกิดการเป็นหน่วยเดียวต้องผ่านขั้นตอนของการรวมกันและการควบคุมบริษัทลูกที่เป็นเจ้าของโดยบริษัท Copperweld¹⁹²

(ข) ผลประโยชน์หน่วยเดียว (Unity of interests)

“ผลประโยชน์หน่วยเดียว” ในคดี Copperweld กล่าวถึงการควบคุมเพียงหนึ่งเดียวโดยการรวมความเป็นเจ้าของ โดยให้เหตุผลว่าบริษัทแม่และบริษัทลูกที่เป็นเจ้าของโดยบริษัทแม่ “วัตถุประสงค์ทั่วไป คือ ไม่ว่าบริษัทแม่จะควบคุมบริษัทลูกอย่างเต็มรูปแบบหรือไม่ก็ตาม บริษัทแม่อาจพิสูจน์ถึงการควบคุมเต็มรูปแบบโดยพิจารณาเมื่อบริษัทลูกกระทำการผิดพลาดในช่วงเวลาใด ๆ ความผิดพลาดนั้นจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของบริษัทแม่”¹⁹³ ในขณะที่ผลประโยชน์ของบริษัทลูกไม่จำเป็นต้องตรงกับผลประโยชน์ของบริษัทแม่ อย่างไรก็ตาม บริษัทลูกไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัทแม่ได้ เนื่องจากบริษัทแม่มีอำนาจในการควบคุมบริษัทลูกอย่างเต็มที่¹⁹⁴

(ค) การพิจารณาการควบคุมโดยเจ้าของบนพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์

ความแตกต่างที่สำคัญในคดี American Needle คือ การควบคุมผ่านการเป็นเจ้าของสินทรัพย์และการควบคุมผ่านสัญญาตัวแทนทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ ก่อนหน้านั้นในคำตัดสินเรื่องหน่วยเดียวศาลเพียงแต่ตรวจสอบว่ามีการควบคุมทางสัญญาก็เพียงพอแล้ว คดีที่มีการตัดสินเรื่องหน่วยเดียวอย่างชัดเจน คือ คดีกลุ่มแฟรนไชส์ ศาลวางหลักว่าผู้รับสิทธิ (Franchisee) และผู้ให้สิทธิ (Franchisor) ควรถูกปฏิบัติในฐานะ “บริษัทเดี่ยว (Single enterprise)” เช่นเดียวกับในคดี Copperweld ดังนั้น จึงไม่สามารถสมรู้ร่วมคิดภายใต้มาตรา 1 เนื่องจากผู้ให้สิทธิได้ใช้อำนาจควบคุมเหนือผู้รับสิทธิและศาลยังวางหลักว่า ข้อจำกัดด้านแรงงานในข้อตกลงแฟรนไชส์เป็นข้อจำกัดภายในบริษัทเดี่ยวไม่อยู่ภายใต้มาตรา 1¹⁹⁵

¹⁹² Benjamin Klein, "Single Entity Analysis of Joint Ventures after American Needle: An Economic Perspective," *Antitrust Law Journal*: 671-672.

¹⁹³ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 771.

¹⁹⁴ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 772.

¹⁹⁵ International, Inc. v. Snelling & Snelling, Inc., 168 F. Supp. 2d 621, 625-27 (N.D. Tex. 2001).

นักเศรษฐศาสตร์ Coase ได้เปรียบเทียบในเชิงเศรษฐกิจถึงการจัดระเบียบการผลิตภายในซึ่งไม่มีค่าใช้จ่ายในการเจรจาเรื่องราคาและเงื่อนไขตามข้อสัญญา กับบริษัทอื่นในตลาด ค่าใช้จ่ายในการทำสัญญาจะถูกนำไปเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายใน “การกำกับ” การบริหารทรัพยากรภายในบริษัทเดียว การตัดสินใจแลกเปลี่ยนภายในบริษัทเดียวหรือระหว่างหลายบริษัทในตลาดสามารถหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการทำสัญญาเมื่อมีธุรกรรมเกิดขึ้นจากบริษัทเดียว¹⁹⁶

คดี American Needle ลดระดับการบังคับใช้หลักหน่วยเดียวกับการควบรวมกิจการ หลักการสำคัญที่ถูกสร้างขึ้นในคดี Copperweld และภายหลังได้ปรับใช้ในคดี American Needle คือ การดำเนินการของกิจการร่วมค้าจะถือเป็นหน่วยเดียวเมื่อการควบรวมกิจการนั้นเจ้าของได้มีการรวมสินทรัพย์ที่จำเป็นเพื่อดำเนินการดังกล่าว หากหลักการหน่วยเดียวนี้ถูกนำไปใช้ในการทำงานของการควบรวมกิจการภายหลังจากคดี American Needle หลักการนี้ยังคงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการวิเคราะห์การต่อต้านการผูกขาดของการควบรวมกิจการ การตีความในคดี American Needle ช่วยจำกัดการปรับใช้หลักหน่วยเดียวกับการควบรวมกิจการที่สมบูรณ์ และไม่นำไปใช้กับข้อตกลงทางธุรกิจระหว่างบริษัทที่เป็นอิสระ ส่งผลให้การตัดสินใจของบริษัทเรื่องข้อตกลงเกี่ยวกับองค์กรเพื่อควบรวมกิจการจะเปลี่ยนไป ศาลฎีกาได้ตั้งข้อสังเกตในคดี Copperweld ไว้ว่า “องค์กรธุรกิจควรมีอิสระในการจัดโครงสร้างของตนเองโดยมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ”¹⁹⁷

ในระยะเวลาสามสิบปีที่ผ่านมา ความกำหนัดดังกล่าวทำให้ลดค่าใช้จ่ายการวิเคราะห์ตามหลักแห่งเหตุและผลจากการบิดเบือนขององค์กรอย่างมีนัยสำคัญ และคดี American Needle ควรถูกตีความในลักษณะที่สอดคล้องกับแนวโน้มดังกล่าวเพื่อการใช้หลักหน่วยเดียวอย่างสมเหตุสมผล¹⁹⁸

¹⁹⁶ Benjamin Klein, "Single Entity Analysis of Joint Ventures after American Needle: An Economic Perspective," *Antitrust Law Journal*: 680.

¹⁹⁷ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 773.

¹⁹⁸ Benjamin Klein, "Single Entity Analysis of Joint Ventures after American Needle: An Economic Perspective," *Antitrust Law Journal*: 687-688.

3.2.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน

องค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของการละเมิดมาตรา 1 คือ การพิสูจน์ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายขึ้นไป ข้อตกลงที่ละเมิดมาตรา 1 อาจเป็นได้ทั้งข้อตกลงแนวนอนหรือแนวตั้ง ทั้งนี้ ข้อตกลงแนวนอน (Horizontal agreement) คือ ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งซึ่งเป็นบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กรที่มีระดับของการจัดจำหน่ายเหมือนกัน ข้อตกลงแนวตั้ง (Vertical agreement) คือ ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่มีระดับของห่วงโซ่การผลิตที่แตกต่างกัน เช่น ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายหรือระหว่างผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีก ในคดี *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*¹⁹⁹ โดยศาลฎีกาใช้บรรทัดฐานว่า “การจำกัดที่กำหนดโดยข้อตกลงระหว่างคู่แข่งตามที่ปฏิบัติกันมา บ่อยครั้งถูกกำหนดให้เป็นการจำกัดในแนวนอน และการจำกัดที่กำหนดโดยข้อตกลงระหว่างบริษัทซึ่งมีระดับการจำหน่ายที่แตกต่างกันเป็นการจำกัดในแนวตั้ง ศาลวางหลักเพิ่มเติมไว้ในหมายเหตุโดยชี้ให้เห็นว่า ผลจากการต่อต้านการแข่งขันทั้งหมดส่งผลต่อการแข่งขันในแนวนอน เนื่องจากการแข่งขันทั้งหมดเป็นแนวนอน แต่ผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากผลกระทบในแนวนอนสามารถเป็นได้ทั้งข้อตกลงแนวนอนและข้อตกลงแนวตั้ง”²⁰⁰

ข้อตกลงแนวนอน (Horizontal Agreement)

ข้อตกลงจะเรียกว่า การสมรู้ร่วมคิด (Collusion) สัญญา (Contract) การรวมกัน (Combination) การกระทำร่วมกัน (Concerted action) หรือการคบคิดกัน (Conspiracy) ก็ตาม โจทก์หรืออัยการจะต้องพิสูจน์โดยใช้พยานหลักฐานโดยตรงหรือพยานหลักฐานโดยพฤติการณ์ (Circumstantial evidence) ซึ่งเกิดขึ้นจากการประชุมโดยเจตนาระหว่างคู่สัญญา

¹⁹⁹ *Bus. Electr. Corp. v. Sharp Electr. Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

²⁰⁰ e.g., *FTC v. Indiana Fed’n of Dentists*, 476 U.S. 447, 458 (1986) (group boycott); *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 15–18 (1984) (tying).

ซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายขึ้นไป²⁰¹ ดังที่ศาลฎีกาได้วางหลักว่า ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า “จำเลยมีเจตนา (Conscious) ที่จะผูกพันกับแผนการ ซึ่งหากบรรลุตามวัตถุประสงค์แล้วจะเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย”²⁰²

ประเด็นปัญหา คือ เมื่อมีการตกลงเกิดขึ้นแต่ไม่ปรากฏพยานหลักฐาน โดยตรงของการสมรู้ร่วมคิดกันที่ผิดกฎหมาย พยานหลักฐานชนิดใดที่โจทก์หรืออัยการจะสามารถนำมาใช้กล่าวโทษและชนะคดีได้

ข้อตกลงในแนวตั้ง (Vertical Agreements)

ข้อตกลงในแนวตั้งที่ละเมิดมาตรา 1 จำนวนมากเกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาในแนวตั้ง (หรือที่เรียกว่าการกำหนดราคาขายต่อ) การขายพ่วงหรือข้อจำกัดอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคายกเว้นการกำหนดการขายพ่วงที่แน่นอน ทั้งนี้ ข้อตกลงในแนวตั้งทั้งหมดถูกพิจารณาภายใต้หลักแห่งเหตุและผล²⁰³

ศาลยึดถือแนวทางวินิจฉัยเช่นนี้มาเป็นระยะเวลาานาน กล่าวคือผู้ผลิตอาจประกาศใช้นโยบายการกำหนดราคาของตนและปฏิเสธไม่ทำงานร่วมกับผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าวโดยไม่เป็นการละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาด²⁰⁴ แต่ผู้ผลิตที่บังคับให้ผู้จัดจำหน่ายปฏิบัติตามนโยบายการกำหนดราคาขายปลีก เช่นเดียวกับเงื่อนไขทางธุรกิจอาจเป็นการสร้างความรับผิดชอบในการกำหนดราคาในแนวตั้ง ดังนั้น ผู้ผลิตอาจขอความช่วยเหลือจากผู้จัดจำหน่ายหรือหน่วยงานภายนอกอื่น ๆ ในการบังคับใช้ราคาหรือนโยบายที่เป็นการจำกัดใน

²⁰¹ Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771 (1984) (A Section 1 conspiracy requires “a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful agreement.”) (quoting American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 810 (1946)).

²⁰² Monsanto Co. v. Spray-Rite Servs. Corp., 465 U.S. 752, 768 (1984). Monsanto involved allegations of a vertical conspiracy, but the Court soon adopted that decision’s reasoning in a horizontal case in Matsushita Electronics Industries Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986).

²⁰³ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007) (overruling Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)).

²⁰⁴ United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919).

แนวตั้ง²⁰⁵ การสมคบคิดในแนวตั้งที่ผิดกฎหมายจำนวนมากสามารถพบได้ในกรณีที่ผู้ผลิตได้ยกเลิกหรือกำหนดข้อจำกัดอื่น ๆ การลดราคาให้ผู้จัดจำหน่ายเพื่อตอบสนองต่อคำร้องเรียนของตัวแทนจำหน่ายอื่น ข้อเท็จจริงที่ว่า โจทก์หรือผู้จัดจำหน่ายซึ่งยินยอมในข้อตกลงที่ผิดกฎหมาย หรือจำเลยผู้ผลิตให้การว่าไม่ได้มีการจัดทำให้ ศาลจะพิจารณาเฉพาะการกระทำตามข้อตกลงที่ผิดกฎหมายเท่านั้น

ศาลฎีกาได้วางหลักในคดี Monsanto ว่า โจทก์ต้องจัดทำ “หลักฐานที่มีแนวโน้มว่า สามารถแยกการดำเนินการโดยอิสระของผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย”²⁰⁶

คดีที่เป็นการอธิบายลักษณะของการตกลงร่วมกัน (Characterization cases)

คดี Socony-Vacuum²⁰⁷ ถือเป็นคดีที่สำคัญในการอธิบายถึงลักษณะของการตกลงร่วมกัน โดยศาลในคดี Socony วางหลักว่า “ข้อตกลงใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการเพิ่มผลกำไร กำหนด ตรึง รักษาไว้ซึ่งราคาของสินค้าในการค้าระหว่างรัฐหรือการค้าต่างประเทศเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในตนเอง” สิ่งนี้แพร่หลายไป ในช่วงทศวรรษที่ 1940 จนถึง 1970 ศาลตีความให้ถ้อยคำนี้มีขอบเขตกว้าง และศาลจะพิจารณาถึงถ้อยคำว่า “โดยมีวัตถุประสงค์หรือมีผล” เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1978 คดีในศาลฎีกาจำนวนมากอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของผู้พิพากษาในคดี Socony ซึ่งได้มีการปรับปรุงขอบเขตของหลักความผิดในตนเองกับการต่อต้านด้วยการกำหนดราคาและการทำให้ขอบเขตของการกล่าวหาถึงข้อตกลงที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขันมีความชัดเจน

จริยธรรม ความเป็นมืออาชีพและการกำกับตนเองอย่าง

“สมเหตุสมผล” (Ethics, professionalism, and “reasonable” self-regulation)²⁰⁸

คดีนี้ปรากฏการจำกัดทางการค้า ซึ่งถูกกำหนดโดยผู้เชี่ยวชาญผ่านการกำกับตนเอง เพราะผู้ผลิตเหล็กเข้าใจว่า คดี Socony บังคับใช้กับบริษัทที่มีลักษณะเช่นเดียวกับ

²⁰⁵ Monsanto, 465 U.S. at 760–768; Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145, 149–150 (1968); Perma Life Mufflers, Inc. v. Int’l Parts Corp., 392 U.S. 134, 142 (1968).

²⁰⁶ Monsanto, 465 U.S. at 762–68.

²⁰⁷ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

²⁰⁸ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 75–77.

จำเลยในคดีเท่านั้น แต่มิได้ใช้บังคับกับผู้เชี่ยวชาญ หลายปีที่ผ่านมาผู้เชี่ยวชาญ เช่น แพทย์ นักกฎหมาย นักบัญชี ระบุว่า กิจกรรมที่กระทำโดยผู้เชี่ยวชาญมิใช่การกระทำในเชิงธุรกิจการค้าและ สภาองเกรสมิได้มีเจตนาที่จะใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดกับผู้เชี่ยวชาญ การโต้แย้งว่า ผู้เชี่ยวชาญ ได้รับการยกเว้นจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดเกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย จนกระทั่งปี ค.ศ. 1975 เมื่อศาลตัดสินคดี Goldfarb v. Virginia State Bar²⁰⁹ ปราบกฏข้อเท็จจริงว่า Goldfarb กระทำการ กำหนดค่าธรรมเนียมขั้นต่ำของอาชีพทนายความ และเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ “จริยธรรม” ศาลฎีกาอ้าง หลักว่า ผู้เชี่ยวชาญมิได้แตกต่างกับบุคคลอื่นในทางกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่สามารถกำหนดราคาได้ ในคดี Goldfarb ทนายของเวอร์จิเนียประท้วงว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงอาชีพเดียวที่ทำเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์จริยธรรมที่จำเลยยกขึ้นกล่าวอ้าง ศาลมิได้ ให้ความสำคัญแต่อย่างใด ศาลฎีกาได้บันทึกไว้ในเชิงอรธที่ 4 ว่า “ในปี ค.ศ. 1962 ทนายความของ รัฐดีพิมพ์รายงานค่าธรรมเนียมขั้นต่ำที่ระบุรายการค่าธรรมเนียมและระบุว่า “ทนายความเป็นตัวแทน การพิจารณาการตัดสินของคณะกรรมการ ค่าธรรมเนียมที่กำหนดเป็นค่าธรรมเนียมขั้นต่ำ ซึ่งยุติธรรม” “ภายหลังจากนั้นทนายความในเขตปกครองดังกล่าวได้ใช้ตารางค่าธรรมเนียมขั้นต่ำ อ้างว่าเป็นการกระทำที่ดีเพื่อแสดงให้เห็นถึงเกียรติ การฝึกอบรมและความซื่อตรงของนักกฎหมาย” ทั้งนี้ แม้ทนายจะอ้างว่ามีหน้าที่ทางจริยธรรมในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่ต่ำกว่าในกรณีที่เหมาะสม ได้รับ หากทนายความ “ทำไปโดยสุจริตเพื่อความก้าวหน้า และค่าใช้จ่ายนั้นน้อยกว่าค่าใช้จ่ายทั่วไป ของทนายความสำหรับบริการที่เหมือนกัน เพื่อที่จะเพิ่มผลประโยชน์ส่วนตัวทางธุรกิจจะกลายเป็น การร้องขอที่ตรงกันข้ามกับหลักการที่ 27 (Canon 27) และยังเป็นการละเมิดหลักการที่ 7 (Canon 7) ซึ่งห้ามทนายความไปยุ่งเกี่ยวกับการจ้างงานของผู้อื่น”

ภายหลังทนายความแห่งรัฐปรับเพิ่มค่าธรรมเนียมที่แนะนำ ทนายความ ในพื้นที่ได้พิมพ์ตารางใหม่โดยระบุว่า นักกฎหมายควรเรียกเก็บเงินมากกว่าค่าธรรมเนียมที่แนะนำ และเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษจากค่าธรรมเนียมที่สูงขึ้น นักกฎหมายจึงได้เตือนให้สมาชิกของ ทนายความในพื้นที่ระมัดระวังประชาชนซึ่งอาจร้องเรียนนักกฎหมายผู้ที่เรียกเก็บค่าธรรมเนียม มากกว่าที่แนะนำ และการกระทำที่เรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวอาจเป็นหลักฐานในการฟ้องร้อง ภายหลังจากคดี Goldfarb ยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา เนื่องจากในคดีดังกล่าวการจำกัด เช่นว่านั้นยังไม่ถูกระบุว่าเป็นการตกลงร่วมกัน (แม้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับการตกลงร่วมกัน)

²⁰⁹ Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975).

คดี California Dental Assn. v. FTC²¹⁰

California Dental Association (CDA) เป็นสมาคมวิชาชีพที่มีสมาชิกประมาณ 19,000 คน คิดเป็น 75 เปอร์เซ็นต์ของทันตแพทย์ในแคลิฟอร์เนีย CDA มีกฎจริยธรรมห้ามการโฆษณาที่เป็นเท็จและทำให้เกิดความเข้าใจผิด สมาชิกตกลงที่จะปฏิบัติตามกฎและหากสมาชิกละเมิดกฎของสมาคมจะพ้นสภาพจากการเป็นสมาชิก รายละเอียดของกฎ ได้แก่

1. ห้ามการโฆษณาที่มีผลเป็นการลดราคาทั้งหมด (Across-the-board) เช่น การลดราคาแก่พลเมืองผู้อาวุโสและผู้ป่วยใหม่
2. ห้ามใส่ข้อความส่งเสริมการขายเกี่ยวกับอัตราของราคา เช่น “ค่าธรรมเนียมไม่แพง” หรือ “ราคาสมเหตุสมผล”
3. ห้ามกล่าวอ้างเกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหนือกว่าของบริการทันตแพทย์
4. ห้ามการชักชวนที่ทำให้เกิดการกีดกัน เช่น ทำรายงานผลการคัดกรองเด็กนักเรียนโดยไม่มีค่าใช้จ่ายในรูปแบบที่มีการอ้างอิงชื่อและที่อยู่ของทันตแพทย์ และ
5. กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่กำหนดสำหรับการโฆษณาส่วนลด รวมถึงระยะเวลาของส่วนลด จำนวนของค่าธรรมเนียมที่ไม่ได้รับส่วนลด คุณสมบัติของข้อจำกัดทั้งหมดตามส่วนลด

คณะกรรมการโดย Chairman Robert Pitofsky แยกข้อจำกัดในการโฆษณาด้านราคา (ข้อ 1 ข้อ 2 และข้อ 5) ออกจากข้อจำกัดอื่น โดยระบุว่าข้อจำกัดด้านราคานั้นอยู่ในหมวดหมู่ของการผิดกฎหมายในตนเอง และข้อจำกัดที่ไม่เกี่ยวกับราคาจะผิดกฎหมายภายหลังจากใช้หลักการ “พิจารณาอย่างรวดเร็ว (Quick look)”

ทั้งนี้ ภายใต้อำนาจแห่งเหตุและผล คณะกรรมการระบุว่า ข้อเท็จจริงที่เป็นข้อจำกัดซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับราคา “ภายหลังจากการใช้หลักการพิจารณาอย่างรวดเร็ว ภายใต้อำนาจแห่งเหตุและผล เห็นว่าข้อจำกัดการโฆษณาที่มีผลกระทบต่อด้านการแข่งขัน CDA

²¹⁰ California Dental Assn. v. FTC, 526 U.S. 756 (1999).

มีอำนาจตลาด ทำให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันจากการใช้ข้อจำกัดและไม่มีประสิทธิภาพหรือเหตุผลทางธุรกิจอื่น ๆ ที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสมเหตุสมผลในการห้ามโฆษณาข้อมูลที่เป็นความจริง” ข้อจำกัดการโฆษณาของ CDA จึงไม่สมเหตุสมผล เป็นการละเมิดมาตรา 1 ของ Sherman Act และละเมิดมาตรา 5 ของ FTC Act ศาลอุทธรณ์ยืนยันภายใต้การวิเคราะห์ตามหลักการพิจารณาอย่างรวดเร็ว

คดี Polygram Holding, Inc. v. Federal Trade Commission²¹¹

PolyGram หนึ่งในบริษัทเพลงที่ใหญ่ที่สุดในโลกทำการจัดจำหน่ายการบันทึกเสียงและวิดีโอคอนเสิร์ตของวง Three Tenors ซึ่งประกอบด้วยนักร้องชายสามคน ได้แก่ José Carreras Placido Domingo และ Luciano Pavarotti ในปี ค.ศ. 1990 บริษัท Warner Communications บริษัทด้านดนตรีรายใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งของโลกได้จัดทำบันทึกคอนเสิร์ตในปี ค.ศ. 1994 และปี ค.ศ. 1997 โดยบริษัท PolyGram และบริษัท Warner ได้จัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อจัดจำหน่ายบันทึกของคอนเสิร์ตในปี ค.ศ. 1998 บริษัทร่วมทุนได้หยุดการกระทำไว้ชั่วคราวทั้งการลดราคาและการโฆษณาการบันทึกในปี ค.ศ. 1990 และปี ค.ศ. 1994 บันทึกก่อนและหลังการเปิดตัวปี 1998 โดยอ้างว่าการสร้างข้อจำกัดดังกล่าวจำเป็นเพื่อป้องกันบริษัททั้งสองจากผู้บริโภคที่ไม่จ่ายเงิน (Free riding) ในการปล่อยบันทึกของปี ค.ศ. 1998

ในคดีนี้คณะกรรมการวิเคราะห์การดำเนินการของ PolyGram ภายใต้กรอบทางกฎหมายที่กำหนดไว้ในคดี Massachusetts Bd. of Registration in Optometry²¹² ซึ่งสอดคล้องกับคำตัดสินของศาลฎีกาในอีกสี่ปีต่อมาในคดี California Dental²¹³ การวิเคราะห์ในคดี Massachusetts Bd. of Registration in Optometry มีการดำเนินการในขั้นตอนที่แตกต่างกันหลายประการ ประการแรกคณะกรรมการต้องพิจารณาว่า ลักษณะของการดำเนินการที่ถูกเรียกร้องมีแนวโน้มเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคหรือไม่ เพราะหากมีแนวโน้มเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค ข้อจำกัดนั้นจะถูกถือว่า “น่าสงสัยโดยเนื้อแท้ (Inherently suspect)” เว้นแต่จำเลยสามารถหาเหตุผลบางประการที่น่าเชื่อถือมาสนับสนุนว่าการกระทำของจำเลยชอบด้วยกฎหมาย

²¹¹ Polygram Holding, Inc. v. Federal Trade Commission, 416 F.3d 29 (2005).

²¹² Massachusetts Bd. of Registration in Optometry, 110 F.T.C. 598. 609 (1988).

²¹³ California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756 (1999).

โดยคณะกรรมการอธิบายว่าเหตุผลดังกล่าวอาจแสดงให้เห็นว่า

1.) เหตุใดการปฏิบัติอาจมิได้ส่งผลกระทบต่อเชิงลบในบริบทของตลาด เฉพาะที่เป็นปัญหา หรือ

2.) เหตุใดการปฏิบัติมีแนวโน้มเป็นประโยชน์สำหรับผู้บริโภค

หากจำเลยสามารถอธิบายเช่นนั้นคณะกรรมการต้องพิจารณาข้ออ้างของจำเลย ทั้งนี้ ภาระการพิสูจน์ของคณะกรรมการเริ่มจาก ประการแรกคณะกรรมการสามารถแสดงให้เห็นว่า เหตุใดจึงสามารถสรุปได้ว่าการจำกัดนั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค โดยไม่ต้องการพยานหลักฐานเพิ่มเติม ประการที่สองคณะกรรมการยื่นพยานหลักฐานต่อศาล เพื่อแสดงให้เห็นว่าผลกระทบจากการต่อต้านการผูกขาดนั้นมีแนวโน้มที่จะเป็นความจริง หากคณะกรรมการสามารถพิสูจน์ไม่ว่าในประการแรกหรือประการที่สองได้ ภาระการพิสูจน์จะทำให้จำเลยต้องแสดงข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ว่า การจำกัดไม่เป็นผลเสียต่อผู้บริโภคหรือมีประโยชน์ในการช่วยส่งเสริมการแข่งขัน ซึ่งประโยชน์ดังกล่าวมากกว่าภาระที่ผู้บริโภคได้รับจากการจำกัดการแข่งขันของจำเลย²¹⁴

ถ้อยคำว่า “น่าสงสัยโดยเนื้อแท้” จากคำพิพากษาและหลักการในเชิงเศรษฐศาสตร์ หมายถึง การมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ เป็นเพียงข้อสันนิษฐานที่สามารถหักล้างได้ ดังนั้น ในคดีนี้การพิสูจน์ข้อตกลงการเลื่อนการชำระหนี้ของ PolyGram จึงขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือของเหตุผลด้านการแข่งขันแต่เพียงอย่างเดียว PolyGram ต้องแสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดในการให้ส่วนลดและการโฆษณาช่วยเพิ่มผลกำไรในระยะยาวของอัลบั้มคอนเสิร์ตทั้งสามอัลบั้มและเป็นการส่งเสริมแบรนด์ “Three Tenors”

เมื่อศาลเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงในคดี *Law v. NCAA*²¹⁵ ซึ่งวางหลักเกณฑ์ว่า “ข้อตกลงการต่อต้านการแข่งขันที่ช่วยเพิ่มผลผลิต สร้างประสิทธิภาพการดำเนินงาน สร้างผลิตภัณฑ์ใหม่ เพิ่มบริการหรือคุณภาพและทางเลือกของผู้บริโภคที่กว้างขวางขึ้น เป็นข้ออ้างที่ศาลเห็นว่าสามารถรับฟังได้ แต่การทำเพื่อกำไรหรือการประหยัดต้นทุนเพียงเท่านั้น มิได้ถือเป็นข้อแก้ต่างภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด”

²¹⁴ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 112-113.

²¹⁵ *Law v. NCAA*, 134 F.3d 1010 (10th Cir. 1998).

ท้ายที่สุด PolyGram ไม่สามารถพิสูจน์ถึงเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายใด ๆ เกี่ยวกับการแข่งขันสำหรับข้อตกลงที่ทำร่วมกับ Warner ในการละเว้นจากการแข่งขัน การโฆษณา หรือลดราคาผลิตภัณฑ์ของ Three Tenors จึงเป็นการละเมิดมาตรา 5 ของ FTC Act²¹⁶

กระบวนการพิจารณาของศาล

วิธีการของศาลฎีกาในการพิจารณาข้อเรียกร้องตามมาตรา 1 ได้ผ่านการเปลี่ยนแปลงในช่วงยี่สิบห้าปีที่ผ่านมาจากวิธีการจัดหมวดหมู่แบ่งเป็นสองกลุ่ม (Dichotomous) โดยมีรายละเอียดจำนวนมากและมีรูปแบบการไต่สวนแต่ละคดีที่มีความเฉพาะเจาะจง

ในปี ค.ศ. 1978 ก่อนที่ศาลจะเริ่มเปลี่ยนแปลง สรุปลักษณะได้ ดังนี้

การวิเคราะห์การต่อต้านการผูกขาดแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ ข้อตกลงที่ต้องการลักษณะและผลกระทบอย่างชัดเจนว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน จึงไม่มีความซับซ้อนในการศึกษาอุตสาหกรรมที่จำเป็นเพื่อแสดงให้เห็นถึงการกระทำผิดตามกฎหมายที่เรียกกันว่า “ความผิดกฎหมายในตนเอง (Illegal per se)” ประเภทที่สอง คือ ข้อตกลงที่สามารถประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันได้เมื่อวิเคราะห์ข้อเท็จจริงซึ่งมีความเฉพาะในแต่ละด้าน ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจ ประวัติของการจำกัดและสาเหตุที่ทำการกำหนด

การวิเคราะห์หลักความผิดในตนเองช่วยลดค่าใช้จ่ายจากเดิมที่กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาในลักษณะทั่วไป ในเรื่องประโยชน์ของการกระทำที่เป็นปัญหา ทว่าในขณะเดียวกันการวิเคราะห์ด้วยหลักดังกล่าวจะเพิ่มค่าใช้จ่ายของการกระทำที่เกิดข้อผิดพลาด ซึ่งมีแนวโน้มว่าการปฏิบัติบางอย่างผิดกฎหมายในสถานการณ์ที่ไม่เกิดอันตรายหรือแม้ในสถานการณ์ที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดก็ตาม เช่น คดี *Arizona v. Maricopa County Med. Soc.*,²¹⁷ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อผลประโยชน์ที่แน่นอนของธุรกิจและประสิทธิภาพในการดำเนินคดี ศาลอาจยกฟ้องข้อตกลงบางอย่างที่เมื่อทำการสอบสวนอย่างเต็มรูปแบบแล้วอาจพิสูจน์ได้ว่าสมเหตุสมผล

ข้อสังเกตหลักความผิดในตนเอง “เมื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่ปราศจากการพิสูจน์ที่มีราคาสูง เช่น การพิสูจน์อำนาจตลาด ด้วยเหตุนี้บางกรณีจึงเกิดข้อผิดพลาดได้” ในทางตรงกันข้าม หากทำภายใต้หลักแห่งเหตุและผลจะเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี แต่ลดความผิดพลาด

²¹⁶ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 114-116.

²¹⁷ *Arizona v. Maricopa County Med. Soc.*, 457 U.S. 332, 344 (1982).

ซึ่งต้องมีการสอบสวนอย่างละเอียดถี่ถ้วน แม้จะมีปัจจัยที่เกี่ยวข้องมากมายที่ส่งผลต่อพฤติกรรมนั้น
ว่ามีความสมดุลของการต่อต้านการแข่งขันหรือส่งเสริมการแข่งขัน²¹⁸

“เมื่อไม่มีสิ่งใดสามารถนำมาเป็นแนวทาง ต้นทุนการฟ้องร้องดำเนินคดี
อันเป็นผลจากหลักเกณฑ์ที่มีความคลุมเครือและจำนวนเงินที่สูง ทำให้การฟ้องร้องคดีต่อต้าน
การผูกขาดภายใต้หลักแห่งเหตุและผลมีความเสี่ยงอย่างมาก”²¹⁹

ศาลฎีกาเกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิด โดยเริ่มจากคดี Professional
Engineers²²⁰ ศาลฎีกาต้องการเปลี่ยนแนวคิดจากวิธีการแบ่งเป็นสองประเภท (Dichotomous)
ภายใต้แนวคิดที่ว่าทุกการยับยั้งทางการค้านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผิดกฎหมายในตนเอง ดังนั้น
จึงเป็นเหตุผลในการสนับสนุนการวิเคราะห์อย่างเต็มรูปแบบตามหลักแห่งเหตุและผล และนำไปสู่
การสอบสวนที่เหมาะสมกับพฤติกรรมของผู้ต้องสงสัยในแต่ละกรณีโดยเฉพาะ เช่น ศาลมิได้ตัดสินว่า
ข้อตกลงจำกัดจำนวนการเล่นฟุตบอลของแต่ละมหาวิทยาลัยที่สามารถจำหน่ายให้กับโทรทัศน์ได้นั้น
เป็นการทำผิดกฎหมายในตนเอง โดยข้อตกลงเช่นนี้เกิดขึ้นในคดี NCAA v. Board of Regents²²¹
ศาลปฏิเสธที่จะใช้หลักการดังกล่าวที่ว่า “การจำกัดราคาในแนวนอนและการจำกัดการผลิต โดยทั่วไป
ถือว่าผิดกฎหมายภายใต้หลักการผิดกฎหมายในตนเอง” หรือการปฏิเสธขององค์กรทันตแพทย์
ในการให้บริการรังสีเอกซ์ (X-rays) กับผู้รับประกันทันตกรรม ในคดี F.T.C. v. Indiana Federation
of Dentists²²²

อย่างไรก็ตาม คดี NCAA v. Board of Regents และคดี F.T.C. v.
Indiana Federation of Dentists ศาลมิได้วางหลักว่า จำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ตลาดอย่างละเอียด
ภายใต้หลักแห่งเหตุและผลเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจตลาดและการจำกัดนั้นมีผลกระทบเป็น
การต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งในคดี NCAA v. Board of Regents หลักแห่งเหตุและผลไม่มีความจำเป็น
ในการค้นหาราคาและการผลิตที่ไม่ตอบสนองต่อความต้องการ และในคดี F.T.C. v. Indiana

²¹⁸ Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2 ed. (New York: Aspen, 2003), p. 1509.

²¹⁹ Donald F. Turner, "The Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy," [Online] Accessed: 9 June 2019. Available from: <https://doi.org/10.15779/Z387J1X>

²²⁰ National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).

²²¹ NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

²²² F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists 476 U.S. 447 (1986).

Federation of Dentists เมื่อการกระทำของจำเลยมิใช่การกำหนดราคา เช่นนี้ก็ไม่ว่าเป็นที่จะต้องมีการวิเคราะห์อุตสาหกรรมที่ซับซ้อนเพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะที่ซับซ้อนของข้อตกลงดังกล่าว ศาลจึงเลือกใช้การสอบสวนซึ่งอยู่ระหว่างกลาง (Intermediate) นับตั้งแต่นั้น หลักการดังกล่าวถูกเรียกว่า “การพิจารณาอย่างรวดเร็ว (Quick look)”

ในระยะแรกมีความเข้าใจผิดบ่อยครั้ง เมื่อกล่าวถึง “การพิจารณาอย่างรวดเร็ว” เนื่องจากวิธีการดังกล่าวมักถูกเข้าใจว่าเป็นเพียงหมวดหมู่ใหม่ของการวิเคราะห์ซึ่งอยู่ตรงกลางระหว่างการกล่าวหาว่าเป็น “ความผิดในตนเอง” และการปฏิบัติอย่างเต็มรูปแบบตาม “หลักแห่งเหตุและผล” ศาลจึงเปลี่ยนแปลงจากการแบ่งเป็นสองประเภท (Dichotomy) กลายเป็นสามประเภท (Trichotomy)

หลักความผิดในตนเองและหลักแห่งเหตุและผล (Per Se and Rule of Reason)²²³

หลักความผิดในตนเอง (Per Se) ข้อตกลงจะถูกกล่าวโทษว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องตรวจสอบถึงวัตถุประสงค์หรือผลกระทบ เพียงแค่มีเจตนาที่จะกำหนดราคาก็เพียงพอแล้ว

หลักแห่งเหตุและผล (Rule of Reason) เป็นการเรียกชื่อที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เพราะมิได้เป็นหลัก (Rule) แต่เป็นเพียงการแสดงถึงการจัดหมวดหมู่ และมีลักษณะกว้างเพื่อให้สามารถวิเคราะห์ได้ทุกกรณีเมื่อหลักความผิดในตนเองไม่สามารถใช้งานได้ โดยจะทำการวิเคราะห์ปัญหาเพื่อตรวจสอบว่าข้อตกลงเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่

การต่อต้านการแข่งขันที่เห็นได้ชัด (Obviously anticompetitive) เมื่อข้อตกลงมีลักษณะต่อต้านการแข่งขันอย่างรุนแรง และไม่มีการส่งเสริมการแข่งขันอย่างชัดเจน เช่นเดียวกับในคดี National Society of Professional Engineers²²⁴ ภาระการพิสูจน์จะเปลี่ยนไปยังฝ่ายจำเลย โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพหรือการส่งเสริมการแข่งขัน หากไม่สามารถ

²²³ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, p. 116.

²²⁴ National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).

พิสูจน์ได้ ข้อตกลงดังกล่าวจะถือว่าผิดกฎหมาย การวิเคราะห์ลักษณะนี้เรียกว่า “การพิจารณาอย่างรวดเร็ว”

การต่อต้านการแข่งขันที่ไม่ชัดเจน (Not so obviously anticompetitive) สำหรับคดีในกลุ่มนี้จำเป็นต้องใช้การวิเคราะห์อย่างเต็มรูปแบบ การวิเคราะห์แบบเต็มรูปแบบมักจะนำมาซึ่งคำจำกัดความของตลาดที่เกี่ยวข้อง การคำนวณส่วนแบ่งตลาด การประเมินอำนาจตลาดและเจตนาในทุกแง่มุมของการต่อต้านการแข่งขันหรือการส่งเสริมการแข่งขัน หากมีการต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง แต่ปรากฏว่ามีประโยชน์ในการส่งเสริมการแข่งขัน ต้องพิจารณาว่ามีทางเลือกอื่นที่สามารถจำกัดได้น้อยลงหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามที่ศาลระบุในคดี California Dental Association²²⁵

คดี Texaco Inc. v. Dagher โจทก์ยืนยันว่าข้อตกลงที่ผิดกฎหมายระหว่างคู่แข่งที่เกี่ยวข้องกับบริษัทน้ำมันและก๊าซรายใหญ่สองแห่ง คือ Texaco และ Shell โดยทั้งสองบริษัทมีการร่วมทุนด้านการตลาดซึ่งได้รับการอนุมัติจากกระทรวงยุติธรรม Texaco และ Shell ยังคงเครื่องหมายทางการค้าของแบรนด์ของตนเองไว้และรับคำสั่งให้ร่วมทุนเพื่อขายก๊าซของ Texaco และ Shell ในราคาที่เหมือนกัน คดี Dagher v. Saudi Refining Inc.,²²⁶ ถูกกลับคำพิพากษาโดยศาลฎีกาให้เหตุผลว่า “จำเลยยืนยันว่าแต่ละแบรนด์เป็นผลิตภัณฑ์ที่แตกต่าง มีองค์ประกอบทางเคมี เครื่องหมายการค้าและกลยุทธ์ทางการตลาดที่เป็นเอกลักษณ์ของตนเอง”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

คดี Texaco Inc. v. Dagher²²⁷

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1998 จนถึงปี ค.ศ. 2002 มีผู้ยื่นคำร้องว่า Texaco Inc. และ Shell Oil Co. ร่วมมือกันในกิจการร่วมค้า Equilon Enterprises เพื่อทำการกลั่นและจำหน่ายน้ำมันเบนซินในตะวันตกของสหรัฐอเมริกา ภายใต้ชื่อแบรนด์ Texaco และ Shell Oil จำเลยเป็นเจ้าของสถานบริการ Texaco และ Shell Oil ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนร่วมในการกำหนดราคาที่ผิดกฎหมาย เมื่อ Equilon กำหนดราคาเดียวสำหรับน้ำมันเบนซินแบรนด์ Texaco และ Shell Oil

²²⁵ California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756 (1999).

²²⁶ Dagher v. Saudi Refining Inc., 369 F.3d 1108 (9th Cir. 2004).

²²⁷ Texaco Inc. v. Dagher, 547 U.S. 1, 126 S.Ct. 1276, 164 L.Ed.2d 1 (2006).

แต่เดิม Texaco และ Shell Oil เป็นบริษัทคู่แข่งในตลาดน้ำมันและน้ำมันเบนซิน ทั้งในระดับชาติและระดับนานาชาติ กิจกรรมทางธุรกิจระหว่างทั้งสองบริษัท รวมถึงการกลั่นน้ำมันดิบเป็นน้ำมันเบนซินและการทำตลาดน้ำมันเบนซินไปยังผู้ซื้อปลายทาง เช่น สถานีบริการที่เป็นตัวแทนของจำเลยอุทธรณ์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ในปี ค.ศ. 1998 Texaco และ Shell Oil ได้จัดตั้งบริษัทร่วมทุน Equilon เพื่อรวมการดำเนินงานในภาคตะวันตกของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จึงไม่มีการแข่งขันระหว่างทั้งสองบริษัทในการกลั่นน้ำมันและการตลาดในประเทศ ภายใต้ข้อตกลงร่วมทุน Texaco และ Shell Oil ตกลงที่จะรวมทรัพยากรของทั้งสองบริษัท แบ่งปันความเสี่ยงและผลกำไรจากกิจกรรมของ Equilon คณะกรรมการของ Equilon ประกอบด้วยตัวแทนของ Texaco และ Shell Oil โดย Equilon จะจำหน่ายให้กับผู้ซื้อปลายทางภายใต้ชื่อแบรนด์ Texaco และ Shell Oil บริษัทร่วมทุน Equilon ได้รับการอนุมัติโดยพระราชกฤษฎีกาภายใต้การถอนการลงทุนและการเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ โดย Federal Trade Commission ในคดี Shell Oil Co.,²²⁸ หน่วยงานของรัฐแคลิฟอร์เนีย ฮาวาย โอเรกอนและวอชิงตัน ตั้งข้อสังเกตว่า พระราชกฤษฎีกามีได้กำหนดให้มีข้อจำกัดการกำหนดราคาน้ำมันเบนซินของ Equilon ภายหลังจากที่กิจการร่วมค้าเริ่มดำเนินการ มีผู้ยื่นคำร้องว่าการกระทำของทั้งสองบริษัทเป็นการกำหนดราคาซึ่งเป็นความผิดภายใต้มาตรา 1 Sherman Act

ศาลพิจารณาโดยใช้เหตุผลเดียวกับคดี State Oil Co. v. Khan²²⁹ ซึ่งมีหลักในการพิจารณาว่า สภาคองเกรสมีวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายเพื่อห้ามเฉพาะข้อจำกัดที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable restraints) โดยคณะกรรมการแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการจำกัดดังกล่าวไม่มีเหตุผลและเป็นการต่อต้านการแข่งขันแล้วจึงพิจารณาว่าการจำกัดดังกล่าวเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ คดี National Soc. of Professional Engineers v. United States²³⁰ วางหลักว่า “การต่อต้านการแข่งขันอย่างชัดเจนจึงไม่จำเป็นต้องมีการศึกษาถึงความซับซ้อนของอุตสาหกรรมเพื่อแสดงถึงความผิดกฎหมาย”

ตลอดระยะเวลาการดำเนินงานของ Equilon นั้น Texaco และ Shell Oil แบ่งปันผลกำไรจากกิจกรรมของ Equilon ในฐานะนักลงทุนมิใช่คู่แข่ง เมื่อ “บุคคลที่เป็นคู่แข่งรวมเงินทุนและแบ่งปันความเสี่ยงในการขาดทุนและโอกาสในการทำกำไร การร่วมทุนดังกล่าวถือเป็น

²²⁸ Shell Oil Co., 125 F. T. C. 769 (1998).

²²⁹ State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997).

²³⁰ National Soc. of Professional Engineers v. United States, 435 U. S. 679, 692 (1978).

บริษัทเดียวที่แข่งขันกับผู้ขายรายอื่นในตลาด”²³¹ ดังนั้น นโยบายการกำหนดราคาของ Equilon อาจเป็นการกำหนดราคาหากพิจารณาตามตัวอักษร แต่มิใช่การกำหนดราคาในแง่ของการต่อต้านการผูกขาด การกระทำของ Equilon จึงไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 1 Sherman Act

การแก้ต่างและการพิสูจน์ถึงข้อตกลง (Pleading and Proving Agreement)

การพิสูจน์ถึงการตกลงร่วมกัน (Proving Cartel) ในบางกรณีอาจมีปัญหาด้านการวิเคราะห์ที่จะพิสูจน์ว่าเมื่อมีการร่วมมือกันของคู่แข่งถือเป็นการตกลงร่วมกันหรือไม่ พยานหลักฐานระดับใดที่จะเพียงพอต่อการกล่าวหาและสามารถพิสูจน์ถึงการร่วมมือกัน (ข้อตกลงหรือความเข้าใจ เช่น การกำหนดราคาหรือการแบ่งตลาด) เริ่มต้นด้วยการสมคบกันขึ้นราคาซึ่งเป็นกลุ่มคดีเกี่ยวกับการกำหนดราคา การทำงานยังเป็นไปอย่างยากลำบากและซับซ้อนมากขึ้นในการพิสูจน์ว่ามีการสมคบกันกำหนดราคาต่ำ

การตกลงร่วมกันเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานโดยตรง ซึ่งหลักฐานโดยตรงหากปรากฏก็มีที่มาจากผู้ที่เป็นสมาชิกในกลุ่มการตกลงร่วมกัน อาจเป็นพนักงานที่ไม่พอใจหรือผู้แจ้งเบาะแสอื่น ๆ เป็นระยะเวลาหลายปีที่ศาลแทบจะไม่ได้รับพยานหลักฐานโดยตรง ในปี ค.ศ. 1978 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐจึงออกมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency program) สมาชิกที่ทำการตกลงร่วมกันรายแรกที่ยายงานถึงการตกลงร่วมกันอย่างละเอียดและข้อมูลเพียงพอสำหรับการดำเนินคดีตามกฎหมายจะได้รับการยกเว้นทั้งจากค่าปรับและโทษจำคุก มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษของสหรัฐอเมริกาประสบความสำเร็จอย่างมากในการเปิดโปงการตกลงร่วมกันและสร้างความตื่นตระหนกให้กับผู้ทำการตกลงร่วมกันโดยผิดกฎหมาย ส่งผลให้ผู้กระทำผิดดังกล่าวต่างต้องการเข้าร่วมเพื่อรับประโยชน์จากมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ มาตรการนี้จึงถูกนำไปใช้ทั่วโลก

อย่างไรก็ตาม มีการตกลงร่วมกันหลายกรณีที่ถูกตั้งข้อสงสัยบนพื้นฐานของพยานหลักฐานแวดล้อม (Circumstantial evidence) กล่าวคือ การอธิบายจะกล่าวถึงการพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานแวดล้อมแต่เพียงอย่างเดียว ภายใต้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่ว่า “สัญญา การร่วมมือกันหรือการสมคบกัน” เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 1 ของ Sherman Act ซึ่งอาจพิสูจน์ได้ด้วยพยานหลักฐานโดยตรงหรือพยานหลักฐานแวดล้อม ในบางคดีผู้สมคบกันทั้งร่องรอยหลักฐานไว้ เช่น คดีการตกลงร่วมกันที่เคยเกิดขึ้น คือ พนักงานลูกขึ้นปลุ่มระดมเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Whistle blowing) ของ ADM ผู้แจ้งข่าวให้รัฐบาล²³²

²³¹ Arizona v. Maricopa County Medical Soc., 457 U.S. 332, 356 (1982).

²³² Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, p. 129.

บางครั้งข้อมูลที่อาจพิสูจน์ถึงการตกลงร่วมกันอาจไม่ปรากฏ เช่น คดีการตกลงร่วมกันในอุตสาหกรรมระดับโลก เกิดความล้มเหลวในการนำพยานหลักฐานสำคัญมาแสดงในการพิจารณาคดีและไม่สามารถนำเอกสารที่อยู่ต่างประเทศมาแสดงได้ การฟ้องร้องดำเนินคดีจึงไม่ประสบความสำเร็จ²³³

ปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์แบ่งออกเป็นสองประการ ดังนี้

ประการแรก ข้อตกลงหรือความเข้าใจระดับใดที่จำเป็นในระดับที่ประกอบเป็นการละเมิดมาตรา 1 Sherman Act ต้องเป็น “เจตนาในการประชุม (Meeting of the minds)” กับแต่ละฝ่ายที่ให้คำมั่นสัญญาและได้รับคำมั่นสัญญาจากอีกฝ่าย (เช่น เพื่อกำหนดราคา) หรือบางกรณีเพียงพิสูจน์ว่าโครงสร้างตลาดเอื้ออำนวยต่อพฤติกรรมพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันของผู้ขายน้อยรายก็เพียงพอแล้ว (เช่น การกระทำในลักษณะคู่ขนานโดยรู้ว่าเป็นประโยชน์ของคู่แข่งจำนวนหนึ่ง) ดังนั้น การอาศัยข้อเท็จจริงว่าการพึ่งพาซึ่งกันและกันเท่านั้นอาจไม่เพียงพอ เนื่องจากคู่สัญญาอาจให้ความยินยอมซึ่งกันและกันในรูปแบบที่บอกเป็นนัยก็ได้ ศาลจึงวางหลักว่าไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงที่ชัดเจน

ประการที่สอง ต้องการหลักฐานระดับใดที่สามารถพิสูจน์ถึงข้อตกลงไม่ว่าในลักษณะข้อตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

ปัญหาทั้งสองประการใช้คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานมากำหนดขอบเขต ดังนี้ 1) มาตรฐานทางกฎหมายของคณะลูกขุนในการพิจารณาถึงพยานหลักฐานที่แสดงถึงข้อตกลงคืออะไร และ 2) ข้อเท็จจริงใดที่มีสิทธิทำให้จำเลยถูกยกฟ้องและโจทก์มีสิทธินำสืบข้อเท็จจริงนั้นไปยังคณะลูกขุนได้หรือไม่ 3) ลำดับการรับฟังพยานหลักฐานแตกต่างกันหรือไม่ เช่น พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานเอกสารที่สำคัญ หรือหากพยานหลักฐานมีแนวโน้มอยู่ในประเทศอื่น ปัญหานี้มักเกิดขึ้นในบริบทของการสมรู้ร่วมคิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษของรัฐบาลและการประสานงานกับหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดทั่วโลก ปรากฏคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานในประการที่สอง ขณะที่ประการแรกยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่สามารถให้คำตอบในประเด็นดังกล่าวได้

คดี Interstate Circuit ข้อเท็จจริงเกิดจากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายคืนในแนวตั้ง (บริษัทภาพยนตร์กำหนดราคาบัตรชมภาพยนตร์) ว่าสามารถกระทำได้หรือไม่ ความถูกต้องตามกฎหมายของการกำหนดราคาในแนวตั้งมิได้เป็นส่วนหนึ่งของประเด็นที่มีการร้องเรียนในคดีนี้ ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า มีการทำข้อตกลงระหว่างผู้แทนจำหน่ายภาพยนตร์เพื่อกำหนดและเพิ่มราคาจำหน่ายบัตรชมภาพยนตร์ที่โรงภาพยนตร์ของผู้แทนจำหน่าย

²³³ United States v. General Electric Co., 869 F.Supp. 1285 (S.D. Ohio 1994).

ซึ่งได้ทำการตกลงร่วมกัน การกระทำดังกล่าวเป็นการเพิ่มความสะดวกให้กลุ่มบริษัทในเครือที่เข้าร่วม ได้แก่ บริษัท Interstate Circuit และบริษัท Texas Consolidated

คดี Interstate Circuit, Inc. v. United States²³⁴

รัฐบาลดำเนินคดีจำเลยสองกลุ่มที่ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดราคา กลุ่มหนึ่งเป็นผู้จัดจำหน่ายภาพยนตร์คิดเป็นจำนวน 75 เพอร์เซ็นต์ของภาพยนตร์สารคดีชั้นหนึ่ง ทั้งหมดที่จัดแสดงในสหรัฐอเมริกา อีกกลุ่มหนึ่งเป็นเจ้าของโรงภาพยนตร์ที่มีชื่อเสียงในรัฐเท็กซัสและนิวเม็กซิโก ซึ่งรวมถึง Interstate Circuit ที่เป็นผู้ผูกขาดโรงภาพยนตร์หลายแห่งในเมืองเท็กซัส

วันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1934 O'Donnell ผู้จัดการของ Interstate และ Consolidated ส่งจดหมายโดยเจ้าหน้าที่ชื่อและที่อยู่ของผู้จัดการสาขาทั้งแปดของผู้จัดจำหน่ายที่หัวกระดาษของ Interstate แต่ละฉบับ ขอให้ปฏิบัติตามข้อเรียกร้องทั้งสองประการเพื่อเป็นเงื่อนไขในการจัดแสดงภาพยนตร์ของ Interstate โดยเงื่อนไขหลักเป็นการกำหนดราคาบัตรชมภาพยนตร์และสารคดี

ศาลตั้งข้อสังเกตว่า ด้านหน้าจดหมายของ O'Donnell ซึ่งปรากฏที่อยู่ของผู้จัดการสาขาทั้งแปดของผู้จัดจำหน่าย ทำให้ผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายทราบว่าข้อเสนออยู่นั้นอยู่ในระหว่างการพิจารณาของผู้จัดจำหน่ายรายอื่น ผู้จัดจำหน่ายทุกรายตระหนักได้ว่าตนอยู่ในการแข่งขันที่รุนแรง แม้จะไม่ได้มีการลงมติอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ แต่การกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจสำหรับการกระทำร่วมกันเพื่อให้ได้รับประโยชน์จาก Interstate และ Consolidated ผ่านเอกสารชุดเดียวกัน²³⁵

ผู้จัดการสาขาของผู้จัดจำหน่ายซึ่งไม่มีอำนาจในการทำข้อตกลง ได้ติดต่อระหว่างกันในแต่ละสำนักงาน มีการติดตามการประชุมระหว่าง Hoblitzelle และ O'Donnell ซึ่งได้ทำหน้าที่แทน Interstate และ Consolidated และตัวแทนของผู้จัดจำหน่ายหลายราย ประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหา คือ การประชุมดังกล่าวมีผู้จัดการสาขาในแต่ละพื้นที่และเจ้าหน้าที่จากนอกรัฐเท็กซัสเป็นผู้เข้าร่วมประชุม ทำให้ศาลต้องพิจารณาประเด็นที่ว่าผู้จัดจำหน่ายมิได้เป็นผู้เข้าร่วมประชุมด้วยตนเอง ปรากฏเพียงผู้จัดการสาขาซึ่งมิได้มีอำนาจในการทำข้อตกลงเป็นผู้เข้าร่วมประชุมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการประชุมดังกล่าวมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการไม่ปฏิเสธ

²³⁴ Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

²³⁵ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 131-132.

แม้จะไม่ปรากฏหลักฐานการสื่อสารระหว่างผู้จัดจำหน่าย แต่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้จัดจำหน่ายได้เข้าร่วมในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว

ข้อตกลงได้รับการสนับสนุนและดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้จัดจำหน่ายร่วมกันปฏิบัติตามและได้มีการออกคำสั่งกับเจ้าหน้าที่หรือผู้จัดการของผู้จัดจำหน่ายที่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่มีการตกลงกันและนำไปสู่การกระทำร่วมกันซึ่งไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีการทำข้อตกลงขึ้นระหว่างผู้จัดจำหน่าย โจทก์จึงไม่สามารถแสดงประจักษ์พยานได้ ทั้งนี้ศาลวางหลักว่า การพิสูจน์ถึงการสมคบคิดที่ผิดกฎหมาย เพียงแต่พิสูจน์ว่าการกระทำร่วมกันนั้นได้มีการไตร่ตรองและเชิญชวนผู้จัดจำหน่ายให้ปฏิบัติตามและมีส่วนร่วมตามแผนการก็เพียงพอแล้ว

กรณีที่ผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายได้รับแจ้งให้เข้าร่วมการประชุมซึ่งผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายทราบว่าความร่วมมือกันคือสิ่งที่จำเป็นในการดำเนินการให้ประสบความสำเร็จตามข้อตกลง และทราบว่าดำเนินการตามข้อตกลงส่งผลให้เกิดการจำกัดทางการค้า ประกอบกับผู้จัดจำหน่ายทราบข้อเท็จจริงว่าผู้จัดจำหน่ายทุกรายมีส่วนร่วมตามข้อตกลง แสดงให้เห็นถึงความไม่สมเหตุสมผลภายใต้ Sherman Act หลักฐานดังกล่าวแสดงถึงการโน้มน้าวผู้แทนจำหน่ายแต่ละรายให้ตระหนักถึงการที่ผู้อื่นได้เข้าร่วม โดยมีการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวเป็นระยะเวลาถึงสองปี

การสมรู้ร่วมคิดที่ผิดกฎหมายบ่อยครั้งปรากฏในรูปแบบของการกระทำที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกันหรือข้อตกลงในส่วนของผู้สมรู้ร่วมคิด และมีการยอมรับจากคู่แข่งโดยปราศจากข้อตกลงหรือการเชิญชวนให้เข้าร่วมตามแผนการ กรณีเช่นนี้ศาลวางหลักว่า เพียงพิสูจน์ว่าการปฏิบัติตามนั้นเป็นการจำกัดการค้าระหว่างรัฐก็เพียงพอแล้ว เพื่อแสดงให้เห็นถึงการสมรู้ร่วมคิดที่ผิดกฎหมายภายใต้ Sherman Act²³⁶

คดี A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities²³⁷

บริษัทสหรัฐอเมริกา แคนาดา ฟินแลนด์ สวีเดนและนอร์เวย์ ส่งเยื่อไม้ไปยังประชาคมยุโรปในราคาที่ใกล้เคียงกันและมีการเปลี่ยนแปลงราคาพร้อมกัน ผู้ผลิตต่างประกาศราคา

²³⁶ Ibid, 132-133.

²³⁷ A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities, (Wood pulp; proof of agreement) Cases C-89, 104, 114, 116-117. 125-129/85, [1993] ECR I-1307 (European Court of Justice 1993).

เป็นรายไตรมาส ราคาจะถูกนำมาเป็นดอลลาร์เสมอ คณะกรรมการยุโรปบขข้อตกลงกำหนดราคา การตัดสินโดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรปเป็นโมฆะ เนื่องจากเห็นว่าเหตุผลของผู้ผลิตน่าเชื่อถือ

ระบบการประกาศราคา (System of price announcements)²³⁸

ผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยศาล ตั้งข้อสังเกตในประการแรกว่าระบบการประกาศราคาที่เป็น ปัญหาต้องดูในบริบทของความสัมพันธ์ระยะยาวระหว่างผู้ผลิตและผู้ซื้อ ซึ่งเป็นผลมาจากวิธีการผลิต เยื่อกระดาษและลักษณะวัฏจักรของตลาด ข้อเท็จจริงที่ว่ากระดาษแต่ละประเภทเกิดจากการผสม ของเยื่อกระดาษที่มีลักษณะเฉพาะและส่วนประกอบดังกล่าวยากที่จะเปลี่ยนแปลง ความสัมพันธ์ บนพื้นฐานของความร่วมมือที่ใกล้ชิดจึงเกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตเยื่อกระดาษและผู้ผลิตกระดาษ ความสัมพันธ์ดังกล่าวมีความใกล้ชิดกันมากขึ้นเนื่องจากทั้งสองฝ่ายได้รับประโยชน์จากการตกลง ดังกล่าวเพื่อควบคุมความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติวัฏจักรของตลาด กล่าวคือทั้งสองฝ่าย รับประกันความปลอดภัยของอุปทานให้กับผู้ซื้อและในขณะเดียวกันก็รับประกันความปลอดภัย ของอุปสงค์ให้กับผู้ผลิต

ผู้เชี่ยวชาญชี้ให้เห็นถึงบริบทของความสัมพันธ์ระยะยาว ภายหลังจาก สงครามโลกครั้งที่สองผู้ซื้อต้องการให้เริ่มต้นระบบประกาศ เนื่องจากราคาเยื่อกระดาษคิดเป็น ร้อยละ 50-75 ของราคากระดาษ ผู้ซื้อต้องการตรวจสอบราคาที่สามารถเรียกเก็บเงินโดยเร็วที่สุด เพื่อประเมินต้นทุนและกำหนดราคาผลิตภัณฑ์ของตนเอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้ซื้อเหล่านั้น ไม่ต้องการที่จะถูกผูกมัดด้วยราคาคงที่ที่สูง ในกรณีที่ตลาดอ่อนตัวลงราคาที่ประกาศนั้นถือเป็นราคา เพดานด้านล่างซึ่งราคาซื้อขายสามารถเจรจาใหม่ได้ตลอดเวลา

การใช้วงจรรายไตรมาสเป็นผลมาจากการประนีประนอมระหว่าง ความต้องการของผู้ผลิตกระดาษในการคาดการณ์ล่วงหน้าเกี่ยวกับระดับราคาเยื่อกระดาษและ ความต้องการของผู้ผลิตที่มองหาโอกาสในการทำกำไรในกรณีที่ตลาดแข็งแกร่งขึ้น ผู้เชี่ยวชาญกล่าว ว่าเงินดอลลาร์สหรัฐได้เริ่มต้นจากตลาดโดยผู้ผลิตในอเมริกาเหนือในช่วงทศวรรษที่ 1960 การพัฒนาดังกล่าวได้รับการตอบรับอย่างดี เนื่องจากเป็นวิธีการที่สามารถรับประกันว่าผู้ซื้อจะไม่จ่าย ราคาที่สูงกว่าคู่แข่งแน่นอน

²³⁸ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 145-146.

ความขนานของราคาที่ประกาศ (Parallelism of announced prices)²³⁹ เห็นได้ชัดจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญ และข้อสังเกตที่ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าการดำเนินงานตามปกติของตลาดมีความเป็นไปได้ที่จะมีราคาเท่ากันมากกว่าจะเป็นการร่วมกันการวิเคราะห์อาจสรุปได้ ดังนี้

ผู้เชี่ยวชาญอธิบายลักษณะของตลาดว่า เป็นกลุ่มของผู้ขายน้อยราย ประกอบด้วยผู้ผลิตบางรายและผู้ซื้อบางรายและแต่ละกลุ่มมีลักษณะของเยื่อกระดาษที่กำหนดโครงสร้างตลาดส่วนใหญ่มาจากวิธีการผลิตเยื่อกระดาษ เนื่องจากกระดาษเป็นผลมาจากการผสมผสานลักษณะเฉพาะของเยื่อกระดาษ ผู้ผลิตกระดาษแต่ละรายสามารถจัดการกับผู้ผลิตเยื่อกระดาษในจำนวนจำกัดเท่านั้น ในทางกลับกันผู้ผลิตเยื่อกระดาษแต่ละรายสามารถจัดหาลูกค้าได้เพียงจำนวนจำกัดเช่นกัน ภายในกลุ่มที่ก่อตั้งขึ้นได้มีการร่วมมือกัน เพราะเห็นว่าเป็นการให้ความมั่นคงกับเยื่อกระดาษ ซึ่งเป็นการต่อต้านความไม่แน่นอนของตลาดทั้งต่อผู้ซื้อและผู้ขาย

โครงสร้างตลาดประกอบด้วยความโปร่งใสในระดับสูงนำไปสู่สถานการณ์การตอบสนองต่อราคาที่ช้า ผู้ผลิตทราบว่า หากผู้ผลิตรายหนึ่งขึ้นราคา คู่แข่งมิได้ขึ้นราคาตาม ทำให้ผู้ผลิตที่ขึ้นราคาต้องสูญเสียลูกค้าให้แก่คู่แข่ง ในทำนองเดียวกันผู้ผลิตมีความลังเลที่จะลดราคา เพราะหากทำเช่นนั้นผู้ผลิตรายอื่นจะปฏิบัติตามความเหมาะสม เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากผู้ผลิตแต่ละรายมีกำลังผลิตสำรอง แต่การลดราคาดังกล่าวก็ยังไม่สามารถสร้างประโยชน์ที่น่าพึงพอใจให้แก่ผู้ผลิตได้เท่ากับการก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายโดยรวมจากการตกลงร่วมกัน เนื่องจากความต้องการใช้เยื่อกระดาษโดยรวมไม่ยืดหยุ่น การสูญเสียรายได้จากการลดราคาไม่สามารถชดเชยได้ด้วยผลกำไรที่เกิดจากการขายที่เพิ่มขึ้น ทำให้ท้ายที่สุดผลกำไรโดยรวมของผู้ผลิตลดลง

ในระยะยาวผู้ซื้ออาจมีการลงทุนในราคาเยื่อกระดาษประเภทอื่น ๆ และผลิตภัณฑ์ทดแทน เช่น เยื่อกระดาษบราซิลหรือเยื่อกระดาษจากกระดาษรีไซเคิลมีผลกระทบต่อแนวโน้มตลาดผู้ขายน้อยราย สิ่งนี้อธิบายว่าเหตุใดในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมาความผันผวนของราคายังคงมีอยู่ตลอด

ท้ายที่สุดความโปร่งใสของตลาดควบคุมการเพิ่มขึ้นของราคาโดยรวมในระยะสั้น เพราะเมื่อมีอุปสงค์สูงกว่าอุปทานผู้ผลิตที่รับรู้ได้เช่นเดียวกับในตลาดเยื่อกระดาษว่าคลังสินค้าของคู่แข่งอยู่ในระดับต่ำ และอัตราการใช้กำลังการผลิตของผู้ผลิตดังกล่าวสูงก็ไม่ลังเลที่จะขึ้นราคา ภายหลังจากนั้นมีความเป็นไปได้สูงที่คู่แข่งจะขึ้นราคาตาม

คดีนี้การร่วมกันมิได้แสดงให้เห็นถึงการดำเนินการคู่ขนานเท่านั้น แต่ยังแสดงให้เห็นถึงระบบการประกาศราคาเป็นการตอบสนองอย่างมีเหตุผลต่อตลาดเยื่อกระดาษซึ่งเป็น

²³⁹ Ibid, 146-147.

ตลาดระยะยาว และความต้องการของทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในการจำกัดความเสี่ยงในทางการค้าด้วย นอกจากนี้ราคาที่เหมาะสมในวันประกาศราคาเป็นผลโดยตรงจากความโปร่งใสในตลาดระดับสูง ความขนานของราคาและแนวโน้มราคาถูกอธิบายจากแนวโน้มของตลาดผู้ขายน้อยราย ดังนั้น การดำเนินการแบบขนานที่เกิดตามทีละกรณีการร้องเรียน จึงมิได้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์ว่ามี การเข้าร่วมกำหนดราคา

เปรียบเทียบกับคดีหนึ่งที่มีลักษณะข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน คือคดีที่ศาลอุทธรณ์สหรัฐฯ กลับคำพิพากษายกฟ้องภายใต้สถานการณ์ต่อไปนี้ “ผู้ซื้อน้ำเชื่อมข้าวโพดฟรุคโตสสูง (High Fructose Corn Syrup (HFCS)) ฟ้องผู้ผลิตหลักทั้งห้ารายในข้อหาสมคบกันกำหนดราคา ทำให้ราคาสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ แม้โจทก์มิได้แสดงหลักฐานโดยตรงว่าจำเลยมีการสมคบกัน อย่างไรก็ตาม โจทก์แสดงให้เห็นว่าโครงสร้างของตลาดเอื้อประโยชน์ในการร่วมกันกำหนดราคาและหลักฐานแสดงให้เห็นว่าจำเลยมิได้มีการแข่งขันกัน การมีผู้ขายจำนวนน้อยและผลิตภัณฑ์มีมาตรฐานสูง (แต่มีผู้ซื้อรายใหญ่ เช่น Coca-Cola และ Pepsi) ทำให้สมรู้ร่วมคิดได้ง่าย ประกอบกับไม่มีสินค้าทดแทนที่ใกล้เคียงกับ HFCS อีกทั้งความต้องการนั้นไม่มีความผันผวนส่งผลให้กำไรจากการสมรู้ร่วมคิดสูง จำเลยมีความสามารถส่วนเกินอย่างมีนัยสำคัญทำให้การแข่งขันด้านราคามีความเสี่ยง จำเลยได้ทำการซื้อ HFCS จากที่อื่นแม้ว่าจำเลยจะสามารถผลิตได้ในราคาที่ต่ำกว่าก็ตาม ในระยะเริ่มแรกที่ถูกกล่าวหาว่าสมคบกัน จำเลย ADM ประกาศว่าบริษัทกำลังขึ้นราคา HFCS ระดับล่างสองเกรดถึง 90 เซนต์เซ็นต์ของราคาเกรดที่สูงขึ้นและจำเลยคนอื่น ๆ ได้ปฏิบัติตามอย่างรวดเร็ว แม้ว่าต้นทุนของเกรดที่ต่ำกว่าเป็นเพียง 65 เซนต์เซ็นต์ของราคาที่ใช้จ่ายของเกรดที่สูงขึ้น”

ผู้พิพากษา Posner ให้ความเห็นว่า “ในประเด็นนี้มีหลักฐานที่ตลาด HFCS เป็นโครงสร้างที่มีโอกาสในการกำหนดราคาและในช่วงระยะเวลาของการสมรู้ร่วมคิดที่ถูกกล่าวหา จำเลยหลีกเลี่ยงหรือจำกัดราคาในการแข่งขัน เมื่อหลักฐานทั้งหมดนี้สอดคล้องกับสมมติฐานที่ว่า จำเลยมีข้อตกลงโดยปริยาย ซึ่งโจทก์ยอมรับว่าไม่สามารถฟ้องร้อง (Actionable) ได้ตามมาตรา 1 Sherman Act ประเด็นจึงมีแต่เพียงว่าหลักฐานเพียงพอสำหรับคณะลูกขุนหรือไม่ เมื่อไม่ปรากฏข้อตกลงที่ชัดเจน และมีเพียงหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้ถึงข้อตกลงโดยปริยายเท่านั้น หลักฐานที่บ่งบอกว่าจำเลยไม่ได้มีการแข่งขันระหว่างกัน แม้อาจอนุมานได้ว่าจำเลยมีการตกลงกันโดยปริยายว่าจะไม่แข่งขันกันหรือแข่งขันให้น้อยที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ แต่โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีข้อตกลงอย่างชัดเจนว่าไม่ให้มีการแข่งขันกัน หรืออีกวิธีการหนึ่ง คือ โจทก์ต้องแสดงหลักฐานที่สมเหตุสมผลเพื่อให้คณะลูกขุนสามารถปฏิเสธข้อสันนิษฐานและเห็นว่าจำเลยให้การเท็จเรื่องการแข่งขันด้านราคา โดยไม่มีการแข่งขันกันจริง”²⁴⁰

²⁴⁰ Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986).

บางกรณีจำเป็นต้องหาพยานหลักฐานเพิ่มเติม หากความน่าเชื่อถือของข้อกล่าวหาว่ามีการสมรู้ร่วมคิดกันดำเนินการต่ำ เช่น ในคดี Matsushita มีการกล่าวหาว่า จำเลยได้สมคบกันลดราคาให้ต่ำกว่าต้นทุนเพื่อขับไล่คู่แข่งออกจากตลาดและภายหลังจะขึ้นราคาสู่ระดับของการผูกขาด ข้ออ้างดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น หากเป็นดังที่โจทก์อ้างหมายความว่า การขาดทุนจะเกิดขึ้นในระยะเวลาอันสั้นเพื่อแลกกับความเป็นไปได้ในการเก็งกำไร เป็นสิ่งที่เป็นไปได้อย่างยาก เพราะคู่แข่งอาจกลับเข้าสู่ตลาดทันทีที่ราคาสูงขึ้นจากต้นทุน หรือหลังจากนั้นไม่นาน ทำให้แผนการของผู้สมคบคิดที่ต้องการหากำไรเพื่อชดเชยราคาที่ได้จำหน่ายต่ำกว่าต้นทุนนั้น เป็นไปได้อย่างยาก

อย่างไรก็ตาม ข้อกล่าวหาในคดีนี้มีได้มีประเด็นเรื่องความไม่น่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน แต่เป็นประเด็นเรื่องการสมคบกันกำหนดราคาแบบธรรมดา ท้ายที่สุด บริษัท ADM ยอมรับว่ามีการกำหนดราคาสำหรับผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (กรดไลซีนและกรดซิตริก) ในช่วงเวลาที่ทับซ้อนกับช่วงระยะเวลาของแผนการสมคบกันที่ถูกกล่าวหาว่ากำหนดราคาของ HFCS²⁴¹

คดี JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc.,²⁴²

โจทก์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ซึ่งได้กระทำการละเมิดมาตรา 1 และ 2 ของ Sherman Act การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นจากธุรกิจซอมถนในรัฐอิลลินอยส์ได้ มีจำเลยสองกลุ่ม ได้แก่ ผู้รับจ้างทำถนนเรียกว่า ‘Applicator’ และผู้ผลิตแอสฟัลต์อิมัลชันที่ Applicator ใช้กับพื้นผิวของถนน ภายหลังโจทก์ได้เป็น Applicator ได้ฟ้องร้องคดีกับผู้ผลิตทั้งสามรายและ Applicator อีกสามรายเป็นจำเลย ทั้งนี้ ในคดี Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., ศาลวางหลักว่า การต่อต้านการผูกขาดซึ่งไม่มีเหตุผลทางเศรษฐกิจในเรื่องนั้นเป็นพื้นฐานอาจถูกตัดสินยกฟ้องได้

โจทก์เสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์การกระทำผิดกฎหมายของจำเลยโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเด็น ประเด็นแรก จำเลยทั้งสองตกลงกันที่จะไม่แข่งขันในการประมูลสัญญาของรัฐบาลท้องถิ่น ประเด็นที่สอง ผู้ผลิตตกลงที่จะไม่แข่งขันระหว่างกัน ข้อตกลงทั้งสองเป็นความผิดในตนเองละเมิดมาตรา 1 Sherman Act ตลาดนี้เป็นตลาดท้องถิ่นมีจำนวนคู่แข่งในตลาดจำกัด การให้บริการมาตรฐานแก่รัฐบาลท้องถิ่นมักถูกจำกัดให้กับธุรกิจที่เสนอราคาประมูลต่ำที่สุด ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่ทำให้เกิดการสมรู้ร่วมคิดกันเสนอราคา ส่งผลให้ศาลต้องตรวจสอบว่าจำเลยมีการทำข้อตกลงแบ่งตลาดหรือไม่

²⁴¹ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, p. 149.

²⁴² JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc., 190 F.3d 775 (7th Cir. 1999).

เงื่อนไขตลาดดังกล่าว เป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพของการสมรู้ร่วมคิด และปรากฏหลักฐานว่าจำเลย Applicator สมรู้ร่วมคิดกับอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อจัดสรรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับ Applicator ในภูมิภาคของจำเลย สำหรับผู้ผลิตแอสฟัลต์ที่ถูกใช้โดย Applicator ได้มีบันทึกหลักฐาน แสดงว่าผลิตภัณฑ์มีความสัมพันธ์ของมูลค่าและแนวโน้มที่จะเสื่อมสภาพเมื่อขนส่งทางไกล และเป็นผลให้รัศมีการปฏิบัติงานภายในโรงงานที่สามารถจัดหาแอสฟัลต์ให้แก่ Applicator ได้ถูกจำกัดอยู่ใน ระยะประมาณ 70 ไมล์ สิ่งนี้จึงจำกัด Applicator ผู้จัดหาในภูมิภาคที่ให้บริการโดยโจทก์และ โดย Applicator ของจำเลย

โรงงานมีความเชี่ยวชาญในการผลิตแอสฟัลต์อิมัลชัน หมายความว่า โรงงานไม่สามารถเปลี่ยนไปผลิตผลิตภัณฑ์อื่นได้ทันที เหตุผลดังกล่าวทำให้ผู้ผลิตมีแรงจูงใจ ในการผลิตแอสฟัลต์อิมัลชันเท่าที่โรงงานของผู้ผลิตจะสามารถผลิตได้ เนื่องจากไม่สามารถใช้ ประโยชน์โรงงานในการผลิตผลิตภัณฑ์อื่น ดังนั้น วิธีการเพิ่มการผลิตเพียงอย่างเดียว จึงเป็น การลดราคา แต่เนื่องจากความต้องการในแอสฟัลต์อิมัลชันไม่ยืดหยุ่น ทำให้ราคาที่ลดลงมิได้ทำให้ ปริมาณความต้องการแอสฟัลต์อิมัลชันเพิ่มขึ้นอย่างเหมาะสม อีกทั้งผลกระทบจากการแข่งขันด้าน ราคาจะทำให้กำไรลดลง ผู้ผลิตจึงมีแนวโน้มเหมือนกับ Applicator ส่วนมากซึ่งถูกจำกัดการแข่งขัน ระหว่างกัน เพราะ มาตรฐานผลิตภัณฑ์และจำนวนผู้ผลิตที่แข่งขันระหว่างกันมีจำนวนน้อย ข้อตกลง ที่จะไม่แข่งขันกันจึงสามารถบังคับใช้ได้ง่าย

อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตและ Applicator สามารถตรวจสอบการไม่ปฏิบัติตาม ข้อตกลงดังกล่าวได้อย่างง่ายดายและรวดเร็ว โดยวิธีการตอบโต้ด้วยการลดราคา ดังนั้น ผู้เข้าร่วม การตกลงจึงไม่สามารถยุติการปฏิบัติตามข้อตกลงได้ เงื่อนไขการสมรู้ร่วมคิดจึงเป็นไปอย่างสมบูรณ์ และปรากฏหลักฐานบันทึกที่ประกอบด้วยการสมรู้ร่วมคิดดังกล่าว แต่จำเลยเพียงคนเดียวที่เหลืออยู่ ในคดี คือ Applicator ซึ่งเป็นคู่แข่งของโจทก์และผู้ผลิตได้ยุติการกระทำไปก่อนการฟ้องคดี เนื่องจาก คาดการณ์ว่าโจทก์จะต้องร้องทุกข์เกี่ยวกับการสมคบกันของ Applicator ในการขึ้นราคาหรือการแบ่ง ลูกค้าหรือแบ่งตลาด ส่งผลให้การร้องเรียนของโจทก์ล้มเหลว²⁴³

เนื่องจากลักษณะเฉพาะของโรงงานและรัศมีที่จำกัด ทำให้ผู้ผลิตสามารถ จัดส่งผลิตภัณฑ์จากโรงงานได้ในบริเวณใกล้เคียงเท่านั้น ทำให้จำเลย Applicator สามารถบังคับให้

²⁴³ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 149-151.

ผู้ผลิตเข้าร่วมในการตกลง โดยข่มขู่ว่าจะสั่งซื้อผลิตภัณฑ์จากผู้ผลิตน้อยลงหรือจ่ายน้อยลงสำหรับผลิตภัณฑ์นั้น หรือผู้ตกลงร่วมกันอาจจ่ายเงินให้กับผู้ผลิตซึ่งพบการตกลงดังกล่าวแทนการข่มขู่

นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักฐานว่าเหตุผลที่ผู้ผลิตปฏิเสธที่จะขายให้กับ JTC เป็นข้ออ้าง เช่น การอ้างว่า JTC มีความเสี่ยงในเรื่องชื่อเสียง (Credit) ที่ไม่ดี แม้ JTC จะเสนอการชำระราคาด้วยเงินสดผู้ผลิตก็ยังคงปฏิเสธที่จะจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้ ซึ่งให้เห็นว่าเหตุผลที่แท้จริงในการปฏิเสธ คือ เหตุผลที่ผู้ผลิตมิได้มีความต้องการจะขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมการตกลง ประกอบกับผู้ผลิตได้รับการชดเชยจากการตกลงร่วมกันในการปฏิเสธที่จะจำหน่ายให้กับลูกค้าที่ต้องการซื้อผลิตภัณฑ์ดังกล่าว

ราคาที่แตกต่างถูกใช้เป็นหลักฐานสนับสนุนข้ออ้าง โดยอนุমানว่าผู้ผลิตได้รับการชดเชยจาก Applicator เพื่อชดเชยการตกลงร่วมกันคว่ำบาตร Applicator ซึ่งเป็นคู่แข่งกับการตกลงร่วมกันดังกล่าว เมื่อผู้ผลิตทำงานให้กับการตกลงร่วมกัน ผู้ผลิตจึงเป็นส่วนหนึ่งในแผนการสมคบกันของ Applicator และสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับ JTC จำเลยในฐานะตัวแทนของ Applicator ที่ได้มีการตกลงร่วมกันโดยสมาชิกที่ทำการตกลงกันได้ปฏิเสธการจัดหาแหล่งอุปทานแก่ JTC จำเลยทั้งสามมีการสมรู้ร่วมคิดกันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายภายใต้ Sherman Act

หลักฐานทั้งหมดขึ้นอยู่กับสถานการณ์ การอนุমানการสมรู้ร่วมคิดในคดีนี้ เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นทางการระหว่าง Applicator และผู้ผลิตที่ปฏิเสธการจัดหาแหล่งอุปทานให้กับบริษัทที่พยายามจะเข้าไปในตลาดของ Applicator ซึ่งได้ถูกจัดสรรไว้แล้ว ศาลสามารถใช้พยานหลักฐานแวดล้อม ในลักษณะเดียวกับคำสารภาพหรือคำเบิกความของพยาน เพื่อพิสูจน์ถึงการสื่อสารของผู้สมรู้ร่วมคิดซึ่งกันและกัน²⁴⁴

²⁴⁴ Ibid, 151-152.

ข้อเท็จจริงที่ใช้แสดงถึงข้อตกลง (Pleading facts sufficient for plausible inference of agreement)

คดี Bell Atlantic Corp. v. Twombly²⁴⁵

ผู้ใช้โทรศัพท์กลุ่มหนึ่งก่อความเสียหายแก่บริษัท Baby Bells ซึ่งเป็นผู้ให้บริการการแลกเปลี่ยนในท้องถิ่น (Incumbent Local Exchange Carriers (ILECs)) ILECs เป็นผู้ผูกขาดการให้บริการโทรคมนาคมในตลาดท้องถิ่นและภูมิภาคมาเป็นระยะเวลานาน ทว่าต่อมาสภาพการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเทคโนโลยีใหม่เข้ามาส่งผลให้การแข่งขันมีประสิทธิภาพมากขึ้นในการให้บริการท้องถิ่น ในปี ค.ศ. 1996 สภาองค์กรสผ่านพระราชบัญญัติโทรคมนาคมเพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าสู่ตลาดท้องถิ่นโดย CLECs (Competitive local exchange carriers) ILECs เป็นคู่แข่งที่มีความพร้อมและมีสถานะเหมาะสมในการเข้าสู่ตลาด

โจทก์กล่าวหาว่า ILEC แต่ละแห่งมีส่วนร่วมในการดำเนินการกีดกันแบบขนานในพื้นที่ให้บริการ เพื่อขัดขวางการเติบโตของ CLECs ในพื้นที่ของตน การกระทำของ ILEC ต่อด้านการออกคำสั่งของพระราชบัญญัติ ปี ค.ศ. 1996 อย่างชัดเจน โดยการแบ่งท้องถิ่นที่ไม่ได้รับความนิยมและพื้นที่อื่นแต่ละแห่งมีการละเว้นการเข้าไปให้บริการของผู้ให้บริการอื่น แม้จะมีโอกาสทางการเงินที่น่าสนใจก็ตาม โจทก์กล่าวหาว่า ILECs มีการสื่อสารระหว่างกันผ่านสมาคมอุตสาหกรรมจำนวนมากและตกลงจะละเว้นการแข่งขันกับอีกฝ่ายหนึ่งในดินแดนของอีกฝ่ายตามที่ระบุในข้อเท็จจริงข้างต้น โจทก์ระบุว่าจากข้อมูลและเหตุผลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ILECs สมคบกันเพื่อที่จะแบ่งลูกค้าและพื้นที่ให้บริการเพื่อป้องกันมิให้ผู้ให้บริการรายใหม่เข้าไปแข่งขันในตลาด

ILECs จึงออกจากพื้นที่ให้บริการ เพื่อยกเลิกการร้องเรียนของ Twombly ศาลแขวงรับคำร้องดังกล่าว ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยกลับคำพิพากษา ศาลฎีกาตัดสินยกฟ้อง ทั้งนี้ การร้องเรียนขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงการดำเนินงานแบบคู่ขนาน ศาลวางหลักว่า โจทก์มิได้พิสูจน์ให้เห็นถึง “ความเป็นไปได้ถึงการมีอยู่ของข้อตกลง (Plausible grounds to infer an agreement)”

²⁴⁵ Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

มาตรฐานการพิสูจน์ภายใต้มาตรา 1 Sherman Act ต้องแสดงให้เห็นว่ามีการทำข้อตกลง มูลเหตุที่แสดงให้เห็นถึงข้อตกลง และข้อเท็จจริงที่เพียงพอและสมเหตุสมผลว่าการตรวจสอบดังกล่าวจะสามารถเปิดเผยหลักฐานของข้อตกลงที่ผิดกฎหมายได้

ศาลพิจารณาพบว่า ไม่ปรากฏหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำตามข้อกล่าวหา และไม่ปรากฏหลักฐานที่ชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการสมคบกัน สำหรับข้อตกลงของ ILEC ที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติปี ค.ศ. 1996 และขัดขวางการดำเนินงานของ CLECs ในการแข่งขันการกระทำฝ่ายเดียวของ ILEC แต่ละแห่งมีเจตนาในการรักษาความเป็นผู้นำในภูมิภาค

พระราชบัญญัติปี ค.ศ. 1996 เป็นกฎหมายที่สนับสนุนให้ ILEC เข้าร่วมการแข่งขัน เพราะเป็นการบังคับให้ ILEC ต้องให้ความช่วยเหลือด้านการเงินแก่คู่แข่ง รวมถึงการจำหน่ายอุปกรณ์ในราคาขายส่ง แรงจูงใจทางเศรษฐกิจที่ต้องการต่อต้านจึงมีประสิทธิภาพ แต่การกระทำที่โจทก์อ้างว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน เป็นเพียงการดำเนินการตามปกติของตลาด แม้ว่า ILECs กระทำผิดตามพระราชบัญญัติปี ค.ศ. 1996 ตามที่โจทก์กล่าวหา แต่ไม่สามารถอนุมานได้ว่าบริษัทต่าง ๆ ซึ่งดำเนินงานโดยทั่วไปได้ตกลงระหว่างกัน

ในกรณีทั่วไป การพิสูจน์ว่าจำเลยมีการสมรู้ร่วมคิดในการต่อต้านการผูกขาดนั้น เพียงแสดงให้เห็นถึงการร่วมกันแบบคู่ขนานเพื่อจำกัดการแข่งขันก็เป็นการเพียงพอแล้ว ท้ายที่สุดการที่โจทก์อ้างว่า สภาคองเกรสคาดหวังให้พื้นที่ให้บริการเก่าของ ILECs บางแห่งเปลี่ยนเป็นพื้นที่ให้บริการของ CLECs แต่การที่การแบ่งพื้นที่ดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จตามที่สภาคองเกรสต้องการ มิได้ทำให้ข้อกล่าวหาเรื่องการสมคบกันสามารถรับฟังได้ และเนื่องจากโจทก์มิได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ตามที่กล่าวอ้างคำฟ้องของโจทก์จึงถูกยกฟ้อง²⁴⁶

คดี Text Messaging Antitrust Litigation²⁴⁷

คดีนี้เกี่ยวกับการกระทำซึ่งมีลักษณะผสมของพฤติกรรมแบบคู่ขนาน รายละเอียดของโครงสร้างอุตสาหกรรมและการปฏิบัติในอุตสาหกรรมที่อำนวยความสะดวกในการสมรู้ร่วมคิด ไม่มีสิ่งใดที่มาขัดขวางการร่วมกัน วัตถุประสงค์ในการกำหนดราคา คือ

²⁴⁶ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 154-155.

²⁴⁷ Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622 (7th Cir. 2010).

หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งตกลงกำหนดราคา อีกฝ่ายหนึ่งคาดหวังถึงผลที่ตามมาว่า ระหว่างผู้ที่ตกลงร่วมกันจะไม่แข่งขันกันด้านราคา

พฤติกรรมแบบคู่ขนานเป็นลักษณะที่ผิดปกติของการแข่งขันในตลาดปรากฏในรูปแบบการกำหนดราคาและโครงสร้างอุตสาหกรรมที่เอื้ออำนวยต่อการสมรู้ร่วมคิดเป็นหลักฐานสนับสนุนว่ามีการสมรู้ร่วมคิด

การร้องเรียนในคดีนี้อ้างว่าจำเลยทั้งสี่ได้ให้บริการร้อยละ 90 ของบริการส่งข้อความในสหรัฐอเมริกา และเนื่องจากผู้ให้บริการมีจำนวนน้อย จึงไม่เป็นการยากสำหรับกลุ่มผู้ให้บริการซึ่งมีขนาดเล็กในคดีนี้ที่จะร่วมกันกำหนดราคา เนื่องจากเป็นกลุ่มขนาดเล็กทำให้สามารถตรวจจับ “การโกง” (การยืนยันราคาที่ตกลงกันโดยสมาชิกของกลุ่ม) โดยไม่จำเป็นต้องสร้างกลไกที่ซับซ้อน เช่น ตัวแทนขายพิเศษ ซึ่งไม่สามารถหลบหนีการตรวจสอบจากหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดได้

ข้อกล่าวหาที่ร้องเรียนว่า จำเลยเป็นของสมาคมการค้าและแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคาโดยตรงผ่านการประชุมของสมาคม ข้อกล่าวหาละเมิดถึงการปฏิบัติที่ไม่ผิดกฎหมายในตนเอง แต่เป็นการปฏิบัติที่อำนวยความสะดวกในการกำหนดราคา ซึ่งสร้างความลำบากให้แก่เจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบ มีการร้องเรียนเพิ่มเติมอ้างว่าจำเลยพร้อมกับผู้ขายรายใหญ่อีกสองราย ซึ่งเป็นผู้ให้บริการส่งข้อความ ได้สร้างและทำให้ผู้ที่มีอภิสิทธิ์ (Elite) ได้พบซึ่งกันและกันใน “Leadership Council” โดยภายใน Leadership Council สมาคมระบุว่าภารกิจของสมาคมคือ การกระตุ้นให้สมาชิกเป็นตัวแทนใน “การร่วมมือกัน (Co-opetition)” เพื่อการแข่งขัน

นอกจากนี้ การร้องเรียนยังอ้างว่า แม้ต้นทุนของจำเลยลดลงอย่างมาก แต่จำเลยยังคงขึ้นราคา ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ผิดปกติ เพราะในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกัน ต้นทุนที่ลดลงจะเพิ่มกำไรของผู้ขาย ณ ราคาปัจจุบัน การกระตุ้นให้ผู้ให้บริการลดราคาลงเล็กน้อยเป็นไปเพื่อยึดธุรกิจจากคู่แข่ง

การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างราคาของอุตสาหกรรมเป็นไปอย่างรวดเร็ว การร้องเรียนพิสูจน์ให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่สามารถบรรลุผลสำเร็จได้ หากไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดของโครงสร้างใหม่ ระยะเวลาในการรับข้อเสนอและการเพิ่มขึ้นของราคาที่มีรูปแบบเฉพาะซึ่งมีผลภายหลังจากการยอมรับข้อตกลง

จำเลยไม่สามารถแสดงหลักฐานปฏิเสธการกระทำความผิดดังกล่าว (Smoking gun) ในคดีที่มีการกำหนดราคา พยานหลักฐานโดยตรงมักอยู่ในรูปแบบของพนักงาน ผู้สมรู้ร่วมคิด ซึ่งในคดีนี้เจ้าหน้าที่ของจำเลยได้พบและตกลงอย่างชัดเจนในเงื่อนไขของการสมคบคิด ที่จะขึ้นราคา การแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องครั้งที่สองขอกล่าวหาที่ว่าจำเลย “ตกลงคิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม ราคาสิบเซ็นต์ต่อหน่วยสำหรับบริการส่งข้อความ” แต่ไม่ได้แสดงถึงหลักฐานโดยตรงของข้อตกลง ดังกล่าว การกล่าวหาอ้างเพียงพยานหลักฐานแวดล้อม อย่างไรก็ตาม หลักฐานโดยตรงของการสมคบคิดกันไม่ใช่สิ่งที่จำเป็นต้องมี (Sinequanon) พยานหลักฐานแวดล้อมสามารถแสดงถึงการต่อต้านการผูกขาดด้วยการสมคบกันได้

ศาลมิได้พิจารณาว่าพยานหลักฐานแวดล้อมดังกล่าวเพียงพอที่จะพิสูจน์ถึงการสมรู้ร่วมคิดได้หรือไม่ เพราะประเด็นนั้นจะถูกพิจารณาก็ต่อเมื่อคดีอยู่ในขั้นตอนการฟ้องร้องและ ศาลต้องการตรวจสอบว่าจะมีคำสั่งยกฟ้องหรือไม่ จึงจะพิจารณาถึง “ความเป็นไปได้” ของการฟ้องร้อง หากโจทก์มิได้นำเสนอพยานหลักฐานที่ไม่สามารถปฏิเสธการกระทำผิดตาม ข้อกล่าวหาได้ หรือพยานหลักฐานแวดล้อมซึ่งจะเพิ่มแนวโน้มในการสนับสนุนข้อกล่าวหาของโจทก์ อย่างเพียงพอ ศาลอาจมีคำสั่งยกคำฟ้อง

คดีนี้ศาลแขวงได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย โดยให้โจทก์ แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องครั้งที่สองเพื่อแสดงพยานหลักฐานที่ทำให้ศาลสามารถเชื่อว่า โจทก์สามารถ พิสูจน์ถึงการกำหนดราคาของจำเลย²⁴⁸

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
การใช้หลักเกณฑ์การสมคบกันควบคุมการดำเนินการแบบคู่ขนาน
(Parallel Behavior)²⁴⁹

ปัญหาเกี่ยวกับพยานหลักฐาน เนื่องจากการพิสูจน์ถึงการสมคบกันต้องการ พยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการตกลงร่วมกัน แต่การดำเนินการแบบขนาน ตามนิยามหมายถึง การตกลงกันโดยไม่มีพยานหลักฐาน ดังนั้น จึงควรแก้ปัญหาด้วยการผ่อนคลायข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง กับการพิสูจน์ถึงข้อตกลงในคดีต่าง ๆ ภายใต Sherman Act โดยในคดี Interstate Circuit²⁵⁰

²⁴⁸ Eleanor M. Fox, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, pp. 156-158.

²⁴⁹ Keith N. Hylton, *Antitrust Law : Economic Theory and Common Law* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003), pp. 77-78.

²⁵⁰ *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

ได้แก้ปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีเดียวกัน ซึ่งศาลพิพากษาขึ้นตามคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันที่ตรวจพบการละเมิดมาตรา 1 โดยอาศัยพยานหลักฐานแวดล้อม (Circumstantial evidence) รวมถึงคดี American Tobacco²⁵¹ ซึ่งศาลพิจารณาพบว่า ผู้ผลิตบุหรี่มีความผิดในการสมคบกันเพื่อผูกขาดและพยานหลักฐานส่วนใหญ่ที่ใช้ในการตัดสินเป็นพยานหลักฐานแวดล้อม คาดการณ์ว่าการฟ้องคดีจะดำเนินต่อไปจนกว่าศาลจะพบหลักฐานที่มีลักษณะเดียวกับหลักข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (Res ipsa loquitur) ภายใต้มาตรา 1 และการสมคบกันจะถูกอนุมานได้จากโครงสร้าง

อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้ถือเป็นจุดอ่อนในการปรับใช้ Sherman Act เพื่อต่อสู้กับการดำเนินงานแบบคู่ขนาน ประการแรกโดยทั่วไป Sherman Act ควบคุมการดำเนินการมิได้ควบคุมโครงสร้าง บริษัทที่มีอำนาจผูกขาดสามารถกำหนดราคาในระดับผูกขาดได้โดยไม่เป็นการละเมิด Sherman Act トラบไต่ที่บริษัทมิได้มีส่วนร่วมในการดำเนินการผูกขาดซึ่งละเมิดพระราชบัญญัตินี้ กลยุทธ์ในการบังคับใช้ทั้งหมดขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานแวดล้อม ซึ่งอาจเป็นด้านโครงสร้างหรือการละเมิดนโยบายขั้นพื้นฐาน ประการที่สองส่วนสำคัญที่ไม่สอดคล้องกันอาจส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ประสบความสำเร็จ เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมคู่ขนานเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral) ในแง่ที่ว่ามิได้เป็นผลมาจากข้อตกลงแต่มาจากแต่ละบริษัทซึ่งทำเพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับบริษัทตนเองโดยคำนึงถึงแนวโน้มการตัดสินใจของคู่แข่ง การบังคับใช้ Sherman Act ในอุตสาหกรรมที่สามารถสังเกตพฤติกรรมคู่ขนานได้โดยการอนุมานถึงการสมคบกันจากการสังเกตโครงสร้าง แต่การอ้างถึงการสมคบกันดังกล่าวไม่สอดคล้องกับทฤษฎีที่เป็นรากฐานในการฟ้องร้องการสมคบกัน

CHULALONGKORN UNIVERSITY

การพิสูจน์ถึงข้อตกลง (Proof of an Agreement)²⁵²

(1) ข้อตกลงโดยชัดแจ้ง (Express Agreements) จำเลยในคดีต่อต้านการผูกขาดที่ถูกรับว่ามีข้อตกลงอย่างชัดแจ้งในการกำหนดราคาหรือมีส่วนร่วมในพฤติกรรมต่อต้านการผูกขาดอื่นมีจำนวนไม่มาก ดังนั้น คดีส่วนมากตามมาตรา 1 จึงจำเป็นต้องกำหนดพยานหลักฐาน

²⁵¹ American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

²⁵² E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, Understanding Antitrust and Its Economic Implication, 7 ed. (United States of America: Matthew Bender and Company Incorporated, 1997), pp. 126-133.

ที่อาจอ้างถึงข้อตกลงได้ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการโต้แย้งถึงปัญหาข้อกำหนดของข้อตกลงประเภทนี้ เนื่องจากพยานหลักฐานแสดงให้เห็นถึงข้อตกลงที่ชัดเจน เช่น ในคดี *United States v. Socony-Vacuum Oil*²⁵³ จำเลยเป็นบริษัทผลิตน้ำมันรายใหญ่แถบ Midwestern มีความกังวลเกี่ยวกับราคาน้ำมันและราคาขายปลีกน้ำมันเบนซินที่ลดลงซึ่งเป็นผลมาจากน้ำมันดิบในตลาดและสงครามขายปลีกน้ำมันเบนซิน ผู้ผลิตจึงมีข้อตกลงอย่างไม่เป็นทางการหรือความเข้าใจระหว่างกัน โดยผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายแบ่งหน้าที่ร่วมกันในการประกอบกิจการ ส่งผลให้ราคาขายปลีกน้ำมันเบนซินปรับตัวสูงขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่จำเลยตกลงรับซื้อน้ำมันเบนซินส่วนเกินเพื่อให้น้ำมันมีจำนวนลดลง เป็นการลดอุปทานในตลาดและส่งผลกระทบต่อราคาน้ำมันในตลาด ศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันซึ่งระบุว่าข้อตกลงขึ้นราคาหรือโน้มน้าวโครงสร้างราคาเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าราคานั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ เช่นเดียวกับในคดี *United States v. Trenton Potteries Co.*²⁵⁴ จำเลยเป็นสมาชิกของสมาคมการค้าที่รู้จักกันในนาม Sanitary Potters ควบคุมการผลิตวัสดุที่ใช้ในห้องน้ำภายในประเทศถึง 82 เปอร์เซ็นต์ ถูกกล่าวหาว่าร่วมกันกำหนดและรักษาราคาจำหน่ายของ Sanitary Potters แม้ว่าประเด็นสำคัญในคดี Trenton Potteries เกี่ยวข้องกับความสมเหตุสมผลในการกำหนดราคาและการปรับใช้หลักการผิดกฎหมายในตนเองก็ตาม แต่ก็ได้มีประเด็นในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของ “การร่วมกัน (Combination)” ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญภายใต้มาตรา 1 Sherman Act แม้ว่าคดี Socony-Vacuum และคดี Trenton Potteries อาจเป็นตัวอย่างของสมาคมการค้าจำนวนมากและคดีอื่น ๆ ซึ่งหลักฐานของข้อตกลง การร่วมกันหรือการสมคบกันมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการโต้แย้ง เนื่องจากคดีที่เกิดขึ้นตามมาตรา 1 อนุญาตให้ใช้พยานหลักฐานโดยตรงในการพิสูจน์ตามหลักการสมคบกัน

(2) ข้อตกลงโดยปริยาย (Implied Agreements) เมื่อไม่ปรากฏพยานหลักฐานโดยตรงที่แสดงถึงการมีอยู่ของข้อตกลงและการมีอยู่ของข้อตกลงถูกโต้แย้งจึงจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานโดยอ้อมหรือพยานหลักฐานแวดล้อมเพื่ออนุมานถึงข้อตกลงการร่วมกันหรือการสมคบกัน

²⁵³ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

²⁵⁴ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

(3) กระบวนการที่สำคัญ (Procedural Matters) การมีอยู่ของข้อตกลง เป็นประเด็นทางข้อเท็จจริงที่สามารถแก้ไขได้โดยการทดสอบข้อเท็จจริง โจทก์ในคดีต่อต้าน การผูกขาดต้องมีพยานหลักฐานอย่างเพียงพอในการแสดงถึงข้อตกลง เพื่อที่จะสามารถโน้มน้าว การป้องกันมิให้เรื่องที่พิจารณาโดยศาลถูกกำหนดโดยกฎหมายมากกว่าข้อเท็จจริง (Directed verdict motion) หรือคำร้องต่อศาลที่ทำภายหลังการพิจารณาคดีสิ้นสุดลง (Post-trial motions) ด้วยพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ Federal Rules of Civil Procedure ระบุว่าจะมีคำตัดสินชี้ขาด โดยศาล “เมื่อแสดงถึงพยานหลักฐานที่แน่นอนซึ่งมีความสมเหตุสมผลและไม่มีความแตกต่างเกี่ยวกับการควบคุมประเด็นทางข้อเท็จจริง” การตัดสินโดยพิจารณาในทางกฎหมาย (Directed verdict motion) ศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานให้เป็นคนที่สุดแก่ฝ่ายตรงข้าม ดังนั้น อย่างน้อยที่สุดโจทก์ จึงจำเป็นต้องเสนอพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ (Submissible) เพื่อให้ศาลเห็นถึงความมีอยู่ของ การสมคบกันมากกว่าที่จะไม่มีการสมคบกัน มิเช่นนั้น โจทก์ยังคงมีภาระการพิสูจน์พยานหลักฐาน รวมถึงคำสารภาพ คำบอกเล่า คำแถลง หากคำสารภาพดังกล่าวมาจากผู้สมรู้ร่วมคิดที่ถูกกล่าวหา และเป็นการส่งเสริมการสมคบกัน

ในคดี *American Tobacco Co. v. United States*²⁵⁵ ศาลวางหลักว่า “ในกรณีที่มีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการการแข่งขันอาจมีการตรวจสอบวัตถุประสงค์ร่วมกัน เป้าหมายโดยทั่วไปหรือความเข้าใจของผู้สมรู้ร่วมคิด หรือเจตนาในการเข้าร่วมการประชุมที่ผิด กฎหมาย และมีข้อสรุปว่าการสมคบกันได้รับการพิสูจน์แล้ว” ในคดี *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp*²⁵⁶ ศาลพิจารณาถึงประเด็นสำคัญที่ว่ากิจกรรมที่เป็นอิสระโดยนิติบุคคลเดียวควรถูก แยกจากความพยายามในการกระทำร่วมกันโดยหน่วยงานมากกว่าหนึ่งแห่ง พยานหลักฐานที่แสดงถึง ข้อตกลงต้องแสดงให้เห็นถึงความตระหนักรู้ว่าข้อตกลงตามแผนการถูกออกแบบให้เมื่อบรรลุ วัตถุประสงค์แล้วเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น โจทก์จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานไม่ว่าทางตรงหรือ พยานหลักฐานแวดล้อมที่มีแนวโน้มจะกีดกันความเป็นไปได้ที่ว่าจำเลยดำเนินการโดยอิสระ²⁵⁷ ตามธรรมเนียมปฏิบัติการยื่นคำร้องเพื่อคำพิพากษาที่รวบรัด (Summary judgment) ต่อศาลนั้นมิได้ รับการยอมรับให้เป็นวิธียุติการดำเนินการต่อต้านการผูกขาด เหตุผลเนื่องจากการฟ้องร้องดำเนินคดี ต่อต้านการผูกขาดมักจะเป็นการโต้เถียงในประเด็นเรื่องเจตนาและผลกระทบ อย่างไรก็ตาม

²⁵⁵ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 810 (1946).

²⁵⁶ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

²⁵⁷ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 at 764 (1984).

ปรากฏการใช้คำพิพากษาที่รวบรัดเป็นวิธีในการจัดการการฟ้องร้องเบื้องต้นเป็นที่ยอมรับมากขึ้นแต่ยังคงไม่ได้รับความนิยมมากนัก ในคดี *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*²⁵⁸ ศาลฎีกาปฏิเสธว่ามี การสมคบกันระหว่างผู้ผลิตโทรทัศน์ญี่ปุ่นเพื่อตั้งราคาต่ำกว่าราคาในสหรัฐอเมริกา จากทฤษฎีและพยานหลักฐานของโจทก์แสดงให้เห็นว่าผู้ผลิตชาวญี่ปุ่นตั้งราคาสูงในญี่ปุ่นเพื่อสนับสนุนการอุดหนุนข้ามประเทศในตลาดของสหรัฐอเมริกา ศาลยืนยันคำพิพากษาที่รวบรัดซึ่งต่อต้านพยานหลักฐานของโจทก์ เนื่องจากใช้ระยะเวลาในการค้นพบการสมคบกันที่ถูกกล่าวหา ทำให้เกิดความไม่แน่นอนและสอดคล้องกับการปฏิเสธข้อกล่าวหาของจำเลย

(4) ความตระหนักรู้อย่างคู่ขนาน (Conscious Parallelism) ในคดี *Interstate Circuit v. United States*²⁵⁹ ศาลฎีกาพิจารณาประเด็นที่ว่า การวินิจฉัยของศาลชั้นต้นในประเด็นเรื่องข้อตกลงสามารถรับฟังได้หรือไม่ เนื่องจากตามมาตรฐานในการพิจารณาใหม่ ศาลชั้นต้นไม่สามารถกลับคำพิพากษาได้ เว้นแต่พบข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน โดยในคดีนี้รัฐบาลกล่าวหาว่า *Interstate Circuit* ละเมิดมาตรา 1 โดยร่วมกันควบคุมราคาค่าเข้าชมโรงละครและการจัดแสดง พยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่า *Interstate* ได้ส่งจดหมายไปยังผู้จัดจำหน่ายโดยอาศัยชื่อผู้จัดการเป็นตัวแทนและขอให้บุคคลเหล่านั้นตกลงกำหนดราคาค่าเข้าชมตามเงื่อนไขของ *Interstate* เพื่อเป็นการช่วยเหลือภาพยนตร์ของผู้จัดจำหน่ายอย่างต่อเนื่อง แม้ในคดีนี้จะไม่ปรากฏพยานหลักฐานโดยตรงที่ผู้จัดจำหน่ายเห็นพ้องต้องกันและยอมปฏิบัติตามความต้องการของ *Interstate* อย่างไรก็ตาม สามารถพิสูจน์ได้ว่าอย่างน้อยที่สุดผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายในภายหลังได้เห็นด้วยกับเงื่อนไขบางประการของ *Interstate* ดังนั้น รัฐบาลจึงต้องพึ่งพาการอนุมานจากแนวทางการปฏิบัติของผู้สมรู้ร่วมคิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อพิสูจน์ข้อตกลงตามมาตรา 1 ศาลฎีกาเห็นด้วยการพิจารณาข้อตกลงของศาลชั้นต้น²⁶⁰ ทั้งนี้ ศาลได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยเพิ่มเติม (Plus factors) หลายประการที่สามารถใช้ในการอนุมานได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานที่สามารถใช้แสดงถึงข้อตกลงได้ ดังนี้

(1) การกระทำของจำเลยเป็นการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Radical) แตกต่างจากการปฏิบัติที่ผ่านมาอย่างสิ้นเชิง

²⁵⁸ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

²⁵⁹ *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

²⁶⁰ *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 at 222-23 (1939).

(2) จำเลยทราบว่าจำเลยร่วมได้รับการร้องขอให้ปฏิบัติในทำนองเดียวกับ
จำเลย

(3) จำเลยได้รับเชิญให้เข้าร่วมการสมรู้ร่วมคิดตามที่ถูกกล่าวหาและมีการ
ร้องเรียน

(4) การที่จำเลยแต่ละรายมีแรงจูงใจในการกระทำร่วมกันเพื่อกำไรจำนวนมาก

(5) จำเลยมีส่วนร่วมในแผนการและมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำหรือ
รูปแบบการดำเนินการที่สำคัญโดยไม่โต้แย้ง

(6) การดำเนินการของจำเลยแสดงให้เห็นถึงการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน
ในแง่ที่การร่วมมือดังกล่าวจำเลยมิได้รับผลประโยชน์ เว้นแต่จำเลยอื่นจะปฏิบัติตามการร่วมมือ
ทั้งหมด

คดี Interstate Circuit แสดงให้เห็นว่าแม้พยานหลักฐานที่แสดงถึง
การดำเนินการแบบคู่ขนานโดยคู่แข่งจะไม่เพียงพอเพื่อให้คำฟ้องร้องของโจทก์ได้รับการตัดสินชี้ขาด
แต่อาจอ้างว่าข้อตกลงเป็นการตระหนักรู้อย่างคู่ขนานได้เมื่อพิสูจน์ได้ถึงปัจจัยเพิ่มเติมดังที่ได้กล่าวไป
นอกจากนี้ยังแสดงให้เห็นว่าแม้จะสามารถพิสูจน์ได้ตามปัจจัยเพิ่มเติมอย่างเพียงพอ แต่ก็อาจถูก
โต้แย้งโดยหลักฐานของจำเลยได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ในคดี United States v. Masonite Corp.²⁶¹ จำเลยได้รับสิทธิบัตรพิเศษ
สำหรับการผลิตแผ่นผนัง (Wallboard) Masonite ทำข้อตกลงแยกต่างหากกับคู่แข่งจำนวนมาก
โดยคู่แข่งแต่ละรายจะทำการตลาดแผ่นผนังที่ผลิตโดย Masonite ในฐานะตัวแทนของ Masonite
แต่ใช้ชื่อของคู่แข่งบนผลิตภัณฑ์และขายในราคาที่ Masonite กำหนด ข้อตกลงยังแบ่งประเภทของ
บุคคลที่เป็นตัวแทนและได้รับอนุญาตให้ขายผลิตภัณฑ์แผ่นผนังที่จดสิทธิบัตร คู่แข่งหลายรายที่ได้ทำ
ข้อตกลงกับ Masonite รับรู้ถึงข้อตกลงของตัวแทนอื่นว่ามีลักษณะที่คล้ายกัน ศาลพิจารณาประเด็น
ว่า Masonite และตัวแทนได้ร่วมกันจำกัดการค้าซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 1 และมาตรา 2 Sherman
Act หรือไม่ ศาลวางหลักว่า “เพียงแต่พบว่าการกระทำร่วมกันถูกไตร่ตรองและเชิญชวน
ให้ผู้จัดจำหน่ายปฏิบัติและมีส่วนร่วมตามแผนการก็เพียงพอแล้ว” ศาลมิได้ให้ความสำคัญใน

²⁶¹ United States v. Masonite Corp., 316 U.S. 265 (1942).

ข้อเท็จจริงที่ศาลแขวงพบว่าจำเลยแต่ละรายเข้าร่วมข้อตกลงกับ Masonite เป็นการกระทำอย่างอิสระซึ่งแตกต่างจากจำเลยในคดี Interstate Circuit ทั้งนี้ การพิจารณาวัตถุประสงค์ของข้อตกลงมิได้คำนึงถึงการกระทำของผู้อื่นและไม่จำเป็นต้องอาศัยการตอบรับข้อตกลงที่ Masonite ทำกับผู้อื่น การขาดปัจจัยเพิ่มเติมเช่นในคดี Interstate Circuit จึงมิได้สร้างความล้มเหลวให้กับรัฐบาลในคดี Masonite ยิ่งไปกว่านั้นการที่จำเลยในคดี Masonite โต้แย้งว่า “มิได้มีเจตนาในการร่วมกันหรือเจตนาในการกำหนดราคา” ศาลให้เหตุผลว่า ต้องถือว่าจำเลยมีเจตนาตามผลของการกระทำเหล่านั้นอย่างเลี่ยงไม่ได้

คดี Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.²⁶² ศาลฎีกาพิเคราะห์การดำเนินการคู่ขนานในบริบทที่แตกต่างจากในคดี Interstate Circuit ในการดำเนินคดีทางแพ่งผู้พิพากษาคดีได้ปฏิเสธคำร้องขอของโจทก์สำหรับการตัดสินคดีอย่างรวบรัดและคณะกรรมการการแข่งขันอ้างถึงข้อตกลงต่อต้านการผูกขาดของจำเลยว่าเป็นการดำเนินการแบบคู่ขนาน แม้ว่าจำเลยจะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่เป็นอิสระเพื่อโต้แย้งถึงข้อตกลง ผู้พิพากษา Clark ยืนยันว่า “ศาลไม่เคยถือว่าการพิสูจน์ถึงการประกอบธุรกิจแบบคู่ขนานสามารถสรุปได้ว่ามีข้อตกลง” ซึ่งเป็นการรับรองการตัดสินโดยรวบรัดสำหรับโจทก์ในทางแพ่งที่ฟ้องร้องคดีต่อต้านการผูกขาด เช่น การที่จำเลยในคดี Theatre Enterprises สามารถโต้แย้งโดยอาศัยเหตุผลที่เป็นไปได้ทางธุรกิจเพื่อผลกำไรสูงสุดมาพิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยมีเหตุผลและเป็นอิสระ ดังนั้น จึงมิได้มีการพึ่งพาซึ่งกันและกัน และโจทก์ล้มเหลวในการแสดงให้เห็นว่าจำเลยทั้งหมดทราบถึงการปฏิบัติของจำเลยร่วม จำเลยจึงสามารถปฏิเสธและโต้แย้งว่ามิได้รับรู้การกระทำของจำเลยอื่นได้ นอกจากนี้จำเลยยังสามารถแสดงถึงหลักฐานของเจ้าหน้าที่องค์กรที่มีความรับผิดชอบในเรื่องนี้ ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักมากมาโต้แย้งความมีอยู่ของข้อตกลง ศาลจึงตัดสินเห็นชอบตามข้อโต้แย้งของจำเลย

(ก) การตีความ (Interpretation) ศาลได้ตีความตามคำพิพากษาของศาลฎีกาให้การตระหนักรู้อย่างคู่ขนานหมายถึงข้อตกลง (Agreement) หรือการรวมกัน (Combination) สามารถพิสูจน์ได้โดยพยานหลักฐานที่แสดงถึงพฤติกรรมกรรมการตระหนักรู้อย่างคู่ขนานผ่านการรวมกันประกอบกับปัจจัยเพิ่มเติมบางประการที่กล่าวไปแล้วข้างต้น เนื่องจากพยานหลักฐาน

²⁶² Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954).

ของการตระหนักตัวอย่างคู่ขนานแต่เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะรับรองว่าจะค้นพบข้อตกลง²⁶³ ทั้งนี้ บางอุตสาหกรรมที่มีลักษณะเฉพาะก็ยิ่งประสบปัญหาในการค้นหาข้อตกลง

(ข) จุดอ้างอิงราคาขนส่ง (Base Point Delivered Pricing) ในคดี *Federal Trade Commission v. Cement Institute*²⁶⁴ ศาลฎีกาอธิบายถึงจุดอ้างอิงราคาขนส่ง ผ่านกลไกบางอย่างที่ถูกใช้ในสินค้าของอุตสาหกรรม “สินค้าอาจถูกจำหน่ายและขนส่งให้กับลูกค้าที่โรงงานของผู้จำหน่าย คลังสินค้าของผู้จำหน่ายหรืออาจเป็นการส่งมอบ ณ ท่าเรือต้นทาง (Free on board) รถบรรทุกหรือรถไฟซึ่งติดกับโรงงานหรือคลังสินค้าของผู้ขายทันที” ไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม ต้นทุนจริงของสินค้าที่ไปยังผู้ซื้อจากราคาโรงงานของผู้จำหน่ายบวกกับค่าใช้จ่ายในการขนส่งไปยังผู้ซื้อ อย่างไรก็ตาม หากผู้จำหน่ายกำหนดราคาสินค้าที่จะจัดส่งไปยังผู้ซื้อ ค่าใช้จ่ายของผู้ซื้อคือ “ราคาขนส่ง (Delivered price)”

ผู้จำหน่ายที่กำหนดราคาโรงงานลักษณะเดียวกันแก่ผู้ซื้อทุกรายที่มีปริมาณและคุณภาพเหมือนกัน ทำให้สินค้าที่มาจากสถานที่เดียวกันมีราคาเหมือนกัน สิ่งนี้ถูกยอมรับในการส่งมอบ ณ ท่าเรือต้นทางทั้งหลายที่มีจำนวนเงินสุทธิในการจำหน่ายสินค้าจากลูกค้าทั้งหมดเหมือนกัน แต่ระบบ “ราคาขนส่ง” ก่อให้เกิดภาวะแทรกซ้อนซึ่งอาจส่งผลให้ผู้จำหน่ายได้รับผลตอบแทนสุทธิที่แตกต่างจากการจำหน่ายสินค้าที่เหมือนกัน เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการขนส่งทางไกลจะมากกว่าค่าขนส่งที่ใกล้กว่าเสมอ และพื้นฐานของราคาเกิดจากค่าใช้จ่ายของผู้ซื้อซึ่งขึ้นอยู่กับต้นทุนการขนส่งจากพื้นที่จัดส่งตามมาตรฐานซึ่งอาจมีใช้สถานที่จริงที่รายการสินค้าเฉพาะบางอย่างจะถูกจัดส่ง

ในคดี *Cement Institute*²⁶⁵ ศาลฎีกาได้พิจารณาคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำที่ออกโดย Federal Trade Commission ที่ใช้กับบริษัททั้ง 74 บริษัทซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมการค้าและบุคคลอีก 21 คนที่มีความสัมพันธ์ใน Institute บริษัทที่เป็นผู้ผลิตและจัดจำหน่ายปูนซีเมนต์ใช้ระบบการกำหนดราคาพื้นฐานหลายจุดส่งผลให้ราคาของบริษัทคู่แข่งทุกแห่งในสหรัฐอเมริกาในลักษณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้จึงถูกกล่าวหาว่าแทรกแซงการแข่งขันโดยวิธีการที่ผิดกฎหมาย ทั้งนี้ อุตสาหกรรมปูนซีเมนต์มีความหนาแน่นสูงเนื่องจากมีผู้ผลิตภายในประเทศจำนวน 10

²⁶³ *Michelman v. Clark-Schwebel Fiber Glass Corp.*, 534 F.2d 1036 (2d Cir.).

²⁶⁴ *Federal Trade Commission v. Cement Institute*, 333 U. S. 683 (1948).

²⁶⁵ *Federal Trade Commission v. Cement Institute* 333 U.S. 683 (1948).

รายจากทั้งหมด 80 รายที่ควบคุมโรงงานมากกว่าครึ่งหนึ่ง และ Federal Trade Commission กล่าวหาว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมโดยละเมิดมาตรา 5 Federal Trade Commission Act หลักเกณฑ์ของศาลวางหลักว่า Federal Trade Commission มีเขตอำนาจศาล ในการตัดสินว่าพฤติกรรมจำกัดทางการค้าเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมแม้ว่าพฤติกรรมลักษณะ เดียวกันนั้นอาจเป็นการละเมิด Sherman Act เช่นเดียวกัน²⁶⁶ ประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาจึงมีเพียง ว่าพยานหลักฐานเพียงพอที่จะรับรองการตรวจสอบของคณะกรรมการว่ามีการดำเนินการร่วมกัน หรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับจุดอ้างอิงราคาขนส่งของจำเลย จำเลยพยายามโต้แย้งการอนุมาณถึง การดำเนินการร่วมกันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายผ่านคำให้การของนักเศรษฐศาสตร์ที่ระบุว่า การเสนอราคาที่เหมาะสมส่งผลให้อุตสาหกรรมปูนซีเมนต์มีสภาพดังกล่าวและไม่มีข้อตกลงโดยชัดแจ้งหรือข้อตกลงโดยปริยายระหว่างผู้เสนอราคาทั้งหลาย คณะกรรมการไม่เห็นด้วยและชี้ขาดว่า ความเหมือนกัน (Uniformity) ของการเสนอราคาและการไม่มีการแข่งขันในอุตสาหกรรม เป็นผลมาจากความเข้าใจ (Understandings) หรือข้อตกลง (Agreements) ระหว่างจำเลย ศาลฎีกา พิจารณาแล้วเห็นชอบกับคณะกรรมการว่า ความเข้าใจไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยสามารถใช้อนุมาณ จากหลักฐานที่ว่าสถาบันอุตสาหกรรมได้กระทำการโดยร่วมมือกับสมาชิกต่าง ๆ เพื่อรักษาระบบ พื้นฐานของราคาขนส่งและระบบราคาดังกล่าวได้ถูกคำนวณเพื่อการผลิตตามที่ต้องการ ทั้งนี้ เมื่อผลิต แล้วจะมีราคาและเงื่อนไขการจำหน่ายลักษณะเดียวกันทั่วทั้งประเทศ²⁶⁷

ศาลพิจารณาโครงสร้างที่มีความหนาแน่นสูงของอุตสาหกรรมปูนซีเมนต์ โดยปูนซีเมนต์เป็นสินค้าที่สามารถทดแทนได้และไม่มีความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์ ทำยที่สุดศาล พิจารณาพบว่าจุดอ้างอิงราคาขนส่งทั้งหลายเป็นเครื่องมือที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันด้าน ราคา โดยอาศัยหลักฐานเป็นเอกสารเสนอราคาปิดผนึกกลับหลายพันฉบับที่หน่วยงานรัฐได้รับ ซึ่งมีราคาปูนซีเมนต์ลดลงที่เหมือนกันแม้กระทั่งหน่วยเพนนี (Penny) ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ หากพิจารณาตัวอย่างในปี ค.ศ. 1936 มีผู้ประมูลที่แยกจากกัน 11 รายได้เสนอราคา 3.286854 ดอลลาร์ต่อบาร์เรล ผ่านการเสนอราคาปิดผนึกต่อรัฐบาล

คดี Triangle Conduit & Cable Co v Federal Trade Commission²⁶⁸
ศาลปรับใช้หลักในคดี Cement Institute ในการที่ Federal Trade Commission มีคำสั่งให้ยุติและ

²⁶⁶ Federal Trade Commission v. Cement Institute 333 U.S. 683 at 693 (1948).

²⁶⁷ Federal Trade Commission v. Cement Institute 333 U.S. 683 at 716 (1948).

²⁶⁸ Triangle Conduit & Cable Co. v Federal Trade Commission 168 F.2d 175 (7th Cir. 1948).

หยุดการกระทำไปยังผู้ผลิตทั้ง 14 บริษัท ซึ่งเป็นผู้ผลิตท่อเหล็กแข็ง (Rigid steel conduit) และควบคุม 93 เปอร์เซ็นต์ของอุตสาหกรรมท่อ บริษัทจำเลยถูกกล่าวหาว่ามีการกำหนดราคาขนส่งลักษณะเดียวกันและใช้มาตรฐานการคำนวณราคาขนส่งแบบขนาน โดยมาตรฐานราคาที่ใช้มาจากสองเมืองในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น มิได้คำนึงถึงจุดกำเนิดหรือการขนส่งไปยังจุดส่งมอบอย่างแท้จริง รูปแบบดังกล่าวส่งผลให้ผู้ผลิตท่ออ้างอิงราคาขนส่งที่เหมือนกัน ผู้ซื้อไม่มีข้อได้เปรียบทางด้านราคา แม้ว่าผู้ซื้อจะอยู่ใกล้สถานที่ผลิตก็ไม่สามารถซื้อสินค้าจากผู้ผลิตได้ในราคาที่ถูกลงกว่าผู้มีระยะทางไกลกว่า ศาลเห็นชอบกับคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำของ Federal Trade Commission และถือว่าการใช้จุดอ้างอิงราคาขนส่งโดยรับรู้ว่าเป็นการดำเนินการแข่งขันแบบคู่ขนานเพื่อให้ราคาขนส่งมีลักษณะเหมือนกันเป็นวิธีการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรม ศาลให้เหตุผลว่า “ราคาที่มีลักษณะเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเกิดขึ้นพร้อมกับระดับราคาที่ผิดปกติ ไม่สัมพันธ์กับอุปสงค์และอุปทานของสินค้าอาจเป็นหลักฐานที่แสดงถึงข้อตกลง ความเข้าใจหรือการดำเนินการร่วมกันของผู้จำหน่ายว่า เป็นไปเพื่อจำกัดทางการค้า” ทั้งนี้ ศาลอ้างถึงคดี Cement Manufacturers Protective Association v. United States²⁶⁹ ของศาลฎีกา

อย่างไรก็ตาม คดี Cement Manufacturers ศาลฎีกาวางหลักว่า การเผยแพร่ (Dissemination) ข้อมูลมิได้เป็นการละเมิดมาตรา 1 เนื่องจากเหตุผลที่ว่า พยานหลักฐานในคดีนี้ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงผลกระทบต่อราคาและการผลิต สิ่งที่ศาลฎีกาประสงค์ คือ โจทก์ผู้ทำการฟ้องร้องตาม Sherman Act ต้องแสดงพยานหลักฐานที่มากกว่าการมีอิทธิพลตาม “ปกติ (Natural)” ต่อการกระทำของแต่ละบุคคลเพื่ออ้างอิงถึงข้อตกลง ในทำนองเดียวกันศาลในคดี Boise Cascade Corp. v. FTC²⁷⁰ ซึ่งมีการขายตัดราคา Triangle Conduit ศาลวางหลักว่า พยานหลักฐานในการสมคบกันต้องแสดงให้เห็นถึงจุดพื้นฐานของราคาที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่ทั้งหมดหรือบางส่วนในธุรกิจประเภทนั้น (Industry wide) จึงจะถือว่าผิดกฎหมาย แต่ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนของข้อตกลงว่ามีการใช้ระบบราคาเพื่อหลีกเลี่ยงการแข่งขันด้านราคา คณะกรรมการต้องแสดงให้เห็นว่าระบบราคาดังกล่าวมีผลกระทบเป็นการกำหนดราคาหรือมีผลต่อเสถียรภาพของราคา และหากไม่สามารถแสดงถึงผลกระทบดังกล่าวของการกระทำคู่ขนานได้ ศาลจะไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดมาตรา 5 Federal Trade Commission Act

²⁶⁹ Cement Manufacturers Protective Association v. United States 268 U.S. 588 (1925).

²⁷⁰ Boise Cascade Corp. v. FTC, 637 F.2d 573 (9th Cir. 1980).

3.3 สหภาพยุโรป (European Union)

แรกเริ่มความคิดในการรวมประเทศในทวีปยุโรปเข้าด้วยกันมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสันติภาพ แต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุโรปถูกแบ่งออกเป็นยุโรปเสรี (ยุโรปตะวันตก) และยุโรปคอมมิวนิสต์ (ยุโรปตะวันออก) ด้วยความกดดันทางสภาพสังคมโลกส่งผลให้ประเทศในทวีปยุโรปต้องรวมตัวกันเพื่อเพิ่มบทบาททางเศรษฐกิจให้ตามทันขั้วมหาอำนาจอื่นอย่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียต

“สหภาพยุโรป (European Union: EU) คือการรวมกลุ่มระดับภูมิภาคที่ใหญ่ที่สุดและก้าวหน้าที่สุดในโลก มีบทบาทสำคัญต่อทิศทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมระดับโลก โดยในด้านเศรษฐกิจ EU มี GDP สูงที่สุดในโลก เป็นตลาดสินค้าและบริการ ตลาดการเงิน และผู้ลงทุนในต่างประเทศที่สำคัญ รวมทั้งมีบริษัทข้ามชาติระดับโลกเป็นจำนวนมากที่สุด” จากข้อความนี้แสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปโดยแท้จริงแล้วมุ่งเน้นพัฒนาด้านเศรษฐกิจ การรวมตัวกันและเปิดตลาดสินค้าส่งผลทางบวกต่อประเทศสมาชิกเป็นอย่างมาก ส่งเสริมการสร้างเสถียรภาพทางการค้าและรักษาดุลการชำระเงินได้เป็นอย่างดี²⁷¹

สหภาพยุโรปมีกระบวนการถ่ายโอนอำนาจการบริหารจากประเทศสมาชิกไปสู่การเป็นองค์การเหนือรัฐของสหภาพยุโรปมีขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป การรวมกลุ่มอย่างเป็นรูปธรรมเกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1950 ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยประเทศยุโรปตะวันตก 6 ประเทศได้ร่วมกันจัดตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ายุโรป (European Coal and Steel Community: ECSC) แม้เป้าหมายสูงสุดของการรวมกลุ่มจะมีขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง เช่น เพื่อสันติภาพระหว่างประเทศในภูมิภาคยุโรป ทว่าการเลือกใช้วิธีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจนั้นเป็นการทำเพื่อคลายความกังวลของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องการสูญเสียอำนาจอธิปไตย การรวมกลุ่มดังกล่าวประสบผลสำเร็จด้วยดี ต่อมาในปี ค.ศ. 1957 การรวมกลุ่มได้ขยายตัวครอบคลุมภาคเศรษฐกิจอื่น ๆ โดยประเทศได้ลงนามในสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) เพื่อจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community: EEC) เพื่อให้เป็นทั้งสหภาพศุลกากร (Customs Union) และตลาดร่วม (Common Market) การรวมกลุ่มประสบความสำเร็จอย่างมากในทางเศรษฐกิจ”

²⁷¹ กระทรวงแรงงาน, "สหภาพยุโรป: กระบวนการเพื่อการเคลื่อนย้ายแรงงานอย่างเสรี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 มิถุนายน 2562. แหล่งที่มา: <http://www.mol.go.th/anonymouse/content/สหภาพยุโรป-กระบวนการเพื่อการเคลื่อนย้ายแรงงานอย่างเสรี>

ในปี ค.ศ. 1990 หลังช่วงสงครามเย็น ฝรั่งเศสและเยอรมนีเสนอให้มีการจัดตั้งสหภาพการเมืองของยุโรปเพื่อให้มีการกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกัน ซึ่งท้ายที่สุด นำไปสู่การลงนามในสนธิสัญญากรุงมาสทริคต์ (Treaty of Maastricht หรือ Treaty on the European Union) เพื่อจัดตั้งสหภาพยุโรป (European Union – EU) ขึ้นในปี ค.ศ. 1992 รวมไปถึงการใช้เงินสกุลยูโรร่วมกัน ต่อมา ในปี ค.ศ. 2007 ประเทศสมาชิก EU ตระหนักถึงความจำเป็นในการปรับปรุงโครงสร้างเพื่อตอบสนององกระบวนการบูรณาการภายใน EU ที่ก้าวหน้าขึ้นและบทบาทที่เพิ่มมากขึ้นของ EU ในประชาคมโลก มีการร่วมลงนามในสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) โดยประเทศสมาชิกให้ความเห็นชอบในการสละอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้แก่ความร่วมมือเหนือชาติ (Supranational cooperation)”²⁷²

ดังจะเห็นได้จากข้างต้น การรวมตัวของสหภาพยุโรปส่งผลดีให้กับประเทศสมาชิกเป็นอย่างมาก เกิดการพึ่งพาอาศัยกันภายในทวีป เสริมสร้างความมั่นคงและปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจกับประเทศมหาอำนาจ เนื่องจากการรวมตัวกันของประเทศต่าง ๆ ทำให้มีอำนาจต่อรองที่สูงขึ้นและสามารถกำจัดข้อจำกัดอำนาจทางการเมืองที่เป็นผลพวงมาจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้อีกด้วย

3.3.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป

Neelie Kroes หัวหน้าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (Directorate-General (DG) Competition) ได้กล่าวสุนทรพจน์ในปี ค.ศ. 2007 ว่า “คณะกรรมการจะไม่ยอมให้ผลประโยชน์ในตลาดของสหภาพยุโรปถูกต่อต้านโดยการตกลงร่วมกัน (Cartel) รวมถึงการต่อต้านการแข่งขันอื่น ๆ โดยให้ความสำคัญในการจัดการกับการตกลงร่วมกันเป็นลำดับแรก”²⁷³

²⁷² กรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ, "สหภาพยุโรป (The European Union - EU)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 มิถุนายน 2562 วันที่ 29 สิงหาคม 2561. แหล่งที่มา:

[http://www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-\(The-European-Union---EU\).html](http://www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-(The-European-Union---EU).html)

²⁷³ Neelie Kroes, the head of DG Competition said in a speech in 2007 that: “The Commission will simply not tolerate that the benefits of the EU's Single Market are denied to customers by cartels and other anti-competitive practices. priorities I have made it crystal clear that the fight against cartels will be one of my top as Competition Commissioner” Maher M.

การเปลี่ยนแปลงเริ่มต้นจากมาตรา 81 เมื่อมีการใช้บังคับมาเป็นระยะเวลาหนึ่งจนกระทั่งปี ค.ศ. 2004 มีการออกข้อบังคับ EC Regulation No. 1/2003 มาแทนที่ Regulation 17/62 ในวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 แสดงให้เห็นถึงการปฏิวัติครั้งสำคัญในด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป แม้การปฏิวัตินี้จะก่อให้เกิดการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับ EC Regulation No. 1/2003 อาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำให้เหมาะสมกับปัจจุบัน (Modernisation) ทั้งนี้ คณะกรรมการได้ยกเลิกมาตรา 81(3) ซึ่งเป็นเรื่องเขตอำนาจศาลเดียว และได้เพิ่มอำนาจการสืบสวนของคณะกรรมการให้มีศักยภาพในการตรวจสอบการตกลงร่วมกัน นอกจากนี้ยังสร้างกลไกให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก เพิ่มมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency) การกำหนดค่าปรับ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงทั้งหมดนี้ถูกออกแบบให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เดียว คือ เพื่อให้คณะกรรมการและหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าปฏิบัติหน้าที่ในการค้นหาและลงโทษผู้ตกลงร่วมกัน (Cartelist) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁷⁴

อุปสรรคต่อการทำงานของกลไกตลาด ได้แก่ การที่ผู้ประกอบการบางรายมีอำนาจตลาดมากเกินไป (Excessive market power) การกระจุกตัวของธุรกิจในระดับที่สูง (High business concentration) และการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Restrictive agreement) กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจ ลูกค้าและผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการค้าอย่างสูงสุด²⁷⁵

ในปี ค.ศ. 2004 สหภาพยุโรปก่อตั้งหน่วยงานพิเศษ เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการปราบปรามการตกลงร่วมกันโดยเฉพาะ ซึ่งหน่วยงานพิเศษนี้มีหน้าที่ติดตามสืบหาพยานหลักฐานการกระทำการตกลงร่วมกัน โดยได้รับการยอมรับว่าเป็นหน่วยงานที่น่าเชื่อถือ

ในปี ค.ศ. 2006 สหภาพยุโรปริเริ่มใช้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (Leniency program) ถือเป็นมาตรการที่ช่วยในการสืบหาพยานหลักฐานของการกระทำผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า มาตรการนี้มีประสิทธิภาพมาก เพราะสนับสนุนให้ผู้ร่วมกระทำผิดจากการตกลงร่วมกันยอมเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิดในฐานะพยาน เพื่อได้รับ

Dabbah and Barry E. Hawk, *Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 1* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 396.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย*, หน้า 30.

การยกเว้นหรือบรรเทาโทษ ภายหลังจากที่ได้มีการนำมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษมาใช้ มูลค่าการเปรียบเทียบปรับผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าทำการตกลงร่วมกันโดยกระทำผิดกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรปนั้นเพิ่มสูงขึ้นเป็นอย่างมาก จึงเห็นได้ว่าประเทศที่ต้องการป้องกันปราบปรามการตกลงร่วมกันอย่างจริงจังควรพิจารณามาตรการลดหย่อนผ่อนโทษนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศ เพื่อเป็นกลไกในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ²⁷⁶

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD)

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) เป็นองค์การที่มีความสำคัญด้านนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกัน สะท้อนให้เห็นถึงข้อสังเกตและประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการตกลงร่วมกัน โดยเห็นว่าการตกลงร่วมกันเป็นปรากฏการณ์ระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ในขณะที่ระบบกฎหมายการแข่งขันส่วนใหญ่มีขอบเขตอยู่ในระดับชาติเท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปเป็นข้อยกเว้น เนื่องจากมีผลกับสมาชิกของรัฐและประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (Contracting Stat European Economic Area (EEA)) ทั้งหมด

ในปี ค.ศ. 1998 OECD ออก Recommendation of the Council concerning Action Against Hard Core Cartels โดยเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกรับรองว่ากฎหมายภายในประเทศของสมาชิกมีประสิทธิภาพในการยับยั้งและป้องกันการตกลงร่วมกัน และเชิญประเทศที่มีได้เป็นสมาชิกเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ข้อเสนอแนะ (Recommendation) และร่วมมือกันยับยั้งป้องกันการตกลงร่วมกันให้บรรลุผลสำเร็จ ข้อเสนอแนะต้องการผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ จัดให้มีการลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อขัดขวางบริษัทและบุคคลใด ๆ จากการเข้าร่วมในการตกลงร่วมกัน รวมถึงขั้นตอนการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพเพื่อตรวจจับและแก้ไขความเสียหายที่เกิดจากการตกลงร่วมกัน โดยข้อเสนอแนะดังกล่าวนิยามลักษณะการตกลงร่วมกันว่า “เป็นข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขัน การกระทำร่วมกันเพื่อต่อต้านการแข่งขัน หรือการจัดเตรียมการต่อต้านการแข่งขัน โดยผู้แข่งขันที่ทำการกำหนดราคา ร่วมกันเสนอราคาประมูล การจำกัดการผลิตหรือกำหนดปริมาณแบ่งตลาดโดยจัดกลุ่มลูกค้า ผู้จำหน่าย พื้นที่หรือเส้นทางของการค้า”

²⁷⁶ Ibid, หน้า 43-44.

หลังจากนั้น OECD ได้เผยแพร่เอกสารเพิ่มเติมอีกหลายฉบับ มีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายกับการตกลงร่วมกัน โดย OECD ตรวจสอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกัน ซึ่งมีความยากลำบากในการประเมินความเสียหาย พบว่ามีความเสียหายทั่วโลก รวมกันประมาณพันล้านดอลลาร์ในแต่ละปี OECD มีความพยายามที่จะเข้าไปตรวจสอบการตกลงร่วมกันและกระตุ้นให้บุคคลภายในองค์กรซึ่งรู้ถึงการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Whistleblowers) ให้สามารถแจ้งเบาะแสเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามที่ต้องการได้

นอกจากนี้ OECD ได้เพิ่มบทลงโทษแก่ผู้ที่ต่อต้านและเพิ่มประสิทธิภาพของมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ สนับสนุนให้มีการลงโทษในคดีการตกลงร่วมกันเพิ่มขึ้น แต่ผลลัพธ์ก็ยังไม่เป็นที่น่าพอใจ ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 2017 OECD มีการประชุมหารือ (Roundtable) เรื่อง Algorithms and collusion โดยมีการตั้งคำถามในหัวข้อต่าง ๆ ว่าแนวคิดดั้งเดิมของการต่อต้านการผูกขาดในเรื่องของข้อตกลงและกลยุทธ์ในการสมรู้ร่วมคิดกันจะสามารถบังคับใช้ “ตามวัตถุประสงค์” ในยุคดิจิทัลของอัลกอริทึม ซอฟต์แวร์ติดตามราคาและปัญญาประดิษฐ์ และจะสามารถกำหนดความรับผิดชอบจากการต่อต้านการผูกขาดให้กับผู้สร้างและผู้ใช้อัลกอริทึมได้หรือไม่²⁷⁷

3.3.2 องค์กรประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน

การตกลงร่วมกัน (Cartel)²⁷⁸ หมายถึง การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยสมาชิกจะตกลงร่วมกันจำกัดหรือกำจัดการแข่งขันระหว่างกัน และมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มราคาและกำไรของแต่ละบริษัทที่เข้าร่วม โดยไม่มีการโต้ตอบการผลิตระหว่างกัน ในทางปฏิบัติทั่วไปอาจทำได้โดยการกำหนดราคา การจำกัดการผลิต การแบ่งตลาด การแบ่งลูกค้าหรือพื้นที่ การร่วมกันกำหนดราคาประมูล หรือรวมถึงการสร้างข้อจำกัดแต่ละประเภท การตกลงร่วมกันเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคและสังคม เพราะบริษัทจะตั้งราคาสูงกว่าในตลาดที่มีการแข่งขัน

²⁷⁷ Richard Whish and David Bailey, Competition Law, 9 ed. (United Kingdom: Oxford University Press, 2018), p. 522.

²⁷⁸ European Commission, Glossary of Terms Used in Eu Competition Policy Antitrust and Control of Concentrations (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002), p. 8.

การพิจารณาองค์ประกอบตามบทบัญญัติของกฎหมายอาศัยตำราและคดีต่าง ๆ ซึ่งเกิดจากการใช้และตีความมาตรา 81 ซึ่งเป็นมาตราที่บังคับใช้ในเรื่องการตกลงร่วมกัน ภายหลังมีการแก้ไขกลายเป็นมาตรา 101 ในปัจจุบัน

3.3.2.1 องค์ประกอบตามบทบัญญัติกฎหมาย

มาตรา 101²⁷⁹ ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป จากบทบัญญัติของมาตรา 101 บัญญัติถึงการกระทำต่าง ๆ ซึ่งห้ามมิให้กระทำหากขัดแย้งกับตลาดภายใน ดังนี้

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

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

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

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

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

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

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

(1.) การทำข้อตกลง (Agreement) ระหว่างผู้ประกอบการ การตัดสินใจของสมาคมของผู้ประกอบการ (Decision by association of undertakings) และการกระทำกร่วมกัน (Concerted practices) ระหว่างองค์กรทางธุรกิจ ที่อาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ สมาชิกของสหภาพยุโรปและมีเป้าหมายหรือผลกระทบเพื่อการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด โดยเฉพาะการกระทำต่อไปนี้

(ก) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งทางตรงและทางอ้อมหรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ

(ข) การจำกัดหรือควบคุมการผลิต ตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน

(ค) การแบ่งตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ

(ง) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่น ซึ่งจะทำให้คู่ค้านั้นเสียผลประโยชน์ในการแข่งขัน

(จ) การทำสัญญาภายใต้การยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีหน้าที่ซึ่งโดยธรรมชาติหรือในทางการค้ามิได้มีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา

(2.) ข้อตกลงหรือคำสั่งที่ถูกห้ามตามมาตรา 101 เป็นโมฆะ

(3.) บทบัญญัติในวรรค 1 อาจไม่ใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

- ข้อตกลงใด ๆ หรือประเภทของข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ (Undertaking)

- คำสั่งใด ๆ หรือประเภทของคำสั่งซึ่งเกิดจากการรวมกันของผู้ประกอบการ

- ระเบียบปฏิบัติที่กระทำร่วมกัน หรือประเภทของระเบียบปฏิบัติ

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

ทั้งนี้ ข้อตกลงดังกล่าวอาจกระทำได้ หากข้อตกลง คำสั่งหรือแนวปฏิบัติดังกล่าว ทำให้เกิดการพัฒนาในการผลิต จำหน่ายหรือสนับสนุนความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือเศรษฐกิจและเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์ที่เป็นธรรม โดยจะต้องไม่มีข้อจำกัดซึ่งไม่เป็นธรรมต่อการบรรลุผลและไม่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำจัดการแข่งขันในส่วนที่สำคัญได้”

เมื่อพิจารณามาตรา 101 ของสนธิสัญญาจะเห็นว่าข้อตกลงร่วมกันที่ขัดกับมาตรานี้ให้ถือเป็นโมฆะ แต่มีข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าหากเป็นไปตามสถานการณ์ 4 สถานการณ์ที่บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ให้ถือว่าข้อตกลงระหว่างองค์กรธุรกิจมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายได้แก่²⁸⁰

1. ข้อตกลงจะต้องถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “พัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า (Improving the production or distribution of goods)” หรือเพื่อ “ความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ (Promoting technical or economic progress)”
2. ข้อตกลงต้องก่อให้เกิด “ผลประโยชน์ตามสมควร (Fair share of benefit)” ต่อผู้บริโภค
3. ข้อตกลงทางธุรกิจที่จัดทำขึ้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้ (Indispensable) เพื่อให้วัตถุประสงค์ตามที่ได้กล่าวมาบรรลุผลอย่างสมบูรณ์
4. ข้อตกลงต้องไม่เปิด “โอกาส” ให้มีการขจัดการแข่งขันให้หมดไป (Possibility of eliminating competition)

ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจและสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจ มีประเด็นที่ควรพิจารณา 5 ประเด็น ดังนี้ ประการแรก คือ คำจำกัดความตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 ประการที่สอง คือ ความหมายของ “สมาคมของผู้ประกอบธุรกิจ” ประการที่สาม คือ นิติบุคคลตั้งแต่ 2 หน่วยหรือมากกว่านั้นซึ่งอยู่ในรูปแบบหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน (Single economic entity) ที่ส่งผลให้กลายเป็นผู้ประกอบธุรกิจเดี่ยวและลักษณะสำคัญในการพิจารณาตามหลักดังกล่าว

²⁸⁰ คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย, หน้า 60.

ประการที่สี่ ผู้ประกอบธุรกิจสองหน่วยหรือมากกว่านั้นอาจได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวโดยพิจารณาจากโครงสร้างขององค์กร และประการที่ห้า คือ ผู้ประกอบธุรกิจยังคงต้องรับผิดชอบในการละเมิดกฎหมายการแข่งขัน แม้ว่าจะมีการจำหน่ายธุรกิจดังกล่าวไปแล้ว และสนธิสัญญาได้บัญญัตินิยาม “ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking)” จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการอธิบายถึงความหมายของถ้อยคำดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากมีเพียงข้อตกลงและการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้นที่อยู่ภายใต้มาตรา 101 ในกรณีที่พฤติกรรมซึ่งเป็นการบิดเบือนการแข่งขันมิได้กระทำโดยผู้ประกอบธุรกิจ การกระทำนั้นจะไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของกฎหมายการแข่งขัน สังเกตได้ว่าคดีจำนวนมากที่มีการร้องเรียนไปสู่ศาลสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นหน่วยเฉพาะใด ๆ ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน ต้องมีคุณสมบัติในการเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขัน ประเด็นนี้มักเกิดขึ้นในกรณีที่เรียกว่า “ตลาดแบบผสม (Mixed markets)” ประกอบด้วยหน่วยงานภาครัฐและบริษัทเอกชนเข้ามามีบทบาทในตลาด

ในระยะหลังปรากฏคำฟ้องเกี่ยวกับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันมากขึ้น ทำให้เกิดแนวความคิดเรื่อง “ความเป็นกลางในการแข่งขัน (Competitive neutrality)” เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลายได้รับโอกาสในตลาดอย่างเท่าเทียมและส่งผลให้พฤติกรรมต่าง ๆ อยู่ภายใต้การพิจารณาของกฎหมายแข่งขัน²⁸¹

3.3.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ

ความหมายของ “ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking)”

(1) องค์ประกอบเบื้องต้น: หน่วยที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

ความหมายของ “ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking)” มาตรา 101 ถูกนำไปใช้กับข้อตกลงระหว่าง “ผู้ประกอบธุรกิจ” ทั้งนี้ คำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” มิได้ปรากฏนิยามใน EC Treaty แต่อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำนี้ถูกพัฒนาผ่านคำตัดสินของคณะกรรมการ (Decision-making practice of the Commission) และข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นในศาลซึ่งพิจารณาเกี่ยวกับ

²⁸¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 83-84.

Community Courts โดยวิวัฒนาการเริ่มจาก คำนิยามได้ถูกกำหนดโดย The European Court of Justice (ECJ) ผ่านคดีต่าง ๆ ดังนี้

คดี Höfner and Elser v. Macroton GmbH²⁸² ศาลวางหลักว่า “กรอบความคิดเกี่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจนั้น ครอบคลุมทุกบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร (Entity) ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร และวิธีการจัดหาเงินทุน”²⁸³

คดี Pavlov²⁸⁴ ศาลวางหลักว่า “กิจกรรมใด ๆ ที่ประกอบด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนดถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ”

คดี Wouters²⁸⁵ ศาลวางหลักว่า “กฎการแข่งขันในสนธิสัญญาไม่นำไปใช้กับกิจกรรมที่โดยทั่วไปจะมีจุดมุ่งหมายหรือหลักเกณฑ์ที่มีได้อยู่ในขอบเขตของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐ”

การตีความของศาลในลักษณะกว้าง เป็นการนิยามในลักษณะเปิด เพื่อให้ครอบคลุมทุกลักษณะของบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย ผลกำไร สถานะภาครัฐหรือเอกชน ซึ่งการกำหนดขอบเขตของคำนิยามดังกล่าวควรเป็นสิ่งที่สามารถปรับใช้ได้กับแต่ละคดีที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ ดังนั้น การให้คำนิยามผู้ประกอบการธุรกิจในคดีนี้ จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์และวัตถุประสงค์บางอย่าง แต่ไม่ได้เหมาะสมกับทุกกรณี เช่น ผู้ประกอบการของรัฐ (Public undertaking) เพื่อให้งานสำเร็จลุล่วง จำเป็นต้องกระทำการเชิงพาณิชย์ (Commercial activities) ซึ่งอาจถือเป็นการกระทำของผู้ประกอบการก็ได้ แต่เมื่อเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์อื่น หากพิจารณาตามมาตรา 101(1) การกระทำของผู้ประกอบการดังกล่าว จะไม่อยู่ภายใต้มาตรา 101

²⁸² Case C-41/90, Höfner and Elser v. Macroton GmbH [1991] ECR I-1979

²⁸³ "the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed"

²⁸⁴ C-180/98 to C-184/98 Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.

²⁸⁵ Case C-309/99 Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten.

ข้อตกลงบางอย่างระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจไม่ถือเป็นความผิด ตามมาตรา 101(1) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นแก่ผู้ประกอบการที่เป็นตัวแทนบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กรทางเศรษฐกิจเดียว (Single economic entity) ทั้งนี้ เป็นผลจากการตีความของ ECJ ในคดี *Bodson v. Pompes Funèbres*²⁸⁶ กล่าวคือ มาตรา 101(1) ไม่ใช่บังคับกับผู้ประกอบการที่มาจาก “หน่วยเศรษฐกิจเดียว ภายในบริษัทลูกซึ่งไม่มีอิสระอย่างแท้จริงในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานในตลาด และถูกกำหนดให้เกี่ยวข้องเฉพาะกับหน้าที่ที่ถูกจัดสรรไว้ตามข้อตกลงหรือแนวทางปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการ”²⁸⁷ ดังนั้น ข้อตกลงระหว่างบริษัทภายในหน่วยเดียวกัน โดยทั่วไปแล้วจะไม่อยู่ภายใต้มาตรา 101(1)

อย่างไรก็ตาม มาตรา 101(1) อาจใช้บังคับเมื่อบริษัทในหน่วยเดียวกัน ใช้สิทธิหรือมีเสรีภาพอย่างเพียงพอในการกำหนดพฤติกรรมการตลาดของตนเองได้ การพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการทั้งสองเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์นี้ ทว่าวิธีไม่สามารถใช้ได้กับกรณีทุนเรือนหุ้น (Share capital) ของผู้ประกอบการทั้งสองซึ่งแยกออกจากกันแต่ถูกถือโดยบุคคลเดียวกัน²⁸⁸ ในทางตรงกันข้ามหลักเกณฑ์เช่นนี้ก็เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการ เช่น การที่ผู้ประกอบการมีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการอื่น (ที่ไม่ได้ตกลงร่วมกัน) ไม่สามารถตัดสินใจอย่างอิสระต่อการดำเนินงานของตนเองในตลาดได้ แต่ต้องดำเนินการในทุกเรื่องที่เป็นสาระสำคัญ (Material respect) ตามคำสั่งของผู้ประกอบการที่ตกลงร่วมกัน เช่น บริษัทแม่ (Parent company)²⁸⁹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁸⁶ Case *Bodson v. Pompes Funèbres* [1988] ECR 2479.

²⁸⁷ "form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings"

²⁸⁸ Case C-196/99 P *Siderúrgica Aristrain Madrid SL v. Commission of the European Communities.*, OJ [2003] C275/3

²⁸⁹ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, *Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 1*, pp. 401-402.

คดี FIFA distribution of package tours during the 1990

World Cup²⁹⁰

ข้อเท็จจริง คณะกรรมการยุโรปพิจารณาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับระบบจำหน่ายบัตรที่รับรองโดยสหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (International Federation of Football Association: FIFA) ระหว่างการแข่งขัน FIFA World Cup ซึ่งจัดขึ้นที่ประเทศอิตาลีในปี ค.ศ. 1990 โดยมี “คณะกรรมการจัดงานท้องถิ่น” เป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายบัตร ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดย FIFA และสมาคมฟุตบอลแห่งชาติอิตาลี (National Italian Football Association: FIGC) ระบบจำหน่ายบัตรดำเนินการผ่านสมาคมกีฬาต่าง ๆ มีการจำกัดการขายให้กับบริษัทท่องเที่ยวข้อจำกัดแบบเอกสิทธิ์เฉพาะบุคคล (Exclusive) เปิดใช้กับการจำหน่ายบัตรทั่วโลก โดยเป็นส่วนหนึ่งของแพ็คเกจทัวร์ของกิจการร่วมค้าอิตาลีชื่อว่า ‘90 Tour Italia SpA’ ข้อตกลงนี้ได้ทำการขัดขวางบริษัทท่องเที่ยวอื่น ๆ ในการเสนอแพ็คเกจทัวร์พร้อมบัตรสำหรับเข้าชมฟุตบอลโลกปี ค.ศ. 1990 การตัดสินของคณะกรรมการพิจารณาถึงความทดแทนกันได้ (Compatibility) ของข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวภายใต้มาตรา 101 TFEU ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ ความเกี่ยวข้องของหน่วยงานที่มีส่วนร่วม ไม่ว่าจะประกอบด้วยความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ (Undertaking) ภายใต้ความหมายตามมาตรา 101 TFEU หรือไม่ก็ตาม²⁹¹

คำพิพากษา ศาลวางหลักว่า หน่วยงานใด ๆ (Entity) โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบทางกฎหมายซึ่งประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจถือเป็นการดำเนินงานภายใต้ความหมายของมาตรา 101 และ 102 TFEU กิจกรรมทางเศรษฐกิจรวมถึงกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจและการค้าไม่ว่าจะทำกำไรหรือไม่ก็ตาม²⁹² ดังนั้น จึงไม่อาจโต้แย้งได้ว่าการแข่งขันฟุตบอลโลกเป็นเกมกีฬาที่สำคัญและเป็นกิจกรรมที่โดยลักษณะ (Nature) มีความเกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจ กิจกรรมดังกล่าวรวมถึงการขายแพ็คเกจทัวร์ซึ่งประกอบด้วยที่พักโรงแรม การขนส่ง การเที่ยวชม

²⁹⁰ Case IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of package tours during the 1990 World Cup.

²⁹¹ Ariel Ezrachi, *Eu Competition Law*, sixth ed. (Bloomsbury: HART PUBLISHING, 2018), p. 4.

²⁹² Case IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of package tours during the 1990 World Cup (para 43).

สถานที่ สัญญาเกี่ยวกับการโฆษณา การออกอากาศทางโทรทัศน์และอื่น ๆ²⁹³ แม้ FIFA จะเป็นสหพันธ์สมาคมกีฬาและดำเนินกิจกรรมกีฬา แต่ในขณะเดียวกันก็ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยเช่นกัน ซึ่งรวมถึงการโฆษณาและสิทธิในการออกอากาศทางโทรทัศน์คิดเป็นสัดส่วนประมาณ 65 เปอร์เซ็นต์ของรายได้ทั้งหมดของการแข่งขันฟุตบอลโลก ดังนั้น FIFA จึงเป็นหน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและประกอบกิจการภายใต้ความหมายของมาตรา 101 TFEU²⁹⁴ ในทำนองเดียวกันกับสมาคมฟุตบอลแห่งชาติอิตาลี (FIGC) ซึ่งดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและเป็นกิจการภายใต้ความหมายของมาตรา 101 TFEU²⁹⁵ “คณะกรรมการจัดงานท้องถิ่น (Local organizing committee)” จัดตั้งขึ้นโดย FIFA และ FIGC มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการจัดการเฉพาะเรื่องและการจัดการการแข่งขันของฟุตบอลโลก รวมถึงการจัดตั้งและจำหน่ายบัตรเข้าชม รายได้ของคณะกรรมการจัดงานท้องถิ่นมาจากหลายสิ่งไม่ว่าจะเป็นสิทธิ์ทางโทรทัศน์ สิทธิในการโฆษณาและการจำหน่ายบัตรเข้าชม โดยการให้สิทธิพิเศษแก่กิจการร่วมค้า ‘90 Tour Italia’ ส่งผลให้มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่คณะกรรมการจัดงานท้องถิ่น ดังนั้น คณะกรรมการจัดงานท้องถิ่นจึงดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจและประกอบกิจการภายใต้ความหมายของมาตรา 101 TFEU

(2) ความเข้าใจเกี่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจ (The Relativity of the Concept)

ความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการมุ่งเน้นไปที่ลักษณะของกิจกรรมที่ดำเนินการโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (พิจารณาจากวิธีการดำเนินการ) ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์อาจถูกพิจารณาในแง่ที่ว่าหน่วยงาน (Entity) คือ ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกิจกรรม ในขณะที่ผู้ประกอบการธุรกิจส่วนที่เหลือมิได้อยู่ภายใต้กฎการแข่งขัน²⁹⁶ ในแต่ละคดีจึง

²⁹³ Case IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of package tours during the 1990 World Cup (para 44).

²⁹⁴ Case IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of package tours during the 1990 World Cup (para 47-9).

²⁹⁵ Case IV/33.384 and IV/33.378 - Distribution of package tours during the 1990 World Cup (para 50-3).

²⁹⁶ Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR I-8089, [2002] 4 CMLR 726, *Jacobs AG*, para. 72. Some of the activities carried out by medical aid organizations

จำเป็นต้องวินิจฉัย “กิจกรรม” ซึ่งเกิดจากข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะและการกระทำของหน่วยงานมาประกอบด้วย เนื่องจากผู้ประกอบการเมื่อดำเนินกิจกรรมบางอย่างอาจเป็นกิจกรรมในเชิงเศรษฐกิจหรือไม่ก็ได้ คดีดังต่อไปนี้แสดงถึงวิธีการที่ศาลยุโรปและคณะกรรมการใช้ประเมินลักษณะของกิจกรรม

คดี Höfner and Elser v Macrotron GmbH²⁹⁷

ข้อเท็จจริง กฎหมายเยอรมันให้การส่งเสริมการจ้างงาน (AFG) ผ่าน Bundesanstalt für Arbeit (สำนักงานรัฐบาลกลางเพื่อการจ้างงาน) Bundesanstalt เป็นหน่วยงานราชการที่ผูกขาดการสรรหาการจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม Bundesanstalt อนุญาตให้หน่วยงานเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจสรรหาแรงงานได้ คดีนี้เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลเยอรมันระหว่างบริษัทจัดหางานของเอกชนและบริษัทที่ให้บริการในการสรรหาบุคคลซึ่งฝ่าฝืนสิทธิเด็ดขาด (Exclusive right) ของ Bundesanstalt

หน่วยงานเอกชนต้องการเรียกค่าธรรมเนียมภายใต้ข้อสัญญาสรรหาแรงงาน ศาลเยอรมันเห็นว่าการอ้างสิทธิ์ดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากข้อตกลงเป็นโมฆะและฝ่าฝืนกฎหมายของเยอรมัน ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันแสดงให้เห็นว่าการกระทำทางกฎหมายใด ๆ ที่ละเมิดข้อห้ามตามกฎหมายถือเป็นโมฆะ (และข้อห้ามนี้ถูกนำไปใช้กับการสรรหาแรงงานที่ฝ่าฝืน AFG) อย่างไรก็ตาม ผลลัพธ์การพิจารณาของ Oberlandesgericht München อาจขึ้นอยู่กับกฎหมายประชาคมและมีการส่งประเด็นตามมาตรา 234 จำนวนหนึ่งไปยังศาลยุติธรรม หนึ่งในนั้นมีประเด็นว่า Bundesanstalt ได้กระทำการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาว่า Bundesanstalt เป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์ตามกฎหมายการแข่งขันหรือไม่

ศาลยุติธรรมวางหลักข้อสังเกตตามบริบทของกฎหมายการแข่งขัน ดังนี้ ประการแรกแนวคิดของผู้ประกอบการ (Undertaking) ครอบคลุมถึงทุกบุคคล คณะบุคคล บริษัทองค์กร (Entity) ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของบุคคล

in this case were economic in character and others were not (e.g., the power to grant or refuse authority for the provision of independent ambulance services).

²⁹⁷ Case C-41/90 Hofner and Elser v. Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979, [1993].

คณะบุคคล บริษัท องค์กร และวิธีการจัดหาเงินทุน ประการที่สอง การจัดหาการจ้างแรงงานนั้นเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันแนวคิดของผู้ประกอบธุรกิจครอบคลุมทุกผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจและวิธีการจัดหาเงินทุน²⁹⁸ ข้อเท็จจริงที่ว่ากิจกรรมจัดหางานถูกมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐ กิจกรรมดังกล่าวจึงไม่สามารถส่งผลกระทบต่อลักษณะทางเศรษฐกิจ แต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดหาการจ้างแรงงานมิได้เกิดขึ้นตลอดเวลา และไม่มี ความจำเป็นต้องดำเนินการโดยหน่วยงานรัฐ²⁹⁹ ส่งผลให้หน่วยงานการจ้างแรงงานสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการจ้างงานอาจอยู่ภายใต้ประเภทของกิจการตามวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎการแข่งขันของสหภาพยุโรป³⁰⁰

คดี SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission³⁰¹

ข้อเท็จจริง การอุทธรณ์คำพิพากษาของ General Court ในคดี SELEX Sistemi Integrati v Commission³⁰² ขึ้นอยู่กับการตัดสินของศาลยุติธรรมก่อนหน้าในคดี European Organisation for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol) ซึ่งศาลมิได้ตัดสินให้ Eurocontrol พ้นจากการถูกพิจารณาว่าเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมอื่น ๆ³⁰³

ศาลพิจารณาพบว่ากิจกรรมของ Eurocontrol ตามมาตรฐานเฉพาะเรื่องมิใช่กิจกรรมทางเศรษฐกิจ เนื่องจากไม่มีการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนด³⁰⁴ โดยมี

²⁹⁸ Case C-41/90 Hofner and Elser v. Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979, [1993] para21.

²⁹⁹ Case C-41/90 Hofner and Elser v. Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979, [1993] para22.

³⁰⁰ Ariel Ezrachi, Eu Competition Law, p. 5.

³⁰¹ Case C-113/07P Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission [2009] ECR I-2207.

³⁰² CASE T-155/04 SELEX Sistemi Integrati v Commission, [2006] ECR II-4797.

³⁰³ Case C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH v. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol) [1994] ECRI-43.

³⁰⁴ Case C-364/92 SAT Fluggesellschaft mbH v. European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol) [1994] ECRI-43, para 56-62.

การอ้างถึงคำพิพากษาคดี FENIN³⁰⁵ ซึ่งศาลพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่ามาตรฐานกิจกรรมดังกล่าวมิใช่กิจกรรมทางเศรษฐกิจและเป็นการกระทำที่ส่งเสริมการพัฒนาทางเทคนิค และกิจกรรมของ Eurocontrol ในการช่วยเหลือการบริหารประเทศ แยกต่างหากจากภารกิจจัดการน่านฟ้าและการให้บริการในตลาดซึ่งเป็นการประกอบกิจการส่วนตัว ท้ายที่สุดได้ข้อสรุปว่ากิจกรรมที่ Eurocontrol ให้ความช่วยเหลือแก่หน่วยงานระดับชาติเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการดำเนินกิจกรรมของ Eurocontrol จึงเป็นกิจการภายใต้ความหมายของมาตรา 102 TFEU ทั้งนี้ ไม่ปรากฏว่ากิจกรรมดังกล่าวละเมิดมาตรา 102 TFEU ศาลจึงมีคำสั่งเพิกถอนคำตัดสินของคณะกรรมการในคดี SELEX Sistemi Integrati SpA ซึ่งได้ทำการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมให้เพิกถอนคำพิพากษาของ General Court

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ การกระทำของ Eurocontrol ที่เป็นการช่วยเหลือหน่วยงานของรัฐถือว่าเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือไม่ ซึ่งศาลระบุว่า กิจกรรมใด ๆ ที่ประกอบด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนดนั้นถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ³⁰⁶

ทั้งนี้ ศาลต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายจากคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานว่า กิจกรรมซึ่งตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจรัฐมิได้มีลักษณะทางเศรษฐกิจ จึงไม่สมควรอยู่ภายใต้สนธิสัญญาการค้าของการแข่งขัน³⁰⁷

ในคดี SAT Fluggesellschaft ศาลมิได้มีคำพิพากษาเฉพาะกิจกรรมของ Eurocontrol ที่ช่วยในการบริหารประเทศ แต่วางหลักว่า กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจการควบคุมและการกำกับดูแลพื้นที่ทางอากาศทั้งหมดของ Eurocontrol เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่อยู่ภายใต้การควบคุม ซึ่งโดยทั่วไปเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและมิได้มีลักษณะทางเศรษฐกิจ

³⁰⁵ Case C-205/03P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Commission [2007].

³⁰⁶ Case 118/85 Commission v Italy [1987] ECR 2599, para 7; Joined Cases C-180/ 98 to C-184/ 98 Pavlov and Others [2000] ECR I-6451, para 75; and Case C-49/ 07 MOTOE [2008] ECR I-4863, para 22

³⁰⁷ Case C-113/07P Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission [2009] ECR I-2207, para 70.

ศาลมีความเห็นว่าคดีนี้ มาตรา 102 และ 106 TFEU ต้องถูกตีความในความหมายขององค์กระระหว่างประเทศ ดังนั้น Eurocontrol จึงมิใช่กิจการที่มีวัตถุประสงค์ตามบทบัญญัติดังกล่าว³⁰⁸

ศาลอนุมานจากอนุสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยในการเดินอากาศ (Convention on the Safety of Air Navigation) กิจกรรมการให้ความช่วยเหลือเป็นหนึ่งในเครื่องมือของความร่วมมือที่มอบหมายให้ Eurocontrol มีบทบาทโดยตรงในการบรรลุวัตถุประสงค์ของการประสานงานทางเทคนิคและบูรณาการในด้านการจราจรทางอากาศเพื่อสนับสนุนการบำรุงรักษาและปรับปรุงความปลอดภัยในการเดินอากาศเป็นกิจกรรมตามรูปแบบ ดังนั้น ภารกิจกำหนดมาตรฐานทางเทคนิคซึ่งได้มอบให้ Eurocontrol จัดทำ จึงอยู่ในบริบทของความร่วมมือระหว่างรัฐเพื่อรักษาและพัฒนาความปลอดภัยของการเดินอากาศ และเป็นการใช้อำนาจรัฐ³⁰⁹

กิจกรรมที่เกี่ยวกับมาตรฐานทางเทคนิค (The activity of technical standardisation)

เนื่องจากคณะกรรมการของ Eurocontrol ประกอบด้วยกรรมการการบินพลเรือนของประเทศสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งโดยแต่ละรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ข้อกำหนดทางเทคนิคซึ่งมีผลผูกพันในทุกรัฐ เหตุผลตามคำพิพากษายกใต้การอุทธรณ์วางหลักว่า กิจกรรมดังกล่าวเกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้อำนาจของรัฐ หน้าที่ของ Eurocontrol จึงมีลักษณะเหมือนรัฐมนตรีในระดับชาติที่เตรียมมาตรการทางกฎหมายหรือกฎระเบียบซึ่งถูกนำไปใช้โดยรัฐบาล ด้วยเหตุนี้กิจกรรมนี้ของ Eurocontrol จึงเป็นภารกิจสาธารณะ³¹⁰

อย่างไรก็ตาม มาตรา 2 (1)(f) ของอนุสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยในการเดินอากาศแสดงให้เห็นว่า Eurocontrol เป็นผู้รับผิดชอบในการพัฒนา นำไปใช้และรักษาภายใต้มาตรฐานทั่วไปของข้อกำหนดและแนวทางปฏิบัติสำหรับระบบการจัดการจราจรทาง

³⁰⁸ Case C-113/07P Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission [2009] ECR I-2207, para 71.

³⁰⁹ Case C-113/07P Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission [2009] ECR I-2207, para 76.

³¹⁰ Case C-113/07P Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission [2009] ECR I-2207, para 89.

อากาศและบริการ แสดงให้เห็นว่ารัฐผู้ทำสัญญามอบหมายให้ Eurocontrol เป็นผู้จัดเตรียมและสร้างมาตรฐาน โดยยอมรับในลักษณะที่มีได้ต้องการแบ่งแยกหน้าที่เหล่านั้น³¹¹

นอกจากนี้ การจัดเตรียมและสร้างมาตรฐานทางเทคนิคมีบทบาทโดยตรงในการบรรลุวัตถุประสงค์ของ Eurocontrol ตามที่กำหนดในมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยในการเดินอากาศ ซึ่งเป็นการผสมผสานและบูรณาการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การสร้างรูปแบบระบบการจัดการจราจรทางอากาศในยุโรป กิจกรรมเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ด้านมาตรฐานทางเทคนิคที่ได้มอบหมายให้ Eurocontrol เป็นการทำสัญญาในบริบทของความร่วมมือระหว่างรัฐเพื่อการบำรุงรักษาและพัฒนาความปลอดภัยในการเดินอากาศโดยอาศัยอำนาจรัฐ³¹²

คำพิพากษาอุทธรณ์เป็นโมฆะจากความผิดพลาดทางกฎหมาย เนื่องจากได้ระบุว่า การจัดเตรียมและและการสร้างมาตรฐานทางเทคนิคของ Eurocontrol สามารถแยกต่างหากจากหน้าที่ในการจัดการและพัฒนาความปลอดภัยทางอากาศ อย่างไรก็ตาม ข้อผิดพลาดดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมาย³¹³

คำตัดสินของ General Court วางหลักว่า “เป็นการไม่ถูกต้องที่จะกำหนดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือไม่ โดยอาศัยการแยกกิจกรรมการซื้อสินค้ากับการใช้งานในภายหลัง และโดยลักษณะของกิจกรรมการซื้อ ควรต้องพิจารณาตามจำนวนการซื้อสินค้าว่าจะถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือไม่”³¹⁴ เหตุผลของ General Court สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้เหมาะสมกว่า เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่ามาตรฐานทางเทคนิคมิใช่กิจกรรมทางเศรษฐกิจ ส่งผลให้การได้มาซึ่งสิ่งที่เป็นต้นแบบในการเชื่อมโยงกับมาตรฐานดังกล่าวมิใช่กิจกรรมทางเศรษฐกิจเช่นกัน เหตุผลเดียวกันนั้นสามารถนำไปใช้กับกิจกรรมอื่นทางสังคมที่มีลักษณะพื้นฐานความสามัคคี (Solidarity) เนื่องจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้นมีได้มีวัตถุประสงค์หรือลักษณะในทางเศรษฐกิจ ศาลจึงยกฟ้องอุทธรณ์

ข้อเท็จจริงดังกล่าว General Court ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่พิจารณาการกระทำของ Eurocontrol โดยแยกหน้าที่ในการสร้างมาตรฐานทางเทคนิค

³¹¹ Case C-113/07P *Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission* [2009] ECR I-2207, para 91.

³¹² Case C-113/07P *Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission* [2009] ECR I-2207, para 92.

³¹³ Case C-113/07P *Selex Sistemi Integrati SpA. v Commission* [2009] ECR I-2207, para 93.

³¹⁴ Case C-205/03P *FENIN v Commission* [2006] ECR I-6295, para 26.

นอกจากหน้าที่ในการจัดการและพัฒนาด้านอื่น General Court ระบุว่าเมื่อการจัดการและการซื้อสินค้าเป็นไปเพื่อมาตรฐานทางเทคนิคที่รัฐได้มอบหมายหน้าที่ให้ Eurocontrol แม้จะเกิดการกระทำหลายขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อ การซื้อสินค้าต่าง ๆ แต่การกระทำทั้งหลายล้วนแล้วแต่มีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ กระทำเพื่อให้บรรลุหน้าที่ที่รัฐได้มอบหมายให้เท่านั้น การกระทำของ Eurocontrol จึงมีควรถือว่าเป็นการกระทำในทางเศรษฐกิจ

(3) หน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Entity)

การเปลี่ยนแนวความคิดจากการประเมินหน้าที่ของกิจกรรม ปราบกฏ การพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำว่า “กิจการ (Undertaking)” ซึ่งเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นจากการปรับใช้มาตรา 101 TFEU เนื่องจากมาตรานี้ใช้กับการตกลงระหว่างกิจการ ดังนั้นจึงไม่ครอบคลุมกิจกรรมที่เกิดขึ้นภายในกิจการ แต่ครอบคลุมเฉพาะข้อตกลงระหว่างกิจการเท่านั้น แนวคิดของกิจการหมายความรวมถึงนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา ทำให้หลักการในการแยกนิติบุคคลของกิจการเป็นไปตามบริบททางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายการแข่งขัน การกำหนดขอบเขตคำว่า “กิจการ” อาจมีผลต่อการใช้กฎหมายการแข่งขันกับกลุ่มบริษัท ในอีกด้านหนึ่งอาจยกเว้นข้อตกลงระหว่างหน่วยงานทางกฎหมาย หากปรากฏว่าภายในเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันหรือภายใต้กฎหมายการแข่งขันถือว่าการจัดสรรภายในของหน่วยงาน ในทางกลับกันอาจหาแนวทางที่สามารถเชื่อมโยงการแยกนิติบุคคลซึ่งเป็นกิจการเดียวเพื่อตรวจสอบกลุ่มของหน่วยงานนั้นว่ามีกิจกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันหรือไม่³¹⁵

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

คดี El du Pont de Nemours v Commission³¹⁶

ข้อเท็จจริง การอุทธรณ์คำพิพากษาของ General Court ในคดี El du Pont de Nemours ซึ่ง General Court สั่งเพิกถอนคำตัดสินของคณะกรรมการที่ระบุว่า El du Pont de Nemours และบริษัท Dow Chemical ต้องรับผิดชอบต่อกิจกรรมที่มีการตกลงร่วมกันผ่านกิจการร่วมค้าของทั้งสองที่ชื่อว่า DuPont Dow Elastomers LLC ซึ่งมีการถือหุ้นระหว่างทั้งสองบริษัทเป็นจำนวนเท่ากัน General Court ตัดสินโดยพิจารณาถึงความเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจ

³¹⁵ Ariel Ezrachi, *Eu Competition Law*, p. 2.

³¹⁶ Case T-76/08 El du Pont de Nemours and Company and Others v Commission.

กฎหมายและองค์กระหว่างบริษัทแม่และกิจการร่วมค้า พยานหลักฐานต่าง ๆ แสดงให้เห็นถึงความสามารถของบริษัทแม่ในการควบคุมทิศทางกลยุทธ์ของกิจการร่วมค้า อำนาจในการแต่งตั้งและปลดเจ้าหน้าที่ของกิจการร่วมค้าและการอนุมัติเงินทุนการใช้จ่ายและการกู้ยืม ซึ่งเป็นอำนาจในระดับที่มากกว่ากิจการร่วมค้า ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่มีส่วนในการถือหุ้นเท่ากันในกิจการร่วมค้ามิได้หมายความว่า แต่ละบริษัทจะสามารถขัดขวางการตัดสินใจเชิงกลยุทธ์ของกิจการร่วมค้าได้

General Court ระบุว่า “คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานได้ตัดสินว่าการดำเนินการของบริษัทลูกสามารถถูกกล่าวหาไปถึงบริษัทแม่ แม้ว่าบริษัทแม่และบริษัทลูกจะมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากออกจากกัน หากมิได้มีการตัดสินใจอย่างอิสระเหนือการดำเนินงานของตนในตลาดแต่กลับดำเนินการในทุกแง่มุมตามคำแนะนำที่บริษัทแม่ได้ให้ไว้โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจ องค์กรและกฎหมายระหว่างหน่วยงานทางกฎหมายทั้งสองบริษัท ในสถานการณ์เช่นนี้บริษัทแม่และบริษัทลูกถือเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน”

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินงานของบริษัทลูกใช้กล่าวหาบริษัทแม่ได้ ทั้งนี้ บริษัทแม่และบริษัทลูกต้องมีความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากออกจากกัน และปรากฏว่าบริษัทลูกมิได้ดำเนินการอย่างอิสระแต่ดำเนินการตามคำแนะนำของบริษัทแม่ ในกรณีเช่นนี้ให้ถือว่าบริษัทแม่และบริษัทลูกมาจากหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน ดังนั้น จึงเป็นกิจการเดียวตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 TFEU จากนั้นคณะกรรมการจึงพิจารณากำหนดค่าปรับให้แก่บริษัทแม่ โดยไม่ต้องกำหนดความเกี่ยวข้องส่วนตัวในเรื่องการละเมิดอีก³¹⁷

“...เพื่อที่จะสามารถกล่าวหาการดำเนินงานของบริษัทลูกไปยังบริษัทแม่ คณะกรรมการต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าบริษัทแม่อยู่ในฐานะที่มีอิทธิพลอย่างเด็ดขาดต่อการดำเนินงานบริษัทลูก และจำเป็นต้องตรวจสอบว่ามีการใช้อิทธิพลเช่นนั้นจริงหรือไม่”³¹⁸ มีข้อสังเกตว่าตามหลักเกณฑ์กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบว่าบริษัทแม่ใช้อิทธิพลอย่างเด็ดขาดเหนือบริษัทลูกจริงหรือไม่ มีผลใช้บังคับกับกรณีที่บริษัทลูกมิได้เป็นเจ้าของโดยบริษัทแม่ทั้งหมด ตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของศาลยุติธรรมหากปรากฏกรณีที่บริษัทแม่เป็นเจ้าของเงินทุนทั้งหมดของบริษัทลูก

³¹⁷ Case T-76/08 El du Pont de Nemours and Company and Others v Commission, para 41-42.

³¹⁸ Case T-76/08 El du Pont de Nemours and Company and Others v Commission, para 44.

ที่ไม่มีประโยชน์ที่จะดำเนินการตรวจสอบในประเด็นนี้ต่อไป เนื่องจากกรณีดังกล่าวมีข้อสันนิษฐานว่า บริษัทแม่มีอิทธิพลอย่างเด็ดขาด ซึ่งบริษัทแม่มีภาระการพิสูจน์โต้แย้งข้อสันนิษฐานดังกล่าว³¹⁹

ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคดีเป็นกรณีที่บริษัทแม่ทั้งสองมีสัดส่วนในการถือหุ้นบริษัทละ 50 เปอร์เซ็นต์ในกิจการร่วมค้า และได้กระทำการที่ละเมิดหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขัน คณะกรรมการแสดงให้เห็นข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทแม่ทั้งสองได้ใช้อิทธิพลเด็ดขาดเหนือกิจการร่วมค้า ซึ่งทั้งสามหน่วยนี้สามารถถูกพิจารณาเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันได้ ดังนั้น ทั้งสามบริษัทจึงเป็นกิจการเดียวตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 TFEU³²⁰

ความเป็นอิสระ (Autonomy) ของกิจการร่วมค้าตามความหมายมาตรา 3(4) EC Merger Regulation มิได้หมายความว่ากิจการร่วมค้ามีความอิสระในการตัดสินใจเชิงกลยุทธ์แล้วจะไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลเด็ดขาดของบริษัทแม่ ทั้งนี้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์มาตรา 101 TFEU General Court มีคำสั่งยกคำฟ้องอุทธรณ์³²¹

ข้อสันนิษฐานว่าการดำเนินงานของบริษัทแม่มีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อการดำเนินงานของบริษัทลูก เมื่อบริษัทแม่มีสัดส่วนการถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูกและทั้งสองหน่วยมีรูปแบบเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน ดังนั้น จึงเป็นกิจการเดียวกันตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 TFEU แม้ว่าบริษัทแม่จะโต้แย้งข้อสันนิษฐานเรื่องการมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานของบริษัทลูก และบริษัทลูกอาจถูกกล่าวหาได้ด้วยตนเอง คณะกรรมการอาจตัดสินกำหนดค่าปรับให้กับบริษัทแม่แม้ปราศจากการมีส่วนร่วมในการทำละเมิด แต่หากเป็นกรณีที่บริษัทแม่มิได้ถือครองเงินทุนทั้งหมดของบริษัทลูก คณะกรรมการต้องแสดงให้เห็นว่ามีการใช้อิทธิพลจริงเพื่อพิสูจน์ถึงการดำเนินงานของบริษัทลูกไปยังบริษัทแม่ ในการทำเช่นนั้นคณะกรรมการจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงปัจจัยที่สัมพันธ์กับเศรษฐกิจ องค์กรและกฎหมายที่สามารถเชื่อมโยงบริษัทลูกไปยังบริษัทแม่ทั้งหมด

ข้อเท็จจริงที่ว่ากิจการร่วมค้ามีรูปแบบนิติบุคคลที่แยกต่างหากออกจากบริษัทแม่และเป็นหน่วยเศรษฐกิจที่มีความเป็นอิสระ (Autonomous economic entity) ในบริษัท

³¹⁹ Case T-76/08 El du Pont de Nemours and Company and Others v Commission, para 45.

³²⁰ Case T-76/08 El du Pont de Nemours and Company and Others v Commission, para 47.

³²¹ Case T-76/08 El du Pont de Nemours and Company and Others v Commission, para 51-3.

ของ European Merger Regulation มิได้ห้ามการอ้างถึงการไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจเชิงกลยุทธ์ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าบริษัทลูกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบริษัทแม่ตามวัตถุประสงค์มาตรา 101 TFEU ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องนำไปสู่ข้อสรุปว่าบริษัททั้งสองเป็นกิจการเดียวเสมอไป ข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และกิจการร่วมค้าอาจเป็นข้อตกลง “ระหว่างกิจการ” และอยู่ภายใต้มาตรา 101 TFEU หากทั้งสองบริษัทมิได้อยู่ในรูปแบบหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน

คดี YKK v Commission³²² ศาลวางหลักว่า บริษัทแม่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการทำละเมิดโดยส่วนตัวของบริษัทลูกก่อนวันที่บริษัทแม่จะได้รับบริษัทลูก กล่าวคือบริษัทแม่ไม่มีความรับผิดชอบในการละเมิดโดยส่วนตัวของบริษัทลูกก่อนวันที่บริษัทแม่จะได้เข้าซื้อกิจการของบริษัทลูก เนื่องจากบริษัทลูกจะต้องให้การเกี่ยวกับการกระทำผิดของตนเองและบริษัทที่ซื้อกิจการไป ไม่ต้องรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว

คดี Cascades v Commission³²³ ศาลวางหลักว่า ตามหลักการของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่จัดการกิจการ เมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้น บุคคลที่รับเสียงภัยต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของกิจการ

(4) พนักงานและผู้ให้บริการบุคคลที่สาม (Employees and Third-Party Service Providers)

การกระทำของพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การกำกับดูแลของกิจการ ถูกนำมาประกอบการพิจารณากิจการ ในบางครั้งพฤติกรรมการต่อต้านการผูกขาดของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นบุคคลที่สามอาจเกิดจากกิจการที่เกี่ยวข้องเมื่อ (1) ผู้ให้บริการไม่ได้รับอิสระอย่างเต็มที่ หรือ (2) เมื่อกิจการได้ทราบหรืออาจคาดการณ์ล่วงหน้าถึงกิจกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันของผู้แข่งขันและผู้ให้บริการมีเจตนาที่จะช่วยเหลือผ่านการดำเนินงานของตน

³²² C-408/12P YKK and Others v Commission.

³²³ C-279/98P Cascades SA v Commission.

คดี SIA ‘VM Remonts’ and Others v Konkurences padome³²⁴

ข้อเท็จจริง ศาลฎีกาลัตเวียอ้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของกิจการในการต่อต้านการแข่งขันโดยผู้ให้บริการภายนอกที่ดำเนินการในลักษณะตัวแทน เนื่องจากผู้ให้บริการที่เป็นปัญหาได้รับมอบหมายให้ช่วยเหลือในการเตรียมการและยื่นคำเสนอราคา แต่ผู้ให้บริการดังกล่าวมิได้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจการที่มีลักษณะคล้ายกันในนามของผู้ประมูลรายอื่น ซึ่งใช้ราคาประมูลเดิมเป็นจุดอ้างอิงสำหรับการกำหนดราคา

คำพิพากษา ศาลพิจารณแล้วพบว่า แม้ในทางกฎหมายหน่วยเศรษฐกิจเดียวจะประกอบด้วยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่กิจการอาจเกี่ยวข้องกับการกระทำต่าง ๆ ของพนักงาน เมื่อพนักงานปฏิบัติตามหน้าที่โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกิจการนั้น ดังนั้น พนักงานจึงถูกพิจารณารวมอยู่ในหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันของกิจการ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการค้นหาการละเมิดกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป การดำเนินงานใด ๆ ที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของพนักงาน โดยหลักแล้วถือว่ากิจการมีความรับผิดชอบต่อการดำเนินงานดังกล่าว³²⁵

ผู้ให้บริการอิสระภายนอก (Independent external service provider)

ความสัมพันธ์ระหว่างกิจการกับพนักงานไม่สามารถเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ระหว่างกิจการและผู้ให้บริการภายนอก เนื่องจากกรณีที่ผู้ให้บริการเสนอบริการตอบแทนการชำระเงิน ซึ่งเป็นการให้บริการในตลาดพื้นฐานที่กำหนด โดยหลักผู้ให้บริการต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขัน ในขณะที่กิจการที่แยกต่างหากจากสิ่งที่ให้บริการและการกระทำของผู้ให้บริการดังกล่าวมิได้เป็นหนึ่งในกิจการเหล่านั้นโดยอัตโนมัติ³²⁶

³²⁴ Case C-542/14 SIA ‘VM Remonts (formerly SIA ‘DIV un KO’) and Others v Konkurences padome.

³²⁵ Case C-542/14 SIA ‘VM Remonts (formerly SIA ‘DIV un KO’) and Others v Konkurences padome, para 22-4.

³²⁶ Case C-542/14 SIA ‘VM Remonts (formerly SIA ‘DIV un KO’) and Others v Konkurences padome, para 25.

ความรับผิดของผู้ให้บริการในการต่อต้านการผูกขาด (Liability for anticompetitive conduct of a service provider)

กิจการอาจมีความรับผิดต่อการกระทำร่วมกันโดยค้ำึงถึงการกระทำของผู้ให้บริการ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นอิสระ หากเป็นไปตามเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ให้บริการทำหน้าที่ภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมของกิจการที่เกี่ยวข้อง และมีความอิสระเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีอิสระเลย หรือไม่มีความยืดหยุ่นในการพิจารณาวิธีการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง หรือ

(2) กิจการตระหนักถึงวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการแข่งขันที่ดำเนินการโดยคู่แข่งและผู้ให้บริการและมีเจตนาจะช่วยเหลือผ่านการดำเนินงานของกิจการ หรือ

(3) กิจการคาดเห็นอย่างสมเหตุสมผลถึงการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขันของผู้แข่งขันและผู้ให้บริการและยอมรับความเสี่ยง

แนวทางในการพิจารณาความเป็นผู้ประกอบการ³²⁷

1.) พิจารณาถึงวิธีการดำเนินงาน (Functional approach) สิ่งที่สำคัญ คือ ควรเข้าใจว่านิติบุคคลเดียวกันอาจทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการเมื่อดำเนินกิจกรรมหนึ่ง แต่อาจไม่เป็นผู้ประกอบการเมื่อดำเนินกิจกรรมอื่น จึงจำเป็นต้องพิจารณาวิธีการดำเนินงาน เพื่อพิจารณาว่านิติบุคคลเมื่อดำเนินการตามกิจกรรมที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง อาจทำให้นิติบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ประกอบการตามวัตถุประสงค์ของกฎการแข่งขัน ทั้งนี้ การจำแนกประเภทของกิจกรรมว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐหรือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ต้องแยกการพิจารณาออกจากกันโดยใช้นิติบุคคลเป็นตัวกำหนด เช่น เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นอาจ (ก) มีอำนาจในการบังคับใช้เทศบัญญัติ (Bye-laws) โดยกำหนดว่ารถยนต์สามารถจอดหรือไม่สามารถจอดที่ใด และ (ข) ที่ดินส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ซึ่งดำเนินการในเชิงพาณิชย์เพื่อใช้เป็นที่พักจอดรถ เห็นได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตาม (ก) เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐ ตามการตีความคดี Wouters เจ้าหน้าที่มิได้ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการ แต่หากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวดำเนินงานตาม (ข) พฤติกรรมดังกล่าวถือเป็นการดำเนินงานในทางเศรษฐกิจ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้กระทำจึงถือเป็นผู้ประกอบการ ในคดี SELEX General Court ต้องตัดสินว่า Eurocontrol ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สร้างขึ้นโดยประเทศสมาชิกของ

³²⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 84-92.

สหภาพยุโรป มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความปลอดภัยในการเดินทางทางอากาศของยุโรปและมีการกระทำบางอย่างกระทำในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ ศาลตัดสินว่า กิจกรรมบางอย่างของ Eurocontrol เช่น การกำหนดมาตรฐานทางเทคนิค การจัดหาต้นแบบและการจัดการทรัพย์สินทางปัญญา มิใช่กิจกรรมในเชิงเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม กิจกรรมอื่น เช่น การให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคแก่หน่วยงานระดับชาติ อาจสามารถแยกออกจากการใช้อำนาจรัฐและมีลักษณะทางเศรษฐกิจ ศาลยุติธรรมไม่เห็นด้วยกับ General Court และเห็นว่าเป็นการผิดพลาดที่ถือว่า กิจกรรมภายหลังทั้งหมดเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ³²⁸

2.) เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Engaged in an economic activity) เป็นประโยคที่มาจากคำพิพากษาคดี Höfner and Elser ซึ่งวางหลักว่า ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ทั้งนี้ เป็นแนวคิดของกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งจำเป็นต้องมีการวินิจฉัย อาจแบ่งกรณีต่าง ๆ ได้ ดังนี้

(ก) การเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนดเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ กิจกรรมทางเศรษฐกิจหมายถึงกิจกรรมใด ๆ ที่ประกอบด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาด มิใช่การพิจารณาการดำเนินงานของภาคเอกชนแต่เพียงอย่างเดียวจะสามารถชี้ขาดได้ แต่ต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่ากิจกรรมดังกล่าวดำเนินการภายใต้เงื่อนไขของตลาด คดี Spanish Courier Services³²⁹ ซึ่งเป็นที่ทำการไปรษณีย์ของสเปน ขณะที่ให้บริการในตลาดถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ หรือในคดี Höfner and Elser³³⁰ ได้วางหลักว่ากิจกรรมการจัดหางานของสำนักงานจัดหางานกลางแห่งเยอรมนีกระทำในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ และคดี Ambulanz Glöckner³³¹ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า แม้จะเป็นองค์กรทางการแพทย์ที่มีได้หวังผลกำไร เช่น สภากาชาดเยอรมัน เมื่อได้ให้บริการรถพยาบาลเพื่อรับค่าตอบแทนจึงเป็นผู้ประกอบการภายใต้กฎหมายการแข่งขัน

นิติบุคคลซึ่งกระทำการเป็น “ผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator)” กับการตกลงร่วมกันสามารถเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้ แม้ว่าจะมิได้ผลิตสินค้าหรือบริการที่มีการตกลงร่วมกัน ทั้งนี้ เพียงแต่ถือครองหุ้นในกิจการ มิได้หมายความว่าผู้ถือหุ้นเป็น

³²⁸ Ibid, 84-85.

³²⁹ Spanish Courier Services, OJ [1990] L 233/19.

³³⁰ Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH.

³³¹ Case C475/99 Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz [2001] ECR I8089.

ผู้ประกอบการซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยอัตโนมัติ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างของสถานะอาจพิจารณาได้จากการที่ผู้ถือหุ้นใช้อำนาจในการควบคุมเพื่อจัดการกิจการ ในคดี Pegler v Commission³³² General Court วางหลักว่า บริษัทที่ไม่มีกิจกรรม (Dormant) ไม่มีทรัพย์สิน พนักงาน ผลประกอบการ และมีได้มีการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาด มิได้ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการ

(ข) ไม่ต้องการวัตถุประสงค์เพื่อผลกำไรหรือเชิงเศรษฐกิจ ข้อเท็จจริงที่ว่าองค์กรมิได้หวังผลกำไรหรือไม่ได้มีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ มิได้หมายความว่ากิจกรรมที่องค์กรกระทำมิใช่กิจกรรมทางเศรษฐกิจ ในคดี Höfner and Elser³³³ สำนักงานจัดหางานกลางเป็นผู้ประกอบการ แม้จะให้บริการโดยมิได้เก็บค่าใช้จ่ายก็ตาม ในคดี Piau³³⁴ General Court วางหลักว่า การฝึกฟุตบอลโดยสโมสรฟุตบอลเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และสมาคมระดับชาติที่จัดกลุ่มรวบรวมสโมสรต่าง ๆ เป็นสมาคมผู้ประกอบการ เนื่องจากสมาคมระดับชาติดังกล่าวจัดการทั้งกลุ่มสโมสรสมัครเล่นควบคู่ไปกับการจัดการสมาคมวิชาชีพ General Court จึงตัดสินว่า FIFA เป็นสมาคมผู้ประกอบการ

(ค) ไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายของกิจการและวิธีการจัดหาแหล่งเงินทุน บุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร โดยมิได้พิจารณาถึงรูปแบบทางกฎหมายจะถือเป็นผู้ประกอบการเมื่อมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ บริษัทและหุ้นส่วนสามารถเป็นผู้ประกอบการได้ แต่หน่วยงานอื่น ๆ เช่น สหกรณ์การเกษตร และสมาคมการค้าต้องพิจารณาข้อตกลงระหว่างสมาคมการค้า ซึ่งอาจทำให้สมาคมการค้าถูกตรวจสอบภายใต้มาตรา 101(1) หรือในกรณีบุคคลธรรมดา หากมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจสามารถเป็นผู้ประกอบการได้ การกระทำส่วนบุคคลของพนักงานไม่ถือเป็นผู้ประกอบการ เนื่องจากไม่มีการซื้อสินค้าหรือบริการ ในฐานะผู้บริโภคขั้นสุดท้าย พฤติกรรมดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นผู้ประกอบการ

ในคดี FENIN³³⁵ Advocate General Maduro กล่าวว่า เมื่อศาลต้องพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือไม่ เปรียบได้กับการที่ศาลเข้า

³³² Case T-386/06 Pegler v Commission [2011] E.C.R. II-1267.

³³³ Case C-41/90 Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH.

³³⁴ Case T-193/02 Laurent Piau v. Commission of the European Communities.

³³⁵ Case C-205/03 P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Commission, para 26.

สู่ดินแดนอันตราย (Dangerous territory) เนื่องจากศาลต้องค้นหาความสมดุลระหว่างการคุ้มครอง การแข่งขันและการเคารพอำนาจอของรัฐ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานมีความชัดเจนว่าเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่สาธารณะอย่างแท้จริงและ กิจกรรมนั้นมิได้ขัดขวางการเป็นผู้ประกอบธุรกิจในกิจกรรมอื่นไม่ถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และ หน่วยงานรัฐจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจเมื่อเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การปกครองแบบ ผูกขาดของรัฐ (Autonomous Administration of State Monopolies) เช่นในคดี *Banchemo*³³⁶ เมื่อมีการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดสำหรับผลิตยาสูบ (Tobacco) ทั้งนี้ บริษัทซึ่งเป็น เจ้าของโดยรัฐอาจเป็นผู้ประกอบธุรกิจผู้ได้รับมอบหมายจากรัฐให้ทำหน้าที่เฉพาะและเป็นหน่วยงาน กึ่งรัฐ (Quasi-governmental) ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ³³⁷

3.) กิจกรรมที่มีใช้ในเชิงเศรษฐกิจ ประกอบด้วย 3 กิจกรรมที่เป็นพื้นฐาน ของ “ความสามัคคี (Solidarity)” การใช้อำนาจรัฐ และกิจกรรมการจัดซื้อซึ่งมีใช้ในทางเศรษฐกิจ

(ก) ความสามัคคี (Solidarity) นิยามของถ้อยคำดังกล่าว ถูกกำหนดโดย Advocate General Fennelly ในคดี *Sodemare v Regione Lombardia*³³⁸ ว่าเป็น “การกระทำที่มีใช้ในเชิงพาณิชย์อย่างแท้จริง เป็นการช่วยเหลือกลุ่มหนึ่งของสังคมโดยอีกกลุ่ม หนึ่ง” หรือในคดี *AOK Bundesverband*³³⁹ “รายการนั้นมีหลายรูปแบบ ตั้งแต่แผนประกันสังคม ซึ่งไปสิ้นสุดที่แผนการของเอกชน หรือแผนที่ดำเนินการโดยบริษัทประกันเชิงพาณิชย์ การจะจำแนก ประเภทจึงจำเป็นต้องตั้งประเด็นโดยแบ่งออกเป็นหลายระดับ ” ในการพิจารณาระดับ ของความสามัคคีซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานพิจารณาถึง ความเป็นอิสระของแผนการเพื่อกำหนดระดับของผลประโยชน์และการสนับสนุน ในคดี *Christian Poucet v. Assurances Générales de France (AGF)*³⁴⁰ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า สำนักงาน ประกันสังคมระดับภูมิภาคของฝรั่งเศสผู้ให้บริการดูแลด้านการเจ็บป่วยและประกันการคลอดบุตร แก่ผู้ประกอบการอาชีพอิสระ (Self-employed) มิใช่การกระทำในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งตรงกันข้าม

³³⁶ Case C-387/93, *Banchemo* [1995] ECR I-04663.

³³⁷ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 86-87.

³³⁸ Case C-70/95, *Sodemare v. Regione Lombardia*, Attorney-General Fennelly.

³³⁹ C-264/01 *AOK Bundesverband and Others*, para 36.

³⁴⁰ Cases C-159/91 & 160/91 *Christian Poucet v Assurances Générales de France and*

Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon.

กับคดี *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)*³⁴¹ ความแตกต่างระหว่างสองคดีนี้คือ คดี *Christian Poucet* ผลประโยชน์ที่จ่ายให้ผู้รับทุกคนในรูปแบบสิทธิในเงินบำนาญเกิดจากสัดส่วนของรายได้ มิได้เกิดจากรูปแบบเงินสนับสนุน และแผนการดังกล่าวมีเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ประสบปัญหาทางการเงิน แผนการนี้จึงตั้งอยู่บนหลักการของความสามัคคี แต่ในคดี *Fédération Française des Sociétés d'Assurances* ผลประโยชน์ที่จ่ายขึ้นอยู่กับจำนวนเงินสนับสนุนของผู้รับประโยชน์และผลของการลงทุนโดยองค์กร การจัดการโครงการดังกล่าวเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันของบริษัทประกันชีวิต ในคดี *Albany*³⁴² ศาลยุติธรรมวางหลักว่า กองทุนบำเหน็จและบำนาญในคดีนี้ทำหน้าที่ในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ ผลประโยชน์ที่สมาชิกจะได้รับถูกกำหนดจากจำนวนผลประโยชน์การลงทุนของกองทุน กองทุนในคดีนี้จึงแตกต่างกับกองทุนในคดี *Christian Poucet* ในคดี *Cisal di Battistello Venanzio*³⁴³ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า INAIL มีความรับผิดชอบตามกฎหมายในการจัดการประกันอุบัติเหตุในที่ทำงาน การกระทำดังกล่าวจึงมิใช่การกระทำในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจ กิจกรรมจัดหาประกันอุบัติเหตุอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลและมีพื้นฐานมาจากความสามัคคีระหว่างสุขภาพของผู้ทำงานและผู้ประสบอุบัติเหตุจากการทำงาน ในคดี *AOK Bundesverband*³⁴⁴ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า กองทุนสุขภาพของเยอรมันมีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดการระบบประกันสังคมที่ก่อตั้งขึ้นบนหลักการของความสามัคคี ดังนั้น กองทุนสุขภาพจึงมิได้ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ในคดี *AG2R Prévoyance*³⁴⁵ ศาลวางหลักว่า AG2R ผู้ดำเนินโครงการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพแสดงถึงลักษณะของความสามัคคี แม้จะมีการกระทำเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ เนื่องจากมีอิสระในการตัดสินใจและควบคุมการดำเนินงานเป็นของตนเอง และค่อนข้างได้รับอิสระจากการควบคุมของรัฐก็ตาม

³⁴¹ Case C-244/94. *Fédération Française des Sociétés d'Assurance and Others v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*.

³⁴² Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

³⁴³ Case C-218/00 *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sullavoro (INAIL)* [2002] ECR I-691.

³⁴⁴ Cases C-264/01, C-306/01 and C-355/01, *AOK Bundesverband And Others*.

³⁴⁵ Case C437/09 *AG2R Prévoyance v Beaudout Père et Fils SARL* [2011] ECR I1003.

(ข) กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของหน่วยงานผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐมิใช่กิจกรรมในเชิงเศรษฐกิจ ในการพิจารณาเป็นที่ชัดเจนว่า หน่วยงานหรือผู้ที่ใช้อำนาจของรัฐเป็นผู้ประกอบธุรกิจเมื่อเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่ในคดี *Wouters*³⁴⁶ ศาลวางหลักว่า จำเลยมิใช่ผู้ประกอบการธุรกิจเมื่อพฤติกรรมการใช้อำนาจรัฐ และในคดี *Corinne Bodson*³⁴⁷ กฎหมายฝรั่งเศสมอบหมายหน้าที่ในการให้บริการจัดงานศพแก่ชุมชนท้องถิ่น ซึ่งชุมชนหลายแห่งได้รับสัมปทานเพื่อให้บริการแก่ผู้ประกอบการธุรกิจเอกชน ศาลยุติธรรมวางหลักว่า มาตรา 101 มิได้ใช้กับสัญญาสัมปทานระหว่างชุมชนซึ่งทำหน้าที่ในฐานะหน่วยงานของรัฐ และกิจการที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ อาจกล่าวได้ว่าศาลพิจารณาจากการที่หน่วยงานหรือบุคคลที่ใช้อำนาจรัฐ เพื่อทำกิจกรรมที่เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์อันเป็นส่วนหนึ่งในหน้าที่สำคัญของรัฐ ทำให้กิจกรรมดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้มาตรา 101 ซึ่งเหตุผลเดียวกันนี้ถูกนำไปใช้ในคดี *Eurocontrol*³⁴⁸ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า *Eurocontrol* มิได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจในการสร้างและรวบรวมเส้นทางจากผู้ให้บริการนำทางอากาศที่สร้างขึ้นในนามของรัฐ ในคดี *Diego Cali*³⁴⁹ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า บริษัทเอกชนที่มีส่วนร่วมในหน้าที่ของรัฐด้านการเฝ้าระวังการปนเปื้อนมลพิษในท่าเรือ Genoa มิได้ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากเป็นงานเพื่อสาธารณประโยชน์ ซึ่งเป็นหน้าที่สำคัญของรัฐในการปกป้องสภาพแวดล้อมทางทะเล ทำให้ไม่มีความรับผิดชอบ โดยเฉพาะในเรื่องดังกล่าว ในคดี *Compass Datenbank GmbH*³⁵⁰ รัฐออสเตรียมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อกฎหมายกำหนดให้บริหารจัดการการลงทะเบียนข้อมูลเกี่ยวกับบริษัทที่จดทะเบียนในออสเตรีย

(ค) การจัดซื้อจัดจ้างที่เป็นการทำไปเพื่อช่วยเหลือกิจกรรมที่มีใช้ในเชิงเศรษฐกิจไม่ถือเป็นกิจกรรมในเชิงเศรษฐกิจ ในคดี *FENIN*³⁵¹ ปราบกฏการร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่ามีหน่วยงานของภาครัฐ 26 แห่งในสเปนที่มีหน้าที่รับผิดชอบการดำเนินงาน

³⁴⁶ Case C-309/99 *Wouters and Others*.

³⁴⁷ Case 30/87 *Corinne Bodson v Pompes funèbres des régions libérées SA*.

³⁴⁸ Case C-364/92. *SAT Fluggesellschaft mbH v European Organization for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)*.

³⁴⁹ Case C-343/95 *Diego Cali & Figli Sri v Servizi Ecologici Porto di Genova SpA (SEPG)*.

³⁵⁰ Case C-138/11 *Compass-Datenbank GmbH v Republik Österreich*.

³⁵¹ Case C-205/03 *P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v Commission*.

ของระบบสุขภาพแห่งชาติของสเปน ใช้อำนาจผู้ซื้อชะลอการจ่ายเงินตามใบแจ้งหนี้โดยปราศจากเหตุผล คณะกรรมการปฏิเสธรกร้องเรียนโดยระบุว่าเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐมิได้กระทำการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ FENIN ซึ่งเป็นตัวแทนสมาคมผู้ประกอบการจำนวนมากซึ่งดำเนินการในตลาดสินค้าและอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่ใช้ในโรงพยาบาลของสเปน ทั้งนี้ FENIN ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อ General Court โดย General Court ยกคำร้องอุทธรณ์และให้เหตุผลว่า เมื่อเป็นการให้บริการด้านสุขภาพแก่ประชาชนและหน่วยงานรัฐกระทำโดยมีพื้นฐานมาจากความสามัคคีของสังคม พฤติกรรมดังกล่าวจึงมิใช่กิจกรรมในเชิงเศรษฐกิจ นอกจากนี้ General Court ยังให้เหตุผลว่าไม่ควรแยกพิจารณากิจกรรมการซื้อสินค้าจากวัตถุประสงค์ที่จะนำไปใช้ เนื่องจากการให้บริการดูแลรักษาสุขภาพโดยมิได้คิดค่าใช้จ่ายมิใช่เรื่องเศรษฐกิจ ดังนั้น พฤติกรรมเสริมซึ่งเป็นการจัดซื้ออุปกรณ์เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์นั้นจึงมิใช่เรื่องเศรษฐกิจเช่นเดียวกัน ซึ่งในการอุทธรณ์ศาลยุติธรรมเห็นด้วยกับคำตัดสินดังกล่าว และภายหลังเหตุผลในคดี FENIN ถูกนำไปใช้ในคดี SELEX³⁵²

4.) วิชาชีพ (Professions) คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานจำนวนมากแสดงให้เห็นว่า ผู้ที่ประกอบวิชาชีพสามารถเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามวัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์การแข่งขัน ในคดี *Commission v Italy*³⁵³ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า ตัวแทนตุลาการในอิตาลีซึ่งให้บริการเรื่องการชำระเงินและการดำเนินพิธีการตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าการส่งออกและการขนส่งสินค้า รัฐบาลอิตาลีโต้แย้งข้อเท็จจริงว่า กิจกรรมการเก็บภาษีตุลาการเป็นเรื่องของทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตและปฏิบัติตามเงื่อนไข ดังนั้น ตัวแทนตุลาการจึงมิได้กระทำการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ซึ่งประกอบอาชีพอย่างอิสระถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับ นักกฎหมาย นักบัญชี ตัวแทนรับรองและนักธรณีวิทยา

5.) พนักงาน สหภาพการค้า และแรงงานสัมพันธ์ (Employees, trades unions and collective labour relations)

(ก) พนักงาน (Employees) ในคดี *Jean Claude Becu*³⁵⁴ วางหลักว่า ลูกจ้าง (Workers) ซึ่งอยู่ในช่วงระยะเวลาการทำงานถูกรวมอยู่ในกิจการที่จ้าง ลูกจ้างจึงเป็นส่วนหนึ่งของกิจการ ดังนั้น ลูกจ้างจึงมิใช่ผู้ประกอบการตามความหมายของกฎหมาย

³⁵² Case T-155/04 SELEX Sistemi Integrati SpA v. Commission.

³⁵³ Case C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851.

³⁵⁴ Case C-22/98 *Jean Claude Becu and Others* [1999] ECR I-5665.

การแข่งขันสหภาพยุโรป เป็นหลักการจากคดี FNV Kunsten Informatie en Media³⁵⁵ ทั้งนี้ ศาลเห็นว่าการตัดสินว่าบุคคลหนึ่งเป็นพนักงานหรือผู้ให้บริการอิสระในตลาดเป็นเรื่องที่กระทำได้อย่าง เนื่องจากต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวมีอิสระในการเลือกเวลา สถานที่และเนื้อหา งาน การแบ่งประเภทของ “ผู้ประกอบการอาชีพอิสระ (Self-employed person)” ภายใต้กฎหมายของ ประเทศมิได้ขัดขวางการที่บุคคลจะเป็นลูกจ้าง (Employee) ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป หากปรากฏว่าบุคคลนั้นมิได้มีอิสระอย่างแท้จริง เป็นเพียงการอำพรางข้อเท็จจริงโดยอาศัย ความสัมพันธ์ของการจ้างงาน นายจ้างต้องรับผิดชอบต่อพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในส่วนของพนักงาน เนื่องจากนายจ้างและลูกจ้างเป็นผู้ประกอบธุรกิจเดียวกัน (One and the same)

(ข) สหภาพการค้า (Trades unions) ไม่ถูกพิจารณาว่าเป็น ผู้ประกอบธุรกิจเมื่อทำหน้าที่เป็นตัวแทนของสมาชิกเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับข้อตกลงของสมาชิก เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากกระทำตามสิทธิของตนเองอาจเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามความหมายของ มาตรา 101 ในคดี FNCBV³⁵⁶ General Court ปฏิเสธข้อโต้แย้งที่อ้างว่าการปรับใช้มาตรา 101 กับ ข้อตกลงระหว่างสมาคมเกษตรกรในการกำหนดราคาเพื่อป้องกันการนำเข้าเนื้อวัวในฝรั่งเศสเป็น การจำกัดเสรีภาพในกิจกรรมของสหภาพแรงงาน

(ค) แร้งงานสัมพันธ์ (Collective labour relations) ในคดี Albany³⁵⁷ ศาลยุติธรรมพิจารณารณีที่องค์กรซึ่งเป็นตัวแทนที่นายจ้างและลูกจ้างเห็นพ้องกันว่าจะจัดตั้งกองทุนบำเหน็จบำนาญ ซึ่งเป็นการส่งเสริมกองทุนบำเหน็จบำนาญและขอให้หน่วยงานรัฐ เข้าร่วมกองทุนภาคบังคับ จึงมีประเด็นว่าข้อตกลงระหว่างองค์กรดังกล่าวเป็นข้อตกลงระหว่าง ผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจ กิจกรรมตามสนธิสัญญาใช้กิจกรรมในเชิงนโยบายการแข่งขันเท่านั้น แต่ยังรวมถึงนโยบายทางสังคม ด้วยตามมาตรา 3(3) และมาตรา 9 TFEU เช่น ในมาตรา 153 TFEU มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความ ร่วมมือในสังคมระหว่างรัฐ โดยเฉพาะการส่งเสริมสิทธิของสมาคมและการเจรจาต่อรองระหว่าง นายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งศาลยุติธรรมเห็นว่าหากวัตถุประสงค์ดังกล่าวถือเป็นข้อตกลงร่วมกันและ อยู่ภายใต้มาตรา 101 จะเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ที่ส่งเสริมความร่วมมือในสังคม ศาลยุติธรรม

³⁵⁵ Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden.

³⁵⁶ T-217/03 - FNCBV and Others v Commission.

³⁵⁷ Case C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds

จึงเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวมิใช่ข้อตกลงภายใต้มาตรา 101 ในคดี Norwegian Federation of Trade Unions³⁵⁸ ศาล European Free Trade Association (EFTA) นำหลักการในคดี Albany เรื่องข้อตกลงแรงงานภายใต้มาตรา 53 ของข้อตกลงเขตเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Area (EEA)) โดยวางหลักว่า เงื่อนไขตามข้อตกลงดังกล่าว นอกเหนือจากเงื่อนไขการปรับปรุงการทำงานและการจ้างงานอาจอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายการแข่งขัน ในคดี Holship Norge AS³⁵⁹ ศาล EFTA วางหลักว่าข้อยกเว้นในคดี Albany มิได้ใช้กับข้อตกลงที่อยู่นอกเหนือจากวัตถุประสงค์หลักและองค์ประกอบของการเจรจา ทั้งนี้ ศาลจะไม่นำหลักการในคดี Albany ไปใช้กับการตัดสินใจของสมาชิกซึ่งมีอาชีพอิสระ เนื่องจากมิได้ตัดสินใจในบริบทของการเจรจาต่อรองระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ในคดี FNV³⁶⁰ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า ข้อยกเว้นไม่นำไปใช้กับข้อตกลงระหว่างสมาคมของบุคคลที่ประกอบอาชีพอิสระ เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าในความเป็นจริงแล้วบุคคลดังกล่าวเป็นพนักงาน

ความหมายของ “สมาคมผู้ประกอบการ (Associations of undertakings)”³⁶¹

(1) ขอบเขตและคำนิยาม (Basic Definition) มาตรา 101(1) ไม่เพียงแต่ปรับใช้กับข้อตกลงและการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ แต่ยังปรับใช้กับการตัดสินใจของ “สมาคมผู้ประกอบการ (Associations of undertakings)” ทั้งนี้ สมาคมไม่จำเป็นต้องมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามมาตรา 101(1) เนื่องจากมาตรา 101(1) ใช้กับการตัดสินใจของสมาคม แม้โดยทั่วไปจะมีได้ปรับใช้กับข้อตกลงของสมาคม เพราะสมาคมมิได้มีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบการ แต่หากสมาคมมีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบการ ข้อตกลงระหว่างสมาคมดังกล่าวและผู้ประกอบการอื่นจะอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ดังนั้น การตัดสินใจของสมาคมการค้าจึงอาจอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) หากสมาคมมีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบการภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎการแข่งขัน

³⁵⁸ Case E-8/00 Norwegian Federation of Trade Unions and Others v Norwegian Association of Local and Regional Authorities and Others, paras 33-46.

³⁵⁹ Case E-14/15 Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund, paras 37-53.

³⁶⁰ Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden.

³⁶¹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 92-93.

คำนิยามเบื้องต้นของคำว่า “สมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายถึง ผู้ที่เป็นตัวแทนในการตัดสินใจของสมาชิกและให้สมาชิกดำเนินการตามการตัดสินใจ ซึ่งอาจก่อให้เกิด ภาระผูกพันหรือการปฏิบัติโดยสมาชิกหรือผู้ที่เป็นตัวแทน สมาคมการค้าสามารถเป็นสมาคม ผู้ประกอบการธุรกิจได้เช่นเดียวกับหน่วยงานอื่น ๆ เช่น องค์กรวิชาชีพ สมาคมการค้ามิได้อยู่นอกขอบเขต ของมาตรา 101(1) เพียงเพราะได้รับการอนุญาตอย่างเป็นทางการจากหน่วยงานของรัฐหรือสมาชิก ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า องค์กรระดับชาติตามกฎหมายมหาชน (เช่น สมาคมซึ่งเป็นตัวแทนของศุลกากร (Association of customs agents)) สามารถปรับใช้กับมาตรา 101(1)³⁶²

ในคดี MasterCard Inc v Commission³⁶³ จำเลยไม่อาจโต้แย้งได้ว่า แต่เดิม MasterCard เป็นสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ โดยมีเจ้าของเป็นธนาคารและผู้ประกอบการ หลายแห่ง และได้จัดทำระบบการชำระเงินในนามของ MasterCard อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2006 MasterCard เสนอขายหุ้นในบริษัทให้กับสาธารณชนเป็นครั้งแรก (IPO) ในตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก และยุติการมีสถาบันการเงินเป็นเจ้าของ แต่คณะกรรมการระบุว่า MasterCard ยังทำหน้าที่เป็น สมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ และการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนพหุภาคี (MIF) เป็นการละเมิด มาตรา 101 MasterCard และธนาคารต่าง ๆ ยื่นอุทธรณ์เพื่อโต้แย้งว่าการขายหุ้น IPO ทำให้ MasterCard เป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหาก และเมื่อผู้ถือหุ้นมิใช่เจ้าของเดิม MasterCard จึงสิ้นสุด ความเป็นสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ

General Court และศาลยุติธรรมปฏิเสธคำร้องอุทธรณ์ โดยศาลพิจารณา เห็นว่า MasterCard ภายหลังขายหุ้น IPO ยังคงอยู่ใน “รูปแบบของสถาบันที่มีการดำเนินงานแบบ ประสานกันของธนาคาร (Institutionalised form of coordination of the conduct of the banks)” และข้อเท็จจริงปรากฏว่า ธนาคารยังมีอำนาจการตัดสินใจในการดำเนินงานของ MasterCard (แม้มิใช่เรื่องค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยน) และมี “ผลประโยชน์ทั่วไป (Commonality of interests)” ระหว่างธนาคารและ MasterCard เกี่ยวข้องกันอย่างเพียงพอที่จะประเมินว่า MasterCard ยังคงดำเนินการเป็นสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ ศาลตั้งข้อสังเกตว่าในช่วงระยะเวลาหลาย

³⁶² Ibid, 92.

³⁶³ C-382/12 P MasterCard and Others v Commission.

ปีที่ผ่านมา MasterCard ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ร่วมกันของตลาด แม้จะอยู่ในรูปแบบที่แตกต่างกัน³⁶⁴

(2) พิจารณาถึงวิธีการดำเนินงาน (Functional approach) ศาลจะพิจารณาถึงวิธีการดำเนินงานเมื่อมีการเกี่ยวข้องกับกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งในฐานะสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ ในคดี Wouters³⁶⁵ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า General Council of the Dutch Bar เป็นสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจและปฏิเสธข้อโต้แย้งที่อ้างว่าเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลเท่านั้น นอกจากนี้ศาลได้ข้อสรุปที่มีลักษณะเดียวกันในคดี OTOC³⁶⁶ และในคดี API³⁶⁷ ศาลวางหลักว่า หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายมีความรับผิดชอบต่อหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยบนท้องถนนของอิตาลีและเป็นสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 101 เนื่องจากประกอบด้วยตัวแทนดำเนินงานฝ่ายเอกชนเป็นจำนวนมากและเจ้าหน้าที่รัฐไม่มีสิทธิในการยับยั้ง (Veto) การตัดสินใจ

หลักการพื้นฐานเรื่องหน่วยเศรษฐกิจเดียว (The single economic entity doctrine)³⁶⁸

มาตรา 101 (1) มิได้ใช้กับข้อตกลงระหว่างบุคคลตามกฎหมายสองคนหรือมากกว่านั้นที่อยู่ในรูปแบบหน่วยเศรษฐกิจเดียว เนื่องจากประกอบด้วยกิจการเดียวจึงไม่อาจมีข้อตกลงระหว่างกิจการ เช่น ข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูก ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือหลักการระหว่างผู้ทำสัญญาและผู้ทำสัญญาช่วงล้นแล้วแต่มีลักษณะเดียวกันทั้งสิ้น ผลลัพธ์ที่สำคัญประการหนึ่งของหลักหน่วยเศรษฐกิจเดียว คือ บริษัทแม่อาจมีความรับผิดจากการละเมิดหลักเกณฑ์การแข่งขันโดยบริษัทลูก

³⁶⁴ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p. 93.

³⁶⁵ Case C-309/99 Wouters and Others.

³⁶⁶ Case C1/12 Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v Autoridade da Concorrência (OTOC) [2013] 4 CMLR 20.

³⁶⁷ Case C-184/13 API-Anonima Petroli Italiana SpA v Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

³⁶⁸ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 93-99.

(1) กฎพื้นฐานของบริษัทแม่และบริษัทลูก บริษัทในกลุ่มเดียวกันสามารถทำข้อตกลงซึ่งบังคับใช้ตามกฎหมายกับอีกฝ่ายหนึ่งได้ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวมิได้อยู่ภายใต้มาตรา 101 หากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่ทำข้อตกลงร่วมกันมีความใกล้ชิดกันทางเศรษฐกิจในรูปแบบหน่วยเศรษฐกิจเดียว ไม่ว่าจะประกอบด้วยองค์ประกอบใดก็ตามแต่มีจุดมุ่งหมายทางเศรษฐกิจที่เฉพาะเจาะจงบนพื้นฐานระยะยาวและจุดมุ่งหมายนั้นอยู่ภายใต้มาตรา 101 แต่ข้อตกลงดังกล่าวจะถูกพิจารณาว่าเป็นการจัดสรรการทำงานภายในของกิจการเดี่ยวแทนที่จะเป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันระหว่างกิจการ

(2) คำตัดสินในคดี Viho ข้อเท็จจริงในคดี Viho v Commission³⁶⁹ ปรากฏว่า Parker Pen ได้จัดตั้งระบบรวบรวมการจัดจำหน่ายสำหรับเยอรมนี ฝรั่งเศส เบลเยียม สเปนและเนเธอร์แลนด์ โดยใช้บริษัทลูกในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ คณะกรรมการระบุว่า มาตรา 101 มิได้ใช้กับการจัดสรรหน้าที่ภายในกลุ่ม Parker Pen การตรวจสอบนี้ถูกเสนอโดย Viho บุคคลที่สาม ซึ่งต้องการเป็นผู้แทนจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของ Parker Pen และอ้างว่าข้อตกลงระหว่าง Parker Pen และบริษัทลูกละเมิดมาตรา 101 ศาลสหภาพยุโรปเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการ ทั้งนี้ ศาลตั้งข้อสังเกตว่า Parker Pen ถือหุ้น 100 เปอร์เซ็นต์ในบริษัทลูก ควบคุมการจำหน่ายและกิจกรรมทางการตลาดโดยตรง นอกจากนี้ยังควบคุมเป้าหมาย กำไรขั้นต่ำ ต้นทุนการขาย กระแสเงินสดและหุ้น “Parker และบริษัทลูกจึงอยู่ในรูปแบบหน่วยเศรษฐกิจเดียว ซึ่งบริษัทลูกมิได้มีอิสระในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานในตลาด แต่ดำเนินงานตามคำแนะนำของบริษัทแม่”³⁷⁰

(3) การทดสอบการควบคุม (Test of control) การทดสอบการควบคุมของบริษัทแม่ที่มีต่อบริษัทลูก พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงที่ว่ามีการใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดเป็นผลให้บริษัทลูกมิได้มีอิสระอย่างแท้จริงในการกำหนดนโยบายในตลาด นอกจากนี้จำเป็นต้องตรวจสอบปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดซึ่งเกี่ยวกับเศรษฐกิจ กฎหมายและองค์กรที่สามารถเชื่อมโยงบริษัทลูกไปยังบริษัทแม่ ซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละคดี ปัจจัยเหล่านี้รวมถึงการถือหุ้นของบริษัทแม่ในบริษัทลูก คณะกรรมการผู้บริหาร ขอบเขตที่บริษัทแม่มีอิทธิพลต่อนโยบายหรือคำแนะนำที่มีลักษณะเดียวกันไปยังบริษัทลูก

³⁶⁹ Case C-73/95 P Viho Europe BV v Commission of the European Communities.

³⁷⁰ Case C-73/95 P Viho Europe BV v Commission of the European Communities, para 16.

(ก) บริษัทแม่และบริษัทลูกที่มีบริษัทแม่เป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมด (Parent and wholly-owned subsidiaries) ในคดี AKZO³⁷¹ หนึ่งในการอุทธรณ์ในคดี Choline Chloride มีประเด็นที่ศาลยุติธรรมวางหลักว่า ข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกมิได้เป็นการละเมิดมาตรา 101 แต่คณะกรรมการสามารถแสดงให้เห็นถึงการตัดสินใจของบริษัทแม่ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 101 ในกรณีที่บริษัทลูกมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกัน ศาลอ้างถึงคำตัดสินก่อนหน้าในคดี Dyestuffs³⁷² ซึ่งบริษัทแม่มีสัดส่วนการถือหุ้น 100 เปอร์เซ็นต์ในบริษัทลูก และบริษัทแม่อยู่ในสถานะที่สามารถใช้อิทธิพลเหนือบริษัทลูกได้อย่างเด็ดขาด ทั้งนี้ หากปรากฏข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ว่าบริษัทแม่ใช้อิทธิพลดังกล่าวกับบริษัทลูกจริง คณะกรรมการอาจถือว่าบริษัทแม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดและต้องรับผิดชอบในค่าปรับของบริษัทลูก เว้นแต่บริษัทแม่สามารถสามารถนำสืบพยานหลักฐานหักล้างจนรับฟังได้ว่าบริษัทลูกดำเนินการอย่างอิสระในตลาดศาลวางหลักว่า ในกรณีที่มีการใช้ข้อสันนิษฐาน คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องค้นหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อแสดงว่าบริษัทแม่มีการควบคุมบริษัทลูก ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานจะต้องเพียงพอสำหรับการโต้แย้ง ภาระการพิสูจน์ของบริษัทแม่คือการแสดงว่าบริษัทลูกดำเนินการอย่างอิสระในตลาดและการเชื่อมโยงต่าง ๆ ไม่ว่าจะทางเศรษฐกิจ ทางองค์กรหรือทางกฎหมายระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกมิได้แสดงถึงความเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียว ในคดี AKZO ศาลยุติธรรมพิพากษายืนตามคำตัดสินของ General Court โดยวางหลักว่า บริษัทแม่ล้มเหลวในการโต้แย้งข้อสันนิษฐาน ทั้งนี้ ในช่วงเวลา ก่อนและหลังคดี AKZO พบว่ามีคดีลักษณะคล้ายกันเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากที่บริษัทแม่มีความพยายามโต้แย้งข้อสันนิษฐานที่เปิดโอกาสให้บริษัทแม่สามารถโต้แย้งได้ แต่การโต้แย้งดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ จึงเกิดการถกเถียงว่าข้อสันนิษฐานที่สามารถหักล้างได้นั้นเป็นเพียงทฤษฎีแต่ไม่สามารถโต้แย้งได้จริงในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมปฏิเสธข้อถกเถียงดังกล่าว ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวถูกใช้ในกรณีที่บริษัทแม่เป็นเจ้าของหุ้น “ทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมด (All or almost all)” ของบริษัทลูก ในคดี Elf Aquitaine³⁷³ General Court ได้ใช้ข้อสันนิษฐานกับบริษัทแม่ที่ถือหุ้น 97.55 เปอร์เซ็นต์ของบริษัทลูก

³⁷¹ Case C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities.

³⁷² Case C-48/69 Imperial Chemical Industries v Commission (the Dyestuffs case).

³⁷³ Case T-299/08 and T-343/08 Elf Aquitaine v Commission.

(ข) ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (Majority shareholders) ในคดี Bananas³⁷⁴ คณะกรรมการมิได้ใช้ข้อสันนิษฐานในการถือหุ้น 80 เปอร์เซ็นต์ แต่กลับแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้น Del Monte ใช้อำนาจเด็ดขาดเหนือบริษัทลูก โดยอาศัยสิทธิภายใต้ข้อตกลงหุ้นส่วนและข้อตกลงการจัดจำหน่าย รวมถึงการออกคำแนะนำให้แก่บริษัทลูก นอกจากนี้ยังปรากฏว่า General Court ปฏิเสธที่จะใช้ข้อสันนิษฐานของ Akzo กับการถือหุ้น 71.4 เปอร์เซ็นต์³⁷⁵ และ 60 เปอร์เซ็นต์³⁷⁶

(ค) ผู้ถือหุ้นส่วนน้อย (Minority shareholders) ในคดี Fuji³⁷⁷ General Court วางหลักว่าผู้ถือหุ้นส่วนน้อยได้ใช้อำนาจเด็ดขาดเหนือสมาชิกของกลุ่ม Gas Insulated Switchgear ซึ่งมีการตกลงร่วมกัน ส่งผลให้ต้องรับผิดชอบในการตกลงร่วมกัน ประเด็นที่สำคัญ คือ ผู้ถือหุ้นส่วนน้อยมีอำนาจอย่างเด็ดขาดเหนือนโยบายทางการค้าของบริษัทผ่านตัวแทนคณะกรรมการบริหารของบริษัท ทั้งนี้ เป็นไปตามจำนวนการถือหุ้น องค์กรประกอบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็ นอิทธิพลภายหลังการดำเนินงานตามนโยบายทางการค้าและหลักฐานในการพยายามกระทำการดังกล่าวจะถูกนำมาพิจารณาทั้งหมด ภายใต้มาตรา 3(2) EU Merger Regulation (EUMR) ผู้ถือหุ้นส่วนน้อยมีความเป็นไปได้ที่จะใช้อำนาจอย่างเด็ดขาด (Possibility of exercising decisive influence) เนื่องการดำเนินงานของกิจการหากมีการควบคุมอย่างเพียงพอ ข้อโต้แย้งดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดการควบคุมระหว่าง EUMR และมาตรา 101 อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างกันในเรื่อง EUMR รวมถึงการควบคุมเชิงลบ แต่มาตรา 101 ต้องการใช้กับการควบคุมเชิงบวกมากกว่าการควบคุมเชิงลบ

(ง) กิจการร่วมค้าของบริษัทแม่ (Parents of a joint venture) ในคดี Dow Chemical Company³⁷⁸ ศาลยุติธรรมพิพากษายืนตามคำตัดสินของ General Court ที่ตัดสินว่า กิจการร่วมค้าของบริษัทแม่มีความรับผิดชอบในการที่ Chloroprene Rubber มีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน ศาลวางหลักว่า บริษัทแม่ทั้งสองแห่งมีส่วนถือหุ้น 50 เปอร์เซ็นต์ในกิจการร่วมค้าที่ละเมิดมาตรา 101 และบริษัทแม่ทั้งสองบริษัทมีอำนาจอย่างเด็ดขาดเหนือกิจการร่วมค้า

³⁷⁴ Commission decision of 15 October 2008, para 404.

³⁷⁵ Case T-45/10 GEA Group v Commission.

³⁷⁶ Case T-64/06 FLS Plast v Commission.

³⁷⁷ Case T-132/07 Fuji Electric v Commission.

³⁷⁸ C-179/12 P Dow Chemical Company v Commission.

ทั้งสามหน่วยจึงมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจเดี่ยว โดยคณะกรรมการต้องแสดงพยานหลักฐานที่พิสูจน์ถึงการใช้อำนาจเด็ดขาดและต้องไม่มีข้อสันนิษฐานที่ส่งผลกระทบต่อพยานหลักฐานดังกล่าว และศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่ากิจการร่วมค่านั้นอยู่ภายใต้ EUMR และมีอิสระในการดำเนินการมิได้ ถูกควบคุมโดยบริษัทแม่ กิจการร่วมค้ำจึงเป็นผู้ประกอบธุรกิจอิสระ เนื่องจากความมีอิสระในการดำเนินงานของกิจการร่วมค้ำภายใต้ EUMR มิได้ป้องกันการใช้อำนาจเด็ดขาดเหนือกิจการร่วมค้ำของบริษัทแม่ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 ในคดี Toshiba Corporation³⁷⁹ ศาลยุติธรรมพิพากษาขึ้นตามคำตัดสินของ General Court ว่า Toshiba มีความรับผิดชอบจากการมีส่วนร่วมกับการร่วมค้ำ Cathode ray tubes ซึ่งทำการตกลงร่วมกัน แม้จะมีการถือหุ้นเพียง 35.5 เปอร์เซ็นต์ พยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าในความเป็นจริง Toshiba มีอำนาจเด็ดขาดในกิจการร่วมค้ำ

(4) การตัดสินที่มีได้ใช้หลักเศรษฐกิจเดี่ยว ในคดี IJsselcentrale³⁸⁰ คณะกรรมการปฏิเสธข้อโต้แย้งว่า บริษัทผลิตไฟฟ้าทั้งสี่ของเนเธอร์แลนด์และกิจการร่วมค้ำ ถูกควบคุมและอยู่ในรูปแบบเศรษฐกิจเดี่ยว ดังนั้น จึงไม่อยู่ภายใต้มาตรา 101 และข้อเท็จจริงเรื่องเครื่องกำเนิดไฟฟ้า (Generators) เป็นส่วนหนึ่งของระบบไฟฟ้าสาธารณะที่ไม่สามารถแบ่งแยกจากกันได้มิได้ทำให้บริษัททั้งสี่และกิจการร่วมค้ำเป็นหน่วยเดียวกัน เนื่องจากมีความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหาก มิได้ถูกควบคุมโดยบุคคลหรือนิติบุคคลใดและสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้อย่างอิสระ ในคดี Gosmé/Martell-DMP³⁸¹ DMP เป็นบริษัทลูกของ Martell และ Piper-Heidsieck ซึ่งบริษัทแม่ทั้งสองบริษัทถือหุ้นของ DMP บริษัทละ 50 เปอร์เซ็นต์และมีสิทธิออกเสียง (Voting rights) ครึ่งหนึ่งผ่านคณะกรรมการควบคุมซึ่งเป็นตัวแทนจากผู้ถือหุ้น Martell และ Piper-Heidsieck ทั้งนี้ DMP จำหน่ายสินค้าแบรนด์ต่าง ๆ ที่มีใช้สินค้าของบริษัทแม่ แม้ใบเรียกเก็บเงินจากการส่งสินค้าของบริษัทแม่ทั้งสองบริษัทจะแจ้งผ่านผู้ค้าส่งผ่านเอกสารเดียวกัน แต่ DMP มีอำนาจการขายและสามารถทำสัญญาซื้อองค์กรในฝรั่งเศสได้ด้วยตนเอง ท้ายที่สุด คณะกรรมการระบุว่า Martell และ DMP เป็นผู้ประกอบธุรกิจอิสระ ดังนั้น ข้อตกลงระหว่างทั้งสองในการจำแนกและป้องกันการส่งออกแบบขนานละเมิดมาตรา 101 มีค่าปรับ 300,000 ยูโร ในกรณีของ Martell และ 50,000 ยูโร ในกรณีของ DMP

³⁷⁹ Case C-623/15 P Toshiba Corporation v Commission, paras 45-82.

³⁸⁰ Case IV/32.595 IJsselcentrale and others Commission decision 91/50/EEC [1991] OJ L 28/32, paras 22-24.

³⁸¹ Case Gosmé/Martell-DMP [1991] OJ L185/23, para 30.

หากบริษัทลูกเป็นอิสระจากบริษัทแม่ เช่น กรณีที่บริษัทลูกถูกจำหน่ายออกไป เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกสิ้นสุดลง ข้อตกลงระหว่างบริษัททั้งสองอาจอยู่ภายใต้มาตรา 101 ในคดี Austin Rover/Unipart³⁸² ความสัมพันธ์ระหว่างกิจการถูกแปรรูปเป็นรัฐวิสาหกิจ (Privatisation) ของ British Leyland ซึ่งการขายกิจการดังกล่าวของ Unipart ถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการภายใต้มาตรา 101 แต่พบว่าอยู่ในขอบเขตของมาตรา 101(3)

(5) การตีความหลักหน่วยเศรษฐกิจเดียว (Implications of the economic entity doctrine)³⁸³

ประการแรก แม้ว่าข้อตกลงระหว่างบริษัทซึ่งอยู่ในรูปแบบของหน่วยเศรษฐกิจเดียวจะไม่ใช่เป็นการละเมิดมาตรา 101(1) การจัดการบริษัทลูกโดยบริษัทแม่อาจเป็นการละเมิดในรูปแบบอื่น เช่น บริษัทแม่อาจสั่งให้บริษัทลูกห้ามการส่งออกไปยังผู้จัดจำหน่ายข้อจำกัดดังกล่าวอาจเป็นการละเมิดมาตรา 101

ประการที่สอง ตามที่ศาลวางหลักไว้ในคดี Akzo บริษัทแม่สามารถมีความรับผิดชอบในกิจกรรมของบริษัทลูก ในขณะที่มาตรา 101 ปรับใช้กับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยการตัดสินใจของคณะกรรมการต้องระบุถึงนิติบุคคลและกิจการหนึ่งอาจประกอบด้วยหลายหน่วยงาน กรณีที่บริษัทแม่ใช้อำนาจเด็ดขาดเหนือบริษัทลูกซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 101 คณะกรรมการมีดุลยพินิจว่าจะลงโทษบริษัทแม่ บริษัทลูกหรือลงโทษทั้งสองบริษัท โดยทั่วไป คณะกรรมการจะตัดสินว่าทั้งบริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นผู้ทำละเมิด แต่ละบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อการละเมิด บริษัทแม่ของกิจการร่วมค้าอาจต้องรับผิดชอบตามคำตัดสินหากกิจการร่วมค้ามีการละเมิดมาตรา 101 ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทลูกฝ่าฝืนคำสั่งของบริษัทแม่ไม่สามารถโต้แย้งข้อสันนิษฐานเรื่องที่ว่าบริษัทแม่มีอำนาจเด็ดขาดเหนือบริษัทลูกได้

ประการที่สาม บริษัทแม่และบริษัทลูกซึ่งอยู่ในรูปแบบหน่วยเศรษฐกิจเดียว ค่าปรับสูงสุดที่อนุญาตโดยมาตรา 23 (2) ของ Regulation 1/2003 คิดเป็น 10 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าการซื้อขายทั่วโลกของกิจการ โดยคิดจากมูลค่าการหมุนเวียนของกลุ่มนั้นทั้งหมด มิใช่คิดจากมูลค่าการซื้อขายของกลุ่มที่มีการทำละเมิด

³⁸² Case Austin Rover/Unipart OJ [1988] L45/34.

³⁸³ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 98-99.

ประการที่สี่ การฟ้องร้องดำเนินคดีอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีฟ้องบริษัทแม่ของ บริษัทลูก หรือบริษัทลูกของบริษัทแม่ ซึ่งส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อเรื่องเขตอำนาจศาล ในการดำเนินคดีทางแพ่ง

ประการที่ห้า ในมุมมองของเจ้าหน้าที่แข่งขันต้องการกำหนดความรับผิดในการละเมิดกฎหมายการแข่งขันให้สูงที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ โดยคาดหวังว่าคณะกรรมการ ผู้บริหารของบริษัทแม่จะรับผิดชอบด้วยการกำจัดพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันจากทั้งองค์กร

ประการที่หก หลักการหน่วยเศรษฐกิจเดียว หมายถึง บริษัทแม่อาจมีความ รับผิดต่อการละเมิดใด ๆ ที่กระทำโดยบริษัทลูกและหากมีการกระทำผิดซ้ำอาจนำไปสู่การกำหนด ค่าปรับที่สูงขึ้น

ประการที่เจ็ด คณะกรรมการและหน่วยงานการแข่งขันระดับชาติ (National Competition Authorities (NCAs)) อาจเริ่มดำเนินการตรวจสอบนิติบุคคลซึ่งเป็น ส่วนหนึ่งของหน่วยเศรษฐกิจโดยไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า แม้การกล่าวหาว่าละเมิดมาตรา 101 และ มาตรา 102 ดังกล่าวจะเป็นความรับผิดของส่วนอื่นก็ตาม

ประการสุดท้าย ความคุ้มกัน (Immunity) ข้อยกเว้นตามมาตรา 101 เปรียบเหมือนดาบสองคม ศาลสหภาพยุโรปและคณะกรรมการวางหลักว่า กฎหมายของสหภาพยุโรป สามารถนำไปใช้กับบริษัทแม่ที่มีได้อยู่ในสหภาพยุโรปได้ โดยอาศัยการดำเนินงานของบริษัทลูก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

การปรับโครงสร้างองค์กร (Corporate reorganisation)³⁸⁴

การปรับโครงสร้างองค์กรใหม่อาจหมายถึงหน่วยงานที่ควบคุมกิจการ ในช่วงเวลาที่มีการตัดสินว่ามีการทำละเมิด ผู้รับช่วงต่อ (Successor) มีความแตกต่างจากองค์กรที่ทำการละเมิด อย่างไรก็ตาม การปรับโครงสร้างมิได้หมายความว่า องค์กรสามารถพ้นจากความรับผิด ในการละเมิดกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรป ตราบใดที่ยังมีความเป็นนิติบุคคลยังคงต้องรับผิดชอบต่อ การดำเนินงานที่ผ่านซึ่งเป็นการละเมิด ในคดี Compagnie Royale Asturienne des Mines

³⁸⁴ Ibid, 100.

SA³⁸⁵ ศาลระบุว่า “การเปลี่ยนแปลงรูปแบบทางกฎหมายและชื่อกิจการมิได้ทำให้เกิดกิจการใหม่ ซึ่งพ้นจากความรับผิดในพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เคยเกิดขึ้น” ในการพิจารณาว่าผู้รับช่วงต่อ ต้องรับผิดหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงความต่อเนื่องในการทำงานและในทางเศรษฐกิจระหว่างผู้กระทำผิดเดิมและกิจการที่ถูกรวมเข้าด้วยกัน ในคดี All Weather Sports Benelux BV³⁸⁶ General Court วางหลักว่าคณะกรรมการต้องอ้างเหตุผลอย่างเพียงพอ เมื่อมีการปรับผู้รับช่วงต่อนิติบุคคลที่กระทำการละเมิด ในคดี Versalis and Eni³⁸⁷ General Court วางหลักว่า คณะกรรมการสามารถตัดสินให้ผู้รับช่วงต่อมีความรับผิดในพฤติกรรมผิดกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนหน้า (Predecessor) ที่จะมีการรับช่วงต่อ

ความรับผิดในการละเมิดกฎหมายการแข่งขันกรณีที่ธุรกิจถูกจำหน่ายให้แก่ธุรกิจอื่น (Liability for competition law infringements when one business is sold to another)

หลักพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบส่วนบุคคล หากยังปรากฏผู้ประกอบธุรกิจที่มีความรับผิดตามธุรกิจที่ได้กระทำละเมิด ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวต้องรับผิดในการละเมิดมากกว่าผู้ซื้อกิจการ (Acquirer) การเปลี่ยนแปลงเจ้าของกิจการหรือการเปลี่ยนชื่อใหม่มิได้เปลี่ยนข้อเท็จจริงที่ว่ากิจการนั้นเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีการละเมิด ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นสองประการสำหรับหลักพื้นฐานดังกล่าว ประการแรก คือ ผู้ละเมิดเดิมได้หยุดการกระทำไม่ว่าในเชิงกฎหมายหรือเชิงเศรษฐกิจ และมีแนวโน้มว่านิติบุคคลดังกล่าวมิได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ในกรณีเช่นนี้ความรับผิดอาจส่งผ่านไปยังผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ของกิจการที่ละเมิด ประการที่สอง คือ ผู้ทำละเมิดเดิมยังคงปรากฏอยู่ในทางกฎหมาย แต่มิได้ดำเนินกิจกรรม

³⁸⁵ Case 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission [1984] ECR 1679, para 9.

³⁸⁶ Case T-38/92 All Weather Sports Benelux BV v Commission of the European Communities.

³⁸⁷ Case T-103/08 Versalis and Eni v Commission.

ทางเศรษฐกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง และมีการเชื่อมโยงเชิงโครงสร้างระหว่างหน่วยงานเดิมและผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่³⁸⁸

3.3.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน

การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจและการกระทำร่วมกัน (Agreements between undertakings, Decisions of associations of undertakings and Concerted practices)

มาตรา 101(1) บัญญัติห้ามพฤติกรรม 3 ประเภท ได้แก่ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ และการกระทำร่วมกัน แม้ว่าจะมีการบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ในทางปฏิบัติมีความคาบเกี่ยวอย่างสำคัญ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติ คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องแบ่งหมวดหมู่ของพฤติกรรมอย่างเคร่งครัด แต่ใช้การประกาศพฤติกรรมเช่นนั้นแทน เช่น ข้อตกลง และหรือการกระทำร่วมกัน (An agreement and/or a concerted practice) วิธีการนี้ได้รับการสนับสนุนจาก Court of First Instance (CFI) และ ECJ ซึ่งระบุไว้ว่า “รายการตามมาตรา 101(1) ของสนธิสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อใช้บังคับกับทุกการสมรู้ร่วมคิด (Collusion) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ประเด็นที่สำคัญ คือ ความแตกต่างระหว่างพฤติกรรมที่เป็นอิสระ การกระทำใดที่มีการแบ่งสรรและสมรู้ร่วมคิดไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างประเภทของการสมรู้ร่วมคิด”³⁸⁹

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีลักษณะการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่คณะกรรมการจำแนกลักษณะการปฏิบัติดังกล่าวเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. ข้อตกลง (Agreement)

แนวคิดของการตกลงตามมาตรา 101(1) ได้รับการพัฒนาและชัดเจนผ่านคดีจำนวนมากจาก Community Courts ส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับการตกลงมีลักษณะที่

³⁸⁸ Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission, para 359.

³⁸⁹ "The list in Article 101(1) of the Treaty is intended to apply to all collusion between undertakings, whatever form it takes... The only essential thing is the distinction between independent conduct, which is allowed, and collusion, which is not, regardless of any distinction between the types of collusion."

กว้างมาก ในคดี LVM v Commission³⁹⁰ ซึ่ง CFI วางหลักว่า “การพิสูจน์นั้นเพียงแต่แสดงให้เห็นว่าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและคู่แข่งนั้นมีเจตนากระทำในตลาดมีลักษณะที่แน่นอน” หรือในคดีวิตามิน (Vitamins case) คณะกรรมการระบุว่า “ความมีอยู่ของข้อตกลงขึ้นอยู่กับกรณีที่คู่สัญญายึดมั่นปฏิบัติตามแผนการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดหรือมีแนวโน้มที่จะจำกัด การดำเนินงานเชิงพาณิชย์ของแต่ละบุคคลโดยกำหนดแนวทางของการกระทำร่วมกันหรือละเว้นการกระทำในตลาด”

การนิยามและขอบเขตของข้อตกลงตามความหมายของมาตรา 101(1) บ่อยครั้งประเด็นนี้ถูกถกเถียงใน Community Courts มีการจัดทำรายการตรวจสอบที่ครอบคลุมว่าสิ่งใดเป็นข้อตกลงและสิ่งใดที่มีใช่ข้อตกลง เช่น ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงอย่างชัดเจน นอกจากนี้ อาจเห็นได้จากการดำเนินงานของผู้เข้าร่วม เช่น ความแน่นอนของตลาดสัมพันธ์กับข้อมูลที่ใช้ร่วมกัน และตลาดไปสัมพันธ์กับการพัฒนา เป็นต้น โดยข้อตกลงไม่จำเป็นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อผูกพันตามกฎหมายหรือเป็นลายลักษณ์อักษร แม้เป็นสัญญาปากเปล่าที่ไม่เป็นลายลักษณ์ (Gentlemen's agreement) ก็ถือว่าเพียงพอแล้ว และไม่จำเป็นต้องมีการปฏิบัติตามข้อตกลง (ในกรณีนี้อาจเป็นข้อตกลงได้เมื่อผู้เข้าร่วมไม่เต็มใจที่จะปฏิบัติตาม) ท้ายที่สุด คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับรายละเอียดทั้งหมดในสัญญา เนื่องจากมาตรา 101(1) สามารถใช้กับข้อตกลงภายใต้การเจรจา (Negotiation) ซึ่งจะนำไปสู่ข้อตกลงสุดท้าย (Final agreement)

ในแง่ความรับผิดชอบรายบุคคลของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งทำข้อตกลงที่ฝ่าฝืนกับมาตรา 101 ศาลวางหลักว่า ข้อตกลงดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยผลของการร่วมมือกัน (Collaboration) จากหลายผู้ประกอบการธุรกิจ และความจริงที่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายต้องมีส่วนร่วมเพียงพอที่จะไม่เป็นการตัดความรับผิดชอบในการฝ่าฝืนข้อตกลงทั้งหมด ดังเช่นในคดีของ Anic นั้น ECJ วางหลักว่าการละเมิดมาตรา 101(1) ไม่จำเป็นต้องเป็นผลที่เกิดจากการกระทำเดี่ยวแต่อาจมาจากการกระทำที่ต่อเนื่องกัน หรืออาจเป็นการกระทำเดียวกันแต่มาจากการกระทำที่ต่อเนื่องกันหรือรูปแบบของพฤติกรรมที่ต่อเนื่องกัน³⁹¹

³⁹⁰ T-305/94 Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission (PVC II), "it is sufficient for the undertakings to have expressed their joint intention to behave on the market in a certain way".

³⁹¹ Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk, *Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 1*, p. 403.

ข้อตกลงระหว่างกิจการตามความหมายของมาตรานี้มุ่งเน้นไปที่ความมีอยู่ของข้อตกลงระหว่างกิจการ โดยทั่วไปข้อตกลงภายใต้มาตรา 101 TFEU อย่างน้อยที่สุดต้องมีสองกิจการที่ได้แสดงถึงเจตนาที่จะร่วมกันดำเนินการในลักษณะใดลักษณะหนึ่งโดยเฉพาะในตลาดนั้น ๆ ประเด็นสำคัญของแนวคิดข้อตกลงขึ้นอยู่กับความมีอยู่ของเจตนาซึ่งเห็นพ้องต้องกัน (Concurrence) ระหว่างคู่สัญญา ส่วนรูปแบบที่ชัดเจนนั้นไม่สำคัญ³⁹²

ตัวอย่างของข้อตกลง (Examples of agreements)³⁹³

สัญญาทางกฎหมายมีคุณสมบัติในการเป็นข้อตกลงตามมาตรา 101 รวมถึงการประนีประนอมการฟ้องร้องดำเนินคดี เช่น ข้อตกลงจำกัดการใช้เครื่องหมายการค้าหรือการฟ้องคดีสิทธิบัตร สัญญาปากเปล่าที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Gentleman's agreements) และความเข้าใจถือเป็นข้อตกลงทั้งหมด แม้ว่าจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดว่าข้อตกลงต้องถูกนำไปบังคับใช้ “ระเบียบการ (Protocol)” ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการเห็นพ้องต้องกันระหว่างทั้งสองฝ่ายถือเป็นข้อตกลงภายใต้ความหมายของมาตรา 101(1)³⁹⁴ หรือข้อตกลงอาจกระทำได้โดยวาจา ระเบียบข้อบังคับของสมาคมการค้ามีคุณสมบัติเป็นข้อตกลง และข้อตกลงที่ทำโดยสมาคมการค้าอาจถูกตีความว่าเป็นข้อตกลงในส่วนของสมาชิกเช่นเดียวกัน ข้อตกลงสร้าง European Economic Interest Grouping หรือการจัดตั้งโดยกฎหมายอาจอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) การเริ่มทำข้อตกลงบางส่วนหรือข้อตกลงแบบมีเงื่อนไข หากอยู่ในกระบวนการเจรจาต่อรองที่เพียงพอจะเป็นข้อตกลงตามความหมายของมาตรา 101(1) เช่นกัน นอกจากนี้ การที่บุคคลหนึ่งออกแนวทางให้บุคคลอื่นปฏิบัติตามหนังสือเวียนและคำเตือนก็เป็นข้อตกลง หนังสือเวียนและคำเตือนที่ส่งโดยผู้ผลิตไปยังตัวแทนจำหน่ายอาจเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง แม้ศาลจะตัดสินยกฟ้องของคณะกรรมการในข้อตกลงประเภทนี้ในคดี Volkswagen หรือการติดต่อทางจดหมายก็สามารถเป็นข้อตกลงได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ อาจเป็นข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกัน แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้มีส่วนร่วมเพียงฝ่ายเดียวในการประชุมที่เปิดเผยถึงเจตนา

³⁹² Ariel Ezrachi, *Eu Competition Law*, p. 58.

³⁹³ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, pp. 102-114.

³⁹⁴ Case HOV SVZ/MCN [1994] OJ L104/34.

ปัจจัยที่มีได้ส่งผลกระทบต่อข้อตกลง (Factors that do not affect the existence of an agreement)

ปัจจัยต่อไปนี้ไม่มีผลกระทบต่อความมีอยู่ของข้อตกลงตามความหมายของ มาตรา 101

(1) ผู้ประกอบธุรกิจถูกกิจการอื่นบังคับให้ทำข้อตกลง แม้ไม่ส่งผลกระทบต่อความมีอยู่ของข้อตกลง แต่มีอิทธิพลอย่างสำคัญในการพิจารณาค่าปรับ ไม่กำหนดค่าปรับ หรืออาจไม่ดำเนินการใด ๆ

(2) ไม่มีการดำเนินการตามข้อตกลง

(3) บุคคลที่เข้าทำข้อตกลงมิได้รับอำนาจให้กระทำเช่นนั้น

(4) ข้อตกลงอย่างเป็นทางการยังไม่บรรลุผลสำเร็จในทุกเรื่อง เพียงแต่มีเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันตามหลักการของการจำกัดการแข่งขัน แม้ว่าคุณสมบัติเฉพาะบางข้อจำกัดยังอยู่ระหว่างการเจรจา

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยอมรับว่ามีข้อตกลง มิได้เป็นการขัดขวางฝ่ายอื่น ๆ ในการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของสัญญา

ข้อตกลงและ/หรือการกระทำร่วมกัน (Agreement 'and/or' concerted practice)

คณะกรรมการระบุว่าข้อตกลงและการกระทำร่วมกันมีแนวคิดที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม Advocate General Reisch วางหลักว่า ความแตกต่างเพียงเล็กน้อยที่สามารถนิยามได้ คือ เมื่อข้อตกลงสิ้นสุดลงและการกระทำร่วมกันเริ่มต้นขึ้น ทั้งนี้ มิได้มีการแบ่งแยกคำอย่างชัดเจนและมักมีการใช้ทั้งสองคำปะปนกันไป ขึ้นอยู่กับบริบททางภาษา และในทางกฎหมายก็มิได้มีความแตกต่างในการใช้ถ้อยคำทั้งสอง ในคดี PVC³⁹⁵ ตัดสินให้คู่สัญญาซึ่งมีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกันในข้อตกลงและ/หรือการกระทำร่วมกัน General Court วางหลักว่า ในการจัดหมวดหมู่องค์ประกอบของการละเมิดประกอบด้วยทั้งข้อตกลงและการกระทำร่วมกัน และคณะกรรมการไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีทั้งข้อตกลงและการกระทำร่วมกันตลอดระยะเวลาที่มีการละเมิด หลักการนี้

³⁹⁵ Case PVC Commission decision 94/599/EEC [1994] OJ L 239/14, paras 30-31.

ได้รับการยืนยันจากศาลยุติธรรมในคดี Asnef-Equifax³⁹⁶ เป็นเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยอ้อมระหว่างคู่แข่ง ได้ข้อสรุปว่าไม่จำเป็นต้องระบุลักษณะของความร่วมมือเป็นการเฉพาะเจาะจงว่าเป็นข้อตกลง การกระทำร่วมกันหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ แต่คณะกรรมการใช้วิธีการจำแนกในการตัดสินบ่อยครั้ง คณะกรรมการระบุว่า ไม่ควรตรวจสอบว่าเป็นการตกลงกันหรือการกระทำร่วมกันอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น แต่ควรพิจารณาถึงการเข้าเป็นพันธมิตร (Partnership) และมีวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย โดยปราศจากความขัดแย้งหรือความเสี่ยงเป็นผลมาจากการทำงานร่วมกันตามวัตถุประสงค์และรูปแบบเดียวกัน

ข้อตกลงโดยรวม (Single overall agreement)

(1) ปัญหาในการพิสูจน์ (Problem of proof) การตกลงร่วมกันจำนวนมากมีความซับซ้อนและใช้ระยะเวลานาน ในช่วงระยะเวลาหนึ่งบริษัทบางแห่งอาจปฏิบัติงานมากกว่าบริษัทอื่น ๆ ที่มีการตกลงร่วมกัน บางช่วงเวลาบริษัทอาจออกจากการตกลงร่วมกัน (Drop out) และหลังจากนั้นจึงกลับเข้าสู่การตกลงร่วมกันอีกครั้ง (Re-enter) อาจมีบริษัทที่เข้าร่วมการประชุมและบางบริษัทมิได้เข้าร่วมการประชุม หรือในบางช่วงเวลาสมาชิกในการตกลงร่วมกันทั้งหมดอาจมีการประชุมกันหรือปฏิบัติตามที่เห็นพ้องซึ่งกันและกัน จึงเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนกรณีมีการประชุมร่วมกันว่าบริษัทนั้นเข้าร่วมการตกลงเพียงครั้งเดียวหรือมีการตกลงร่วมกันหลายครั้ง เช่น ในสหภาพยุโรปทั้งหมด ในฝรั่งเศสหนึ่งครั้ง ในเยอรมนีหนึ่งครั้งและอื่น ๆ ในขณะเดียวกัน การพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์ใดมีการตกลงร่วมกันก็เป็นเรื่องยาก หากมีการวิเคราะห์สถานการณ์ที่ประกอบด้วยการตกลงร่วมกันที่แยกออกเป็นส่วน ๆ โดยเกี่ยวข้องกับบริษัท พื้นที่และการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ส่งผลให้เจ้าหน้าที่การแข่งขันต้องทำการตรวจสอบหลายครั้ง

(2) ข้อตกลงโดยรวมขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในทางข้อเท็จจริง (Single overall agreement as an objective fact) ศาลวางหลักว่าคณะกรรมการต้องทำการตรวจสอบเพื่อค้นหาเหตุผลตามวัตถุประสงค์ข้อตกลงโดยรวม หรือหากพยานหลักฐานไม่เพียงพอให้คณะกรรมการวิเคราะห์ว่าเป็นข้อตกลงโดยรวมหรือเป็นชุดข้อตกลงที่แยกจากกัน เช่น หากไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นข้อตกลงโดยรวมอย่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงกรณีที่มีการตกลงร่วมกันสิ้นสุดลงเป็นระยะเวลานาน ส่งผลให้ไม่สามารถกำหนดค่าปรับได้ และในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถแบ่งข้อตกลงโดยรวมเพื่อกำหนดจำนวนค่าปรับแยกต่างหากจากกันได้ หรือในสถานการณ์ที่จำนวน

³⁹⁶ Case C-238/05 Asnef-Equifax v Ausbanc.

เงินหมุนเวียนของกิจการทั่วโลกไม่เกิน 10 เปอร์เซ็นต์ แต่ค่าปรับสำหรับข้อตกลงโดยรวมเกินจากจำนวนดังกล่าว ในปี ค.ศ. 2015 คณะกรรมการพบว่าการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจทั้งห้ารายในการตัดสินใจซื้อบรรจุภัณฑ์อาหาร ในขณะเดียวกันพบว่า Optical disc drives อยู่ในแบบสัญญาเครือข่ายคู่ขนานเป็นข้อตกลงโดยรวม³⁹⁷ คำตัดสินของคณะกรรมการในคดี Air cargo ถูกยกเลิกในชั้นอุทธรณ์ เนื่องจากคณะกรรมการไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าสายการบินเป็นคู่สัญญาของข้อตกลงโดยรวมเพียงครั้งเดียวหรือหลายครั้ง³⁹⁸ แต่ในการตัดสินภายหลัง คณะกรรมการตรวจสอบพบข้อตกลงโดยรวม General Court ไม่มีอำนาจในการตัดสินคดีเพื่อตรวจสอบว่ากิจการเป็นผู้มีส่วนร่วมในข้อตกลงโดยรวมหรือไม่

(3) เงื่อนไขในการสร้างข้อตกลงโดยรวม (Conditions for establishing a single overall agreement) ในคดี Team Relocations³⁹⁹ General Court พิจารณาคดีและวางหลักว่า เงื่อนไขสามประการในการสร้างควมมีส่วนร่วมในการละเมิดเพียงครั้งเดียวหรือการละเมิดต่อเนื่อง ได้แก่ การมีอยู่ของแผนโดยรวมที่มีวัตถุประสงค์ทั่วไป การมีส่วนร่วมโดยเจตนา และการรับรู้ตามแผนการของผู้ประกอบธุรกิจ (การพิสูจน์หรือข้อสันนิษฐาน) การกระทำความผิดของผู้มีส่วนร่วมอื่น

เงื่อนไขประการแรก “แผนการโดยรวมที่มีวัตถุประสงค์ทั่วไป (Overall plan pursuing a common objective) ศาลยุติธรรมวางหลักว่า ไม่สามารถอ้างอิงแผนการซึ่งมีวัตถุประสงค์ทั่วไปว่าเป็นการบิดเบือนการแข่งขัน บ่อยครั้งที่แผนการโดยรวมจะถูกตรวจสอบโดยพิจารณาถึงกิจกรรมที่แตกต่างกันและสามารถเข้าร่วมการตกลงร่วมกันได้อย่างเหมาะสม อาจกล่าวได้ว่าเป็นการพิจารณาว่ากิจการใดที่ร่วมกันทำให้แผนการดังกล่าวสมบูรณ์ (Complementary) ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมไม่เห็นด้วยกับ General Court โดยวางหลักว่า การร่วมกันทำให้แผนการดังกล่าวสมบูรณ์มิใช่เงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับการค้นหาข้อตกลงโดยรวม ในคดี BASF v Commission⁴⁰⁰ General Court เพิกถอนการตรวจสอบของคณะกรรมการที่พบการตกลงร่วมกันระดับโลกและในยุโรปซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไป ในคดี Villeroy & Boch Austria GmbH v

³⁹⁷ Commission decision of 21 October 2015, on appeal Cases T-762/15 etc Sony v Commission, not yet decided.

³⁹⁸ Case T-62/11 Martinair v Commission.

³⁹⁹ Case T-204/08 Team Relocations et al v Commission.

⁴⁰⁰ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, paras 157-210.

Commission⁴⁰¹ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า ข้อเท็จจริงที่มีการตกลงร่วมกันขยายผลิตภัณฑ์และตลาดทางภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกันได้แสดงถึงการละเมิดเพียงครั้งเดียว และไม่จำเป็นต้องแสดงว่ากิจการเป็นผู้ตกลงร่วมกันและมีส่วนร่วมในตลาดเพื่อพิสูจน์ถึงข้อตกลงโดยรวม”

เงื่อนไขประการที่สอง การมีส่วนร่วมโดยเจตนาและการรับรู้ตามแผนการของกิจการ (Intentional contribution of the undertaking to that plan) กิจการไม่จำเป็นต้องมีส่วนร่วมในการทำละเมิดมาตั้งแต่ต้น และข้อเท็จจริงที่ว่าสมาชิกของการตกลงร่วมกันบางรายซึ่งมีการสงวนการเข้าร่วม หรือมีเจตนาทุจริตจากแผนการที่ตกลงกันไว้ ไม่สามารถใช้เป็นข้อโต้แย้งว่ากิจการนั้นมิได้เป็นคู่สัญญาของข้อตกลงโดยรวม อย่างไรก็ตาม ในคดี Cement ปรากฏข้อตกลงทวิภาคีและพหุภาคีระหว่างกิจการจำนวนมาก General Court วางหลักว่า ไม่สามารถสันนิษฐานได้จากข้อตกลงดังกล่าวว่ากิจการเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงโดยรวม และในคดีนี้ คณะกรรมการจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ตามเงื่อนไขประการที่สอง⁴⁰²

เงื่อนไขประการที่สาม การรับรู้การกระทำผิดของผู้เข้าร่วมอื่น (Awareness of the offending conduct of the other participants) General Court วางหลักในคดี Soliver⁴⁰³ กำหนดให้คณะกรรมการต้องพิสูจน์ได้ว่า กิจการรับรู้ถึงขอบเขตทั่วไปและลักษณะสำคัญโดยรวมของการตกลงร่วมกัน ศาลสหภาพยุโรปยกเลิกคำตัดสินของคณะกรรมการในกรณีที่ไม่สามารถระบุได้ว่า กิจการที่มีส่วนร่วมรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำผิดของสมาชิกอื่นในการตกลงร่วมกัน

(4) การตีความข้อตกลงโดยรวม (Implications of a single overall agreement) การตรวจพบข้อตกลงโดยรวมมีความสำคัญ ประการแรก เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีการละเมิดต้องรับผิดชอบในการตกลงร่วมกันทั้งหมด แม้ว่าบางกิจการจะมิได้เข้าร่วมประชุมการตกลงร่วมกันทุกครั้งหรือมิได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจทุกแง่มุมก็ตาม ประการที่สอง หากคณะกรรมการตัดสินว่ามีข้อตกลงโดยรวม มีสิทธิกำหนดค่าปรับแยกจากกันให้แก่สมาชิกของการตกลงร่วมกันเพื่อการทำละเมิดที่ต่างกันได้ และกิจการไม่สามารถโต้แย้งได้ว่ามีส่วนร่วม

⁴⁰¹ Case C-626/13 P Villeroy & Boch Austria v Commission, para 67.

⁴⁰² Case T-25/95 Cimenteries CBR SA v Commission, paras 4027, 4060, 4109 and 4112 (Cement).

⁴⁰³ Case T-68/09 Soliver v Commission, paras 63-64.

ในการละเมิดเพียงครั้งเดียว⁴⁰⁴ ประการที่สาม เมื่อพบว่ามิชอบด้วยข้อตกลงโดยรวมคณะกรรมการอาจกำหนดค่าปรับในส่วนของการปฏิบัติที่ผิดกฎหมายเพื่อมิให้หมดระยะเวลา ประการที่สี่ ข้อตกลงโดยรวมอาจเป็นการเพิ่มระยะเวลาการทำละเมิดและส่งผลให้ค่าปรับมีจำนวนมากกว่ากรณีอื่น ประการที่ห้า กิจกรรมการต่อต้านการแข่งขันที่แตกต่างกันของข้อตกลงโดยรวมอาจนำไปสู่ค่าปรับที่สูงขึ้น หากคณะกรรมการเห็นว่าข้อตกลงโดยรวมมีความร้ายแรงมากกว่าส่วนอื่น ประการที่หก ความเป็นไปได้ที่ข้อตกลงโดยรวมอาจส่งผลกระทบต่อการใช้มาตรา 101 เช่น อาจเพิ่มความเป็นไปได้ที่การตกลงร่วมกันจะสร้างผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐ⁴⁰⁵ ประการที่เจ็ด ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากข้อตกลงโดยรวมและหน้าที่ของกิจการอาจเป็นเพียงการสนับสนุน ประการสุดท้าย ข้อตกลงโดยรวมอาจส่งผลกระทบต่อไม่ว่าจะเป็นเรื่องเขตอำนาจศาลในการรับฟังหรือดำเนินคดีเมื่อผู้ประกอบธุรกิจมีภูมิลำเนาในประเทศสมาชิกที่แตกต่างกัน⁴⁰⁶

(5) ความรับผิดชอบบางส่วนสำหรับข้อตกลงโดยรวม (Partial liability for a single overall agreement) ในคดี *Fresh Del Monte Produce*⁴⁰⁷ ศาลยุติธรรมพิพากษาขึ้นตามคำตัดสินของ General Court ที่วางหลักว่า คณะกรรมการมีสิทธิตรวจสอบว่าผู้ประกอบธุรกิจทราบเรื่องบางอย่างแต่มิใช่ทุกเรื่องที่เป็นองค์ประกอบของการตกลงร่วมกันโดยรวม ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีความรับผิดชอบขององค์ประกอบของการตกลงร่วมกันที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ทราบ แม้ว่าในบางกรณีผู้ประกอบธุรกิจบางรายอาจต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิดทั้งหมด

(6) การละเมิดเพียงครั้งเดียวและการละเมิดซ้ำ (Single and repeated infringement) ในบางคดี คณะกรรมการอาจไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนร่วมอย่างสมบูรณ์ในข้อตกลงโดยรวม เช่น อาจไม่มีพยานหลักฐานว่าผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาที่เฉพาะเจาะจง หรือผู้ประกอบธุรกิจออกจากการตกลงร่วมกันและภายหลังกลับเข้าสู่การตกลงร่วมกันอีกครั้ง ในกรณีนี้ผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดชอบต่อการละเมิดเพียงครั้งเดียวและการละเมิดซ้ำ (Single and repeated infringement) ในคดี *Trelleborg Industrie*⁴⁰⁸ General Court วางหลักว่า คณะกรรมการอาจกำหนดค่าปรับตลอดระยะเวลาของการละเมิดเพียงครั้งเดียว

⁴⁰⁴ Case T-68/04 SGL Carbon v Commission, paras 122-134.

⁴⁰⁵ Case C-125/07 P Erste Group Bank and Others v Commission, para 56.

⁴⁰⁶ Case C-352/13 Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobe, paras 15-33.

⁴⁰⁷ Cases C-293/13 P Fresh Del Monte Produce v Commission, paras 156-160 (Bananas).

⁴⁰⁸ Cases T-147/09 Trelleborg Industrie v Commission (Marine hoses).

และการละเมิดซ้ำ และยกเว้นเฉพาะช่วงเวลาที่เกิดการหยุด (Interrupted) มีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน General Court วางหลักการพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับคดี FSL Holdings⁴⁰⁹

คดี Bayer AG v Commission of the European Communities⁴¹⁰

ข้อเท็จจริง บริษัท Bayer AG (Bayer) ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของกลุ่มเคมีภัณฑ์และเวชภัณฑ์แห่งหนึ่งในยุโรป เป็นผู้ผลิตและทำการตลาดผลิตภัณฑ์ยาภายใต้ชื่อทางการค้า ‘Adalat’ ราคาที่ Adalat จำหน่ายถูกกำหนดโดยหน่วยงานด้านสุขภาพแห่งชาติในประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ ในระหว่างปี ค.ศ. 1989 และ ค.ศ. 1993 ราคาที่ถูกกำหนดให้ Adalat ในสเปนและฝรั่งเศสโดยเฉลี่ยนั้นต่ำกว่าราคาที่จำหน่ายในสหราชอาณาจักรถึง 40 เปอร์เซ็นต์ ความแตกต่างของราคาดังกล่าว ทำให้ผู้ขายส่งในสเปนและฝรั่งเศสมองเห็นโอกาสทางธุรกิจ จึงเริ่มส่งออก Adalat ไปยังสหราชอาณาจักร การนำเข้าแบบขนานทำให้ยอดขาย Adalat ในสหราชอาณาจักรลดลงอย่างรวดเร็ว และการสูญเสียรายได้ของบริษัทอังกฤษในเครือ Bayer กลุ่ม Bayer พยายามที่จะหยุดยั้งการนำเข้าแบบขนาน จึงเริ่มหยุดคำสั่งซื้อทั้งหมดจากผู้ขายส่งและบริษัทลูกในสเปนและฝรั่งเศส ผู้ขายส่งบางรายที่เกี่ยวข้องจึงได้ร้องเรียนไปยังคณะกรรมการ หลังจากการสอบสวนคณะกรรมการพบว่า Bayer ฝรั่งเศสและสเปน ระบุตัวผู้ขายส่งที่มีส่วนร่วมในการส่งออกไปยังสหราชอาณาจักรและใช้การลดปริมาณที่ส่งให้กับผู้ขายส่งและบริษัทลูกอย่างต่อเนื่อง รวมถึงมีคำสั่งห้ามการส่งออกของบริษัทลูกสองแห่ง เนื่องจากเป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ทางการค้า นอกจากนี้ ยังพบว่ามี การเข้าทำข้อตกลงซึ่งขัดกับมาตรา 101 (1) TFEU

Bayer อุทธรณ์ต่อ General Court อ้างว่าการกระทำทั้งหลายนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียว (Unilateral)

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามความหมายของข้อตกลงตามมาตรา 101 (1) TFEU ต้องแสดงถึงเจตนาร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินการในตลาด⁴¹¹

⁴⁰⁹ Case T-655/11 FSL Holdings and Others v European Commission, paras 491-498 (Exotic fruit).

⁴¹⁰ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities.

⁴¹¹ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 67.

แนวคิดของข้อตกลงภายใต้ความหมายของมาตรา 101 (1) TFEU ตามการตีความคำพิพากษา ประเด็นสำคัญอยู่ที่ความมีอยู่ของเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันอย่างน้อยที่สุดที่ระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย ไม่สำคัญว่ารูปแบบต้องทำอย่างชัดเจน トラบใดที่ยังประกอบด้วยการแสดงถึงความเชื่อใจในเจตนา ของคู่สัญญาก็ถือว่าเป็นข้อตกลงตามความหมายนี้⁴¹²

“ควรแยกความแตกต่างระหว่างกรณีที่กิจการได้ใช้มาตรการฝ่ายเดียวอย่าง แท้จริงและไม่ปรากฏการมีส่วนร่วมโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยของกิจการอื่น ก่อนหน้านี้หากเป็นกรณีที่ เป็นมาตรการฝ่ายเดียวอย่างชัดเจนไม่อยู่ภายใต้มาตรา 101 (1) TFEU แต่ภายหลังต้องมีการพิจารณา และแสดงให้เห็นว่าเป็นเพียงมาตรการฝ่ายเดียวระหว่างกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีนี้ การปฏิบัติ และมาตรการในการยับยั้งการแข่งขันซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของผู้ผลิตในบริบทของ ความสัมพันธ์ตามสัญญากับตัวแทนจำหน่าย แต่อย่างน้อยที่สุดก็ได้รับการยอมรับโดยปริยายจาก ตัวแทนจำหน่าย”⁴¹³

คณะกรรมการไม่สามารถนำการกระทำฝ่ายเดียวในส่วนของผู้ผลิตมาใช้กับ บริบทของความสัมพันธ์ตามสัญญาที่มีไว้ดูแลตัวแทนจำหน่ายในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา เว้นแต่จะแสดงถึงความมีอยู่ของการเห็นพ้องต้องกันโดยหุ้นส่วน (Partners) ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดย ปริยาย หรือในลักษณะความเห็นที่ถูกลำนำไปใช้โดยผู้ผลิต⁴¹⁴

ในคดีนี้ไม่มีหลักฐานของการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับ การจำกัดการส่งออก คณะกรรมการได้อาศัยการดำเนินการของผู้ขอ (Applicant) และผู้ขายส่ง มา พิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาในการยอมรับร่วมกันว่าเป็นการการตัดสินใจฝ่ายเดียวห้ามการส่งออก ในรูปแบบของการตกลงระหว่างผู้ขอและผู้ขายส่งภายหลังจากที่ได้ยอมรับโดยนัยในการห้าม การส่งออก⁴¹⁵

“ในสถานการณ์นี้ คณะกรรมการกำหนดมาตรฐานทางกฎหมายเพื่อ ใช้ในการตัดสิน โดยเห็นว่าจำเป็นต้องพิจารณาถึงความมีอยู่ของเจตนาเห็นพ้องกันระหว่างคู่สัญญาที่

⁴¹² Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 69.

⁴¹³ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 71.

⁴¹⁴ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 72.

⁴¹⁵ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 73-6.

เกี่ยวข้องในการจำกัดการส่งออกแบบขนานที่ผู้ขอต้องการรักษาไว้ ทั้งนี้ คณะกรรมการได้ประเมินเจตนาของ Bayer และผู้ขายส่งไม่ถูกต้อง”⁴¹⁶

คณะกรรมการไม่สามารถพิสูจน์ว่าผู้ขายส่งมีเจตนาเชื่อในคำสั่งห้ามส่งออก และคณะกรรมการไม่สามารถอ้างคำสั่งซื้อที่ลดลงว่าเป็นสัญญาณว่าผู้ขายส่งยอมรับข้อกำหนดของ Bayer ได้ ในทางตรงกันข้าม ผู้ขายส่งยังคงพยายามเพื่อที่จะได้รับ Adalat ในปริมาณที่มากเพื่อส่งออกและแสดงให้เห็นถึงเจตนาอย่างแท้จริงที่จะดำเนินการส่งออกแบบคู่ขนานของ Adalat ต่อไป⁴¹⁷

ดังนั้น การที่คณะกรรมการถือว่าการดำเนินงานที่เกิดขึ้นของผู้ขายส่งถือเป็นหลักฐานที่เพียงพอตามกฎหมายว่าผู้ขายส่งยอมรับตามนโยบายของผู้ขอที่ออกแบบมาเพื่อป้องกันการนำเข้าขนานนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

คดี Volkswagen AG v. Commission of the European Communities⁴¹⁸

ข้อเท็จจริง การอุทธรณ์โดยคณะกรรมการตามการพิจารณาของ General Court ในคดี Volkswagen v Commission⁴¹⁹ คณะกรรมการขอให้ศาลยุติธรรมพิจารณาคำพิพากษา General Court โดยอ้างว่า General Court ผิดพลาดในการปรับใช้มาตรา 101 (1) TFEU ในการตัดสินว่าข้อเรียกร้องจากผู้ผลิตรถยนต์ไปยังตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับอนุญาตมิใช่การทำข้อตกลง ทั้ง ๆ ที่ข้อเรียกร้องดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งในการควบคุมตัวแทนจำหน่ายเพื่อให้ความสัมพันธ์ทางธุรกิจดำเนินต่อไปและข้อตกลงดังกล่าวถูกเขียนไว้ล่วงหน้า

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วพบว่า คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานตามที่คณะกรรมการอ้างถึงมิได้หมายความว่าข้อเรียกร้องจากผู้ผลิตรถยนต์ไปยังตัวแทนจำหน่ายเป็นการทำข้อตกลงกันภายใต้มาตรา 101 (1) TFEU และไม่เป็นการปลดภาระหน้าที่ของคณะกรรมการที่ต้อง

⁴¹⁶ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 77.

⁴¹⁷ Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities, para 110-57.

⁴¹⁸ Case C-74/04 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities.

⁴¹⁹ Case T-208/01. Volkswagen AG v. Commission of the European Communities.

พิสูจน์ถึงเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันของคู่สัญญาในการทำข้อตกลงกับตัวแทนจำหน่ายที่มีอำนาจดังกล่าวในแต่ละกรณี⁴²⁰

General Court ตั้งข้อสังเกตไว้ในย่อหน้าที่ 30 ถึง 34 ของคำพิพากษาถึงการสร้างข้อตกลงว่า ‘การกระทำหรือการดำเนินงานฝ่ายเดียวที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการแสดงถึงเจตนาเห็นพ้องต้องกันของคู่สัญญาอย่างน้อยที่สุดสองฝ่าย ซึ่งรูปแบบที่เห็นพ้องต้องกันและถูกแสดงออกมามิได้เป็นไปได้โดยธรรมชาติอย่างแน่นอน เพียงเท่านั้นก็เพียงพอต่อการพิสูจน์แล้ว’⁴²¹

เจตนาของคู่สัญญาอาจเป็นผลมาจากข้อตกลงระหว่างตัวแทนจำหน่ายจากการดำเนินการของคู่สัญญา และการยอมรับจากผู้ค้าโดยปริยายในการทำขอเรียกร้องจากผู้ผลิต⁴²²

ในคดีนี้คณะกรรมการได้สรุปว่าเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันอยู่บนพื้นฐานของข้อตกลงตัวแทนจำหน่าย General Court จึงต้องดำเนินการพิจารณาข้อเรียกร้องที่ชัดเจนซึ่งบรรจุอยู่ในข้อตกลงของการเป็นตัวแทนหรืออย่างน้อยที่สุดถ้าไม่เป็นข้อกำหนดตามข้อตกลงของผู้ผลิตรถยนต์สามารถถือเป็นข้อเรียกร้องได้หรือไม่⁴²³

ศาลตั้งข้อสังเกตว่า คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานมิได้ระบุถึงการยินยอมหรือการไม่ยินยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้หลักเกณฑ์การแข่งขันซึ่งจำเป็นต้องชี้ขาดในประเด็นดังกล่าว การแสดงให้เห็นว่าข้อกำหนดมีการยินยอมปฏิบัติตามมิได้หมายความว่าข้อเรียกร้องของผู้ผลิตเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายการแข่งขัน หากข้อเรียกร้องดังกล่าวขัดกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายการแข่งขันอาจพิจารณาจากข้อกำหนดของข้อตกลงตัวแทนจำหน่ายซึ่งไม่สามารถที่จะแยกออกจากกันได้ ดังนั้น General Court จึงไม่สามารถพิจารณาได้โดยไม่คำนึงถึงการกระทำผิดทางกฎหมาย การตรวจสอบข้อกำหนดตามข้อตกลงของตัวแทนจำหน่ายรายบุคคล บัญชีผู้ใช้ รวมถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เช่น วัตถุประสงค์ที่ได้ทำให้ลุล่วงไปตามข้อตกลงภายใต้บริบททางเศรษฐกิจและกฎหมายซึ่งได้มีการลงลายมือชื่อตาม

⁴²⁰ Case C-74/04 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, para 36.

⁴²¹ Case C-74/04 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, para 37.

⁴²² Case C-338/00 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, paras 61-68.

⁴²³ Case C-74/04 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, para 40.

สัญญา⁴²⁴ และเพื่อพิจารณาว่าข้อเรียกร้องเป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ทางการค้าโดยรวมหรือไม่ General Court ควรพิจารณาว่าข้อเรียกร้องโดยข้อกำหนดของสัญญาตัวแทนจำหน่ายเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่เมื่อลุล่วงแล้วเป็นข้อตกลงที่ผิดกฎหมายในตนเองหรือไม่ โดยพิจารณาทั้งในแง่ของบริบททางเศรษฐศาสตร์และบริบททางกฎหมาย⁴²⁵

แม้ข้อพิจารณาของ General Court ในเรื่องการให้เหตุผลตามกฎหมายจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าข้อกำหนดเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการแข่งขัน และข้อเรียกร้องจากผู้อนุญาตถูกพิจารณาว่าไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์การแข่งขันจะผิดพลาด แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อผิดพลาดดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำพิพากษาของ General Court เนื่องจากข้อเรียกร้องจาก Volkswagen ไปยังตัวแทนจำหน่ายมิได้เป็นการสร้างข้อตกลงขึ้นภายใต้ความหมายตามมาตรา 101 (1) TFEU ศาลพิพากษายกฟ้องอุทธรณ์

การกระทำฝ่ายเดียวและมาตรา 101 ในกรณีแนวตั้ง (Unilateral conduct and Article 101(1) in vertical cases)

มาตรา 101 ของกฎหมายการแข่งขันสหภาพยุโรปบังคับใช้กับการดำเนินการโดยผู้ประกอบการที่เห็นพ้องต้องกันสองรายขึ้นไป ในขณะที่มาตรา 102 ใช้บังคับกับการกระทำฝ่ายเดียวโดยอัยอำนาจเหนือบริษัท ดังนั้น การกระทำฝ่ายเดียวโดยบริษัทที่มิได้มีอำนาจเหนือตลาดจึงไม่ถูกตรวจสอบ คดีจำนวนมากในแนวตั้ง คณะกรรมการระบุว่า หากพิจารณาไม่ลึกซึ้งอาจเข้าใจว่าการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียว เป็นข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกันภายใต้มาตรา 101(1) คณะกรรมการกังวลการห้ามส่งออกจากประเทศสมาชิกหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งหรือมีการกำหนดราคาขายต่อ ศาลสหภาพยุโรปได้มีการตัดสินคดีจำนวนมาก โดยเริ่มตั้งแต่คดี Bayer AG/Adalat ในปี ค.ศ. 1996 คณะกรรมการตรวจสอบข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายซึ่งการอุทธรณ์เป็นโมฆะ

⁴²⁴ Case C-74/04 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, paras 43-5.

⁴²⁵ Case C-74/04 P Volkswagen AG v. Commission of the European Communities, para 48.

คดี AEG-Telefunken v Commission และคดี Ford v

Commission

คำตัดสินทั้งสองคดีของศาลยุติธรรมในปี ค.ศ. 1980 เป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญเนื่องจากในคดี AEG-Telefunken v Commission⁴²⁶ ศาลยุติธรรมปฏิเสธข้อโต้แย้งว่าการปฏิเสธการขายปลีกให้กับร้านค้ามีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมในการควบคุมสินค้าของ AEG และเป็นกรกระทำฝ่ายเดียวที่มีได้อยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ศาลยุติธรรมวางหลักว่า การปฏิเสธดังกล่าวเป็นผลมาจากความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่าง AEG และผู้จำหน่ายโดยมีระบบการเลือกและยอมรับร่วมกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เจตนาของ AEG แยกต่างหากจากเครือข่ายผู้จำหน่ายซึ่งมีคุณสมบัติทางเทคนิคแต่ไม่สามารถปฏิบัติตามนโยบายในการรักษาราคาระดับสูงและไม่มีช่องทางจำหน่ายที่ทันสมัย ในคดีของ AEG มีข้อเสนอแนะว่าควรเปรียบเทียบการกระทำดังกล่าวกับข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกันระหว่างผู้เข้าร่วมในระบบการเลือกจัดจำหน่ายซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันจำนวนมากในการกีดกันบริษัทและมีความเต็มใจที่จะตัดราคาขายปลีก

ในคดี Ford v Commission⁴²⁷ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า การที่บริษัทเยอรมันในเครือของ Ford ปฏิเสธการจัดส่งรถขับเคลื่อนให้กับผู้จำหน่ายรถยนต์ขับเคลื่อนทางขวาในเยอรมัน เป็นผลมาจากความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างบริษัทในเครือ ซึ่งในเวลานั้นรถยนต์ขับเคลื่อนทางขวาถูกจำหน่ายในเยอรมนีให้แก่กองทัพอังกฤษที่ประจำการอยู่ในประเทศโดยกองทัพอังกฤษสามารถนำรถดังกล่าวกลับไปที่สหราชอาณาจักร ทั้งนี้ ราคาของรถดังกล่าวที่จำหน่ายภายในเยอรมนีมีราคาสูงกว่าที่จำหน่ายในสหราชอาณาจักร ผู้จำหน่าย Ford ในเยอรมนีซึ่งทำสัญญากับ Ford มิได้รับประโยชน์จากการปฏิเสธที่จะจัดหารถยนต์ขับเคลื่อนทางขวา ผู้จำหน่ายในสหราชอาณาจักรเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ตามนโยบายนี้ เนื่องจากช่วยป้องกันการนำเข้าแบบขนานซึ่งมีราคาต่ำกว่า ในคดีนี้การกระทำฝ่ายเดียวถูกทำขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างผู้จำหน่ายและผู้จำหน่ายมิได้กระทำเพื่อผลประโยชน์ของผู้จำหน่ายจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้สรุปได้ว่ามีข้อตกลงระหว่าง Ford กับผู้จำหน่ายในเยอรมนี

⁴²⁶ Case 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities.

⁴²⁷ Case 25/84 and 26/84 Ford v Commission [1985] ECR 2725.

ในคดี Volkswagen AG v Commission⁴²⁸ General Court ปฏิเสธข้อโต้แย้งว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของ Volkswagen และเห็นว่าข้อตกลงกับผู้จัดจำหน่ายเป็นไปเพื่อจำกัดการค้าแบบคู่ขนานจากอิตาลีไปยังเยอรมนีและออสเตรีย

2. การกระทำร่วมกัน (Concerted practices)

การรวม “การกระทำร่วมกัน” ไว้ในมาตรา 101(1) อาจเรียกได้ว่าเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยเพื่อให้สามารถตรวจจับได้ทั้งหมด (Catch-all) กล่าวคือ เพื่อให้แน่ใจว่าบทบัญญัติครอบคลุมรูปแบบในการต่อต้านการแข่งขันหรือการสมรู้ร่วมคิดกันในรูปแบบต่าง ๆ ทำให้ “ข้อตกลง” ที่เกิดขึ้นอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขัน

บางครั้งอาจปรากฏรูปแบบความร่วมมือระหว่างกิจการโดยปราศจากการทำข้อตกลง จึงต้องพยายามบัญญัติกฎหมายการแข่งขัน มาตรา 101 TFEU ให้สามารถบังคับใช้กับ ‘การกระทำร่วมกัน’ ได้ โดยแนวความคิดของ ‘การกระทำร่วมกัน’ หมายถึง รูปแบบของการประสานงานระหว่างบริษัท ซึ่งมีได้มีขอบเขตในระดับเดียวกับข้อตกลง อย่างไรก็ตาม การประสานงานดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติระหว่างบริษัทซึ่งเป็นคู่แข่ง การร่วมมือกันมีวัตถุประสงค์เพื่อทดแทนความเสี่ยงของการแข่งขันซึ่งอาจทำให้สูญเสียผู้บริโภค โดยการกระทำร่วมกันนี้อาจเกิดขึ้นโดยแสดงออกมาในลักษณะการดำเนินงานแบบคู่ขนานระหว่างบริษัท ซึ่งไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลอื่นใดนอกจากมีการร่วมมือกัน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะความแตกต่างระหว่างการดำเนินงานแบบคู่ขนานและการดำเนินงานที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งเป็นผลมาจากกระบวนการแข่งขัน⁴²⁹

การกระทำร่วมกันถูกกำหนดนิยามโดย ECJ ว่า เป็นรูปแบบของการประสานงานระหว่างผู้ประกอบการโดยมิได้เป็นไปตามขั้นตอนการทำข้อตกลง ดังที่เรียกกันว่า การลงความเห็น (Conclude) ซึ่งเมื่อบรรลุผลสำเร็จจะเข้าไปแทนที่การร่วมมือกันในทางปฏิบัติเพื่อลดความเสี่ยงในการแข่งขันลง โดยคำนิยามนี้ได้รับการอธิบายอย่างละเอียดในคดี Suiker Unie v.

⁴²⁸ Case T-62/98 Volkswagen AG v Commission of the European Communities, upheld on appeal to the Court of Justice Case C-338/00 P Volkswagen AG v Commission, paras 60-69.

⁴²⁹ Ariel Ezrachi, *Eu Competition Law*, p. 58.

Commission⁴³⁰ ซึ่ง ECJ ได้วางแนวความคิดของการกระทำร่วมกันไว้ว่า “ต้องเข้าใจถึงเนื้อหาของข้อกำหนด (Provision) ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับการแข่งขันว่าผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายต้องสามารถกำหนดนโยบายและนำมาใช้ในตลาดได้ด้วยตนเอง” และศาลยังวางหลักมาตรา 101 ว่าเป็นการป้องกัน “การติดต่อโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ วัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมทางตลาด ณ ปัจจุบันหรือที่อาจเกิดขึ้นได้ของผู้แข่งขัน หรือเพื่อเปิดเผยแนวทางการปฏิบัติของผู้แข่งขันซึ่งยอมรับร่วมกันและนำไปใช้กับตลาด”⁴³¹ หลักเกณฑ์นี้กลายเป็นบรรทัดฐานและถูกนำไปใช้ในหลาย ๆ คดี นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

การพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันจำเป็นต้องอาศัยการพิสูจน์ของคณะกรรมการเพื่อแสดงให้เห็นว่ามีผลกระทบต่อตลาดอย่างไร ในคดี Hüls⁴³² ECJ ยอมรับว่าแนวความคิดของการกระทำร่วมกันตามมาตรา 101(1) รวมถึงการที่ผู้ประกอบการธุรกิจวางแผนร่วมกัน (Concerting) ดำเนินการในตลาดและความสัมพันธ์ของเหตุและผลระหว่างการทำของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่การที่ผู้มีส่วนร่วมกระทำตามที่ตกลงในตลาดอาจถูกสันนิษฐานได้ว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลกับบรรดาผู้แข่งขันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดพฤติกรรมทางตลาด อย่างไรก็ตาม ECJ เห็นว่าข้อสันนิษฐานนี้สามารถนำสืบเพื่อหักล้างได้โดยคู่สัญญาที่กล่าวอ้างเป็นผู้พิสูจน์ แต่ในบางคดีการพิสูจน์อาจเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดที่มีโครงสร้างสนับสนุนให้เกิดพฤติกรรมแบบคู่ขนาน (Parallel behavior) ในตลาด แม้ไม่มีการติดต่อระหว่างคู่แข่งกันเลยก็ตาม แต่ก็ยังเกิดพฤติกรรมดังกล่าวเสมอ

คดี ICI v Commission⁴³³ เป็นคดีการกระทำร่วมกันที่สำคัญ เนื่องจากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมเป็นครั้งแรก คณะกรรมการได้สั่งปรับผู้ผลิตสีย้อม (Dyestuffs) หลายราย โดยพิจารณาว่ามีความผิดในการกำหนดราคาด้วยการกระทำร่วมกัน คำตัดสินของคณะกรรมการอาศัยพยานหลักฐานหลายสิ่ง รวมถึงอัตราและเวลาในการขึ้นราคา และคำสั่งของบริษัทแม่ไปยังบริษัทลูก ประกอบกับข้อเท็จจริงที่มีการติดต่ออย่างไม่เป็นทางการระหว่างบริษัทที่เกี่ยวข้อง ศาลยุติธรรมพิพากษายืนตามคำตัดสินของคณะกรรมการ โดยวางหลักว่า วัตถุประสงค์ใน

⁴³⁰ Cases 40/73 etc., Suiker Unie and others v Commission [1975] ECR 1663, para 173.

⁴³¹ Cases 40/73 etc., Suiker Unie and others v Commission [1975] ECR 1663, para 174.

⁴³² Case C-199/92 P. Hüls AG v. Commission of the European Communities [1999] ECR I-4287, paras 158-166.

⁴³³ Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619.

การปรับใช้มาตรา 101 ต่อการกระทำร่วมกัน คือการห้าม “รูปแบบของการประสานงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยไม่จำเป็นที่ข้อตกลงต้องอยู่ในขั้นตอนที่สำเร็จลุล่วง เป็นการใช้ความร่วมมือระหว่างกันเพื่อทดแทนความเสี่ยงจากการแข่งขัน”

คดี *Suiker Unie v. Commission* และคดี *ICI v Commission* เป็นคดีที่สร้างหลักเกณฑ์ของการกระทำร่วมกันตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 ว่า “ต้องเกิดมติเอกฉันท์ และการร่วมมือกันในทางปฏิบัติเข้าแทนที่การแข่งขัน อย่างไรก็ตาม มติเอกฉันท์ไม่จำเป็นต้องเกิดจากคำพูดเท่านั้น อาจเกิดจากการติดต่อโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างคู่สัญญา” ในคดี *Fresh Del Monte Produce*⁴³⁴ General Court วางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึง “ความเห็นในที่ประชุม (Meeting of minds)” หรือ “แนวทางปฏิบัติทั่วไป (Common course of conduct)” เพื่อแสดงถึงการกระทำร่วมกัน

คณะกรรมการยุโรปให้คำแนะนำเกี่ยวกับความหมายของการกระทำร่วมกันใน Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements ซึ่งเกี่ยวข้องกับการแลกเปลี่ยนข้อมูล โดยระบุว่า การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งซึ่งข้อมูลนั้นช่วยลดความไม่แน่นอนเชิงกลยุทธ์ในตลาด (Strategic uncertainty) การแลกเปลี่ยนข้อมูลเช่นนี้นั้นสามารถถือเป็นการกระทำร่วมกัน เนื่องจากเป็นการอำนวยความสะดวกให้การสมรู้ร่วมคิด ในย่อหน้าที่ 62 ของแนวปฏิบัติดังกล่าว อ้างถึงคดี *Cement*⁴³⁵ General Court พิจารณาแล้วพบว่า Lafarge เป็นคู่สัญญาในการกระทำร่วมกัน เนื่องจากได้รับข้อมูลในที่ประชุมเกี่ยวกับการดำเนินงานในอนาคตของคู่แข่ง และการที่จำเลยอ้างข้อเท็จจริงว่าเพียงแต่ได้รับข้อมูลมาเท่านั้นมิใช่ข้อเท็จจริงที่สามารถรับฟังได้ นอกจากนี้ คณะกรรมการอ้างถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดี *T-Mobile*⁴³⁶ โดยวางหลักว่า เพียงแค่มีการเข้าร่วมประชุมซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจได้เปิดเผยแผนการของราคาที่เป็นความลับต่อคู่แข่งซึ่งมีแนวโน้มที่จะถูกตรวจสอบภายใต้มาตรา 101(1) แม้ไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนว่ามีการกำหนดราคาการเพิ่มขึ้น หรือการสนับสนุนแผนการดังกล่าว

⁴³⁴ Case T-587/08 *Fresh Del Monte Produce v Commission*.

⁴³⁵ Case T-25/95 *Cimenteries CBR v Commission*.

⁴³⁶ Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ การกระทำร่วมกันจำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงทางสาเหตุ (Causal connection) หรือไม่ ศาลยุติธรรมในคดี Hüls⁴³⁷ วางหลักว่า การกระทำร่วมกันถูกตรวจสอบภายใต้มาตรา 101(1) TFEU แม้ไม่ปรากฏผลกระทบจากการต่อต้านการแข่งขันในตลาด และในคดี Cement⁴³⁸ General Court วางหลักว่า ไม่เป็นการละเมิดหากคู่สัญญาสามารถพิสูจน์ได้ในทางตรงกันข้าม ทั้งนี้ ศาลเห็นว่า มาตรา 101(1) กำหนดให้แต่ละกิจการต้องกำหนดนโยบายในตลาดอย่างอิสระ และแนวคิดของการกระทำร่วมกันหมายความรวมถึงการดำเนินการทั่วไปในตลาด แต่เพิ่มเติมข้อสันนิษฐานที่ว่ามีการติดต่อกับบุคคลอื่นและดำเนินการตามข้อมูลที่ได้รับการติดต่อ⁴³⁹ ในคดี T-Mobile⁴⁴⁰ ศาลยุติธรรมวางหลักว่า การสันนิษฐานถึงการเชื่อมโยงทางสาเหตุระหว่างการติดต่อของคู่แข่งและการดำเนินการในตลาดเป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งศาลภายในแต่ละประเทศที่ปรับใช้มาตรา 101 ผูกพันในการใช้ข้อสันนิษฐานนี้เช่นเดียวกัน โดยศาลไม่อนุญาตให้ศาลภายในแต่ละประเทศปรับใช้หลักเกณฑ์ของพยานหลักฐานที่เข้มงวดกว่าข้อสันนิษฐานของสหภาพยุโรป และศาลระบุว่าข้อสันนิษฐานในคดี T-Mobile สามารถปรับใช้กับกรณีที่มีการประชุมเพียงครั้งเดียวระหว่างคู่แข่ง คดี Fresh Del Monte v Commission นั้น Del Monte ล้มเหลวในการโต้แย้งข้อสันนิษฐานของการเชื่อมโยงทางสาเหตุ ในการติดต่อกัน (Bilateral contacts) กับคู่แข่งทั้งสองรายเพื่อกำหนดราคากลับในตลาดและการดำเนินการในตลาด

ภาระการพิสูจน์ (The burden of proof)

ภาระการพิสูจน์ในทางกฎหมายถึงความมืออยู่ของการกระทำร่วมกันเป็นของคณะกรรมการ (หรือบุคคลที่กล่าวอ้างว่ามีผลกระทบมาตรา 101(1)) ศาลสหภาพยุโรปพิพากษาให้คำตัดสินของคณะกรรมการเป็นโมฆะ เนื่องจากพยานหลักฐานไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำผิดจริง อย่างไรก็ตาม ภาระในการแสวงหาพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีการติดต่อกับคู่แข่งไม่ได้ส่งผลกระทบต่อภาระงานของกิจการ กิจการต้องเป็นผู้กล่าวอ้าง ข้อสันนิษฐานนี้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถอ้างอิงพยานหลักฐานเพื่อโต้แย้งข้อสันนิษฐานได้ เมื่อคู่สัญญาสามารถ

⁴³⁷ Case C-199/92 P Hüls AG v Commission of the European Communities.

⁴³⁸ Case T-25/95 Cimenteries CBR v Commission.

⁴³⁹ Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, p. 117.

⁴⁴⁰ Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse

แสดงพยานหลักฐานพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยว่ามีความเชื่อมโยงทางสาเหตุในการติดต่อและการดำเนินการระหว่างคู่แข่ง ในทางกฎหมายภาระการพิสูจน์อยู่ที่คณะกรรมการซึ่งต้องแสดงให้เห็นว่ามีการทำละเมิด เช่น ในคดี CRAM v Commission⁴⁴¹ คณะกรรมการได้ข้อสรุปว่าการที่ Schlitz โดย CRAM and Rheinzink หยุดส่งสินค้าไปยังลูกค้าชาวเบลเยียมพร้อมกันเป็นผลมาจากการกระทำร่วมกันเพื่อป้องกันตลาดเยอรมัน ศาลยุติธรรมวางหลักการที่คณะกรรมการพิจารณาถึงเหตุผลที่ปฏิเสธการจำหน่าย อันเนื่องมาจาก Schlitz ไม่สามารถชำระบัญชีได้ตามวันและเวลาที่กำหนด คำตัดสินจึงควรถูกเพิกถอน ในขณะที่คดี CISAC v Commission⁴⁴² General Court เพิกถอนคำตัดสินของคณะกรรมการที่ตรวจพบการกระทำร่วมกันเนื่องจากการต่อสู้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานเพลงเป็นการชี้แจงที่อาจเป็นไปได้ (Alternative plausible explanation) สำหรับพฤติกรรมคู่ขนานในการรวบรวมค่าลิขสิทธิ์ (Collecting society)

ความเห็นเกี่ยวกับการกระทำร่วมกัน (Concluding comment on concerted practices)

ศาลสหภาพยุโรปเจตนาละเว้นการตีความถ้อยคำว่า “การกระทำร่วมกัน (Concerted practice)” อย่างเป็นกิจจะลักษณะหรือขอบเขตในลักษณะที่แคบ โดยชี้ให้เห็นว่า “การกระทำร่วมกันมีหลายรูปแบบ ศาลจึงต้องระงับการกำหนดหรือจำกัดลักษณะของการกระทำร่วมกัน” ทั้งนี้ คดีการกระทำร่วมกันมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเจาะจงมาก

อย่างไรก็ตาม สามารถอ้างอิงข้อวินิจฉัยจากคดีที่เป็นบรรทัดฐานได้ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำร่วมกันเกี่ยวข้องกับความร่วมมือกันทางปฏิบัติโดยเข้าใจถึงความเสี่ยงของการแข่งขัน⁴⁴³

⁴⁴¹ Cases 29/83 and 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission of the European Communities.

⁴⁴² Case T-442/08 CISAC v Commission.

⁴⁴³ Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619, para 64.

(2) การกระทำร่วมกันไม่จำเป็นต้องมีการวางแผนกันจริง เพียงแต่ป้องกันการติดต่อกันที่อาจมีอิทธิพลต่อการดำเนินการในตลาดหรือเปิดเผยการดำเนินการในอนาคตของผู้ใดผู้หนึ่งอย่างเคร่งครัด⁴⁴⁴

(3) ข้อสันนิษฐานที่ว่ากิจการมีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกันค้ำึงจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการกระทำร่วมกันก่อให้เกิดผลกระทบจริงในตลาด⁴⁴⁵

(4) การกระทำร่วมกัน หมายความว่าถึงการพึ่งพาอาศัยกัน (Reciprocity) โดยคู่แข่งรายหนึ่งเปิดเผยถึงเจตนาหรือการดำเนินการในตลาดเมื่อผู้อื่นต้องการ หรืออย่างน้อยที่สุดคือการยอมรับเจตนาหรือข้อมูลดังกล่าว⁴⁴⁶

(5) ข้อสันนิษฐานในคดี Hüls เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ แสดงให้เห็นว่าการกระทำร่วมกันสามารถเกิดได้จากการประชุมแลกเปลี่ยนข้อมูลเพียงครั้งเดียว⁴⁴⁷

คดี Aalborg Portland A/S and Others v Commission⁴⁴⁸

ข้อเท็จจริง ภายหลังจากตรวจสอบตลาดปูนซีเมนต์ในยุโรป คณะกรรมการพบข้อตกลงต่อต้านการผูกขาดและการกระทำร่วมกัน รวมทั้งการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านราคา อุปสงค์ อุปทานและกฎระเบียบการขนส่งปูนซีเมนต์ คณะกรรมการตัดสินว่าผู้ประกอบการธุรกิจและสมาคมการค้ามีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกันซึ่งขัดกับมาตรา 101 TFEU ในการอุทธรณ์ต่อ General Court ศาลพิจารณาแล้วพบการละเมิดส่วนใหญ่ตามคำตัดสินของคณะกรรมการและมีการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาทของกิจการ รวมทั้งคำตัดสินของ General Court เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน

⁴⁴⁴ Case 40/73 Suiker Unie v Commission [1975] ECR 1663, paras 173-174.

⁴⁴⁵ Case C-49/92 Commission v Anic Partecipazioni SpA [1999] ECRI-4125, para 121.

⁴⁴⁶ Case T-25/95 etc Cimenteries CBR and Others v Commission [1992] ECR 11-2667, para 1849.

⁴⁴⁷ Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, paras 58-62.

⁴⁴⁸ Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission.

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า “ตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานได้แสดงให้เห็นว่ากิจการที่เข้าร่วมการประชุมซึ่งมีข้อตกลงที่เมื่อบรรลุผลแล้วเป็นการต่อต้านการแข่งขัน โดยปราศจากการต่อต้านอย่างชัดแจ้ง พิสูจน์ให้เห็นว่ากิจการมีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน ในกรณีที่กิจการเข้าร่วมการประชุมที่ถูกจัดขึ้น กิจการสามารถเสนอพยานหลักฐานแสดงถึงการร่วมประชุมซึ่งปราศจากเจตนาที่จะต่อต้านการแข่งขันได้ โดยพิสูจน์ให้เห็นว่าคู่แข่งที่ได้เข้าร่วมประชุมนั้นมีเจตนาที่แตกต่างจากเจตนาของตนเอง”⁴⁴⁹

“เหตุผลที่สำคัญและเป็นรากฐานของกฎหมายคือการใช้ร่วมกันในการประชุมโดยไม่มีระยะสาธารณสุข (Public distancing) โดยตนเอง และเนื้อหาที่ประชุมกันเกี่ยวกับการที่กิจการกำหนดให้ผู้เข้าร่วมคนอื่น ๆ เชื่อถือโดยลงนามตัดสินใจที่จะปฏิบัติตาม”⁴⁵⁰

หลักการของกฎหมายบังคับใช้กับการมีส่วนร่วมในการนำไปปฏิบัติตามข้อสัญญา “เพื่อพิสูจน์ว่ากิจการมีส่วนร่วมในข้อตกลงดังกล่าว คณะกรรมการต้องแสดงให้เห็นว่า กิจการมีเจตนาที่จะสนับสนุนตามข้อตกลงโดยดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ และตระหนักถึงการดำเนินการตามแผนที่วางไว้หรือการดำเนินงานโดยกิจการอื่นซึ่งเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกันหรือที่สามารถคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผลและมีการเตรียมพร้อมสำหรับความเสี่ยงนั้น”⁴⁵¹

“ในคดีนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับโดยปริยาย เนื่องจากเริ่มดำเนินการที่ผิดกฎหมายและไม่มีระยะสาธารณสุขโดยตนเองหรือไม่มีการรายงานไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งยังมีการส่งเสริมและเพิ่มประสิทธิภาพในการละเมิดปรากฏการประนีประนอมกันเมื่อพบการละเมิดกฎหมาย ทั้งนี้ การสมรู้ร่วมคิดอาจเกิดจากการไม่ได้แย่งการมีส่วนร่วมในการละเมิด กิจการจึงมีความรับผิดชอบตามกฎหมายในบริบทของข้อตกลง”⁴⁵²

ข้อเท็จจริงที่ว่ากิจการมิได้ดำเนินการตามผลลัพธ์ของที่ประชุมที่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขัน มิได้เป็นการลดความรับผิดชอบจากการมีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน เว้นแต่จะปรากฏว่ากิจการนั้นมีระยะสาธารณสุขโดยตนเองจากการตกลงกันในที่ประชุม ในทำนองเดียวกัน หากกิจการมิได้มีส่วนร่วมในทุกแง่มุมของการต่อต้านการแข่งขันตาม

⁴⁴⁹ Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission, para 81.

⁴⁵⁰ Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission, para 82.

⁴⁵¹ Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission, para 83.

⁴⁵² Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission, para 84.

แผนการหรือมีบทบาทเพียงเล็กน้อยและมีได้เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการแข่งขัน ปัจจัยเหล่านี้จะถูกนำมาพิจารณาในการประเมินความร้ายแรงของการละเมิดและเมื่อมีการพิจารณาค่าปรับเท่านั้น⁴⁵³

คดี CISAC v Commission⁴⁵⁴

ข้อเท็จจริง สมาพันธ์แห่งสมาคมผู้สร้างสรรค์และนักแต่งเพลงระหว่างประเทศ (International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC)) เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไร และเป็นตัวแทนในการรวบรวมสมาคมและจัดการสิทธิของนักประพันธ์กว่า 100 ประเทศ กิจกรรมส่วนหนึ่งของ CISAC คือการร่างสัญญาในรูปแบบที่ไม่มีผลผูกพัน เพื่อใช้ในการรวบรวมสมาคมโดยอาศัยความเชื่อใจว่าสมาชิกเข้าสู่อการเป็นตัวแทนซึ่งกันและกันตามข้อตกลง (Reciprocal Representation Agreements (RRAs)) คณะกรรมการได้ยกประเด็นเกี่ยวกับการแบ่งพื้นที่ที่ได้รับการสนับสนุนโดยข้อตกลง RRAs ดังนั้น CISAC จึงแก้ไขข้อตกลงเพื่อยกเลิกการแบ่งพื้นที่ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการยกเลิกข้อกำหนดเรื่องการผูกขาดพื้นที่ แต่การรวบรวมสมาคมยังคงดำเนินต่อไปภายใต้การแบ่งพื้นที่ คณะกรรมการระบุว่ารวบรวมสมาคมแตกต่างกันในแง่ของประสิทธิภาพและค่าใช้จ่ายในการบริหารบทละครหรือบทเพลงซึ่งเป็นที่รู้จักดี (Repertoires) ผู้สร้างสรรค์และนักแต่งเพลงควรเห็นความสำคัญของการยอมอนุญาตใช้สิทธิตามกฎหมาย (Licences) ให้ครอบคลุมพื้นที่ที่กว้างขึ้น มิใช่เพียงปฏิบัติตามข้อบังคับของสมาคมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมสมาคมหนึ่งในบางภูมิภาคเพื่อเพิ่มการจัดสรรงานประพันธ์และค่าตอบแทนของผู้ประพันธ์เท่านั้น ดังนั้น การจ่ายค่าตอบแทนโดยการแบ่งพื้นที่จึงไม่สอดคล้องกับสภาวะตลาดปกติ และการดำเนินการแบบคู่ขนานของการรวบรวมสมาคมชี้ให้เห็นว่ามีการปฏิบัติร่วมกันซึ่งขัดกับมาตรา 101 TFEU

คำพิพากษา ประเด็นเรื่องการพิสูจน์ตามมาตรา 2 ของ Regulation No. 1/2003 และคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานได้กำหนดให้คณะกรรมการเมื่อตรวจพบการละเมิดใด ๆ ในบริบทที่ไม่แน่ชัดศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กิจการหากมีคำพิพากษาดัดสันว่ามีการละเมิดหลักเกณฑ์คำพิพากษาดังกล่าวต้องถูกแก้ไข เนื่องจากเป็นไปตามข้อสันนิษฐานที่ว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence) ซึ่งเป็นผลมาจาก

⁴⁵³ Case C-204/00 P Aalborg Portland and Others v Commission, para 85-86.

⁴⁵⁴ Case T-442/08 CISAC v Commission.

มาตรา 2 (6) ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ข้อสันนิษฐานที่ว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์เป็นหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นไปตามคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานของศาลยุติธรรมทั้งยังเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายสหภาพยุโรป คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานนั้นได้รับการพัฒนาจากคดีที่คณะกรรมการได้มีการกำหนดโทษปรับให้เหมาะสม ขณะที่ในปัจจุบันคดีที่ตรวจพบการละเมิด ทำยที่สุดแล้วอาจมิได้มีการกำหนดโทษปรับ⁴⁵⁵

“คณะกรรมการต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่ชัดเจนและสอดคล้องว่ามีการละเมิดเกิดขึ้น⁴⁵⁶ และเพื่อพิสูจน์ว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้นต้องพิสูจน์ในประเด็นว่าการละเมิดตามที่กล่าวหาเป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้ความหมายของมาตรา 101 TFEU อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานที่เกิดขึ้นทุกรายการ คณะกรรมการเพียงแต่พิสูจน์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดสัมพันธ์ทุกแง่มุมของการละเมิด หากสิ่งนั้นมีลักษณะเฉพาะ (Indicia) และคณะกรรมการเห็นว่าเป็นไปตามข้อกำหนดทั้งหมดก็เพียงพอแล้ว”⁴⁵⁷

คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานชี้ให้เห็นว่า การแสดงถึงความมีอยู่ของการปฏิบัติหรือข้อตกลงต่อต้านการแข่งขันต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่เกิดขึ้นพร้อมกันและต้องมีลักษณะเฉพาะ มิเช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่หลักฐานไม่สมเหตุสมผลพอที่จะแสดงถึงการละเมิดหลักเกณฑ์การแข่งขัน⁴⁵⁸

ในคดี LVM v Commission⁴⁵⁹ ศาลวางหลักว่า เหตุผลของคณะกรรมการอยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐานว่าข้อเท็จจริงตามที่ยอมรับกันในคำตัดสินไม่สามารถอธิบายถึงสิ่งอื่นได้นอกเหนือจากการเห็นพ้องต้องกันระหว่างกิจการ ซึ่งเป็นการเพียงพอแล้วสำหรับผู้ซื้อที่แสดงถึงเหตุที่แตกต่างในการปฏิเสธข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ อย่างไรก็ตาม ศาลวางหลักว่าคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานของการร่วมกันระหว่างกิจการได้ ตามหลักการแล้ว

⁴⁵⁵ Case T-442/08 CISAC v Commission, paras 91-4.

⁴⁵⁶ Case T-44/02: Dresdner Bank AG v Commission of the European Communities, para 62.

⁴⁵⁷ Case T-442/08 CISAC v Commission, paras 96-97.

⁴⁵⁸ Case T-442/08 CISAC v Commission, para 98.

⁴⁵⁹ Case T-305/94 Limburgse Vinyl Maatschaap and Others v Commission ('PVC II').

ไม่เพียงแต่ตรวจพบการดำเนินการตลาดแบบคู่ขนานเท่านั้นแต่จะต้องมีเอกสารที่แสดงว่าการปฏิบัติดังกล่าวเป็นผลมาจากการร่วมกัน ในสถานการณ์เช่นนี้ ภาระการพิสูจน์จะอยู่ที่ฝ่ายผู้ขอ ไม่เพียงแต่การส่งคำอธิบายต่าง ๆ เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ตรวจพบโดยคณะกรรมการเท่านั้น แต่ยังต้องพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อเท็จจริงตามเอกสารที่ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการ⁴⁶⁰ ในคดีนี้พยานหลักฐานที่คณะกรรมการพบไม่เพียงพอที่จะแสดงถึงการมีอยู่ของการละเมิดที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งอาณาเขตโดยพยานหลักฐานอื่นที่พบมีเพียงการดำเนินงานแบบคู่ขนานเท่านั้น⁴⁶¹

พฤติกรรมแบบคู่ขนานที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกัน (Parallel behaviour establishing concerted practice)

เมื่อคณะกรรมการไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามมาตรฐานทางกฎหมายที่กำหนดถึงความมีอยู่ของการกระทำร่วมกันระหว่างการรวบรวมสมาชิกเพื่อแก้ไขการแบ่งอาณาเขต จึงมีความจำเป็นต้องตรวจสอบว่าคณะกรรมการได้จัดหาพยานหลักฐานอย่างเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงการรวบรวมสมาชิกซึ่งเป็นการดำเนินงานแบบขนานหรือไม่⁴⁶²

คดีนี้คณะกรรมการมิได้พิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการกระทำร่วมกันโดยอาศัยปัจจัยอื่นนอกเหนือจากการดำเนินงานแบบขนาน ควรพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่าศาลตั้งภาระการพิสูจน์ในระดับที่สูง ในกรณีนี้ถือว่า “มีข้อสงสัยใด ๆ จะต้องยกประโยชน์ให้แก่กิจการ” โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าคำตัดสินที่ตรวจพบการละเมิดมีโทษปรับหรือไม่ เช่นเดียวกับในคดี *Monsanto Co. v Spray-Rite Service Corp*⁴⁶³ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาวางหลักว่า “ความแตกต่างพื้นฐานระหว่างการกระทำร่วมกัน การปฏิบัติที่เป็นอิสระ ความแตกต่างในแง่คู่สัญญา ศาลมิได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจน เนื่องจากมาตรา 1 ของ Sherman Act กำหนดให้มี “สัญญา การร่วมกันหรือการสมคบกัน” ระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายอื่น ๆ ที่ทำให้เกิดการละเมิด มาตรฐานของพยานหลักฐานในการพิสูจน์ถึงการกระทำร่วมกัน คือพยานหลักฐานดังกล่าวต้องมีแนวโน้มว่าจะตัดความเป็นไปได้ของการที่การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยอิสระของคู่สัญญา กล่าวคือต้องมีพยานหลักฐานโดยตรงหรือพยานหลักฐานตามพฤติการณ์ที่สมเหตุสมผลไปในทางที่พิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญามีความตระหนักรู้ถึงข้อตกลงร่วมกันของกลุ่ม (Commitment) ซึ่งออกแบบเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย”

⁴⁶⁰ Case T-442/08 CISAC v Commission, para 99.

⁴⁶¹ T-442/08 CISAC v Commission, paras 102-31.

⁴⁶² T-442/08 CISAC v Commission, paras 132-133.

⁴⁶³ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

การจำแนกการร่วมกันทำละเมิดกับการละเมิดเพียงลำพังอย่างต่อเนื่อง (Joint Classification and Single Continuous Infringement)⁴⁶⁴

กรณีที่ต้องจัดการกับความซับซ้อนของระดับความแตกต่างในการตกลงร่วมกัน สามารถพิสูจน์ถึงการร่วมกันโดยไม่จำเป็นต้องแยกความแตกต่างระหว่างข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกัน นอกจากนี้คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องกำหนดระดับการมีส่วนร่วมที่แน่นอนของสมาชิกแต่ละรายและอาจพึ่งพาแนวคิดของ ‘การละเมิดอย่างต่อเนื่อง’ การใช้แนวคิดดังกล่าวเพียงแต่กำหนดให้คณะกรรมการต้องแสดงให้เห็นว่ากิจการนั้นตระหนักรู้หรือสามารถคาดเห็นได้อย่างสมเหตุสมผลว่าการกระทำมีลักษณะที่ผิดกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เป็นการละเมิด

คดี BASF AG and UCB SA v Commission⁴⁶⁵

ข้อเท็จจริง การอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการที่อ้างว่า กิจการจำนวนมากมีการละเมิดมาตรา 101 TFEU โดยมีส่วนร่วมในข้อตกลงการกำหนดราคาที่ซับซ้อนและการกระทำร่วมกันในการแบ่งตลาดและการกระทำการตามที่ตกลงกันซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดโคลีนคลอไรด์ (Choline Chloride)⁴⁶⁶

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การละเมิดมาตรา 101 TFEU อาจเป็นผลมาจากการกระทำที่ต่อเนื่องหรือจากการดำเนินการอย่างต่อเนื่องซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของแผนทั้งหมด เนื่องจากมีเพียงวัตถุประสงค์เดียวคือปฏิบัติตามแผนการซึ่งมีผลเป็นการบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาด ในกรณีเช่นนี้คณะกรรมการสามารถกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการกระทำเหล่านั้นบนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมในการละเมิดโดยพิจารณาจากภาพรวมทั้งหมด⁴⁶⁷ แม้กิจการที่เกี่ยวข้องอาจมีส่วนร่วมโดยตรงแม้เพียงบางส่วนซึ่งเป็นองค์ประกอบของการละเมิดก็ตาม⁴⁶⁸ ในทำนองเดียวกัน ข้อเท็จจริงที่ว่ากิจการที่แตกต่างก็มีบทบาทที่แตกต่างกันออกไปในการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์

⁴⁶⁴ Ariel Ezrachi, *Eu Competition Law*, p. 59.

⁴⁶⁵ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission.

⁴⁶⁶ Case COMP / E-2 / 37.533 - Choline Chloride.

⁴⁶⁷ Case C-204/00 P - Aalborg Portland and Others v Commission, para 66, 258.

⁴⁶⁸ Case T-305/94 Limburgse Vinyl Maatschaap and Others v Commission ('PVC II'), para 159, 773.

ทั่วไปแต่ไม่ได้หมายความว่าไม่มีวัตถุประสงค์ในลักษณะต่อต้านการแข่งขัน ดังนั้น แต่ละกิจการจึงอาจสนับสนุนการละเมิดโดยที่ดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ทั่วไปได้⁴⁶⁹

กิจกรรมการตกลงร่วมกันที่ต่อต้านการแข่งขันในระดับโลกและระดับยุโรป ซึ่งแต่ละกิจกรรมเป็นการทำละเมิดโดยลำพังและต่อเนื่อง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ทั่วไปแต่ประกอบด้วย การบิดเบือนการพัฒนาตลาดตามปกติ เป็นลักษณะที่ทำให้ข้อตกลงต่าง ๆ และการกระทำร่วมกันมี องค์ประกอบของการละเมิดโดยลำพัง การกระทำเหล่านั้นโดยลักษณะที่แท้จริงเป็นการส่งเสริม การละเมิด⁴⁷⁰

คณะกรรมการใช้ทฤษฎีโดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าข้อตกลงระดับโลก และยุโรปนั้นเป็น “การเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิด” ทั้งนี้ ต้องพิจารณาถึงความเชื่อมโยงที่น่าสงสัยดังกล่าว เช่น ระยะเวลาของการใช้ เนื้อหา (ซึ่งรวมถึงวิธีการใช้) และความสัมพันธ์ในวัตถุประสงค์ของข้อตกลง ต่าง ๆ และการกระทำร่วมกันที่เป็นปัญหา⁴⁷¹ มีข้อสังเกตว่าข้อตกลงในการแบ่งตลาดยุโรปถูก นำมาใช้โดยไม่ปรากฏข้อตกลงใด ๆ ที่ห้ามการส่งออกจากสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ ภายหลังจากข้อโต้แย้งของ คณะกรรมการเรื่องความเชื่อมโยงของการแบ่งของตลาดของโลกและยุโรปไม่ได้รับการยอมรับ⁴⁷²

ท้ายที่สุดพยานหลักฐานของคณะกรรมการไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ผลิต ในยุโรปได้เข้าร่วมทำข้อตกลงในการแบ่งตลาด EEA หรือมีเจตนาจะเตรียมการเพื่ออำนวยความสะดวกในการจัดสรรตลาด EEA ในภายหลัง⁴⁷³ ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการขาดหลักฐาน ในการแสดงว่าผู้ผลิตในยุโรปเจตนาที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงเพื่อแบ่งตลาด EEA และไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ผลิตในยุโรปได้ทำการละเมิดมาตรา 101(1) TFEU อีกทั้งมิใช่การละเมิดโดยลำพังและ ต่อเนื่อง ดังนั้น คำตัดสินของคณะกรรมการจึงถูกยกฟ้อง⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, para 161.

⁴⁷⁰ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, paras 197, 177-9.

⁴⁷¹ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, para 181.

⁴⁷² Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, paras 182-183.

⁴⁷³ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, para 203.

⁴⁷⁴ Case T-111/05 BASF AG and UCB SA v Commission, para 209.

3. การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการ (Decisions by associations of undertakings)

การประสานงานระหว่างผู้ประกอบการอาจกระทำผ่านสื่อกลางของสมาคมการค้า โดยสมาคมการค้าอาจมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกรณีที่มีการตกลงร่วมกันประกอบด้วยบริษัทจำนวนมาก การปฏิบัติตามกฎของการตกลงร่วมกันจึงถูกตรวจสอบ โดยเฉพาะในกรณีที่มีบริษัทจำนวนมาก ไม่มากสมรู้ร่วมคิดกัน การตรวจสอบว่าผู้สมรู้ร่วมคิดดำเนินการสิ่งใดอยู่จึงทำได้ง่าย สมาคมการค้า อาจมีหน้าที่เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันที่ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนตามมาตรา 101(1) โดยห้าม “การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการ” ที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน

แนวคิดของคำว่า “สมาคม (Association)” ตามมาตรา 101(1) ถูกตีความอย่างกว้างขวาง เนื่องจากประกอบด้วย การร่วมมือกัน (Co-operatives) องค์กรกำกับดูแลด้านวิชาชีพ (Professional regulatory bodies) สมาคม (Association) ไม่ว่าจะสมาคมจะมีสภาพเป็นนิติบุคคลหรือไม่ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงสมาคมซึ่งไม่หวังผลกำไร

การตัดสินใจ (Decisions) เป็นผลลัพธ์จากสมาคม (Association) โดยทั่วไปแล้ว การตัดสินใจร่วมกันจะประกอบด้วย ข้อบังคับในการก่อตั้งและดำเนินงานของบริษัท (Incorporation) หรือโดยกฎหมาย หรือโดยกฎของสมาคมการค้า (Trade associations)⁴⁷⁵

ถ้อยคำว่า “การตัดสินใจ (Decisions)” มีความหมายกว้างเพื่อปรับใช้กับการกระทำของสมาคมที่ทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมประสานงานสมาชิกหรือผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ สิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ถูกวางหลักว่าเป็นการตัดสินใจ

(1) ระเบียบข้อบังคับของสมาคมการค้า (The constitution of a trade association)⁴⁷⁶

(2) ข้อบังคับเกี่ยวกับการดำเนินงานของสมาคม (Regulations governing the operation of an association)⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Case COMP 29.373, Visa International — Multilateral Interchange Fee OJ [2002] L318/17, para 55.

⁴⁷⁶ Case Re ASPA JO [1970] L 148/9; National Sulphuric Acid Association OJ [1980] L260/24.

(3) ข้อตกลงที่ทำโดยสมาคม (An agreement entered into by an association)

(4) ข้อเสนอแนะของสมาคม หากสมาชิกมีแนวโน้มที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำที่ได้ให้ไว้และการปฏิบัติตามคำแนะนำเช่นนั้นถือว่ามีนัยสำคัญต่อการแข่งขัน⁴⁷⁸

ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าคำแนะนำของสมาคมมิได้มีผลผูกพันกับสมาชิกหรือสมาชิกมิได้มีการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ ไม่มีผลต่อการปรับใช้มาตรา 101

การปรับใช้มาตรา 101(1) กับการตัดสินใจหมายความว่า ในกรณีที่คณะกรรมการประสงค์จะกำหนดค่าปรับแก่สมาคม สมาคมการค้าอาจมีความรับผิดและถูกปรับ นอกจากสมาชิกจะสามารถแถลงได้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ การตัดสินใจมิได้รับความคุ้มกัน (Immunity) เพราะเหตุที่ว่าภายหลังได้รับการอนุญาตและขยายขอบเขตโดยหน่วยงานรัฐ ในคดี *FNCBV v Commission*⁴⁷⁹ General Court พิพากษาขึ้นตามคำตัดสินของคณะกรรมการที่ระบุว่า ในฐานะผู้ประกอบการเกษตรกรรมและผู้เพาะพันธุ์ซึ่งมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจและทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจสหภาพการค้าและกลุ่มสหพันธ์ที่รวมเข้าด้วยกันเป็นสมาคมผู้ประกอบการ ในคดีนี้ศาลมีคำสั่งปรับสหพันธ์แทนที่จะมีคำสั่งปรับผู้ประกอบการเป็นรายบุคคลโดยศาลลดค่าปรับให้เพียงเล็กน้อย ทั้งนี้ คณะกรรมการอาจพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของสมาชิกจากสมาคมการค้า แม้สมาคมการค้าจะไม่มีอำนาจในการผูกพันสมาชิก แต่ในทางปฏิบัติสมาคมเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลประโยชน์ของสมาชิกและการร่วมมือกันระหว่างสมาชิก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

คดี *Daimler Chrysler AG v Commission*⁴⁸⁰

ข้อเท็จจริง การดำเนินการเพื่อยกเลิกคำตัดสินของคณะกรรมการในคดี *Mercedes-Benz*⁴⁸¹ คณะกรรมการพบว่าเมอร์เซเดส-เบนซ์และบริษัทลูกสองแห่งละเมิดมาตรา 101 (1) TFEU โดยเกี่ยวข้องข้อขัดข้องต่อการแข่งขันหลายประเภทในเรื่องการขายปลีกรถยนต์โดยสาร (Passenger cars) คำตัดสินของคณะกรรมการได้อ้างถึงข้อตกลงระหว่างเมอร์เซเดส-เบนซ์

⁴⁷⁷ Case Publishers Association— Net Book Agreements [1989] OJ L22/12.

⁴⁷⁸ Case 96/82 etc. IAZ International Belgium NV v Commission [1983].

⁴⁷⁹ Cases T-217/03 and T-245/03 FNCBV v Commission.

⁴⁸⁰ Case T-325/01 Daimler Chrysler AG v Commission of the European Communities.

⁴⁸¹ Case COMP/36.264 —Mercedes-Benz.

เบลเยียม (Mercedes-Benz Belgium SA (MBBel)) และสมาคมตัวแทนจำหน่ายของเมอร์เซเดส-เบนซ์ เบลเยียม ซึ่งทำการจำกัดส่วนลดยานพาหนะและมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาในเบลเยียม

ผู้อุทธรณ์คัดค้านการตรวจสอบของคณะกรรมการและโต้แย้งว่าสมาคมตัวแทนจำหน่ายของเมอร์เซเดส-เบนซ์ เบลเยียม มิได้มีอำนาจในการตัดสินใจที่จะผูกมัดสมาชิกและเข้าทำข้อตกลงต่อต้านการแข่งขัน

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อกิจการมีส่วนร่วมในการประชุมที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขันอย่างชัดเจน กิจการต้องพิสูจน์ถึงพยานหลักฐานว่าการมีส่วนร่วมในการประชุมนั้นไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขันโดยแสดงให้เห็นถึงสิ่งที่บ่งชี้ว่าคู่แข่งได้เข้ามามีส่วนร่วมในการประชุมด้วยจิตวิญญานที่แตกต่างกัน ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานที่แสดงถึงระยะห่างนั้น ไม่สามารถอ้างข้อเท็จจริงที่ว่ากิจการมิได้ปฏิบัติตามผลลัพธ์ที่ได้จากการประชุม เนื่องจากไม่เป็นการลดความรับผิดชอบในข้อเท็จจริงที่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกัน⁴⁸²

คณะกรรมการไม่สามารถหาหลักฐานพิสูจน์ได้ว่า MBBel ปรากฏตัวในการประชุมของสมาคมตัวแทนจำหน่ายซึ่งมีการลดราคาและเจตนาที่จะดำเนินการเพื่อตรวจจับและป้องกันส่วนลดต่าง ๆ ทั้งนี้ คณะกรรมการอ้างว่า MBBel ไม่มีระยะสาธารณะโดยตนเองจากการอภิปรายดังกล่าวและแนะนำให้ผู้เข้าร่วมยอมรับการตัดสินใจของที่ประชุม และเจตนาที่จะมีส่วนร่วมผ่านการดำเนินการของตนเองเพื่อวัตถุประสงค์ร่วมกันของการประชุม⁴⁸³

“การพิจารณาข้อโต้แย้งที่ว่าสมาคมตัวแทนจำหน่ายไม่มีอำนาจในการตัดสินใจที่จะผูกพันสมาชิก เพียงแต่การกำหนดข้อเสนอแนะเท่านั้น คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานแสดงให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าว อาจถือเป็นการตัดสินใจของสมาคมของกิจการซึ่งอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ตามมาตรา 101 TFEU แม้จะไม่ผูกพันกับสมาชิกที่เกี่ยวข้อง แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตที่สมาชิกตัดสินใจยอมปฏิบัติตามข้อกำหนดซึ่งเพียงพอแล้วสำหรับการพิสูจน์ในกรณีนี้ นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าสมาชิกของสมาคมตัวแทนจำหน่ายในเบลเยียมและ MBBel ตัดสินใจประชุม

⁴⁸² Case T-325/01 Daimler Chrysler AG v Commission of the European Communities, para 202.

⁴⁸³ Case T-325/01 Daimler Chrysler AG v Commission of the European Communities, paras 203-7.

ทางจอภาพในวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1995 โดยปลอมแปลงจำนวนการซื้อจากสมาชิกของบริษัทตัวแทนภายนอกและจะมอบส่วนลดเพื่อยานพาหนะรุ่น W 210 และให้ผู้ซื้อไปเยี่ยมชมผู้แทนจำหน่าย ข้อมูลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ามีการดำเนินการตามที่ตัดสินใจเมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1995”⁴⁸⁴

คดี MasterCard Inc., v Commission⁴⁸⁵

ข้อเท็จจริง คณะกรรมการยุโรปพบว่า MasterCard ได้ละเมิดมาตรา 101 TFEU โดยการตั้งระบบค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนพหุภาคี (MIF) สำหรับการชำระเงินผ่านบัตรเครดิตธนาคารข้ามพรมแดน ระบบดังกล่าวนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันระหว่างธนาคารที่เข้าร่วมจัดหาผู้จำหน่ายเพื่อให้บริการโดยสามารถยอมรับค่าธรรมเนียมและบัตรเครดิตของ MasterCard ได้

คณะกรรมการพบว่าระบบค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยน MIF มาจากการตัดสินใจโดยสมาคมของกิจการ และการร้องขอให้การกระทำของ MasterCard เป็นโมฆะนั้นถูกยกฟ้อง ภายหลังจากได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรม หนึ่งในหลายประเด็นคือการจำแนกประเภทของ MIF ในฐานะที่เป็นสมาคมของกิจการ MasterCard โดยอ้างข้อเท็จจริงว่า แม้ก่อนหน้านี้ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2006 MasterCard มีสถาบันการเงินที่เข้าร่วมทั้งหมดเป็นเจ้าของ แต่ภายหลังจากที่ได้เสนอขายหุ้นต่อประชาชนครั้งแรก (IPO) ในตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก มีการปรับโครงสร้างและการกำกับดูแล ดังนั้น คณะกรรมการจึงมีคำตัดสินว่า ภายหลังจากการเสนอขายหุ้น IPO ธนาคารจึงได้มีการควบคุม MasterCard อีกต่อไป และ MasterCard เป็นผู้กำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยน MIF แต่เพียงฝ่ายเดียว

คำพิพากษา ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ถึงแม้มาตรา 101 TFEU จะแยกความแตกต่างระหว่าง “การกระทำร่วมกัน” “ข้อตกลงระหว่างกิจการ” และ “การตัดสินใจโดยสมาคมของกิจการ” โดยมีวัตถุประสงค์ คือ ต้องการใช้ข้อห้ามตามมาตรานี้ตรวจจับรูปแบบ

⁴⁸⁴ Case T-325/01 Daimler Chrysler AG v Commission of the European Communities, para 210.

⁴⁸⁵ C-382/12 P MasterCard and Others v Commission.

การร่วมมือระหว่างกิจการที่ดำเนินงานในตลาดที่แตกต่างกันได้ และเพื่อป้องกันมิให้กิจการหลบเลี่ยงจากหลักเกณฑ์การแข่งขันซึ่งมีการพิจารณาตามรูปแบบการร่วมกันดำเนินงาน⁴⁸⁶

ในช่วงระยะเวลาก่อนการขายหุ้น IPO MasterCard ถูกพิจารณาว่าเป็น “สมาคมของกิจการ” ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ ความเป็นสมาคมยังคงอยู่ภายหลังการขายหุ้น IPO หรือไม่ โดยการตัดสินของ General Court ขึ้นอยู่กับ (1) การรักษาอำนาจในการตัดสินใจของธนาคารที่มีอยู่ใน MasterCard (2) ความมีอยู่ของส่วนได้เสียระหว่างองค์กรและธนาคารเกี่ยวกับปัญหาของ MIF ต่อมา General Court ได้วางหลักว่า ภายหลัง IPO MasterCard ยังคงถูกพิจารณาว่าเป็นสมาคมของกิจการ⁴⁸⁷

General Court วางหลักว่าแม้ธนาคารสมาชิกของ MasterCard มิได้มีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจภายในองค์กรที่เกี่ยวข้องกับ MIF แต่ MasterCard ยังคงดำเนินงานในยุโรปต่อไปในฐานะที่เป็นสมาคมของกิจการ ซึ่งธนาคารมีส่วนร่วมในองค์ประกอบที่สำคัญทั้งหมดของอำนาจการตัดสินใจ General Court เห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการที่ระบุว่า MIF สะท้อนให้เห็นถึงผลประโยชน์ของธนาคาร เพราะธนาคารมีผลประโยชน์ระหว่างผู้ถือหุ้น MasterCard และธนาคาร ในการพิจารณาถึงผลประโยชน์ร่วมกันนั้น General Court ให้เหตุผลว่า ในความเป็นจริงแล้ว MIF ยังคำนึงถึงผลประโยชน์ที่เป็นรูปธรรมของธนาคาร⁴⁸⁸

ในคดีนี้ General Court วางหลักว่า อำนาจการตัดสินใจที่เหลือของธนาคารทั้งสองภายหลังการเสนอขายหุ้น IPO ในเรื่องอื่นนอกเหนือจาก MIF และผลประโยชน์ทั่วไปของ MasterCard ธนาคารทั้งสองแห่งมีความเกี่ยวข้องกัน ย่อมเป็นหลักฐานที่เพียงพอในการพิสูจน์ว่า ภายหลังเสนอขายหุ้น IPO MasterCard ถูกพิจารณาว่าเป็น “สมาคมของกิจการ” การพิจารณาผลประโยชน์และสาเหตุของความสัมพันธ์พิเศษระหว่างธนาคารและ Mastercard สะท้อนให้เห็นถึงผลประโยชน์ทั่วไป ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างธนาคารและ Mastercard มีลักษณะคล้ายแนวตั้ง แม้ในทางปฏิบัติจะมีลักษณะเป็นแนวนอน⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ C-382/12 P MasterCard and Others v Commission, para 63.

⁴⁸⁷ C-382/12 P MasterCard and Others v Commission, paras 64-7.

⁴⁸⁸ C-382/12 P MasterCard and Others v Commission, paras 68-71.

⁴⁸⁹ C-382/12 P MasterCard and Others v Commission, para 72.

ตัวแทนผู้มีอำนาจ (Authorised representatives)⁴⁹⁰

ข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกันซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 101 TFEU อาจเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการในนามของกิจการ แม้ว่าบุคคลหรือตัวแทนดังกล่าวมิได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมในการดำเนินการที่ผิดกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำหรือความเข้าใจระหว่างผู้มอบอำนาจของกิจการ

คดี Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporitelna⁴⁹¹

ในคดีนี้ Sporitelna ยืนยันว่าพนักงานผู้มีส่วนร่วมในการประชุมผู้แทนของธนาคารที่เกี่ยวข้องในวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 2007 ไม่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการดังกล่าว และไม่ปรากฏว่าพนักงานผู้นั้นได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการในการประชุมตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย⁴⁹²

ศาลวางหลักในการพิจารณามาตรา 101 TFEU ว่าไม่จำเป็นต้องมีการกระทำหรือความเข้าใจในส่วนของหุ้นส่วนหรือผู้จัดการที่มีตำแหน่งสูงสุดของกิจการที่เกี่ยวข้อง เพียงแค่มีการกระทำโดยบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการในนามของกิจการก็เพียงพอแล้ว นอกจากนี้ตามที่คณะกรรมการได้แสดงให้เห็นว่าการมีส่วนร่วมในข้อตกลงซึ่งถูกห้ามตามสนธิสัญญา TFEU บ่อยครั้งเกิดจากกรณีที่ตัวแทนของกิจการเข้าร่วมการประชุมโดยมีอำนาจกระทำการละเมิดซึ่งมิได้เป็นไปตามกฎระเบียบหรือหลักเกณฑ์ที่เป็นทางการของกิจการ⁴⁹³

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานตัดสินว่า เมื่อเกิดการที่กิจการมีส่วนร่วมในการประชุมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันระหว่างกิจการที่แข่งขันกัน เป็นหน้าที่ของกิจการที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาแสดงว่าการมีส่วนร่วมในการประชุมนั้นไม่มีเจตนาต่อต้านการแข่งขัน โดยแสดงให้เห็นว่าคู่แข่งที่เข้าร่วมในการประชุมนั้นมีจุดมุ่งหมายที่แตกต่างกัน

⁴⁹⁰ Ariel Ezrachi, *Eu Competition Law*, p. 63.

⁴⁹¹ C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporitelna.

⁴⁹² C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporitelna, para 24.

⁴⁹³ C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporitelna, paras 25-6.

หากกิจการที่มีส่วนร่วมในการประชุมไม่ต้องการมีส่วนร่วมในการต่อต้านการแข่งขันโดยปริยายหรือมีการลงนามในการตัดสินใจนั้น กิจการต้องมีระยะสาธารณะโดยตนเอง อาจแสดงออกในลักษณะที่ผู้มีส่วนร่วมอื่นเห็นว่าเป็นการยุติการมีส่วนร่วม หรือต้องรายงานถึงการเริ่มต้นการต่อต้านการแข่งขันนี้ ต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁴⁹⁴



⁴⁹⁴ C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľna, para 27.

3.4 ประเทศญี่ปุ่น (Japan)

ในปี ค.ศ. 1868 ตั้งแต่สมัยเมจิจนถึงช่วงเวลาก่อนสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลญี่ปุ่นเริ่มก่อตั้งบริษัทขึ้นเพื่อให้เข้าทำกิจการในหลาย ๆ อุตสาหกรรม ได้แก่ เหมืองแร่ การต่อเรือ การผลิตกระดาษ การทอผ้า การผลิตเครื่องจักรกล ซึ่งประสบความสำเร็จเป็นอย่างมาก ภายหลังรัฐบาลต้องการเปลี่ยนนโยบายโดยให้เอกชนดำเนินการเอง จึงทยอยขายกิจการให้แก่เอกชนทั้งหมด รัฐบาลญี่ปุ่นยุคนั้นได้ออกกฎหมายส่งเสริมให้มีการประกอบธุรกิจในรูปแบบของการตกลงร่วมกัน (Cartel) และสมาคมทางการค้า (Trade association) เช่น การส่งเสริมให้ผู้ส่งออกทำการตกลงร่วมกัน เพื่อสามารถส่งสินค้าออกไปนอกประเทศได้โดยไม่ต้องตัดราคากัน เป็นต้น

นอกจากตัวรัฐบาลญี่ปุ่นเองจะเข้ามาบีบบังคับในการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศแล้ว กลุ่มธุรกิจ (Combination) ที่ส่งผลให้เกิดการกระจุกตัวทางอุตสาหกรรมอย่างมาก คือ กลุ่มไซบัตสึ (Zaibatsu) ซึ่งประกอบด้วยบริษัทใหญ่ ๆ เช่น Mitsui Yasuda Mitsubishi และ Sumitomo เป็นต้น⁴⁹⁵ กลุ่มเหล่านี้มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูง เนื่องจากได้รับสิทธิพลจากรัฐบาลที่ 1880 จากนโยบายที่รัฐบาลเมจิกระตุ้นให้เอกชนเข้าไปพัฒนาอุตสาหกรรมหนัก เหตุที่กลุ่มไซบัตสึก้าวหน้าอย่างรวดเร็วขึ้น เพราะกลุ่มไซบัตสึต่างมีพื้นฐานมาจากชนชั้นสูงและชามูไร⁴⁹⁶ ส่งผลให้กลุ่มดังกล่าวมีความสัมพันธ์อันดีกับบริษัทแม่ของญี่ปุ่นอย่างเสมอมา อาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์เช่นนี้ได้สร้างระบบอุปถัมภ์ระหว่างไซบัตสึและบริษัทแม่ ส่งผลให้ไซบัตสึพัฒนาจนกลายเป็นกลุ่มทุนที่ผูกขาดกิจการทางการเงิน พาณิชยกรรม และอุตสาหกรรม ซึ่งแต่ละธุรกิจล้วนส่งผลต่อเศรษฐกิจการเมืองของญี่ปุ่นอย่างสูง⁴⁹⁷ เห็นได้ชัดเจนว่าในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นยังไม่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและนอกจากนี้จะเห็นได้ว่าการผูกขาดเศรษฐกิจอย่างชัดเจน

ต่อมาเมื่อประเทศญี่ปุ่นได้พ่ายแพ้ให้สงครามโลกครั้งที่ 2 นโยบายเศรษฐกิจตามแนวทางประชาธิปไตยได้ถูกกำหนดขึ้น โดยญี่ปุ่นต้องดำเนินการ 3 ประการ ได้แก่ การปฏิรูปที่ดินเพื่อ

⁴⁹⁵ Mitsuo Matsushita, Introduction to Japanese Antimonopoly Law (Yuhikaku Publishing Co. Ltd., 1990), p. 2.

⁴⁹⁶ มนัส เกียรติธำลัย์, "ไซบัตสึ : อิทธิพลต่อเศรษฐกิจการเมืองของญี่ปุ่น," วารสารมหาวิทยาลัยศิลปากร ฉบับที่ 1 (2550): 53.

⁴⁹⁷ วทัญญู ใจบริสุทธิ์ และ วราจคณา ก่อเกียรติพิทักษ์, "การศึกษาปัจจัยทางเศรษฐกิจที่มีผลต่อความพ่ายแพ้ของญี่ปุ่นในสงครามโลกครั้งที่ 2," วารสารญี่ปุ่นศึกษา (Japanese Studies Journal) ปีที่ 26 ฉบับที่ 1 (2552): หน้า 141-142.

การเกษตร เพื่อให้ชาวนามีโอกาสเป็นเจ้าของที่ดินได้ด้วยตนเอง การจัดให้มีกฎหมายแรงงานที่เป็นธรรมต่อลูกจ้างและการกระจายอำนาจทางเศรษฐกิจและการออกกฎหมายเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการสร้างอำนาจทางเศรษฐกิจโดยมิชอบ⁴⁹⁸

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ การออกกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการสร้างอำนาจทางเศรษฐกิจโดยมิชอบนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นได้ทำการออกกฎหมายพิเศษ (The Law to Elimination Excessive Concentration of Economic Power) เพื่อเป็นการทำลายอำนาจของบรรดากลุ่มไชนับัตสึ โดยกฎหมายนี้ส่งผลให้บริษัทใหญ่ ๆ ของไชนับัตสึ ถูกแยกออกเป็นบริษัทลูก และได้ยุบ Holding company ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของไชนับัตสึด้วย หลังจากดำเนินการดังกล่าวเสร็จก็ได้ดำเนินการร่างกฎหมายกับ The General Headquarter Staff of the Allied Forces เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเสรีในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยมุ่งให้กฎหมายนี้สามารถที่จะขจัดและป้องกันการผูกขาด การจำกัดทางการค้า การรวมการควบคุมนโยบายและการบริหารธุรกิจในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และให้หลักประกันว่าธนาคารพาณิชย์จะไม่ประกอบกิจการพาณิชย์ การอุตสาหกรรม และการเกษตร ด้วยตนเอง ร่างกฎหมายดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1947 และเริ่มมีผลใช้บังคับในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 1947⁴⁹⁹ กฎหมายนี้มีชื่อว่า The Antimonopoly Act

3.4.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น

ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง (Pre-World War II)⁵⁰⁰

“ผู้ประกอบการอิสระ (Free enterprise)” และ “การแข่งขันโดยเสรี (Free competition)” เป็นแนวคิดที่ค่อนข้างใหม่ในชุมชนธุรกิจญี่ปุ่นหลังจากการฟื้นฟูเมจิในปี ค.ศ. 1868 วัตถุประสงค์พื้นฐานของรัฐบาลญี่ปุ่นและอุตสาหกรรมคือการเรียนรู้และเข้าถึงความเท่าเทียมกันทางอุตสาหกรรมกับประเทศตะวันตกเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้รัฐบาลญี่ปุ่นจึงดำเนินโครงการพัฒนาอุตสาหกรรมที่มีแรงจูงใจสูง ตัวอย่างหนึ่งคืออุตสาหกรรมเหล็กที่มีการจัดตั้งโรงงานเหล็กที่กำกับดูแลโดยรัฐบาล ต่อมาบริษัทเหล่านี้ถูกแปรรูปและกลายเป็น Japan Steel Corporation ใน

⁴⁹⁸ Mitsuo Matsushita, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law*, p. 2.

⁴⁹⁹ สุธีร์ ศุภินิตย์ และคณะ, *รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย*, หน้า 131.

⁵⁰⁰ Mitsuo Matsushita, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law*, pp. 1-2.

พื้นที่อื่น ๆ รัฐบาลได้ออกกฎหมายอนุญาตให้มีการตกลงร่วมกันและสมาคมการค้าเพื่อใช้ในการควบคุมภาคอุตสาหกรรมและดำเนินนโยบายของรัฐบาล

นอกเหนือจากกฎระเบียบทางเศรษฐกิจที่เข้มงวดของรัฐบาล “ไซบัตสุ (Zaibatsu)” หรือการรวมอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ก็เป็นลักษณะเฉพาะเศรษฐกิจทางภูมิประเทศก่อนสงคราม ไซบัตสุเป็นกลุ่มของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจจากธนาคารถ่านหินเหล็ก อุตสาหกรรมหนัก การค้า ความปลอดภัยและภาคอื่น ๆ ผู้ประกอบธุรกิจจากสาขาต่าง ๆ เป็นสมาชิกครอบครัวของบริษัท (เช่น มิตซูชิ, มิตซูบิชิ, ซุมิโตโม) และมักจะถูกควบคุมโดยบริษัทแม่ (Holding company) เช่น ใน Mitsui Zaibatsu สำนักงานใหญ่ของมิตซูชิเป็นเจ้าของ Mitsui Trading Company, Mitsui Bank และบริษัทอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ Mitsui Zaibatsu ในปี ค.ศ. 1942 ได้มีมิตซูชิทั้งหมด 17 แห่งที่ผสมผสานการมีอิทธิพลอย่างมากในหลายพื้นที่ของอุตสาหกรรมญี่ปุ่น เนื่องจากการยากที่จะสร้าง “ผู้ประกอบธุรกิจอิสระ” หรือ “การแข่งขันเสรี” ภายใต้สถานการณ์เช่นนี้ ช่วง 80 ปีระหว่างการฟื้นฟูเมจิและบทสรุปของสงครามแปซิฟิกจึงอาจเรียกได้ว่าเป็นช่วงเวลาที่รัฐบาลควบคุมอย่างเข้มงวด

นโยบายประชาธิปไตยในเชิงเศรษฐกิจ (The Economic Democratization Policy)⁵⁰¹

การสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่สอง อุตสาหกรรมแทบทั้งหมดของญี่ปุ่นถูกทำลาย การพัฒนาอุตสาหกรรมใด ๆ ล้วนแล้วแต่เริ่มต้นด้วยความยากลำบาก ญี่ปุ่นถูกครอบครองโดยกองกำลังพันธมิตรซึ่งมีสหรัฐฯเป็นผู้นำ กองกำลังดังกล่าวมีเจตนาที่จะสร้างเศรษฐกิจของญี่ปุ่นบนพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจผ่านการแนะนำตาม “Economic Democratization Policy” นโยบายนี้ประกอบด้วยสามส่วนหลัก ได้แก่ (1) การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (2) กฎหมายแรงงาน และ (3) โปรแกรมการกระจายอำนาจและการออกกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมถูกออกแบบมาเพื่อยกเลิกการเป็นเจ้าของที่ดินของผู้ที่ไม่อยู่และสร้างระบบเกษตรกรรมที่เกษตรกรเป็นเจ้าของและเพาะปลูกบนที่ดินของตนเอง ได้มีการตรากฎหมายแรงงานเกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายมาตรฐานแรงงาน (Labor Standards Law) กฎหมายสหภาพแรงงาน (Labor Union Law) และกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ (Labor Adjustment Law) สิ่งเหล่านี้เป็นนวัตกรรมที่สำคัญในญี่ปุ่น ถึงแม้จะมีได้มีส่วนเกี่ยวข้องที่สำคัญต่อ

⁵⁰¹ Ibid, 2.

กฎหมายต่อต้านการผูกขาดก็ตาม ส่วนที่สามของนโยบายซึ่งเป็นการทำให้เป็นประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจ กล่าวคือการทำลายไชนับตัสและตรากฎหมายต่อต้านการผูกขาด ดังที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ว่า ไชนับตัสใช้อำนาจมหาศาลของเศรษฐกิจญี่ปุ่นทั้งหมดจนกระทั่งสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง กองกำลังได้ตัดสินใจกำจัดไชนับตัสและออกชุดจดหมายเหตุ (Memoranda) ให้กับรัฐบาลญี่ปุ่นเพื่อเสนอว่าไชนับตัสควรถูกยุบ รัฐบาลญี่ปุ่นออกกฎหมายชื่อว่า Eliminate Excessive Concentration of Economic Power และออกพระราชกฤษฎีกา ภายใต้กฎหมายนี้บริษัทขนาดใหญ่หลายแห่งในไชนับตัสถูกแบ่งออกเป็นหลายหน่วยงาน เช่น Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. ถูกแบ่งออกเป็นสามหน่วยงานและ Japanese Steel Corporation ถูกแบ่งออกเป็นสองบริษัท นอกจากนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นยังได้ทำการยกเลิกบริษัทแม่ซึ่งเป็นสำนักงานใหญ่ของไชนับตัสหลายแห่ง ทำให้การกระจายอำนาจทางเศรษฐกิจของญี่ปุ่นประสบความสำเร็จ และเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายพื้นฐานในการกระจายอำนาจซึ่งใช้เป็นพื้นฐานสำหรับการแข่งขันที่เสรีระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ดังนั้น กฎหมายต่อต้านการผูกขาดจึงถูกตราขึ้นในปี ค.ศ. 1947 และกลายมาเป็นที่รู้จักในฐานะ “รัฐธรรมนูญเศรษฐกิจ (The Economic Constitution)” ของญี่ปุ่น

จุดเริ่มต้นของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (The Original Antimonopoly Law)⁵⁰²

AML แต่เดิมมีต้นแบบตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดในสหรัฐอเมริกา ทำให้มีคุณสมบัติที่เป็นเอกลักษณ์หลายประการเมื่อเทียบกับกฎหมายปัจจุบัน โดย AML มีการนำกฎหมายที่ค่อนข้างรุนแรงในหลายทางมาบัญญัติเป็นกฎหมายใหม่ คือ (1) การเข้ามาตราฐานให้การตกลงร่วมกันเป็นการผิดกฎหมายในตนเอง (Per se illegal) (2) บังคับควบคุมการควบรวมและซื้อกิจการอย่างเข้มงวด (3) ห้ามสร้างเงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการที่แตกต่างอย่างไม่สมเหตุสมผล และ (4) ข้อยกเว้นในการจำกัดเป็นไปอย่างเข้มงวด นอกจากนี้ AML ได้สร้างคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม (Fair Trade Commission (FTC)) เพื่อบังคับใช้กฎหมาย

ภายใต้อิทธิพลของกองกำลัง AML ถูกบังคับใช้อย่างเคร่งครัดในช่วงสองสามปีแรก หลังจากการออกกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ช่วงประมาณปี ค.ศ. 1950 การบังคับใช้ค่อนข้างผ่อนคลายลง เป็นผลมาจาก Truman Doctrine และสงครามเกาหลี นโยบายของสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว เกิดจากความท้าทายในการฟื้นคืนชีพญี่ปุ่นในฐานะผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่สำคัญ ทั้งนี้

⁵⁰² Ibid, 3.

แต่เดิมสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูประเทศญี่ปุ่นให้กลายเป็นประเทศอุตสาหกรรมหนัก เพื่อที่จะสามารถทำหน้าที่เป็นป้อมปราการต่อต้านคอมมิวนิสต์ แต่ภายหลังเกิดความคิดว่าการบังคับใช้นโยบายการแข่งขันที่ปรากฏออกมาใน AML ฉบับเริ่มต้นไม่สามารถใช้บังคับได้จริงในช่วงเวลาที่เศรษฐกิจญี่ปุ่นถูกทำลายจากสงครามและการฟื้นฟูยังอยู่ในระยะเริ่มต้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว AML ฉบับเริ่มต้นจึงบังคับใช้จนกระทั่งปี ค.ศ. 1960

การแก้ไขในปี ค.ศ. 1953 (The 1953 Amendment)⁵⁰³

ในปี ค.ศ. 1953 ได้มีการแก้ไข AML ทำให้บทบัญญัติสำคัญของพระราชบัญญัตินี้เริ่มผ่อนคลาย ประการแรกข้อห้ามในการตกลงร่วมกัน (Cartel) ได้แก้ไขเป็นการห้ามตกลงร่วมกันเฉพาะการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญซึ่งขัดต่อประโยชน์สาธารณะ ประการที่สองกฎระเบียบที่เข้มงวดของการควบรวมและซื้อกิจการที่ผ่อนคลาย ประการที่สามยกเลิกข้อห้ามของความแตกต่างที่ไม่เหมาะสมในเรื่องอำนาจทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ประการที่สี่กรณีที่เกิดสภาวะตกต่ำการตกลงร่วมกันอย่างสมเหตุสมผล อาจได้รับการยกเว้นตาม AML ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ประการที่ห้าการกำหนดราคาขายปลีกได้รับการยกเว้นตามเงื่อนไขจาก AML ประการสุดท้ายบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมถูกแก้ไข ในภาพรวมการแก้ไขปี ค.ศ. 1953 ถือเป็น การผ่อนคลายความเข้มงวดของ AML อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าข้อยกเว้นกฎระเบียบของการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม ก่อนที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติเฉพาะ “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair methods of competition)” เท่านั้นที่ถูกห้าม แต่ภายหลังจากมีการแก้ไขใหม่ได้ประกาศว่า “การปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม” เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นการเพิ่มขอบเขตการปรับใช้จาก “วิธีการแข่งขัน” เป็น “การปฏิบัติทางธุรกิจ”

การปรับปรุงกฎหมายต่อต้านการผูกขาด (Revitalization of the Antimonopoly Law)

ประมาณปี ค.ศ. 1960 AML ถูกบังคับใช้อย่างเข้มงวดมากขึ้น มีหลายปัจจัยที่ส่งผลต่อการพัฒนาครั้งนี้ ประการแรกเนื่องจากแรงกดดันจากเงินเฟ้ออย่างรุนแรง ในขณะที่เดียวกันราคาของฝ่ายผู้บริโภคยังคงเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงเห็นว่า AML ควรถูกนำไปใช้อย่างจริงจังกับการต่อต้านการตกลงร่วมกัน ในพฤติกรรมการกำหนดราคา การกำหนดราคาขายปลีกที่ผิดกฎหมาย และการใช้การควบคุมโดยราคาที่กำหนดขึ้น (Administered prices) ประการที่สองการเปิดเสรีของทุน

⁵⁰³ Ibid.

ในการทำธุรกรรม เป็นความสำเร็จจากการผ่อนคลายเป็นการยกเลิกกฎหมายการลงทุนต่างประเทศ (Foreign Investment Law) เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายนี้อย่างสมบูรณ์ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตเทคโนโลยีได้รับการตรวจสอบอย่างเข้มงวดและหากข้อกำหนดข้อตกลงดังกล่าวเป็นการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม จะมิได้รับการอนุมัติจากรัฐบาลภายใต้กฎหมายนี้ เว้นแต่จะมีการลบล้างข้อกำหนดที่ผิดกฎหมายออกไป และเนื่องจากกฎระเบียบภายใต้กฎหมายการลงทุนต่างประเทศผ่อนคลายเป็นลง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องจัดทำสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตเทคโนโลยีภายใต้ AML ด้วยเหตุนี้ FTC ได้เข้ามามีบทบาทประการที่สามอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดของ “สังคมที่มั่งคั่ง (Affluent society)” กลายเป็นความจริงของญี่ปุ่นในช่วงปลายทศวรรษ ค.ศ. 1960 อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมเริ่มเจริญรุ่งเรืองผู้บริโภคก็เริ่มตระหนักถึงสิทธิที่จะได้รับการปกป้องจากการละเมิดของผู้ผลิต ดังนั้น การปรากฏตัวขององค์กรคุ้มครองผู้บริโภคในญี่ปุ่นจึงเป็นปัจจัยเพิ่มเติมที่สนับสนุนการใช้ AML ให้แข็งแกร่งยิ่งขึ้น

วิกฤตการณ์น้ำมันและการแก้ไขปี ค.ศ. 1977 (The Oil Crisis and the 1977 Amendment)⁵⁰⁴

วิกฤตการณ์น้ำมันในปี ค.ศ. 1977 ทำให้เกิดยุคใหม่ในการบังคับใช้ AML การตกลงร่วมกันแบบลับซึ่งเกิดขึ้นจากอุตสาหกรรมปิโตรเลียมโดยมีเจตนาที่จะกำหนดราคา ถูกตรวจพบพร้อมกับการเกิดเสียงคัดค้านของประชาชนเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงราคาของอุตสาหกรรมเอกชน FTC ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้ AML ได้ทำการศึกษาความเป็นไปได้ในการแก้ไข AML และได้ยื่นข้อเสนอที่มีวัตถุประสงค์ในการพัฒนากฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เพื่อต่อต้านการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ รัฐบาลหยิบประเด็นปัญหาดังกล่าวขึ้นมาและมีการแก้ไข AML ในปี ค.ศ. 1977 การแก้ไขในปีนี้เป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากเป็นครั้งแรกที่ AML ได้รับการแก้ไขเพื่อพัฒนาให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในหลายแง่มุมของการแก้ไขปี ค.ศ. 1977 มีการกล่าวถึงการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญสามประการ ประการแรก คือ การรวมตัวกันของบทบัญญัติในการควบคุมเงื่อนไขการผูกขาดในตลาด ในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่ากรณีที่มีการผูกขาดทางเศรษฐกิจซึ่งส่วนแบ่งการตลาดของบริษัทหนึ่งคือ 50 เปอร์เซ็นต์หรือมากกว่า หรือจากสองบริษัทรวมกันเป็น 75 เปอร์เซ็นต์หรือมากกว่า และสิทธิในการเข้าสู่ตลาดใหม่เป็นเรื่องยากและประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจของบริษัทที่ผูกขาดหรือบริษัทที่ไม่

⁵⁰⁴ Ibid, 4-5.

เป็นที่ต้องการนั้น (เช่น ราคาและกำไรสูงอย่างไม่ได้สัดส่วน) การผูกขาดดังกล่าวอาจถูกยกเลิก ประการที่สอง คือ ค่าปรับทางปกครอง เมื่อมีการตกลงร่วมกันกำหนดราคาโดยสมรู้ร่วมคิดกัน FTC มีอำนาจสั่งการให้ผู้เข้าร่วมจ่ายค่าปรับทางปกครองเพื่อริบทรัพย์สินผู้เข้าร่วมที่ทำกำไรส่วนเกินจากการตกลงร่วมกัน ประการที่สาม คือ ระบบการรายงานราคา เมื่อในตลาดผู้ขายน้อยรายมีบริษัทยักษ์ใหญ่ขึ้นราคาพร้อมกัน FTC สามารถสั่งให้บริษัทดังกล่าวจัดทำรายงานให้ FTC ถึงเหตุผลที่สมเหตุสมผลในการขึ้นราคา ทั้งนี้ เป็นเพียงระบบการรายงานที่ไม่เกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญในการควบคุมพฤติกรรมของบริษัท อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติบริษัทส่วนมากไม่ต้องการส่งข้อมูลทางการเงินอย่างละเอียดไปยัง FTC ระบบนี้จึงทำหน้าที่เป็นตัวช่วยยับยั้งการเพิ่มขึ้นของราคา รวมถึงบริษัทในตลาดผู้ขายน้อยราย AML ถูกมองเป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่สำคัญในประเทศญี่ปุ่น แม้จะมีข้อบกพร่องมากมาย แต่ AML ก็มีบทบาทสำคัญต่อการวางกรอบของกฎหมายเศรษฐกิจในญี่ปุ่น

การปฏิบัติตามระบบคำสั่งทางแพ่ง ในปี ค.ศ. 2000 (Implementation of the civil injunction system in 2000)

ประเทศญี่ปุ่นได้เกิดระบบคำสั่งทางแพ่งขึ้นในปี ค.ศ. 2000 เพื่อสร้างกลไกการบังคับใช้ AMA ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น⁵⁰⁵ ก่อนหน้าที่จะมีการแก้ไข AMA ขาดการมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพจากผู้บริโภคซึ่งเป็นปัญหาสำคัญของ AMA มาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว “AMA ของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าจะมีความแตกต่างในจุดมุ่งหมายอย่างชัดเจนระหว่างทัศนคติของประเทศทั้งสองต่อบทบาทการกระทำของเอกชนในการบังคับใช้นโยบายต่อต้านการผูกขาด แต่กฎหมายญี่ปุ่นมีแนวโน้มที่ชัดเจนในการเน้นวิธีการลงโทษทางอาญาและทางปกครอง ซึ่งเป็นผลมาจากการใช้สถานการณ์แวดล้อมในการริเริ่มออกกฎหมายและละเลยถึงบทบาทหน้าที่อื่นซึ่งใช้ภาคเอกชนในการริเริ่ม”⁵⁰⁶

ระบบคำสั่งทางแพ่งได้ถูกนำมาใช้เพื่อเพิ่มการมีส่วนร่วมของผู้บริโภคโดยให้อำนาจแก่ภาคเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการบังคับใช้ AMA สิ่ง que เพิ่มเติมมาและมีความสำคัญต่อ AMA คือ การแก้ไขวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น ก่อนหน้านี้นี้การปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับในญี่ปุ่นคือ

⁵⁰⁵ Shiteki dokusen no kinshi oyobi kosei torihiki no kakuho ni kansuru horitsu no kakuho ni kansuru horitsu no ichibu wo kaisei suru horitsu [The law partially amending the AMA], Act No 76 of 2002.

⁵⁰⁶ Hideo Tanaka and Akio Takeuchi, *Japanese Law and Legal Theory*, ed. Koichiro Fujikura (New York University Press, 1996), pp. 361-362.

การเยียวยาในรูปแบบของการชดเชยทางการเงินตามมาตรา 722 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอ้างถึง มาตรา 417 แสดงให้เห็นว่าในกรณีละเมิด “เว้นแต่จะมีเจตนาเป็นอย่างอื่น ความเสียหายจะถูก กำหนดโดยอ้างอิงกับมูลค่าเงิน” มาตรานี้ได้สร้างหลัก Monetary Compensation Principle กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วผู้เสียหายควรได้รับค่าตัดสินเกี่ยวกับเงินค่าสินไหมทดแทน กรณีดังกล่าวถูก อธิบายว่า “โดยหลักการแล้ว หากคำสั่งตามกฎหมายละเมิดไม่สามารถบังคับใช้ได้ อย่างน้อยที่สุดศาล ก็ปรับใช้มุมมองนี้” ระบบคำสั่งห้ามภายใต้ AMA ได้กลายมาเป็นข้อยกเว้น⁵⁰⁷ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายที่เคยใช้การแบ่งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ซึ่งครั้งหนึ่ง AMA เคยถูกจัดอยู่ใน กฎหมายมหาชนและอาจถูกบังคับใช้โดยองค์กรทางปกครอง ทำให้คู่สัญญาภาคเอกชนมิได้มี บทบาทใด ๆ เนื่องมาจากการตีความมาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งระบุว่า “การกระทำ ทางกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์ใด ๆ ที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะถือเป็นโมฆะ” เป็นตัวอย่างที่ชัดเจน ในการแบ่งกฎหมายเอกชนและมหาชน

“นโยบายสาธารณะ (Public policy)” ถูกตีความอย่างแคบและเกิดกรณีที่ บทบัญญัติของสัญญาละเมิดกฎหมายมหาชนซึ่งควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ รวมถึงบทบัญญัติ AMA ไม่มีอำนาจการบังคับใช้เพียงพอสำหรับการตรวจสอบข้อตกลงที่ต่อต้านนโยบายสาธารณะ กล่าวคือ คู่สัญญาเอกชนไม่มีการร้องขอใช้มาตรา 90 เพื่อลบล้างข้อกำหนดของสัญญาเมื่อข้อกำหนด นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ AMA อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1990 นักวิชาการด้านกฎหมายแพ่งเริ่ม ตั้งข้อสังเกตในการแบ่งแยกกฎหมายลักษณะนี้ มีการโต้แย้งถึงความชัดเจนของกฎหมายที่ควบคุม กิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นรากฐานของประเทศ จึงควรถูกพิจารณาว่าเป็น “นโยบายสาธารณะ” ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 90 การรวมกันของระบบคำสั่งในปี ค.ศ. 2000 ทำให้ภาคเอกชนสามารถ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามข้อกำหนดของสัญญาที่แต่เดิมไม่สามารถฟ้องร้องได้ ถือเป็นสัญลักษณ์ ของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

**การยกเลิกระบบการให้คำแนะนำและการเริ่มต้นมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ:
การแก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 2005 (Abolishment of the recommendation system and
introduction of the leniency system: 2005 amendment)**

ประเทศญี่ปุ่นยังคงพยายามเพิ่มประสิทธิภาพให้แก่ AMA โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมใน ปี ค.ศ. 2007 เพิ่มบทลงโทษทางอาญาสำหรับบริษัทจาก 100 ล้านเยนเป็น 500 ล้านเยน

⁵⁰⁷ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2 ed. (OUP, 1999), p. 213.

ประเด็นที่น่าสังเกต คือ มีการแก้ไขขั้นตอนของ JFTC อย่างมากในปี ค.ศ. 2005 โดยยกเลิกกระบวนการแนะนำและการใช้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ⁵⁰⁸ ก่อนหน้านี้ JFTC ได้ออกคำแนะนำเมื่อตรวจพบการละเมิดและได้มีการยอมรับข้อเสนอแนะของบริษัท JFTC ได้แสดงคำตัดสิน (คำตัดสินในรูปแบบคำแนะนำ) ที่มีเนื้อหาเดียวกันกับข้อเสนอแนะ ซึ่งในปี ค.ศ. 2005 ระบบนี้ถูกแทนที่ด้วยการที่ JFTC สามารถออกคำสั่งให้หยุดและยุติการกระทำโดยไม่จำเป็นต้องออกคำแนะนำ

นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขอย่างมากในเรื่องระบบการคิดค่าธรรมเนียม โดยเพิ่มจากเดิมหากเป็นพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจาก 6 เปอร์เซ็นต์เป็น 10 เปอร์เซ็นต์ และทำให้ JFTC สามารถสั่งจ่ายเงินเพิ่มเมื่อตรวจพบการควบคุมการผูกขาดส่วนตัว และยังเริ่มต้นมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ โดยผู้ฝ่าฝืนที่รายงานการละเมิด AMA ต่อ JFTC จะได้รับการยกเลิกหรือลดจำนวนเงินที่เรียกเก็บ แม้ว่าความคิดที่จะเพิ่มอัตราการเก็บเงินนั้นถูกคัดค้านอย่างรุนแรงจากกลุ่มธุรกิจ แต่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บริโภคทำให้การแก้ไขมีความเป็นไปได้ รวมถึงรายงานที่ออกโดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD))⁵⁰⁹ ซึ่งอธิบายถึงประโยชน์ของมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษก็ได้ช่วยเพิ่มความสะดวกในการแก้ไขดังกล่าว

ประเทศญี่ปุ่นจำเป็นต้องจัดการกับการเจรจาต่อรองที่ถูกใช้เป็นข้ออ้างในการตกลงร่วมกัน แม้จะมีการวิพากษ์วิจารณ์ต่อด้านการเพิ่มอำนาจให้ JFTC มีดุลยพินิจในการตัดสินเรียกเก็บเงินมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขข้อกังวลดังกล่าวมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษจึงถูกออกแบบเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ เช่น อัตราการลดถูกตั้งค่าไว้ที่ 100 เปอร์เซ็นต์ 50 เปอร์เซ็นต์ และ 30 เปอร์เซ็นต์สำหรับผู้สมัครรายแรก รายที่สองและรายที่สามตามลำดับ JFTC ไม่มีดุลยพินิจในการเปลี่ยนแปลงอัตราการลดลงนี้

⁵⁰⁸ Shiteki dokusen no kinshi oyobi kosei torihiki no kakuho ni kansuru horitsu no kakuho ni kansuru horitsu no ichibu wo kaisei suru horitsu [The law partially amending the AMA], Act No 35 of 2005.

⁵⁰⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development, "Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes," [Online] Accessed: 7 June 2019. Available from: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>

การแก้ไขในปี ค.ศ. 2009 (The 2009 amendment)

แม้ว่าการแก้ไขในปี ค.ศ. 1977 และ 2005 จะเพิ่มประสิทธิภาพในการยับยั้งผลกระทบจากกิจกรรมการตกลงร่วมกัน แต่ก็ได้เพิ่มระบบการปรับเงินสำหรับพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเรียกร้องให้มีกฎระเบียบและการยับยั้งที่เข้มงวดมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของราคาที่ไม่ยุติธรรมและการใช้ตำแหน่งการเจรจาต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบ

การแก้ไขในปี ค.ศ. 2009 ได้กล่าวถึงปัญหาเหล่านี้โดยมอบอำนาจให้ JFTC ในการสั่งจ่ายเงินเพิ่ม เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนร่วมในการผูกขาดเอกชนหรือพฤติกรรมที่พบว่าเป็นการใช้ตำแหน่งการเจรจาต่อรองที่เหนือกว่าโดยมิชอบ นอกจากนี้ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการร่วมกันปฏิเสธที่จะจัดหาให้ การขายในราคาที่ต่ำหรือการกำหนดราคาขายต่อเกิดขึ้นบ่อยครั้งในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา ซึ่ง JFTC สามารถออกคำสั่งให้จ่ายเงินเพิ่มได้ การแก้ไขนี้ขยายขอบเขตของคำสั่งจ่ายเงินเพิ่มเพื่อให้รวมถึงประเภทของการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งถูกห้ามภายใต้มาตรา 19⁵¹⁰

การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่กำหนดการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมาพร้อมการแก้ไขครั้งนี้ ในการแก้ไขเมื่อ ค.ศ. 1953 JFTC ได้รับมอบอำนาจให้กำหนดแนวทางการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมภายใต้มาตรา 2 (9) ในการขยายระบบการเรียกเก็บเงินเพิ่มเพื่อให้ครอบคลุมการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ผู้ร่างกฎหมายพิจารณาว่าระบบดังกล่าวไม่เหมาะสม เนื่องจากมีบทลงโทษที่รุนแรงซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจถูกตรวจพบว่าการกระทำดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงลบบทบัญญัติในร่างที่ระบุถึงการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีการเรียกเก็บเงินเพิ่มจาก JFTC โดยกำหนดในลักษณะทั่วไปและเพิ่มเข้าไปในมาตรา 2 (9) ของ AMA

3.4.2 องค์ประกอบที่ใช้พิจารณาการตกลงร่วมกัน

มาตรา 2(6) ได้ให้คำจำกัดความของ “การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุอันสมควร” หมายถึง การที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายใดรายหนึ่งร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น ไม่ว่าจะโดย

⁵¹⁰ Shiteki dokusen no kinshi oyobi kosei torihiki no kakuho ni kansuru horitsu no kakuho ni kansuru horitsu no ichibu wo kaisei suru horitsu [The law partially amending the AMA], Act No 51 of 2009.

สัญญา ข้อตกลง หรือวิธีอื่นใด จำกัดหรือดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจโดยกำหนดราคาตายตัว รักษา ระดับราคา หรือขึ้นราคา หรือจำกัดการผลิต เทคโนโลยี สินค้า สิ่งอำนวยความสะดวกหรือคู่สัญญา ส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรือขัดต่อประโยชน์สาธารณะ⁵¹¹

สังเกตว่า “การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (Unreasonable restraint of Trade)” ที่ปรากฏตามกฎหมายฉบับนี้หมายความถึง Cartel และ Bid-rigging ได้แก่ การตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการไม่แข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ ขัดขวางการแข่งขัน (Anti-competitive) โดยธรรมชาติ โดยกฎหมายได้ให้คำจำกัดความของ การจำกัดทางการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรไว้ในมาตรา 2(6) โดยมีองค์ประกอบของความผิด 4 ประการ คือ

- 1.) พฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอาจมีการทำสัญญาตกลงหรืออาศัยความ เข้าใจโดยรู้กัน และ
- 2.) เจตนาที่จะจำกัดธุรกรรมทางธุรกิจร่วมกัน โดย
- 3.) กำหนดราคาขาย กำหนดราคาขายเป็นราคาเดียวกัน (Maintain) ขึ้นราคาขาย จำกัดปริมาณการผลิต เทคโนโลยี สินค้า ลูกค้า และอื่น ๆ
- 4.) ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) เนื่องจากการจำกัดทางการค้า อย่างมีนัยสำคัญ (Substantial restraint) ในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง (Any particular field of trade)

⁵¹¹ Anti-Monopoly Act Article 2(6) “The term "unreasonable restraint of trade" as used in this Act means such business activities, by which any enterprise, by contract, agreement or any other means irrespective of its name, in concert with other enterprises, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities or counterparties, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade.”

ข้อตกลงที่ไม่อยู่ภายใต้ มาตรา 2 (6) ของ AML

หนึ่งในประเด็นสำคัญที่มีการตีความมาตรา 2 (6) คือ มาตรานี้ครอบคลุมการทำข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่มีระดับทางธุรกรรมไม่เท่าเทียมกัน (เช่น ข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย) หรือไม่ ในคดี Newspaper Sales Channels⁵¹² ได้มีการหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นมา JFTC ได้ดำเนินการกับข้อตกลงระหว่างบริษัทผู้จัดพิมพ์หนังสือพิมพ์กับร้านค้าปลีกหนังสือพิมพ์ โดยที่บริษัทผู้จัดพิมพ์ได้จำหน่ายหนังสือพิมพ์ให้กับร้านค้าปลีกต่าง ๆ และทำการจัดสรรพื้นที่ขายให้กับร้านค้าปลีกแต่ละแห่งและห้ามไม่ให้ขายหนังสือพิมพ์นอกพื้นที่ที่กำหนดไว้ JFTC คัดค้านว่าการตกลงกันเพื่อจัดสรรพื้นที่ขายดังกล่าวเป็นการผิดกฎหมายตามมาตรา 4 (ปัจจุบัน ไม่มีผลใช้บังคับ) มาตรา 2 (6) และมาตรา 3

บริษัทหนังสือพิมพ์ยื่นอุทธรณ์ ศาลสูงโตเกียวกลับคำตัดสินของ JFTC และถือว่าข้อตกลงตามแนวตั้ง (Vertical agreement) (เช่น ข้อตกลงที่คู่สัญญามีได้อยู่ในระดับเดียวกันของการทำธุรกรรม) ไม่อยู่ภายใต้มาตรา 2 (6) ด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดว่า ข้อตกลง “ที่เป็นการจำกัดทางธุรกิจร่วมกัน” แต่ข้อตกลงระหว่างบริษัทหนังสือพิมพ์กับร้านค้าปลีกเป็นการกำหนดจัดสรรพื้นที่แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีได้มีการผูกพันใด ๆ ระหว่างกัน ดังนั้น ศาลสูงโตเกียวจึงเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงเพียงฝ่ายเดียว ไม่สามารถฟังได้ว่าเป็น “การจำกัดทางธุรกิจร่วมกัน” ภายใต้มาตรา 2 (6)

การตัดสินครั้งนี้ถูกวิจารณ์ว่าเป็นการตีความที่เข้มงวดเกินไป และภายหลังได้ถูกศาลสูงโตเกียวแก้ไขในคดี Seal Bid Rigging⁵¹³ มีข้อเท็จจริงว่า บริษัททั้ง 4 แห่ง (บริษัท A B C และ D) ถูกเลือกโดยหน่วยงานสวัสดิการสังคม (Social Welfare Agency) ในฐานะผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมในการจัดหาตราประทับสำหรับผู้รับเงินบำนาญเพื่อใช้ในการปกป้องความเป็นส่วนตัว บริษัทอื่น (บริษัท E) ซึ่งไม่ได้ถูกเลือกโดยหน่วยงานสวัสดิการสังคม ดังนั้น จึงไม่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมตามแผนการประมูลได้ โดยบริษัท A B หรือ C บริษัทใดก็ตามที่เสนอราคาต่ำที่สุด (ไม่นับรวมบริษัท D เพราะเป็นบริษัทที่เกี่ยวข้องกับบริษัท E) จะถูกเชิญให้เป็นผู้ผลิตตราประทับให้กับหน่วยงานสวัสดิการสังคม และบริษัทที่ชนะการประมูลภายหลังจากได้รับเงินจะแบ่งเงินให้กับผู้ที่ประมูลแพ้ ในคดีนี้ศาลสูงโตเกียวตัดสินว่า บริษัท E จะต้องรับผิดชอบแม้ว่าจะไม่มีคุณสมบัติในการเข้าร่วมประมูลกับ

⁵¹² 6-4 Kosaiminshu (High Court Civil Cases Reporter) 534 (1953)

⁵¹³ 46-3 Kosaikeishu (High Court Criminal Cases Reporter) 322 (1993)

สำนักงานสวัสดิการสังคม และไม่ใช่อุปกรณ์ของบริษัท A B และ C ในความหมายอย่างแคบก็ตาม ประเด็นสำคัญของคำตัดสินระบุว่า บริษัท E มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างมากในการประมูลและมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับผลประโยชน์ของการแข่งขันในคดีนี้ ถึงแม้โดยหลักการแล้วจะไม่ได้เป็นคู่แข่งในการประมูลก็ตาม ศาลสูงโตเกียวเห็นว่าการตัดสินตามคดี Newspaper Sales Channels นั้นตัดสินตามมาตรา 4 ซึ่งตอนนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว ประกอบกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป การตัดสินในคดีดังกล่าวจึงมิใช่คำพิพากษาที่ถือเป็นบรรทัดฐานอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม พึงเข้าใจว่าการตัดสินนี้มิได้ระบุว่าการทำงานข้อตกลงในแนวตั้งถูกต้องตามกฎหมายและอยู่ในขอบเขตของมาตรา 2 (6) การตัดสินนี้เพียงแต่อนุญาตให้นำมาตรา 2 (6) ไปใช้กับคู่สัญญาที่โดยหลักการแล้วมิได้เป็นคู่แข่งที่มีส่วนร่วมในการตกลงร่วมกัน แต่มีส่วนสำคัญกับผลประโยชน์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการตกลงร่วมกัน และมีคุณลักษณะที่เหมือนคู่แข่ง (Quasi-competitor) กฎหมายยังคงมีความไม่แน่นอนในขอบเขตของมาตรา 2 (6) ว่าจะสามารถปรับใช้กับข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาซึ่งมิได้เป็นผู้แข่งขันในแง่ที่เข้มงวดได้หรือไม่

3.4.2.1 องค์ประกอบในแง่ผู้กระทำ

ความสัมพันธ์ในการแข่งขัน (Competitive relationship)

มุมมองของบริษัท (Enterprise) และบริษัทอื่น ตามที่อ้างถึงในมาตรา 2 (6) ต้องอยู่ในความสัมพันธ์ของการแข่งขัน การตีความดังกล่าวเกิดจากการที่ศาลสูงโตเกียวได้มีคำตัดสินในคดี Newspaper Distribution ในปี ค.ศ. 1953

บริษัท องค์กร รัฐวิสาหกิจ (Enterprises)⁵¹⁴

บทบัญญัติที่สำคัญทั้งหมดของ AMA ใช้กับ Jigyō-sha (“Enterprise” หรือ “Enterprises”) และ Jigyō-sha dantai (Trade associations) ซึ่งใช้กับ “บริษัท” ตามที่กำหนดไว้ภายใต้ Kaisa-ho (Companies Act) นอกจากนี้คำสั่งของ JFTC ยังถูกส่งไปยังบริษัทหรือสมาคม

⁵¹⁴ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, 2 ed. (Independently published, 2018), pp. 48-49.

มาตรา 2(1) ของ AMA กำหนดให้บริษัท หมายถึง “บุคคลผู้ซึ่งดำเนินธุรกิจ พาณิชยกรรม อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่น เจ้าหน้าที่ พนักงาน ตัวแทนหรือบุคคลอื่นใดที่ทำหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของบริษัทจะถูกถือว่าเป็นบริษัทตามบทบัญญัตินี้”⁵¹⁵ นิยามแบบเปิดนี้มิได้ระบุสิ่งที่อยู่ภายใต้คำว่า “ธุรกิจอื่น” ศาลฎีกาตัดสินว่า ตามวัตถุประสงค์ของ AMA “บริษัท” หมายความรวมถึง บุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กรใด ๆ ที่มีส่วนร่วมกับการกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นประจำและต่อเนื่องเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจไม่ว่าในลักษณะใด ๆ และได้รับค่าตอบแทน ศาลฎีกาชี้แจงว่ารูปแบบทางกฎหมายไม่มีความสำคัญ⁵¹⁶ รวมถึงการแสวงหาผลกำไรมิใช่ปัจจัยที่นำมาพิจารณาเช่นกัน หน่วยงานบริการสาธารณะของรัฐและองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไร เช่น โรงพยาบาลและโรงเรียนได้รับการประกาศให้เป็นองค์กรภายใต้ AMA ในอีกแง่หนึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกิจกรรมทางการกุศลอย่างแท้จริง ไม่ถือว่าเป็นบริษัทที่มีได้รับค่าตอบแทน

1. ผู้ประกอบอาชีพ (Professionals)

ผู้ที่ประกอบอาชีพ เช่น แพทย์ นักบัญชีและนักกฎหมายถือเป็นบริษัท และอยู่ภายใต้การควบคุมของ AMA⁵¹⁷ หน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับส่วนรวม ความเชี่ยวชาญพิเศษหรือข้อบังคับเฉพาะอาชีพที่กำหนดโดยสมาคมที่เกี่ยวข้องจะต้องไม่เป็นการลบล้างการใช้ AMA การตีความนี้ได้รับการยืนยันจากศาลสูงโตเกียวในคดี Kannonji Medical Association สมาคมได้โต้แย้งว่าเนื่องจากการให้บริการของสมาคมแตกต่างจากธุรกิจที่แสวงหาผลกำไรทั่วไป และขอบเขตของการแข่งขันด้านราคาถูกจำกัดโดยกฎระเบียบของรัฐ สมาคมจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ AMA

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵¹⁵ Article 2 (1) The term "enterprise" as used in this Act means a person who operates a commercial, industrial, financial or other business. Any officer, employee, agent or other person who acts for the benefit of any enterprise is deemed to be an enterprise with regard to the application of the provisions of the following paragraph or of Chapter III

⁵¹⁶ Supreme Court, 14 December 1989, 43 Minshu 2078 (Tokyo Slaughterhouse).

⁵¹⁷ Japan Fair Trade Commission, "Principles Concerning the Activities of Associations of Qualified Professionals under the Antimonopoly Act," [Online] Accessed: 29 May 2019. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/qualify.pdf

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงโตเกียวตัดสินว่าท่ามกลางการแข่งขันสถาบันด้านการแพทย์สามารถปรับปรุงคุณภาพในการดูแลได้ AMA จึงครอบคลุมการให้บริการทางการแพทย์⁵¹⁸

2. ขอบเขตของบริษัท (Boundaries of enterprise)⁵¹⁹

การค้าและข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก หรือระหว่างบริษัทลูกกับบริษัทแม่เดียวกัน โดยทั่วไปมีได้อยู่ภายใต้ AMA โดยข้อจำกัดที่ทำให้บริษัทลูกถูกพิจารณาว่าเป็นบริษัทเดียวกัน คือ การถูกกำหนดโดยหน่วยที่สูงกว่า (เช่น คณะกรรมการบริษัท) หรือหน่วยที่ต่ำกว่าภายในบริษัทเดียวกัน⁵²⁰

ปัญหานี้เกี่ยวข้องกับบริบทของกฎเกณฑ์การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เช่น บริษัทแม่จำกัดราคาขายต่ำให้บริษัทลูก แม้ว่า AMA โดยทั่วไปจะห้ามการจำกัดด้านราคา แต่ไม่สามารถใช้บังคับได้ถ้าการจำกัดนั้นถูกกำหนดโดยบริษัทแม่ไปยังบริษัทลูก ในทำนองเดียวกัน AMA มิได้ควบคุมข้อตกลงและการควมรวมกิจการระหว่างบริษัทดังกล่าว เนื่องจากบริษัทเหล่านั้นเป็นการสร้างรูปแบบตลาดเดียวที่มีประสิทธิภาพเพื่อออกไปแข่งขันกับการต่อต้านอื่น ๆ

คดี Newspaper Distribution⁵²¹

การแจกจ่ายหนังสือพิมพ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับมาตรา 4 ซึ่งห้ามกิจกรรมที่ทำร่วมกัน เช่น การกำหนดราคา การจำกัดการผลิตและการจำกัดด้านเทคโนโลยี หลังจากที่บริษัทหนังสือพิมพ์ 4 แห่งได้ทำการแบ่งสรรพื้นที่ระหว่างผู้แทนจำหน่ายหนังสือพิมพ์ JFTC ออกคำสั่งยุติและหยุดการกระทำตามปัญหาดังกล่าว โดย JFTC พบข้อตกลงระหว่างบริษัทหนังสือพิมพ์แต่ละแห่งและผู้แทนจำหน่าย แต่ไม่พบในหมู่บริษัทหนังสือพิมพ์ ในการอุทธรณ์ศาลสูงโตเกียวได้เพิกถอนคำตัดสินของ JFTC โดยระบุว่า “บริษัท” ตามมาตรา 4 ควรตีความในความหมายขององค์กรซึ่งมีความเป็นอิสระมีความสัมพันธ์ในการแข่งขันซึ่งกันและกัน กิจกรรมที่กระทำร่วมกันซึ่งถูกห้ามตาม

⁵¹⁸ Tokyo High Court, 16 February 2001, 1740 Hanrei Jiho 13 (Kannonji Medical Association).

⁵¹⁹ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 49-50.

⁵²⁰ JFTC Secretary General, Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the AMA, 11 July 1991, as last amended 16 June 2017.

⁵²¹ Tokyo High Court, 9 March 1953, 3 Shinketsu-shu 4 (Newspaper Distribution).

มาตรา 4 ต้องเป็นการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล และสาระสำคัญของกิจกรรม คือ การกำหนดข้อจำกัดทั่วไปบางประการเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจโดยการตกลงร่วมกัน

ศาลตัดสินว่ามีเพียงการกระทำร่วมกันของคู่แข่งชั้นเท่านั้นที่สามารถ กำหนดข้อจำกัดในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจของผู้เข้าร่วมและทำให้เกิดการจำกัดทางการค้า ที่ไม่สมเหตุสมผล เหตุผลดังกล่าวถูกวิจารณ์ว่ามาตรา 2(6) ไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขัน

การพิจารณาคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงในแนวตั้งหรือข้อตกลงที่ ตัดสินใจโดยคู่ค้า เช่น ผู้ผลิตและผู้ค้าปลีกไม่อยู่ภายใต้มาตรา 2(6) เนื่องจากคู่ค้าเหล่านี้ไม่ได้มีลักษณะ ความสัมพันธ์เชิงแข่งขันกัน อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงในแนวตั้งอาจก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อ การแข่งขัน ดังนั้น จึงเป็นที่ถกเถียงว่าควรถูกควบคุม เพราะเป็นการจำกัดทางการค้าที่ ไม่สมเหตุสมผล นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่าการกำหนดราคาและการปฏิเสธร่วมกัน เกิดขึ้นบ่อยครั้ง โดยผู้ที่มีได้แข่งขันกัน ดังนั้น การพิจารณาคดีของศาลจึงเป็นการลดทอนอำนาจของ JFTC ในการใช้มาตรการต่อต้านผู้ละเมิดกฎหมาย

ท้ายที่สุดการพิจารณาคดีลักษณะนี้ซึ่งสร้างผลลัพธ์ที่ไม่เป็นเหตุเป็นผล อาจทำให้เกิดกรณีที่ผู้ตกลงร่วมกันกำหนดบทบาทที่แตกต่างให้กับผู้ที่เข้าร่วมเพราะไม่ต้องการ อยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป สมมติว่าคู่แข่งมีการจัดสรรตลาดโลกระหว่างกันและสร้างเงื่อนไขว่า “บริษัท X ต้องขายสินค้าเฉพาะในยุโรป ในขณะที่บริษัท Y ขายสินค้าเฉพาะในเอเชียเท่านั้น” หากพิจารณา ตามคำตัดสินของศาล เป็นการยอมรับว่าบริษัท X และ Y อยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่แตกต่างกัน ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าวไม่ถือเป็นการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล ซึ่งข้อตกลงการจัดสรรตลาด ประเภทนี้เป็นตัวอย่างของกิจกรรมการตกลงร่วมกันต่อต้านการแข่งขันในแนวนอน การประกาศว่า การกระทำนี้ไม่เป็นการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผลจึงเป็นสิ่งที่ปราศจากเหตุผล

Imamura นักวิชาการที่มีชื่อเสียงโต้แย้งว่าตราบไคที่วัตถุประสงค์หลักของ ข้อตกลงเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่ง การจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผลควรถูก ตรวจสอบ และแม้ในกรณีที่ผู้เข้าร่วมตามข้อตกลงมิใช่คู่แข่งกันควรอยู่ภายใต้มาตรา 2 (6) อย่างไรก็ตาม นักวิชาการมุ่งความสนใจไปที่ความสัมพันธ์ในแนวนอน มีได้กล่าวถึงข้อตกลงในแนวตั้ง ที่ไม่มีลักษณะผสมว่าควรอยู่ภายใต้มาตรา 2 (6) หรือไม่

ภายหลังจากที่มีคดี Newspaper Distribution เป็นเวลากว่า 40 ปีที่ JFTC ได้ใช้มาตรา 2(6) กับข้อตกลงในแนวนอนที่ไม่มีลักษณะผสมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม

Distribution Guidelines ปี ค.ศ. 1991 ได้เปลี่ยนมุมมองของการปฏิเสศที่จะทำธุรกิจด้วยโดยระบุว่า “เนื้อหาของข้อจำกัดของกิจกรรมทางธุรกิจของบริษัทนี้ไม่จำเป็นต้องเหมือนกันในทุกองค์กร หากการดำเนินงานนั้นจำกัดกิจกรรมทางธุรกิจของแต่ละองค์และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันก็เป็นการเพียงพอแล้ว เช่น การกีดกันองค์กรใด ๆ เป็นการเฉพาะ”⁵²² การเปลี่ยนมุมมองดังกล่าว ถูกตีความว่า JFTC เดินตามแนวทางของนักวิชาการ Imamura

คดี Social Insurance Agency Seal⁵²³

ภายหลังที่ศาลสูงโตเกียวได้มีการตัดสินคดี Social Insurance Agency Seal ซึ่งมีระยะห่างกับคดี Newspaper Distribution ที่เกิดในปี ค.ศ. 1953 มากถึง 40 ปี โดยในคดีนี้บริษัทการพิมพ์ได้ร่วมกันเสนอราคาประมูลงานสาธารณณะเพื่อการจัดเตรียมสติ๊กเกอร์ที่ใช้ติดบนโปสการ์ดของประกาศประกันสังคม JFTC ได้ออกคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำไปยังบริษัททั้งสี่แห่ง รวมถึงบริษัทที่มีใช้ผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมได้แก่ Hitachi Information Systems โดย Hitachi อยู่ในตำแหน่งที่จะให้คำแนะนำแก่ผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมซึ่งเป็นการควบคุมกิจกรรมการเสนอราคาประมูล ทั้งนี้ Hitachi ยืนยันว่ามีได้ดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับ “เขตการค้าเฉพาะ (Particular field of trade)” และมีได้เป็น “บริษัท (Enterprise)” ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 2 (6) เนื่องจากมีใช้ผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติ ศาลยกฟ้องและโต้แย้งว่า “เขตการค้าเฉพาะ” รวมทั้งการค้าภายในขอบเขตของข้อตกลงเช่นเดียวกับการค้าที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง

ศาลตัดสินว่าเขตการค้าเฉพาะในคดีนี้มีได้จำกัดเฉพาะการค้าที่เกี่ยวข้องกับการยื่นประมูลสาธารณณะ แต่รวมถึงการค้าที่เกี่ยวข้องกับการขายและการผลิตผลิตภัณฑ์ในตอนท้ายที่สุดที่จัดหาโดยสำนักงานประกันสังคม ศาลพบว่า Hitachi เป็นบริษัทที่ดำเนินงานในเขตการค้า

⁵²² Japan Fair Trade Commission Secretary General, "Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act," [Online] Accessed: 29 May 2019. Updated: 16 June 2017. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf

⁵²³ Tokyo High Court, 14 December 1993, 46-III Koto Saibansho Keiji Hanrei-shu 322 (Social Insurance Agency Seal).

เฉพาะและระบุว่า “ คำพิพากษาของศาลสูงโตเกียวเมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1953 (คดี Newspaper Distribution) ได้แสดงถึงความสัมพันธ์ที่มีได้อยู่ภายใต้มาตรา 3 และมาตรา 4(1)3 และผลของการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญไม่จำเป็นต้องมีการละเมิดโดยชัดแจ้ง เพียงมีเจตนาที่จะแนะนำข้อกำหนดซึ่งส่งผลกระทบต่อตลาดก็เพียงพอแล้ว ซึ่งขัดแย้งกับการที่ศาลสูงโตเกียวตีความให้แนวคิดของ “บริษัท” ปรับใช้ได้กับคู่แข่งเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากมาตรา 4 ได้ถูกยกเลิกโดยการแก้ไขของ AMA ปี ค.ศ. 1953 และปัจจุบันการยับยั้งการแข่งขันที่แสดงออกมาถูกกำหนดให้เป็นการละเมิดตามมาตรา 3 ดังนั้น จึงเป็นคาดเดาว่า “บริษัท” น่าจะใช้กับคู่แข่งเท่านั้น”

ศาลระบุว่าการตีความ “บริษัท” เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 2(6) นั้นใช้เฉพาะเมื่อคู่สัญญามีส่วนร่วมในธุรกิจที่เหมือนกันอย่างไม่เหมาะสม และความแตกต่างของตำแหน่งระหว่าง Hitachi ในฐานะผู้ประมูลที่ขาดคุณสมบัติและผู้มีส่วนร่วมอื่นในฐานะผู้เข้าร่วมประมูลที่มีคุณสมบัติ ไม่ควรปฏิเสธว่า Hitachi เป็น “บริษัท” การค้นหาว่า Hitachi อยู่ในความสัมพันธ์ที่มีผลต่อการแข่งขันกับผู้มีส่วนร่วมอื่น ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่าการเสนอราคาประมูลไม่สามารถบรรลุผลสำเร็จได้ถ้าปราศจากการเกี่ยวข้องดังกล่าว

หลังจากการตัดสินคดีนี้ ส่งผลให้การค้นหาความสัมพันธ์ทางการแข่งขันสะดวกมากขึ้น กฎเกณฑ์ที่เกิดจากการตีความของศาลข้างต้นสามารถเข้าใจได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดถึงความสัมพันธ์ในการแข่งขันอาจพบได้ทั้งในกรณีที่จำเลยมีส่วนร่วมในธุรกิจที่เกี่ยวข้องไปจนถึงผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องและอยู่ในฐานะที่จะนำมาซึ่งแผนการจำกัดในแนวนอน แต่ขอบเขตของมาตรา 2(6) ยังคงจำกัดเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดในแนวนอน การจำกัดนี้เป็นปัญหาที่ลดน้อยลงนับตั้งแต่มีการแก้ไข AMA ปี ค.ศ. 2005 และ 2009 ซึ่งทำให้ JFTC สามารถออกคำสั่งเรียกเก็บเงินเพิ่มเพื่อควบคุมการผูกขาดโดยเอกชนและการกระทำผิดซ้ำโดยการกำหนดราคาขายต่อ

นอกจากนี้แนวความคิดของข้อตกลงในแนวตั้งได้เปลี่ยนไปตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 โดยนักวิจารณ์ไม่เห็นด้วยว่าการจำกัดในแนวตั้งเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ดังนั้น การจำกัดขอบเขตของมาตรา 2(6) ซึ่งกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงจึงไม่เป็นปัญหาอีกต่อไป เนื่องจากปัจจุบันการจำกัดในแนวตั้งถูกควบคุมอย่างเหมาะสมภายใต้บทบัญญัติของ AMA แม้จะมีนักวิชาการบางคนโต้แย้งว่าขอบเขตควรขยายออกไปเพื่อรวมข้อจำกัดที่มีในแนวนอนด้วย ซึ่งอาจจำเป็นในการควบคุมการตกลงร่วมกันแบบ Hub & Spoke โดยผู้ที่มีคู่แข่งทำหน้าที่เป็นผู้นำหรือผู้อำนวยการร่วมในการตกลงร่วมกัน

สมาคมการค้า (Trade Association)

ความเป็นมาเริ่มต้นเริ่มจาก เมื่อ AMA ถูกนำมาใช้ในปี ค.ศ. 1947 สมาคมการค้าถูกควบคุมภายใต้กฎหมายสมาคมการค้า ในช่วงสงคราม Tosei dantai (สมาคมควบคุม) ได้ถูกจัดตั้งขึ้นในแต่ละภาคส่วนโดยความคิดริเริ่มของรัฐบาลและมีอำนาจอย่างมากในการยับยั้งเสรีภาพทางเศรษฐกิจและระดมทรัพยากรทางเศรษฐกิจเพื่อการสงคราม ภายหลังจากมาตรา 8 ของ AMA ได้มาแทนที่กฎหมายนี้และผ่อนคลายนโยบายลง แต่สมาคมการค้ายังคงมีการควบคุมอย่างเข้มงวดมากกว่าข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง วิธีการนี้มีความสมเหตุสมผล เนื่องจากสมาคมการค้ามีทรัพยากรของตนเองและมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจของคู่แข่งอย่างต่อเนื่องซึ่งหมายความว่าสมาคมการค้าอยู่ในตำแหน่งที่ดีในการบังคับใช้กฎหมายการต่อต้านการแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ จนถึงปี ค.ศ. 2009 เมื่อมีการจัดตั้งสมาคมการค้าจำเป็นต้องแจ้งให้ JFTC ทราบ ระบบการแจ้งเตือนถูกยกเลิกและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับระบบ ได้แก่ มาตรา 8 (2)-(4) ได้ถูกลบออกไป

มาตรา 8 ในตอนนี้มีข้อห้าม 5 ประการ เนื่องจากข้อห้ามตามมาตรา 8 กำหนดให้สมาคมการค้าต้องไม่กระทำการใดที่เป็นการยับยั้งการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หากมีการละเมิดจะมีการลงโทษที่รุนแรงอาจมีคำสั่งให้จ่ายเงินเพิ่มรวมถึงคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำ การละเมิดในส่วนอื่น ๆ เป็นผลที่ตามมาภายหลังเท่านั้น มาตรา 8 ถูกนำไปใช้กับการตัดสินใจของสมาคมการค้า (Trade association's decisions) หรือการดำเนินการของสมาคมการค้าซึ่งเป็นข้อกำหนดทั่วไป⁵²⁴

สมาคมการค้าถูกกำหนดนิยามไว้ในมาตรา 2(2) ว่า “การรวมเข้ากันหรือการรวมกันของสหพันธ์ประกอบด้วยผู้ประกอบการธุรกิจสองแห่งขึ้นไป และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจ อย่างไรก็ตาม การเข้าร่วมหรือการรวมกันของสหพันธ์ตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปที่มีเงินทุนหรือเงินสมทบจากผู้ประกอบการธุรกิจเป็นส่วนประกอบและมีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินงานด้านธุรกิจการค้า อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่น ๆ เพื่อผลกำไร ไม่รวมถึง

(1) สมาคมใด ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือสมาคมอื่น ๆ ที่มีผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปเป็นสมาชิก (รวมถึงสมาคมที่เทียบเท่า)

⁵²⁴ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 104-105.

(2) มูลนิธิใด ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือมูลนิธิอื่น ๆ ที่มีผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปควบคุมการแต่งตั้งและถอดถอนเจ้าหน้าที่หรือผู้จัดการและมีการจัดการธุรกิจ

(3) ห้างหุ้นส่วนใด ๆ ที่มีผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปเป็นหุ้นส่วนหรือการรวมกันตามสัญญาใด ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองแห่งขึ้นไป”⁵²⁵

องค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งตามคำนิยาม คือ สมาคมการค้าเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยผู้ประกอบธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเป็นส่วนประกอบ ดังนั้น สมาคมการค้าจึงไม่มีธุรกิจเป็นของตนเอง โดยทั่วไปแล้วกิจกรรมของสมาคมการค้ารวมถึงการวิจัยและการพัฒนา การเก็บรวบรวมและการเผยแพร่ข้อมูลทางธุรกิจและการเมือง การสร้างเอกภาพของมาตรฐานทางเทคนิคและการวิ่งเต้นทางการเมือง (Lobbying) ในนามของสมาชิก

กิจกรรมของสมาคมการค้ามีความสำคัญมากในชุมชนธุรกิจญี่ปุ่น โดยจะต้องมีสมาคมการค้าอย่างน้อยหนึ่งสมาคมในภาคธุรกิจหนึ่ง บางครั้งอาจมีสมาคมการค้าหลายแห่งในทุกภาคธุรกิจ ในการผลิตและการค้าปลีกกรณีเช่น สมาคมผู้ผลิตรถยนต์ญี่ปุ่นและสมาคมผู้จำหน่ายรถยนต์ญี่ปุ่นตามลำดับถือเป็นสมาคมการค้าในฐานะของกลุ่ม ในบางกรณีสมาคมการค้าอาจ

⁵²⁵ Article 2 (2) The term "trade association" as used in this Act means any combination or federation of combinations of two or more enterprises having as its principal purpose the furtherance of their common interests as enterprise and includes the following; provided, however, that a combination or federation of combinations of two or more enterprises which has capital or contributions made by the constituent enterprise, and whose principal purpose is to operate and which is actually operating a commercial, industrial, financial or other business for profit is not included:

(i) any incorporated association or other association of which two or more enterprises are members (including the equivalent thereof)

(ii) any incorporated foundation or other foundation for which two or more enterprises control the appointment and dismissal of officers or managers, the management of business or continuation of its existence

(iii) any partnership for which two or more enterprises are partners, or any contractual combination of two or more enterprises.

มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า สมาคมที่สร้างขึ้นโดยองค์กรธุรกิจขนาดเล็ก และขนาดกลางตามกฎหมายเพื่อเจรจาต่อรองการซื้อขายภายในตลาด แต่หากสมาคมการค้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจอาจถูกถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจได้ ในบางกรณีสมาคมการค้าอาจมีลักษณะประกอบด้วยสองส่วน กล่าวคือเป็นสมาคมการค้าในแง่ที่พิจารณาถึงผลประโยชน์ร่วมกันของสมาชิก ในขณะที่เดียวกันก็ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจเมื่อดำเนินการเป็นผู้มีส่วนร่วมในตลาด⁵²⁶

สิ่งหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือส่วนที่สองของมาตรา 2 (1) แสดงให้เห็นว่า “เจ้าหน้าที่ พนักงาน ตัวแทนหรือบุคคลอื่นใดที่ทำหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของบริษัทจะถูกพิจารณา ...”⁵²⁷ ตามมาตรา 2 (2) และมาตรา 8 บทบัญญัตินี้มีประโยชน์เมื่อสมาคมการค้า แพทย์ สมาคมเภสัชกรรมหรือสมาคมวิชาชีพอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง โดยทั่วไปสมาคมจะประกอบด้วยบุคคลธรรมดา (เช่น แพทย์) ที่ทำงานในที่อื่น (เช่น โรงพยาบาล) และไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยตนเอง ในสถานการณ์เช่นนี้โดยอาศัยอำนาจส่วนที่สองของมาตรา 2 (1) แพทย์ที่โรงพยาบาลจ้าง ให้ถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ (Enterprise) ครอบงำที่ทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ของโรงพยาบาล⁵²⁸

มาตรา 8 ถูกนำไปใช้กับแนวทางปฏิบัติของสมาคมการค้า รวมถึงการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มดังกล่าว ไม่เพียงแต่การตัดสินใจของสมาคมการค้าซึ่งถูกกำหนดโดยสัญญา (Charter) แต่ยังรวมถึงการที่องค์กรธุรกิจส่วนใหญ่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการตัดสินใจของสมาคมการค้า การยอมรับนี้พบได้จากการตรวจสอบการใช้งานและการทำตามคำสั่งในคดี Osaka Bus Association อนุกรรมการของสมาคมรถบัสโอซาก้าได้กำหนดค่าธรรมเนียมที่ต่ำกว่าในการให้บริการรถบัสเช่าเหมาลำ ในการไต่สวนสมาคมโต้แย้งว่า เนื่องจากอนุกรรมการมิใช่ผู้ที่มีอำนาจการตัดสินใจอย่างเป็นทางการและไม่เคยได้รับอำนาจดังกล่าว การจำกัดค่าธรรมเนียมจึงมิใช่การตัดสินใจของสมาคม JFTC พิจารณาข้อโต้แย้งนี้และพบว่ามีการตัดสินใจร่วมกัน เนื่องจากสมาชิกได้รับแจ้งการตัดสินใจของอนุกรรมการและปฏิบัติตามการตัดสินใจนั้น⁵²⁹

ในกรณีที่มีการตัดสินใจของสมาคมการค้าอาจประกอบด้วยการสื่อสารถึงเจตนาของผู้ประกอบการธุรกิจและอาจถือได้ว่ามีข้อตกลงระหว่างกัน ในคดี Oil Cartel (Criminal)

⁵²⁶ Mitsuo Matsushita, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law*, p. 13.

⁵²⁷ ‘Any officer, employee, agent or other person who acts for the benefit of any enterprise is deemed to be an enterprise with regard to the application of the provisions...’

⁵²⁸ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 105-106.

⁵²⁹ JFTC Hearing Decision, 10 July 1995, 42 Shinketsu-shu 3 (Osaka Bus Association).

ศาลฎีกาได้ชี้แจงว่า JFTC และพนักงานอัยการมีดุลยพินิจในการพิจารณาเลือกบทบัญญัติของ AMA มาปรับใช้และระบุว่า สมาคมการค้าหรือสมาคมที่ประกอบด้วยผู้ประกอบการธุรกิจมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย⁵³⁰ ในทางปฏิบัติ JFTC มักมีผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายเนื่องจากมีส่วนร่วมในการกำหนดราคา การร่วมกันเสนอราคาประมูลหรือการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผลอื่น ๆ และใช้มาตรา 8 ในกรณีอื่น ๆ แต่ทั้งนี้ JFTC มิได้ใช้มาตรา 8 มาตรา 2 (6) และมาตรา 3 (ข้อห้ามการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล) พร้อมกัน หากสมาคมการค้ามีส่วนเกี่ยวข้องกับ JFTC ควรออกคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำไปยังสมาคมเช่นเดียวกับผู้ประกอบการธุรกิจแต่ยังไม่เคยเกิดเหตุดังกล่าวขึ้น ปราบปรามเพียงการร้องขออย่างไม่เป็นทางการของสมาคมเพื่อโต้แย้งว่า สมาคมมิได้มีส่วนร่วมในกิจกรรมดังกล่าวเท่านั้น⁵³¹

ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนของผู้ประกอบการธุรกิจ (Limitation on the Number of Enterprises)⁵³² มาตรา 8(iii) ห้ามมิให้สมาคมการค้าทำการ “จำกัดจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจในปัจจุบันหรืออนาคตไม่ว่าในสาขาธุรกิจเฉพาะใด ๆ ก็ตาม” บทบัญญัตินี้เกี่ยวข้องกับการยกเว้นธุรกิจปัจจุบันและการชักชวนผู้เข้าร่วมใหม่ ซึ่งไม่เหมือนกับการผูกขาดโดยเอกชน การยกเว้นดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน

“สาขาธุรกิจ (Field of business)” แตกต่างจาก “สาขาค้า (Field of trade)” ตามที่อ้างถึงในมาตรา 2(5) และ 2(6) ในทางปฏิบัติสาขาธุรกิจจะถูกวิเคราะห์อย่างคร่าว ๆ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงการทดแทนความต้องการ ตัวอย่างของสาขาธุรกิจ ได้แก่ ธุรกิจให้บริการทางการแพทย์ของเอกชน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของที่ทำการจังหวัดคางาวะ (Kagawa)⁵³³ และ ธุรกิจผลิตคอนกรีตเหลวในที่ทำการจังหวัดชิงะ (Shiga)⁵³⁴ ทั้งนี้ วิธีกำหนดสาขามีได้ส่งผลกระทบต่อผลการประเมิน สมาคมการค้าใช้กลยุทธ์หลายอย่างเพื่อลดจำนวนบริษัทในสาขาธุรกิจ เช่น สมาคมอาจจำกัดกิจกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อลดจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด

⁵³⁰ Supreme Court, 24 February 1984, 38-IV Keishu 1287 (Oil Cartel (Criminal)).

⁵³¹ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 106-107.

⁵³² Ibid, 109-110.

⁵³³ Tokyo High Court, 16 February 2001, 1740 Hanrei Jiho 13 (Kannonji Medical Association).

⁵³⁴ JFTC Recommendation Decision, 18 November 1993, 40 Shinketsu-shu 171 Shiga Concrete (second).

ในคดี Kannonji Medical Association สมาคมได้จำกัดจำนวนคลินิกโดยกำหนดกฎเกณฑ์ให้สมาชิกผู้ปฏิบัติงานต้องแจ้งให้สมาคมทราบถึงแผนการเปิดคลินิกใหม่และได้รับอนุญาตจากสมาคมล่วงหน้าก่อน กลยุทธ์อีกประการหนึ่ง คือ การยกเว้นบุคคลภายนอกโดยไม่ยอมรับบุคคลเหล่านั้นเข้าเป็นสมาชิกของสมาคมการค้า แม้บุคคลนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินงานในสาขาดังกล่าว เช่นเดียวกับคดี Yamagata Seafood Broker⁵³⁵

การปฏิเสธการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจเป็นอีกวิธีหนึ่งในการลดจำนวนผู้ประกอบการในสาขา ในคดี Sendai Port ซึ่งสมาคมการค้าของผู้นำเข้าไม้ห้ามผู้ที่มีได้เป็นสมาชิกเข้าถึงคลังสินค้าทัณฑ์บน (Bonded warehouse) ภายในท่าเรือหรือท่าอากาศยาน โดยผู้นำเข้าจำเป็นต้องเก็บไม้ในพื้นที่นั้นจนกว่าผู้นำเข้าจะได้รับใบอนุญาตการนำเข้า แม้อาจเป็นไปได้ที่จะได้รับการยกเว้นอนุญาตให้เก็บไม้ไว้ที่อื่น แต่ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องยากสำหรับผู้ที่มีไม่ใช่สมาชิกในการดำเนินงาน⁵³⁶

ในคดี Shiga Concrete (Second) ผู้ผลิตคอนกรีตเหลวได้ป้องกันผู้ผลิตรายใหม่ในการเข้าสู่ธุรกิจ โดยทำการซื้อโรงงานผลิตที่มีได้ใช้และทำการทำลายแทนที่จะจำหน่ายโรงงานนั้น ขณะเดียวกันในคดี Osaka Hyogo Concrete ผู้ที่มีได้เป็นสมาชิกได้ช่วยสมาคมการค้าในการกีดกันบุคคลภายนอก สมาคมผู้ผลิตคอนกรีตเหลวมีนโยบายป้องกันผู้ที่มีไม่ใช่สมาชิกโดยการสร้างโรงงานใหม่และทำให้ผู้ผลิตปูนซีเมนต์ปฏิเสธที่จะจัดหาผลิตภัณฑ์ไปยังโรงงานดังกล่าว รวมทั้งรับซื้อโรงงานผลิตหากปรากฏว่ามีการสร้างโรงงานดังกล่าวขึ้น⁵³⁷ ทั้งนี้ มาตรา 8(iii) อาจใช้พร้อมกับมาตรา 8(i) 8(iv) และ 8(v) ในการดำเนินการที่เป็นรูปแบบกลยุทธ์การต่อต้านการแข่งขัน

⁵³⁵ JFTC Recommendation Decision, 6 February 1963, 11 Shinketsu-shu 54 (Yamagata Seafood Broker).

⁵³⁶ JFTC Recommendation Decision, 16 January 1991, 37 Shinketsu-shu 54 (Sendai Port).

⁵³⁷ JFTC Consent Decision, 4 June 1984, 31 Shinketsu-shu 7 (Osaka Hyogo Concrete).

การจำกัดหน้าที่หรือกิจกรรมที่เป็นองค์ประกอบของผู้ประกอบธุรกิจ (Restricting the Functions or Activities of Constituents Enterprises)⁵³⁸ มาตรา 8(iv) ห้ามมิให้สมาคมการค้า “จำกัดการทำงานหรือกิจกรรมที่เป็นองค์ประกอบของผู้ประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม (หมายถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมการค้า)” การจำกัดกิจกรรมที่มีใช้องค์ประกอบของผู้ประกอบธุรกิจจะไม่ครอบคลุมถ้อยคำตามบทบัญญัติ “หน้าที่หรือกิจกรรม” ซึ่งเป็นกิจกรรมใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการตามธุรกิจ

ความหมายของถ้อยคำว่า “ไม่เป็นธรรม (Unjustly)” มีความไม่ชัดเจน อาจกล่าวได้ว่า JFTC ตรวจพบการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทุก ๆ ครั้งที่สมาคมการค้าจำกัดกิจกรรมการแข่งขัน เป็นผลเนื่องมาจากถ้อยคำว่า “โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” ซึ่งในทางวิชาการถูกตีความในหลาย ๆ ทาง การตีความทางหนึ่งคือการกีดกันการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม แต่การตีความนี้มิได้ให้แนวทางที่ชัดเจน โดยทั่วไปเป็นที่เข้าใจกันว่า “ไม่เป็นธรรม” ควรตีความถึงผลกระทบจากการแข่งขัน ซึ่งน้อยกว่าการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญเพราะมีฉะนั้นมาตรา 8(i) จะไม่มีกรณีในการปรับใช้ Miyai เห็นว่าการใช้แนวคิดที่อ้างถึงในบทบัญญัติ AMA ที่กำหนดแนวทางปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตีความว่า “ไม่เป็นธรรม” เป็นการกีดกันทางการแข่งขันที่เป็นธรรมผ่านการลดการแข่งขันโดยเสรี ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างมีนัยสำคัญขนาดเล็ก (Small-scale) การตีความของ Miyai เป็นคำอธิบายสั้น ๆ เกี่ยวกับสิ่งที่ “ไม่เป็นธรรม” เพื่อให้เข้าใจตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 8(iv)⁵³⁹

การละเมิดมาตรา 8(iv) โดยทั่วไปเกี่ยวข้องกับ การจำกัดราคาหรือปริมาณการผลิต โดยเฉพาะที่ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญขนาดเล็กเท่านั้น คดี Osaka Higashimaru Association เป็นตัวอย่างที่ทั้งการคุ้มครองและความเสียหายถูกจำกัด ในคดีนี้สมาคมที่ตั้งอยู่ในเมืองอะมะซะซากิ (Amagasaki) และโอซาก้า (Osaka) ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจำหน่ายซอสถั่วเหลือง ผู้ผลิตซอสถั่วเหลืองถือครองส่วนแบ่งการตลาดประมาณ 16 เปอร์เซ็นต์ในเมืองโอซาก้า JFTC ตรวจพบว่าการละเมิดมาตรา 8(iv) ในการกำหนดราคาของสมาชิก⁵⁴⁰ อาจพบการฝ่าฝืน

⁵³⁸ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 111-113.

⁵³⁹ Masaaki Miyai, *Dokusen Kinshi Ho [Antimonopoly Law]*, ed. Noboru Kawahama and Fumio Sensui Takaji Kanai, 6 ed. (Koubundou, 2018), p. 134.

⁵⁴⁰ JFTC Recommendation Decision, 10 August 1968, 15 Shinketsu-shu 45 (Osaka Higashimaru Association).

มาตรา 8(iv) โดยสมาคมการค้ากำหนดราคามาตรฐาน ราคาขายปลีกแนะนำหรือราคาที่แจ้งต่อผู้ควบคุม แม้ว่าข้อจำกัดเหล่านี้อาจไม่มีแนวโน้มทำให้ราคาสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นก็ตาม คดี Refrigerated Warehouse นั้น JFTC ได้กำหนดให้สมาคมการค้าที่กำหนดระดับราคา ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจควรจะต้องแจ้งให้ผู้ควบคุมด้านราคาทราบ ทั้งนี้ การปฏิบัติดังกล่าวมิได้ส่งผลให้ราคาผู้บริโภคเพิ่มขึ้น อีกทั้งไม่พบว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม ผลการตรวจสอบพบว่าสมาคมละเมิดมาตรา 8(iv)⁵⁴¹

ข้อจำกัดในกิจกรรมส่งเสริมการขายเป็นอีกแนวทางปฏิบัติทั่วไปที่ถูกควบคุมโดยมาตรา 8(iv) ในคดี Record Dealers การจำกัดคูปองส่วนลด⁵⁴² ในคดี Shiga Pharmacist Association มีกิจกรรมส่งเสริมการขายราคาต่ำซึ่งถูกห้าม ในคดี Hamakita Medical Association วิธีการโฆษณาถูกจำกัดเรื่องป้ายโฆษณาและระยะห่างระหว่างป้ายโฆษณากับคลินิกต้องไม่เกินกว่าหนึ่งกิโลเมตร โดย JFTC ตรวจสอบการละเมิดมาตรา 8(iv) ในแต่ละคดี⁵⁴³

การจัดสรรลูกค้าและห้ามมิให้สมาชิกชักนำให้ลูกค้าของสมาชิกรายอื่น ในทางการค้าถูกตรวจพบในคดี Wet-towel Leasing Association⁵⁴⁴ และคดี Mie Certified Social Insurance Labour Consultant⁵⁴⁵ นอกจากนี้มาตรา 8(iv) ยังครอบคลุมถึงข้อจำกัดอื่น ๆ เกี่ยวกับคู่ค้าหรือผลิตภัณฑ์ ในคดี Tokyo Autoglass Association สมาคมผู้ค้าตัวแทนจำหน่ายและเปลี่ยนกระจกรถยนต์กังวลว่าการนำเข้าสู่สินค้าราคาถูกจะทำให้ราคาของสินค้าลดลง จึงตัดสินใจว่าผู้ประกอบการไม่สามารถจัดการกับการนำเข้าสู่ได้⁵⁴⁶ คดี Textbook Association สมาคมกำหนด

⁵⁴¹ JFTC Hearing Decision, 19 April 2000, 47 Shinketsu-shu 3 (Refrigerated Warehouse).

⁵⁴² JFTC Recommendation Decision, 27 November 1979, 26 Shinketsu-shu 50 (Record Dealers).

⁵⁴³ JFTC Recommendation Decision, 25 January 1999, 45 Shinketsu-shu 185 (Hamakita Medical Association).

⁵⁴⁴ JFTC Recommendation Decision, 24 April 1995, 42 Shinketsu-shu 119 (Wet-towel Leasing Association).

⁵⁴⁵ JFTC Recommendation Decision, 12 July 2004, 51 Shinketsu-shu 468 (Mie Certified Social Insurance Labour Consultant).

⁵⁴⁶ JFTC Recommendation Decision, 11 December 1967, 14 Shinketsu-shu 79 (Tokyo Autoglass Association).

จำนวนหน้าสีสูงสุดที่สามารถใส่ไว้ในตำราเรียน⁵⁴⁷ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 8(iv) อาจนำมาใช้ร่วมกับ มาตรา 8(iii) คดี Kannonji Medical Association สมาคมต้องการให้สมาชิกขออนุญาตเมื่อ มีการเพิ่มแผนกใหม่ในคลินิก รวมทั้งการเพิ่มจำนวนเตียง แม้การปฏิบัติเหล่านี้มิได้ลดจำนวน ผู้ประกอบธุรกิจ แต่ยอมเป็นการลดปริมาณที่ผลิตได้ในแต่ละสาขา มาตรา 8(iv) ถูกนำไปใช้กับการ ดำเนินงานของสมาคม ทั้งนี้ มาตรา 8(iv) อาจใช้พร้อมกับมาตรา 8(i) และมาตรา 8(v)

โดยทั่วไป JFTC ใช้มาตรา 8(i) ในการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัจจัย ที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน เช่น ราคาซึ่งมีความสำคัญในการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบ ธุรกิจ ในขณะที่เดียวกันก็ใช้มาตรา 8(iv) กับการปฏิบัติที่มีผลเป็นองค์ประกอบในการละเมิดมาตรา 8(i) หรือเป็นเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญอย่างมาก ในคดี Mie Bus Association สมาคมของผู้ให้บริการรถบัสที่เป็นเจ้าของรถบัสส่วนใหญ่ในจังหวัดมิเอะ ได้กำหนดราคาสำหรับการ เข้าหารถบัส นอกจากนั้นสมาคมยังได้กำหนดกฎว่าเมื่อสมาชิกเลือกใช้นักขบวนกำกับดูแลเพื่อ เพิ่มยานพาหนะ สมาชิกต้องแจ้งสมาคมเพื่อขออนุญาตจากสมาชิกอื่น JFTC ตรวจสอบว่ากฎนั้นเป็น การละเมิดมาตรา 8(iv)⁵⁴⁸

3.4.2.2 องค์ประกอบในแง่ประเภทของการตกลงร่วมกัน

1. เจตนาของการติดต่อสื่อสาร (Communication of Intention)

มาตรา 2(6) ถ้อยคำที่ว่า “ร่วมกับบริษัทอื่น (In concert with other enterprises)” ถูกตีความให้ หมายถึง เจตนาในการติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น ในคดี Toshiba Chemical ศาลสูงโตเกียวอธิบายว่า “เจตนาของการติดต่อสื่อสาร หมายถึง สถานการณ์ที่บริษัทต่างตระหนักว่าผู้อื่นจะขึ้นราคาหรือ คาดการณ์ว่าผู้อื่นจะขึ้นราคาในลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันและมีเจตนาที่จะปฏิบัติตามซึ่งกันและ กัน แต่ข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดรับทราบหรือยอมรับการเพิ่มราคาของอีกฝ่ายไม่เพียงพอ ที่จะแสดงถึงการติดต่อดังกล่าว” ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องปรากฏข้อตกลงที่แสดงถึงการจำกัด ข้อเท็จจริง ที่ว่าบริษัทต่างตระหนักถึงการเพิ่มขึ้นของราคาจากฝ่ายอื่น ๆ และยอมรับการเพิ่มขึ้นโดยปริยายเช่น

⁵⁴⁷ JFTC Recommendation Decision, 2 November 1999, 46 Shinketsu-shu 347 (Textbook Association).

⁵⁴⁸ JFTC Recommendation Decision, 2 February 1990, 36 Shinketsu-shu 35 (Mie Bus Association).

ในกรณีที่เรียกว่า “เจตนาในการติดต่อสื่อสารโดยปริยาย” ซึ่งเพียงพอในการแสดงถึงการติดต่อดังกล่าวแล้ว⁵⁴⁹

เจตนาในการติดต่อสื่อสารส่วนมากถูกแสดงให้เห็นว่ามีค่าเท่ากับ Gouli (Agreement) คดีที่จะกล่าวต่อไปนี้แสดงถึงข้อกำหนดที่สำคัญในการกำหนดราคาและข้อตกลงในการต่อต้านการแข่งขันอื่น ๆ ทั้งหมด เมื่อมีเจตนาในการติดต่อสื่อสารเกิดขึ้นเป็นเรื่องยากที่จะโต้แย้งว่าการปฏิบัติที่มีปัญหานั้นไม่สอดคล้องกับองค์ประกอบอื่นและเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁵⁰

คดี Toshiba Chemical⁵⁵¹

ผู้ผลิตแผ่นลามิเนตหุ้มทองแดงฟีนอล (Paper phenol copper-clad laminates) ทั้งแปดพบกันเป็นประจำในช่วง 6 เดือนแรกของปี ค.ศ.1987 เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลและความคิดเห็นเกี่ยวกับวิธีการป้องกันการลดลงของราคาขายและการเพิ่มราคาขาย ในการประชุมเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.1987 ผู้ผลิตชั้นนำสามรายประกาศเจตนาที่จะขึ้นราคา 300 เยนต่อตารางเมตรหรือเพิ่มขึ้น 15 เปอร์เซ็นต์และขอให้ผู้ผลิตรายอื่นทำเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้ผลิตทั้งหมดจึงขึ้นราคาตามประกาศดังกล่าว

ประเด็นในคดีนี้ คือ การแลกเปลี่ยนข้อมูลและการประกาศจากผู้ผลิตมี “การร่วมกันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นจำกัดหรือดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ” ตามความในมาตรา 2(6) ของ AMA หรือไม่ ซึ่ง JFTC ตัดสินว่ามีการกระทำดังกล่าว จำเลยคัดค้านการตัดสินและขอให้ศาลยกเลิกคำตัดสินของ JFTC ศาลสูงโตเกียวเห็นด้วยกับคำตัดสินของ JFTC โดยระบุว่า “หากผู้ประกอบการแลกเปลี่ยนข้อมูลการขึ้นราคาระหว่างผู้ประกอบการรายอื่น การกระทำที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันกับผู้อื่น จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะถูกสันนิษฐานว่าคู่กรณีมีความสัมพันธ์ที่คาดหวังจากการกระทำร่วมกัน ดังนั้น จึงถือได้ว่าเป็น “การติดต่อประสานกันตามเจตนา (Liaison of intention)” เว้นแต่จะสามารถแสดงให้เห็นว่าการขึ้นราคาดังกล่าว เป็นการดำเนินการเป็นรายบุคคล

⁵⁴⁹ Tokyo High Court, 25 September 1995, 906 Hanrei Times 136 (Toshiba Chemical).

⁵⁵⁰ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 80-81.

⁵⁵¹ Hiroyuki Odagiri, *Competition, Innovation, and Growth in Japan* (Singapore: Springer Singapore, 2017), pp. 13-14.

โดยการตัดสินใจของบริษัทเองที่เห็นว่าการขึ้นราคาสามารถทำได้จากการประชุมการแข่งขันด้านราคาในตลาดที่เกี่ยวข้องและไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการขึ้นราคาของบริษัทตนกับบริษัทอื่น”

กรณีนี้ปรากฏ “การติดต่อประสานกันตามเจตนา” ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นตามมาตรา 2(6) AMA ศาลระบุว่า “ข้อตกลงมีความชัดเจนว่าเจตนาจะผูกมัดฝ่ายที่เกี่ยวข้องก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการติดต่อประสานกันตามเจตนา กล่าวอีกนัยหนึ่งการติดต่อประสานกันตามเจตนา สามารถพิสูจน์ได้โดยการยอมรับร่วมกันแสดงผ่านการขึ้นราคาของผู้ประกอบธุรกิจอื่นและการยอมรับโดยปริยายโดยการขึ้นราคาตามผู้อื่น เรียกว่า “การติดต่อประสานกันตามเจตนา” ตามข้อตกลงโดยปริยาย”

นักเศรษฐศาสตร์ได้กล่าวว่าการสมรู้ร่วมคิดอย่างชัดเจนและการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายสามารถนำไปสู่ผลลัพธ์เดียวกัน คือ ราคาที่อยู่เหนือการแข่งขัน (Supracompetitive) ไม่ว่าจะมีการประสานงานที่ชัดเจนของการกระทำระหว่างบริษัท (สมรู้ร่วมคิดอย่างชัดเจน) หรือบริษัทเพียงกำหนดและรักษาราคาไว้ในระดับที่สูงขึ้น เนื่องจากเกรงว่าจะถูกตอบโต้ หากบริษัทไม่กำหนดราคาไปในแนวทางเดียวกัน (สมรู้ร่วมคิดโดยปริยายหรือความร่วมมือโดยปริยาย) แต่มีนักเศรษฐศาสตร์จำนวนหนึ่งเห็นว่า การสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายทั้งหมดควรผิดกฎหมาย แต่อาจส่งผลให้การกำหนดราคาที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงและเกิดการกำหนดราคาแบบขนาน ถูกเข้าใจผิดว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย นักเศรษฐศาสตร์ส่วนมากจึงเชื่อว่าควรมีเพียงการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายที่มีเจตนาหรือวิธีการในการต่อต้านการผูกขาดเท่านั้นที่ควรได้รับการลงโทษ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2. การปฏิบัติแบบขนาน (Parallel Conduct)⁵⁵² หากบริษัทสองแห่งขึ้นไปขึ้นราคาในเวลาเดียวกันและสร้างความเสียหายให้กับผู้บริโภค อาจสันนิษฐานได้ว่าบริษัทต่าง ๆ ขึ้นราคาเพราะมีการ “วางแผนร่วมกัน” อย่างไรก็ตาม จากคดี Toshiba Chemical ปฏิเสธแง่มุมที่มองว่า การวางแผนร่วมกันมีสถานะเทียบเท่ากับเจตนาของการติดต่อสื่อสาร

นักวิชาการส่วนใหญ่เข้าใจว่ามาตรา 2(6) ต้องการการกระทำที่เป็น การต่อต้านการแข่งขันระหว่างคู่แข่งและการเพิ่มขึ้นของราคาแบบขนาน ซึ่งหากทำโดยลำพังอาจไม่เป็นการละเมิด แม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจตระหนักถึงการเพิ่มขึ้นของราคาของคู่แข่งและดำเนินการ

⁵⁵² Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 81-82.

เช่นเดียวกัน วิธีการนี้มีเหตุผลที่น่าสนใจ เนื่องจากในขั้นตอนยกร่างเห็นว่า การออกคำสั่งยุติและหยุดการกระทำตามคำสั่งเป็นเรื่องยากหากไม่พบการติดต่อกันดังกล่าวและ JFTC ไม่สามารถห้ามผู้ประกอบการธุรกิจจากการเฝ้าดูกลยุทธ์การกำหนดราคาของคู่แข่งและปรับกลยุทธ์ของตนเองตามผู้ประกอบการธุรกิจอื่น นอกจากนี้ข้อห้ามในการดำเนินการแบบขนานอาจขัดขวางผู้ประกอบการธุรกิจจากการลดราคา สมมติว่าคู่แข่งใช้สิ่งเริ่มต้น (Input) เดียวกัน (เช่น น้ำมันเบนซิน) เพื่อผลิตผลิตภัณฑ์ X ในตลาดเสรี เมื่อราคาส่งเริ่มต้นต่ำราคา X อาจลดลง ในทางกลับกันเมื่อราคาส่งเริ่มต้นเพิ่มขึ้นราคาของ X จะสูง

เมื่อการขึ้นราคาแบบขนานถูกห้ามและเป็นความผิดโดยตนเอง ผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่สามารถลดราคาของ X ได้โดยง่าย เนื่องจากการสร้างความเสี่ยงที่จะถูกกล่าวหาว่าได้กระทำพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายหากภายหลังมีการขึ้นราคา นอกจากนี้อาจเป็นการยากที่จะแยกแยะความแตกต่างระหว่างสถานการณ์ที่มีการขึ้นราคาแบบขนานในตลาดผู้ขายน้อยราย และกรณีที่เกิดการแข่งขันอย่างรุนแรงซึ่งส่งผลให้ทุกบริษัทกำหนดราคาให้อยู่ในระดับที่สามารถแข่งขันได้เพื่อป้องกันการสูญเสียลูกค้าให้คู่แข่ง แม้จะมีเสียงส่วนมากโต้แย้งว่าควรตีความมาตรา 2(6) ให้ครอบคลุมการขึ้นราคาแบบขนานก็ตาม

การสมรู้ร่วมคิดอาจเกิดขึ้นโดยปราศจากเจตนาของการติดต่อสื่อสารในตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งกลยุทธ์การกำหนดราคาของผู้มีส่วนร่วมในตลาดถูกตรวจสอบได้ง่ายจากผู้มีส่วนร่วมในตลาดรายอื่นและผู้มีส่วนร่วมซึ่งดำเนินธุรกิจในลักษณะเดียวกัน กรณีเช่นนี้จึงไม่มีความชัดเจนและหากไม่เข้าไปแทรกแซงจะสามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคได้ดีที่สุด

หากตลาดผู้แข่งขันน้อยรายมีการควบคุมการขึ้นราคาแบบขนาน อาจต้องย้อนกลับไปศึกษาจากรายงานระบบเรื่องการขึ้นราคาแบบขนานซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1977 และยกเลิกในปี ค.ศ. 2005 ในช่วง ค.ศ. 1970 ญี่ปุ่นประสบภาวะเงินเฟ้อรุนแรงและระบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนของผู้บริโภคโดยขัดขวางการขึ้นราคา

ระบบรายงานการขึ้นราคาแบบขนานนั้น JFTC ได้รับมอบอำนาจให้รวบรวมรายงานเมื่อ

- 1.) จำนวนหรือร้อยละของการเพิ่มขึ้นของราคาเหมือนหรือคล้ายกัน
- 2.) ช่วงระยะเวลาต่ำกว่าสามเดือนมีการเพิ่มราคาถึงสองครั้ง

3.) สินค้าหรือบริการที่มีแนวโน้มของราคาและประเภทคล้ายกัน และ

4.) ปริมาณสินค้าหรือบริการทั้งหมดที่เป็นปัญหาในประเทศญี่ปุ่น มียอดขายจำหน่ายในช่วงระยะเวลาหนึ่งปีเกินกว่า 60 พันล้านเยนและส่วนแบ่งตลาดโดยรวมของผู้จำหน่ายสามรายแรกเกิน 70 เปอร์เซ็นต์ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2005 ข้อผิดพลาดของระบบได้ปรากฏชัดขึ้น เพราะไม่เพียงแต่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอย่างมีนัยสำคัญ แต่บริษัทยังเข้าใจระบบดังกล่าวไม่ถูกต้อง โดยเข้าใจว่าการขึ้นราคาได้รับอนุญาตอย่างเปิดเผยเมื่อมีการส่งรายงานไปด้วยเหตุนี้การรายงานการเพิ่มขึ้นของราคาขานานจึงถูกยกเลิกจากการแก้ไข Antimonopoly Act ในปี ค.ศ. 2005

3. การพิสูจน์เจตนาของการติดต่อสื่อสาร (Proving communication of intention) การพิสูจน์ถึงเจตนาของการติดต่อสื่อสารเป็นเรื่องยาก หากผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ผิดกฎหมายตระหนักถึงบทลงโทษที่รุนแรงและระมัดระวังมิให้เหลือหลักฐานในการกระทำความผิดอุปสรรคนี้ได้นำไปสู่คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมา ดังนี้

ประการแรก คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องแสดงถึงเจตนาอย่างชัดแจ้ง ศาลสูงโตเกียวระบุในคดี Toshiba Chemical ว่าเพียงมีเจตนาในการติดต่อสื่อสารโดยปริยายก็เพียงพอแล้ว⁵⁵³

ประการที่สอง ไม่จำเป็นต้องระบุเวลาสถานที่และลักษณะของการติดต่อสื่อสาร เพียงแต่แสดงให้เห็นถึงช่วงเวลาโดยประมาณที่มีการตกลงกันก็เพียงพอแล้ว⁵⁵⁴

ประการที่สาม ทุกสถานการณ์ทั้งก่อนและหลังการขึ้นราคาอาจถูกนำมาพิจารณาถึงการรับรู้และเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อต้องการค้นหาความมีอยู่ของเจตนาในการติดต่อสื่อสาร⁵⁵⁵

ประการที่สี่ เมื่อพิจารณาถึงความมีอยู่ของข้อตกลง อาจถูกสันนิษฐานว่ามีการแลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นอันดับแรก

⁵⁵³ Tokyo High Court, 25 September 1995, 906 Hanrei Times 136 (Toshiba Chemical).

⁵⁵⁴ Tokyo High Court, 15 December 2006, 53 Shinketsu-shu 1000 (Oishigumi).

⁵⁵⁵ Tokyo High Court, 25 September 1995, 906 Hanrei Times 136 (Toshiba Chemical).

ประการที่ห้า การพิจารณากิจกรรมการเสนอราคาประมูล กรอบของ ข้อตกลงอาจถูกสันนิษฐานว่ามีการประสานงานอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เสร็จสมบูรณ์ผ่าน ผู้ประมูลรายบุคคล

โดยประการที่สี่และห้านี้จะมีการอธิบายเพิ่มในหัวข้อถัดไป

สถานะของเจตนาของการติดต่อสื่อสาร (Status of communication of intention)⁵⁵⁶

ก่อนหน้านี้การบังคับใช้กฎหมาย Japan Fair Trade Commission (JFTC) จำเป็นต้องมีหลักฐานที่เป็นรายละเอียด แผนการที่เป็นรูปธรรมเพื่อสามารถอธิบายถึง รายละเอียดของการสมรู้ร่วมคิดกัน รวมถึงหลักฐานที่ว่าคู่สัญญาพยายามรับฟังความคิดเห็นของ ผู้ใดผู้หนึ่งซึ่งเป็นข้อตกลงร่วมกัน (Common ground) ตรวจสอบความถูกต้องของแลกเปลี่ยนข้อมูล และเนื้อหาที่ผ่านมา เช่นเดียวกับในคดี Elevator Repair Services⁵⁵⁷ การที่มาตรฐานของกฎหมาย มีความเข้มงวดมากส่งผลให้ไม่มีความแตกต่างระหว่างการพิจารณาพยานหลักฐานแวดล้อมและ พยานหลักฐานโดยตรง เช่น บันทึก จดหมาย การสัมภาษณ์ เป็นต้น เกิดความยากลำบาก ในการพัฒนาค่านิยมของ “เจตนาของการติดต่อสื่อสาร (Communication of intention)” ในทางปฏิบัติ จนกระทั่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการชี้แจงในคดี Toshiba Chemical ซึ่งทำให้ JFTC ขยายหลักเกณฑ์เป็น 4 แนวทางดังที่ได้กล่าวไป เช่น JFTC ตัดสินว่า ไม่จำเป็นต้องใช้หลักฐานที่ แน่นนอน (Accurate) ในการพิจารณาการแลกเปลี่ยนข้อมูลก่อนเกิดปัญหาและไม่จำเป็นต้องกระทำ ตามกระบวนการที่เคร่งครัดเพื่อยืนยันว่าคู่สัญญาเกี่ยวข้องในการทำการตกลงร่วมกัน การเปลี่ยนแปลงนี้ได้รับการสนับสนุนผ่านความเห็นของสาธารณะอย่างกว้างขวาง

นอกจากนี้จำเป็นต้องแก้ไขปัญหา 2 ประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับ กฎหมาย ประเด็นแรก คือ สามารถเพิ่มการขยายขอบเขตเป็นหลักการที่ได้จากคดี Toshiba Chemical อย่างไร ประเด็นที่สอง มีหลักเกณฑ์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการประสานกันตามเจตนา

⁵⁵⁶ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy* (Singapore: Springer, 2019), pp. 57-58.

⁵⁵⁷ Elevator Repair Services Case, JFTC case number Showa 59 (Han) No. 1, Date of the judgment; 28 July, 1994.

(Liaison of intention) หรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหาทั้งสองประการจำเป็นต้องพิจารณาหน้าที่การทำงานและความหมายของเจตนาของการติดต่อสื่อสาร

หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสาร (Proof Related to Communication)⁵⁵⁸

(1) การทำงานของการติดต่อสื่อสาร (Function of communication) ปัญหาในการตีความถ้อยคำว่า “ร่วมกัน (Mutually)” ตามมาตรา 2(6) AMA และการแยกแยะการประสานกันตามเจตนา การตระหนักรู้อย่างคู่ขนานล้วนเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยข้อตกลงที่ผิดกฎหมาย การสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายทางกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามการพิจารณาการต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา โดยการพิจารณาจะเริ่มต้นจากปัญหาการกำหนดราคาของสถานีเติมน้ำมัน⁵⁵⁹ สถานีเติมน้ำมันสองแห่งตั้งอยู่ตรงข้ามกันและมีปัญหาในการกำหนดราคาน้ำมัน ภายใต้ทฤษฎีที่ได้รับค่านิยมในสหรัฐอเมริกาหากเกิดคดีซึ่งมีสถานการณ์ดังกล่าวจะถูกพิจารณาว่าเป็นการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายและไม่สามารถใช้การควบคุมการต่อต้านการผูกขาดได้เนื่องจากไม่มีการกระทำที่สมควรถูกดำเนิน การควบคุมการกำหนดราคาเพื่อการเพิ่มผลกำไรสูงสุดเป็นการควบคุมราคาโดยตรงไม่อยู่ภายใต้หลักการของการต่อต้านการผูกขาด ในทางตรงกันข้าม ผู้พิพากษา Posner ชี้ให้เห็นว่าหากการพิสูจน์ข้อตกลงถูกจำกัดด้วยการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการผูกขาด ต้องพิจารณาหลักฐานของข้อตกลงจากประสิทธิภาพของตลาด⁵⁶⁰ การควบคุมการตกลงอย่างมีประสิทธิภาพจึงควรมุ่งเน้นไปที่การติดต่อสื่อสาร เช่น ควรตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารโดยพิจารณาถึงโอกาส การทำงาน เนื้อหา และวิธีการของการติดต่อสื่อสารนั้น

การอภิปรายในประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวกับการประสานกันตามเจตนาให้มีความสำคัญกับสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจรับรู้หรือคาดการณ์การเพิ่มขึ้นของราคาที่เหมือนหรือคล้ายกันโดยผู้ประกอบการอื่น อย่างไรก็ตาม หากให้ความสำคัญกับสถานการณ์มากเกินไปอาจทำให้ไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยายและการกระทำแบบคู่ขนานได้ โดยประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้การประสานกันตามเจตนา หมายถึง การกระทำที่เป็นการอำนวยความสะดวก

⁵⁵⁸ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy*, pp. 58-62.

⁵⁵⁹ George A. Hay, "Horizontal Agreements: Concept and Proof," *The Antitrust Bulletin* 51(2006): 877.

⁵⁶⁰ Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1976).

ความสะดวกในการรับรู้หรือคาดเห็นการกระทำที่เหมือนหรือคล้ายกันของผู้อื่น จากนิยามมีเจตนาในการตีความอย่างชัดเจนว่าต้องการให้การติดต่อประสานกันตามเจตนาเป็นการคาดการณ์การกระทำทางธุรกิจ

(2) การทำงาน เนื้อหา และวิธีการในการติดต่อสื่อสาร (Function, content, and method of communication) ในสหรัฐอเมริกาการพิสูจน์ถึงข้อตกลงบางครั้งเกี่ยวข้องกับความร่วมมือของ “ปัจจัยเพิ่มเติม (Plus factors)” เมื่อสังเกตถึงการกระทำที่ขนานกันทำให้เกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าปัจจัยใดเป็นสิ่งที่ทำให้ข้อตกลงผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ปัจจัยเพิ่มเติมที่จะส่งผลให้ข้อตกลงผิดกฎหมายยังมิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน⁵⁶¹ ทั้งนี้ เนื้อหาและความเข้มงวดของปัจจัยเพิ่มเติมถูกพิจารณา ภายหลังจากตัดสินของศาลฎีกาในคดี Twombly กระบวนการไต่สวนมีอุปสรรคอย่างมาก ทำให้เกิดการวิจารณ์ว่าปัจจัยเพิ่มเติมควรถูกตรวจสอบในบริบทโดยรวมของกฎหมายต่อต้านการผูกขาดอีกครั้ง⁵⁶² ในขณะเดียวกันปัญหาของญี่ปุ่นเป็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์ที่มีความเข้มงวดซึ่งจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงมาตรการที่ทันสมัยในการควบคุมการตกลงร่วมกัน

การทำงาน เนื้อหา และวิธีการในการติดต่อสื่อสารเป็นประเด็นที่มักถูกถกเถียง ประการแรก การสันนิษฐานเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารจะมีเหตุผลต่อเมื่อเกี่ยวข้องกับ การสมรู้ร่วมคิดเท่านั้น เช่น ภายหลังจากที่ทั้งสองบริษัทมีการขึ้นราคาจำนวนเท่ากันและมีการเปิดเผยหลักฐานในการติดต่อสื่อสารฝ่ายเดียวและการติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับ ซึ่งการติดต่อทั้งสองประเภทนี้ส่วนใหญ่ไม่มีประโยชน์และทำให้เสียหาย หรือการที่บริษัทประกาศเจตนาของตนเองต่อคู่แข่งโดยมิได้ทราบถึงเจตนาของคู่แข่งซึ่งกระทำการขัดกับผลประโยชน์ของตน ดังนั้น หลักฐานการสื่อสารฝ่ายเดียวและเป็นความลับจะสมเหตุสมผลเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการประสานงานเท่านั้น พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารโดยเฉพาะมีแนวโน้มที่จะช่วยเพิ่มความร่วมมือของข้อตกลง

⁵⁶¹ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F. 3d 1028, 1033 (2000). The opinion stated that “an agreement is properly inferred from conscious parallelism only when certain ‘plus factors’ exist” (para. 10).

⁵⁶² Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

ในทางตรงกันข้าม การสื่อสารที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำร่วมกันก็เป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง เช่น การสื่อสารโดยสาธารณะ การสื่อสารโดยตรงที่ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการอธิบายถึงเหตุผลในการขึ้นราคา ในขณะที่เกี่ยวกับการสื่อสารดังกล่าวสามารถยกระดับการประสานงานโดยการทำให้เกิดวิธีการที่สอดคล้องกับข้อมูลสาธารณะ หรือการอธิบายเงื่อนไขและค่าใช้จ่ายในการขนส่งและการรับประกันราคา

ข้อกำหนดในการพิสูจน์การติดต่อสื่อสารของญี่ปุ่นเข้มงวดกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายการแข่งขันของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นไปตาม “Anic presumption” ซึ่งระบุว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจให้คำแนะนำภายในองค์กรของตนเองซึ่งมีความชัดเจนว่าไม่ต้องการปฏิบัติตามคู่แข่งที่เข้าร่วมการตกลงร่วมกัน ถือได้ว่าเป็นมาตรการในเชิงบวก⁵⁶³

เนื่องจากในประเทศญี่ปุ่นยังไม่มีคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐาน จึงจำเป็นต้องมีการประเมินเนื้อหาของการติดต่อสื่อสาร ดังนั้น การบังคับใช้จึงมุ่งเน้นไปที่ความสมเหตุสมผลของการสื่อสารหรือการที่ไม่ปรากฏการดำเนินการร่วมกัน เจ้าหน้าที่การแข่งขันได้เรียบเรียงข้อพิจารณาอย่างครอบคลุม เช่น ความสมเหตุสมผลและหลักฐานด้านเศรษฐกิจซึ่งเป็นพยานหลักฐานทางอ้อมในญี่ปุ่นและสหภาพยุโรป

(3) หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับสภาพตลาด (Evidence related to market situation) การตกลงร่วมกันบ่อยครั้งมักเป็นการเบี่ยงเบน (Deviation) ความน่าจะเป็น ดังนั้น การตกลงร่วมกันจึงสามารถทราบว่าสมาชิกใดที่มีได้ปฏิบัติตามข้อตกลง ดังนั้น หากเกิดสถานการณ์ที่ผิดปกติจากความเป็นไปได้ตามข้อตกลงสมาชิกจะต้องถูกลงโทษ กรณีเช่นนี้การติดต่อสื่อสารจึงไม่สามารถพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของการตกลงร่วมกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีคู่แข่งจำนวนน้อย (ระดับความหนาแน่นของตลาดสูง) ถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความเบี่ยงเบน การทำงานของการติดต่อสื่อสารที่เข้มแข็งและทำให้เกิดความเชื่อว่าผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงจะถูกลงโทษเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นเพื่อการกระทำร่วมกัน เนื่องจากคู่แข่งจำนวนน้อยจะมีความสัมพันธ์ทางการติดต่ออย่างเข้มแข็ง เพราะไม่มีคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องอื่นสามารถเข้าใจและยอมรับข้อตกลงได้ ประเด็นนี้จึงเป็นข้อสันนิษฐานของการติดต่อสื่อสารว่าอาจเกี่ยวข้องกับการสร้างความไว้วางใจระหว่างกัน

การวิจัยเชิงทดลองแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถสร้างการประสานงานร่วมกันโดยไม่จำเป็นต้องมีการติดต่อสื่อสาร แต่กรณีนี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากมี

⁵⁶³ Case T-61/99 *Adriatica di Navigazione SpA v Commission* [2003] ECR II-5349, para 133.

คู่สัญญาสามฝ่าย⁵⁶⁴ นอกจากนี้การมีคู่แข่งจำนวนน้อยทำให้เกิดความน่าเชื่อถือที่สามารถเกิดการลงโทษได้ ในทางตรงกันข้าม การตกลงร่วมกันที่เกี่ยวข้องกับคู่แข่งจำนวนมากจะมีได้ให้ประโยชน์กับสมาชิกมากนัก ดังนั้น การตกลงร่วมกันดังกล่าวจึงขาดความสามารถในการบังคับใช้กับสมาชิกที่เบี่ยงเบนจากข้อตกลง⁵⁶⁵ แม้จะสรุปว่ามีข้อตกลงที่ชัดเจนแต่เมื่อขาดเงื่อนไขตลาดที่สนับสนุนการเกิดการตกลงร่วมกันซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอน (Unstable) ในข้อตกลง ในอีกมุมหนึ่งสภาพตลาดเป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งในการควบคุมการตกลงร่วมกัน หากการกระทำร่วมกันได้แพร่หลายไปในตลาดแล้ว จำเป็นที่จะต้องใช้หลักเกณฑ์ขั้นต่ำในการผ่อนปรน (De Minimis) กับข้อตกลง และการกระทำร่วมกันจะหมายถึงการกระทำแบบขนานเท่านั้น ซึ่งการตรวจสอบการติดต่อสื่อสารระหว่างคู่แข่งเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้หลีกเลี่ยงความขัดแย้งนี้⁵⁶⁶

(4) หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการ (Evidence related to conduct) หลักฐานทางเศรษฐกิจไม่เพียงแต่เกี่ยวข้องกับสภาพตลาด แต่ยังรวมถึงการดำเนินการในตลาด โดยทั่วไปแล้วเป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงข้อตกลงโดยอาศัยการกระทำทางเศรษฐกิจแบบขนานภายในตลาดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม กรณีสมมติดังต่อไปนี้แสดงให้เห็นว่าข้อตกลงอาจเกี่ยวข้องกับการกระทำแบบขนานอย่างไรในการพิจารณากฎหมายต่อต้านการผูกขาด

กรณีแรกเกี่ยวข้องกับการยอมรับการกระทำที่เป็นการกีดกัน (Exclusionary) ในรูปแบบของการคว่ำบาตรทางอ้อม เนื่องจากเป็นไปได้ที่การจำกัดทางค้าจะไม่มีข้อตกลงระหว่างผู้คว่ำบาตร หากธุรกิจหนึ่งปฏิเสธจะเกิดการสูญเสียโอกาสทางการค้า จึงเป็นเหตุผลในการสันนิษฐานว่าการกระทำร่วมกันเป็นหลักฐานของการคว่ำบาตร กรณีที่สองเกี่ยวข้องกับการเสนอราคาลักษณะเดียวกัน ข้อตกลงกรณีเสนอราคาอาจพบเงื่อนไขการจำกัดกิจกรรมทางธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2(6) AMA พื้นฐานในการสร้างข้อตกลงการเสนอราคาสามารถพิจารณาได้จากเจตนาของการติดต่อสื่อสารระหว่างบริษัทต่าง ๆ ที่ปฏิบัติด้วยความเข้าใจและยอมรับข้อตกลง ดังนั้น ในประเทศญี่ปุ่นการมีอยู่ของข้อตกลงอาจเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดว่าบริษัทมีการกระทำ

⁵⁶⁴ Charles A. Holt, *Handbook of Experimental Economics*, ed. Roth AE (Princeton: Princeton University Press, 1997).

⁵⁶⁵ William H. Page, "A Neo-Chicago Approach to Concerted Action," *Antitrust Law Journal* 78(2012): 173.

⁵⁶⁶ Louis Kaplow, "Direct Versus Communications-Based Prohibitions on Price Fixing," *Journal of Legal Analysis* 3(2011): 449.

“ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น” การทำซ้ำ (Repetition) ที่ผิดปกติในระหว่างการเสนอราคาจะถูกพิจารณาว่ามีข้อตกลงเพื่อกระทำการแบบขนาน

(5) การพัฒนาการระบุถึงการตกลงร่วมกันโดยวิธีการเชิงประจักษ์ (Recent development of cartel identification by empirical method) มีการพัฒนาโดยใช้วิธีการทางเศรษฐศาสตร์ระบุถึงการตกลงร่วมกัน การศึกษาโดย Robert Clark และ Jean-François Houde⁵⁶⁷ เกี่ยวกับการตรวจสอบการสื่อสาร ซึ่งแสดงให้เห็นผลลัพธ์จากการสังเกตพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากเอกสารของ Canadian Competition Bureau ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการปรับราคาแบบไม่สมดุลง (Asymmetric) เป็นส่วนหนึ่งของกลไกการสมรู้ร่วมคิด นอกจากนี้ ทั้งสองได้สรุปว่ามักไม่ปรากฏหลักฐานโดยตรงของการติดต่อสื่อสารที่ชัดเจนที่เกิดขึ้นนอกตลาดเป้าหมาย ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะระบุถึงลักษณะการเปลี่ยนแปลงที่สังเกตได้ของการกำหนดราคาที่เป็นพฤติกรรมการสมรู้ร่วมคิดกัน ในขณะที่บริษัทสามารถเปลี่ยนแปลงข้อมูลราคาอย่างง่ายดาย ความล่าช้าในการเปลี่ยนแปลงราคาจึงเป็นผลมาจากการขัดแย้งกันของข้อตกลงมากกว่าที่จะมาจากความขัดแย้งของตลาด

หลักเศรษฐศาสตร์ของการประมูลและการเสนอราคาถูกสำรวจโดย Hendricks และคณะ⁵⁶⁸ ได้สรุปทฤษฎีและการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคาเพียงครั้งเดียวและหลายครั้ง จากมุมมองทางเศรษฐกรศึกษาถึงประเภทของการประมูล ไม่ว่าจะเป็นราคาแรก หรือราคาที่สอง ไม่ว่าเป็นการเสนอราคาแบบปิดผนึกหรือแบบปากเปล่าว่ามีผลกระทบต่อแรงจูงใจของผู้ประมูลในการสมรู้ร่วมคิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทดลองเชิงประจักษ์โดย Rieko Ishii⁵⁶⁹ ซึ่งได้วิเคราะห์กรณีการเสนอราคารูปแบบการแลกเปลี่ยนที่เกิดขึ้นจากผลประโยชน์ อย่างที่ทราบกันดีว่าในประเทศญี่ปุ่นนั้นการร่วมกันเสนอราคามักเกิดขึ้นในงานประมูลสาธารณะ ในแง่นี้จะเลือกผู้ชนะการประมูลโดยพิจารณาจากผลประโยชน์ที่กิจการแบ่งให้สมาชิกอื่นทั้งหมดที่ทำการตกลงร่วมกัน โดยรูปแบบที่ชัดเจนได้จำลอง “ผลประโยชน์ (Favor)” มาเป็นตัวแปรในการอธิบาย Ishii วิเคราะห์

⁵⁶⁷ Robert Clark and Jean-François Houde, "The Effect of Explicit Communication on Pricing: Evidence from the Collapse of a Gasoline Cartel," *The Journal of Industrial Economics* 62(2014): 191.

⁵⁶⁸ Michael Williams and Kenneth Hendricks R. Preston McAfee, "Auctions and Bid Rigging," *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics* 2(2014).

⁵⁶⁹ Rieko Ishii, "Bid Roundness under Collusion in Japanese Procurement Auctions," *Review of Industrial Organization* 44(2014): 241.

ข้อมูลจากการประมุลงานสาธารณะสำหรับโครงการให้คำปรึกษาในเมือง Naha ประเทศญี่ปุ่นเพื่อ ยืนยันว่าการสมรู้ร่วมคิดเกิดขึ้น การวิเคราะห์ดังกล่าวมีความสำคัญในการระบุถึงการกระทำร่วมกัน เช่นเดียวกับการพิสูจน์การสมรู้ร่วมคิดกัน จากงานวิจัยนี้ JFTC ได้มีคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำ และมีคำสั่งให้จ่ายเงินเพิ่มไปยังผู้เข้าร่วมประมุลงานก่อสร้างที่จัดขึ้นโดยจังหวัดโอกินาวา กลไกที่มี ลักษณะเดียวกันนี้ได้ถูกนำไปใช้กับกรณีอื่น ซึ่งผู้ประมุลจำนวนมากที่เสนอราคาเพื่อจัดทำงานโยธา และงานก่อสร้างจังหวัดโอกินาวา ร่วมกันเลือกผู้ชนะการประมุล (ล่วงหน้า) สำหรับแต่ละงานเพื่อ หลีกเลี่ยงการลดลงของราคาและให้โอกาสในการชนะประมุลอย่างเท่าเทียมกันระหว่างผู้เข้าร่วม

ประเทศญี่ปุ่นมีการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดมากขึ้นในการพิจารณาคดี การตกลงร่วมกัน โดยได้มีการวิจัยเกี่ยวกับการดำเนินการโดยใช้การวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจเพื่อพิสูจน์ ถึงการสมรู้ร่วมคิดและไม่ได้อาศัยมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ ทั้งการศึกษาเชิงทฤษฎีและการวิจัยเชิง ประจักษ์มีความสำคัญต่อมุมมองในการพิจารณาหลักฐานทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นพยานหลักฐานทางอ้อม ของการควบคุมการตกลงร่วมกัน การพัฒนาดังที่กล่าวไปแสดงให้เห็นว่ามีการแสวงหาพยานหลักฐาน ทางอ้อม เช่น หลักฐานการติดต่อสื่อสารหลายวิธีเพื่อช่วยในการควบคุมการตกลงร่วมกัน

กรณีศึกษา (Case Studies in Japan)⁵⁷⁰

1.) คดีการตกลงร่วมกันของตัวดัดแปลงในศาลสูงโตเกียว (Tokyo High Court modifier cartel case)

คดีนี้ JFTC ตรวจพบว่าทั้งสองบริษัทได้ตกลงที่จะขึ้นราคา (Mark up) จำหน่ายตัวดัดแปลง (Modifiers) สำหรับพลาสติกโพลีไวนิลคลอไรด์ (Polyvinyl Chloride Plastics) ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2003 JFTC ได้ออกคำแนะนำเพื่อกำจัดพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนมาตรา 3 AMA และภายหลังได้ออกคำตัดสินสนับสนุนข้อเสนอแนะในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2009 ศาลสูงโตเกียว พิพากษายืนตามคำตัดสินของ JFTC ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2010 (คำสั่งเรียกสำนวนโดยศาลสูงถูก ปฏิเสธในเดือนกันยายน ค.ศ. 2011)

Kaneka Corporation (Kaneka) Mitsubishi Rayon Co., Ltd. (Mitsubishi) และ Kureha Chemical Industry Co., Ltd. (Kureha) จำกัดการแข่งขันในตลาดตัว ดัดแปลงสำหรับโพลีไวนิลคลอไรด์เรซินของญี่ปุ่นโดยทำข้อตกลง ดังนี้

⁵⁷⁰ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy*, pp. 64-69.

(ก) เพื่อเพิ่มราคาจำหน่ายของผลิตภัณฑ์ที่จัดส่งในหรือหลังวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999

(ข) เพื่อเพิ่มราคาจำหน่ายของผลิตภัณฑ์ที่จัดส่งในหรือหลังวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 (สำหรับ Kureha) ราคาจำหน่ายของผลิตภัณฑ์ที่จัดส่งในหรือหลังวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 2002 (สำหรับ Mitsubishi) และราคาจำหน่ายของผลิตภัณฑ์ที่จัดส่งในหรือหลังวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 2002 (สำหรับ Kaneka)

บริษัทร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูล ตรวจสอบจำนวนและวิธีการขึ้นราคาสำหรับตัวตัดแปลง โดย Kureha ตัดสินใจประกาศการขึ้นราคาก่อนทั้งสองบริษัทในวันที่ 8 พฤศจิกายน และขอให้ทั้งสองบริษัทปฏิบัติตาม ทั้งสองบริษัทได้ปฏิบัติเช่นเดียวกับ Kureha โดย Mitsubishi ประกาศขึ้นราคาเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน และ Kaneka ประกาศขึ้นราคาเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน

ประเด็นปัญหาในคดีนี้ คือ การติดต่อสื่อสารถูกมองว่าเชื่อมโยงกับพฤติกรรมการประสานงานอาจฟังดูเป็นเหตุเป็นผลในบางกรณี เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ของความสัมพันธ์และการประสานงานกันอย่างต่อเนื่อง การประกาศขึ้นราคาของบริษัทจึงถูกสันนิษฐานว่าเป็นการติดต่อสื่อสารเพื่อการขึ้นราคา การสื่อสารทางสาธารณะที่ระบุถึงความมุ่งมั่นในการขึ้นราคาอาจมีผลต่อประสิทธิภาพในการแข่งขันผ่านพฤติกรรมการแข่งขันที่ตอบสนองโดยคู่แข่ง อย่างไรก็ตาม การติดต่อสื่อสารเกี่ยวกับการเพิ่มขึ้นของราคา หมายความว่ารวมถึงการที่คู่สัญญาไม่เปิดเผยข้อมูลที่อาจมีผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขัน โดยการกระตุ้นพฤติกรรมที่คล้ายกันในคู่แข่ง ในคดีนี้ การประกาศการขึ้นราคาของบริษัทเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่าไปสู่ข้อสรุปว่า “ร่วมกัน (Mutually)” ดังนั้น การที่บริษัทประกาศราคาสู่สาธารณะอาจถูกตีความว่าเป็นหลักฐานในการติดต่อสื่อสารที่แสดงถึงข้อตกลงในการขึ้นราคา ถ้าการสื่อสารอื่นสามารถพิสูจน์ได้เช่นเดียวกัน เช่น การร่วมกันเตรียมการเพื่อขึ้นราคา และการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างการเจรจาราคา

2.) คดีเครื่องคัดแยกรหัสไปรษณีย์แบบอัตโนมัติ (Automatic postal code sorting machine cartel case)

คดีนี้เป็นการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับเครื่องคัดแยกรหัสไปรษณีย์แบบอัตโนมัติ JFTC ได้ออกข้อเสนอแนะต่อ Toshiba Corp และ NEC Corp ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1998 และมีการพิจารณาคดีในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2003 ศาลสูงโตเกียวพิพากษาเห็นชอบกับจำเลยในเดือน

เมษายน ค.ศ. 2004 แต่ภายหลังศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาดังกล่าวในเดือนเมษายน ค.ศ. 2007 และศาลสูงโตเกียวพิพากษาเห็นชอบกับ JFTC ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2008 (คำสั่งเรียกสำนวนโดยศาลสูงถูกปฏิเสธในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2010)

Toshiba Corporation และ NEC Corporation ได้รับการจดทะเบียนให้เป็นผู้ประมูลที่มีคุณสมบัติในการประมูลแบบเปิดสำหรับเครื่องอ่านและคัดแยกกระดาษไปรษณีย์อัตโนมัติ (เครื่องคัดแยกไปรษณีย์) ซึ่งจะถูกลงโดย Ministry of Posts และ Telecommunications (Ministry) จากปีงบประมาณ 1995 ถึง 1997 บริษัทเข้าร่วมในการประมูลเครื่องคัดแยกไปรษณีย์ระหว่างนี้บริษัททั้งสองได้รับคำสั่งซื้อ 70 ครั้งจากยอดสั่งซื้อ 71 รายการสำหรับเครื่องคัดแยกไปรษณีย์ ในทางข้อเท็จจริงก่อนที่จะมีการแข่งขันประมูล Toshiba และ NEC ได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการเสนอราคา (เช่น ประเภทของเครื่องคัดแยกไปรษณีย์ จำนวนหน่วย สถานที่ตั้งของที่ทำกรไปรษณีย์ที่จะนำเครื่องคัดแยกไปใช้ ฯลฯ) จากเจ้าหน้าที่กระทรวงที่รับผิดชอบ โดยบริษัทที่ได้รับข้อมูลรายละเอียดเท่านั้นที่จะเข้าร่วมในการประมูล ในขณะที่บริษัทอื่นจะไม่เข้าร่วม ดังนั้น การเสนอราคาจะถูกส่งโดยบริษัทที่ได้รับข้อมูลเท่านั้น ในขณะที่บริษัทที่เหลือซึ่งมิได้รับข้อมูลปฏิเสธที่จะส่งการเสนอราคา ทำให้บริษัทหนึ่งที่จะเสนอราคาจะได้รับคำสั่งซื้อ

คำพิพากษาคั้งที่สองของศาลสูงอธิบายถึงปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญในการเข้าสู่ตลาดในสถานการณ์ที่ตลาดสินค้าหนึ่งมีผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายที่มีลักษณะเดียวกันเพียงสองราย (Duopoly) และการแยกตลาดในอดีต แม้ว่าไม่สามารถพิสูจน์ถึงเจตนาที่แยกจากกันได้แต่สามารถใช้เป็นหลักฐาน (ที่ไม่สามารถโน้มน้าวได้ด้วยตนเอง (Weak)) เพื่อพิสูจน์การประสานกันตามเจตนาได้ หากมีพยานหลักฐานทางเศรษฐกิจที่มีน้ำหนักเพียงพอ คำพิพากษาได้อธิบายถึงประเด็นต่าง ๆ ในการพิจารณา รวมถึงการติดต่อสื่อสารและให้ความสำคัญกับ 3 สิ่งนี้ (1) สนับสนุนการกระทำร่วมกัน (2) ความใกล้ชิดหน่วยงานจัดซื้อเพื่อทราบความต้องการ (3) การดำเนินการที่ผิดปกติภายหลังจากเกิดปัญหา ซึ่งในคดีนี้ (3) มิใช่การติดต่อสื่อสารโดยตรง

หลักฐานดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของการประสานกันตามเจตนา ซึ่งถูกสร้างขึ้นโดยการให้ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการจัดการกับความเสี่ยง การพิจารณาทางเศรษฐกิจของการสร้างและรักษาข้อตกลงมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนพยานหลักฐานโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิ่มการรับรู้ร่วมกันของแต่ละบุคคลของบริษัทในการประชุมกฎวิเคราะห์โดยการพิจารณาข้อกล่าวหาของโจทก์ผ่านการใช้ทฤษฎีเกม (Game Theory)

ความหมายของกรณีศึกษา (Implications of the case studies)⁵⁷¹

หนึ่งในความหมายของกรณีศึกษาเหล่านี้ คือ การทำให้มุมมองที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินโดยพยานหลักฐานทางอ้อมมีความชัดเจน คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานจากกรณีศึกษาไม่ว่าการกระทำนั้นจะสมเหตุสมผลภายใต้การแข่งขันหรือไม่ ตามมาตรฐานของคำพิพากษา การติดต่อสื่อสารต้องแสดงถึงความสมเหตุสมผลของธุรกิจภายใต้การแข่งขันและจะต้องแสดงให้เห็นว่าการติดต่อสื่อสารมีได้นำไปสู่การประสานงานที่เป็นประเด็นปัญหา การดำเนินการของบริษัทภายใต้การแข่งขันอาจหมายถึงแง่มุมที่มีได้เป็นไปตามธรรมชาติและวัตถุประสงค์ในการติดต่อสื่อสารในแง่นี้อาจทำให้ระดับการพิสูจน์ถึงการติดต่อสื่อสารต่อการบังคับใช้กับการตกลงร่วมกันในประเทศญี่ปุ่นสอดคล้องกับ Anic presumption ที่ใช้ในสหภาพยุโรป ทั้งนี้ บทความล่าสุดของ Odudu⁵⁷² อธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยแบ่งเป็นระยะที่ 1 (ระยะเจตนา (Intention phase)) และระยะที่ 2 (ระยะของความเชื่อมั่น (Reliance phase)) ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของ Office of Fair Trading โดยความสมเหตุสมผลของการติดต่อสื่อสารถูกรวมอยู่ในการอภิปรายเกี่ยวกับการเชื่อมโยงการสนทนาที่มีความละเอียดอ่อนในเชิงพาณิชย์ แนวคิดทั้งสองมีความคล้ายคลึงกันแต่ก็มีความแตกต่างในหลายแง่มุม (เช่น ความสมเหตุสมผลและความละเอียดอ่อนของธุรกิจ) ซึ่งเป็นประเด็นที่จำเป็นต้องมีการศึกษาเพิ่มเติม

ข้อสรุป (Conclusion)⁵⁷³

การควบคุมการตกลงร่วมกันเป็นประเด็นสำคัญในเขตอำนาจศาลที่ต้องปรับใช้กฎหมายการแข่งขัน ซึ่งปัญหานี้ยังคงมีอยู่แม้จะมีการใช้มาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ เช่น คดีการแข่งขันที่ใช้การปฏิบัติทางธุรกิจอย่างสม่ำเสมอซึ่งมีแนวโน้มจะเป็นการตกลงร่วมกัน เช่นเดียวกับความแตกต่างระหว่างผู้สมัครเข้ารับมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ จึงควรพิจารณาว่าพยานหลักฐานทางอ้อมจากการติดต่อสื่อสารระหว่างธุรกิจสามารถนำมาพิสูจน์ถึงการตกลงร่วมกันได้อย่างไร ทั้งนี้ ได้มุ่งเน้นไปที่การตีความทางกฎหมายของถ้อยคำว่า “ร่วมกัน (Mutually)” เพื่อแสดงถึงการมีอยู่ของเจตนาในการติดต่อสื่อสาร ข้อตกลงร่วมกันถือได้ว่าเป็นเจตนาในการติดต่อสื่อสารระหว่าง

⁵⁷¹ Ibid, 69.

⁵⁷² Okeoghene Odudu, "Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion," *European Competition Journal* 7(2011).

⁵⁷³ Koki Arai, *Law and Economics in Japanese Competition Policy*, pp. 69-70.

บริษัทต่าง ๆ เพื่อดำเนินการร่วมกันโดยอาศัยความเข้าใจและการยอมรับที่จะปฏิบัติตามข้อตกลง การกระทำในลักษณะนี้เรียกว่าการประสานกันตามเจตนา ในประเทศญี่ปุ่นการพิสูจน์ถึงเจตนาของการติดต่อสื่อสารประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ (1) การแลกเปลี่ยนข้อมูลก่อนเกิดปัญหา (2) เนื้อหาของการแลกเปลี่ยน (3) การกระทำที่เหมือนหรือคล้ายกันภายหลังเกิดปัญหา และ (4) การได้รับการยกเว้นจากเหตุผลพิเศษ JFTC ได้ขยายการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ เช่น ไม่จำเป็นต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลก่อนเกิดปัญหา หรือไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่เข้มงวดเพื่อพิสูจน์ถึงข้อตกลง

ปัญหาในการตีความถ้อยคำ “ร่วมกัน (Mutually)” ในมาตรา 2(6) ของ AMA และลักษณะเฉพาะของการประสานกันตามเจตนาซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำอย่างคู่ขนาน และเกี่ยวข้องกับลักษณะเฉพาะของข้อตกลงที่ผิดกฎหมายประกอบกับการสมรู้ร่วมคิดโดยปริยาย ในประเทศญี่ปุ่นการประสานกันตามเจตนาถูกพิจารณาว่าเป็นการอำนวยความสะดวกในการคาดเดาล่วงหน้าและยอมรับไปปฏิบัติตามเช่นเดียวกัน นิยามของการประสานกันตามเจตนาจึงหมายถึงการกระทำ (Action) นอกจากนี้การติดต่อสื่อสารที่มีเจตนาร้าย (Malignancy) สามารถประเมินได้โดยพิจารณาจากลำดับในโอกาสต่าง ๆ เนื้อหาและวิธีการ แง่มุมเหล่านี้ประกอบกับหลักฐานรูปแบบอื่นทำหน้าที่เป็นหลักฐานที่ครอบคลุมข้อตกลง นอกจากนี้หลักฐานทางเศรษฐกิจรวมถึงการพิสูจน์ว่าบริษัทดำเนินการอย่างไรในสภาพตลาดที่กำหนดและมุมมองทางเศรษฐกิจหลายประการสามารถนำไปใช้ควบคุมการตกลงร่วมกันผ่านพยานหลักฐานทางอ้อม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

4. การแลกเปลี่ยนข้อมูลและข้อสันนิษฐาน (Information Exchange and Presumption)⁵⁷⁴ Kenji Sanekata ได้ประกาศใช้หลักเกณฑ์เรื่องเจตนาของการติดต่อสื่อสารอาจสันนิษฐานโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่าคู่แข่งมีปฏิสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน เช่น ผ่านการประชุมหรือโทรศัพท์ โดยประเด็นของการสื่อสารเกี่ยวกับข้อมูลที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน เช่น ราคาหรือผลผลิตและการดำเนินการเดียวกันเกิดขึ้นโดยคู่แข่ง สิ่งนี้เรียกว่า San Bunrui Setsu (กฎสามหมวดหมู่)

ศาลสูงโตเกียวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะคล้ายกันขึ้นในคดี Toshiba Chemical เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจบางรายแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับการขึ้นราคากับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น

⁵⁷⁴ Masako Wakui, *Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan*, pp. 83-84.

และด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการธุรกิจจึงมีลักษณะการขึ้นราคาที่คล้ายกัน ควรสังเกตว่าผู้ประกอบการธุรกิจเหล่านี้อยู่ในฐานะที่คาดหวังให้มีการกระทำตามที่เห็นพ้องกันและจึงถือว่ามีเจตนาของการติดต่อสื่อสาร เว้นแต่จะปรากฏสถานการณ์พิเศษอื่น กล่าวคือการประพฤติปฏิบัติที่มีลักษณะเหมือนกันถูกนำไปใช้ในการตัดสินว่าการขึ้นราคาดังกล่าว ทำให้ราคาที่แข่งขันในตลาดยังคงดำรงอยู่หรือไม่ และการดำเนินการเป็นไปอย่างอิสระจากการดำเนินงานของผู้ประกอบการธุรกิจอื่นหรือไม่ Toshiba Chemical มีส่วนร่วมในการกำหนดราคา ผู้ประกอบการธุรกิจทั้งแปดแห่งมีส่วนร่วมอย่างต่อเนื่องในการแลกเปลี่ยนข้อมูลและมุมมองเกี่ยวกับระดับราคา ท้ายที่สุดผู้ประกอบการธุรกิจชั้นนำทั้งสามประกาศเจตนาที่จะขึ้นราคาและขอให้บริษัทอื่นดำเนินการตามความเหมาะสม Toshiba Chemical และผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ๆ อีกสี่แห่งยังคงเจียบในที่ประชุม ก่อนการประชุมนั้น Toshiba Chemical มีการประกาศการขึ้นราคา “ไร้เหตุผล (Nonsensical)” และ Toshiba Chemical ได้แย้งคำตัดสินของ JFTC ยืนยันว่าไม่เห็นด้วยกับการขึ้นราคา ดังนั้น จึงไม่ได้กระทำการตามที่เห็นพ้องกัน ศาลสูงโตเกียวปฏิเสธข้อโต้แย้งโดยตั้งข้อสังเกตว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนร่วมในการแลกเปลี่ยนข้อมูลการประชุมอย่างต่อเนื่อง ไม่คัดค้านการขึ้นราคาตามที่เสนอในที่ประชุม ซึ่งผู้เข้าร่วมคาดเห็นว่า Toshiba Chemical จะทำตามคำขอและ Toshiba ได้มีการขึ้นราคาจริง ภายหลังการประชุม

5. หลักเกณฑ์ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการเสนอราคาประมูล (Presumptive Rules regarding Bid Rigging)⁵⁷⁵ การเสนอราคาประมูลเกิดขึ้นเพื่อตอบสนองต่อกระบวนการประมูลไม่ว่าจะเริ่มโดยรัฐบาลหรือเอกชนก็ตาม กิจกรรมการเสนอราคาประมูลประกอบด้วยสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกเป็นการวางกรอบของข้อตกลงที่สมบูรณ์จากสิ่งที่คุณเข้าร่วมเห็นพ้องกันว่าจะร่วมกันเสนอราคาประมูลสำหรับสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นการร่วมมืออย่างต่อเนื่องกับข้อบังคับการประสานงาน ขั้นตอนที่สองเป็นการประสานงานของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้อง

JFTC พิจารณาที่กรอบของข้อตกลง ทำให้สามารถกำจัดกิจกรรมการร่วมกันเสนอราคาประมูลได้อย่างเด็ดขาด โดยออกคำสั่งหยุดและยกเลิกการสั่งซื้อที่เกี่ยวข้องกับกรอบข้อตกลง วิธีการนี้ยังช่วยให้ JFTC จัดการกับคดีได้อย่างครอบคลุม เนื่องจากอาจมีการออกคำสั่งโดยมิได้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่ตราบไคที่ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นคู่กรณีตามกรอบข้อตกลงที่มีการจำกัดซึ่งกันและกันวิธีการของ JFTC ยังคงใช้บังคับได้ การพิสูจน์ถึงความมีอยู่

⁵⁷⁵ Ibid, 84-85.

ตามกรอบข้อตกลงบ่อยครั้งเป็นเรื่องยาก เนื่องจากข้อสรุปมักมาจากสิ่งที่ผ่านการประชุมมาเป็นระยะเวลานาน และปัจจุบันพนักงานขาดความรู้เกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาด และการหาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกรอบข้อตกลงเป็นไปได้ยาก ภายใต้สถานการณ์เช่นนี้หลักเกณฑ์ข้อสันนิษฐานมีประโยชน์ เพราะสามารถแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของกรอบข้อตกลงผ่านการประสานงานอย่างต่อเนื่องของบริษัทในการทำสัญญาเฉพาะได้ เช่น คดี Oishigumi คู่สัญญาฝ่ายเดียวกันได้ร่วมกันเสนอราคา 80 จาก 105 สัญญาเพื่อจัดทำงานก่อสร้างผ่านการประมูลสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐบาลเมือง Shimizu ศาลสูงโตเกียวระบุว่า การประสานงานนี้เมื่อพิจารณาถึงกรอบข้อตกลงพบความมีอยู่ของการร่วมกันเสนอราคาระหว่างคู่กรณี

6. การแลกเปลี่ยนข้อมูล (Information Exchange) ไม่ปรากฏว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลภายในและข้อมูลของตนเองถูกประกาศว่าเป็นการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล หรือกรณีที่ JFTC ออกคำสั่งยุติและให้หยุดการกระทำด้วยเหตุผลนี้ แม้ทวิวิจารณ์ส่วนหนึ่งจะได้แย้งว่าข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจเป็นการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผลซึ่งข้อตกลงดังกล่าวทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก แต่ JFTC ต้องการข้อเท็จจริงที่ว่าคู่แข่งมีส่วนร่วมในการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อสร้างกิจกรรมการตกลงร่วมกันหรือการร่วมกันเสนอราคาประมูล

JFTC Trade Association Guidelines ได้อธิบายว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจเป็นการจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากทำให้คู่แข่งสามารถคาดการณ์ปัจจัยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน เช่น การกำหนดราคาที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางธุรกิจในปัจจุบันหรืออนาคต⁵⁷⁶ Miyai อธิบายเพิ่มเติมโดยสังเกตว่า การคาดการณ์ร่วมกันดังกล่าวมีแนวโน้มไปในส่วนนโยบายกำหนดราคาในอนาคตมากกว่าที่จะแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาในอดีต Miyai ยังอธิบายด้วยว่าข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมเฉพาะเป็นปัญหามากกว่าข้อมูลเกี่ยวกับผลรวมของราคา ค่าเฉลี่ยราคา มูลค่าการส่งออกหรืออุตสาหกรรม⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines Concerning the Activities of Trade Associations under the Antimonopoly Act," [Online] Accessed: 30 May 2019. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/tradeassociation.pdf

⁵⁷⁷ Masaaki Miyai, *Dokusen Kinshi Ho [Antimonopoly Law]*, pp. 100-101.

JFTC เผยแพร่ผลลัพธ์ของการปรึกษาหารือเกี่ยวกับแผนธุรกิจ JFTC Business Consultations 2017 คดีที่ 8 เกี่ยวข้องกับการสนทนาระหว่างผู้ผลิตผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการจัดตั้งระบบการขนส่งและการขนส่งทั่วไป ในขณะที่ผู้เข้าร่วมประชุมถือครองส่วนแบ่งการตลาดประมาณ 70 เปอร์เซ็นต์ แต่ข้อมูลที่แลกเปลี่ยนนั้นจำกัดเฉพาะสถานที่และขนาดของสถานที่เก็บรักษา ขนาดของผลิตภัณฑ์และค่าใช้จ่ายในการขนส่ง ชื่อของผู้รับ ชื่อผู้ส่งสินค้าและเงื่อนไขของสัญญา วิธีการจัดส่งและรูปแบบมาตรฐานของใบแจ้งหนี้ ข้อมูลเชิงลึกกว่านั้นถูกสงวนไว้เพื่อป้องกันการบุกรุก (Firewall) เป็นมาตรการเพื่อให้แน่ใจว่าข้อมูลที่เป็นความลับจะไม่ถูกแลกเปลี่ยนระหว่างผู้ที่มีได้เข้าร่วมและพนักงานอื่น ค่าขนส่งคิดเป็น 5 เปอร์เซ็นต์ของต้นทุนการผลิตทั้งหมด และมีค่าใช้จ่ายทั่วไปอีกเล็กน้อย JFTC พิจารณาปัจจัยเหล่านี้และสรุปว่ากิจกรรมที่วางแผนไว้เป็นเหตุที่ไม่เกี่ยวข้องกับ AMA⁵⁷⁸

7. ความร่วมมือระหว่างคู่แข่ง (Cooperation between Competitors)⁵⁷⁹ คู่แข่งที่ร่วมมือกันเป็นครั้งคราวเพื่อผลิตผลิตภัณฑ์หรือมีส่วนร่วมในการขายหรือดำเนินการวิจัยและพัฒนา (R&D) ในกรณีดังกล่าว ผลของการแข่งขันไม่ชัดเจนและจำเป็นต้องมีการตรวจสอบเพิ่มเติม ในขณะที่การกระทำร่วมกันและข้อจำกัดร่วมกันปรากฏอย่างชัดเจนและมีหลักฐานตามสัญญา ขั้นแรกต้องกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจจริงโดยเฉพาะความต้องการทดแทน จากนั้นประเมินผลของการแข่งขันโดยคำนึงถึงขอบเขตของกิจกรรมการแข่งขันของคู่สัญญาที่ถูกจำกัด ขอบเขตของตลาดที่ครอบคลุมโดยแผนการร่วมมือกันและสิ่งที่จะช่วยในการจำกัด บ่อยครั้งข้อจำกัดที่กำหนดไว้กับคู่สัญญาหรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการร่วมกันโดยอาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน

7.1) ข้อตกลงร่วมกันวิจัยและพัฒนา (Joint research & development agreements) ข้อตกลงร่วมกันวิจัยและพัฒนา (Research & Development: R&D) ช่วยให้ฝ่ายต่างๆสามารถรวมสินทรัพย์และความเชี่ยวชาญเข้าด้วยกัน แบ่งปันความเสี่ยงและเพิ่มผลกำไรจากการวิจัยและพัฒนา และเมื่อการวิจัยและพัฒนาประสบความสำเร็จอาจช่วยปรับปรุงคุณภาพของผลิตภัณฑ์ ลดราคาหรือก่อให้เกิดตลาดใหม่ ดังนั้น จึงเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ในขณะเดียวกันอาจส่งผลให้การแข่งขันเพื่อปล่อยเทคโนโลยีใหม่ให้เร็วกว่า

⁵⁷⁸ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2017, Case 8," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokuji/h29nendo08.html>

⁵⁷⁹ Masaaki Miyai, *Dokusen Kinshi Ho [Antimonopoly Law]*, p. 93.

ผู้ประกอบการอีกอันลดลง และอาจส่งผลให้มีการเปิดตัวผลิตภัณฑ์ใหม่ช้าลง เมื่อการวิจัยเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีเฉพาะที่เมื่อพัฒนาเสร็จเรียบร้อยแล้ว ผู้มีส่วนร่วมจะถูกบังคับให้ใช้สินค้าของผู้มีส่วนร่วมตามคุณภาพและต้นทุนนั้น ซึ่งมักเป็นไปในแนวทางเดียวกันทำให้มีแนวโน้มเป็นการลดการแข่งขัน การประกอบด้วยการจำกัดการแข่งขันดังกล่าว ส่งผลให้เกิดความกังวลเกี่ยวกับการแข่งขัน เช่น ผู้เข้าร่วมอาจยอมรับว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (IPRs) ที่สร้างขึ้นผ่านการวิจัยและพัฒนาอาจมอบให้กับผู้เข้าร่วมเท่านั้น ส่งผลให้ผู้ที่มีได้เข้าร่วมมิได้รับสิทธิดังกล่าว

JFTC ได้ออก Guidelines Concerning Joint Research and Development under the AMA ในปี ค.ศ. 1993 เพื่ออธิบายว่ากิจกรรมการวิจัยและพัฒนาควรได้รับการประเมินอย่างไรในแง่ของ AMA และหารือเกี่ยวกับการที่กิจกรรมดังกล่าวประกอบด้วยการจำกัดการแข่งขัน⁵⁸⁰ โดยแนวทางนี้แบ่งออกเป็น 4 ปัจจัยที่จะใช้ในการพิจารณา

(1) ลักษณะของการวิจัย (Character of research) ความร่วมมือที่อาจเกี่ยวข้องกับการวิจัยพื้นฐานหรือการวิจัยประยุกต์ ในขณะที่การวิจัยขั้นพื้นฐานที่ไม่ต้องการพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงไม่น่าจะมีผลในการต่อต้านการผูกขาด การดำเนินการวิจัยที่ใกล้เคียงกับการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่เฉพาะเจาะจงมีแนวโน้มที่จะมีผลโดยตรงต่อการแข่งขัน

(2) ขอบเขตและระยะเวลา (Scope and duration) การร่วมมือในการจำกัดขอบเขตและระยะเวลามีแนวโน้มเพียงเล็กน้อยที่จะมีผลในการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

(3) จำนวนผู้เข้าร่วมและส่วนแบ่งตลาด (Number of participants and their market share) ส่วนแบ่งตลาดที่มากขึ้นและความสามารถทางธุรกิจและเทคโนโลยีที่เหนือกว่าของคู่สัญญาแสดงให้เห็นว่า กิจกรรมการร่วมกันวิจัยและพัฒนาที่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาภายใต้ AMA ส่วนแบ่งตลาดภายใต้หลักการข้อยกเว้นความรับผิด (Safe-harbour) ตั้งไว้ที่ 20 เปอร์เซ็นต์ หากส่วนแบ่งการตลาดรวมที่ถือโดยผู้เข้าร่วมไม่เกิน 20 เปอร์เซ็นต์ การร่วมกันวิจัยและพัฒนาจะไม่ส่งผลต่อการแข่งขัน

⁵⁸⁰ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines Concerning Joint Research and Development under the Ama," [Online] Accessed: 3 June 2019. Available from: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/jointresearch.pdf

(4) ความต้องการความร่วมมือ (Need for cooperation) ในกรณีที่เป็นเรื่องยากสำหรับผู้ประกอบธุรกิจเดียวในแง่ของความเสถียรและค่าใช้จ่ายที่จะดำเนินกิจกรรมด้านการวิจัยและพัฒนา หรือหากผู้ประกอบธุรกิจต้องการที่จะร่วมมือกับผู้อื่นเพื่อให้ได้รับความชำนาญ หรือสิ่งนั้นอาจพัฒนาดีกว่าหากได้รับความร่วมมือในความหมายที่ว่า ความร่วมมือดังกล่าวมีโอกาสเพียงเล็กน้อยที่จะเกิดปัญหา การร่วมกันจำกัดแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ การดำเนินการร่วมกันวิจัยและพัฒนา เทคโนโลยีที่สร้างขึ้นผ่านการวิจัยและพัฒนาาร่วมกันและผลิตภัณฑ์ที่ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีดังกล่าว

แนวทางปฏิบัตินี้ระบุทั้งข้อจำกัดที่ไม่มีแนวโน้มเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบต่อตาม AMA และข้อจำกัดที่อาจหรือน่าจะส่งผลกระทบต่อตาม AMA ภายหลังจากได้รวมถึงการจำกัดซึ่งห้ามผู้เข้าร่วมมีส่วนร่วมกับการวิจัยและพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตโครงการที่ร่วมกัน การใช้และการออกใบอนุญาต IPRs ที่มีอยู่ก่อนการวิจัยและพัฒนา การใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่พัฒนาร่วมกันเพื่อการวิจัยในอนาคตและเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดนโยบายในการร่วมกันกำหนดราคาหรือการผลิตผลิตภัณฑ์ของกลุ่มบริษัทที่ร่วมกันพัฒนา IPRs แนวทางระบุว่าหากผู้เข้าร่วมปฏิเสธการเข้าร่วมกิจกรรมการวิจัยและพัฒนาของผู้ประกอบธุรกิจรายใดโดยเฉพาะการปฏิเสธดังกล่าวอาจเป็นการละเมิด AMA หากไม่มีทางเลือกอื่นในการเข้าร่วมกิจกรรมและผู้มีส่วนร่วมปฏิเสธการเข้าถึงเทคโนโลยีของบริษัทเดียวกัน อาจกลายเป็นเรื่องยากสำหรับผู้ประกอบธุรกิจในการจะดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจต่อไปและมีแนวโน้มที่จะถูกตัดออกจากตลาด

7.2) สัญญาการร่วมกันผลิต การขนส่งและการผลิตสินค้าภายใต้การอนุญาตโดยเจ้าของแบรนด์สินค้า (Joint manufacturing, shipping and OEM contracts) การผลิตและการขนส่งอาจช่วยให้ผู้ประกอบธุรกิจประหยัดค่าใช้จ่าย ประหยัดจากขนาดสำเร็จหรือเป็นการรวมสินทรัพย์ที่ดีและความรู้เชิงปฏิบัติการ (Knowhow) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตซึ่งมีผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันในตลาด อย่างไรก็ตาม กิจกรรมเหล่านี้อาจมีค่าใช้จ่ายทั่วไปและเป็นการลดการแข่งขัน การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้เข้าร่วมอาจนำไปสู่การสมรู้ร่วมคิด

JFTC Business Consultations 2016 คดีที่ 7 ได้มีการตรวจสอบผู้ผลิตสองรายที่ได้ร่วมกันวางแผนขนส่งและจัดส่งสินค้า ภายใต้การสร้างศูนย์กระจายสินค้าร่วมกันและดำเนินการจัดส่งโดยรถบรรทุกและทางรถไฟที่บริษัทลูกเป็นเจ้าของรับผิดชอบในการขนส่งและจัดส่งสินค้า ในขณะที่ทั้งสองมีส่วนแบ่งตลาด 70 เปอร์เซ็นต์ ต้นทุนการขนส่งและการจัดส่งคิดเป็นสัดส่วน

เล็กน้อยของต้นทุนทั้งหมด นอกจากนี้ฝ่ายต่าง ๆ จะไม่ให้ข้อมูลราคาแก่บริษัทลูก เนื่องจากมีความกังวลว่าข้อมูลจะถูกแบ่งปันระหว่างผู้เข้าร่วมไปยังบริษัทลูก JFTC ระบุว่าแผนการไม่ส่งผลกระทบต่อ AMA⁵⁸¹

ในทำนองเดียวกันใน JFTC Business Consultations 2015 คดีที่ 6 JFTC ระบุว่าไม่มีผลกระทบต่อ AMA เกี่ยวกับการที่บริษัททั้งสามตัดสินใจที่จะร่วมมือในการขนส่งและจัดส่งสินค้า แม้ในการขนส่งและการจัดส่งดังกล่าว ทั้งสามมีส่วนแบ่งตลาดถึง 80 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ต้นทุนการขนส่งและการจัดส่งน้อยกว่า 2 เปอร์เซ็นต์ของต้นทุนทั้งหมดและมีการป้องกัน (Firewall) เพื่อมิให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวต่อการแข่งขัน⁵⁸²

วิธีหนึ่งในการรวมทรัพยากรการผลิตเพื่อให้เกิดการประหยัดจากขนาด คือ ข้อตกลงการผลิตสินค้าภายใต้การอนุญาตโดยเจ้าของแบรนด์สินค้า (Original Equipment Manufacturer: OEM) ซึ่งฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะจัดหาสินค้าหรือบริการภายใต้ชื่อของคู่สัญญา ข้อตกลงดังกล่าวอาจมีผลทั้งในเชิงส่งเสริมการแข่งขันในตลาดและต่อต้านการแข่งขันในตลาดซึ่งคล้ายกับการร่วมกันผลิต เช่นเดียวกับในกิจกรรมความร่วมมืออื่น ๆ ส่วนแบ่งตลาดขอบเขตและระยะเวลาของข้อตกลงและปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถานะของการแข่งขันและผลการเพิ่มประสิทธิภาพได้รับการพิจารณาโดยการประเมินข้อตกลง OEM เช่น ใน JFTC Business Consultations 2001 คดีที่ 8 บริษัท A และ B ซึ่งมีโรงงานในภูมิภาคคันโตและคันไซตามลำดับมีการผลิตวัสดุก่อสร้าง X มียอดขายประมาณ 50 เปอร์เซ็นต์ และ 40 เปอร์เซ็นต์ ของผลิตภัณฑ์ X ในญี่ปุ่น แต่เนื่องจากสถานะเศรษฐกิจถดถอยยอดขายของผลิตภัณฑ์ X ลดลงและบริษัทต้องการลดต้นทุน โรงงานได้มีการไตร่ตรองการจัดการ OEM ร่วมกันในข้อตกลงที่บริษัท A จะจำหน่ายผลิตภัณฑ์ X สำหรับบริษัท B ทางตะวันออกของภูมิภาคคันโตและบริษัท B จะจำหน่ายผลิตภัณฑ์ X ให้กับบริษัท A ทางตะวันตกของภูมิภาคคันไซ การจัดจำหน่ายนี้คาดว่าจะคิดเป็น 40 เปอร์เซ็นต์ ของยอดขายสำหรับบริษัท A และ 30 เปอร์เซ็นต์ ของยอดขายสำหรับบริษัท B ถ้าไรที่สำคัญของต้นทุนทั้งหมดในการขายผลิตภัณฑ์ X ถูกใช้ไปกับการผลิต ภายหลังจากที่ JFTC ชี้ให้เห็นว่าส่วนแบ่งตลาดทั้งหมดของบริษัท A และ B มีอยู่แล้ว 90 เปอร์เซ็นต์ โดยได้แนะนำว่า ความร่วมมือตามแผนดังกล่าวมี

⁵⁸¹ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2016, Case 7," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h29/h28nendomokujih28nendo07.html>

⁵⁸² Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2015, Case 6," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h28/h27nendomokujih27nendo06.html>

แนวโน้มที่จะละเมิด AMA เนื่องจากเป็นการเพิ่มต้นทุนการผลิตร่วมกัน JFTC ยังตั้งข้อสังเกตอีกว่า บริษัท A และ B อาจแบ่งปันข้อมูลที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน⁵⁸³

ในทางกลับกัน JFTC ไม่พบข้อกังวลเกี่ยวกับ AMA ใน Business Consultations 2001 คดีที่ 7 ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อตกลง OEM ลักษณะเดียวกัน ในกรณีนี้ผลผลิตที่ครอบคลุมโดยข้อตกลง OEM คิดเป็น 10 เปอร์เซ็นต์ของผลผลิตของคู่สัญญาและส่วนแบ่งตลาดทั้งหมดของคู่สัญญาน้อยกว่า 50 เปอร์เซ็นต์⁵⁸⁴ ข้อตกลง OEM ร่วมกันอาจเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ เช่น Mitsubishi Fuso และ Nissan Diesel ได้วางแผนทำข้อตกลง OEM ร่วมกัน ภายใต้คู่สัญญาที่ผลิตรถบัสต่างประเภทกันและได้ทำการแบ่งส่วนให้กับคู่สัญญา แผนดังกล่าวถูกสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองกฎระเบียบด้านการปล่อยของเสีย คู่สัญญาจะมีส่วนร่วมในกิจกรรมการขายแยกต่างหาก และเป็นอิสระจากกัน และมีการป้องกันข้อมูลเพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีความละเอียดอ่อนต่อการแข่งขัน บริษัทถือครองส่วนแบ่งตลาด 40 เปอร์เซ็นต์ของส่วนแบ่งตลาดที่เกี่ยวข้องกับตลาดรถบัส ในขณะที่คู่แข่งมีส่วนแบ่งตลาด 30 เปอร์เซ็นต์และ 28 เปอร์เซ็นต์ JFTC ระบุว่าความร่วมมือตามแผนดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบตาม AMA โดย JFTC ได้ตรวจสอบข้อตกลงการจัดหา OEM ซึ่งมีเพียงฝ่ายเดียวที่จัดหาผลิตภัณฑ์ให้แก่คู่สัญญา เช่น แผนการหนึ่งที่ JFTC พิจารณาแล้วเห็นว่า Mazda จะหยุดการผลิตรถบรรทุกและขอรับรถจาก Isuzu ไม่เป็นปัญหา เนื่องจากคู่แข่งครองส่วนแบ่งตลาด 40 เปอร์เซ็นต์ 20 เปอร์เซ็นต์ และ 15 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ Isuzu ถือครองส่วนแบ่งตลาดประมาณ 15 เปอร์เซ็นต์⁵⁸⁵

ในกรณีอื่น ๆ เช่น JFTC Business Consultations 2017 คดีที่ 10 ซึ่งมีการ OEM ร่วมกันเป็นผลมาจากความต้องการที่ลดลง ในกรณีนี้ บริษัท X จะหยุดการผลิตผลิตภัณฑ์และทำการจัดหาผลิตภัณฑ์จากคู่แข่ง Y และขายภายใต้แบรนด์ X เมื่อได้ดำเนินการไปตามแผน บริษัท Y จะมีการผลิตคิดเป็น 90 เปอร์เซ็นต์ของผลิตภัณฑ์ที่บริษัท X จะขาย แผนดังกล่าวถูกสร้างขึ้นเมื่อโรงงานของ X เสื่อมสภาพ JFTC ตัดสินว่าแผนดังกล่าวมิได้ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน

⁵⁸³ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2001, Case 8," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/gyomuteikei/gyomu1.html>

⁵⁸⁴ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2001, Case 7," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/gyomuteikei/gyomu2.html>

⁵⁸⁵ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2002/2003, Case 11," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/gyomuteikei/gyomu3.html>

เนื่องจากบริษัท X และ Y มีส่วนแบ่งตลาด 50 เปอร์เซ็นต์ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมดสำหรับผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง มีคู่แข่งหลายรายที่มีอิทธิพลในตลาดและบริษัทต่าง ๆ สามารถขายผลิตภัณฑ์ได้อย่างอิสระ⁵⁸⁶

แผนที่จะทำการ OEM ซึ่งมีลักษณะเหมือนกัน ไม่ก่อให้เกิดปัญหา แม้ว่าจะมีส่วนแบ่งตลาดเกือบ 90 เปอร์เซ็นต์ เพราะเป็นการนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่ผลกำไรจากการผลิตผลิตภัณฑ์ในประเทศลดลง⁵⁸⁷ ในอีกกรณีหนึ่ง JFTC ระบุว่าไม่มีผลกระทบตาม AMA เนื่องจากตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์หัตถ์และการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานการผลิตใหม่เป็นสิ่งที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้สำหรับคู่สัญญา JFTC ยังตั้งข้อสังเกตอีกว่าฝ่ายต่าง ๆ มีการกำหนดราคาขายและมีตลาดมือสองสำหรับผลิตภัณฑ์รองรับ⁵⁸⁸

7.3) การร่วมกันขายและร่วมเจรจาต่อรอง (Joint sales and collective bargaining) ถึงแม้บริษัทอาจประหยัดค่าใช้จ่ายโดยการร่วมกันขายสินค้าและบริการ แต่การร่วมกันขายและร่วมเจรจาต่อรองก็มีแนวโน้มที่จะถูกมองว่าอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวจำเป็นต้องมีการประสานงานด้านราคาและมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีความอ่อนไหวทางการแข่งขัน JFTC ได้มีการออกคำสั่งให้ยุติและหยุดการกระทำไปยังผู้ผลิตน้ำมันเชื้อเพลิงแอมโมเนียมไนเตรตทั้งหมดบริษัท ในคดี Shikoku An-Fo ซึ่งมีส่วนร่วมในกิจกรรมการขายผ่านกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ข้อกำหนดและเงื่อนไขทั้งหมดสำหรับการขายโดยกิจการร่วมค้าได้รับการพิจารณาผ่านการปรึกษาหารือระหว่างทั้งหมดบริษัท⁵⁸⁹

JFTC Business Consultations 2017 คดีที่ 5 ซึ่งชี้ให้เห็นถึงรูปแบบของสถานการณ์ภายใต้การร่วมกันขายที่ถือว่าถูกต้องตามกฎหมาย เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการผลิตชิ้นส่วนไฟฟ้าโดยผู้ผลิต X และมอบให้บริษัท Y ขายชิ้นส่วนของบริษัท X JFTC ตั้งข้อสังเกตว่า

⁵⁸⁶ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2017, Case 10," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokuji/h29nendo10.html>

⁵⁸⁷ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2014, Case 7," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h27/h26nendomokuji/h26nendo07.html>

⁵⁸⁸ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2016, Case 6," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h29/h28nendomokuji/h28nendo06.html>

⁵⁸⁹ JFTC Recommendation Decision, 11 December 1975, 22 Shinketsu-shu 101 (Shikoku An-Fo).

แม้คดีนี้จะเกี่ยวกับกิจกรรมการขายโดยเป็นการร่วมมือกันของ X และ Y ซึ่งเป็นผลมาจากรวมกันได้ อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้แผนนั้นมีลักษณะคล้ายการควบรวมกิจการในแนวนอน จึงต้องประเมิน กรณีนี้ตาม Merger Guidelines⁵⁹⁰ และสรุปว่าแผนการดังกล่าว เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดของบริษัท จะรวมกันประมาณ 20 เปอร์เซ็นต์และส่วนแบ่งของคู่แข่งสูงกว่าจำนวนดังกล่าว⁵⁹¹

7.4) การร่วมกันซื้อ (Joint purchasing) ในขณะที่การร่วมกันซื้อ สามารถส่งเสริมการแข่งขันโดยการประหยัดต้นทุนการทำธุรกรรม แต่อาจเป็นการสร้างอำนาจตลาด ที่ช่วยให้คู่สัญญาสามารถลดราคาซื้อลงได้ นอกจากนี้ในกรณีที่มีการจัดหาสิ่งที่จะใช้ผลิต (Input) ส่วน ใหญ่ต้นทุนการผลิตจะใกล้เคียงกัน ซึ่งอาจส่งผลให้การแข่งขันด้านราคาในตลาดผลิตภัณฑ์ลดลง เนื่องจากผู้เข้าร่วมอาจมีอำนาจตลาด ทั้งในฐานะผู้ซื้อและผู้ผลิต จึงมีตลาดที่เกี่ยวข้องสองแห่ง ในการวิเคราะห์ เมื่อ JFTC ได้ปรึกษาหารือเกี่ยวกับแผนสำหรับบริษัทที่ดำเนินกิจการบ้านพักตาก อากาศร่วมกันจัดซื้ออาหารร่วมกัน JFTC ระบุว่าแผนการดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อ AMA เพราะ คิดเป็นเปอร์เซ็นต์ต่ออาหารเพียงเล็กน้อยในพื้นที่ที่เกี่ยวข้องที่จะถูกจัดซื้อร่วมกัน ประกอบกับฝ่ายต่าง ๆ และผู้เข้าร่วมก็มีเปอร์เซ็นต์ส่วนแบ่งตลาดของผู้เข้าพักเพียงเล็กน้อย⁵⁹²

⁵⁹⁰ Japan Fair Trade Commission, "Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination," [Online] Accessed: 3 June 2019. Updated: 14 June 2011. Available from:

https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/110713.2.pdf

⁵⁹¹ Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2017, Case 5," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokujih29nendo05.html>

⁵⁹² Japan Fair Trade Commission, "Business Consultations 2002/2003, Case 6," [Online].

Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/kyodokoi/kyodo13.html>

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบในการพิจารณาการตกลงร่วมกันภายใต้กฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของไทยและต่างประเทศ

4.1 ประเด็นเกี่ยวกับผู้กระทำ

ประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 ใช้อ้อยคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ (Any business)” เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันในประเทศต่าง ๆ พบว่าแม้แต่ละประเทศจะใช้อ้อยคำตามบทบัญญัติที่แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็น ผู้ประกอบการธุรกิจ (Undertaking) บริษัท (Enterprise) หรือแม้กระทั่ง บุคคลใด (Every person) แต่ยังคงปรากฏนิยามที่มีลักษณะเหมือนกันและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน อาจแบ่งการพิจารณาได้ ดังนี้

4.1.1) นิยามของผู้กระทำ

ประเทศไทย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ระบุคำนิยามของ “ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายถึง ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ

ประเทศสิงคโปร์ กฎหมายการแข่งขัน มาตรา 2 ระบุคำนิยามของผู้ประกอบการธุรกิจ หมายถึง บุคคล นิติบุคคล หน่วยงานของบุคคล หรือคณะบุคคล บริษัท องค์กร ที่มีความสามารถในการดำเนินกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ

ประเทศสหรัฐอเมริกา Sherman Act ไม่ปรากฏนิยามของผู้กระทำว่า บุคคลใด (Every person) หมายถึงสิ่งใด แต่เมื่อพิจารณาตามวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้มีลักษณะที่กว้างและสามารถปรับใช้ได้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อาจอาศัยนิยามที่ Broder Douglas สรุปว่า ผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ข้อตกลงทำขึ้น “ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น” อาจเป็นได้ทั้งกรณีที่ชัดแจ้งและไม่ชัดแจ้ง ซึ่งต้องอาศัยการพิจารณา เช่น สมาชิกทั้งสองขององค์กรเดียวกัน มีความเป็นอิสระเพียงพอที่จะสามารถทำข้อตกลงที่ผิดกฎหมายหรือไม่

สหภาพยุโรป ไม่ปรากฏนิยามตามกฎหมายเช่นเดียวกันว่า ผู้ประกอบธุรกิจ (Undertaking) หมายถึงสิ่งใด ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้จากคดี Hofner (1) ต้องมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดย “กรอบความคิดเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจ ครอบคลุมทุกบุคคล คณะบุคคล บริษัท องค์กร (Entity) ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือวิธีการจัดหาเงินทุน” (2) การดำเนินกิจกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ โดยกิจกรรมนั้นต้องเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

ประเทศญี่ปุ่น Anti-Monopoly Act มาตรา 2(1) ได้ระบุนิยามของ “บริษัท (Enterprise)” หมายถึง “บุคคลซึ่งดำเนินธุรกิจพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่น เจ้าหน้าที่ พนักงาน ตัวแทนหรือบุคคลอื่นใดที่ทำหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของบริษัทจะถูกลือว่าเป็นบริษัทตามบทบัญญัตินี้”

จากการศึกษาพบว่าปัจจัยที่นำมาพิจารณาความเป็นผู้ประกอบธุรกิจ มีดังนี้

(1) หลักเกณฑ์เรื่อง Entity ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อครอบคลุมทุกลักษณะ ไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือผลกำไร ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์จากคดี Hofner and Elser ของสหภาพยุโรป โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการยอมรับจากทั้งสี่ประเทศที่ศึกษา

(2) เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ศาลในคดี Pavlov วางหลักว่า กิจกรรมใด ๆ ที่ประกอบด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนดถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากทั้งสี่ประเทศผ่านคำพิพากษาของศาล

(3) หลักเรื่องหน่วยเศรษฐกิจเดี่ยว (Single Economic Entity) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณากรณีที่บริษัทแม่และบริษัทลูกอาจถูกถือเป็นหน่วยเดียวกัน ทำให้ขาดองค์ประกอบของข้อตกลงซึ่งเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองราย ทั้งนี้ ประเทศไทยโดยอาศัยประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561 ข้อ 4 พิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังนั้น หลักเกณฑ์นี้จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากทุกประเทศที่ศึกษาเช่นเดียวกัน

(4) ข้อยกเว้นอื่น ๆ เช่น การใช้อำนาจรัฐ ความสามัคคี (Solidarity) และการซื้อสินค้าหรือบริการเพื่อดำเนินกิจกรรมที่มีใช้ทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์จากสหภาพยุโรปและ

สิงคโปร์ได้ยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่ไม่ปรากฏว่าประเทศที่ศึกษาอื่น ๆ มีการยกเว้นในลักษณะเดียวกัน

สมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ (Associations of undertaking) บทบัญญัติมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ไม่ปรากฏถ้อยคำที่สื่อถึงสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่เมื่อพิจารณาประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 5 (2) ระบุถึง การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันมีวัตถุประสงค์ให้สมาคมของผู้ประกอบการอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเช่นเดียวกับผู้ประกอบการ

ทั้งนี้ คำว่า “สมาคมของผู้ประกอบการ” เป็นถ้อยคำจากบทบัญญัติของประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรป โดยหลักสมาคมมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบการ สมาคมจะมีสถานะเป็นผู้ประกอบการต่อเมื่อมีคุณสมบัติในการเป็นผู้ประกอบการ กล่าวคือ การที่สมาคมมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนด มีข้อสังเกตว่า แม้ตามบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรากฏถ้อยคำที่เกี่ยวข้องกับการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการ แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏคำพิพากษาที่ศาลของสหรัฐอเมริกาใช้มาตรา 1 ตัดสินว่าข้อตกลงที่ทำโดยสมาคมในคดี California Dental Assn. เป็นความผิดตามกฎหมาย ดังนั้น แม้มิได้ปรากฏถ้อยคำดังกล่าวในบทบัญญัติ แต่ศาลสามารถตีความครอบคลุมไปถึงสมาคมได้หากมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องมากพอ

ประเทศญี่ปุ่น นิยามของ “สมาคมการค้า” ถูกกำหนดอยู่ในมาตรา 2(2) หมายถึง “การรวมเข้ากันหรือการรวมกันของสหพันธ์ประกอบด้วยผู้ประกอบการสองแห่งขึ้นไป และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกันของผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตาม การเข้าร่วมหรือการรวมกันของสหพันธ์ตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปที่มีเงินทุนหรือเงินสมทบจากผู้ประกอบการเป็นส่วนประกอบและมีวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินงานด้านธุรกิจการค้า อุตสาหกรรม การเงินหรือธุรกิจอื่น ๆ เพื่อผลกำไร ...” ทั้งนี้ องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งตามคำนิยาม คือ สมาคมการค้าเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกันของผู้

ประกอบธุรกิจ ดังนั้น สมาคมการค้าจึงไม่มีธุรกิจเป็นของตนเอง บริบทของประเทศญี่ปุ่นมีความแตกต่างจากทั้งสามประเทศที่ศึกษา เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นให้ความสำคัญกับสมาคมการค้า โดยต้องมีสมาคมการค้าอย่างน้อยหนึ่งสมาคมในภาคธุรกิจหนึ่ง ในบางกรณีสมาคมการค้าอาจมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจหรือการเจรจาต่อรองการซื้อขายภายในตลาด ซึ่งเมื่อสมาคมการค้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจอาจถูกถือเป็นผู้ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่ได้ทำการศึกษา

จากการศึกษาพบว่าไม่จำเป็นต้องกำหนดนิยามของผู้กระทำ แต่เมื่อประเทศไทยได้กำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว จึงอาจอาศัยการตีความให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผ่านประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยมุ่งเน้นการพิจารณาความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ สมาคมผู้ประกอบธุรกิจก็อาศัยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกัน เนื่องจากโดยหลักไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจ เว้นแต่จะมีคุณสมบัติในการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ

4.1.2) ขอบเขตของผู้กระทำ

เมื่อพิจารณาถึงนิยามของผู้ประกอบธุรกิจในแต่ละประเทศแล้วเห็นว่า แม้มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ แต่หลักการนั้นมีความคล้ายคลึงกัน หรือถูกตีความไปในแนวทางเดียวกัน จึงอาจสรุปองค์ประกอบในการพิจารณาได้ ดังนี้

- 1.) กำหนดให้นิยามของผู้กระทำมีลักษณะที่สามารถปรับใช้ได้ครอบคลุมทุกหน่วย (Entity) ไม่ว่าจะเป็นบุคคล นิติบุคคล หน่วยงาน คณะบุคคล องค์กร บริษัท ซึ่งมีได้พิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายหรือวิธีการจัดหาเงินทุน
- 2.) ต้องเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ กล่าวคือมีความสามารถในการดำเนินกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ หรือมีการขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่กำหนด
- 3.) ผู้ประกอบธุรกิจต้องมีอิสระในการตัดสินใจดำเนินการในตลาด ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่มาจากการตีความของประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อผู้กระทำมีคุณสมบัติครบถ้วนเป็นผู้ประกอบธุรกิจ และมีผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป จึงจะพิจารณาถึงประเภทของการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในขั้นตอนถัดไป ทั้งนี้ สมาคมมิได้มีองค์ประกอบในการพิจารณาที่แตกต่างจากผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด จึง

สามารถอาศัยองค์ประกอบในข้างต้นเพื่อพิจารณาความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจของสมาคมได้เช่นเดียวกัน

4.2 ประเด็นเกี่ยวกับประเภทของการตกลงร่วมกัน

ประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 ใช้ถ้อยคำว่า “ร่วมกัน (Jointly)” และ “กระทำการใด ๆ (Conduct)” เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันในประเทศต่าง ๆ พบว่ามีเพียงประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรปที่ใช้ถ้อยคำลักษณะเดียวกัน แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น รวมถึงประเทศไทย ล้วนแล้วแต่มีการบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างกัน จึงต้องพิจารณาว่าสามารถนำแนวทางในการพิจารณาถึงการตกลงร่วมกัน ซึ่งแบ่งออกเป็นพฤติกรรมต่าง ๆ มาปรับใช้กับประเทศไทยได้หรือไม่ อย่างไร โดยอาจแบ่งการศึกษาได้ ดังนี้

4.2.1) นิยามของการตกลงร่วมกัน

ประเทศไทย แม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 ระบุห้าม การกระทำการใด ๆ และการร่วมกัน แต่กลับไม่ปรากฏนิยามของถ้อยคำดังกล่าว ประกอบกับไม่ปรากฏการตีความของศาลในประเด็นดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 5 (2) ระบุถึง

(1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

(2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น

(3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้กระทำการร่วมกัน

ข้อตกลง (Agreement) นิยามของข้อตกลงนั้นปรากฏจากแนวทางการพิจารณาที่ออกโดยหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันหรือเกิดจากการตีความของศาล

ประเทศสิงคโปร์อาศัย Section 34 Guidelines อธิบายนิยามคำว่า “ข้อตกลง” โดยมีลักษณะกว้าง ไม่ว่าจะบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ อาจเป็นโดยลายลักษณ์อักษรหรือโดยปากเปล่า สิ่งที่สำคัญ คือ การเกิดฉันทามติของคู่สัญญา ทั้งนี้ แต่ละฝ่ายจะนำข้อตกลงดังกล่าวไปปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

สหภาพยุโรปปรากฏการตีความในคดี HOV SVZ/MCN (1994) วางหลักว่า สิ่งใดที่สะท้อนให้เห็นถึงการเห็นพ้องต้องกัน (Concurrence) ระหว่างทั้งสองฝ่ายถือเป็นข้อตกลงภายใต้ความหมายของมาตรา 101(1)

ประเทศสหรัฐอเมริกาคดี Monsanto Co. (1984) วางหลักว่า ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า “จำเลยมีเจตนา (Conscious) ที่จะผูกพันกับแผนการ ซึ่งเมื่อบรรลุวัตถุประสงค์แล้วเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และโจทก์ต้องแสดงหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาได้กระทำโดยอิสระ

ประเทศญี่ปุ่นตีความมาตรา 2(6) ผ่านถ้อยคำว่า “ร่วมกับบริษัทอื่น (In concert with other enterprises)” หมายถึง เจตนาในการติดต่อสื่อสาร (Communication of intention) โดยคดี Toshiba Chemical (1995) ศาลวางหลักว่า “การติดต่อสื่อสารด้วยเจตนา หมายถึง สถานการณ์ที่บริษัทต่างตระหนักว่าผู้อื่นจะขึ้นราคาหรือคาดการณ์ว่าผู้อื่นจะขึ้นราคาในลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันและมีเจตนาที่จะปฏิบัติตามซึ่งกันและกัน

เมื่อพิจารณาแนวทางและการตีความของศาลแล้วพบว่า ทั้งสี่ประเทศวางหลักในการพิจารณาถึงลักษณะของข้อตกลงว่าต้องประกอบด้วยสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่เห็นตรงกันระหว่างทั้งสองฝ่าย โดยเจตนาที่เห็นตรงกันนั้นมาจากการติดต่อสื่อสารระหว่างกันและเจตนาที่เห็นตรงกันนั้นอาจปรากฏโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ทั้งนี้ แต่ละประเทศมิได้เคร่งครัดในเรื่องของแบบ กล่าวคือข้อตกลงอาจเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร อาจเกิดขึ้นจากสิ่งใด ๆ ก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการประชุมระหว่างกัน

จากการศึกษาอาจสรุปนิยามของข้อตกลงได้ว่า “ข้อตกลงอาจเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร อาจเกิดขึ้นโดยปากเปล่าและไม่จำเป็นต้องมีการประชุมกันทาง

กายภาพ และไม่ว่าจะบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ก็ตาม สิ่งสำคัญ คือ เจตนาที่เห็นตรงกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่แสดงถึงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองราย”

การตัดสินใจของสมาคม (Decisions by association) จากการศึกษาพบว่า แต่ละประเทศกำหนดนิยามและตีความการตัดสินใจของสมาคม ดังนี้

ประเทศสิงคโปร์อาศัย Section 34 Guidelines ระบุว่า บทบัญญัติมิได้จำกัดเฉพาะเจาะจงประเภทของสมาคม แต่การตัดสินใจ หลักเกณฑ์ และคำแนะนำของสมาคมอาจถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา 34 แม้คำแนะนำไม่ได้ผูกพันสมาชิกอย่างเป็นทางการและแม้สมาชิกจะมีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงทั้งหมด

สหภาพยุโรปตีความถ้อยคำ “การตัดสินใจ (Decisions)” ให้มีความหมายกว้างเพื่อปรับใช้กับการกระทำของสมาคม ไม่ว่าจะเป็ระเบียบข้อบังคับ ข้อบังคับการดำเนินงาน ข้อตกลง ข้อเสนอแนะ โดยสมาคมไม่สามารถอ้างว่า เป็นเพียงการแนะนำและไม่มีผลผูกพันสมาชิกได้

ประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่ปรากฏถ้อยคำว่าการตัดสินใจของสมาคมในบทบัญญัติ จึงไม่มีการตีความนิยามของถ้อยคำดังกล่าวแต่อย่างใด

ประเทศญี่ปุ่น ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่าประเทศญี่ปุ่นมีการรับรองสถานะของสมาคมการค้าอย่างถูกต้องตามมาตรา 8 โดยกำหนดว่าสมาคมการค้าต้องไม่กระทำการใดที่เป็นการยับยั้งการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ มาตรา 8 จึงถูกนำไปใช้กับการตัดสินใจของสมาคมการค้า (Trade association's decisions) ทั้งนี้ แนวทางปฏิบัติ การตัดสินใจ หรือการที่บริษัทส่วนใหญ่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่ง ล้วนแล้วแต่เป็นการตัดสินใจของสมาคมการค้าทั้งสิ้น

จากการศึกษาอาจสรุปนิยามของสมาคมการค้าว่า “สมาคมการค้า เป็นการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยหลักสมาคมมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ เว้นแต่สมาคมจะมีคุณสมบัติในการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ สิ่งใด ๆ ก็ตามที่สมาคมการค้าได้แสดงเจตนาไปยังสมาชิกของสมาคม ไม่ว่าจะเป็คำแนะนำ ระเบียบ ข้อบังคับ ไม่สามารถอ้างว่าไม่มีผลผูกพันสมาชิก”

การกระทำร่วมกัน (Concerted practice) แม้ทั้งสี่ประเทศที่ศึกษาจะใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นที่เข้าใจได้ว่า มีลักษณะเดียวกันกับการกระทำร่วมกันของประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรป โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ประเทศสิงคโปร์ Section 34 Guidelines ยอมรับหลักเกณฑ์จากคดี Dyestuffs (1972) ของสหภาพยุโรป ซึ่งระบุว่า การกระทำร่วมกันอาจมีอยู่ในที่ซึ่งมีการร่วมมือกันอย่างไม่เป็นทางการ ปราศจากข้อตกลงหรือการตัดสินใจอย่างเป็นทางการ เป็นการอ้างถึงความมีอยู่ของการกระทำร่วมกันที่คู่สัญญา “ทดแทนความเสี่ยงของการแข่งขันอย่างรู้เท่าทันด้วยการร่วมมือระหว่างผู้เข้าร่วม” ประกอบกับคดี Suiker Unie (1972) วางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีแผนการจริง เนื่องจากมาตรา 101 ห้ามการติดต่อไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่มีอิทธิพลต่อการดำเนินการในตลาดของผู้แข่งขัน

สหภาพยุโรป โดยอาศัย Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements ระบุว่า การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ลดความไม่แน่นอนเชิงกลยุทธ์ระหว่างคู่แข่งในตลาด ถือเป็น การกระทำร่วมกัน นอกจากนี้ปรากฏการตีความในคดี ICI v Commission (Dyestuffs) (1972) วางหลักว่า วัตถุประสงค์ในการปรับใช้มาตรา 101 ต่อการกระทำร่วมกัน คือการห้าม “รูปแบบของการประสานงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยไม่จำเป็นที่ข้อตกลงต้องอยู่ในขั้นตอนที่สำเร็จลุล่วง ต้องมีเจตนาที่ตรงกัน ผ่านการใช้ความร่วมมือระหว่างกันเพื่อทดแทนความเสี่ยงจากการแข่งขัน”

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี Interstate Circuit (1939) ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ เพียงพิสูจน์ว่าการปฏิบัตินั้นเป็นการจำกัดทางการค้าระหว่างรัฐก็เพียงพอแล้ว และทำให้เกิดหลักการพิจารณา “ความตระหนักรู้อย่างคู่ขนาน (Conscious Parallelism)” นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการกระทำร่วมกัน คือ การดำเนินงานแบบคู่ขนาน (Parallel Behavior) ซึ่งการดำเนินงานแบบคู่ขนานมักถูกใช้พิสูจน์ถึงการกระทำร่วมกัน แต่หากพยานหลักฐานที่จะใช้ประกอบการพิจารณาถึงการดำเนินงานแบบคู่ขนานไม่เพียงพอ อาจอาศัยปัจจัยเพิ่มเติม (Plus factors) เพื่อแสดงให้เห็นถึงการตระหนักรู้อย่างคู่ขนาน

ประเทศญี่ปุ่น ใช้ถ้อยคำว่า การประสานกันตามเจตนา (Liaison of intention) หมายถึง การกระทำที่เป็นการอำนวยความสะดวกในการรับรู้หรือคาดการณ์การกระทำที่เหมือนหรือคล้ายกันของผู้อื่น จากนิยามมีเจตนาในการตีความอย่างชัดเจนว่าต้องการให้การประสานกันตามเจตนาเป็นการคาดการณ์การกระทำทางธุรกิจ เนื่องจากการประสานกันตามเจตนา ถูกตีความจาก มาตรา 2(6) ว่า “หากข้อตกลงมีความชัดเจนว่ามีเจตนาจะผูกพันฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ไม่มีความจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการประสานกันตามเจตนาอีก” จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อไม่พบ Communication of

intention เพื่อพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อตกลง อาจอาศัยการพิสูจน์ถึง Liaison of intention เพื่อแสดงถึงการกระทำร่วมกัน

จากการศึกษาอาจสรุปนิยามของการกระทำร่วมกันว่า “การกระทำร่วมกันเป็นการร่วมมือกันอย่างไม่เป็นทางการ ปรากฏจากข้อตกลงหรือการตัดสินใจอย่างเป็นทางการ เป็นการที่ผู้ประกอบการธุรกิจประสานงานกันโดยมีเจตนาที่ตรงกันเพื่อลดความเสี่ยงจากการแข่งขัน”

4.2.2) ขอบเขตของการตกลงร่วมกัน

การพิจารณาถึงขอบเขตของการตกลงร่วมกัน จากการศึกษาพบว่า เมื่อประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 แบ่งการตกลงร่วมกันออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ 1.) ข้อตกลง 2.) การตัดสินใจของสมาคม 3.) การกระทำร่วมกัน ซึ่งการตกลงร่วมกันแต่ละประเภทยุ่่นประกอบด้วยลักษณะเฉพาะที่ต้องอาศัยปัจจัยในการพิจารณาถึงความมีอยู่ของการตกลงร่วมกันที่แตกต่างกันไป จึงต้องอาศัยปัจจัยทั้งทางกฎหมาย ปัจจัยทางข้อเท็จจริง รวมถึงปัจจัยในทางเศรษฐกิจเพื่อช่วยในการพิสูจน์ถึงและแสดงให้เห็นว่าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมีการตกลงร่วมกัน

ข้อตกลง (Agreement) เนื่องจากข้อตกลงอาจเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร อาจเกิดขึ้นโดยปากเปล่าและไม่จำเป็นต้องมีการประชุมกันทางกายภาพ และไม่จำเป็นว่าจะบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ก็ตาม สิ่งสำคัญ คือ เจตนาที่เห็นตรงกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่แสดงถึงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองราย ดังนั้น องค์ประกอบสำคัญที่จะแสดงถึงความมีอยู่ของข้อตกลง ได้แก่ เจตนาที่เห็นตรงกัน (Concurrence of wills)

ประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรป มีแนวทางในการพิจารณาข้อตกลงลักษณะเดียวกัน เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ยอมรับแนวทางการปรับใช้และตีความกฎหมายของสหภาพยุโรป มาปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันของประเทศสิงคโปร์ แม้สหภาพยุโรปจะมีคดีที่เกี่ยวข้องกับการตีความข้อตกลงจำนวนมาก แต่คดีที่สำคัญได้แก่ คดี Bayer AG/Adalat (1996) ซึ่งวางหลักว่า “สิ่งสำคัญของข้อตกลง คือ ความมีอยู่ของเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป รูปแบบที่ชัดเจนนั้นมิใช่สิ่งสำคัญ トラบไคที่ถือได้ว่ามี การแสดงถึงความเชื่อตามเจตนาของฝ่ายที่ตกลงกัน” โดยเจตนาที่เห็นตรงกัน เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานปรากฏ ดังนี้ (1) การกระทำที่ถูก

แสดงออกมาและมีได้เป็นไปตามปกติ โดยผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีเหตุผล ไม่สามารถแสดงเหตุผลที่กระทำเช่นนั้นได้ แสดงให้เห็นว่ามีข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ เป็นหลักเกณฑ์จากคดี Volkswagen AG (2000) สังเกตได้ว่าหลักเกณฑ์ประการแรกมีลักษณะเช่นเดียวกับการพิจารณาถึงการจำกัดทางการค้าที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonably restrains trade) ของสหรัฐอเมริกา (2) ปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีการติดต่อหรือการเข้าร่วมประชุมกับคู่แข่งที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่ามีความผิด เว้นแต่สามารถพิสูจน์ได้ถึงระยะสาธารณะ (Public distance) อย่างน้อยที่สุด คือ ผู้ประกอบการธุรกิจต้องแสดงถึงการปฏิเสธอย่างชัดแจ้งไปยังคู่แข่ง ทั้งนี้ กฎหมายมิได้เคร่งครัดถึงขนาดที่ว่าผู้ประกอบการธุรกิจต้องแจ้งไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ Richard Whish ยังระบุถึงปัจจัยที่มีได้ส่งผลกระทบต่อการใช้ของข้อตกลงตามความหมายของมาตรา 101 วรรค 4 ประการด้วยกัน ดังนี้

- (1) ผู้ประกอบการธุรกิจถูกกิจการอื่นบังคับให้ทำข้อตกลง ไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้ของข้อตกลง แต่มีอิทธิพลอย่างสำคัญในการพิจารณาโทษปรับ
- (2) ไม่มีการปฏิบัติตามข้อตกลง
- (3) บุคคลที่เข้าทำข้อตกลงมิได้รับอำนาจให้กระทำเช่นนั้น
- (4) ข้อตกลงอย่างเป็นทางการยังไม่บรรลุผลสำเร็จในทุกเรื่อง เนื่องจากมีเจตนาที่เห็นพ้องต้องกันตามหลักการของการจำกัดการแข่งขันก็ถือว่าเป็นการทำข้อตกลงตามกฎหมายการแข่งขันแล้ว ไม่อาจอ้างได้ว่ามีข้อจำกัดบางประการอยู่ระหว่างการเจรจา ทั้งนี้ การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยอมรับว่ามีข้อตกลง ไม่เป็นการตัดสิทธิฝ่ายอื่นในการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของข้อตกลง

นอกจากนี้ การเริ่มต้นข้อตกลงเพียงบางส่วนหรือข้อตกลงแบบมีเงื่อนไข หากอยู่ในกระบวนการเจรจาต่อรองที่เพียงพอ สามารถเป็นข้อตกลงตามความหมายของมาตรา 101 TFEU ตัวอย่างของข้อตกลง ได้แก่ ข้อตกลงโดยวาจา ระเบียบการ แนวทางที่ออกให้ผู้อื่นปฏิบัติตาม คำเตือน หนังสือเวียนหรือเพียงแค่ว่าความเข้าใจระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ล้วนแล้วแต่ถือเป็นข้อตกลงทั้งสิ้น

คำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในคดี Bayer AG แสดงให้เห็นว่า กรณีที่คณะกรรมการสงสัยว่าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมีข้อตกลงระหว่างกัน คณะกรรมการไม่สามารถอ้างแต่เพียงว่า

ข้อตกลงได้รับการยอมรับโดยปริยาย โดยไม่ปรากฏพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุน เช่น ผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายมีการปฏิบัติตาม และในทางกลับกันผู้ประกอบธุรกิจมีการปฏิบัติในทางตรงกันข้ามกับที่คณะกรรมการกล่าวอ้าง ท้ายที่สุดศาลจึงตัดสินว่าไม่มีข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว

ข้อสังเกตประการหนึ่งของสหภาพยุโรป คือ คดี Ford v Commission แม้การกระทำของบริษัทในเครือ Ford จะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวแต่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของข้อตกลงระหว่างผู้จัดจำหน่ายในเยอรมัน ศาลจึงตัดสินว่ามีข้อตกลงระหว่าง Ford และผู้จัดจำหน่ายเยอรมัน เพื่อช่วยเหลือมิให้ผู้จัดจำหน่ายในอังกฤษได้รับผลกระทบจากการนำเข้าแบบคู่ขนาน จากคดีดังกล่าว เห็นได้ว่า ไม่จำเป็นที่วัตถุประสงค์ในการตกลงร่วมกันต้องเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น อาจเป็นไปได้เพื่อบุคคลภายนอกที่มีได้เข้าร่วมการตกลงร่วมกัน

ประเทศสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานในคดี Trans-Missouri และ คดี Addyston Pipe วางหลักเกณฑ์ว่า การตกลงร่วมกัน คู่สัญญาตกลงกันโดยมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ การจำกัดการแข่งขันเท่านั้น หากตีความจากหลักดังกล่าวจะพบว่า ข้อตกลงเกิดขึ้นได้จากการที่ผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองราย มีเจตนาตรงกันที่จะจำกัดการแข่งขัน และคดี Monsanto วางหลักว่า โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวมิได้เป็นไปโดยอิสระ และผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีเจตนาผูกพันกับแผนการ ซึ่งเมื่อบรรลุวัตถุประสงค์แล้วเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย

ทั้งนี้ Broder Douglas ได้รวบรวมหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐาน โดยระบุว่า หากโจทก์ต้องการชนะคดีต้องพิสูจน์ได้ ดังนี้

- (1) ต้องพิสูจน์ได้ว่ามีข้อตกลง
- (2) ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นอิสระสองฝ่ายหรือมากกว่านั้น
- (3) ข้อตกลงนั้นเป็นการจำกัดทางการค้าหรือการแข่งขันอย่างไม่สมเหตุผล
- (4) ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างมลรัฐ และ
- (5) ในกรณีเป็นการกระทำของเอกชน และข้อตกลงดังกล่าวทำให้ธุรกิจหรือทรัพย์สินของโจทก์ได้รับความเสียหาย หรือ

(6) ในกรณีที่จำเลยกระทำผิดทางอาญาจำเป็นต้องมีเจตนาในทางอาญา

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการปัจจัยที่แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันดังกล่าวมีแนวโน้มเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค แต่จำเลยสามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุผลบางประการที่สนับสนุนว่าการกระทำของจำเลยชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนี้

1.) เหตุใดการปฏิบัติอาจมิได้ส่งผลกระทบต่อเชิงลบในบริบทของตลาดเฉพาะที่เป็นปัญหา หรือ

2.) เหตุใดการปฏิบัติมีแนวโน้มเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

หากจำเลยสามารถพิสูจน์ได้เพียงข้อใดข้อหนึ่งตามเหตุดังกล่าว คณะกรรมการต้องพิจารณาว่าข้ออ้างที่จำเลยกล่าวอ้าง ส่งผลให้ข้อตกลงดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ ศาลสหรัฐอเมริกาบ่งชี้พยานหลักฐานแวดล้อมในลักษณะที่กว้างมาก เช่น ในคดี Interstate Circuit แม้ไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่าผู้ประกอบการเป็นผู้เข้าร่วมประชุมต่อต้านการแข่งขันโดยตนเอง แต่พยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการไม่ปฏิเสธถึงแผนการต่อต้านการแข่งขันดังกล่าว แม้ไม่ปรากฏหลักฐานการสื่อสารระหว่างผู้จัดจำหน่าย แต่มีความชัดเจนว่าผู้ประกอบการได้เข้าร่วมตามแผนการดังกล่าว ทั้งนี้ ศาลวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า การพิสูจน์ถึงการสมรู้ร่วมคิดที่ผิดกฎหมาย เพียงแต่แสดงให้เห็นว่าการกระทำร่วมกันนั้นมีการไตร่ตรองและเชิญชวนผู้จัดจำหน่ายให้ปฏิบัติตามและมีส่วนร่วมตามแผนการก็ถือเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักเพียงพอ แต่หากไม่ปรากฏการเชิญชวนให้เข้าร่วมตามแผนการ กล่าวคือไม่ปรากฏข้อตกลง ศาลวางหลักเกณฑ์ว่า โจทก์ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการจำกัดทางการค้าระหว่างรัฐภายใต้ Sherman Act

นอกจากนี้ ในคดี Socony-Vacuum ศาลวางหลักว่า คณะกรรมการการแข่งขันสามารถพิสูจน์ว่าข้อตกลงขึ้นราคาหรือโน้มน้าวโครงสร้างราคาผิดกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าราคาของผู้ประกอบการกำหนดระหว่างกันมีความสมเหตุสมผลหรือไม่

โดยหลักการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงของสหรัฐอเมริกามุ่งเน้นเรื่องการแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ตามข้อตกลงซึ่งเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และประเด็นที่ว่ามาตรฐานของพยานหลักฐานลักษณะใดที่จะสามารถแสดงให้เห็นถึงข้อตกลง ศาลวางหลักในคดี Monsanto ว่าพยานหลักฐานของโจทก์ต้องมีแนวโน้มที่จะแสดงให้เห็นว่าจำเลยมิได้กระทำโดยอิสระ

ประเทศญี่ปุ่น ปราบกฏการตีความมาตรา 2(6) ถ้อยคำที่ว่า “ร่วมกับบริษัทอื่น” ถูกตีความให้หมายถึง เจตนาของการติดต่อสื่อสาร ซึ่งในคดี Toshiba Chemical ศาลตีความว่าถ้อยคำดังกล่าว หมายถึง สถานการณ์ที่บริษัทต่างตระหนักว่าผู้อื่นจะขึ้นราคาหรือคาดการณ์ว่าผู้อื่นจะขึ้นราคาในลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันและมีเจตนาที่จะปฏิบัติตามซึ่งกันและกัน แต่ข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดรับทราบหรือยอมรับการเพิ่มราคาของอีกฝ่ายไม่เพียงพอที่จะแสดงถึงการติดต่อ ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องปรากฏข้อตกลงที่แสดงถึงการจำกัด เพียงอาศัยข้อเท็จจริงที่บริษัทอื่นตระหนักถึงการที่ฝ่ายอื่น ๆ ยอมรับการขึ้นราคาโดยปริยายก็เพียงพอที่จะแสดงถึงการติดต่อดังกล่าว

การพิสูจน์ถึงเจตนาของการติดต่อสื่อสาร อาศัยหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน ดังนี้

(1) คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องแสดงถึงเจตนาอย่างชัดแจ้ง ศาลสูงโตเกียวระบุในคดี Toshiba Chemical วางหลักเกณฑ์ว่า เจตนาของการติดต่อสื่อสารแบ่งออกเป็นเจตนาโดยชัดแจ้งและเจตนาโดยปริยาย ทั้งนี้ เพียงมีเจตนาในการติดต่อสื่อสารโดยปริยายก็เพียงพอแล้ว

(2) ไม่จำเป็นต้องระบุเวลาสถานที่และลักษณะของการติดต่อสื่อสาร เพียงแต่แสดงให้เห็นถึงช่วงเวลาโดยประมาณที่มีการตกลงกันก็เพียงพอแล้ว เป็นหลักเกณฑ์จากคดี Oishigumi

(3) ทุกสถานการณ์ทั้งก่อนและหลังการขึ้นราคาอาจถูกนำมาพิจารณาถึงการรับรู้และเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจ เมื่อต้องการค้นหาความมีอยู่ของเจตนาในการติดต่อสื่อสาร เป็นหลักเกณฑ์จากคดี Toshiba Chemical

(4) เมื่อพิจารณาถึงความมีอยู่ของข้อตกลง อาจถูกสันนิษฐานว่ามีการแลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นอันดับแรก โดยข้อมูลที่แลกเปลี่ยนนั้นเป็นข้อมูลที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน เช่น ราคาผลผลิต การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะที่คาดหวังให้มีการกระทำตามที่เห็นพ้องกัน ดังนั้น จึงถือได้ว่ามีเจตนาของการติดต่อสื่อสาร เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถแสดงให้เห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปอย่างอิสระ

(5) การพิจารณากิจกรรมการเสนอราคาประมูล กรอบของข้อตกลงอาจถูกสันนิษฐานว่ามีการประสานงานอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เสร็จสมบูรณ์ผ่านผู้ประมูลรายบุคคล

ทั้งนี้ ข้อตกลงตามมาตรา 2(6) ปราบกฏถ้อยคำตามบทบัญญัติซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดว่า ข้อตกลงต้องเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากมีการจำกัดทางการค้าอย่างมี

นัยสำคัญในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง ทั้งนี้ ไม่ปรากฏนิยามของประโยชน์สาธารณะ แต่มักถูกตีความให้หมายถึง การพัฒนาเศรษฐกิจ สวัสดิการของผู้บริโภค เป็นต้น

จากการศึกษาขอบเขตของข้อตกลงในประเทศต่าง ๆ พบว่า สิ่งสำคัญที่แสดงถึงข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ คือ เจตนาที่เห็นตรงกัน โดยมีได้ให้ความสำคัญกับรูปแบบ ดังนั้น ข้อตกลงจึงอาจเกิดขึ้นในรูปแบบใดก็ได้ ทั้งนี้ การพิสูจน์ถึงเจตนาที่เห็นตรงกัน ประเทศที่ศึกษาปรากฏแนวทางที่มีลักษณะคล้ายกัน ดังนี้

(1) ผู้ประกอบการธุรกิจไม่สามารถอธิบายถึงการกระทำที่เปลี่ยนแปลงไปของตนได้อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ปรากฏทั้งสี่ประเทศที่ทำการศึกษา โดยประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรปอาศัยหลักเกณฑ์นี้จากคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐาน ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจมิได้เป็นไปอย่างอิสระ และไม่อาจอธิบายได้ด้วยเหตุประการอื่นใด นอกจากนี้มีการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ

(2) ผู้ประกอบการธุรกิจเข้าร่วมการประชุมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน หลักเกณฑ์นี้ปรากฏในประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรป ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏคดีที่ตีความการเข้าร่วมประชุมว่า แม้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้เข้าร่วมประชุมด้วยตนเอง แต่จากการดำเนินงานแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจได้เข้าร่วมตามแผนดังกล่าว ถือว่ามีความผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขัน

(3) ข้อตกลงมีทั้งข้อตกลงโดยชัดแจ้งและข้อตกลงโดยปริยาย แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่เป็นข้อตกลงโดยปริยาย ดังนั้น การพิจารณาถึงเจตนาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ จึงมีทั้งเจตนาที่ปรากฏชัดแจ้งและเจตนาโดยปริยาย ซึ่งการพิสูจน์ถึงข้อตกลงเพียงแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ประกอบการธุรกิจที่จะเข้าร่วมแผนการโดยปริยายก็เพียงพอแล้ว

(4) แม้ไม่ปรากฏการประชุม แต่หากตรวจสอบพบว่ามี การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน โดยเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับราคา ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่า คาดหวังให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นที่ได้รับข้อมูลมีเจตนาที่เห็นตรงกัน

(5) ข้อตกลงไม่จำเป็นต้องสำเร็จลุล่วง แม้เริ่มจัดทำข้อตกลงเพียงบางส่วน หากปรากฏข้อมูลอย่างเพียงพอที่สามารถพิจารณาได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขัน ก็ถือเป็นข้อตกลงที่เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขัน

การตัดสินใจของสมาคม (Decisions by association)

ก.) ประเทศสิงคโปร์ Section 34 Guidelines ระบุว่า บทบัญญัติมิได้จำกัดเฉพาะเจาะจงประเภทของสมาคม แต่การตัดสินใจ หลักเกณฑ์ และคำแนะนำของสมาคมอาจถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา 34 แม้คำแนะนำไม่ได้ผูกพันสมาชิกอย่างเป็นทางการและแม้สมาชิกจะมิได้ปฏิบัติตามข้อตกลงทั้งหมดก็ตาม นอกจากนี้ สมาคมอาจถูกปรับในกรณีที่มีการตัดสินใจตรงกันข้ามกับมาตรา 34 และสมาชิกอาจถูกลงโทษเช่นเดียวกัน

การพิจารณาถึงการตัดสินใจของสมาคมอาจพิจารณาได้จากสถานการณ์ต่าง ๆ เช่น การตัดสินใจเกี่ยวกับราคา การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาและข้อมูลที่ไม่เกี่ยวกับราคา การโฆษณา การร่วมกันซื้อ และสถานการณ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อหรือไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน

การใช้สมาคมเป็นสื่อกลางเพื่อการตกลงร่วมกัน โดยการออกคำแนะนำทางการค้า สมาคมที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคา หรือการกระทำร่วมกันในรูปแบบใด ๆ การออกข้อเสนอแนะเกี่ยวกับราคา รวมถึงส่วนลด เป็นพฤติกรรมต้องห้ามและอาจเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 34 ทั้งสิ้น

ข.) ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ปรากฏถ้อยคำเกี่ยวกับสมาคมตามบทบัญญัติ เพียงแต่ปรากฏคดีที่แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงระหว่างสมาคมและสมาชิกอยู่ภายใต้ Sherman Act คดี California Dental Assn. (1999) ซึ่งข้อตกลงที่สมาคมออกมาเพื่อจำกัดการกระทำของสมาชิก ถูกตัดสินว่ามีความผิดภายใต้ Sherman Act

โดยในคดี California Dental จำเลยเป็นสมาคมวิชาชีพทันตแพทย์ ได้ออกกฎจริยธรรม ห้ามการโฆษณาที่เป็นเท็จและก่อให้เกิดความเข้าใจผิด นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อห้ามการโฆษณาด้านราคา ห้ามการส่งเสริมการขายที่เกี่ยวข้องกับราคา และกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลส่วนลด ศาลตัดสินว่าข้อจำกัดดังกล่าว เป็นการจำกัดการแข่งขัน และการจำกัดดังกล่าวไม่สมเหตุสมผลเป็นการละเมิดกฎหมาย

ค.) สหภาพยุโรป ศาลสหภาพยุโรปมีคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานวางหลักเกณฑ์ โดยถือว่า สิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ถือเป็นมติของสมาคม

1.) ระเบียบข้อบังคับของสมาคมการค้า (The constitution of a trade association)

2.) ข้อบังคับเกี่ยวกับการดำเนินงานของสมาคม (Regulations governing the operation of an association)

3.) ข้อตกลงที่ทำโดยสมาคม (An agreement entered into by an association)

4.) ข้อเสนอแนะของสมาคม หากสมาชิกมีแนวโน้มที่จะปฏิบัติตามคำแนะนำที่ได้ให้ไว้และการปฏิบัติตามคำแนะนำเช่นนั้น มีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อการแข่งขัน

ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าคำแนะนำของสมาคมมิได้มีผลผูกพันกับสมาชิกหรือสมาชิกมิได้มีการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์ ไม่มีผลต่อการปรับใช้มาตรา 101

คดี Daimler Chrysler AG พิจารณาข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและสมาคม ซึ่งได้ทำการจำกัดส่วนลดยานพาหนะและมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคา คณะกรรมการไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการธุรกิจเข้าร่วมการประชุมของสมาคม และมีการโต้แย้งว่าสมาคมไม่มีอำนาจในการตัดสินใจเพื่อผูกพันสมาชิก คำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานวางหลักว่า การตัดสินใจของสมาคมดังกล่าวอยู่ภายใต้มาตรา 101 แม้ไม่ผูกพันสมาชิกที่เกี่ยวข้องซึ่งมิได้เข้าร่วมการประชุมดังกล่าว แต่การตัดสินใจนั้นอยู่ในขอบเขตที่สมาชิกอาจตัดสินใจยอมรับปฏิบัติตามซึ่งเพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ว่าสมาคมมีความผิด อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ปรากฏว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่มิได้เข้าร่วมการประชุมได้ดำเนินการตามการตัดสินใจของสมาคม ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวจึงมีความผิด

ง.) ประเทศญี่ปุ่น กฎหมายรับรองสถานะของสมาคมการค้าอย่างถูกต้องตาม มาตรา 8 โดยกำหนดว่าสมาคมการค้าต้องไม่กระทำการใดที่เป็นการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ มาตรา 8 จึงถูกนำไปใช้กับการตัดสินใจของสมาคมการค้า (Trade association's decisions) ทั้งนี้ แนวทางปฏิบัติ การตัดสินใจ หรือการที่บริษัทส่วนใหญ่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่ง ล้วนแล้วแต่เป็นการตัดสินใจของสมาคมการค้า

สมาคมการค้าของประเทศญี่ปุ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ร่วมกันของผู้ประกอบการ โดยหลักสมาคมการค้าจึงไม่มีธุรกิจเป็นของตนเอง การตัดสินใจของสมาคมการค้าไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่ข้อจำกัดทางสัญญา แต่รวมถึงการที่องค์กรธุรกิจส่วนใหญ่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการตัดสินใจของสมาคมการค้า ซึ่งในคดี Osaka Bus Ass. ปรากฏข้อเท็จจริงว่า

อนุกรรมการของสมาคมได้ทำข้อตกลงกำหนดค่าธรรมเนียม แต่สมาคมโต้แย้งว่าอนุกรรมการไม่มีอำนาจในการตัดสินใจอย่างเป็นทางการ ทั้งนี้ การยอมรับอาจตรวจสอบจากการทำงานและการปฏิบัติตามคำสั่ง JFTC พิจารณาแล้วพบว่ามีมติตัดสินใจร่วมกัน เนื่องจากสมาชิกได้รับแจ้งจากอนุกรรมการและปฏิบัติตามการตัดสินใจดังกล่าว

จากการศึกษาขอบเขตการตัดสินใจของสมาคม อาจสรุปได้ ดังนี้

(1) ไม่จำกัดประเภทของสมาคม สมาคมมีความหมายกว้าง หมายความว่า การรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยหลักสมาคมมิได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจ และมีได้มีธุรกิจเป็นของตนเอง จึงไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ วัตถุประสงค์หลักของสมาคมเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นสมาชิก

(2) ถ้อยคำว่า การตัดสินใจ ถูกตีความในลักษณะที่กว้าง หมายถึง คำแนะนำ หลักเกณฑ์ ข้อกำหนด คำสั่ง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อตกลงที่ทำโดยสมาคม ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการตัดสินใจว่า การที่ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่ง ถือเป็นการตัดสินใจของสมาคม

(3) สหภาพยุโรป ปรากฏคดีที่วางหลักว่า การตัดสินใจของสมาคม โดยหลักไม่ผูกพันสมาชิกซึ่งมิได้เข้าร่วมการประชุมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ทั้งนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า แม้สมาชิสดังกล่าวไม่ได้เข้าร่วมประชุม แต่ภายหลังได้ดำเนินการตามข้อตกลง ถือว่าสมาชิคนั้นผูกพันกับการตัดสินใจของสมาคมเช่นเดียวกัน โดยประเทศญี่ปุ่นก็ใช้หลักเกณฑ์ลักษณะเดียวกัน คือ พิจารณาจากการดำเนินการและการปฏิบัติตามคำสั่ง แม้สมาชิกจะกล่าวอ้างว่าผู้แทนสมาคมไม่ได้รับมอบอำนาจในการตัดสินใจ แต่ภายหลังปรากฏว่าสมาชิกปฏิบัติตามการตัดสินใจดังกล่าวของผู้แทน ก็ถือว่าสมาชิสดังกล่าวมีการตัดสินใจร่วมกับสมาคม

การกระทำร่วมกัน (Concerted practice)

ก.) ประเทศสิงคโปร์ ปรากฏเพียงแนวทางของคณะกรรมการการแข่งขัน

Section 34 Guidelines ระบุถึงการพิจารณาว่าเป็นการกระทำร่วมกันตามแนวทาง ดังต่อไปนี้

- (1) ไม่ว่าฝ่ายต่าง ๆ จะเข้าร่วมในการร่วมมือกันปฏิบัติจริงหรือไม่
- (2) พฤติกรรมในตลาดได้รับอิทธิพล สืบเนื่องจากการติดต่อกันไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ
- (3) พฤติกรรมคู่ขนานที่เกิดขึ้นจากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนำไปสู่เงื่อนไขของการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับสภาพปกติของตลาด
- (4) โครงสร้างของตลาดและลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง
- (5) จำนวนของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด กรณีมีผู้ประกอบการจำนวนน้อยและโครงสร้างต้นทุนและการผลิตของผู้ประกอบการใกล้เคียงกัน

นอกจากนี้ การแลกเปลี่ยนข้อมูลหากส่งผลเสียต่อการแข่งขัน เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อกำหนดราคา การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะ ข้อมูลเกี่ยวกับราคาในปัจจุบัน ส่วนลด ค่าใช้จ่าย ข้อตกลงทางการค้า อัตรา และวันที่ในการเปลี่ยนแปลง ซึ่งข้อมูลเหล่านี้เป็นปัจจัยที่อาจช่วยสนับสนุนให้เกิดการตกลงร่วมกัน แม้การแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจมีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขัน แต่คณะกรรมการได้ออกแนวทางการพิจารณาว่า ต้องพิจารณาถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวประกอบกับสถานการณ์ ลักษณะของตลาด ประเภทข้อมูล วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดที่มีผู้ประกอบการน้อยราย

ข.) สหภาพยุโรป

คดี Suiker Unie และคดี ICI สร้างหลักเกณฑ์ของการกระทำร่วมกันตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 ว่า “ต้องเกิดมติเอกฉันท์ และการร่วมมือกันในทางปฏิบัติแทนที่การแข่งขัน ทั้งนี้ มติเอกฉันท์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเกิดโดยวาจา อาจเกิดจากการติดต่อไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างคู่สัญญา” Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements ให้ความสำคัญถึงการกระทำร่วมกันในแง่การแลกเปลี่ยนข้อมูลว่า การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งโดยข้อมูลนั้นเป็นการลดความไม่แน่นอนเชิงกลยุทธ์ในตลาด สามารถถือเป็นการกระทำร่วมกันเนื่องจากการสนับสนุนการสมรู้ร่วมคิด คู่แข่งที่ยอมรับข้อมูลดังกล่าวไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าเพียงแต่รับข้อมูลดังกล่าวไว้เท่านั้น รวมถึงการเข้าร่วมประชุมที่ผู้ประกอบการเปิดเผยกลยุทธ์ด้านราคาที่เป็นความลับต่อคู่แข่ง สามารถถูกตรวจสอบภายใต้มาตรา 101 ได้ แม้ไม่ปรากฏข้อตกลงที่ชัดเจนว่ามีการปฏิบัติตามในด้านราคาหรือมีการกระทำที่เป็นการสนับสนุนแผนการดังกล่าว

แม้ศาลสหภาพยุโรปเจตนาละเว้นการตีความถ้อยคำว่าการกระทำร่วมกันอย่างเป็นทางการจะลักษณะ แต่อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานทำให้สามารถสรุปขอบเขตของการกระทำร่วมกันได้ ดังนี้

(1) การกระทำร่วมกันต้องประกอบด้วยอย่างน้อยสองผู้ประกอบการร่วมมือกัน ในทางปฏิบัติโดยเข้าใจถึงความเสี่ยงของการแข่งขัน หลักการนี้มาจากคดี Imperial Chemical Industries Ltd.

(2) การกระทำร่วมกันไม่จำเป็นต้องมีการวางแผนกันจริง เพียงแต่ป้องกันการติดต่อกันที่อาจมีอิทธิพลต่อการดำเนินการในตลาดหรือเปิดเผยการดำเนินการในอนาคตของผู้ใดผู้หนึ่งอย่างเคร่งครัด หลักการจากคดี Suiker Unie

(3) ข้อสันนิษฐานที่ว่ากิจการมีส่วนร่วมในการกระทำร่วมกันคำหนึ่งจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการกระทำร่วมกันก่อให้เกิดผลกระทบจริงในตลาด หลักการจากคดี Anic Partecipazioni SpA

(4) การกระทำร่วมกัน หมายความว่าถึงการพึ่งพาอาศัยกัน (Reciprocity) โดยคู่แข่งรายหนึ่งเปิดเผยถึงเจตนาหรือการดำเนินการในตลาดเมื่อผู้อื่นต้องการ หรืออย่างน้อยที่สุดคือการยอมรับเจตนาหรือข้อมูลดังกล่าว หลักการจากคดี Cimenteries CBR

(5) ข้อสันนิษฐานในคดี Hüls เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ แสดงให้เห็นว่าการกระทำร่วมกันสามารถเกิดได้จากการประชุมแลกเปลี่ยนข้อมูลเพียงครั้งเดียว

นอกจากองค์ประกอบในด้านข้อเท็จจริงดังที่ได้กล่าวไป ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ได้จากคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐาน และสรุปหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปปรับใช้กับคดีอื่นที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันแล้ว ยังพบว่า OECD ได้ออกแนวทางในการพิจารณาตลาดที่มีแนวโน้มว่าจะมีการตกลงร่วมกัน โดยตลาดที่มีแนวโน้มว่าจะมีการตกลงร่วมกันมักประกอบด้วยลักษณะ ดังต่อไปนี้¹

1.) บริษัทมีจำนวนไม่มากหรือมีบริษัทขนาดใหญ่เพียงไม่กี่บริษัท ซึ่งการมีคู่แข่งในตลาดจำนวนไม่มากจะส่งผลให้การตกลงร่วมกันเป็นไปได้ง่ายกว่าในตลาดที่มีจำนวนคู่แข่งมาก

¹ R. Shyam Khemani, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy (Washington, DC: World Bank, 1999), p. 27.

2.) บริษัทมีโครงสร้างต้นทุน กระบวนการ เป้าหมาย ระดับของการรวมตัวกันในแนวตั้ง (Degree of vertical integration) หรือจำนวนผลิตภัณฑ์ที่สามารถผลิตได้ใกล้เคียงกัน ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ทำให้บริษัทมีลักษณะคล้ายกันและสามารถตกลงร่วมกันได้ง่ายขึ้น

3.) ผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องมีลักษณะเหมือนกัน (Homogenous) เช่น แป้ง น้ำตาล ปูนซีเมนต์ ในตลาดเช่นนี้ทำให้ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับราคาเกิดขึ้นได้ง่าย

4.) หากผลิตภัณฑ์นั้นสามารถทดแทนได้ด้วยผลิตภัณฑ์อื่น การขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ เช่นว่านั้นจะส่งผลให้ผู้บริโภคเปลี่ยนไปใช้ผลิตภัณฑ์ทดแทน

5.) ในกรณีที่อยู่สูงค้ำไม่ยืดหยุ่น ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถลดปริมาณการซื้อผลิตภัณฑ์ได้อย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าราคาของผลิตภัณฑ์จะเพิ่มขึ้นก็ตาม การตกลงร่วมกันจึงสามารถขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะดังกล่าวได้ง่าย

6.) การมีข้อมูลจำนวนมากเกี่ยวกับธุรกรรมกรจำหน่ายผลิตภัณฑ์ เช่น ทราบว่าผู้อื่นมีการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้แก่ผู้ใดและในราคาเท่าไร ส่งผลให้การควบคุมการตกลงร่วมกันเป็นเรื่องที่สามารถทำได้ง่าย

7.) ตลาดนั้นเกี่ยวข้องกับการเสนอราคาประมูล เนื่องจากตลาดที่เกี่ยวข้องกับการเสนอราคามักจะเกิดการตกลงร่วมกันเสนอราคา เหตุผลนี้อาจอธิบายได้ว่ากระบวนการเสนอราคาเกี่ยวข้องกับบริษัทจำนวนไม่มากที่มีลักษณะคล้ายกันและมีข้อมูลเกี่ยวกับการจำหน่ายระหว่างกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

ค.) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยเพิ่มเติม (Plus factors) หลายประการที่สามารถใช้ในการแสดงถึงการกระทำร่วมกันได้ ดังนี้

(1) การกระทำของจำเลยเป็นการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Radical) แตกต่างจากการปฏิบัติที่ผ่านมาอย่างสิ้นเชิง

(2) จำเลยทราบว่าจำเลยร่วมได้รับการร้องขอให้ปฏิบัติในทำนองเดียวกับจำเลย

(3) จำเลยได้รับเชิญให้เข้าร่วมการสมรู้ร่วมคิดตามที่ถูกกล่าวหาและมีการร้องเรียน

(4) การที่จำเลยแต่ละรายมีแรงจูงใจในการกระทำร่วมกันเพื่อกำไรจำนวนมาก

(5) จำเลยมีส่วนร่วมในแผนการและมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำหรือรูปแบบการดำเนินการที่สำคัญโดยไม่ได้แย่ง

(6) การดำเนินการของจำเลยแสดงให้เห็นถึงการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันในแง่ที่การร่วมมือดังกล่าวจำเลยมิได้รับผลประโยชน์ เว้นแต่จำเลยอื่นจะปฏิบัติตามการร่วมมือนั้นทั้งหมด

นอกจากนี้ จากการนำปัจจัยเพิ่มเติมไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ พบว่าในการตรวจสอบการตระหนักรู้อย่างคู่ขนาน (Conscious parallelism) อาจพิจารณาปัจจัยต่อไปนี้เพิ่มเติมจากการขึ้นราคาผลิตภัณฑ์แบบคู่ขนาน ดังนี้

- 1.) เหตุจูงใจที่สมเหตุสมผลในการกระทำร่วมกัน
- 2.) บริษัทกระทำเพื่อผลประโยชน์ของตน เว้นแต่การกระทำนั้นเป็นไปเพื่อผลสำเร็จต่อผู้สมรู้ร่วมคิดอื่น
- 3.) สถานการณ์ของตลาดที่เกิดขึ้นไม่สามารถอธิบายได้ด้วยวิธีอื่นใด นอกจากมีการกระทำร่วมกัน
- 4.) บริษัทมีการละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในอดีต
- 5.) ปραกฏการสื่อสารโดยตรงระหว่างกัน เช่น มีการประชุมระหว่างผู้สมรู้ร่วมคิดที่ถูกกล่าวหา
- 6.) พบว่ามีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน
- 7.) มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่านการประชุมสมาคมการค้า
- 8.) พิจารณารูปแบบของราคาทั่วไปหรือราคาที่เหมาะสมระหว่างผู้ขายน้อยราย
- 9.) โครงสร้างอุตสาหกรรมช่วยให้การสมรู้ร่วมคิดสะดวกขึ้น

ปัจจัยทางเศรษฐกิจที่ใช้ในการพิจารณาโครงสร้างอุตสาหกรรมที่ช่วยให้การกระทำร่วมกันสะดวกมากยิ่งขึ้น ได้แก่²

- (1) ผู้ขายมีจำนวนน้อย (The number of sellers is fewer)
- (2) บริษัทมีขนาดเล็ก (Firms' sizes are smaller)
- (3) ผู้ซื้อรายย่อยและมีจำนวนมาก (Buyers are smaller and more numerous)
- (4) การเข้าสู่ตลาดเป็นเรื่องยาก (Entry is difficult) หากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดสูง การร่วมกันกำหนดราคาโดยทั่วไปจะไม่ได้รับประโยชน์และไม่สามารถเกิดขึ้นได้
- (5) ต้นทุนของบริษัทมีลักษณะเดียวกัน (Firms' costs are similar) หากอุปทานลดลงหรือมีกำลังผลิตส่วนเกิน ผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมักจะลดราคาและไม่เห็นด้วยกับการขึ้นราคา
- (6) สินค้ามีลักษณะเดียวกัน (Product homogeneity is great) หากผลิตภัณฑ์มีลักษณะเดียวกันหรือสามารถทดแทนกันได้ มีลักษณะเฉพาะที่เหมือนกัน ทั้งนี้ ยิ่งผลิตภัณฑ์มีลักษณะเหมือนกันมากเท่าไร ยิ่งเป็นการง่ายที่จะเห็นพ้องกันเรื่องราคา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสินค้าโภคภัณฑ์มีแนวโน้มที่ราคาจะเหมือนกัน
- (7) มีคำสั่งซื้อสินค้าบ่อยครั้งและแต่ละครั้งมีจำนวนไม่มาก (Orders are small and frequent) เป็นเรื่องความเข้าใจเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเชิงกลยุทธ์
- (8) ทราบข้อมูลด้านราคาของคู่แข่ง (Information about rivals' prices is readily available)
- (9) อุปสงค์มีความคงที่ (Demand is stable) ในด้านเศรษฐกิจ อุปสงค์ทำให้ราคาไม่ยืดหยุ่น เมื่อผลิตภัณฑ์หนึ่งไม่เหมือนกับผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ไม่สามารถหาผลิตภัณฑ์อื่นมาทดแทนได้ การขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญจึงไม่ส่งผลให้ผู้บริโภคเปลี่ยนไปใช้ผลิตภัณฑ์อื่นทันที ทั้งนี้ หากมีผลิตภัณฑ์อื่นที่มีลักษณะเดียวกัน ความยืดหยุ่นของราคาผลิตภัณฑ์ของบริษัทชั้นนำจะลดลงตามอุปสงค์ ซึ่งก่อให้เกิดแรงจูงใจในการสมรู้ร่วมคิด

² Chang-Su Choe, "Antitrust Economics for Proof of Concerted Pricfixing: Practical Points for U.S. And Korean Antiturst Jurisprudence," Brigham Young University International Law & Management Review 8, 2 (2012): 7.

(10) ต้นทุนอยู่ในระดับต่ำ (Fixed costs are low)

ง.) ประเทศญี่ปุ่น

กรณีศึกษา ได้แก่ คดี Toshiba Chemical ซึ่งเป็นการตกลงร่วมกันโดยปริยาย ไม่ปรากฏพยานหลักฐานโดยตรงที่แสดงให้เห็นถึงข้อตกลง จึงจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการประสานกันตามเจตนา (Liaison of intention)

การประสานกันตามเจตนา หมายถึง การกระทำที่เป็นการอำนวยความสะดวกในการรับรู้หรือคาดการณ์การกระทำที่เหมือนหรือคล้ายกันของผู้อื่น จากนิยามมีเจตนาในการตีความอย่างชัดเจนว่าต้องการให้การประสานกันตามเจตนาเป็นการคาดการณ์การกระทำทางธุรกิจ เนื่องจากการประสานกันตามเจตนา ถูกตีความจาก มาตรา 2(6) ว่า “หากข้อตกลงมีความชัดเจนว่ามีเจตนาจะผูกพันฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ไม่มีควมจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการประสานกันตามเจตนาอีก” ซึ่งการประสานกันตามเจตนาจำเป็นต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีเป็นรายกรณี ไม่สามารถระบุปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาได้อย่างแน่นอน

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดี Toshiba Chemical ต้องอาศัยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้³

(ก) การแลกเปลี่ยนข้อมูลและความคิดเห็นระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

- 1.) มีการประชุมระหว่างกันหลายครั้งก่อนที่จะมีการขึ้นราคา
- 2.) มีการประชุมโดยการสนทนาทางโทรศัพท์หรือการส่งอีเมล

(ข) เนื้อหาของการเจรจาระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

- 1.) สภาพะปัจจุบันของอุตสาหกรรม
- 2.) การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาในปัจจุบัน
- 3.) ประกาศเจตนาที่จะขึ้นราคา
- 4.) ทหารือเกี่ยวกับมาตรการที่จะดำเนินการกับผู้ที่ลดราคา

³ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement,"(2006).

(ค) การกระทำร่วมกันดังกล่าวส่งผล ดังนี้

- 1.) ผู้ประกอบธุรกิจมีการขึ้นราคาจริง
- 2.) ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในกระบวนการตัดสินใจเรื่องราคา

ข้อเท็จจริงที่ได้จากคดี Toshiba Chemical มีดังนี้

- (1) อุตสาหกรรมการผลิตผลิตภัณฑ์นั้นมีความเข้มข้นสูง กล่าวคือมีผู้ผลิตน้อยราย
- (2) ผลิตภัณฑ์มีลักษณะเดียวกัน
- (3) ราคาเป็นคุณสมบัติที่สำคัญที่สุดของการแข่งขัน
- (4) ภายในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องปรากฏว่าผู้ผลิตมีการขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ด้วยจำนวนเงินที่เหมือนกันและภายในระยะเวลาใกล้เคียงบ่อยครั้ง
- (5) เป็นอุตสาหกรรมที่มีต้นทุนสูง
- (6) มีกำลังการผลิตส่วนเกินอย่างมีนัยสำคัญ
- (7) การขึ้นราคามีได้เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงต้นทุนหรืออุปสงค์ แต่เป็นไปเพื่อดึงดูดผู้เข้าตลาดใหม่
- (8) มีการประชุมและพูดคุยกันเกี่ยวกับราคา
- (9) บันทึกภายในของผู้เข้าร่วมแสดงให้เห็นว่า ระหว่างผู้ผลิตรับทราบเกี่ยวกับนโยบายด้านการกำหนดราคาของอีกฝ่าย และข้อมูลดังกล่าวมิใช่ข้อมูลที่เป็นสาธารณะ แสดงให้เห็นว่าต้องมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยลับระหว่างกัน

ท้ายที่สุด ศาลสูงเห็นด้วยกับคำตัดสินของ JFTC โดยระบุว่า “หากผู้ประกอบธุรกิจมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลการขึ้นราคาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น การกระทำที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันกับผู้อื่น จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะถูกสันนิษฐานว่าคู่กรณีมีความสัมพันธ์ที่คาดหวังจากการกระทำร่วมกัน ดังนั้น จึงถือได้ว่าเป็น “การติดต่อประสานกันตามเจตนา (Liaison of intention)” เว้นแต่จะสามารถแสดงให้เห็นว่าการขึ้นราคาดังกล่าว เป็นการดำเนินการเป็นรายบุคคล

โดยการตัดสินใจของบริษัทเองที่เห็นว่า การขึ้นราคาสามารถทำได้จากการประชุมการแข่งขันด้านราคาในตลาดที่เกี่ยวข้องและไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการขึ้นราคาของบริษัทนั้นกับบริษัทอื่น”

จากการศึกษาขอบเขตของการกระทำร่วมกัน พบว่าโดยหลักการกระทำร่วมกันเกิดขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ไม่พบข้อตกลง ทั้งนี้ บางประเทศอาจใช้ถ้อยคำนี้และข้อตกลงอย่างไม่แบ่งแยก แต่โดยพื้นฐานแล้วจะพิจารณาถึงการกระทำร่วมกัน เมื่อไม่พบข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ แต่อาศัยพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นและสันนิษฐานว่ามีการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกัน โดยปัจจัยในการพิจารณาแบ่งออกเป็นปัจจัยด้านการกระทำในเชิงข้อเท็จจริงของผู้ประกอบการธุรกิจ และปัจจัยด้านเศรษฐกิจที่ช่วยอำนวยความสะดวกให้การกระทำร่วมกันประสบผลสำเร็จ ปัจจัยต่าง ๆ มีดังนี้

- (1) การกระทำร่วมกันต้องประกอบด้วยผู้ประกอบการอย่างน้อยสองรายร่วมมือกันในทางปฏิบัติ โดยเข้าใจถึงความเสี่ยงของการแข่งขัน
- (2) พฤติกรรมในตลาดได้รับอิทธิพล จากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจไม่ว่าการติดต่อดังกล่าวจะเป็นการติดต่อโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม
- (3) การกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก แตกต่างจากการปฏิบัติที่ผ่านมามาอย่างสิ้นเชิง
- (4) ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการธุรกิจทราบว่าการกระทำร่วมกันรายอื่นได้รับการร้องขอให้ปฏิบัติในทำนองเดียวกัน
- (5) ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับเชิญให้เข้าร่วมการสมรู้ร่วมคิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือมีการร้องเรียนดังกล่าว
- (6) ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการสมรู้ร่วมคิดดังกล่าว มีแรงจูงใจเป็นกำไรจำนวนมาก
- (7) ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการที่สำคัญโดยไม่ได้แย่ง
- (8) การดำเนินการของผู้ประกอบการธุรกิจแสดงให้เห็นว่า การร่วมมือดังกล่าวผู้ประกอบการธุรกิจจะมีได้รับประโยชน์ เว้นแต่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นจะมีการกระทำร่วมกัน
- (9) พฤติกรรมคู่ขนาน โดยหลักไม่สามารถอาศัยลักษณะของพฤติกรรมคู่ขนานแต่เพียงอย่างเดียวเพื่อพิสูจน์ถึงการกระทำร่วมกัน แต่ต้องอาศัยปัจจัยอื่นในการพิสูจน์ว่าพฤติกรรม

คู่ขนานเป็นพฤติกรรมที่เกิดจากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และนำไปสู่เงื่อนไขการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขปกติของตลาด โดยพิจารณาประกอบกับปัจจัยทางเศรษฐกิจ

(10) ข้อสันนิษฐานว่าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมีการกระทำร่วมกัน อาจพิจารณาจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน หากปรากฏการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นการประชุมกันหลายครั้งก่อนมีการขึ้นราคา หรือการประชุมทางโทรศัพท์หรือทางอีเมล

(11) การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่อ่อนไหวต่อการแข่งขัน เนื้อหาของการเจรจาหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจเป็น สถานะปัจจุบันของอุตสาหกรรม ข้อมูลเกี่ยวกับราคาในปัจจุบัน ประกาศเจตนาที่จะขึ้นราคา การหารือเกี่ยวกับมาตรการที่จะดำเนินการกับผู้ที่ลดราคา

(12) การกระทำร่วมกัน ส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีการขึ้นราคาจริง หรือเพียงแค่ปรากฏหลักฐานว่าผู้ประกอบการธุรกิจทราบข้อมูลและอยู่ในกระบวนการตัดสินใจเรื่องราคา

(13) การกระทำร่วมกัน หมายความว่ารวมถึงการพึ่งพาอาศัยกัน โดยคู่แข่งรายหนึ่งเปิดเผยถึงเจตนาหรือการดำเนินการในตลาดเมื่อผู้อื่นต้องการ หรือเพียงแค่ยอมรับเจตนาหรือข้อมูลดังกล่าว

ปัจจัยทางเศรษฐกิจที่นำมาพิจารณา

(1) โครงสร้างของตลาด โครงสร้างต้นทุน กระบวนการ เป้าหมาย การรวมตัวกันในแนวนิ่ง หรือจำนวนของผลิตภัณฑ์ที่สามารถผลิตได้ใกล้เคียงกัน ต้นทุนของบริษัทมีลักษณะเดียวกัน ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถตกลงกันได้ง่ายขึ้น

(2) จำนวนของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีมีผู้ประกอบการธุรกิจจำนวนไม่มาก หรือมีผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดใหญ่จำนวนน้อย ซึ่งการที่จำนวนผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดมีจำนวนไม่มากส่งผลให้การตกลงร่วมกันเกิดขึ้นได้ง่าย

(3) ผลิตภัณฑ์มีลักษณะเหมือนกัน เช่น แป้ง น้ำตาล ปูนซีเมนต์ ตลาดลักษณะนี้ทำให้เกิดข้อตกลงเกี่ยวกับราคาได้ง่าย

(4) กรณีที่อุปสงค์ไม่ยืดหยุ่น ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถลดปริมาณการซื้อผลิตภัณฑ์ได้อย่างมีนัยสำคัญ แม้ราคาของผลิตภัณฑ์จะเพิ่มขึ้นก็ตาม กรณีดังกล่าวทำให้เกิดการตกลงร่วมกันขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ได้ง่าย

(5) ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีข้อมูลจำนวนมากเกี่ยวกับธุรกรรมต่าง ๆ ของคู่แข่งเกี่ยวกับการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้แก่ผู้ใดบ้างและในราคาเท่าใด ทำให้สามารถควบคุมการตกลงร่วมกันได้ง่าย

(6) ผู้ซื้อรายย่อยและมีจำนวนมาก กล่าวคือมีคำสั่งซื้อสินค้าบ่อยครั้งและแต่ละครั้งมีจำนวนไม่มาก

(7) หากการเข้าสู่ตลาดเป็นเรื่องยาก ทำให้การร่วมกันกำหนดราคาโดยทั่วไปไม่ได้รับประโยชน์และไม่สามารถเกิดขึ้นได้

(8) หากเป็นกรณีเสนอราคาประมูล กระบวนการเสนอราคามักเกี่ยวข้องกับบริษัทจำนวนไม่มากที่มีลักษณะคล้ายกันและมีข้อมูลเกี่ยวกับการจำหน่ายระหว่างกัน ส่งผลให้บ่อยครั้งเกิดการตกลงร่วมกัน

4.2.3) รูปแบบของการตกลงร่วมกัน

การตกลงร่วมกันแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การตกลงร่วมกันในแนวนอน (Horizontal agreement) และการตกลงร่วมกันในแนวตั้ง (Vertical agreement) โดยประเทศที่ศึกษามีรูปแบบ ดังนี้

ประเทศไทย การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel) ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวนอนเท่านั้น เนื่องจากประเทศไทยใช้ถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 54 ว่า ห้ามมิให้ “ผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน”

ประเทศสิงคโปร์ การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel) ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวนอนเท่านั้น เป็นไปตามที่คณะกรรมการการแข่งขันของสิงคโปร์ได้ออกแนวทางในการพิจารณาซึ่งแม้ประเทศสิงคโปร์จะอ้างถึงคดีของสหภาพยุโรป แต่แนวทางการพิจารณาระบุว่า ไม่สามารถปรับใช้กับข้อตกลงในแนวตั้งได้

สหภาพยุโรป การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel) ใช้บังคับกับข้อตกลงทั้งในแนวนอนและแนวตั้ง โดยปรากฏคำพิพากษาที่ปรับใช้มาตรา 101 TFEU กับข้อตกลงทั้งสองรูปแบบ

ประเทศสหรัฐอเมริกา การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel) ใช้บังคับกับข้อตกลงทั้งในแนวนอนและแนวตั้ง เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้สร้างหลักความผิดกฎหมายในตนเอง (per se illegal) เพื่อกำหนดความผิดเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันด้านราคา ซึ่งเห็นว่่าก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องปรับใช้มาตรา 1 Sherman Act เฉพาะกับข้อตกลงแนวนอน

ประเทศญี่ปุ่น การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel) ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวนอนเท่านั้น แม้จะมีนักวิชาการโต้แย้งว่าควรปรับใช้มาตรา 2(6) กับข้อตกลงในแนวตั้งเช่นเดียวกัน แต่ปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำพิพากษาที่เป็นการเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่ได้ตีความว่าขอบเขตของมาตรา 2(6) ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวนอนเท่านั้น

ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยได้อาศัยแนวทางการพิจารณาของสหภาพยุโรป ในการปรับใช้และตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่มีข้อสังเกตว่าสหภาพยุโรปปรับใช้มาตรา 101 กับการตกลงร่วมกันทั้งแนวตั้งและแนวนอน ในขณะที่ประเทศไทยปรับใช้มาตรา 54 กับการตกลงร่วมกันเพียงแค่นแนวนอนเท่านั้น ทำให้คำพิพากษาเกี่ยวกับข้อตกลงจำนวนมากของสหภาพยุโรปล้วนแล้วแต่เป็นข้อตกลงในแนวตั้ง ซึ่งอาจไม่สามารถนำมาปรับใช้กับมาตรา 54 ของประเทศไทยได้ หากประเทศไทยจะนำแนวทางหรือคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานของสหภาพยุโรปมาปรับใช้ อาจต้องพิจารณาข้อเท็จจริงตามความเหมาะสมในแต่ละกรณี

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำ จากการศึกษาพบว่าไม่มีความจำเป็นในการกำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ เมื่อประเทศไทยได้กำหนดนิยามของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว จึงอาจอาศัยการตีความตามแนวทางของต่างประเทศเพื่อให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ อาจพิจารณาขอบเขตของผู้ผ่านหลักเกณฑ์ของประเทศที่ทำการศึกษาก็ได้ ดังนี้

1. นิยามของผู้ประกอบธุรกิจครอบคลุมทุกหน่วย (Entity)
2. ผู้ประกอบธุรกิจต้องเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ
3. ผู้ประกอบธุรกิจต้องมีอิสระในการตัดสินใจดำเนินการในตลาด

เมื่อครบองค์ประกอบทั้งสามประการ จึงจะถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประเภทของการตกลงร่วมกัน โดยอาศัยประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นแนวทางในการพิจารณา จึงแบ่งการตกลงร่วมกันออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ ข้อตกลง การตัดสินใจของสมาคม และการกระทำร่วมกัน

ก.) ข้อตกลง อาจนิยามได้ว่า “ข้อตกลงอาจเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร อาจเกิดขึ้นโดยปากเปล่าและไม่จำเป็นต้องมีการประชุมกันทางกายภาพ และไม่ว่าจะบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ก็ตาม สิ่งสำคัญ คือ เจตนาที่เห็นตรงกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ที่แสดงถึงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจอย่างน้อยสองราย”

โดยขอบเขตของข้อตกลง อาจพิจารณาได้ ดังนี้

- (1) ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถอธิบายถึงการกระทำที่เปลี่ยนแปลงไปของตนได้อย่างสมเหตุสมผล หรือไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างอิสระ
- (2) ผู้ประกอบธุรกิจเข้าร่วมการประชุมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน

(3) ข้อตกลงมีทั้งข้อตกลงโดยชัดแจ้งและข้อตกลงโดยปริยาย อย่างน้อยที่สุดการพิสูจน์ถึงข้อตกลงเพียงแต่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเข้าร่วมแผนการโดยปริยายก็เพียงพอแล้ว

(4) แม้ไม่ปรากฏการประชุม แต่หากตรวจสอบพบว่ามี การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน โดยเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับราคา ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่า คาดหวังให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ได้รับข้อมูลมีเจตนาที่เห็นตรงกัน

(5) ข้อตกลงไม่จำเป็นต้องสำเร็จลุล่วง แม้เริ่มจัดทำข้อตกลงเพียงบางส่วนอาจถือเป็นข้อตกลงที่เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขัน

ข.) การตัดสินใจของสมาคม อาจนิยามได้ว่า “สมาคมการค้า เป็นการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยหลักสมาคมมิได้มีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ เว้นแต่สมาคมจะมีคุณสมบัติในการเป็นผู้ประกอบธุรกิจ สิ่งใด ๆ ก็ตามที่สมาคมการค้าได้แสดงเจตนาไปยังสมาชิกของสมาคมไม่ว่าจะเป็นคำแนะนำ ระเบียบ ข้อบังคับ ไม่สามารถอ้างว่าไม่มีผลผูกพันสมาชิก”

โดยขอบเขตการตัดสินใจของสมาคม อาจพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ไม่จำกัดประเภทของสมาคม สมาคมมีความหมายกว้าง หมายความว่า การรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ

(2) ถ้อยคำว่า “การตัดสินใจ” ถูกตีความในลักษณะที่กว้าง หมายถึง คำแนะนำ หลักเกณฑ์ ข้อกำหนด คำสั่ง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อตกลงที่ทำโดยสมาคม หรือการที่ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ยอมรับการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่งก็ถือเป็น การตัดสินใจของสมาคม

(3) การตัดสินใจของสมาคม โดยหลักไม่ผูกพันสมาชิกซึ่งมิได้เข้าร่วมการประชุมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ทั้งนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า แม้สมาชิกรายดังกล่าวไม่ได้เข้าร่วมประชุม แต่ภายหลังได้ดำเนินการตามข้อตกลง ถือว่าสมาชิกรายนั้นผูกพันกับการตัดสินใจของสมาคมเช่นเดียวกัน หากผู้ประกอบธุรกิจมิได้เข้าร่วมการประชุมถูกสันนิษฐานว่ามีส่วนเกี่ยวข้อง ผู้ประกอบธุรกิจต้องสามารถแสดงพยานหลักฐานเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวให้ได้ จึงจะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวไม่มีส่วนร่วมกับการตัดสินใจของสมาคม

ค.) การกระทำร่วมกัน อาจนิยามได้ว่า “การกระทำร่วมกันเป็นการร่วมมือกันอย่างไม่เป็นทางการ ปราศจากข้อตกลงหรือการตัดสินใจอย่างเป็นทางการ เป็นการที่ผู้ประกอบการธุรกิจประสานงานกันโดยมีเจตนาที่ตรงกันเพื่อลดความเสี่ยงจากการแข่งขัน”

โดยขอบเขตของการกระทำร่วมกัน อาจพิจารณาได้ ดังนี้

(1) การกระทำร่วมกันต้องประกอบด้วยผู้ประกอบการธุรกิจอย่างน้อยสองราย ร่วมมือกันในทางปฏิบัติ โดยเข้าใจถึงความเสี่ยงของการแข่งขัน

(2) พฤติกรรมในตลาดได้รับอิทธิพล จากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ไม่ว่าจะการติดต่อดังกล่าวจะเป็นการติดต่อโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม

(3) การกระทำของผู้ประกอบการธุรกิจเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก แตกต่างจากการปฏิบัติที่ผ่านมาอย่างสิ้นเชิง

(4) ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการธุรกิจทราบว่าการกระทำร่วมกันได้รับการร้องขอให้ปฏิบัติในทำนองเดียวกัน

(5) ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับเชิญให้เข้าร่วมการสมรู้ร่วมคิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือมีการร้องเรียนดังกล่าว

(6) ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการสมรู้ร่วมคิดดังกล่าว มีแรงจูงใจเป็นกำไรจำนวนมาก

(7) ผู้ประกอบการธุรกิจมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการดำเนินการที่สำคัญโดยไม่ได้แย่ง

(8) การดำเนินการของผู้ประกอบการธุรกิจแสดงให้เห็นว่า การร่วมมือดังกล่าวผู้ประกอบการธุรกิจจะมีได้รับประโยชน์ เว้นแต่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นจะมีการกระทำร่วมกัน

(9) พฤติกรรมคู่ขนาน โดยหลักไม่สามารถอาศัยลักษณะของพฤติกรรมคู่ขนานแต่เพียงอย่างเดียวเพื่อพิสูจน์ถึงการกระทำร่วมกัน แต่ต้องอาศัยปัจจัยอื่นในการพิสูจน์ว่าพฤติกรรมคู่ขนานเป็นพฤติกรรมที่เกิดจากการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และนำไปสู่เงื่อนไขการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขปกติของตลาด โดยพิจารณาประกอบกับปัจจัยทางเศรษฐกิจ

(10) ข้อสันนิษฐานว่าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมีการกระทำร่วมกัน อาจพิจารณาจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน หากปรากฏการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นการประชุมกันหลายครั้งก่อนมีการขึ้นราคา หรือการประชุมทางโทรศัพท์หรือทางอีเมล

(11) การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่อ่อนไหวต่อการแข่งขัน เนื้อหาของการเจรจาหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจเป็น สภาวะปัจจุบันของอุตสาหกรรม ข้อมูลเกี่ยวกับราคาในปัจจุบัน การประกาศเจตนาที่จะขึ้นราคา การหาหรือเกี่ยวกับมาตรการที่จะดำเนินการกับผู้ถือราคา

(12) การกระทำร่วมกัน ส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีการขึ้นราคาจริง หรือเพียงแค่ปรากฏหลักฐานว่าผู้ประกอบการธุรกิจทราบข้อมูลและอยู่ในกระบวนการตัดสินใจเรื่องราคา

(13) การกระทำร่วมกัน หมายความว่ารวมถึงการพึ่งพาอาศัยกัน โดยคู่แข่งรายหนึ่งเปิดเผยถึงเจตนาหรือการดำเนินการในตลาดเมื่อผู้อื่นต้องการ หรือเพียงแค่ยอมรับเจตนาหรือข้อมูลดังกล่าว

ปัจจัยทางเศรษฐกิจที่นำมาพิจารณา

(1) โครงสร้างของตลาด โครงสร้างต้นทุน กระบวนการ เป้าหมาย การรวมตัวกันในแนวตั้งหรือจำนวนของผลิตภัณฑ์ที่สามารถผลิตได้ใกล้เคียงกัน ต้นทุนของบริษัทมีลักษณะเดียวกัน ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถตกลงกันได้ง่ายขึ้น

(2) จำนวนของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีมีผู้ประกอบการจำนวนไม่มาก หรือมีผู้ประกอบการขนาดใหญ่จำนวนน้อย ซึ่งการที่จำนวนผู้ประกอบการในตลาดมีจำนวนไม่มากส่งผลให้การตกลงร่วมกันเกิดขึ้นได้ง่าย

(3) ผลิตภัณฑ์มีลักษณะเหมือนกัน เช่น แป้ง น้ำตาล ปูนซีเมนต์ ตลาดลักษณะนี้ทำให้เกิดข้อตกลงเกี่ยวกับราคาได้ง่าย

(4) กรณีที่อุปสงค์ไม่ยืดหยุ่น ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถลดปริมาณการซื้อผลิตภัณฑ์ได้อย่างมีนัยสำคัญ แม้ราคาของผลิตภัณฑ์จะเพิ่มขึ้นก็ตาม กรณีดังกล่าวทำให้เกิดการตกลงร่วมกันขึ้นราคาผลิตภัณฑ์ได้ง่าย

(5) ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการธุรกิจมีข้อมูลจำนวนมากเกี่ยวกับธุรกรรมต่าง ๆ ของคู่แข่งเกี่ยวกับการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้แก่ผู้ใดบ้างและในราคาเท่าใด ทำให้สามารถควบคุมการตกลงร่วมกันได้ง่าย

(6) ผู้ซื้อรายย่อยและมีจำนวนมาก กล่าวคือมีคำสั่งซื้อสินค้าบ่อยครั้งและแต่ละครั้งมีจำนวนไม่มาก

(7) หากการเข้าสู่ตลาดเป็นเรื่องยาก ทำให้การร่วมกันกำหนดราคาโดยทั่วไปไม่ได้รับประโยชน์และไม่สามารถเกิดขึ้นได้

(8) หากเป็นกรณีเสนอราคาประมูล กระบวนการเสนอราคามักเกี่ยวข้องกับบริษัทจำนวนไม่มากที่มีลักษณะคล้ายกันและมีข้อมูลเกี่ยวกับการจำหน่ายระหว่างกัน ส่งผลให้บ่อยครั้งเกิดการตกลงร่วมกัน

การพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบของการตกลงร่วมกัน ประเทศไทยได้บัญญัติให้การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore cartel) บังคับใช้กับการตกลงร่วมกันในแนวนอนเท่านั้น ซึ่งตรงกับประเทศสิงคโปร์ และประเทศญี่ปุ่น แต่เนื่องจากประเทศไทยได้รับกฎหมายของสหภาพยุโรปมาเป็นแนวทางในการพิจารณาและปรับใช้กฎหมาย แต่สหภาพยุโรปนั้นปรับใช้กฎหมายมาตราเดียวกันทั้งการตกลงร่วมกันในแนวนอนและแนวตั้ง จึงอาจต้องใช้ความระมัดระวังในการนำหลักเกณฑ์มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยอย่างเหมาะสม

5.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะจากการศึกษาเป็นไปเพื่ออธิบายแนวทางตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ประกาศเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561

ข้อ 5 “ในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

ข้อตกลงมิได้จำกัดว่าต้องอยู่ในลักษณะใด มิได้มีการกำหนดรูปแบบที่แน่นอน และจากแนวทางของประเทศที่ศึกษาเห็นว่าควรพิจารณาถึงเจตนาที่ตรงกัน (Concurrence of wills) ของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ทำการตกลงร่วมกัน โดยประเทศไทยอาจใช้หลักการเรื่องเจตนาตามกฎหมายแพ่ง คือ เสนอ สนอง ต้องตรงกันและเกิดเป็นข้อตกลง แต่ทั้งนี้ ควรระวังเรื่องการพิสูจน์ถึงเจตนา

เนื่องจากมาตรา 54 มีทั้งโทษทางปกครองและโทษทางอาญา หากจะลงโทษในทางอาญาต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงเจตนาในทางอาญา ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์นั้นมากกว่าเจตนาในทางแพ่ง และเจตนาในทางแพ่งยังมีขอบเขตที่กว้างกว่า ทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดได้ง่ายกว่า

นอกจากนี้ ข้อตกลงดังกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์ตามมาตรา 54 กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์เป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ การบังคับใช้กฎหมายจากประเทศที่ศึกษาแล้วแต่ยึดถือหลักเกณฑ์ว่า เพียงแค่ปรากฏว่าข้อตกลงนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันก็ถือเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว คณะกรรมการไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการได้นำไปปฏิบัติจริงและไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงตามข้อตกลง

(2) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น

สมาคมเกิดจากการที่ผู้ประกอบการมารวมตัวกัน การตัดสินใจมีความหมายกว้าง หมายความว่ารวมถึงสิ่งต่าง ๆ ที่ออกโดยสมาคมทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็น คำแนะนำ ข้อกำหนด ระเบียบ ข้อบังคับ กฎของสมาคม หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม ทั้งนี้ ไม่สามารถอ้างว่าการตัดสินใจดังกล่าว ไม่มีผลเป็นการผูกพันสมาชิก นอกจากนี้ อาจหมายความรวมถึงการที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมยึดถือการตัดสินใจของผู้ใดผู้หนึ่งหรือคนเพียงบางกลุ่มมาเป็นการตัดสินใจของสมาคมด้วย

การประชุมของสมาคมเพื่อจัดทำมติที่มติวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน โดยหลักสมาคมมีความผิด และสมาชิกผู้ที่ได้เข้าร่วมการประชุมดังกล่าวจะถูกถือว่ามีความผิดเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ หากปรากฏว่าสมาคมมีสมาชิกเป็นผู้ประกอบการจำนวนหนึ่ง แต่ปรากฏว่ามีเพียงสมาชิกบางรายที่เข้าร่วมการประชุมดังกล่าว สมาชิกที่เข้าร่วมมีความผิดตามมาตรา 54 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า แต่การพิสูจน์ถึงความผิดของสมาชิกที่เหลือซึ่งมิได้เข้าร่วมประชุมต้องพิสูจน์เป็นรายบุคคล โดยไม่สามารถถือได้ว่าการตัดสินใจของสมาชิกกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการตัดสินใจของสมาชิกทั้งหมดได้ ทั้งนี้ อาจต้องอาศัยข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเป็นรายกรณี เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มิได้มีการแยกการพิจารณาการตัดสินใจของสมาคมเป็นกรณีเฉพาะ หากนำ Plus factor มาพิจารณาในกรณีนี้จะพบว่า หากปรากฏว่าสมาชิกนั้นมิได้เข้าร่วม

ในการประชุมครั้งนี้ แต่ที่ผ่านมานในอดีตปรากฏข้อเท็จจริงว่าเคยมีการละเมิดกฎหมายการแข่งขัน เช่นนี้อาจถูกข้อสันนิษฐานว่ามีส่วนร่วมกับการตัดสินใจที่ละเมิดกฎหมายของสมาคม หรือผู้ประกอบการซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมต้องแสดงพยานหลักฐานที่เป็นการตัดความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจดังกล่าว อาจทำได้โดยการแสดงถึงแนวทางและวิธีการปฏิบัติของบริษัท (Compliance program) ที่ชัดเจน เช่น หากการประชุมของสมาคมเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงเรื่องราคา ก่อนประชุมอาจมีหนังสือเป็นหลักฐานถึงวาระการประชุมหรือพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่ามีได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมการประชุมดังกล่าวเพื่อสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานหักล้างข้อสันนิษฐานว่าผู้ประกอบการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ นอกจากนี้ อาจพิจารณาถึงการกระทำทั้งก่อนและหลัง การตัดสินใจดังกล่าว

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า โดยหลักนั้นการตัดสินใจของสมาคมไม่ผูกพันบริษัทหรือผู้ประกอบการที่มีได้เข้าร่วมการประชุม หากบริษัทที่ไม่เข้าร่วมการประชุมนั้นมีหลักฐานอย่างชัดเจนว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับการประชุมดังกล่าว

(3) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบการว่าได้กระทำกรร่วมกัน”

การกระทำร่วมกันนั้นอาจเกิดจากการที่ผู้ประกอบการมีการติดต่อกันผ่านตัวกลาง (Hub and spoke) หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีการติดต่อระหว่างกัน แต่อาศัยปัจจัยทางเศรษฐกิจที่เอื้ออำนวยให้เกิดการกระทำร่วมกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละกรณี

กรณีที่ปรากฏข้อตกลงระหว่างกัน และปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการขึ้นราคาแบบขนานกัน จำเป็นต้องนำปัจจัยทางเศรษฐกิจมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณา เช่น ในตลาดผู้ขายน้อยราย การประกาศว่าจะขึ้นราคาด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม และมีผู้ประกอบการรายอื่นขึ้นราคาตามในลักษณะเดียวกัน โดยหลักการขึ้นราคาแบบขนานไม่ถือเป็นความในตนเอง จึงต้องอาศัยปัจจัยทางเศรษฐกิจเพื่อแสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจขึ้นราคาของผู้ประกอบการมีได้เป็นไปโดยอิสระ แต่เป็นการตัดสินใจขึ้นราคาตามผู้ประกอบการรายอื่น แม้ไม่ปรากฏว่าประกาศของคณะกรรมการระบุถึงการใช้ปัจจัยทางเศรษฐกิจในการพิจารณาก็ตาม

การตระหนักรู้ของผู้ประกอบการ เป็นหลักการที่ถูกนำมาพิจารณาเพื่อหาเจตนาของผู้ประกอบการ ใช้ในการพิสูจน์ว่าการขึ้นราคาของผู้ประกอบการมีได้เป็นไปโดยอิสระ ทั้งนี้

อาศัยแนวทางการพิจารณาของประเทศสหรัฐอเมริกา เรื่อง การตระหนักรู้อย่างคู่ขนาน (Conscious parallelism) โดยอาจพิจารณาการขึ้นราคาผลิตภัณฑ์แบบคู่ขนาน ดังนี้

- 1.) พิจารณาถึงเหตุจูงใจที่สมเหตุสมผลในการกระทำร่วมกัน
- 2.) บริษัทกระทำเพื่อผลประโยชน์ของตน เว้นแต่การกระทำนั้นเป็นไปเพื่อผลสำเร็จต่อผู้สมรู้ร่วมคิดอื่น
- 3.) สถานการณ์ของตลาดที่เกิดขึ้นไม่สามารถอธิบายได้ด้วยวิธีอื่นใด นอกจากมีการกระทำร่วมกัน
- 4.) บริษัทมีการละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาดในอดีต
- 5.) ปราบกฏการสื่อสารโดยตรงระหว่างกัน เช่น การประชุมระหว่างผู้สมรู้ร่วมคิดที่ถูกกล่าวหา
- 6.) พบว่ามีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน
- 7.) มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่านการประชุมของสมาคมการค้า
- 8.) พิจารณารูปแบบของราคาทั่วไปหรือราคาที่เหมาะสมกันระหว่างผู้ขายน้อยราย และ
- 9.) โครงสร้างอุตสาหกรรมสามารถทำให้การสมรู้ร่วมคิดสะดวกขึ้น

ความแตกต่างของ “การร่วมกระทำ” ในทางอาญาตามมาตรา 83 และ “การร่วมกับ” ตามมาตรา 54 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 54 มีโทษทางอาญา แต่โดยลักษณะของการร่วมกันมีทั้งการร่วมกันแบบชัดแจ้งและการร่วมกันแบบไม่ชัดแจ้ง ตามที่ปรากฏในประกาศของคณะกรรมการการแข่งขัน ข้อ 5 (3) ถึงการกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน แสดงให้เห็นว่า การกระทำร่วมกันตามมาตรา 54 แม้ไม่ปรากฏข้อตกลงหรือหลักฐานที่ชัดเจน แต่ยังสามารถถือเป็นการกระทำร่วมกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายอาญาที่การร่วมกันต้องมีลักษณะชัดแจ้งเท่านั้นและต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีการกระทำร่วมกันจริง

ทั้งนี้ จึงอาจนำหลักเกณฑ์ “การร่วมกระทำ” ของมาตรา 83 มาปรับใช้กับถ้อยคำว่า “การร่วมกับ” ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าได้ ในกรณีที่มีข้อตกลงชัดเจน ซึ่งเป็นไปตามหลักการตีความโดยเคร่งครัดของกฎหมายอาญา แสดงให้เห็นว่าขอบเขตการร่วมกันของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามีขอบเขตที่กว้างกว่าในทางอาญา



บรรณานุกรม

- Ariel Ezrachi. Eu Competition Law. sixth ed. Bloomsbury: HART PUBLISHING, 2018.
- Benjamin Klein. Single Entity Analysis of Joint Ventures after American Needle: An Economic Perspective. Antitrust Law Journal 78 (2012).
- Broder Douglas. U.S. Antitrust Law and Enforcement : A Practice Introduction. New York: Oxford University Press, 2010.
- CCCS. Ccs Advises Ssta to Take Remedial Action on Its Recommendation of a Fuel Surcharge [Online]. 2008. Available from: <https://www.cccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/ccs-advises-ssta-to-take-remedial-action-on-its-recommendation-of-a-fuel-surcharge> [7 June 2019].
- . Ccs Advises That the Fees Guidelines Issued by Iea Are Likely to Be Anti-Competitive [Online]. 2008. Available from: <https://www.cccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/ccs-advises-that-the-fees-guidelines-issued-by-iea-are-likely-to-be-anticompetitive> [7 June 2019].
- Chang-Su Choe. Antitrust Economics for Proof of Concerted Pricefixing: Practical Points for U.S. And Korean Antiturst Jurisprudence. Brigham Young University International Law & Management Review 8, 2 (2012).
- Charles A. Holt. Handbook of Experimental Economics. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- Colander D. C. Microeconomics. 6 ed. Boston: McGraw-Hill/Irwin., 2006.
- Daren Shiau. Competition Law in Asia Pacific : A Practical Guide. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.
- Donald F. Turner. The Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy [Online]. 1987. Available from: <https://doi.org/10.15779/Z387J1X> [9 June 2019].
- E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison. Understanding Antitrust and Its Economic Implication. 7 ed. United States of America: Matthew Bender and Company Incorporated, 1997.
- Eleanor M. Fox. Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context. United States of America: West Publishing co., 2012.

- European Commission. Glossary of Terms Used in Eu Competition Policy Antitrust and Control of Concentrations. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2002.
- . The Visa Decision of 2014 [Online]. 2014. Available from: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/enforcement_en.html [19 January 2019].
- George A. Hay. Horizontal Agreements: Concept and Proof. The Antitrust Bulletin 51 (2006).
- Hideo Tanaka and Akio Takeuchi. Japanese Law and Legal Theory. New York University Press, 1996.
- Hiroshi Oda. Japanese Law. 2 ed.: OUP, 1999.
- Hiroyuki Odagiri. Competition, Innovation, and Growth in Japan. Singapore: Springer Singapore, 2017.
- Japan Fair Trade Commission. Business Consultations 2001, Case 7 [Online]. 2001. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/gyomuteikei/gyomu2.html>
- . Business Consultations 2001, Case 8 [Online]. 2001. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/gyomuteikei/gyomu1.html>
- . Business Consultations 2002/2003, Case 6 [Online]. 2002. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/kyodokoi/kyodo13.html>
- . Business Consultations 2002/2003, Case 11 [Online]. 2002. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/gyomuteikei/gyomu3.html>
- . Business Consultations 2014, Case 7 [Online]. 2014. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h27/h26nendomokuji/h26nendo07.html>
- . Business Consultations 2015, Case 6 [Online]. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h28/h27nendomokuji/h27nendo06.html>
- . Business Consultations 2016, Case 6 [Online]. 2016. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h29/h28nendomokuji/h28nendo06.html>
- . Business Consultations 2016, Case 7 [Online]. 2016. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h29/h28nendomokuji/h28nendo07.html>
- . Business Consultations 2017, Case 5 [Online]. 2017. Available from: <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokuji/h29nendo05.html>

- . Business Consultations 2017, Case 8 [Online]. 2017. Available from:
<https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokuji/h29nendo08.html>
- . Business Consultations 2017, Case 10 [Online]. 2017. Available from:
<https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokuji/h29nendo10.html>
- . Guidelines Concerning Joint Research and Development under the Ama
 [Online]. 1993. Available from:
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/jointresearch.pdf [3 June 2019].
- . Guidelines Concerning the Activities of Trade Associations under the Antimonopoly Act [Online]. 1995. Available from:
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/tradeassociation.pdf [30 May 2019].
- . Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination [Online]. 2004. Available from:
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/110713.2.pdf [3 June 2019. 14 June 2011]
- . Principles Concerning the Activities of Associations of Qualified Professionals under the Antimonopoly Act [Online]. 2001. Available from:
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/qualify.pdf [29 May 2019].
- Japan Fair Trade Commission Secretary General. Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act [Online]. Available from:
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf [29 May 2019. 16 June 2017]
- John Sanghyun Lee. Strategies to Achieve a Binding International Agreement on Regulating Cartels. Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2016.
- Keith N. Hylton. Antitrust Law : Economic Theory and Common Law. United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.
- Koki Arai. Law and Economics in Japanese Competition Policy. Singapore: Springer, 2019.

- Louis Kaplow. Direct Versus Communications-Based Prohibitions on Price Fixing. Journal of Legal Analysis 3 (2011).
- Maher M. Dabbah and Barry E. Hawk. Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- . Anti-Cartel Enforcement Worldwide Volume 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Masaaki Miyai. Dokusen Kinshi Ho [Antimonopoly Law]. 6 ed.: Koubundou, 2018.
- Masako Wakui. Antimonopoly Law Competition Law and Policy in Japan. 2 ed.: Independently published, 2018.
- Mitsuo Matsushita. Introduction to Japanese Antimonopoly Law. Yuhikaku Publishing Co. Ltd., 1990.
- N.Gregory Mankiw. หลักเศรษฐศาสตร์ (Principles of Economics). แปลโดย ลือชารัมย์, ร. ค. ไ. แด. ด. ส. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด, 2562.
- Okeoghene Odudu. Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion. European Competition Journal 7 (2011).
- Organisation for Economic Co-operation and Development. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes [Online]. 2002. Available from: <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf> [7 June 2019].
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law."
- . "Roundtable on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement." 2006.
- Paul A. Samuelson. Economics. 9 ed. New York: McGraw-Hill Books co., 1973.
- Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp. Antitrust Law. 2 ed. New York: Aspen, 2003.
- R. Preston McAfee, M. W. a. K. H. Auctions and Bid Rigging. The Oxford Handbook of International Antitrust Economics 2 (2014).
- R. Shyam Khemani. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Washington, DC: World Bank, 1999.
- Richard A. Posner. Antitrust Law: An Economic Perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

- Richard Whish and David Bailey. Competition Law. 9 ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2018.
- . Competition Law. 7 ed.: Oxford University Press, 2012.
- Richard Whish QC. Competition Law and Policy in Singapore. Singapore: Academy Publishing, 2015.
- Rieko Ishii. Bid Roundness under Collusion in Japanese Procurement Auctions. Review of Industrial Organization 44 (2014).
- Robert Clark and Jean-François Houde. The Effect of Explicit Communication on Pricing: Evidence from the Collapse of a Gasoline Cartel. The Journal of Industrial Economics 62 (2014).
- Samuelson and Paul A. Economics. New York: McGraw - Hill Book Company, 1970.
- Senator John Sherman. 21 Congressional Record 2455. 1890.
- The Straits Times. 4 Bakeries Warned for Colluding to Raise Prices [Online]. 2008. Available from: <http://eresources.nlb.gov.sg/newspapers/digitised/issue/straitstimes20050401-1> [19 January 2019].
- . Hike in Cinema Ticket Price: Is It Price-Fixing? [Online]. 2005. Available from: <http://eresources.nlb.gov.sg/newspapers/digitised/issue/straitstimes20050401-1> [19 January 2019].
- William H. Page. A Neo-Chicago Approach to Concerted Action. Antitrust Law Journal 78 (2012).
- William R. Anderson and Paul C. Roger III. Antitrust Law: Policy and Practice. 1992.
- World Bank and OECD. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Washington: World Bank Publishers, 1998.
- กรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ. สหภาพยุโรป (The European Union - EU) [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: [http://www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-\(The-European-Union---EU\).html](http://www.mfa.go.th/europetouch/th/other/8331/89715-สหภาพยุโรป-(The-European-Union---EU).html) [เข้าถึงเมื่อ 17 มิถุนายน 2562 วันที่ 29 สิงหาคม 2561]
- กระทรวงแรงงาน. สหภาพยุโรป: กระบวนการเพื่อการเคลื่อนย้ายแรงงานอย่างเสรี [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <http://www.mol.go.th/anonymouse/content/สหภาพยุโรป-กระบวนการเพื่อการเคลื่อนย้ายแรงงานอย่างเสรี> [เข้าถึงเมื่อ 17 มิถุนายน 2562]
- คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและ

- เอกชนไทย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ (บรรยาย) ประสพสุข สังข์บุญมาก (เรียบเรียง). Trade and Competition รายงานการบรรยายทางวิชาการ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- นราทิพย์ ชูติวงศ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- บัลเปียร์ บี. บาซิน แพลโดย เกศสิรินทร์ ออลทรี. ช่องทางทำธุรกิจใน 10 ประเทศอาเซียน. นนทบุรี: ริงค์ บี ยอนด์ บุ๊คส์, 2558.
- เบต โรบิน. และ ปาร์กิน ไมเคิล. เศรษฐศาสตร์จุลภาค แพลโดย จุฬามาต ทวีไพบูลย์วงศ์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2548.
- ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. เรื่องแนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: https://drive.google.com/file/d/1BOf_F0-RP-Be22zLyVOIsNCW2hiPJcV/view
- ประพันธ์ เสวตนันท์ และ ไพศาล เล็กอุทัย. หลักเศรษฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 5. 2540.
- ผู้เชี่ยวชาญของธนาคารโลก. หลักเกณฑ์การใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25-29 ซึ่งสำนักงานส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน แปรมาจาก ใน Guideline of Trade Competition Act for Section 25, 26, 27 and 29 1997.
- มนัส เกียรติธาดาย. ไซบัตสุ : อิทธิพลต่อเศรษฐกิจการเมืองของญี่ปุ่น. วารสารมหาวิทยาลัยศิลปากร ฉบับที่ 1 (2550): 53.
- วทัญญู ใจบริสุทธิ์ และ วราจกานา ก่อเกียรติพิทักษ์. การศึกษาปัจจัยทางเศรษฐกิจที่มีผลต่อความฟ่ายแพ้ของญี่ปุ่นในสงครามโลกครั้งที่ 2. วารสารญี่ปุ่นศึกษา (Japanese Studies Journal) ปีที่ 26 ฉบับที่ 1 (2552).
- วรัญญา ภัทรสุข. เศรษฐศาสตร์ 1 (หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- วิจิต มันทาภรณ์. นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป. วารสารนิติศาสตร์ 13(2526): 136-139.
- วิรุณศิริ ใจมา. เศรษฐศาสตร์จุลภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์. อำนาจการผูกขาด. วารสารกฎหมาย ปีที่ 22 ฉบับที่ 1 (2546).
- . เอกสารประกอบการเรียนการสอน วิชากฎหมายป้องกันการผูกขาด หลักสูตร น.บ. ภาคบัณฑิต ประจำปีภาคการศึกษาต้น. 2551.

- วิไลวรรณ วรรณนิธิกุล. โครงสร้างตลาด. ในเอกสารการสอนชุดเศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.
- . กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- . คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- ศิริศักดิ์ จิงถาวรณ. หลักเกณฑ์เรื่อง "ผู้มีอำนาจเหนือตลาด" ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.
- ศุภชาติ สุขารมณ. "พฤติกรรมการตลาด" ในเอกสารการสอนชุด เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรมและทฤษฎีต้นทุน สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532.
- สถานพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. เศรษฐศาสตร์ (Economics). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2548.
- สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านเศรษฐศาสตร์). กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542.
- สถาบันเพิ่มผลผลิตแห่งชาติ. กลยุทธ์การตลาดสำหรับสินค้าทดแทน [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <https://www.ftpi.or.th/2015/131>
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ..... (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ). 2559.
- สมเกียรติ ชัยพิบูลย์. เศรษฐศาสตร์จุลภาคเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 1. เชียงใหม่: สำนักบริหารและพัฒนา วิชาการ (งานสำนักพิมพ์) อาคารเทพศาสตร์สถิตย์ มหาวิทยาลัยแม่โจ้, 2560.
- สมพงษ์ อรพินท์. เศรษฐศาสตร์จุลภาค. กรุงเทพมหานคร: แมคกรอ-ฮิล อินเทอร์เน็ต เนชั่นแนล เอ็นเตอร์ไพรส์, 2539.
- สรวิศ ลิ้มบร้งษ์. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- . กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง". วารสาร นิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 3 (2542): 376.

สังวร ปัญญาติลก วลัย ชวลิตธำรง และ สุพพตา ปิยะเกศิน. เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 4.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. การผูกขาด [ออนไลน์]. 2553. แหล่งที่มา:

www.royin.go.th/?knowledges=การผูกขาด-๒๓-สิงหาคม-๒๕๕๕ วันที่ 23 สิงหาคม 2553]

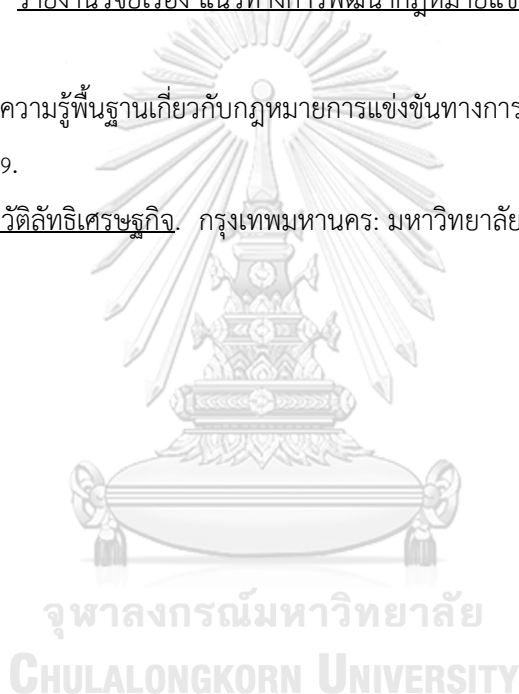
สุจินดา เจียมศรีพงษ์. เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

สุธีร์ ศุภนิตย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวชิษฐ์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

สุธีร์ ศุภนิตย์ และคณะ. รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. 2536.

อนันต์ จันทโรภากร. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 3 (2542): 339.

อัมพร วิจิตรพันธ์. ประวัติลัทธิเศรษฐกิจ. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	หัตถ์นีย์ เพชรศรีกาญจน์
วัน เดือน ปี เกิด	1 สิงหาคม 2535
สถานที่เกิด	ชลบุรี
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิต สมัยที่ 70 ใบอนุญาตว่าความ รุ่นที่ 50
ที่อยู่ปัจจุบัน	1/868 ชั้น 31 คอนโดศุภกาลัยปาร์ค ราชพฤกษ์-เพชรเกษม ถนนเพชรเกษม แขวงบางหว้า เขตภาษีเจริญ กทม 10160



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY