

ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ตามมาตรา 56 (2) : ศึกษา
เฉพาะการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

น.ส.ชลลดา คุ่มม่วง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2561
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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



4096385787

CU IThesis 5885956134 thesis / recv: 31072562 11:39:47 / seq: 12

EXEMPTION UNDER SECTION 56 (2) OF THE TRADE COMPETITION ACT B.E. 2560 : A
PARTICULAR STUDY ON VERTICAL RESTRAINTS

Miss Chonlada Kummoung

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 2018
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
พ.ศ.2560 ตามมาตรา 56 (2) : ศึกษาเฉพาะการจำกัดการ
แข่งขันในแนวดิ่ง

โดย

น.ส.ชลลดา คุ่มม่วง

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

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

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

..... กรรมการ
(อาจารย์สรวิศ ลิ้มปริงซี่)

ชลลดา คุ่มม่วง : ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560
 ตามมาตรา 56 (2) : ศึกษาเฉพาะการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง. (EXEMPTION
 UNDER SECTION 56 (2) OF THE TRADE COMPETITION ACT B.E. 2560 : A
 PARTICULAR STUDY ON VERTICAL RESTRAINTS) อ.ที่ปรึกษาหลัก : อ. ดร.กัญจน์
 ศักดิ์ เพชรานนท์

การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง หรือ การตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีใช้คู่แข่งในตลาดเดียวกันนั้น เป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อย่างไรก็ดี ในบางกรณีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง อาจส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจอันอาจได้รับยกเว้นหากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้กับข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ ทั้งนี้ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทยยังไม่มีแนวทางและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาการยกเว้นตามมาตรา 56 (2) ให้กับการตกลงร่วมกันในแนวดิ่ง ซึ่งต่างจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณา ยกเว้นให้กับการตกลงร่วมกันในลักษณะดังกล่าว

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาแนวทางในการปรับใช้การยกเว้นภายใต้มาตรา 56(2) กับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง โดยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย คำพิพากษา รวมทั้งแนวปฏิบัติขององค์กรที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายมาพิจารณาประกอบด้วย

สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิสิต
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5885956134 : MAJOR LAWS

KEYWORD: VERTICAL RESTRAINTS / VERTICAL AGREEMENT

Chonlada Kummoung : EXEMPTION UNDER SECTION 56 (2) OF THE TRADE
COMPETITION ACT B.E. 2560 : A PARTICULAR STUDY ON VERTICAL
RESTRAINTS. Advisor: Kansak Bejrananda, Ph.D.

Vertical agreements or agreements between business operators that are not competitors in the same market are prohibited pursuant to Section 55 of the Trade Competition Act B.E. 2560 (“the TCA 2017”). However, in some cases, vertical agreements can be beneficial to the economy, which may be exempt if they satisfy the conditions set out in Section 56 (2) of the TCA 2017. Any agreement which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress is exempt from the prohibition contained in the TCA 2017, if such agreement does not cause unnecessary restraints or cause monopoly power or significantly reduce competition in a market where consumers’ interests are also taken into consideration.

Nevertheless, according to this study, Thailand’s TCA 2017 has not yet contained clear guidelines or rules on the exemption for vertical agreements under Section 56 (2), unlike foreign trade competition legislations that set out clear criteria for considering exemption for certain vertical agreements. This thesis, therefore, addresses a guideline on vertical agreements exemption under Section 56 (2) by examining the trade competition laws of the European Union, of the United States of America and of Australia as well as their judgments and practices of authorities.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2018

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่อาจเกิดขึ้นได้หากปราศจากนายทบทวน และนางผกา คุ่มม่วง ผู้ซึ่งเป็นบิดามารดา และเป็นบุคคลผู้มีความสำคัญที่สุดในชีวิตของข้าพเจ้า ซึ่งได้อบรม สั่งสอน สนับสนุน และคอยให้กำลังใจเป็นอย่างดีเสมอมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลอดช่วงเวลาแห่งการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนทำให้ข้าพเจ้าผ่านพ้นอุปสรรคและความยากลำบากจนมีวันนี้ได้

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ เป็นอย่างสูง ที่นอกจากจะได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ยังให้กำลังใจ และให้ความช่วยเหลือเป็นอย่างดีเสมอมา มีหลายครั้งที่รู้สึกท้อใจและอยากถอดใจจากการทำวิทยานิพนธ์ แต่อาจารย์คือบุคคลที่ให้กำลังใจ และยังมีความเชื่อมั่นว่าผู้เขียนทำได้ พร้อมทั้งคอยอยู่ให้ความช่วยเหลือและคำปรึกษาตลอดเวลาที่ต้องการความช่วยเหลือ จนผู้เขียนสามารถนำความรู้และแนวทางจากอาจารย์มาคิดและตกผลึกเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ และท่านอาจารย์ สรวิต ลิ้มปริงชี ซึ่งกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า และเสียสละเวลามอบคำปรึกษา คำแนะนำ และข้อเสนอแนะให้แก่ข้าพเจ้า จนสำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์แห่งคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ด้านกฎหมาย ให้คำปรึกษา ตั้งแต่การเริ่มทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณครอบครัว เพื่อน ๆ พี่น้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอขอบคุณหัวหน้าและเพื่อน ๆ ชาว กกป-ท. ส่วนกลาง รวฟ. และเพื่อน ๆ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยที่ได้คอยให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจเป็นอย่างดีตลอดระยะเวลาทำวิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ยังมีบุคคลท่านอื่น ๆ ที่ไม่ได้กล่าวถึงในที่นี้ แต่กำลังใจและความช่วยเหลือในครั้งนี้ ผู้เขียนยังรู้สึกซาบซึ้งทุกครั้งที่จะระลึกถึงและขอขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่ง

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดแก่ บิดามารดา คณาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องนั้นไว้แต่ผู้เดียว

ชลลดา คุ่มม่วง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	4
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขันและพฤติกรรมการตลาดร่วมกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันใน แนวตั้ง.....	5
2.1 ความนำ.....	5
2.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขัน	6
2.2.1 ความหมายของการแข่งขัน.....	7
2.2.2 ความสำคัญของการแข่งขัน	10
2.2.3 สำนักคิดที่มีอิทธิพลต่อระบบการรักษาสภาพการแข่งขันในตลาด	11
2.2.3.1 สำนักคิดพหุนิยม (Pluralist School).....	12
2.2.3.2 สำนักคิดเสรีนิยม (Chicago School)	13
2.2.3.3 สำนักคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago School).....	13

2.2.4 ระบบการควบคุมการแข่งขัน	14
2.2.4.1 ระบบการควบคุมโครงสร้าง (structure control)	14
2.2.4.2 ระบบการควบคุมพฤติกรรม (conduct control).....	15
2.2.4.3 ระบบผสม (structure and conduct control).....	15
2.2.5 ภาพรวมความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด	16
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง.....	21
2.3.1 ความหมายของพฤติกรรมที่ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน	22
2.3.2 รูปแบบการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง.....	22
2.3.2.1 กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียว (A single branding group).....	23
2.3.2.2 กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำกัดการจัดจำหน่ายสินค้า (A limited distribution group).....	23
2.3.2.3 กลุ่มการตกลงกันเพื่อกำหนดราคาขายต่อ (A resale price maintenance group).....	24
2.3.2.4 กลุ่มการตกลงกันเพื่อแบ่งพื้นที่ตลาด (A market partitioning group)	24
2.3.3 ผลกระทบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง.....	24
2.3.3.1 ผลกระทบในเชิงลบ.....	24
2.3.3.2 ผลกระทบในเชิงบวก	26
บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการกำกับดูแลพฤติกรรม การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง	31
3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง.....	31
3.1.1 โครงสร้างของมาตรการทางกฎหมาย.....	31
3.1.1.1 ลักษณะที่เป็นข้อห้ามหรือกฎเกณฑ์ (Prohibitory of Regulator).....	31
3.1.1.2 ลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น (Exemption).....	32
3.2 การกำกับดูแลพฤติกรรมที่ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป	33

3.2.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป	33
3.2.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง	36
3.2.2.1 ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการ แข่งขันในแนวดิ่ง	37
3.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง	41
3.3 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของสหรัฐอเมริกา	99
3.3.1 แนวคิดของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด	99
3.3.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง	101
3.3.2.1 ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการ แข่งขันในแนวดิ่ง	101
3.3.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง	103
3.4 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย	117
3.4.1 แนวคิดของกฎหมายของการแข่งขันทางการค้า	117
3.4.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง	118
3.4.2.1 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง	118
3.5 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามกฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของประเทศไทย	134
3.5.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	134

3.5.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน
 แนวตั้ง 135

3.5.2.1 ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน
 ในแนวตั้ง 135

3.5.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน
 แนวตั้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 136

บทที่ 4 เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง
 และวิเคราะห์แนวทางการพิจารณายกเว้นตามมาตรา 56(2) 148

4.1 รูปแบบการยกเว้นให้กับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร่วมกันในแนวตั้ง 148

4.1.1 การยกเว้นหรือการอนุญาตเป็นรายกรณี 149

4.1.2 การยกเว้นภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะ 150

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ได้รับยกเว้น ... 152

4.2.1 เพื่อการพัฒนาการผลิต 152

4.2.2 เพื่อการพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า 157

4.2.2.1 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่เกี่ยวข้องกับราคา (Price Restraint) 157

4.2.2.2 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา (Non-Price Restraint) 161

4.2.3 เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค 171

4.2.4 เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ 172

4.3 แนวทางการพิจารณายกเว้นตามมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
 พ.ศ.2560 173

4.3.1 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า
 และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ 173

4.3.1.1 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต 175

4.3.1.2 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า
 177

4.3.1.3 การตกลงร่วมกันในแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค.....	181
4.3.1.4 การตกลงร่วมกันในแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ.....	181
4.3.2 ข้อตกลงต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น ...	184
4.3.3 ข้อตกลงไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ .	185
4.3.4 ข้อตกลงต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค.....	186
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	189
5.1 บทสรุป	189
5.2 ข้อเสนอแนะ	192
บรรณานุกรม.....	200
ประวัติผู้เขียน.....	206

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยมีรากฐานมาจากเศรษฐกิจเสรีนิยม ที่มุ่งเน้นให้เกิดและส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยมีแนวคิดในเชิงเศรษฐศาสตร์ที่ต้องการจะรักษาตลาดในระบอบเศรษฐกิจให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเพื่อป้องกันการผูกขาดทางการค้าและป้องกันการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยเป็นกฎหมายที่เน้นการควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) เป็นหลัก โดยการกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบการแข่งขันและก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม อีกทั้งยังมีหลักการควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่แม้จะไม่มีอำนาจเหนือตลาด แต่อาจมีการกระทำร่วมกันอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือ จำกัดการแข่งขัน ซึ่งเดิมถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

ต่อมา พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้ถูกยกเลิก และประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 แทนฉบับเดิม ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องของพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกัน โดยแบ่งแยกบทบัญญัติระหว่างพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Restriction) กับพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันไม่ร้ายแรง (Softcore Restriction) เนื่องจากพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical Restraint) มีทั้งข้อดีและข้อเสียต่อระบบเศรษฐกิจ เช่น พฤติกรรมจำกัดไม่ให้ผู้ค้าปลีกรับซื้อสินค้าของคู่แข่งหรือการติดต่อค้าขายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) ทำให้ผู้ผลิตสินค้ายี่ห้ออื่นไม่สามารถเข้าแข่งขันในตลาดสินค้าชนิดเดียวกันได้ ส่งผลให้การแข่งขันในตลาดสินค้าต่างยี่ห้อลดลง (Inter-brand competition) จนอาจเกิดอำนาจผูกขาดสินค้าหรือบริการโดยผู้ผลิตสินค้าเพียงรายเดียว อย่างไรก็ตามพฤติกรรมดังกล่าวอาจส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจบางประการ เช่น ลดต้นทุนในการขนส่งและการกระจายสินค้า เป็นต้น ในขณะที่บางพฤติกรรม เช่น การกำหนดแบ่งเขตพื้นที่ให้กับผู้จัดจำหน่ายสินค้า แม้จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (Intra-brand competition) แต่อาจส่งผลดีต่อการแข่งขันสินค้าต่างยี่ห้อ ด้วยเหตุนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงควรเข้าไปแทรกแซงอย่างจำกัด และมีข้อยกเว้นให้การตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งบางการตกลงให้สามารถกระทำได้



4096385787

CD :Thesis 5885956134 thesis / rev: 31072562 11:39:47 / seq: 12

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 55 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแข่งขันและกระบวนการแข่งขัน โดยมาตรานี้ต้องการห้ามผู้ประกอบการทุกรายที่อยู่ในตลาด ทั้งผู้ประกอบการรายใหญ่และผู้ประกอบการรายย่อยไม่ให้ร่วมกันกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง เนื่องจากมาตรานี้มีความมุ่งหมายที่จะส่งเสริมให้ตลาดมีการแข่งขัน และส่งเสริมประสิทธิภาพในด้านเศรษฐกิจอันจะก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวม โดยกำหนดห้ามพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ร้ายแรงในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดเงื่อนไขดังต่อไปนี้ระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่ใช่คู่แข่งในตลาดเดียวกัน

ก. การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ หรือ

ข. การจำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน หรือ

ค. การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการแข่งขันจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

(2) การลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่ายหรือให้บริการ

3. การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

4. การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

5. การตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันข้างต้น โดยเฉพาะพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งแม้จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน แต่ในบางกรณีการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งก็ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดมากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้น ดังนั้น พระราชบัญญัติการ

แข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 จึงได้กำหนดข้อยกเว้นให้กับพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันใน มาตรา 56

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงต้องการศึกษาข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ตามมาตรา 56(2) ที่จะไม่ใช้บังคับกับการตกลงร่วมกันที่มีวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

1. เพื่อการพัฒนาการผลิต
2. เพื่อการจัดจำหน่ายสินค้า
3. เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค
4. เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดว่าจะต้องเป็นการตกลงที่ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการ โดยจะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เพิ่งประกาศใช้และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ.2560 จึงยังไม่มี ความชัดเจนในการปรับใช้ข้อยกเว้นกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงข้อยกเว้นตามมาตรา 56(2) เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยกับพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเพื่อให้เกิดความชัดเจนและส่งเสริมการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาลักษณะของการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง รวมทั้งวัตถุประสงค์ และหลักการของกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศที่ห้ามการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อกระทำการใด ๆ ที่เป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน รวมทั้งศึกษาว่ากฎหมายดังกล่าวยกเว้นให้กับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งในกรณีใดบ้าง

2. เพื่อเสนอแนะแนวทางการพิจารณาการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

มาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมของผู้ประกอบการในกรณีที่เป็นการตกลงร่วมกันในธุรกิจไว้ อย่างไรก็ตามก็ดียังไม่มีความชัดเจนในการปรับใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวกับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง จึงสมควรทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศ คำพิพากษา รวมทั้งแนวปฏิบัติขององค์กรที่มี

อำนาจบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยกับพฤติกรรมดังกล่าว

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้จะมีการพิจารณาว่าการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งในกรณีใดที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อพัฒนาการผลิต เพื่อการจัดจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ ที่สมควรได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2) อันเป็นการตกลงที่ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยกับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง โดยทำการศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการของต่างประเทศ ได้แก่ สนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย รวมทั้งแนวปฏิบัติหรือหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง จากนั้นนำมาวิเคราะห์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้กับปัญหาการยกเว้นให้กับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยข้อมูลที่เกี่ยวข้องตามขอบเขตของการวิจัย โดยมุ่งศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร เช่น ค้นคว้าและวิเคราะห์จากหนังสือ บทความ วารสาร และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้ การค้นคว้าข้อมูลเหล่านี้จากห้องสมุดต่าง ๆ และผ่านทางสื่ออินเทอร์เน็ต

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและต่างประเทศกับพฤติกรรมการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง
2. เพื่อเสนอแนวทางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 56(2) สำหรับการตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขันและพฤติกรรมทางการตกลงร่วมกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

2.1 ความนำ

ในตลาดการค้าไม่ว่าจะเป็นสินค้าหรือบริการของประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (capitalism) หรือระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม สอดคล้องกับแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ในกลุ่มสำนักคลาสสิก (Classical School) ที่ให้ความเชื่อมั่นในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม และให้ความสำคัญกับบทบาทของภาคเอกชน โดยเห็นว่ารัฐไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ควรปล่อยให้เอกชนสามารถประกอบธุรกิจของตนได้โดยอิสระ (laissez-fair) ต่อมานักเศรษฐศาสตร์สำนักนีโอคลาสสิก (Neo-Classical School) ได้นำแนวคิดของสำนักคลาสสิกไปปรับปรุงพัฒนา และสนับสนุนแนวความคิดเสรีนิยม โดยเน้นประเด็นการมีอยู่อย่างจำกัด (scarcity) ของทรัพยากร และการใช้ทรัพยากรให้ได้ประโยชน์สูงสุด¹

อนึ่ง ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายต้องแข่งขันกัน เพื่อเสนอทางเลือกที่ดีที่สุดให้แก่ผู้บริโภค หากตลาดใดมีการแข่งขันสูง ราคาสินค้าก็จะเป็นไปตามกลไกตลาด และมีแนวโน้มว่าคุณภาพสินค้าและบริการจะมีการพัฒนา ดังนั้นกลไกตลาดในระบบเสรีนิยมจึงมีความสำคัญ

ในทางทฤษฎีกลไกตลาดจะสะท้อนให้เห็นการเคลื่อนไหวทางด้านความต้องการและสภาพของตลาดที่แท้จริง ซึ่งแสดงผ่านระดับราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการในตลาด และกลไกตลาดจะต้องปรับปรุงแก้ไขกลไกตลาดได้ด้วยตัวเอง² อันจะก่อให้เกิดความสมดุลขึ้นในตลาดโดยที่รัฐไม่จำเป็นต้องแทรกแซง ตัวอย่างเช่น หากมีผู้ประกอบการรายหนึ่งในตลาดตั้งราคาสินค้าสูงทำให้ได้กำไรเกินควร ในขณะที่ผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งในตลาดผลิตสินค้าชนิดเดียวกันและตั้งราคาขายต่ำกว่าผู้ประกอบการรายแรกก็จำเป็นต้องลดราคาสินค้าลงมิฉะนั้นจะต้องสูญเสียลูกค้าในตลาดไป ทำให้

¹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 7.

² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 37.

ราคาสินค้าอยู่ในระดับที่เหมาะสม เกิดการแข่งขันในตลาดและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับทั้งผู้ผลิต ผู้บริโภค และระบบเศรษฐกิจ³

อย่างไรก็ตาม ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเห็นว่ารัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซง ซึ่งเป็นระบบเสรีนิยมแบบดั้งเดิม (classic capitalism) ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถกระทำกรใด ๆ ในการประกอบธุรกิจเพื่อให้ตนเป็นผู้ครองตลาด โดยเฉพาะผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองมากกว่ามักใช้วิธีการเอาเปรียบผู้ประกอบการรายย่อยในการทำสัญญาต่าง ๆ จึงมีแนวโน้มที่จะเกิดสถานะตลาดแบบผูกขาด (monopoly)⁴

ในปี ค.ศ.1950 ประเทศในแถบตะวันตกเริ่มตระหนักถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจดังกล่าว จึงเกิดแนวคิดใหม่ที่เรียกว่าแนวคิดด้านสวัสดิการสังคม (social welfare) เห็นว่ารัฐควรต้องเข้ามาแทรกแซงธุรกิจของเอกชน โดยใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการให้ได้รับความเป็นธรรมในการแข่งขัน จึงทำให้ประเทศต่าง ๆ ตรากฎหมายออกมาควบคุมเท่าที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็น เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน จึงเกิดเป็นระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมสมัยใหม่ (modern capitalism)⁵ ทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเข้ามามีบทบาท และเป็นกฎหมายที่ต้องการจัดสรรการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด

2.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการแข่งขัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีพื้นฐานความคิดมาจากระบบเสรีนิยม ซึ่งมีกลไกตลาด (Mechanism) เป็นหัวใจหลักในการขับเคลื่อนและพัฒนาเศรษฐกิจ โดยกลไกตลาดจะเป็นตัวกำหนดว่าควรจะผลิตสินค้าอะไร กรรมวิธีใดเพื่อให้มีต้นทุนต่ำที่สุด และเมื่อผลิตสินค้าและบริการแล้วจะขายให้แก่ผู้ใด นอกจากนี้กลไกตลาดยังเป็นตัวกำหนดราคาที่เหมาะสมในตลาด เพื่อให้มีความสมดุลกันระหว่างความต้องการขาย (อุปทาน) และความต้องการซื้อ (อุปสงค์) ทำให้ราคาอยู่ในระดับที่เหมาะสม ก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ถ้าสินค้าชนิดหนึ่งมีการผลิตมากเกินไปเกินความต้องการของตลาด ผู้ขายจำเป็นต้องลดราคาสินค้าลงมาทำให้ขาดทุน หรือผู้ผลิตบางรายอาจต้องลดปริมาณการผลิตหรือเลิกการผลิต ทำให้ทรัพยากรที่เคยใช้ผลิตสินค้าดังกล่าวได้รับจัดสรรให้ไปผลิตสินค้าอื่นที่มีคนต้องการมากกว่า ในทางตรงกันข้าม ถ้าเมื่อใดสินค้าขาดตลาด ราคาของสินค้าก็

³ สมุท นาควิโรตม, "การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษารณการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์" (นิตยสารกรมทาบัตต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 13-14.

⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า (กรุงเทพมหานคร: นิตยธรรม, 2537), หน้า 1-4.

⁵ เรื่องเดียวกัน., หน้า 2.

จะสูงขึ้น เนื่องจากมีความต้องการสินค้ามากขึ้น (อุปสงค์เพิ่ม) ทำให้มีผู้ผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นเนื่องจากราคาสูงขึ้น ในที่สุดก็จะมีการผลิตสินค้าเพียงพอกับความต้องการของผู้ซื้อ (อุปทาน) และราคาสินค้าก็จะลดต่ำลงสู่ราคาที่เหมาะสม⁶

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาในข้างต้น กลไกตลาดจะเกิดขึ้นได้เมื่อตลาดมีผู้ผลิตหลายรายที่มีสิทธิและเสรีภาพที่จะเข้าหรือออกจากตลาดได้ อนึ่งการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจในระบบการแข่งขันเสรีเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่ทำให้การผลิต การบริโภค และการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นการแข่งขันของผู้ประกอบการธุรกิจจึงมีความสำคัญยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจ

2.2.1 ความหมายของการแข่งขัน

การแข่งขันภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น นักเศรษฐศาสตร์ได้ให้ความหมายไว้ 2 นัย ดังนี้⁷

ก. การแข่งขัน หมายถึง เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (economic freedom) ทุกคนมีเสรีภาพในการผลิตสินค้าหรือเสนอบริการใดๆ โดยเลือกใช้เทคนิควิธีที่ตนเห็นว่าเหมาะสม มีสิทธิกำหนดจำนวนและคุณภาพ และสามารถกำหนดราคาได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ซื้อก็มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่มีข้อมูลเพียงพอเพื่อประกอบการตัดสินใจในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการในจำนวนที่ตนต้องการจากผู้ขายรายใดก็ได้ที่เสนอขายในราคาที่ตนพอใจ การแข่งขันตามความหมายโดยนัยนี้จึงหมายถึง การมีเสรีภาพในการเลือกระหว่างวิธีกระทำในรูปแบบต่างๆ โดยเลือกกระทำแต่เฉพาะวิธีที่แต่ละฝ่ายเห็นชอบ⁸

ข. การแข่งขัน หมายถึง การต่อสู้เพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของกำไร อำนาจในการครองตลาด การเป็นผู้นำในทางธุรกิจ รวมทั้งหมายถึงการต่อสู้เพื่อการอยู่รอด คู่แข่งขันแต่ละฝ่ายต่างถือว่าเป็นศัตรูซึ่งกันและกัน ต่างฝ่ายต่างพยายามจะหาวิธีที่จะทำให้คู่แข่งพ่ายแพ้ด้วยการใช้กลยุทธ์และวิธีการต่างๆ เช่น การขายสินค้าราคาต่ำจนถึงกับขาดทุน เพื่อบีบบังคับให้คู่แข่งต้องลดราคาตาม อันจะทำให้คู่แข่งที่มีต้นทุนน้อยต้องเลิกกิจการหรือออกจากตลาดไป

⁶ เรื่องเดียวกัน..., หน้า 12.

⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์ สุธีร์ ศุภนิത്യ, วัชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย (2536), หน้า 22.

⁸ เรื่องเดียวกัน.

การที่คู่แข่งทำการแข่งขันกันเพื่อเอาชนะจนบรรลุเป้าหมายด้วยความสามารถของตนเอง ถือได้ว่าเป็นการแข่งขันที่ خوب แต่ถ้าคู่แข่งสนใจทำลาย ทำให้เสียหาย การแข่งขันเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่ชอบ⁹

จากความหมายของการแข่งขันดังกล่าวข้างต้นประกอบกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกลไกตลาด อาจารย์สุธีร์ ศุภนิธย์ ได้สรุปว่าการแข่งขันในตลาดสินค้าและบริการจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ¹⁰

1) ไม่มีการกีดกันหน่วยผลิตใหม่ในการเข้ามาทำการแข่งขัน (entry) ในตลาดหรือออกจากการแข่งขัน (exit)¹¹

2) ไม่มีหน่วยผลิตหรือกลุ่มของธุรกิจใดที่มีขนาดและอิทธิพลเหนือตลาด หรือมีอำนาจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการในตลาด¹²

3) ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าและบริการมีการแพร่หลายและทั่วถึง¹³

4) ผู้บริโภคไม่รู้สึกรู้สีกแตกต่างกันใด ๆ ในการซื้อสินค้าหรือบริการจากหน่วยผลิตที่แข่งขันกันผลิตสินค้าหรือการให้บริการที่เหมือน ๆ กัน¹⁴

5) ราคาของสินค้าหรือบริการจะถูกกำหนดโดยกลไกทำงานของความต้องการซื้อ (อุปสงค์) และความต้องการขาย (อุปทาน) (demand and supply)¹⁵

จากหลักการดังกล่าวข้างต้น เป็นลักษณะการแข่งขันของตลาดแข่งขันแท้จริง (pure competition) ซึ่งหมายถึงตลาดแข่งขันสมบูรณ์ กระบวนการในตลาดจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของอุปสงค์และอุปทาน มีลักษณะเด่น คือ ผู้ขายทุกคนขายสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ (homogenous) และจะต้องไม่มีข้อกีดขวางใดๆ ที่จะทำให้ราคาสินค้าต้องเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งตลาดดังกล่าวเป็นตลาดในอุดมคติ ใช้เป็นเพียงโครงสร้างจำลองที่นำมาใช้ในการศึกษาเพื่อเทียบกับตลาดอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น สินค้าที่นาย ก. เป็นผู้ขายจะมีความเหมือนกับสินค้าที่นาย ข. เป็นผู้ขาย มี

⁹ สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ.2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชย์) (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 28.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

¹² เรื่องเดียวกัน.

¹³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

ผลให้ผู้ซื้อและผู้ขายต่างไม่มีบทบาทส่งผลกระทบต่อซึ่งกันและกัน ทุกคนจึงสามารถแข่งขันได้อย่างเสรี ไม่มีใครได้เปรียบใคร¹⁶

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงตลาดแข่งขันสมบูรณ์ตามเงื่อนไขข้างต้นเกิดขึ้นได้ยาก นักเศรษฐศาสตร์จึงได้ดัดแปลงหลักการดังกล่าวข้างต้นให้สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันที่เกิดขึ้นและสามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้ อันทำให้การแข่งขันมีประสิทธิภาพ (effective competition หรือ workable competition ซึ่งในหนังสือของจารย์สุธีร์ ใช้คำว่า การแข่งขันที่เป็นจริง) โดยมีเงื่อนไขเบื้องต้นดังต่อไปนี้¹⁷

1) มีจำนวนผู้ผลิตในตลาดมากพอ เมื่อเทียบกับขนาดของตลาด (size) และขนาดของอุปสรรคที่จะกีดกันไม่ให้ผู้ผลิตรายอื่น ๆ เข้ามาแข่งขันนั้นต่ำ ทำให้คู่แข่งรายใหม่ที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันสามารถเข้ามาแข่งขัน อีกทั้งเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคเมื่อผู้บริโภคต้องการ

2) ไม่มีพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันเกิดขึ้นในตลาด (restrict of competition) เช่น การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) การตั้งราคาอย่างเลือกปฏิบัติ (price discrimination)

3) ผู้บริโภคมีข้อมูลข่าวสารประกอบการตัดสินใจอย่างเพียงพอที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการตามที่ต้องการ

4) ผู้ผลิตสามารถขยายสัดส่วนการครองตลาดได้ด้วยกลยุทธ์การดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพของตนเอง กล่าวคือ หน่วยผลิตสามารถขยายสัดส่วนการครองตลาดและยกระดับกำไรด้วยการใช้กลยุทธ์ด้านราคา และคุณภาพของสินค้า ตลอดจนความสามารถทางการตลาดของตนเอง

5) ระดับราคาสินค้าและบริการไม่แตกต่างจากต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยมากจนเกินไป และระดับของอัตรากำไรในระยะยาวสอดคล้องกับระดับของความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากกิจการนั้น ๆ

¹⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, หน้า 14.

¹⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ.2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชฎ์), หน้า 29.

จากลักษณะของการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพดังกล่าว การที่รัฐจะใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรมนั้นควรให้สอดคล้องกับแนวทางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ (หรือ การแข่งขันตามความเป็นจริง) อันจะเกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจมวลรวม เนื่องจากการแข่งขันในทางธุรกิจจะนำไปสู่การขยายตัวทางเศรษฐกิจให้สูงขึ้น ก่อให้เกิดเสถียรภาพด้านราคา และช่วยเสริมสร้างศักยภาพทางเศรษฐกิจ เพราะกลไกตลาดภายใต้การแข่งขันเสรีถือเป็นสิ่งจูงใจให้หน่วยผลิตทั้งหลายหันมาให้ความสนใจดำเนินกิจการให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดเท่าที่จะทำได้¹⁸

2.2.2 ความสำคัญของการแข่งขัน

เมื่อมีการแข่งขัน ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจะเกิดขึ้นโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ ผู้ประกอบธุรกิจจะแสวงหาผลกำไรสูงสุดด้วยวิธีการที่ตอบสนองต่อความต้องการผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์ สิ่งเหล่านี้นำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁹ ตลาดจะล้มเหลวต่อเมื่อกระบวนการหาคำไรของผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้เป็นไปเพื่อลดราคาและเพิ่มจำนวนการผลิตหรือผลิตสินค้าให้มีคุณภาพดีขึ้น แต่กลับเป็นการจำกัดการผลิตและขึ้นราคา อันจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดขาดประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้การแข่งขันในตลาดจึงมีความสำคัญ เพราะมีผลดีต่อผู้บริโภค คือ ทำให้สินค้าหรือบริการมีคุณภาพดีขึ้นหรือมีราคาถูกลงหรืออาจเป็นไปได้ทั้งสองอย่าง นอกจากนี้อาจมีผลดีต่อผู้ซื้อที่ตั้งราคาที่ซื้อไว้ใจ (reservation price) สูงกว่าราคาตลาด ทำให้ซื้อสินค้าได้ถูกกว่าราคาที่ตั้งไว้ใจซึ่งก่อให้เกิด “ส่วนเกินของผู้บริโภค” (consumer surplus) ในขณะเดียวกันก็เกิดผลดีต่อผู้ผลิตสินค้าหรือบริการ คือ สามารถขายสินค้าหรือบริการได้ในราคาที่สูงกว่าราคาขายที่ตั้งไว้ใจ (reservation price)²⁰

กล่าวโดยสรุป การแข่งขันนั้นมีความสำคัญเนื่องจากส่งผลดี ดังต่อไปนี้²¹

1) การแข่งขันก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ในด้านการผลิต เมื่อมีการแข่งขันเสรี ผู้ผลิตก็จะพยายามผลิตสินค้าตามความต้องการของผู้บริโภคส่วนใหญ่ หากในตลาดมีผู้ผลิตเก่าที่ไม่ผลิตสินค้าหรือผลิตสินค้าไม่เพียงพอต่อความต้องการ ผู้ผลิตรายใหม่ก็มีโอกาส

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

¹⁹ ผกาวิริ์ ผาดิเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 9.

²⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 42.

²¹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, หน้า 177-178.

เข้ามาผลิตแข่งขันได้โดยเสรีตลอดเวลา ซึ่งช่วยเพิ่มความต้องการขาย (อุปทาน) ของสินค้านั้น หากผู้ผลิตรายใดไม่สามารถแข่งขันกับผู้ผลิตอื่นได้ ก็ต้องออกจากตลาดนั้นไปสู่กิจการอื่นแทน²²

2) การแข่งขันสนองความต้องการของผู้บริโภค และคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคไม่ให้ถูกผู้ผลิตเอาเปรียบ กล่าวคือ ถ้าผู้ผลิตรายใดขายสินค้าในราคาที่สูงกว่า หรือคุณภาพต่ำกว่าสินค้าอย่างเดียวกันกับผู้ผลิตรายอื่น ผู้บริโภคสามารถหันไปซื้อจากผู้ผลิตอื่นได้ นอกจากนี้การแข่งขันยังมีส่วนส่งเสริมให้คุณภาพสินค้าดีขึ้นและราคาลดลง อันจะก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้บริโภค²³

3) การแข่งขันทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดต้องปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตของตนตลอดเวลา โดยผู้ผลิตจะพยายามหาทางลดต้นทุนการผลิต เพื่อจะขายสินค้าในราคาเท่ากับหรือต่ำกว่าผู้ผลิตรายอื่น ทำให้ผลิตสินค้าได้มากขึ้นโดยต้นทุนเฉลี่ยต่อหน่วยลดลง ส่งผลให้ราคาสินค้าและบริการลดลง อันจะก่อให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภค ส่วนผู้ผลิตรายอื่นก็จะหาทางปรับปรุงการผลิตของตนเช่นกัน เพื่อให้สามารถอยู่ในตลาดต่อไปได้²⁴

4) การแข่งขันส่งเสริมการผลิตสินค้าใหม่ การนำวัตถุดิบใหม่มาใช้ในการผลิต และการพัฒนาเทคนิคใหม่²⁵

ดังนั้น ในระบบเศรษฐกิจยังมีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการหรือการแข่งขันระหว่างผู้บริโภคด้วยกันเองมาก การทำงานหรือการตัดสินใจของระบบจะไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่จะขึ้นอยู่กับกลไกตลาด ซึ่งกลไกตลาดจะเป็นตัวกำหนดความต้องการขาย (อุปทาน) และความต้องการซื้อ (อุปสงค์) กลไกตลาดจึงเป็นหัวใจของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมที่จะช่วยในการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ดังนั้นประสิทธิภาพจึงเป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินกิจกรรมใด ๆ ในระบบเศรษฐกิจ เพราะการจัดสรรทรัพยากรหรือการดำเนินการที่ไม่มีประสิทธิภาพย่อมทำให้ต้นทุนการผลิตสูงและราคาสินค้าหรือบริการจะสูงตามไปด้วย²⁶

2.2.3 สำนักคิดที่มีอิทธิพลต่อระบบการรักษาสภาพการแข่งขันในตลาด

สำนักคิดที่มีอิทธิพลต่อระบบการรักษาสภาพการแข่งขันในตลาดมี 3 สำนักคิด ได้แก่

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ เรื่องเดียวกัน.

²⁴ เรื่องเดียวกัน.

²⁵ เรื่องเดียวกัน.

²⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, หน้า 14.

2.2.3.1 สำนักคิดพหุนิยม (Pluralist School)

สำนักคิดพหุนิยม เป็นสำนักคิดที่มีบทบาทสำคัญต่อกฎหมายการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า เพราะนำไปสู่ทฤษฎีเกี่ยวกับการควบคุมโครงสร้าง (Structural control) มีหลักการคือ โครงสร้างตลาด (Market Structure) เป็นตัวกำหนดการกระทำ (Conduct) ของธุรกิจและการกระทำนั้นก็กำหนดประสิทธิภาพของตลาด (Market Performance)²⁷ หรือที่เรียกว่าแนวทางการศึกษา Structure – Conduct – Performance (SCP) ซึ่งกรอบการวิเคราะห์ของ SCP ตั้งอยู่ภายใต้ข้อสมมติสำคัญของลักษณะความสัมพันธ์แบบเป็นเหตุเป็นผลโดยตรง (direct causal relationship) ซึ่งกรอบในการวิเคราะห์มีส่วนประกอบสำคัญ ดังนี้²⁸

1) โครงสร้าง (Structure) หมายถึง คุณลักษณะหรือส่วนประกอบสำคัญของตลาดที่มีผลในการกำหนดพฤติกรรมของผู้ซื้อและผู้ขาย ตัวแปรที่นิยมนำมาใช้เพื่ออธิบายและชี้วัดโครงสร้างของตลาด ได้แก่ อัตราการกระจุกตัวของผู้ขาย ระดับความแตกต่างกันของสินค้าอุปสรรคในการเข้าออกตลาดและสัดส่วนของต้นทุนคงที่ต่อต้นทุนรวมในระยะสั้นของหน่วยผลิต²⁹

2) พฤติกรรม (conduct) หมายถึง พฤติกรรมของหน่วยผลิตในตลาด ได้แก่ พฤติกรรมในการกำหนดราคาโดยการร่วมมือหรือแข่งขันกัน กลยุทธ์ทางด้านผลิตภัณฑ์ การโฆษณา การวิจัยและพัฒนา และการใช้กลยุทธ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁰

3) ประสิทธิภาพ (performance) หมายถึง ผลลัพธ์หรือคุณภาพของตลาด ซึ่งประเมินโดยเปรียบเทียบกับความมีประสิทธิภาพและสวัสดิการสังคมสูงสุดในอุดมคติ ความไม่มีประสิทธิภาพมักถูกนำมาเชื่อมโยงกับการมีอำนาจตลาด (market power) ของหน่วยผลิต ซึ่งก็คือความสามารถในการกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้าในตลาด โดยตัวแปรที่นิยมนำมาใช้เพื่อชี้วัดผลการดำเนินงานได้แก่ อัตรากำไร หรือ ส่วนต่างระหว่างราคาและต้นทุน (price-cost margin)³¹

ทฤษฎีนี้ทำนายว่าการกระทำที่เข้าใกล้การมีอำนาจเหนือตลาดจะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันลดลง เนื่องจากการตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันจะเกิดขึ้นได้ง่ายหากมีผู้ประกอบการจำนวนน้อย และการกระทำที่เข้าใกล้การแข่งขันที่สมบูรณ์จะทำให้ประสิทธิภาพใน

²⁷ Giorgio Monti, *Ec Competition Law*, 1 ed. (Cambridge: Cambridge University Press, August 2007), p. 54.

²⁸ นันทวุฒิ พิพัฒน์เสรีธรรม, เศรษฐศาสตร์องค์กรอุตสาหกรรม : *Industrial Organization* (ปทุมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, , กรกฎาคม 2558), หน้า 3-4.

²⁹ เรื่องเดียวกัน.

³⁰ เรื่องเดียวกัน.

³¹ เรื่องเดียวกัน.

การแข่งขันดีขึ้น³² ซึ่งการปรับใช้ทฤษฎีนี้กับนโยบายการแข่งขันทางการค้า ทำให้สามารถแยกแยะว่าโครงสร้างตลาดในรูปแบบใดที่จะนำไปสู่การจำกัดการแข่งขัน และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าถูกออกแบบมาเพื่อป้องกันโครงสร้างตลาดที่มีความเกี่ยวข้องกับการลดต่ำลงของประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และเห็นว่าอุตสาหกรรมของธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับการปกป้องจากธุรกิจขนาดใหญ่ เนื่องจากธุรกิจขนาดเล็กจำนวนมากทำให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากกว่าธุรกิจขนาดใหญ่จำนวนน้อย ดังนั้น วิธีการเยียวยาตามทฤษฎีนี้คือเปลี่ยนโครงสร้างตลาดและป้องกันการเพิ่มขึ้นของอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด อีกทั้ง ควรให้ความสนใจไปยังโครงสร้างตลาดที่อาจส่งผลทำให้ผลประโยชน์ของผู้บริโภคลดลง³³

2.2.3.2 สำนักคิดเสรีนิยม (Chicago School)

เนื่องด้วยระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่ให้เสรีภาพแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในการเลือกและการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ รัฐบาลไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดของสำนักคิดเสรีนิยม (Chicago School) ที่เชื่อว่าประโยชน์ของผู้บริโภคจะได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยกลไกของตลาดเสรี (free-market) มากกว่าการเข้าแทรกแซงตลาดโดยรัฐ เนื่องจากการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพควรถูกกำหนดโดยกลไกตลาด ผู้แข่งขันที่ไม่มีประสิทธิภาพต้องออกจากตลาดไป โดยกลไกตลาดควรถูกปล่อยให้ทำงานโดยอิสระเป็นไปตามกำลังทางเศรษฐกิจ (economic forces) ดังนั้น ตลาดจึงมีประสิทธิภาพได้โดยรัฐไม่ต้องเข้ามาแทรกแซง ประสิทธิภาพจะกำหนดระดับของสวัสดิการของสังคมหรือสวัสดิการของผู้บริโภค ซึ่งสำนักเสรีนิยมปฏิเสธการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจโดยรัฐหรือรัฐควรเข้าควบคุมหรือแทรกแซงให้น้อยที่สุด ซึ่งระบบเสรีนิยมมองว่าการแทรกแซงโครงสร้างตลาดเป็นข้อบกพร่อง³⁴

2.2.3.3 สำนักคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago School)

สำนักคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago School) เป็นแนวคิดเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันที่ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับองค์กรอุตสาหกรรมสมัยใหม่ (modern industrial theory)³⁵ ทำให้หลักการของเสรีนิยมแบบสุดขั้วถูกบรรเทาลง แนวคิดนี้มีการยอมรับถึงความซับซ้อนของการกระทำมากขึ้น และมีส่วนช่วยให้เข้าใจการกระทำที่จำกัดการแข่งขัน

³² Monti, G., *Ec Competition Law*, p. 54.

³³ ผกาวิรี ผาดิเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 27.

³⁴ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 56.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

อีกทั้งมีความพยายามที่จะเชื่อมโยงถึงการแข่งขันเชิงพลวัต (Dynamic competition) ด้วย แนวคิดนี้มีรากฐานมาจากทฤษฎีเกม (game theory) ซึ่งเป็นศูนย์กลางของทฤษฎีอุตสาหกรรมสมัยใหม่ เน้นผลที่เกิดจากพฤติกรรมกลยุทธ์ (strategic conduct) ของผู้ประกอบการธุรกิจในโครงสร้างตลาดแบบต่าง ๆ กล่าวคือ การนำทฤษฎีเกมเข้ามาใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างแบบจำลองเพื่อวิเคราะห์พฤติกรรมและการแข่งขันของหน่วยผลิตในตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ ซึ่งการใช้ทฤษฎีเกมทำให้การสร้างแบบจำลองในการวิเคราะห์สามารถสะท้อนถึงพฤติกรรมหรือทางเลือกอันหลากหลายที่หน่วยผลิตสามารถใช้ในการแข่งขันในโลกแห่งความเป็นจริง³⁶ นอกจากนี้ ผู้ประกอบการอาจใช้กลยุทธ์เพื่อขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด เช่น การตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่ง (predatory pricing) ซึ่งแตกต่างจากสำนักคิดเสรีนิยมที่เห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ไม่มีเหตุผล ในขณะที่สำนักคิดเสรีนิยมสมัยใหม่เห็นว่าเป็นกลยุทธ์ที่มีเหตุผลเพื่อขัดขวางไม่ให้คู่แข่งรายใหม่เข้าสู่ตลาด เป็นต้น³⁷

อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้ผู้ประกอบการดำเนินการไปตามกลไกตลาดเพียงอย่างเดียว อาจก่อให้เกิดการผูกขาด และเป็นไปได้ยากที่ตลาดที่มีการผูกขาด (monopoly) จะปรับตัวให้เหมาะสมได้เองตามแนวคิดเสรีนิยม ดังนั้น รัฐจึงควรเข้ามาควบคุมดูแล ซึ่งเป้าหมายสำคัญของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศส่วนใหญ่ คือ การส่งเสริมและรักษาการแข่งขันในตลาด³⁸

2.2.4 ระบบการควบคุมการแข่งขัน

หลังจากมีแนวคิดที่ว่ารัฐมีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงตลาด ในกรณีที่เกิดการผูกขาด ซึ่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าแยกระบบการควบคุมการแข่งขันได้เป็น 3 แนวทาง ดังต่อไปนี้

2.2.4.1 ระบบการควบคุมโครงสร้าง (structure control)

ระบบการควบคุมโครงสร้างเป็นระบบที่ไม่ต้องการให้เกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าและบริการ เพื่อป้องกันการกระจุกตัวในตลาด (market concentration) กล่าวคือ ถ้ามีการผูกขาดเกิดขึ้นโดยไม่สมเหตุสมผลหรือปราศจากเหตุอันควร การปฏิบัติอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด (aquisition of monopoly power) หรือการมี

³⁶ นันทวุฒิ พิพัฒน์เสรีธรรม, เศรษฐศาสตร์องค์กรอุตสาหกรรม : Industrial Organization, หน้า 8.

³⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 61.

³⁸ ศักดา ธนิตกุล และ คมพล จันทร์หอม, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัย เรื่อง การปรับปรุงกลไกการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 39.

ฐานะเหนือผู้อื่น (dominant position) ไม่ว่าจะเกิดจากการควบกิจการหรือประการอื่นย่อมเป็นการไม่ชอบ และจะถูกห้ามโดยเด็ดขาด ซึ่งหลักการนี้จะพบได้ใน Sherman Act 1890 ซึ่งเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา³⁹ โดยมาตรการสำคัญที่ใช้ในการแก้ปัญหาการมีอำนาจผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจ คือ การยุบ (dissolution) หรือการแตกองค์กรธุรกิจเป็นองค์กรธุรกิจย่อย (diverstiture) เพื่อทำลายอำนาจผูกขาดที่เกิดขึ้นนั้นให้หมดไปและเป็นการป้องกันผลอันร้ายแรงที่อาจตามมาจากการผูกขาดนั้น เนื่องจากระบบการควบคุมโครงสร้างเป็นระบบที่มองว่าหากอำนาจผูกขาดยังคงมีอยู่ในตลาด ก็จะไม่อาจป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายจากการผูกขาดได้เลย ดังนั้นจึงต้องทำลายการผูกขาดให้สิ้นไป⁴⁰

2.2.4.2 ระบบการควบคุมพฤติกรรม (conduct control)

ระบบการควบคุมพฤติกรรมเป็นระบบที่ไม่ห้ามการเป็นผู้ผูกขาด แต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ผูกขาดไม่ให้ใช้อำนาจตลาดไปในทางไม่ชอบ อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นที่อยู่ในตลาดหรือผู้ที่เข้ามาแข่งขันในตลาดของตน หรือต่อคู่ค้าของตน (costomer or suppliers) หรือต่อผู้บริโภค ซึ่งระบบนี้เป็นระบบที่ควบคุมความประพฤติหรือพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาดไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ หากใช้อำนาจกระทำการอันเป็นการจำกัดการแข่งขันแล้วถือว่าเป็นความผิดได้ การใช้ระบบควบคุมพฤติกรรมเช่นนี้จะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างของตลาด เนื่องจากตลาดจะเปิดให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขันได้ตลอด และไม่กระทบต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด ตามหลักการนี้อาจอนุญาตให้มีการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือการมีฐานะเหนือผู้อื่นได้ในระดับหนึ่ง แต่จะต้องมีการออกระเบียบควบคุมอย่างเพียงพอเพื่อป้องกันการใช้อำนาจจากการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือการมีฐานะเหนือผู้อื่นโดยมิชอบ อนึ่ง ระบบนี้สหภาพยุโรปได้นำไปเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายของสหภาพยุโรป เพื่อควบคุมเฉพาะพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ⁴¹

2.2.4.3 ระบบผสม (structure and conduct control)

ระบบผสมเป็นระบบที่เอาสองระบบที่ได้กล่าวไปข้างต้นมาใช้ร่วมกันในการควบคุมการผูกขาด เพราะการที่จะใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะปกป้อง

³⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, หน้า 24.

⁴⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 63.

⁴¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า, หน้า 24.

การแข่งขันในตลาดได้ ระบบนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำไปเป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อควบคุมทั้งพฤติกรรมและโครงสร้างตลาด⁴²

2.2.5 ภาพรวมความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด

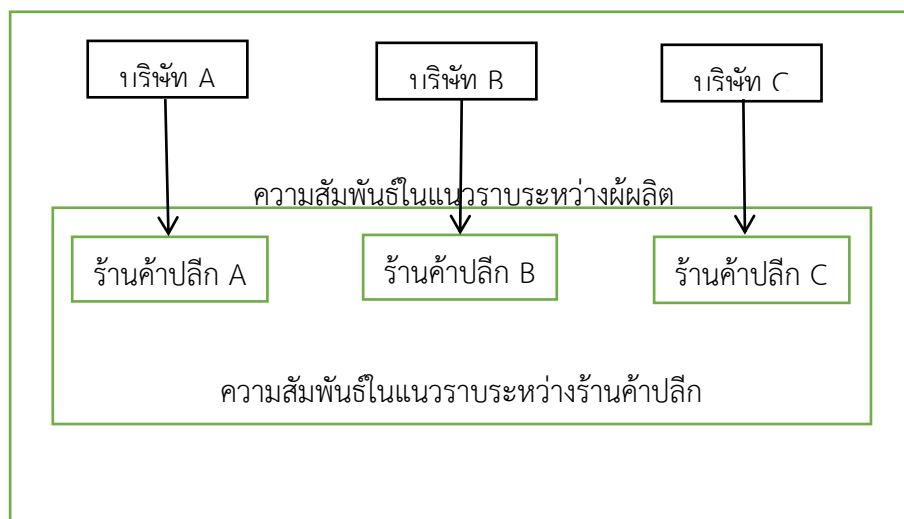
การกระทำอันเป็นการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป อาจมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจอาจจะเป็นผู้แข่งขันกันหรืออาจจะเป็นผู้ที่ประกอบธุรกิจในลักษณะที่เกื้อหนุนหรือพึ่งพาอาศัยกัน (คู่ค้า) ซึ่งการร่วมกันกระทำการต่างๆ อาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่แตกต่างกัน โดยผู้ประกอบธุรกิจในที่นี้หมายถึง ผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก เป็นต้น ดังนั้น จึงควรเข้าใจความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดเป็นเบื้องต้นก่อน ซึ่งความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดมี 2 ลักษณะ ได้แก่

ก. ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในแนวราบแนวราบ (Horizontal) เป็นความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งตามปกติต้องแข่งขันกันเพื่อแย่งชิงลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เช่น บริษัท A บริษัท B และบริษัท C เป็นบริษัทที่ผลิตรองเท้าหนัง ขายอยู่ในพื้นที่เดียวกันคือ ตลาดวงเวียนใหญ่ ทั้งสามคนเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในแนวระนาบเดียวกันคือเป็นผู้ผลิตและผู้ค้าปลีก จึงเกิดการแข่งขั้ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจทั้งสามรายในแนวราบ หากบริษัททั้งสามแข่งขันกันอย่างเสรี จะก่อให้เกิดการทำตลาดเพื่อแย่งชิงลูกค้าและแย่งชิงส่วนแบ่งตลาดรองเท้าหนังให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งโดยปกติหากในตลาดมีผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันในตลาดหลายคน ผู้ประกอบธุรกิจรายใดสามารถทำให้ส่วนแบ่งตลาดของตนเพิ่มมากขึ้นได้ ก็จะมีผลทำให้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นลดน้อยลง⁴³

⁴² ศักดา รัตนกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 63.

⁴³ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวบรวมบทความ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543), หน้า 118.

รูปแบบความสัมพันธ์ในแนวนราบ แสดงได้ดังนี้

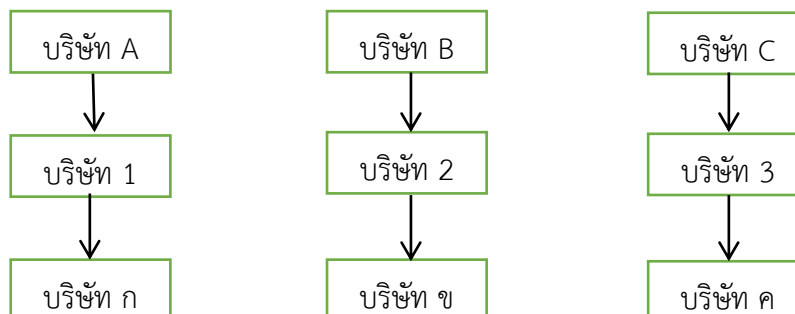


ข. ความสัมพันธ์ในแนวตั้ง (Vertical) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการที่ตามปกติไม่ได้แข่งขันซึ่งกันและกัน แต่เป็นคู่ค้ากันในตลาด กล่าวคือ มีส่วนเกี่ยวพันซึ่งกันและกันในการประกอบธุรกิจ อาจอยู่ในรูป ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีก โดยหลักผู้ที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งจะไม่มีการแข่งขันกัน และมีหน้าที่ในวงโคจรทางเศรษฐกิจคนละหน้าที่หรือคนละส่วนกัน แต่การทำหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายอาจจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอื่นที่อยู่ในห่วงโซ่อุปทานเดียวกันเพราะมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นคู่ค้าจากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค หากผู้ประกอบการที่อยู่ในห่วงโซ่อุปทานเดียวกันขายสินค้าที่มีประสิทธิภาพและราคาย่อมเยา ย่อมส่งผลให้ผู้บริโภคต้องการบริโภคสินค้านั้นเป็นจำนวนมาก ก่อให้เกิดผลดีต่อผู้ผลิตในตลาดสินค้านั้นต่อไป แต่หากสินค้านั้นขายไม่ได้ ก็ทำให้ผู้ผลิตจะผลิตสินค้าได้น้อยลง และอาจขาดทุนในที่สุด ดังนั้น ความสัมพันธ์ในแนวตั้งดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเป็นลูกโซ่ต่อไปยังผู้ผลิตที่เป็นผู้ยุบยอดของความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้

ยกตัวอย่าง ตลาดของสินค้ารองเท้าหนัง มีผู้ประกอบการ ได้แก่

- บริษัท A ผลิตรองเท้าหนังยี่ห้อ AA มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท 1 และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัท ก
- บริษัท B ผลิตรองเท้าหนังยี่ห้อ BB มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท 2 และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัท ข
- บริษัท C ผลิตรองเท้าหนังยี่ห้อ CC มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท 3 และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัท ค

รูปแบบความสัมพันธ์ในแนวนราบและแนวตั้งข้างต้น แสดงได้ดังนี้



จากแผนภูมิข้างต้น อธิบายได้ว่า บริษัท A บริษัท B และบริษัท C มีความสัมพันธ์ในแนวนราบ ในฐานะผู้ผลิตในตลาดรองเท่านั้น ซึ่งต้องมีการแข่งขันระหว่างกันในการจำหน่ายสินค้า ยี่ห้อที่ตนผลิตให้ได้มากที่สุด เช่นเดียวกับ บริษัท 1 2 และ 3 ผู้ขายส่ง และ บริษัท ก ข และ ค ผู้ขายปลีก ที่อยู่ในระนาบเดียวกันก็จะต้องมีการแข่งขันกันเช่นกัน

ในขณะเดียวกัน ความสัมพันธ์ของบริษัท A บริษัท 1 และบริษัท ก เป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง ซึ่งต้องเกี่ยวพันซึ่งกันและกันในฐานะลูกค้า กล่าวคือ บริษัท A เป็นผู้ผลิตสินค้า และขายให้บริษัท 1 ผู้ขายส่ง ทำหน้าที่กระจายสินค้าไปยังพื้นที่ต่าง ๆ และบริษัท ก ก็จะเป็นผู้ซื้อสินค้าจากบริษัท 1 ไปขายให้กับผู้บริโภคเป็นขั้นตอนสุดท้าย หากบริษัท ก ขายสินค้าได้จำนวนมาก จะทำให้บริษัท A และบริษัท 1 ได้รับผลประโยชน์เพิ่มขึ้น เนื่องจากเป็นความสัมพันธ์แนวตั้งซึ่งเป็นลูกค้าที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกันในห่วงโซ่อุปทาน

อนึ่ง ความสัมพันธ์ในแนวตั้งอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ในขั้นตอนของห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) หรือ ห่วงโซ่การกระจายสินค้า (distribution chain) ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1). กรณีที่ผู้ผลิต(producer) ขายสินค้าหรือบริการให้ผู้ค้าปลีก(retailer) และผู้ค้าปลีกขายสินค้าหรือบริการโดยตรงให้กับผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (final consumer)⁴⁴

⁴⁴ Richard Whish, *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, 6 ed. (Oxford: Oxford University Press, USA October 2008), p. 605.



2). กรณีที่ผู้ค้าส่ง (wholesaler) ทำหน้าที่เป็นตัวกลางสำคัญ (important intermediate function) ระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีก⁴⁵



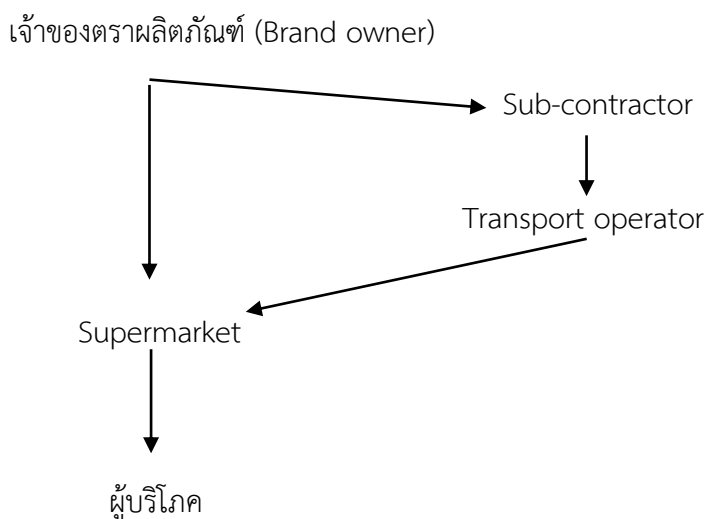
3) กรณีการรวมผู้ผลิตแบบบูรณาการในแนวตั้ง (A vertically-integrated producer) ทำให้ผู้ผลิตสามารถขายสินค้าโดยตรงให้กับผู้บริโภคได้ โดยผู้บริโภคสามารถสั่งซื้อสินค้าผ่านทางอีเมล หรือผู้ผลิตจัดตั้งร้านค้าปลีกของตัวเองหรือขายผ่านทางอินเทอร์เน็ต ตัวอย่างของการรวมผู้ผลิตแบบบูรณาการในแนวตั้ง เช่น บริษัท Apple ร่วมกับ iTunes ซึ่งเป็นผู้เสนอขายเพลงให้กับบริษัท Apple ดังนั้น บริษัท Apple จึงจัดหาเพลงจากเว็บไซต์ของ iTunes เสนอให้กับลูกค้าโดยตรงเมื่อผู้บริโภคสั่งซื้อเพลงผ่านทาง Apple music⁴⁶



⁴⁵ ibid., 606.

⁴⁶ Ibid.

4) กรณีที่เจ้าของตราผลิตภัณฑ์ (brand owner) เจริญขายผลิตภัณฑ์โดยตรงให้กับร้านสะดวกซื้อและว่าจ้างบริษัทขนส่งเพื่อจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์จากผู้รับเหมาช่วงไปยังร้านสะดวกซื้อ⁴⁷



นอกจากนี้ ยังมีรูปแบบความสัมพันธ์ของการตกลงร่วมกันแนวดิ่งในรูปแบบอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในการทำธุรกิจนอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตามจากรูปแบบความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในแนวดิ่ง สามารถสรุปช่องทางการจัดจำหน่าย (Types of Marketing Channel) ได้ดังต่อไปนี้

1) ช่องทางการตลาดทางตรง (Direct Marketing Channel) หมายถึง การจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์จากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค หรือผู้ใช้ทางอุตสาหกรรมโดยไม่ผ่านคนกลาง (ตามรูปแบบความสัมพันธ์ข้อ 3)⁴⁸

2) ช่องทางการตลาดทางอ้อม (Indirect Marketing Channel) หมายถึง การจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์จากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค หรือผู้ใช้ทางอุตสาหกรรม ที่ต้องผ่านคนกลางหนึ่งรายหรือมากกว่าหนึ่งราย ตามรูปแบบความสัมพันธ์ข้อ 1) หรือ 2)⁴⁹

⁴⁷ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 607.

⁴⁸ ถนอม บริคุต "บทที่ 9 ช่องทางการจัดจำหน่าย (Distribution)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 23 เมษายน 2562. แหล่งที่มา: <https://fifathanom.wordpress.com/2014/12/07/บทที่-9-ช่องทางการจัดจำหน่าย/>

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

อนึ่ง จำนวนคนกลางในการจัดจำหน่ายนั้นมีส่วนสำคัญในการแบ่งรูปแบบการจัดจำหน่าย ซึ่งการพิจารณาจำนวนคนกลางที่ใช้ในแต่ละระดับของช่องทางการจัดจำหน่าย แบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

1) การจัดจำหน่ายอย่างทั่วถึง (Intensive Distribution) เป็นระบบการจัดจำหน่ายที่พยายามครอบคลุมตลาดให้มากที่สุด โดยผ่านคนกลางจำนวนมาก ลักษณะของสินค้าจะเป็นสินค้าสะดวกซื้อ (Convenience goods) ซึ่งจำนวนลูกค้าจะมีจำนวนมากอยู่กระจัดกระจายและต้องการความสะดวกในการซื้อเป็นหลัก⁵⁰

2) การจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) เป็นระบบการจัดจำหน่ายที่ใช้วิธีการคัดเลือกคนกลางที่เหมาะสมเพียงไม่กี่รายในเขตใดเขตหนึ่ง ทำให้คนกลางมีจำนวนจำกัดโดยพิจารณาจากร้านค้าที่มีทำเลเหมาะสม ระบบนี้เป็นระบบที่ต้องการครอบคลุมตลาดปานกลางและปริมาณการขายพอสมควร ลักษณะของสินค้าจะเป็นสินค้าเปรียบเทียบซื้อ (Shopping goods) ส่วนลูกค้าจะมีจำนวนปานกลางและเลือกตราสินค้าในการซื้อเป็นหลัก⁵¹

3) การจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) เป็นระบบการจัดจำหน่ายที่ใช้วิธีเลือกคนกลางเพียงหนึ่งรายในเขตใดเขตหนึ่ง เนื่องจากต้องการสร้างภาพลักษณ์และความน่าเชื่อถือต่อตราสินค้า ลักษณะสินค้าจะเป็นสินค้าเจาะจงซื้อ (Specialty goods) ซึ่งจำนวนลูกค้าจะมีจำนวนน้อยและมีความภักดีต่อตราสินค้า⁵²

อย่างไรก็ตามปัญหาทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจทั้งในแนวราบและแนวตั้งเหล่านี้มีมากมายหลายรูปแบบ โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบการตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีทั้งผลกระทบเชิงบวกและเชิงลบต่อระบบเศรษฐกิจ ซึ่งจะอธิบายรายละเอียดในส่วนถัดไป

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

เมื่อได้ศึกษาทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์และลักษณะของพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งแล้วพบว่า แนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง มีดังต่อไปนี้

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

⁵² เรื่องเดียวกัน.

2.3.1 ความหมายของพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการหรือหน่วยธุรกิจใด ๆ ย่อมมีความประสงค์ที่จะแสวงหากำไรสูงสุด (maximum profit) ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นเพื่อรักษาไว้ซึ่งกำไร หรือกระทำการใด ๆ เพื่อเข้าครอบครองตลาด เช่น การตกลงร่วมกันเพื่อดำเนินการบางอย่างระหว่างผู้ผลิตสินค้าอย่างเดียวกัน หรือการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ในห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) เดียวกัน เป็นต้น⁵³

พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน หมายถึง พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในความสัมพันธ์แนวนอน หรือความสัมพันธ์แนวตั้ง ตกลงร่วมกันโดยชัดแจ้ง หรือปริยายเพื่อดำเนินการบางอย่างอันเป็นการลดจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ทำให้การแข่งขันในตลาดเปลี่ยนแปลงไป จนอาจก่อให้เกิดการผูกขาด ทั้งนี้ พฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจที่กฎหมายป้องกันการผูกขาด และการแข่งขันทางการค้าที่กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ห้ามมิให้กระทำ มีอยู่ 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal restraint) และ พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical restraint) ซึ่งมีหลากหลายพฤติกรรม⁵⁴

2.3.2 รูปแบบการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical Restraint Agreement) คือ พฤติกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ดำเนินการในระดับที่แตกต่างกัน ของห่วงโซ่การผลิตและห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ซึ่งเป็นการเชื่อมโยงห่วงโซ่การกระจายสินค้าไปยังผู้บริโภคขั้นสุดท้าย⁵⁵

ตัวอย่างพฤติกรรมการตกลงร่วมกัน เช่น ผู้ผลิตตกลงกับผู้จำหน่ายในตลาดค้าปลีก กำหนดราคาขายต่อไว้เพื่อรักษาราคาให้อยู่ในระดับพอเหมาะ หรือที่เรียกว่า การกำหนดราคาขายต่อ ซึ่งพฤติกรรมนี้อาจจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค เนื่องจากทำให้ไม่มีการแข่งขันทางด้านราคาในตลาดผู้ค้าปลีก เช่น น้ำตาลยี่ห้อเดียวกัน ผู้ค้าปลีกขายราคา 5 บาทเท่ากัน ทำให้ไม่เกิดการแข่งขัน และผู้บริโภคไม่มีอำนาจในการตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าที่มีราคาเหมาะสม

⁵³ วรวัฒน์ กุลกลางกูรวัฒน์, "ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวตั้ง" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2537), หน้า 10.

⁵⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 65.

⁵⁵ Alison Jones and Brenda Surfrin, Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials (Oxford: Oxford University Press Inc, 2011), p. 629.

โดยปกติ ผู้ผลิตที่มีอำนาจต่อรองมาก หรืออยู่ในฐานะผู้ครองตลาด มักจะเอาเปรียบผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยในการทำสัญญา หรือร่วมมือกับผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยเพื่อรักษากำไรสูงสุดของตนโดยการกระทำ เช่น การรักษาระดับราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) หรือ การขายพ่วง (Tying Contract) โดยกำหนดให้ผู้ซื้อสินค้าต้องซื้อสินค้าอื่นร่วมไปด้วย ทำให้ผู้ซื้อมีโอกาสในการชำระราคาเกินปกติ หรือการทำข้อตกลงเฉพาะราย (Exclusive Contract) และการกำหนดราคาโดยการเลือกปฏิบัติ (Price Discrimination) ซึ่งเป็นการกำหนดราคาโดยการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ซื้อต่างรายกันในสินค้าที่มีคุณภาพเหมือนกัน การกระทำดังกล่าวเป็นผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้า⁵⁶

ทั้งนี้ ข้อตกลงในการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งมีหลายรูปแบบ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการของยุโรป ได้จัดกลุ่มของข้อตกลงไว้ใน 4 กลุ่ม ดังต่อไปนี้⁵⁷

2.3.2.1 กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียว (A single branding group)

องค์ประกอบหลักของกลุ่มการตกลงนี้ คือ ผู้ซื้อถูกชักจูงหรือถูกโน้มน้าวให้รับสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งจากผู้ผลิตเพียงรายเดียวเท่านั้น (Exclusive Dealing) ซึ่งประกอบด้วย การตกลงซื้อหรือขาย หรือตกลงกันจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive purchasing and supply) นอกจากนี้การบังคับซื้อพ่วง (Tie-in transaction) ก็จัดอยู่ในกลุ่มการตกลงเพื่อจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียว ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรปเห็นว่ากลุ่มการตกลงประเภทนี้จำกัดการแข่งขันสินค้าต่างยี่ห้อในระดับร้านขายปลีก และในกรณีขายพ่วงเป็นการบังคับให้ผู้ซื้อต้องจ่ายเงินสำหรับสินค้าที่ขายพ่วงในราคาที่สูงกว่า และกีดกันผู้ผลิตรายอื่นในการขายสินค้าที่ถูกพ่วง ผลกระทบเหล่านี้อาจนำไปสู่การลดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ (Inter-brand competition)⁵⁸

2.3.2.2 กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำกัดการจัดจำหน่ายสินค้า (A limited distribution group)

องค์ประกอบหลักของกลุ่มการตกลงประเภทนี้ คือ การที่ผู้ผลิตจำหน่ายสินค้าให้กับผู้ซื้อเพียงคนเดียว หรือ จำกัดจำนวนผู้ซื้อ เช่น การตกลงแบบมีผู้กระจายสินค้าเพียง

⁵⁶ วิไลพรรณ เจสสะวะ, "บทความ เรื่อง กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกีดกันทางการค้า ศึกษากรณี : ข้อตกลงที่เป็น การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (COMPETITION LAW CASE STUDY ON : VERTICAL RESTRAINTS AGREEMENT)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 มกราคม 2561. แหล่งที่มา: <http://weelaipanlabourlaw.blogspot.com/2011/04/competition-law-case-study-on-vertical.html>

⁵⁷ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 615.

⁵⁸ *ibid.*

รายเดี่ยว (Exclusive Distribution) การตกลงกันจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) การตกลงกันจัดสรรลูกค้าแบบเฉพาะราย (Exclusive customer allocation) โดยคณะกรรมการสหภาพยุโรปมองว่าการตกลงภายใต้กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำกัดการจัดจำหน่ายสินค้า นำไปสู่การกีดกันการเข้าสู่ตลาดในระดับผู้ซื้อ ก่อให้เกิดการร่วมมือกันอันนำไปสู่การลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันระหว่างสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (Intra-brand Competition)⁵⁹

2.3.2.3 กลุ่มการตกลงกันเพื่อกำหนดราคาขายต่อ (A resale price maintenance group)

องค์ประกอบหลักของกลุ่มการกำหนดราคาขายต่อ คือ การที่ผู้ผลิตหรือคู่ค้าที่อยู่ในระดับที่สูงกว่า (upstream) กำหนดให้ผู้ที่อยู่ในระดับต่ำกว่า (downstream) ขายสินค้าราคาต่ำสุด หรือกำหนดราคาขายสูงสุด หรือกำหนดราคาขายตามที่แนะนำ ผลกระทบทางลบ คือ ลดการแข่งขันระหว่างสินค้ายี่ห้อเดียวกัน และลดความโปร่งใสของราคา ซึ่งผู้ผลิตหรือตัวแทนจำหน่ายด้วยกันสามารถทำได้ง่าย ทั้งนี้การกำหนดราคาขายต่อดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคที่ไม่สามารถเลือกซื้อสินค้าได้ในราคาที่เหมาะสม⁶⁰

2.3.2.4 กลุ่มการตกลงกันเพื่อแบ่งพื้นที่ตลาด (A market partitioning group)

องค์ประกอบหลักของกลุ่มการตกลงนี้ คือ การที่ผู้ซื้อถูกจำกัดแหล่งที่ซื้อหรือขายต่อซึ่งสินค้าบางอย่าง ผลกระทบคือ ลดการแข่งขันระหว่างสินค้ายี่ห้อเดียวกัน ทำให้เกิดการแบ่งส่วนตลาดอันเป็นการยับยั้งการแข่งขัน และสัญญาประเภทนี้อาจก่อให้เกิดการร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในการจำกัดการแข่งขันได้ง่ายขึ้น (Such agreements may also facilitate collusion)⁶¹

2.3.3 ผลกระทบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

2.3.3.1 ผลกระทบในเชิงลบ

ผลกระทบเชิงลบประการแรก คือ ลดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ขายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (Intrabrand competition) ทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ค้าปลีกซึ่งขายสินค้ายี่ห้อเดียวกันลดลง⁶² เช่น การจำกัดเขตพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าจะมีผลให้มีจำนวนผู้ค้าปลีกที่สามารถขาย

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Philip Nelson and David Smith, "Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road," 60, 2 (2015): 636.

สินค้าที่ห้อยดังกล่าวในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งให้แก่ผู้บริโภค หรือให้แก่ลูกค้ากลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมีจำนวนจำกัดเท่าที่ผู้ผลิตสินค้านั้นกำหนด ทำให้การแข่งขันของผู้ค้าปลีกลดลง หรือการกำหนดเขตพื้นที่ให้กับผู้ค้าปลีกในการจำหน่ายสินค้าจะทำให้การแข่งขันในระดับผู้ค้าปลีกของสินค้าที่ห้อยเดียวกันลดน้อยลง⁶³

ผลกระทบประการที่สอง คือ ผลกระทบต่อผู้บริโภค ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งทำให้การแข่งขันของสินค้าที่ห้อยเดียวกันลดลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพื้นที่นั้นมีผู้ค้าปลีกเพียงรายเดียวที่สามารถขายสินค้าของผู้ผลิตได้ ก็จะมีผลให้ผู้ค้าปลีกรายนั้นเป็นผู้ผูกขาดการขายสินค้าที่ห้อยนั้นในเขตพื้นที่ที่กำหนด และอาจส่งผลกระทบต่อข้อกำหนดราคาสินค้าชนิดนั้น ๆ ได้โดยอ้อม⁶⁴ ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถซื้อสินค้าหรือบริการของสินค้าที่ห้อยเดียวกันได้ในราคาที่เป็นการสมควร นอกจากนี้ยังอาจกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ขาย หรือ ผู้ซื้อรายอื่น (Foreclosure of other suppliers or buyers by raising barriers to entry) ลดการแข่งขันระหว่างตราสินค้า (Inter-brand competition) และอาจทำให้เกิดการสมรู้ร่วมคิดอย่างชัดเจนและโดยปริยายได้ง่ายขึ้น⁶⁵

ผลกระทบประการที่สาม คือ เป็นเครื่องมือในการร่วมมือหรือการรวมกลุ่มเพื่อจำกัดการแข่งขัน (cartel) ของผู้ค้าปลีก เนื่องจากผู้ค้าปลีกอาจใช้การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งเป็นเครื่องมือในการร่วมมือกัน (ฮั้ว) หรือรวมกลุ่มกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) กล่าวคือ ผู้ค้าปลีกที่รวมกลุ่มกันต้องการให้ผู้ผลิตเป็นผู้วางข้อกำหนดในการจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากกลุ่มผู้ค้าปลีกไม่ได้ติดต่อทำธุรกิจกันโดยตรง โดยผู้ค้าปลีกแต่ละรายจะต้องติดต่อซื้อสินค้าจากผู้ผลิตเอง ตัวอย่างเช่น การกำหนดราคาขายต่อ มักถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการร่วมมือกันของกลุ่มผู้ค้าปลีก เนื่องจากผู้ค้าปลีกแต่ละรายที่เป็นสมาชิกของกลุ่ม ถูกบังคับโดยผู้ผลิตให้ขายสินค้าแก่ผู้บริโภคในราคาที่ผู้ผลิตกำหนด ทำให้ผู้ค้าปลีกที่เป็นสมาชิกของกลุ่มไม่สามารถขายตัดราคา หรือให้ส่วนลดแก่ผู้บริโภคได้ เพราะสมาชิกของกลุ่มอาจร่วมกันบีบบังคับให้ผู้ผลิตหยุดหรือระงับการขายสินค้าให้แก่ผู้ค้าปลีกที่ขายตัดราคาได้ ซึ่งตามปกติผู้ผลิตจะไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากการห้ามขายตัดราคานี้ เนื่องจากการรวมกลุ่มดังกล่าวทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นและผู้ผลิตขายสินค้าได้ในปริมาณที่ลดลงตามไปด้วย แต่ผลประโยชน์ทั้งหมดจะตกแก่บรรดาผู้ค้าปลีกที่เป็นสมาชิกของกลุ่มนั้น อย่างไรก็ตาม ผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งในลักษณะเช่นนี้ จะมีผลกระทบต่อตลาดก็ต่อเมื่อผู้ผลิตที่วาง

⁶³ Ibid.

⁶⁴ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 125-128.

⁶⁵ Whish, R., Competition Law: 6th (Sixth) Edition, p. 615.

ข้อจำกัดการแข่งขันนี้มีส่วนแบ่งตลาดมาก หรือผู้ผลิตส่วนใหญ่ในตลาดสินค้านั้นต่างนำข้อจำกัดการแข่งขันนี้ไปบังคับใช้เหมือน ๆ กัน หากปราศจากเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว การที่ผู้ผลิตรายหนึ่งบังคับใช้ข้อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง แม้จะทำให้ปริมาณสินค้าของผู้ผลิตรายนั้นในตลาดมีจำกัดแล้ว แต่ผู้ผลิตรายอื่นก็สามารถผลิตสินค้าออกขายทดแทนได้ อันจะทำให้ปริมาณสินค้าในตลาดกลับสู่สภาพปกติ และการรวมกลุ่มของผู้ค้าปลีกนั้นไม่ประสบผลสำเร็จ⁶⁶

ผลกระทบประการที่สี่ คือ เป็นเครื่องมือในการร่วมมือ หรือการรวมกลุ่มเพื่อจำกัดการแข่งขัน (cartel) ของผู้ผลิต ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการรวมกลุ่มกันของผู้ค้าปลีก แต่กรณีนี้เป็นารรวมกลุ่มกันของบรรดาผู้ผลิตสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าชนิดนั้น ซึ่งปัจจัยสำคัญที่จะมีผลกระทบต่อความสำเร็จของการรวมกลุ่มประการหนึ่ง คือ การที่สมาชิกในกลุ่มขายตัดราคาสินค้าหรือให้ส่วนลดแก่ลูกค้า การกระทำเช่นนี้จะทำให้ผู้บริโภคเปลี่ยนไปซื้อสินค้าของผู้ผลิตที่แอบขายตัดราคามากขึ้น จนทำให้ผู้ผลิตรายอื่นต้องลดราคาสินค้าของตนตามไปด้วยเพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดของตนให้คงเดิม อันจะทำให้การรวมกลุ่มนั้นไม่ประสบผลสำเร็จ ดังนั้น หากมีการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง เช่น การกำหนดราคาขายต่อไปใช้เป็นเครื่องมือ ก็อาจจะช่วยให้การรวมกลุ่มของผู้ผลิตประสบความสำเร็จได้ เนื่องจากผู้ค้าปลีกที่ซื้อสินค้าไปจากผู้ผลิตที่เป็นสมาชิกของกลุ่มดังกล่าวถูกบังคับให้ขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคในราคาเดียวกันแล้ว การที่ผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งแอบตัดราคาหรือให้ส่วนลดพิเศษแก่ผู้ค้าปลีก ก็จะไม่ส่งผลให้ผู้ผลิตรายนั้นสามารถขายสินค้าได้เพิ่มขึ้น เนื่องจากท้ายที่สุดแล้ว ราคาที่ผู้บริโภคต้องซื้อยังคงเดิม ทำให้ผู้ผลิตขาดแรงจูงใจหรือเหตุผลที่จะแอบตัดราคา⁶⁷

2.3.3.2 ผลกระทบในเชิงบวก

แม้ว่าการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งจะมีผลกระทบในเชิงลบพอสมควร แต่การจำกัดการแข่งขันนั้นอาจจะส่งผลในเชิงบวกได้หลายประการ เช่น การส่งเสริมการแข่งขันกับสินค้ายี่ห้ออื่นของคู่แข่ง และถึงแม้จะไม่มีการแข่งขันทางด้านราคาระหว่างผู้ค้าปลีกในสินค้านี้ยี่ห้อเดียวกัน แต่ผู้ค้าปลีกอาจเปลี่ยนไปแข่งขันในทางอื่นนอกเหนือจากการแข่งขันในด้านราคา (Non-price competition) เช่น การทำการตลาด การโฆษณาประชาสัมพันธ์ การทำกิจกรรมส่งเสริมการขาย เป็นต้น แม้ว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาขายต่อไปและการจำกัดเขตพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าจะมีผลเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันในระหว่างผู้ค้าปลีกของสินค้านี้ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง แต่การที่ผู้ผลิตนำการจำกัดการ

⁶⁶ สรวิศ ลิ้มปรีงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 125.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, 128-129.

แข่งขันดังกล่าวมาใช้ก็เพื่อให้การจัดจำหน่ายสินค้าของตนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตามที่ตนต้องการอันจะทำให้สินค้าของผู้ผลิตนั้นสามารถแข่งขันกับสินค้านำเข้าอื่นของคุณคู่แข่งได้ดียิ่งขึ้น⁶⁸ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) ป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่น (The free-rider problem) ซึ่งการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution agreement) อาจช่วยป้องกันปัญหานี้ได้⁶⁹ หรือบางกรณี ผู้ค้าปลีกบางรายมีชื่อเสียงในการเก็บสินค้าที่มีคุณภาพ (Retailers have reputation for stocking only quality products) เช่น ร้านค้าที่มีคุณภาพสูง (Premium store) การแนะนำสินค้าใหม่ของผู้ผลิตผ่านผู้ค้าปลีกดังกล่าวจึงมีความสำคัญ หากผู้ผลิตไม่สามารถจำกัดยอดขายให้กับร้านค้าที่มีคุณภาพสูงดังกล่าวอาจมีความเสี่ยงต่อการถูกยกเลิกและการแนะนำผลิตภัณฑ์ใหม่ล้มเหลว ดังนั้นจึงอาจมีเหตุผลที่จะอนุญาตให้มีข้อจำกัดในช่วงเวลาที่จำกัด เช่น การจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) หรือการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) เพื่อให้เพียงพอที่จะรับประกันการเปิดตัวผลิตภัณฑ์ใหม่ แต่จะต้องไม่เป็นระยะเวลาจนทำให้ขัดขวางการกระจายสินค้าขนาดใหญ่ (large-scale dissemination) ซึ่งสินค้าที่ควรได้ประโยชน์ คือ สินค้าที่ผู้บริโภคจะทราบคุณภาพก็ต่อเมื่อได้ผ่านการใช้งานแล้ว (Experience goods) หรือสินค้าที่มีความซับซ้อน (Complex goods) ที่ผู้บริโภคจะต้องตัดสินใจก่อนการซื้อ⁷⁰ ผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายจำเป็นต้องทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งเพื่อแก้ปัญหาการกินแรงดังกล่าว

2) เกิดการเปิดตลาดและมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด (Opening up and entering new market) เป็นกรณีที่ผู้ผลิต (manufacturer) ต้องการที่จะเข้าสู่ตลาดภูมิศาสตร์ใหม่ (geographic market) และต้องการให้ผู้จัดจำหน่ายทำการลงทุนครั้งแรก (first time investments) ดังนั้นผู้ผลิตอาจจำเป็นที่จะต้องปกป้องผู้จัดจำหน่ายจากการแข่งขัน เพื่อให้ผู้จัดจำหน่ายสามารถดำเนินธุรกิจเพื่อขอใช้เงินลงทุนได้โดยการเรียกเก็บเงินราคาสูงในระยะเวลาชั่วคราว⁷¹ ตัวอย่างเช่น การทำข้อตกลงตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงรายเดียว (Exclusive distributor) เพื่อให้ผู้จัดจำหน่ายไม่มีคู่แข่งที่เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้านำเข้าเดียวกัน

3) แก้ปัญหาการติดขัด (The hold-up problem) เนื่องจากบางกรณีผู้เสนอขาย (supplier) หรือผู้ซื้อ (buyer) ต้องลงทุนเฉพาะกลุ่มลูกค้า (client-specific investment)

⁶⁸ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวบรวมบทความ, หน้า 136.

⁶⁹ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 616.

⁷⁰ Guideline on Vertical restraints, p.33.

⁷¹ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 616.

เช่น ลงทุนในอุปกรณ์พิเศษ (special equipment) หรือ การฝึกอบรมพนักงาน เพื่อขายสินค้าหรือดูแลลูกค้าเฉพาะกลุ่ม ผู้ผลิตอะไหล่ต้องสร้างเครื่องจักรหรือเครื่องมือใหม่เพื่อตอบสนองความต้องการเฉพาะของลูกค้ารายใดรายหนึ่ง ทำให้ผู้ผลิตอาจไม่ลงทุนก่อนที่จะมีการกำหนดอุปทานที่แน่นอน (particular supply arrangement are fixed) อย่างไรก็ตามการทำข้อตกลงในแนวดิ่งเพื่อแก้ปัญหาการติดขัดจะต้องเข้าเงื่อนไขบางประการ คือ การลงทุนจะต้องมีความสัมพันธ์เฉพาะ (relationship-specific) หากเป็นการลงทุนโดยผู้จัดหา ความสัมพันธ์เฉพาะเกิดขึ้นเมื่อผู้จัดหาไม่สามารถใช้การลงทุนดังกล่าวในการจัดหาสินค้าจากการลงทุนให้กับลูกค้ารายอื่นได้ หากเป็นการลงทุนโดยผู้ซื้อ ความสัมพันธ์เฉพาะของการลงทุนเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อไม่สามารถซื้อหรือใช้สินค้าจากผู้จัดหารายอื่นได้ เนื่องจากการลงทุนเพื่อสร้างอะไหล่เฉพาะของตราสินค้า (brand-specific component) หรือ เก็บไว้ใช้เฉพาะตราสินค้า จึงไม่สามารถนำสิ่งที่ได้จากการลงทุนไปใช้เพื่อสร้างกำไรหรือขายต่อในทางเลือกอื่นได้ นอกจากนี้ จะต้องเป็นการลงทุนระยะยาวที่ไม่ได้รับการชดเชยในระยะสั้น และการลงทุนจะต้องไม่สมดุล กล่าวคือ มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องลงทุนมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อตรงตามเงื่อนไขเหล่านี้แล้ว จึงอาจเป็นเหตุผลให้ทำข้อตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งในช่วงระยะเวลาที่ใช้ในการคิดค่าเสื่อมราคาจากการลงทุนได้ ซึ่งการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งประเภทข้อตกลงที่จะไม่แข่งขัน (non-compete type) หรือประเภทกำหนดปริมาณ (quantity forcing type) อาจทำได้ หากเป็นการลงทุนโดยผู้จัดหา และการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) หรือการจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย (Exclusive customer allocation) หรือ การจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) อาจทำได้เมื่อเป็นการลงทุนโดยผู้ซื้อ⁷²

นอกจากนี้ยังแก้ปัญหาการติดขัดในกรณีการถ่ายทอดความรู้สำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (The hold-up problem where know-how is transferred) เนื่องจากการที่ธุรกิจหนึ่งถ่ายทอดความรู้ (know-how) ไปยังอีกผู้ประกอบธุรกิจหนึ่ง จึงจำเป็นต้องมีการทำข้อกำหนดแบบไม่แข่งขัน (non-compete provision) เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ที่ได้รับความรู้นั้นไปจะไม่นำไปถ่ายทอดต่อให้กับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง⁷³

4) การประหยัดต่อขนาดในการกระจายสินค้า (Economies of scale in distribution) อาจนำไปสู่การลดต้นทุนให้กับผู้ค้าปลีก ซึ่งข้อตกลงในแนวดิ่งหลาย ๆ กรณีอาจจะ

⁷² Ibid.

⁷³ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 617.

ทำให้เกิดผลเชิงบวกเช่นนี้ เช่น การจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) และ การซื้อแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive purchasing)⁷⁴

5) แก้ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของตลาดทุน (Capital market imperfections) ในบางกรณีธนาคารไม่สามารถจัดหาทุนให้เพียงพอกับความต้องการของธุรกิจของผู้จัดหาหรือผู้ซื้อ เนื่องจากธนาคารหรือตลาดทุนมีข้อมูลไม่เพียงพอเกี่ยวกับคุณภาพของผู้กู้เพื่อให้สินเชื่อ ในขณะที่ผู้จัดหาหรือผู้ซื้ออาจมีข้อมูลที่ดีกว่า ในกรณีเช่นนี้ผู้จัดหาอาจให้ผู้ซื้อยืมเงินหรืออาจจะสลับกันได้ หากผู้จัดหาให้ผู้ซื้อกู้ยืมเงิน ผู้จัดหาอาจกำหนดข้อตกลงที่ไม่มีการแข่งขันหรือกำหนดปริมาณการซื้อของผู้ซื้อ (quantity forcing on buyer) ส่วนในกรณีที่ผู้ซื้อให้ผู้จัดหากู้ยืมเงิน ผู้ซื้ออาจกำหนดข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) หรือ กำหนดปริมาณในการจัดหาให้กับผู้ซื้อ (quantity forcing on supplier)⁷⁵ ตัวอย่างเช่น ผู้จัดหาเมล็ดกาแฟให้ผู้ประกอบธุรกิจร้านกาแฟยืมเงินสำหรับการดำเนินการ ในกรณีเช่นนี้ผู้จัดหาอาจประสงค์ที่จะบังคับใช้ข้อกำหนดที่ไม่มีการแข่งขันหรือข้อกำหนดที่คล้ายกัน เช่น การบังคับซื้อเมล็ดกาแฟจากผู้จัดหาตามจำนวนที่ผู้จัดหากำหนด⁷⁶

6) การรักษามาตรฐานและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ (Uniformity and quality standardization) การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งอาจช่วยสนับสนุนภาพลักษณ์ของตราสินค้า และช่วยเพิ่มความน่าเชื่อถือให้กับลูกค้า โดยทำให้เกิดการรักษามาตรฐานและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ ตัวอย่างเช่น ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) และระบบแฟรนไชส์ (Franchising system)⁷⁷ เพื่อรักษาระดับของตราสินค้า รวมทั้งการดูแลและให้บริการลูกค้าอย่างทั่วถึง

7) แก้ปัญหาผลกระทบภายนอก (Vertical externality issue) เนื่องจากผู้ค้าปลีกอาจจะไม่ได้รับประโยชน์ทั้งหมดจากการดำเนินการเพื่อพัฒนาการขายเนื่องจากประโยชน์ดังกล่าวบางส่วนอาจไปสู่ผู้ผลิต กล่าวคือ ผู้ค้าปลีกลดราคาขายต่อหรือเพิ่มความพยายามในการขาย แต่ประโยชน์กลับตกแก่ผู้ผลิตหากราคาขายส่งสินค้าสูงกว่าต้นทุนการผลิตส่วนเพิ่ม (marginal production costs) ดังนั้น จึงอาจมีปัจจัยภายนอกเชิงบวกที่ผู้ผลิตได้รับจากการกระทำของผู้ค้าปลีก และจากมุมมองของผู้ผลิตมองว่าผู้ค้าปลีกอาจกำหนดราคาที่สูงเกินไป หรือพยายามขายน้อยเกินไป ผลกระทบภายนอกเชิงลบในการที่ผู้ค้าปลีกกำหนดราคาที่สูงเกินไป อาจเรียกว่า “ปัญหาการเพิ่มกำไรซ้ำซ้อน” (double marginalization problem) ซึ่งสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยการที่ผู้ผลิตกำหนด

⁷⁴ Richard Whish, *Competition Law* (Sixth Edition), p.617.

⁷⁵ Guideline on Vertical restraints, p.35.

⁷⁶ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 617.

⁷⁷ Ibid.

ราคาขายต่อสูงสุดแก่ผู้ค้าปลีก (maximum resale price) นอกจากนี้การเพิ่มความพยายามในการขายสินค้าของผู้ค้าปลีก อาจทำได้โดยการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) การจัดจำหน่ายเพียงรายเดียว (Exclusive distribution) ซึ่งอาจจะเป็นประโยชน์และช่วยแก้ปัญหาดังกล่าว⁷⁸

จากผลกระทบทั้งในเชิงบวกและเชิงลบที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จะเห็นว่าแม้การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งจะมีผลกระทบในเชิงลบ แต่การที่ผู้ผลิตนำการจำกัดการแข่งขันมาใช้ก็เพื่อให้การจัดจำหน่ายสินค้าของตนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีการจัดทำโฆษณาประชาสัมพันธ์ การจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย การจัดการแสดงสินค้า สาธิตและแนะนำสินค้าที่เหมาะสม ตลอดจนการให้บริการต่างๆ อันจะทำให้สินค้าของผู้ผลิตสามารถแข่งขันกับสินค้านี่ห้ออื่นของคู่แข่งได้ ดังนั้น ในการใช้มาตรการควบคุมการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง จึงควรต้องพิจารณาโดยซึ่งผลกระทบในเชิงลบและเชิงบวก หากมีผลกระทบเชิงบวกต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งก็ควรได้รับยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทถัดไป

⁷⁸ Guideline on Vertical restraints, p. 33.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในการกำกับดูแลพฤติกรรม การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Collusive practice หรือ Agreement) สอดคล้องกับ มาตรา 54 และมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติควบคุม พฤติกรรมการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงร่วมกันเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน⁷⁹ ทำให้เกิดผลกระทบต่อตลาดและผู้บริโภค

เนื่องจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยได้นำบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้ง แนวทางในการปรับใช้มาศึกษาเป็นต้นแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ สหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับการ แข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมอันก่อให้เกิดประโยชน์ต่อภาคธุรกิจและผู้บริโภค ทำให้กฎหมายการแข่งขัน ทางการค้าของประเทศเหล่านี้มีความก้าวหน้า จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายต่างประเทศ คำพิพากษา รวมทั้งแนวปฏิบัติขององค์กรที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบและหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้บทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น มาตรา 56(2) ต่อไป

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

3.1.1 โครงสร้างของมาตรการทางกฎหมาย

จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่าโครงสร้างของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัด การแข่งขันในแนวดิ่งในแต่ละประเทศ มีลักษณะดังต่อไปนี้⁸⁰

3.1.1.1 ลักษณะที่เป็นข้อห้ามหรือกฎเกณฑ์ (Prohibitory of Regulator)

ลักษณะที่เป็นข้อห้าม (Prohibition Principle) ถือว่าพฤติกรรมที่เป็น การ จำกัดการแข่งขัน และการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด หรือการได้มาซึ่งสถานะเหนือผู้อื่น เป็นสิ่งต้องห้าม โดยตัวเอง ซึ่งหากมีการกระทำใดเข้าข่ายตามบทบัญญัติของกฎหมาย จะถือว่าเป็นความผิดทันที ตัวอย่างหลักการนี้ คือ หลักความผิดในตัวเอง (per se rule) ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของ สหรัฐอเมริกา ที่ชื่อว่า The Sherman Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะควบคุมโครงสร้างของตลาด

⁷⁹ เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ เสาวลักษณ์ ชิวสิทธิยานนท์ และ มาเรียม กริมี่, สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, Report No.

⁸⁰ Timothy J. Grendell, "The Antitrust Legislation of the United States, the European Economic Community, Germany and Japan," *The International and Comparative Law Quarterly* 29, No. 1(1980): 66.



และมีลักษณะเป็นข้อห้ามทั่วไป (general prohibition) การที่ประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักการที่เป็นความผิดในตัวเอง เนื่องจากในศตวรรษที่ 19 มีความเคลื่อนไหวของประชาชนส่วนใหญ่ที่ไม่พอใจพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างชัดแจ้งที่มาจากความร่วมมือทางธุรกิจที่หลากหลาย ๑ รูปแบบ และต้องการแสวงหาการแข่งขันอย่างเสรีโดยแท้จริง ดังนั้น การใช้หลักการที่เป็นข้อห้ามจัดการกับพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจึงเป็นวิธีที่จะทำให้พฤติกรรมเหล่านั้นสิ้นสุดลง⁸¹

3.1.1.2 ลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น (Exemption)

ในบางกิจการหรือบางสถานการณ์มีความจำเป็นต้องอนุญาตให้พฤติกรรมที่เป็นข้อห้ามเกิดขึ้นได้ โดยถือเป็นข้อยกเว้นจากข้อห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากเหตุผลความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจและสังคมในแต่ละประเทศ เพื่อให้มีศักยภาพต่อสู้กับคู่แข่งในตลาดได้ ดังนั้น การกำหนดให้พฤติกรรมใดของผู้ประกอบธุรกิจได้รับการยกเว้นนั้น ขึ้นอยู่กับเหตุผลและความจำเป็นของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ โดยเฉพาะข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ สหภาพยุโรปออกกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) สำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง เพื่อให้ผู้ประกอบการพิจารณาตัวเองโดยไม่ต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการยุโรป ทั้งนี้เพื่อความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาให้ผู้ประกอบธุรกิจใดหรือสถานการณ์ใดอยู่ในข้อยกเว้นจะต้องทำด้วยความรอบคอบและถี่ถ้วนเพื่อให้ข้อยกเว้นดังกล่าวกลายเป็นช่องโหว่ของกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์จนก่อให้เกิดผลเสียต่อส่วนรวม⁸²

สำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งบางพฤติกรรม เช่น การแบ่งเขตพื้นที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า (Territorial or Customer Restriction) หรือ การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance) ที่แม้จะมีผลกระทบในเชิงลบอันเป็นการลดการแข่งขันในระหว่างผู้ค้าสินค้าที่ห่อเดียวกัน (Intrabrand competition) แต่เมื่อพิจารณาผลกระทบทั้งในเชิงบวกแล้ว อาจเป็นการกระทำที่มุ่งส่งเสริมการแข่งขันในระหว่างผู้ผลิตสินค้าต่างยี่ห้อ (Interbrand Competition) และส่งเสริมระบบเศรษฐกิจในตลาด เว้นแต่เป็นกรณีที่น่าการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งไปใช้เป็นเครื่องมือของการรวมกลุ่มเพื่อฮั้ว หรือจำกัดการแข่งขัน (Cartel) ของผู้ผลิตสินค้าต่างยี่ห้อ หรือในระหว่างผู้ค้าในระดับการค้าเดียวกัน (Horizontal)⁸³ จึงจะถือว่าเป็นความผิด ดังนั้น

⁸¹ วาสนา เวชกุลศิลป์, "มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าขายเฉพาะราย" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 40.

⁸² เรื่องเดียวกัน.

⁸³ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 149.

พฤติกรรมกำกวมการแข่งขันในแนวดิ่งที่มีผลกระทบต่อตลาดและผู้บริโภคหลายพฤติกรรม จึงได้รับการยกเว้นให้สามารถกระทำได้

3.2 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

3.2.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรป (European Union หรือ EU) เดิมคือ ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community หรือ EEC) ก่อตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาแห่งกรุงโรม (Treaty of Rome) ในปี ค.ศ.1957 ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็นประชาคมยุโรป (European Community หรือ EC) โดยสหภาพยุโรปเป็นองค์กรความร่วมมือระหว่างประเทศ ซึ่งมีโครงสร้างผสมผสานระหว่างความร่วมมือแบบเหนือรัฐ (Supranationalism) และความร่วมมือระหว่างรัฐ (Intergovernmentalism) มีวัตถุประสงค์คือการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์และมีตลาดร่วมกันในประชาคม (Common market) เน้นถึงหลักการตลาดเดียว (Single Market) กล่าวคือ การค้าที่สามารถเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตต่างๆ ทั้งด้านแรงงาน สินค้า บริการ ทุน และเทคโนโลยีได้อย่างเสรีภายในตลาดเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค โดยเฉพาะด้านของผู้ประกอบการที่สามารถพัฒนาและเข้าถึงตลาดของประเทศอื่น ๆ ในสหภาพยุโรปได้ง่ายขึ้น⁸⁴

ต่อมาในปี ค.ศ. 2009 สนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) มีผลบังคับใช้แทนสนธิสัญญาเดิม จึงเปลี่ยนชื่อมาเป็นสหภาพยุโรป (EU)⁸⁵ และสนธิสัญญา 2 ฉบับที่มีผลบังคับใช้ ได้แก่ สนธิสัญญาสหภาพยุโรป (Treaty on European Union หรือ TEU) และ สนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ทั้งนี้ กฎเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า (Competition Rules) ได้ถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาว่าด้วยการทำงานของสหภาพยุโรป (TFEU)⁸⁶

สถาบันหลักที่มีบทบาทในการดำเนินงานของสหภาพยุโรป มีทั้งสิ้น 4 สถาบัน ได้แก่

1) สภายุโรป (European Parliament)

⁸⁴ Paul Craig and Grainne De Burca, *Eu Law: Text, Cases and Materials*, 4 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008).

⁸⁵ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 99.

⁸⁶ Ibid, 93.

สภายุโรป ประกอบด้วย สมาชิกสภายุโรปที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงในรัฐสมาชิก มีหน้าที่ในการตัดสินใจร่วมกับคณะมนตรีในประเด็นต่างๆ เช่น การพิจารณาร่างกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งริเริ่มโดยคณะกรรมการยุโรป

2) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union)

คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ประกอบด้วย รัฐมนตรีหรือผู้แทนรัฐบาลจากทุกประเทศสมาชิก ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐสมาชิกทั้งหมดและมีหน้าที่พิจารณาร่างกฎระเบียบของสหภาพยุโรปและอนุมัติงบประมาณร่วมกับสภายุโรป ทำหน้าที่ประสานงานด้านนโยบายเศรษฐกิจ นโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคง ทั้งนี้ ในด้านการแข่งขันทางการค้า คณะมนตรีทำหน้าที่ออกกฎหมายที่สำคัญ แบ่งอำนาจหน้าที่ไปยังคณะกรรมการยุโรปเพื่อใช้บังคับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า รวมทั้งกำกับดูแลการทำงานของคณะกรรมการยุโรปด้วย

3) คณะกรรมการยุโรป (European Commission: EC)

คณะกรรมการยุโรป ประกอบด้วย ประธานคณะกรรมการยุโรป 1 คน และกรรมการอีก 26 คน ตามจำนวนรัฐสมาชิก 27 ประเทศ มีหน้าที่เสนอร่างกฎหมาย และดูแลการปรับใช้กฎหมายในรัฐสมาชิก โครงสร้างภายในของคณะกรรมการแบ่งออกเป็นกรม (Directorate : DG) สำหรับการบังคับใช้กฎหมายและการกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าจะอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการยุโรปด้านการแข่งขันทางการค้า (Directorate General for Competition) ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป⁸⁷ เป็นผู้ริเริ่มคดี (Initiate) ตรวจสอบหรือไต่สวน (Investigate) และออกคำตัดสิน (Adjudicate) โดยคำตัดสินของคณะกรรมการสามารถนำไปอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ได้ และที่สำคัญคือ ในกรณีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartel) คณะกรรมการยุโรปยังสามารถริเริ่ม การเข้าตรวจสอบกลุ่มกิจการต้องสงสัยได้อีกด้วย⁸⁸

4) ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice)

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ประกอบด้วย องค์คณะผู้พิพากษาจากแต่ละประเทศสมาชิกรวม 27 คน และผู้ช่วยผู้พิพากษาอีก 8 คน โดยหน้าที่หลักของศาลคือการบังคับใช้และ

⁸⁷ Michelle Cini and Lee McGowan, *Competition Policy in the European Union* (New York: Palgrave Macmillan, 2009), p. 1.

⁸⁸ ผกาวิริ์ ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 85..

พิจารณาตีความกฎหมาย เพื่อชี้ขาดว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้รับการปรับใช้เหมือนกันในทุกประเทศสมาชิกหรือไม่⁸⁹

ทั้งนี้ นโยบายของการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป (Competition European Policy) กับตลาดภายใน (Internal Market) นับเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ได้มาซึ่งสินค้าและบริการที่มีคุณภาพและราคาสินค้าหรือบริการถูก โดยประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปจะอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจมั่นใจว่าจะสามารถแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม และทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ สร้างทางเลือกที่เพิ่มขึ้นสำหรับผู้บริโภคได้บริโภคสินค้าและบริการที่ราคาถูกลงแต่มีคุณภาพเพิ่มขึ้น สิ่งเหล่านี้คือเหตุผลที่ทำให้สหภาพยุโรปพยายามต่อสู้กับพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปแต่ละประเทศจะมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนเอง โดยมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป รวมทั้งมีหน่วยงานผู้รับผิดชอบเรื่องการแข่งขัน คือ องค์กรการแข่งขันทางการค้าระดับชาติ (National Competition Authorities : NCAs) ซึ่งสามารถบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เช่นกัน โดยประสานงานใกล้ชิดกับคณะกรรมการยุโรป⁹¹

วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยหลักคือการคุ้มครองการแข่งขันในตลาด อันเป็นปัจจัยสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่จะนำไปสู่การคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค ซึ่งเป็นผู้รับผลกระทบในปลายทางการแข่งขัน นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการจัดสรรปันส่วน (Redistribution) เพื่อไม่ให้เกิดการกระจุกตัวของทรัพยากรในมือของผู้มีอำนาจผูกขาด หรือเหล่าบริษัทข้ามชาติ ที่จะเป็นการคุกคามต่อการดำรงอยู่ของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี อันนำไปสู่การปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กจากคู่แข่งที่มีอำนาจมากกว่า (Protecting competitors) และวัตถุประสงค์หลักประการสุดท้ายคือกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทสำคัญเพื่อนำไปสู่เป้าหมายของการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว (The Single Market imperative) ซึ่งเป็นการทำลายอุปสรรคในเรื่องการค้าและสามารถเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตได้อย่างเสรี รวมทั้งผู้ประกอบการมีโอกาสเติบโตขยายกิจการได้กว้างขึ้นจากตลาดภายในประเทศ⁹²

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, น.86.

⁹⁰ European Commission, "Overview: Making Markets Work Better."

⁹¹ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป,"(2550).

⁹² Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 2.

ทั้งนี้ มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของ สหภาพยุโรป ตาม TFEU ที่สำคัญ ได้แก่ การกำกับดูแลเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 101 ซึ่งปรับใช้กับทั้งการตกลงร่วมกันในแนวนอนและการตกลงร่วมกันในแนวตั้ง การกำกับดูแลเกี่ยวกับการมีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 102 และการกำกับดูแลเกี่ยวกับการควบรวมกิจการตามกฎเกณฑ์การกำกับดูแลเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ (Merger Regulations)

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) ได้กำหนดบทบัญญัติมาตรการทางกฎหมาย การแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ใน มาตรา 101 ซึ่งเดิมคือ มาตรา 81 ของ Treaty on European Union หรือ TEU ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเป้าหมายเพื่อป้องกันการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ มาตรา 101⁹³ ได้บัญญัติข้อห้ามของการตกลงกัน ใช้บังคับกับทั้งผู้ประกอบการ

⁹³ “Article 101 (ex Article 81 TEC)

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 มาตรา 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;

ธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันในแนวนอน (Horizontal) และการตกลงกันของผู้ประกอบธุรกิจในแนวตั้ง (Vertical)⁹⁴

3.2.2.1 ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

เดิม การพิจารณาพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง และการประเมินผลกระทบจะได้รับการประเมินโดยคณะกรรมการพิจารณายกเว้นเป็นรายกรณีไป (Individual exemption) ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งขออนุญาตต่อคณะกรรมการตาม Council Regulation 17/62⁹⁵ (ปัจจุบันคือ Regulation 1/2003) ที่กำหนดให้คณะกรรมการยุโรปเป็นผู้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวที่จะให้การอนุญาตกับข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขใน มาตรา 85(3) EEC (ปัจจุบันคือ มาตรา 101(3) TFEU) ด้วยเหตุนี้ ทำให้มีการยื่นคำร้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการเป็นจำนวนมาก และคณะกรรมการไม่สามารถตอบสนองต่อภาระงานได้ทั้งหมด อีกทั้งเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากและกระบวนการในการอนุญาตมีหลายขั้นตอน ทำให้การพิจารณาคำขออนุญาตใช้เวลานาน⁹⁶

ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการจึงได้ออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption Regulation) เพื่อเป็นแนวทางให้กับผู้ประกอบธุรกิจ โดยกฎการยกเว้นแบบกลุ่มจะกำหนดรายละเอียดที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำได้เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการยกเว้นแบบกลุ่มโดยไม่ต้องยื่นหนังสือแจ้งและขอยกเว้นเป็นรายบุคคลต่อคณะกรรมการ⁹⁷

กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption Regulation : BER) ฉบับแรกคือ Commission Regulation No 67/67/EEC⁹⁸ เกี่ยวกับข้อตกลงการติดต่อค้าขายเฉพาะราย (Exclusive dealing) ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจในระบบการจัดจำหน่าย (distribution system) ต้องมีการจัดระบบเพื่อให้สอดคล้องกับ Block Exemption Regulation 67/67 ดังกล่าว แต่รายละเอียด

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

⁹⁴ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 118.

⁹⁵ Council Regulation 17/62 Regulation implementing Article 85 and 86 of the Treaty.

⁹⁶ Roger J. Goebel *et al.*, *Cases and Materials on European Union Law Fourth Edition* (2015), p. 988.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Regulation No 67/67/EEC of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements.

ของกฎการยกเว้นดังกล่าวยึดติดกับรูปแบบ (Formalistic) และเฉพาเจาะจงมากเกินไป⁹⁹ กล่าวคือ ใช้เฉพาะกับข้อตกลงการจำหน่ายสินค้าเฉพาะรายเท่านั้น

ต่อมาในปี 1997 คณะกรรมาธิการได้ปรับปรุงแก้ไขการยกเว้นแบบกลุ่มให้สามารถใช้ได้กับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง โดยมีการออกรายงาน (green paper) อันมีอิทธิพลต่อการวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจถึงความมีประสิทธิภาพของข้อจำกัดในแนวดิ่ง ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในปีต่อมา อันดับแรกคือสภายุโรป (Council) แก้ไข Council Regulation 17/62¹⁰⁰ เป็น Council Regulation 1216/99¹⁰¹ (ปัจจุบันคือ Regulation 1/2003) เพื่อยกเว้นให้กับข้อตกลงในแนวดิ่งทั้งหมดที่ได้แจ้งต่อคณะกรรมาธิการ ในกรณีที่ข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งนั้นเป็นไปเพื่อป้องกันการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ โดยมีผลนับแต่วันที่ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับใช้

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า นโยบายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ในช่วงหลายปีที่ผ่านมาเริ่มให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ในแนวดิ่ง (vertical relations) มากขึ้นเรื่อย ๆ เหตุผลหนึ่งคือ ผู้ซื้อและผู้ขายในความสัมพันธ์แนวดิ่งในตลาดที่สำคัญได้กลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดมากขึ้น และข้อตกลงในแนวดิ่งดังกล่าว (vertical agreement) มีบทบาทสำคัญในการกำหนดผลลัพธ์ของตลาดสุดท้าย (final market) รวมทั้งการกำหนดสวัสดิการของผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (consumer welfare) เหตุผลประการที่สอง คือ ข้อตกลงในแนวดิ่งมีความซับซ้อนและหลากหลายมากขึ้น โดยรายละเอียดในข้อตกลงแนวดิ่งแต่ละประเภทมักจะก่อให้เกิดข้อแตกต่างที่สำคัญต่อตลาด และเหตุผลประการสุดท้ายเป็นการพัฒนามาจากเหตุผลสองประการแรก เนื่องจากผู้กำหนดนโยบายเริ่มเห็นว่าข้อตกลงในแนวดิ่งส่วนใหญ่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงลบ หรือผลกระทบในเชิงบวกต่อระบบเศรษฐกิจอย่างใดอย่างหนึ่งเสียทีเดียว ดังนั้นการพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวควรมีการประเมินผลกระทบเชิงเศรษฐศาสตร์ร่วมด้วย¹⁰²

แนวความคิดการพิจารณาความสัมพันธ์ในแนวดิ่ง โดยประเมินผลกระทบร่วมกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นี้ได้เผยแพร่ในเดือน ธันวาคม ค.ศ. 1999 โดยออกเป็นกฎของคณะกรรมาธิการในการปรับใช้ มาตรา 81(3) กับประเภทของข้อตกลงในแนวดิ่งและการร่วมกัน

⁹⁹ COUNCIL REGULATION (EC) No 1216/1999 of 10 June 1999 amending Regulation No 17: first Regulation implementing Article 81 and 82 of the Treaty.

¹⁰⁰ REGULATION No 17 First Regulation implementing Article 85 and 86 of the Treaty

¹⁰¹ COUNCIL REGULATION (EC) No 1216/1999 of 10 June 1999 amending Regulation No 17: first Regulation implementing Article 81 and 82 of the Treaty.

¹⁰² Nikolaus Vettas, "Developments in Vertical Agreements," *The Antitrust Bulletin* 55, 4 (2010): 850.

(Commission Regulation No 2790/1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices) ซึ่งเป็นกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) ฉบับแรกที่ใช้กับข้อตกลงในแนวดิ่งทั่วไป โดยใช้แทนกฎการยกเว้นแบบกลุ่มฉบับเดิม (Commission Regulation No 67/67/EEC¹⁰³) ที่ใช้เฉพาะกับข้อตกลงการติดต่อค้าขายเฉพาะราย (Exclusive dealing) เท่านั้น อีกทั้ง Commission Regulation No 2790/1999 เป็นกฎการยกเว้นแบบกลุ่มฉบับแรกที่มีการนำทฤษฎีและผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้ อันเป็นแนวทางสำคัญสำหรับนโยบายการแข่งขันอื่น ๆ ตามมา¹⁰⁴ ซึ่งคณะกรรมการต้องการที่จะให้ความคุ้มครองสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละ 30 (safe harbor) โดยปรับใช้กับประเภทการจัดจำหน่าย 3 ประเภท ได้แก่ ข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงรายเดียว (Exclusive distribution) ข้อตกลงการจัดซื้อสินค้าแต่เพียงรายเดียว (Exclusive purchasing) และข้อตกลงเกี่ยวกับแฟรนไชส์ (Franchise agreement)¹⁰⁵

ต่อมา คณะกรรมาธิการได้มีการปรับปรุงแก้ไข และประกาศใช้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มฉบับใหม่ คือ Commission Regulation No 330/2010¹⁰⁶ ที่มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2010 เพื่อปรับใช้กับข้อตกลงในแนวดิ่ง พร้อมทั้งปรับปรุงแนวทางการปรับใช้ (Guideline) กับข้อตกลงในแนวดิ่งที่อยู่ภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม¹⁰⁷ อีกทั้งกำหนดส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง ที่ไม่ได้พิจารณาเพียงส่วนแบ่งตลาดของผู้ขายไม่ให้เกิดร้อยละ 30 เท่านั้น แต่พิจารณาส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องของผู้ซื้อจะต้องไม่เกินร้อยละ 30 ด้วยเช่นกัน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนี้สะท้อนให้เห็นแนวคิดของผู้ออกนโยบายที่มีความเห็นว่าข้อตกลงในแนวดิ่งไม่ได้ถูกกำหนดโดยผู้ขายเพียงอย่างเดียว แต่ผู้ซื้อก็มีนัยสำคัญสำหรับข้อตกลงแนวดิ่งบางประเภทอันจะนำไปสู่ผลกระทบที่เป็น การต่อต้านการแข่งขันได้¹⁰⁸ และกฎการยกเว้นแบบกลุ่มฉบับนี้ยังให้ความสำคัญกับการขายสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ต เนื่องจากการค้าขายสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วงหลายปีที่ผ่านมา การเปลี่ยนแปลงนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงสำคัญจากกฎการยกเว้นแบบกลุ่มฉบับเก่า นำไปสู่การแบ่งประเภทระหว่างการขายสินค้าหรือบริการแบบ

¹⁰³ Regulation No 67/67/EEC of the Commission of 22 March 1967 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements

¹⁰⁴ Vettas, N., "Developments in Vertical Agreements," *The Antitrust Bulletin*: 850.

¹⁰⁵ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 678.

¹⁰⁶ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

¹⁰⁷ Goebel, R. J. *et al.*, *Cases and Materials on European Union Law Fourth Edition*, p. 988.

¹⁰⁸ Vettas, N., "Developments in Vertical Agreements," *The Antitrust Bulletin*: 865.

แอคทีฟ กับการขายสินค้าหรือบริการแบบพาสซีฟ สำหรับการขายสินค้าหรือบริการผ่านทาง อินเทอร์เน็ต¹⁰⁹ ตามประกาศของคณะกรรมการการค้าที่ได้ประกาศไว้เมื่อวันที่ 20 เมษายน ค.ศ.2010 ดังนี้

“[t]he Regulation and accompanying Guidelines take into account the development, in the last 10 years, of the Internet as a force for online sales and for cross-border commerce, something that the Commission wants to promote as it increases consumer choice and price competition. The basic principle remains that companies are free to decide how their products are distributed, provided their agreements do not contain price-fixing or other hardcore restrictions, and both manufacturer and distributor do not have more than a 30% market share. Approved distributors are free to sell on the Internet without limitation on quantities, customers' location and restrictions on prices.”¹¹⁰

และ

“[d]istributors should be free to satisfy consumer demand, whether in brick and mortar shops or on the Internet. The rules adopted [. . .] will ensure that consumers can buy goods and services at the best available prices wherever they are located in the EU while leaving companies without market power essentially free to organize their sales network as they see best.”¹¹¹

สำหรับการขายสินค้าหรือบริการมี 2 แบบ ได้แก่ การขายแบบแอคทีฟ (Active Sale) และการขายแบบพาสซีฟ (Passive Sale) ดังนั้นจะขออธิบายความหมายการขายแบบ Active และ Passive เพื่อความเข้าใจในส่วนถัดไป ดังต่อไปนี้

- การขายแบบแอคทีฟ (Active Sale) หมายถึง การเข้าหาลูกค้าเป็นรายบุคคล ตัวอย่างเช่น การส่งอีเมลโดยตรง หรือการส่งอีเมลไปยังลูกค้าโดยที่ลูกค้าไม่ได้เรียกร้องให้ส่ง (Unsolicited e-mail) หรือการเข้าหาลูกค้าเฉพาะเจาะจงหรือกลุ่มลูกค้าในพื้นที่เฉพาะผ่านการโฆษณาในสื่อออนไลน์ หรือจัดโปรโมชั่นที่กำหนดเป้าหมายโดยเฉพาะไปยังกลุ่มลูกค้า หรือกำหนด

¹⁰⁹ ibid., 869.

¹¹⁰ European Commission, "Antitrust: Commission Adopts Revised Competition Rules for Distribution of Goods and Services,"(2010).

¹¹¹ Ibid.

เป้าหมายไปยังอาณาเขตใดอาณาเขตหนึ่ง ทั้งนี้การโฆษณาหรือการส่งเสริมการขายจะเป็นที่น่าสนใจสำหรับผู้ซื้อ ก็ต่อเมื่อการโฆษณาหรือการส่งเสริมการขายสามารถเข้าถึงกลุ่มลูกค้าหรือลูกค้าเฉพาะภายในอาณาเขตที่เฉพาะเจาะจง ก็จะถูกพิจารณาว่าเป็นการขายแบบแอคทีฟในกลุ่มลูกค้าหรืออาณาเขตดังกล่าว¹¹²

- การขายแบบพาสซีฟ (Passive Sale) หมายถึง การตอบสนองต่อคำขอที่ไม่ได้เรียกร้อง (Unsolicited Requests) ที่ส่งมาจากลูกค้า รวมถึงการส่งมอบสินค้าหรือบริการให้กับลูกค้าดังกล่าว การโฆษณาหรือการประชาสัมพันธ์ทั่วไปที่เข้าถึงลูกค้าในพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าของผู้จัดจำหน่ายรายอื่น ๆ หากเป็นวิธีที่เหมาะสมในการเข้าถึงลูกค้านอกอาณาเขตหรือกลุ่มลูกค้าเหล่านั้นก็ถือว่าเป็นการขายแบบพาสซีฟด้วย¹¹³

นอกจากนี้การแก้ไขกฎการยกเว้นแบบกลุ่มเกี่ยวกับพฤติกรรมจําการกักตํการแข่งขันในแนวตํแล้ว ยังมีการแก้ไขกฎระเบียบการยกเว้นแบบกลุ่มเกี่ยวกับการถ่ายตเทคโนโลยี (Technology transfer Block Exemption Regulations) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในตเดือนพฤษภาคม 2014 ที่ได้กําหนดข้อห้ามที่เป็นการจําการกักตํการแข่งขันอย่างร้ายแรงสำหรับสัญญาการถ่ายตเทคโนโลยี อีกร้กําหนดส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 20 สำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างคู่แข่ง (competitors) และส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 สำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างคู่สัญญาที่ไม่แข่งขันกัน (non-competitors)¹¹⁴ ทำให้ข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขการจําการกักตํการแข่งขันอย่างร้ายแรง หรือมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าที่กำหนดไม่ได้รับประโยชน์จากกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม ซึ่งจะอธิบายรายละเอียดในส่วนถัดไป

3.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกํากับดูแลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจําการกักตํการแข่งขันในแนวตํ

มาตรา 101¹¹⁵ ของสนธิสัญญาว่าด้วยกําหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU) เดิมคือ มาตรา 81

¹¹² European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union (19 May 2010): 19.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Goebel, R. J. *et al.*, Cases and Materials on European Union Law Fourth Edition, pp. 988-989.

¹¹⁵ "Article 101 (ex Article 81 TEC)

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:

ของ Treaty on European Union หรือ TEU เป็นบทบัญญัติที่กำหนดมาตรการทางกฎหมายการ แข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน มีเป้าหมายเพื่อป้องกันการแข่งขัน ในตลาด โดยพัฒนาคุณภาพความเป็นอยู่ของผู้บริโภค และเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ทั้งนี้ มาตรา 101 ได้บัญญัติข้อห้ามของการตกลงกัน ซึ่งใช้บังคับกับทั้งผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันในแนวนอน (Horizontal) และการตกลงกันของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวตั้ง (Vertical)¹¹⁶ ดังนี้

1. ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (Agreement between undertakings) การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ (Decision by association of undertakings) และการกระทำร่วมกัน (Concerted practice) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป ซึ่งมีวัตถุประสงค์ (object) หรือมีผล (effect) เป็นการกีดกัน (prevention) จำกัด (restriction) หรือบิดเบือน (distortion) การแข่งขันในตลาดภายในจะกระทำไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดราคาซื้อ หรือราคาขาย ทั้งทางตรงหรือทางอ้อม หรือเงื่อนไขทางการค้าอื่นๆ

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

¹¹⁶ Jones, A. and B. Surfrin, Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials, p. 118.

(ข) การจำกัด หรือควบคุมการผลิต การตลาด การพัฒนาด้านเทคโนโลยี หรือการลงทุน

(ค) การแบ่งส่วนของตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ

(ง) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่นซึ่งจะทำให้คู่ค้านั้นเกิดข้อเสียเปรียบในการแข่งขัน

(จ) การทำสัญญาโดยมีเงื่อนไขว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับหน้าที่เพิ่มเติม ซึ่งเมื่อพิจารณาจากธรรมชาติของสินค้า หรือประเพณีการค้าแล้ว ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาดังกล่าว

2. ข้อตกลงหรือการตัดสินใจที่ต้องห้ามตาม มาตรา 101 นี้ จะถือเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ

3. บทบัญญัติของวรรค 1 อาจไม่สามารถใช้บังคับได้ในกรณีต่อไปนี้

- ข้อตกลงหรือประเภทของข้อตกลงใด ๆ ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ
- การตัดสินใจหรือประเภทของการตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ
- การปฏิบัติร่วมกันหรือประเภทของการปฏิบัติร่วมกันซึ่งมีส่วนช่วยในการพัฒนาการผลิต หรือพัฒนาการกระจายสินค้า หรือการส่งเสริมความก้าวหน้าทางด้านเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจในขณะเดียวกันผู้บริโภคก็มีส่วนร่วมในผลประโยชน์ที่ดังกล่าว และ

(ก) ไม่กำหนดข้อจำกัดที่เกี่ยวกับข้อตกลงที่ไม่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น

(ข) ไม่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวสามารถจัดการแข่งขันในส่วนที่สำคัญของผลิตภัณฑ์ดังกล่าวได้"

ก. ศัพท์พื้นฐานของ มาตรา 101 TFEU

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น มาตรา 101 ของ TFEU ได้กำหนดหลักไว้ว่า หากเป็นความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไป ในลักษณะของข้อตกลง (agreement) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจ (Decision by association of undertakings) หรือการปฏิบัติร่วมกัน (Concerted practice) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์กันในแนวราบหรือแนวดิ่ง หากมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบเพื่อเป็น

การกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดภายในและส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำตามข้อ (ก) - (จ) ถือเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของ มาตรา 101 คือปกป้องการแข่งขันให้มีประสิทธิภาพ ไม่ใช่เพียงการควบคุมผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ยังเป็นการสร้างเชื่อมั่นใจว่าตลาดจะยังคงเปิดกว้างและมีการแข่งขัน¹¹⁷ โดยมาตรา 101 มีศัพท์พื้นฐานที่ต้องให้คำจำกัดความ ดังต่อไปนี้

1) คำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” (Undertaking) มาตรา 101 ไม่ได้ให้คำนิยามไว้ใน TFEU แต่ก็ได้มีการตีความกันอย่างแพร่หลายโดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European court of justice ในคดี *Hofner and Elser v. Macrotron*¹¹⁸ ได้อธิบายว่า “ความหมายของผู้ประกอบการธุรกิจ หมายความว่า ผู้ประกอบการธุรกิจทุกรูปแบบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือแหล่งที่มาของเงินทุนของผู้ประกอบการธุรกิจนั้น” ดังนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือมหาชน หรือบุคคลธรรมดา และมีสถานะเป็นบุคคลในทางกฎหมายหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ หากมีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) ซึ่งจะมุ่งเน้นไปที่ธรรมชาติของการกระทำที่เกิดขึ้นโดยผู้ประกอบการธุรกิจนั้น โดยผู้ประกอบการธุรกิจนั้นจะมีสถานะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายหรือไม่ไม่ใช่สาระสำคัญ ก็สามารถเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้¹¹⁹

ตัวอย่างที่คณะกรรมการได้แสดงให้เห็นถึงหลักการนี้คือ คดีเกี่ยวกับฟุตบอลโลกในปี ค.ศ.1990 คณะกรรมาธิการยุโรปได้ตัดสินว่าสมาคมด้านกีฬา ซึ่งได้แก่ สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) สหพันธ์ฟุตบอลแห่งอิตาลี (FIGC) และคณะกรรมการท้องถิ่น ซึ่งดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ภายใต้ความหมายของมาตรา 81 (ปัจจุบันคือ มาตรา 101)¹²⁰

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งกระทำหน้าที่ในรูปแบบของการกระทำของรัฐ โดยใช้อำนาจรัฐ จะไม่ตกอยู่ภายใต้ นิยามของคำว่า ผู้ประกอบการธุรกิจ และได้รับความคุ้มกันจากการใช้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ต้องพิจารณาว่าการเสนอสินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาด

¹¹⁷ Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, para. 47.

¹¹⁸ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 124.

¹¹⁹ *Ibid.*, 126.

¹²⁰ ผกาวิริ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 91.

ของรัฐเป็นไปเพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ หากไม่ใช่ก็ไม่มีผลจำเป็นที่จะต้องนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ¹²¹

นอกจากนี้ธุรกิจที่อยู่ในฐานะเป็นบริษัทแม่และบริษัทลูก (Parent and subsidiary) อาจมีฐานะความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน แต่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปเคยมีคำพิพากษาในคดี *Consten and Grundig* ว่า มาตรา 101 จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับองค์กรภายในของธุรกิจ โดยถือว่าบริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นองค์กรเดียวกันในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากบริษัทลูกไม่มีอิสระในการดำเนินการทางเศรษฐกิจและไม่มีเสรีภาพในการตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกจากนี้คดี *Viho Europe BV v. Commission* ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ยืนยันถึงหลักการดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทแม่ถือหุ้นจำนวนร้อยละ 100 ในบริษัทลูก บริษัททั้งสองจะถือเป็นองค์กรเดียวกันในทางเศรษฐกิจ ดังนั้นข้อตกลงระหว่างสองบริษัทนี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า¹²²

2) คำว่า “ข้อตกลง” (Agreement) หมายความถึง การแสดงออกในการตกลงร่วมกันไม่ว่าจะตกลงกันด้วยวาจา หรือตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร แม้ข้อตกลงนั้นจะเกิดขึ้นโดยไม่เต็มใจ หรือไม่มีเจตนาให้มีผลผูกพันในทางกฎหมาย หากแต่มีเจตนาร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในการดำเนินนโยบาย กระทำการไปสู่เป้าหมายหรือการปรับใช้แนวทางการประกอบธุรกิจในตลาดร่วมกัน และการพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของข้อตกลงจะต้องปรากฏถึงการมีเจตนาร่วมกันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมของผู้ประกอบธุรกิจในระบบเศรษฐกิจไม่ว่ารูปแบบใดก็ตาม ก็เข้าข่ายการกระทำที่เป็นข้อตกลงในรูปแบบนี้แล้ว¹²³ ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ละเมิดกฎหมายโดยอ้างว่าถูกบังคับจากคู่ค้าให้ทำข้อตกลง เพราะฉะนั้น ข้อตกลงที่ไม่เต็มใจอาจเป็นเพียงปัจจัยที่ทำให้คณะกรรมการลดค่าปรับหรือยกเว้นค่าปรับหรือไม่ทำการเริ่มดำเนินการเอาผิดได้¹²⁴ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงจะมีองค์ประกอบสำคัญ คือ การมีเจตนาร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในการดำเนินนโยบาย กระทำการนำไปสู่เป้าหมายหรือปรับใช้แนวทางการประกอบธุรกิจในตลาดร่วมกัน ซึ่งรูปแบบการตกลงไม่ใช่สาระสำคัญ อาจจะเป็นสัญญาตามกฎหมายหรือมีเจตนาให้มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ก็ได้¹²⁵ แต่ต้องมีการแสดงออกในการตกลงร่วมกัน

¹²¹ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 132.

¹²² ผกาวิริ์ ผาติเวชย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 91.

¹²³ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 142.

¹²⁴ *Ibid.*, 99.

¹²⁵ *Ibid.*, 150.

3) คำว่า “การปฏิบัติร่วมกัน” (Concerted Practice) หมายความว่า การกระทำในรูปแบบของการสมรู้ร่วมคิดที่มีความรัดกุม โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงการปรับใช้ มาตรา 101 ในลักษณะที่ไม่ใช่ข้อตกลงแต่เป็นการกระทำหรือการประพฤติปฏิบัติที่เหมือนกัน ซึ่งแม้ว่าจะไม่อยู่ในความหมายของข้อตกลง หรือการตัดสินใจ ก็อาจจะเป็นความผิดได้ ซึ่ง ศาลยุติธรรม แห่งยุโรป คดี *ICI v. Commission (Dyestuffs) and Suiiker Unie* ได้อธิบายว่า “การประสานงาน ระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่งไม่ถึงขั้นของการเป็นข้อตกลง แต่มีการประพฤติปฏิบัติร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการ” กรณีนี้ถูกกำหนดขึ้นอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมการกระทำที่หลากหลาย โดยมีลักษณะเป็นความเข้าใจร่วมกันอย่างไม่เป็นทางการเพื่อจำกัดการแข่งขัน และการกระทำร่วมกันที่เกิดขึ้นจะต้องถูกนำมาปฏิบัติหรือนำมาใช้จริงในตลาด¹²⁶ ดังนั้นการกระทำร่วมกันต้องมีองค์ประกอบ ทั้งการร่วมกันกระทำของผู้ประกอบการและเกิดการกระทำขึ้นจริงในตลาดด้วย¹²⁷ หากมีการคบคิด วางแผนเพื่อที่จะกระทำร่วมกันแต่ไม่ได้กระทำการนั้นขึ้นจริงในตลาดก็จะไม่ใช่การกระทำร่วมกันตาม ความหมายของมาตรา 101¹²⁸

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของมาตรา 101 ต้องการที่จะให้ผู้ประกอบการแต่ละรายมีการดำเนินการที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน และต้องการที่จะจัดการติดต่อไม่ว่าโดยตรง หรือโดยอ้อมระหว่างคู่แข่งซึ่งมีเป้าหมายหรือมีผลกระทบที่มีอิทธิพลต่อการกระทำในตลาด ดังนั้น การที่ผู้ประกอบการได้เข้าร่วมกันเพื่อตกลงกันที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงแผนการทางธุรกิจ ในอนาคตของตน เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลต่าง ๆ โดยเฉพาะข้อมูลด้านราคา การกระทำเช่นนี้มี แนวโน้มที่จะเป็นการกระทำร่วมกันที่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติร่วมกันภายใต้มาตรา 101(1) ไม่ได้ต้องการจำกัดการตัดสินใจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบการ เช่น การตัดสินใจในการส่งข้อมูลด้านราคาให้สื่อมวลชนเพื่อเผยแพร่ หรือการเลือกกระทำ การไปในทางเดียวกันกับคู่แข่งโดยปราศจากการสมคบคิดกัน¹²⁹

4) คำว่า “สมาคมของผู้ประกอบการ” (Association of undertaking) หมายความว่า การรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบการประเภทเดียวกันซึ่งเป็นที่พบปะของกลุ่มคู่แข่งใน ธุรกิจแบบเดียวกัน เพื่อทำการตกลงร่วมกัน หรือเพื่อเจรจาในเรื่องที่เป็นประโยชน์ร่วมกัน¹³⁰ โดย รูปแบบของการรวมตัวกันเป็นสมาคมจะประกอบด้วยองค์กรธุรกิจประเภทเดียวกันและมีความ

¹²⁶ Ibid., 161.

¹²⁷ ผกาวิริ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขอ อนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 93.

¹²⁸ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 178.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid., 168.

รับผิดชอบในการเป็นตัวแทนและเรียกร้องผลประโยชน์ร่วมกันต่อองค์กรทางเศรษฐกิจอื่น ดังนั้น หลักการนี้จึงใช้บังคับกับสมาคมทางการค้าที่อาจจัดประชุมสำหรับคู่แข่งในอุตสาหกรรมอย่างเดียวกัน เพื่อดำเนินการไปในทิศทางเดียวกันและเจรจาในผลประโยชน์ร่วมกัน รวมถึงการตัดสินใจเพื่อใช้วิธีการที่เหมาะสมในการทำการค้า¹³¹

ทั้งนี้ “การตัดสินใจโดยสมาคมผู้ประกอบการ” (Decision by associations of undertakings) จะเป็นความผิด เนื่องจากสมาคมเหล่านี้มักจะมิบทบาทสำคัญทำให้เกิดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการขนาดใหญ่¹³² และอาจหลีกเลี่ยงกฎหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยการร่วมมือกันเป็นสมาคม กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตรา 101 จึงจำเป็นต้องกำหนดถึงการกระทำของสมาคมของผู้ประกอบการ และเพื่อให้การกำกับดูแลมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะผู้ประกอบการแต่รวมไปถึงสมาคมของผู้ประกอบการเหล่านั้นด้วย นอกจากนี้ ระเบียบข้อบังคับ (Constitution) ข้อตกลงที่กระทำขึ้นโดยสมาคม ก็ถือเป็นการตัดสินใจรูปแบบหนึ่ง หรือเพียงแต่ข้อเสนอแนะ (Recommendation) ของทางสมาคมก็อาจถือเป็นการตัดสินใจได้ทั้งที่ตามความเป็นจริงแล้วข้อแนะนำนั้นอาจไม่ได้มีผลผูกพันผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกใดๆ¹³³

ข. ขั้นตอนการพิจารณามาตรา 101 ในกรณีการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

ตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการ ได้อธิบายประเภทของพฤติกรรมมารวมกัน (Co-ordination of behavior) หรือการสมรู้ร่วมคิด (Collusion) ระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ภายใต้มาตรา 101(1) กล่าวคือ ต้องมีผู้ประกอบการอย่างน้อยหนึ่งรายร่วมกับอีกผู้ประกอบการหนึ่งรายทำสัญญาเพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมในตลาด หรือผลของข้อตกลงนั้นทำให้การแข่งขันในตลาดถูกจำกัดหรือลดลงอย่างมีนัยสำคัญ ในการทำข้อตกลงนั้นสามารถทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะทำในรูปแบบของข้อผูกมัด (Obligation) ที่ควบคุมพฤติกรรมตลาดโดยคู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่าย ตลอดจนการจัดการที่มีอิทธิพลต่อการดำเนินการทางตลาดจนก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิ่งจูงใจโดยไม่จำเป็นต้องมีการประสานงานเพื่อผลประโยชน์ของผู้ประกอบการทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง¹³⁴

¹³¹ Ibid., 146.

¹³² Ibid., 168.

¹³³ ผกาวิรั ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมมารวมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 93.

¹³⁴ Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, para. 15.

ตัวอย่างคดี *Courage v Crehan*¹³⁵ ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับการทำสัญญาเช่าฟ่วงเบียร์ (Beer tie) โดย Crehan เป็นผู้ประกอบกิจการสถานบันเทิง ได้เช่าพื้นที่เพื่อประกอบธุรกิจสถานบันเทิงจาก Courage ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจเครื่องดื่มรายใหญ่ โดยสัญญาเช่าอยู่ภายใต้ข้อผูกมัดที่ว่า Crehan ต้องซื้อเบียร์จาก Courage ในราคาที่สูงกว่าราคาปกติ ซึ่งศาล European court of justice (ECJ) ได้ตัดสินว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากการละเมิด มาตรา 81 EC (ปัจจุบันคือ มาตรา 101 TFEU) ซึ่งก่อให้เกิดความสูญเสียแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด

นอกจากนี้การร่วมมือกันไม่จำเป็นต้องแสดงออกอย่างชัดเจน อาจเกิดขึ้นโดยปริยายก็ได้ แต่จะต้องมีการเชิญชวน (Invitation) จากผู้ประกอบธุรกิจหนึ่งไปยังอีกผู้ประกอบธุรกิจหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยชัดเจนหรือโดยปริยายเพื่อที่จะร่วมมือกันในการต่อต้านการแข่งขัน (Anti-competition)¹³⁶

ตัวอย่างคดี *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure* ซึ่งศาลชั้นต้น (Court of first instance) ได้วางหลักไว้ว่าข้อตกลง (agreement) ภายใต้อrticle 85(1) (ปัจจุบันคือ มาตรา 101(1) ของ TFEU) สามารถทำได้โดยการยอมรับโดยปริยาย (Tacit acceptance) อย่งไรก็ดี คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องมีการแสดงเจตนาอย่างเด่นชัดในการทำสัญญาเพื่อต่อต้านการแข่งขัน โดยการส่งคำเชิญ (Invitation) โดยชัดเจนหรือโดยปริยายไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อที่จะทำให้การต่อต้านการแข่งขันนั้นบรรลุผล¹³⁷

ในเบื้องต้น หลักในการพิจารณามาตรา 101 ประกอบด้วย 2 ชั้น ดังนี้

1) พิจารณาว่าพฤติกรรมภายใต้มาตรา 101(1) ของข้อตกลงดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อเป็นการจำกัดการแข่งขัน หรือมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งการกระทำทั้งหลายภายใต้มาตรา 101 จะต้องมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบเป็นการกีดกัน การจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน (The object or effect of prevention, restricting or distorting competition) สิ่งนี้ถือเป็นหัวใจสำคัญของมาตรา 101 เนื่องจากข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกัน (Collusive practice) จะไม่ถูกต้องห้าม เว้นแต่เป็นไปเพื่อการกีดกัน การจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายใต้ความหมายของมาตรา 101(1)¹³⁸

¹³⁵ "Courage and Crehan," (European Court of Justice, 2001).

¹³⁶ European Commission, "Communication from the Commission Notice Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty," *Official Journal of the European Union* (2004): paras.15.

¹³⁷ "Bundesverband Der Arzneimittel-Importeure Ev and Commission of the European Communities Vs Bayer Ag," (2004).

¹³⁸ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 171.

อนึ่ง คำว่า เป้าหมาย (object) และ ผลกระทบ (effect) ต้องพิจารณาแยกออกจากกัน โดยเริ่มพิจารณาจากการพิจารณาเป้าหมายก่อนว่ามีเป้าหมายเพื่อกีดกัน จำกัด หรือ บิดเบือนการแข่งขันหรือไม่ หากไม่ปรากฏเป้าหมายที่ชัดเจนจึงจะพิจารณาต่อไปว่าความตกลงนั้นมีผลกระทบอย่างไร โดยการพิจารณาผลกระทบเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบของความตกลงนั้นกับการดำรงอยู่ของการแข่งขันเมื่อถูกจำกัดตามข้อตกลง ประกอบกับเหตุผลทางเศรษฐกิจ¹³⁹

สำหรับการจำกัดการแข่งขันโดยเป้าหมาย (Restriction of competition by object) ซึ่งมีผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันอันอาจทำให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันได้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อตลาดที่เป็นรูปธรรมก็เข้าข้อ 101(1) ซึ่งได้แก่¹⁴⁰

- ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการกำหนดราคา และแบ่งส่วนตลาด (Price fixing and market sharing)
- ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการลดปริมาณการผลิตสินค้าและเพิ่มราคาสินค้า (Reduce output and raise prices)

พฤติกรรมดังกล่าวข้างต้น นำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ เพราะผลิตสินค้าไม่ตรงตามความต้องการของผู้บริโภค นอกจากนี้ยังนำไปสู่การลดสวัสดิการของผู้บริโภค เนื่องจากผู้บริโภคจะต้องจ่ายเงินสำหรับสินค้าและบริการดังกล่าวในราคาที่สูงขึ้น¹⁴¹

ทั้งนี้ การจำกัดการแข่งขันโดยเป้าหมายนี้ปรากฏอยู่ในรายการต้องห้าม (Black-listed) ของกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block exemption regulations) อันเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง (hardcore restrictions) ซึ่งคณะกรรมการยุโรปพิจารณาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเป้าหมาย ตัวอย่างเช่น การกำหนดราคาขายต่อคงที่และราคาขายต่อต่ำสุด (Fixed and minimum Resale price maintenance) การกำหนดอาณาเขต (Absolute territorial protection) รวมถึงข้อจำกัดในการขายแบบพาสซีฟ เป็นต้น

การจำกัดการแข่งขันอีกประเภทหนึ่ง คือ การจำกัดการแข่งขันโดยผลกระทบ (Restriction by effect) เป็นกรณีที่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยตรง จึงต้องพิจารณาต่อมามีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ โดยข้อตกลงที่เป็นการ

¹³⁹ ผกาวิร์ ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 95.

¹⁴⁰ European Commission, "Communication from the Commission Notice Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty," *Official Journal of the European Union*: Para. 22-23.

¹⁴¹ Ibid.

จำกัดโดยผลกระทบนั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงหรือมีแนวโน้มที่จะกระทบต่อการแข่งขัน (Actual or potential effects) เป็นรายกรณีไป ซึ่งข้อตกลงนั้นจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องด้านราคา ผลผลิต นวัตกรรม ความหลากหลายของสินค้า หรือคุณภาพสินค้าหรือบริการที่ทำให้ตลาดเปลี่ยนแปลงไปจากที่ควรจะเป็นอย่างมีนัยสำคัญ จึงจะต้องห้ามตามมาตรา 101(1)

ในการวิเคราะห์ด้านผลกระทบนี้สะท้อนให้เห็นถึงการปรับใช้แนวทางทางเศรษฐศาสตร์ (Economic approach) ของคณะกรรมการเนื่องจากข้อห้ามตามมาตรา 101(1) จะปรับใช้เฉพาะกรณีที่อยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ตลาดที่เหมาะสม จึงจะสามารถสรุปได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันในตลาดหรือไม่ กล่าวคือ การที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block exemption regulations) นั้นไม่ใช่สาระสำคัญ เนื่องจากข้อตกลงที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินที่คณะกรรมการกำหนด (Safe harbour) ตามกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) ก็อาจจะเข้ามาตรา 101(1) ได้ หรือแม้แต่ข้อตกลงที่ส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญาเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดตามกฎหมายยกเว้นแบบกลุ่มก็ไม่เพียงพอที่จะพิจารณาว่าต้องห้ามตามมาตรา 101(1) หรือไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101(3)

ดังนั้น การประเมินข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยผลกระทบ (Restriction by effect) จำเป็นต้องประเมินผลกระทบที่เกิดจากข้อตกลงเป็นรายกรณีไป ซึ่งผลกระทบเชิงลบต่อการแข่งขันภายในตลาดที่เกี่ยวข้องมีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายร่วมกันมีอำนาจตลาด (Market power) หรือได้รับอำนาจตลาดในระดับหนึ่ง และข้อตกลงนั้นก่อให้เกิดการรักษาระดับอำนาจตลาด หรือเสริมสร้างความเข้มแข็งของอำนาจตลาดไว้ ทำให้คู่สัญญามีอำนาจในการกำหนดราคา หรือกำหนดปริมาณของสินค้า หรือคุณภาพสินค้า¹⁴²

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาระดับอำนาจตลาด ในกรณีของข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยผลกระทบที่ต้องห้ามตามมาตรา 101(1) จะน้อยกว่าการพิจารณาระดับของอำนาจตลาดที่จำเป็นสำหรับการพิจารณาอำนาจเหนือตลาด (Dominance) ของผู้ประกอบการก็ตาม มาตรา 102¹⁴³

¹⁴² European Commission, "Communication from the Commission Notice Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty," *Official Journal of the European Union*: para. 24-27.

¹⁴³ Ibid.

2) พิจารณาว่าเมื่อข้อตกลงดังกล่าวมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) แล้วจะกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันมากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาระหว่างข้อดีและข้อเสียดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กรอบของ มาตรา 101(3)¹⁴⁴ กล่าวคือ หากข้อตกลง การตัดสินใจของสมาคมการค้า หรือการปฏิบัติร่วมกัน เข้าเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 101(3) ของ TFEU ซึ่งมีส่วนช่วยในการปรับปรุงการผลิต หรือปรับปรุงการกระจายสินค้า หรือการส่งเสริมความก้าวหน้าทางด้านเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ ในขณะที่เดียวกันผู้บริโภคร่วมมีส่วนร่วมในผลประโยชน์ดังกล่าว อีกทั้งข้อตกลงไม่กำหนดข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น และไม่ทำลายการแข่งขันส่วนที่สำคัญ ก็จะต้องห้ามตามมาตรา 101(1) แต่ถ้าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) และไม่เข้าเงื่อนไขที่ได้รับการยกเว้นให้สามารถกระทำได้ตามมาตรา 101(3) ก็จะทำให้ข้อตกลงตกเป็นโมฆะทันทีตาม มาตรา 101(2) ของ TFEU

สำหรับความตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งสามารถก่อให้เกิดผลทั้งในเชิงบวกและเชิงลบ กล่าวคือ บางความตกลงอาจจะก่อให้เกิดผลในเชิงลบเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (Intra brand competition) ในขณะเดียวกันก็อาจส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อมากขึ้น (Inter brand competition) ก่อให้เกิดประโยชน์ที่สำคัญต่อการดำเนินงานของตลาด¹⁴⁵ ดังนั้น ข้อตกลงในแนวดิ่งจึงจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ได้รับกับผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งการถ่วงดุลผลกระทบของการส่งเสริมการแข่งขันและการต่อต้านการแข่งขันจะได้รับการพิจารณาภายใต้มาตรา 101(3)¹⁴⁶

ค. การตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งภายใต้มาตรา 101

จากแนวปฏิบัติ EUROPEAN Commission Guideline on Vertical Restraints ระบุว่า มาตรา 101 ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวดิ่งที่อาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป และมีเป้าหมายหรือผลกระทบเพื่อการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด ซึ่งเป้าหมายของมาตรา 101 มีขึ้นเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ประกอบการจะไม่ใช้

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Kirsty Middleton *et al.*, *Cases and Materials on UK and EC Competition Law*, 2 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 292.

¹⁴⁶ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty " Official Journal of the European Union (2004): para. 12.

ข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเพื่อสร้างความเสียหายต่อการแข่งขันซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในที่สุด¹⁴⁷

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงบวกหรือเชิงลบได้ ตัวอย่างเช่น การจำกัดการแข่งขันภายในสินค้าที่ห่อเดียวกัน (Intrabrand competition) ซึ่งมีความสำคัญต่อระบบการจัดจำหน่ายสินค้า โดยจัดอยู่ในประเภทการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Selective and Exclusive distribution) อันนำไปสู่การลดทางเลือกของผู้บริโภคและทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้น อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งสามารถกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งที่ขายสินค้าต่างยี่ห้อกัน¹⁴⁸ (Interbrand competition) ซึ่งเป็นคู่แข่งกันภายในแนวราบ อันเป็นการส่งเสริมให้มีการเข้าสู่ตลาดของผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ รวมถึงส่งผลดีต่อผู้บริโภคด้วย

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการเห็นว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งนั้นมีผลร้ายแรงน้อยกว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวราบ ซึ่งคณะกรรมาธิการได้นำทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้กับการพิจารณาการจำกัดการแข่งขันของข้อตกลงในแนวดิ่งภายใต้มาตรา 101 (1) โดยให้ความสำคัญกับอำนาจตลาด (market power) ของผู้ประกอบการ ซึ่งต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบ เช่น¹⁴⁹

- ลักษณะของข้อตกลง (nature of the agreement)
- อำนาจตลาดของคู่สัญญา (market position of the parties)
- อำนาจตลาดของคู่แข่ง (market position of competitors)
- อำนาจตลาดของผู้ซื้อผลิตภัณฑ์ตามสัญญา (market position of buyers of the contract products)
- อุปสรรคในการเข้าแข่งขัน (entry barriers)
- การเจริญเติบโตของตลาด (maturity of the market)
- ระดับการค้า (level of trade)
- ลักษณะของผลิตภัณฑ์ (nature of the product)

¹⁴⁷ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union

¹⁴⁸ Kirsty Middleton *et al.*, Cases and Materials on UK and EC Competition Law (United States, New York: Oxford University Press), p. 292.

¹⁴⁹ Jones, A. and B. Surfrin, Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials, p. 662.

- และปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจเกี่ยวข้อง

เดิม คณะกรรมการได้แบ่งประเภทการตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งไว้ 8 ประเภท ดังต่อไปนี้¹⁵⁰

1) ข้อตกลงขายสินค้ายี่ห้อเดียว (single branding agreement)

ข้อตกลงการขายสินค้ายี่ห้อเดียว หมายถึง ผู้ซื้อถูกบังคับหรือถูกโน้มน้าวให้สั่งซื้อสินค้าชนิดหนึ่งจากผู้จัดหาเพียงรายเดียว คณะกรรมการตระหนักถึงปัญหาการจำกัดการแข่งขันของข้อตกลงประเภทนี้ เนื่องจาก ข้อตกลงขายสินค้ายี่ห้อเดียว เป็นสาเหตุให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าจากผู้จัดหาเพียงรายเดียว ซึ่งอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ (Interbrand competition) ทั้งนี้ คณะกรรมการได้กล่าวถึงข้อตกลงประเภทนี้ในแนวปฏิบัติว่าเป็นข้อผูกมัดไม่ให้มีการแข่งขัน (non-compete obligations) เนื่องจากทำให้เกิดผลกระทบเป็นการลดการแข่งขันระหว่างผู้จัดหาโดยการกีดกันลูกค้าจากการซื้อสินค้าที่เป็นผลิตภัณฑ์ของคู่แข่ง (competing products)¹⁵¹

ข้อตกลงประเภทนี้จะละเมิดมาตรา 101(1) หรือไม่ คณะกรรมการจะพิจารณาโดยใช้ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ในกรณีที่ข้อตกลงขายสินค้ายี่ห้อเดียวไม่ได้มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการแข่งขัน คณะกรรมการก็จะต้องประเมินบริบททางเศรษฐกิจเพื่อตัดสินใจว่าข้อตกลงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่¹⁵²

การพิจารณาข้อตกลงขายสินค้ายี่ห้อเดียวภายใต้มาตรา 101(1) จะต้องพิจารณาถึงสถานะทางการตลาดของผู้จัดหา (market position of supplier) รวมทั้งระยะเวลาของข้อตกลง ถ้าหากมีส่วนแบ่งตลาดสูง (higher the market share) และระยะเวลาข้อตกลงนาน ก็จะมีความเป็นไปได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลกระทบที่สำคัญต่อตลาด¹⁵³

คณะกรรมการได้แบ่งการพิจารณาข้อผูกมัดไม่ให้มีการแข่งขัน (non-compete obligation) ที่จัดทำขึ้นโดยบริษัทที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาด (non-dominant company) หากมีระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี จะไม่ถูกพิจารณาว่าทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันตามมาตรา 101(1) ส่วนข้อผูกพันที่มีระยะเวลาระหว่าง 1-5 ปี จะต้องได้รับการประเมินที่เหมาะสมระหว่างผลกระทบเชิงบวกและผลกระทบเชิงลบ ในขณะที่ข้อผูกพันที่มีระยะเวลาเกิน 5 ปี ถึงแม้จะอ้างว่า

¹⁵⁰ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 626.

¹⁵¹ Ibid., 627.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid., 628.

เพื่อการเริ่มต้นลงทุน แต่คณะกรรมการก็พิจารณาว่าเป็นระยะเวลาที่นานเกินความจำเป็นกว่า
ประสิทธิภาพที่ได้รับ ข้อตกลงดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1)¹⁵⁴

2) ข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive distribution agreement)

ข้อตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว หมายถึง ข้อตกลงที่ผู้จัดหา
ตกลงที่จะขายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายเพื่อขายต่อเพียงรายเดียวในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง (supplier
agrees to sell his products only to one distributor for resale in a particular territory) ใน
ขณะเดียวกันผู้จัดจำหน่ายจะต้องจำกัดการขายในพื้นที่ที่ตนได้รับจัดสรรเท่านั้น ซึ่งข้อตกลงประเภทนี้
จะทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในสินค้านี้หรือเดียวกัน (Intrabrand competition) และการแบ่งเขต
ตลาด (market partitioning) ที่อาจนำไปสู่การตั้งราคาสินค้าที่แตกต่างกัน (price discrimination)
ได้สะดวกขึ้น¹⁵⁵

คณะกรรมการได้ตระหนักถึงผลเสียของข้อตกลงประเภทนี้และตั้ง
ข้อสังเกตว่าหากผู้จัดหาในตลาดจำหน่ายสินค้าชนิดหนึ่งปรับใช้การจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว
(exclusive distribution) สิ่งนี้อาจเป็นสิ่งที่อำนวยความสะดวกให้เกิดการสมรู้ร่วมคิด (collusion)
ในระดับของผู้จัดหาและผู้จัดจำหน่ายของตลาด อันจะนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ
(Interbrand competition)¹⁵⁶ เช่น บริษัท ก ผู้จัดหาสินค้า A กำหนดให้ ข เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้า
A แต่เพียงผู้เดียวในประเทศฝรั่งเศส หากบริษัท ก ตกลงกับบริษัท ค ซึ่งเป็นผู้จัดหาสินค้า B ให้บริษัท
ค ตั้ง ง เป็นผู้แทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวในเขตพื้นที่อื่นที่มีอยู่ในประเทศฝรั่งเศส กรณีเช่นนี้จะเป็
นการลดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อในเขตพื้นที่ประเทศฝรั่งเศส ทำให้บริษัท ก อาจมีอำนาจกำหนด
ราคาสินค้าได้ตามอำเภอใจ

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงประเภทนี้มีข้อดีหลายประการ เช่น ประสิทธิภาพใน
การประสานงานระหว่างผู้ผลิตไปยังผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียวในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่ทำให้ได้รับ
การถ่ายทอดนโยบายอย่างเฉพาะเจาะจง ประหยัดค่าใช้จ่ายทางธุรกรรม การดูแลลูกค้าที่ทั่วถึง
นอกจากนี้การทำข้อตกลงแต่เพียงผู้เดียวยังช่วยส่งเสริมให้เกิดการโฆษณาผลิตภัณฑ์ และแก้ไขปัญหา

¹⁵⁴ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.133.

¹⁵⁵ *ibid.*, para.45.

¹⁵⁶ Whish, R., Competition Law: 6th (Sixth) Edition, p. 628.

ที่คู่แข่งรายอื่นมาใช้ประโยชน์จากผู้จัดจำหน่ายของผู้ผลิต (free-rider problem)¹⁵⁷ เช่น ใช้ประโยชน์จากการโฆษณาสินค้า หรือการทดลองใช้ผลิตภัณฑ์

ถึงแม้ว่าการแบ่งพื้นที่การจัดจำหน่ายนั้น (Territorial protection granted to the distributor) ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน แต่แนวคำพิพากษาของศาลค่อนข้างชัดเจนว่าจะต้องพิจารณาประโยชน์ที่ได้รับจากการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive distribution agreement) ดังเช่นกรณีศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินคดี *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm* ว่าการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวไม่มีเป้าหมายเป็นการจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากการแต่งตั้งผู้จัดจำหน่ายแบบผูกขาด (exclusive distribution) นั้นมีความจำเป็นต่อผู้ผลิตในการเข้าถึงตลาดใหม่¹⁵⁸ แต่จะต้องได้รับการพิจารณาในบริบทของตลาดอื่นว่ามีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ อย่างไรก็ตาม โดยปกติแล้วข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวจะไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) หากไม่มีองค์ประกอบเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากการแบ่งเขตพื้นที่¹⁵⁹ เช่น ข้อตกลงที่แบ่งพื้นที่และการกำหนดราคาขายต่อ เป็นต้น

3) ข้อตกลงการจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย (Exclusive customer allocation agreement)

ข้อตกลงการจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย เป็นกรณีที่ผู้จัดทำข้อตกลงขายผลิตภัณฑ์ให้กับ ผู้จัดจำหน่ายที่จะขายผลิตภัณฑ์ต่อให้กับกลุ่มลูกค้าเฉพาะเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันผู้จัดจำหน่ายก็จะถูกจำกัดการขายแบบแอกทีฟไปยังกลุ่มลูกค้ากลุ่มอื่น ซึ่งข้อตกลงนี้อาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในสินค้าที่ห่อเดียวกันและการแบ่งตลาด (market participation) อันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination)¹⁶⁰

การจัดสรรลูกค้าเฉพาะ (Exclusive customer allocation) ส่วนมากจะเกิดขึ้นในการขายผลิตภัณฑ์ที่อยู่ระหว่างการผลิต (Intermediate products) และในระดับการขายส่ง (wholesale level) ที่มีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (final products)¹⁶¹

¹⁵⁷ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 666.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 629.

¹⁶⁰ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para. 168.

¹⁶¹ Ibid., para. 171.

การจัดสรรลูกค้าเฉพาะนี้อาจนำไปสู่ประสิทธิภาพด้านการจัดจำหน่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้จัดจำหน่ายต้องการที่จะลงทุน เช่น อุปกรณ์พิเศษ (specific equipment) พัฒนาความรู้ด้าน know-how ให้กับกลุ่มลูกค้าเฉพาะของตน อย่างไรก็ตาม ใดๆก็ดี คณะกรรมาธิการยุโรปได้ตระหนักถึงความเสี่ยงในการจำกัดการแข่งขันของข้อตกลงประเภทนี้ และได้ให้ความเห็นไว้ว่าการจัดสรรกลุ่มลูกค้าเฉพาะอาจเกิดขึ้นได้สำหรับผลิตภัณฑ์ขั้นกลางหรือผลิตภัณฑ์ที่อยู่ระหว่างกระบวนการผลิต (intermediate products) หากการจัดสรรลูกค้าเฉพาะดังกล่าวเกิดขึ้นในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (final products) คณะกรรมาธิการเห็นว่าอาจจะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพ¹⁶²

4) ข้อตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรร (Selective distribution agreement)

ข้อตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรร มีลักษณะคล้ายกับข้อตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution agreement) กล่าวคือ จำกัดจำนวนของผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับอนุญาตและจำกัดความสามารถในการขายต่อ แต่ความแตกต่างระหว่างข้อตกลงดังกล่าว คือ ข้อตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรรนั้น การจำกัดจำนวนของผู้แทนจำหน่าย (dealer) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับพื้นที่ แต่ขึ้นอยู่กับเกณฑ์การเลือกสถานที่ที่มีความเชื่อมโยงกับลักษณะของผลิตภัณฑ์¹⁶³

เนื่องจากผู้จัดหาที่เป็นผู้สร้างยี่ห้อสินค้า ต้องการที่จะปกป้องภาพลักษณ์ของตราผลิตภัณฑ์ หรือ ดูแลการให้บริการลูกค้าให้เป็นไปตามข้อกำหนดเฉพาะที่เหมาะสม ผู้จัดหาจึงจำเป็นต้องเลือกผู้ค้าปลีก โดยอาจเลือกจากคุณภาพหรืออ้างอิงจากสถานที่ตั้งของผู้จัดจำหน่าย ที่ผู้จัดหาต้องการแสดงหรือทำให้ภาพลักษณ์ของตราสินค้าดีขึ้น ซึ่งผู้จัดหาอาจทำข้อตกลงที่จะจัดหาผลิตภัณฑ์ให้กับผู้ค้าปลีกที่มีกลุ่มลูกค้าในระดับสูง หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้จัดหาทำข้อตกลงกับผู้ค้าปลีกที่ตกลงที่จะทำตามข้อผูกพันบางประการในการให้บริการ ทำการส่งเสริมการขาย หรือทำการสั่งซื้อปกติ ทั้งนี้เพื่อสร้างความมั่นใจว่าลูกค้าที่ซื้อผลิตภัณฑ์จะได้รับการบริการขั้นต่ำก่อนการขาย (minimum level of pre-sales services) และได้รับข้อมูลด้านคุณภาพของผลิตภัณฑ์อย่างถูกต้อง ถ้าหากระบบการจัดจำหน่ายเช่นนี้เกิดขึ้นในระดับผู้จัดจำหน่ายจะยังเป็นการสร้างความมั่นใจได้ว่าจะไม่เกิดการถูกเอาเปรียบโดยคู่แข่งรายอื่น (free-ride) ที่ต้องการใช้ประโยชน์จากการส่งเสริมหรือการ

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid., para.174.

ให้บริการก่อนการขายผลิตภัณฑ์ของผู้ค้าปลีก เนื่องจากผู้จัดหาจะไม่ส่งสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ได้รับอนุญาต¹⁶⁴

อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการเห็นว่า ระบบการจัดจำหน่ายเช่นนี้อาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันภายในยี่ห้อเดียวกัน (Intrabrand competition) อาจนำไปสู่การสมรู้ร่วมคิดระหว่างผู้จัดหากับผู้ซื้อ¹⁶⁵ การพิจารณาข้อตกลงนี้ภายใต้มาตรา 101(1) จะต้องพิจารณาว่าระบบการจัดจำหน่ายนี้เป็นระบบที่สร้างคุณภาพที่แท้จริง (purely qualitative system) หรือเป็นเพียงระบบเชิงปริมาณ (quantitative system) ซึ่งระบบแรกคณะกรรมาธิการถือว่าไม่ละเมิดมาตรา 101(1)¹⁶⁶

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมยุโรปได้รับรู้ถึงการหลีกเลี่ยงมาตรา 101(1) ดังกล่าว และได้วางหลักการในการพิจารณาระบบการสร้างคุณภาพที่แท้จริงให้กับตราสินค้าไว้ในคดี *Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission (No.1) [1977] ECR 1875* เป็นคดีที่ SABA ผู้ผลิตโทรทัศน์ วิทย์ และเครื่องอัดเสียง ได้จัดจำหน่ายสินค้าผ่านเครือข่ายการจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรร (Selective distribution network) โดยมีตัวแทนที่เชี่ยวชาญ (specialist dealers) ที่ผ่านเกณฑ์การขายสินค้าดังกล่าว

คดีดังกล่าวได้สร้างหลัก *Metro Doctrine* กล่าวคือ มาตรา 101(1) จะไม่ใช้กับระบบการจัดจำหน่ายเช่นนี้ หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้¹⁶⁷

ก. ลักษณะของผลิตภัณฑ์มีความจำเป็นต้องใช้ระบบการจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรร (Selective distribution system) ซึ่งศาลในคดี Metro ได้วางหลักไว้ว่ามีผลิตภัณฑ์ 2 ประเภทที่จะใช้ระบบดังกล่าวได้ ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อนทางเทคนิค (Technically complex products) เพราะต้องใช้ผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกที่มีความเฉพาะเจาะจงและมีความรู้และเข้าใจในตัวผลิตภัณฑ์จริง เช่น รถยนต์ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ผลิตภัณฑ์อีกประเภทหนึ่ง คือ ผลิตภัณฑ์ที่มีมูลค่าหรือมูลค่าของตราสินค้ามีราคาสูง (luxury or branded products) ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษามูลค่าและภาพลักษณ์ของตราสินค้า ผู้ผลิต (producer) จึงต้องเลือกผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ขายที่ดูแลภาพลักษณ์ รวมทั้งดูแลลูกค้าของผลิตภัณฑ์ได้¹⁶⁸

¹⁶⁴ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 667.

¹⁶⁵ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* 178.

¹⁶⁶ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 630.

¹⁶⁷ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 669.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 670.

ข. ผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับการคัดเลือกโดยอ้างอิงถึงวัตถุประสงค์ที่ว่าการรักษาภาพลักษณ์ของสินค้า หรือเพราะสินค้าดังกล่าวนั้นมีความซับซ้อนทางด้านเทคนิคดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้การเลือกจะต้องไม่เป็นไปเพื่อเลือกปฏิบัติต่อผู้ค้าปลีกบางราย และ

ค. เกณฑ์ที่กำหนดไว้จะต้องไม่เกินความจำเป็นสำหรับผลิตภัณฑ์ตามสัญญา

อย่างไรก็ดี แม้ว่าระบบการจัดจำหน่ายดังกล่าวจะเข้าเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้น แต่ก็อาจจะละเมิดมาตรา 101(1) ได้ หากตลาดของผลิตภัณฑ์มีความเชื่อมโยงกับเครือข่ายของข้อตกลงอื่นที่มีความคล้ายคลึงกัน¹⁶⁹ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

5) ข้อตกลงแฟรนไชส์ (Franchising agreement)

ข้อตกลงแบบแฟรนไชส์เป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายทางการค้า หรือสัญลักษณ์ และ ความรู้เชิงชั้นตอน (know-how) สำหรับผู้ใช้และผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการ นอกจากนี้สัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights) ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ อนุญาตให้ผู้ใช้สิทธิดำเนินการทางการค้า หรือ ให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคภายในระยะเวลาของสัญญา และผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) จ่ายเงินค่าใช้สิทธิให้กับผู้อนุญาต (franchisor) ทั้งนี้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจจำกัดการลงทุน หรือมีแบบแผนการดำเนินธุรกิจสำหรับผู้จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ นอกจากนี้ข้อตกลงแฟรนไชส์โดยปกติอาจมีการรวมข้อตกลงการจำกัดในแนวตั้ง (vertical restraint) อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ที่จัดจำหน่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (selective distribution) และการจัดจำหน่ายแบบไม่มีการแข่งขัน (non-compete distribution) หรือการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive distribution) เป็นต้น¹⁷⁰

ในคดี *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* ศาลยุติธรรมยุโรป (ECJ) ตัดสินว่า ข้อตกลงแฟรนไชส์ (franchise agreement) ไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) ด้วยเหตุผลประการแรก คือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) จะต้องให้ความรู้เชิงชั้นตอน (know-how) กับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisee) และปกป้องการใช้ความรู้ดังกล่าวจากคู่แข่ง เหตุผลประการที่สองคือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (franchisor) ต้องการที่จะรักษาอัตลักษณ์พื้นฐาน (common standard) และรักษาชื่อเสียงของ

¹⁶⁹ Ibid., 669.

¹⁷⁰ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union 189.

เครือข่ายไว้¹⁷¹ ด้วยเหตุนี้ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่เข้ามาตรา 101(1) อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่อาจแบ่งเขตตลาด (market territorially) หรือการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) ข้อตกลงดังกล่าวจะตกอยู่ในมาตรา 101(1) แต่ก็อาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101 (3) เป็นรายการณี หากเข้าเงื่อนไขตามที่มาตรา 101(3) กำหนด¹⁷²

6) ข้อตกลงการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply agreement)

ข้อตกลงประเภทนี้เป็นข้อตกลงที่ผู้จัดหาถูกสร้างข้อผูกพันหรือถูกโน้มน้าวให้ขายสินค้าตามสัญญาให้กับผู้ซื้อเพียงรายเดียวเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการขายต่อหรือการใช้ที่เฉพาะเจาะจง (resale or particular use) ข้อตกลงเช่นนี้เป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่มีการจัดจำหน่ายแบบจำกัดที่มากขึ้น (extreme form of limited distribution agreement) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าหรือบริการชั้นกลาง (intermediate goods or services) ข้อตกลงการจัดหาแบบผูกขาดนี้มักจะถูกใช้บ่อยในห่วงโซ่อุตสาหกรรม (industrial supply)¹⁷³

ข้อตกลงประเภทนี้มีความเสี่ยงที่จะจำกัดการแข่งขันของผู้ซื้ออื่น และมีผลกระทบต่อการแข่งขันคล้ายกับข้อตกลงการจำกัดการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distributor) กลายมาเป็นผู้ซื้อแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive buyer) ของตลาดทั้งหมด ทั้งนี้ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ซื้อในตลาดการซื้อต้นน้ำ (upstream purchase market) มีความสำคัญสำหรับการประเมินความสามารถของผู้ซื้อในการกำหนดการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Supply) ซึ่งทำให้ผู้ซื้อรายอื่นไม่สามารถเข้าถึงการจัดจำหน่ายได้ ส่วนความสำคัญของผู้ซื้อในตลาดปลายน้ำ (downstream market) เป็นเพียงปัจจัยในการพิจารณาว่าปัญหาการแข่งขันอาจเกิดขึ้น ถ้าหากผู้ซื้อไม่มีอำนาจตลาดในตลาดปลายน้ำก็จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค¹⁷⁴

7) การขายพ่วง (tying)

การขายพ่วงคือ ข้อตกลงที่ผู้จัดหาทำการจัดจำหน่ายสินค้าหนึ่ง (tying product) โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าที่แตกต่างอีกชนิดหนึ่งร่วมด้วย (tied product) ไม่ว่าจะซื้อจากผู้

¹⁷¹ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 675.

¹⁷² Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 635.

¹⁷³ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para. 192.

¹⁷⁴ *ibid.*, 194.

จัดการรายเดียวกันหรือบุคคลอื่นที่ผู้จัดหาสินค้ากำหนด ข้อตกลงประเภทนี้อาจจะละเมิดมาตรา 101 (1)¹⁷⁵ ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันประเภทการขาย (single branding)

ทั้งนี้ การขายพ่วงอาจนำไปสู่การกีดกันในตลาดของสินค้าที่ถูกพ่วง หรือตลาดของสินค้าพ่วง อันเป็นการละเมิดมาตรา 101(1) อย่างไรก็ตามก็อาจได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม หากส่วนแบ่งตลาดของผู้จัดหาในตลาดสินค้าพ่วงและตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง และส่วนแบ่งตลาดของผู้ซื้อไม่เกินร้อยละ 30 นอกจากนี้การขายพ่วงอาจช่วยให้เกิดประสิทธิภาพจากการผลิตร่วมกัน (joint production) หรือการกระจายสินค้าร่วมกัน (joint distribution) ในกรณีที่ผู้จัดหาไม่ได้ผลิตสินค้าที่ถูกพ่วง ประสิทธิภาพอาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้จัดหาซื้อสินค้าที่ถูกพ่วงจำนวนมาก ทั้งนี้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 101(3) โดยผู้จัดหาแสดงให้เห็นว่าส่วนหนึ่งของการลดต้นทุนดังกล่าวจะถูกส่งต่อไปยังผู้บริโภค นอกจากนี้การขายพ่วงอาจทำให้เกิดประสิทธิภาพในการรับรองคุณภาพและมาตรฐานของสินค้าด้วย¹⁷⁶

8) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)

การกำหนดราคาขายต่อ คือ ข้อตกลงหรือการปฏิบัติร่วมกันที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อมในการกำหนดราคาขายต่อคงที่หรือราคาขายต่อขั้นต่ำ (fixed or minimum resale price maintenance) หรือ กำหนดระดับราคาขายต่อคงที่หรือระดับราคาขายต่อขั้นต่ำที่ผู้ขายต้องทำตาม (fixed or minimum price level to be observed by the buyer) อนึ่ง การกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง (hardcore restriction) อันทำให้ข้อตกลงดังกล่าวถูกสันนิษฐานว่าจำกัดการแข่งขันทางการค้าและเป็นการทำละเมิดมาตรา 101(1) อีกทั้งถูกสันนิษฐานว่าไม่เข้าเงื่อนไขที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 101(3) และไม่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายการยกเว้นแบบกลุ่ม (block exemption) อย่างไรก็ตามผู้ประกอบธุรกิจสามารถพิสูจน์ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการทำข้อตกลงดังกล่าวเพื่อแก้ต่างให้ได้รับยกเว้นตามมาตรา 101(3) เป็นรายกรณีได้¹⁷⁷

นอกจากการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง 8 ประการที่ได้อธิบายไปข้างต้นแล้ว แนวปฏิบัติการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งของคณะกรรมการที่ประกาศใช้ใหม่ในปี ค.ศ. 2010 ได้เพิ่มการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งอีก 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

¹⁷⁵ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 636.

¹⁷⁶ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union*, para.222.

¹⁷⁷ *ibid.*, para.223.

- การชำระเงินการเข้าถึงล่วงหน้า (Upfront Access payments) ซึ่งเป็นค่าธรรมเนียมคงที่ (fixed fees) ที่ผู้จัดหาจ่ายให้กับผู้จัดจำหน่ายเพื่อให้สามารถเข้าถึงเครือข่ายการกระจายสินค้า ทั้งนี้ การชำระเงินการเข้าถึงล่วงหน้านี้อาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน หากการชำระเงินดังกล่าวเป็นช่องทางให้ผู้จัดหาขายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายในกลุ่มที่จำกัด (limited number of distribution)¹⁷⁸

- ข้อตกลงการจัดการหมวดหมู่ (Category Management Agreement) คือข้อตกลงที่ผู้จัดจำหน่ายมอบความรับผิดชอบให้ผู้จัดหาเป็นผู้จัดการ (the category captain) เกี่ยวกับการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในหมวดหมู่ดังกล่าว ไม่เพียงแต่ผลิตภัณฑ์ของผู้จัดหาเท่านั้น แต่รวมถึงผลิตภัณฑ์ของคู่แข่งด้วย ซึ่งผู้จัดหาที่เป็นผู้ดูแลอาจมีอำนาจ เช่น การจัดวางผลิตภัณฑ์และการส่งเสริมผลิตภัณฑ์ในร้านค้า และการเลือกผลิตภัณฑ์สำหรับร้านค้า¹⁷⁹

ทั้งนี้ ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งอันเข้ามาตรามาตรา 101(1) อาจได้รับการยกเว้นหากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3) หรือได้รับยกเว้นตามกฎหมายการยกเว้นแบบกลุ่ม (block exemption) ตามที่คณะกรรมการยุโรปประกาศสำหรับกลุ่มการตกลงร่วมกันบางประเภท

ง. การตกลงในแนวตั้งที่ไม่อยู่ภายใต้มาตรา 101

1) ข้อตกลงที่มีผลกระทบต่อตลาดน้อยภายใต้หลัก de minimis doctrine

การพิจารณาข้อตกลงในแนวตั้งภายใต้มาตรา 101(1) คณะกรรมการธิการได้ใช้หลัก de minimis doctrine ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาประกอบกับมาตรา 101 ซึ่งหากการกระทำใดเป็นไปตามหลักการนี้ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 101(1) เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อการแข่งขัน ซึ่งโดยทั่วไปเมื่อมีการกระทำที่ตกอยู่ภายใต้หลักการนี้ทางคณะกรรมการยุโรปจะไม่เริ่มดำเนินคดี หลักการนี้ถูกยกขึ้นมากล่าวถึงครั้งแรกในคดี *Volk & Vervaecke* ที่ระบุว่า “ข้อตกลงจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของมาตรา 81(1) เมื่อไม่มีผลกระทบต่อตลาด” โดยหลักการนี้ใช้บังคับกับการจำกัดการแข่งขันในแนวราบและการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

¹⁷⁸ Ibid., para 204.

¹⁷⁹ Ibid., para 210.

ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการได้ออกประกาศเพื่อใช้เป็นแนวทางการพิจารณาหลัก de minimis doctrine ไว้ใน Commission Notice on agreements of Minor Importance¹⁸⁰ ซึ่งระบุจำนวนส่วนแบ่งตลาด (Market Share) ที่ใช้ตัดสินว่าการตกลงของผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเท่าใดจึงจะไม่เข้าข่ายต้องห้ามตามมาตรา 101(1)

สำหรับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง คณะกรรมาธิการได้กำหนดไว้ว่า หากส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในข้อตกลงนั้นไม่เกินร้อยละ 15 ของตลาดทั้งหมดที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลงจะไม่ถือว่าเป็นผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ทำให้ข้อตกลงในแนวดิ่งที่อยู่ภายใต้ประกาศนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101(1) ดังนั้น คณะกรรมาธิการยุโรปจะไม่เริ่มดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะได้รับแจ้งหรือริเริ่มคดีเอง¹⁸¹ อนึ่ง ประกาศนี้ไม่มีผลผูกพัน เพียงแต่เป็นการให้คำแนะนำแก่ศาลและองค์กรที่กำกับดูแลในการปรับใช้มาตรา 101 เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore restriction) ซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขันในลักษณะเป็นการกีดกัน ชัดขวาง และทำลายระบบแข่งขันอย่างร้ายแรง ทำให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคและเศรษฐกิจ จะไม่นำหลักการ de minimis มาใช้กับข้อตกลงดังกล่าว¹⁸² กล่าวคือ หากเป็นข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง แม้ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 15 ข้อตกลงดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1)¹⁸³

2) ข้อตกลงในแนวดิ่งที่ทำในลักษณะของสัญญาตัวแทน (agency agreement)

ข้อตกลงดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 101(1) ด้วยเช่นกัน เนื่องจากตัวแทนตามสัญญาตัวแทนไม่ได้เป็นเจ้าของสินค้า¹⁸⁴ เป็นเพียงตัวแทนตามกฎหมายหรือตัวแทนทาง

¹⁸⁰ Communication from the Commission — Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) 2014/C 291/01

¹⁸¹ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 618.

¹⁸² ผกาวิริ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 110.

¹⁸³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸⁴ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para.49.

กายภาพ คือผู้มีอำนาจชอบธรรมในการเจรจาหรือทำสัญญาไม่ว่าในนามตนเองหรือตัวการเพื่อซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการแทนตัวการ

เนื่องจากการขายหรือการซื้อของตัวแทนเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการของตัวการ เนื่องจากตัวการรับภาระความเสี่ยงด้านการค้าและการเงินที่เกี่ยวข้องกับการขายและการซื้อสินค้าและบริการตามสัญญาที่ตัวแทนเป็นผู้ดำเนินการก่อให้เกิดภาระผูกพัน ดังนั้นตัวการจึงอยู่ในฐานะที่จะกำหนดกลยุทธ์การค้า เช่น ข้อจำกัดเกี่ยวกับอาณาเขตที่ตัวแทนอาจขายสินค้าหรือบริการ ข้อจำกัดเกี่ยวกับลูกค้าที่ตัวแทนอาจขายสินค้าหรือบริการ หรือราคาและเงื่อนไขที่ตัวแทนจะต้องขายหรือซื้อสินค้าเหล่านี้หรือบริการ

อย่างไรก็ตาม สัญญาตัวแทนอาจอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ได้ แม้ว่าตัวการจะเป็นผู้แบกรับภาระความเสี่ยงทางการเงินและการค้าทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง หากการทำสัญญาตัวแทนเป็นไปเพื่ออำนวยความสะดวกในการสมรู้ร่วมคิด (Collusion) ตัวอย่างเช่น ตัวการหลายคนใช้ตัวแทนคนเดียวกัน และห้ามผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งกันในตลาดใช้ตัวแทนเหล่านี้ หรือตัวการใช้ตัวแทนเพื่อสมรู้ร่วมคิดในการกำหนดกลยุทธ์การตลาดหรือเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลการตลาดที่สำคัญระหว่างตัวการ¹⁸⁵

3) สัญญารับเหมาช่วง (Subcontracting agreement)

การรับเหมาช่วงเกี่ยวข้องกับผู้รับเหมาที่จัดหาเทคโนโลยีหรืออุปกรณ์ให้กับผู้รับเหมาช่วงที่ดำเนินการผลิตผลิตภัณฑ์สำหรับผู้รับเหมา การรับเหมาช่วงได้รับความคุ้มครองโดย Commission notice of 18 December 1978 concerning the assessment of certain subcontracting agreement in relation to Article 85(1) of the EEC ซึ่งเป็นประกาศคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับการประเมินข้อตกลงการรับเหมาช่วงที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 85(1) (ปัจจุบันคือ มาตรา 101(1)) ตามประกาศฉบับนี้ผู้รับเหมาช่วงผลิตผลิตภัณฑ์เฉพาะ (product exclusively) โดยทั่วไปจะอยู่นอกขอบเขตของมาตรา 101(1) ซึ่งมีเงื่อนไขว่าเทคโนโลยีหรืออุปกรณ์มีความจำเป็นเพื่อให้ผู้รับเหมาช่วงผลิตผลิตภัณฑ์ที่กำหนด อย่างไรก็ตามข้อจำกัดอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญารับเหมาช่วง เช่น กำหนดให้ผู้รับเหมาช่วงไม่ดำเนินการหรือใช้ประโยชน์จากการวิจัยและพัฒนาของตนเองหรือห้ามผลิตสำหรับบุคคลที่สาม อาจทำให้ข้อตกลงนั้นตกอยู่ในขอบเขตของมาตรา 101(1) ได้¹⁸⁶

¹⁸⁵ Ibid., para. 12-20.

¹⁸⁶ Ibid., para. 22.

จ. การยกเว้นสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน

ในแนวดิ่ง

Regulation 1/2003¹⁸⁷ ได้กำหนดแนวทางในการปรับใช้มาตรา 101 และ มาตรา 102 ของ TFEU (เดิมคือ มาตรา 81 และ มาตรา 82 ของ TEC) ซึ่ง Regulation 1/2003 มาตรา 1¹⁸⁸ ได้กำหนดไว้ว่าข้อตกลง การตัดสินใจ และการปฏิบัติร่วมกันที่ต้องห้ามตามมาตรา 101(1) หากไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3) จะถูกต้องห้ามและไม่สามารถทำได้ แต่ถ้าข้อตกลงการตัดสินใจ หรือการปฏิบัติร่วมกันดังกล่าว เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 101(3) จะไม่ถูกต้องห้าม ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการได้จัดทำแนวปฏิบัติ (Guideline) ซึ่งเป็นการอธิบายบทบัญญัติกฎหมาย สารบัญญัติหรือกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมาธิการในการปรับใช้ มาตรา 101 (3) ของ TFEU ซึ่งเดิมคือ มาตรา 81(3) TEC¹⁸⁹ โดยพิจารณาจากแนวทางทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Approach) แม้แนวปฏิบัตินี้จะไม่มีผลบังคับเหมือนกฎหมาย แต่ก็มีส่วนช่วยให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีความชัดเจนขึ้น ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจทราบถึงแนวทางที่ คณะกรรมาธิการจะนำกฎหมายมาบังคับใช้ในทางปฏิบัติ¹⁹⁰ ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการจะปรับใช้มาตรา 101(3) โดยพิจารณาจากเงื่อนไข 4 ประการ และพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีอย่างมีเหตุผล และมีความยืดหยุ่น¹⁹¹

ทั้งนี้ แนวปฏิบัติได้กำหนดแนวทางในการปรับใช้ มาตรา 101(3) ไว้ 2 รูปแบบ ดังนี้

1) ปรับใช้มาตรา 101(3) กับข้อตกลงเป็นรายกรณี (Individual agreement)

¹⁸⁷ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

¹⁸⁸ Article 1 of Council Regulation (EC) No 1/2003 Application of Articles 81 and 82 of the Treaty

1. Agreements, decisions and concerted practices caught by Article 81(1) of the Treaty which do not satisfy the conditions of มาตรา 81(3) of the Treaty shall be prohibited, no prior decision to that effect being required.

2. Agreements, decisions and concerted practices caught by Article 81(1) of the Treaty which satisfy the conditions of Article 81(3) of the Treaty shall not be prohibited, no prior decision to that effect being required.

¹⁸⁹ Guidelines on the application of Article 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC)

¹⁹⁰ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, pp. 114-115.

¹⁹¹ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty " Official Journal of the European Union: para.6.

2) ปรับใช้กับกลุ่มข้อตกลงที่ได้รับข้อยกเว้นโดยกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption Regulations) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยคณะกรรมการยุโรปผู้มีภารกิจหลักในการเสนอร่างกฎหมายรวมทั้งดูแลการปรับใช้กฎหมายในรัฐสมาชิก คณะกรรมการการออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่มเพื่อยกเว้นให้กับกลุ่มข้อตกลงหรือการตกลงบางประเภท เมื่อข้อตกลงได้รับการยกเว้นตามกฎหมายการยกเว้นแบบกลุ่ม คู่สัญญาไม่ต้องพิสูจน์ว่าข้อตกลงดังกล่าวนั้นเข้าเงื่อนไขตาม มาตรา 101(3) อีก เนื่องจากมีข้อสันนิษฐานว่ากลุ่มข้อตกลงที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายการยกเว้นแบบกลุ่ม นั้นเข้าเงื่อนไขทั้งสองข้อตามที่กำหนดในมาตรา 101(3) แล้ว¹⁹² คู่สัญญามีเพียงหน้าที่พิสูจน์ว่าข้อตกลง ดังกล่าวได้รับประโยชน์จากกฎการยกเว้นแบบกลุ่มก็เพียงพอ อย่างไรก็ตามหากคณะกรรมการพบว่า ข้อตกลงที่ได้รับยกเว้นโดยกฎการยกเว้นแบบกลุ่มมีผลกระทบต่อตลาดหรือมีผู้ร้องเรียน และพิจารณา แล้วพบว่าข้อตกลงนั้นตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ประกอบกับไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3) คณะกรรมการสามารถเพิกถอนข้อตกลงนั้นได้¹⁹³

1) หลักเกณฑ์การยกเว้นสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อ จำกัดการแข่งขันในแนวตั้งตามมาตรา 101(3)

การประเมินข้อตกลงที่ได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา 101(3) เป็นการ ประเมินผลกระทบทั้งด้านบวกและด้านลบในเชิงเศรษฐกิจ เนื่องจากเป้าหมายของกฎหมายการ แข่งขันทางการค้า (The Community competition rules) คือการปกป้องการแข่งขันในตลาดเพื่อ เสริมสร้างสวัสดิการของผู้บริโภคและจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การลดต้นทุนการผลิต ปรับปรุงคุณภาพของผลิตภัณฑ์หรือสร้างผลิตภัณฑ์ใหม่ ทำให้ผู้บริโภคได้รับผลิตภัณฑ์ที่ดีกว่า หรือราคาดีกว่าผลิตภัณฑ์ของคู่แข่ง¹⁹⁴ การปรับใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 101(3) ขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 4 ประการ ซึ่งเป็นเงื่อนไขเชิงบวกกับเงื่อนไขเชิงลบประกอบกัน¹⁹⁵ ได้แก่

- 1.1) การตกลงดังกล่าวต้องมีส่วนช่วยในการปรับปรุงการผลิต หรือการ กระจายสินค้า หรือส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ (เงื่อนไขเชิงบวก)
- 1.2) ผู้บริโภคต้องได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม (เงื่อนไขเชิง บวก)

¹⁹² *ibid.*, para.35.

¹⁹³ *ibid.*, para. 36.

¹⁹⁴ *ibid.*, para. 32-33.

¹⁹⁵ *ibid.*, para. 33-34.

1.3) ข้อจำกัดการแข่งขันดังกล่าวต้องไม่ใช่เงื่อนไขที่ไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์สุดท้าย (เงื่อนไขเชิงลบ)

1.4) ข้อตกลงต้องไม่ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถจำกัดการแข่งขันในส่วนที่สำคัญของสินค้า (เงื่อนไขเชิงลบ)

ทั้งนี้ เงื่อนไขทั้ง 4 ข้อจะต้องพิจารณาประกอบกันทั้งหมด หากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปข้อตกลงดังกล่าว จะไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101(3)

1.1) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

เงื่อนไขข้อแรกของข้อ 101(3) ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจะต้องก่อให้เกิดการพัฒนาการผลิต (Improving the production) หรือพัฒนาการกระจายสินค้า (distribution of goods) หรือพัฒนาทางเทคนิค (promoting technical) หรือพัฒนาเศรษฐกิจ (economic progress) แม้บทบัญญัตินี้จะกล่าวถึงเฉพาะสินค้า แต่สามารถนำไปใช้โดยเปรียบเทียบกับบริการได้¹⁹⁶

วัตถุประสงค์ของเงื่อนไขข้อที่ 1 คือ กำหนดประเภทของประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น โดยจะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขข้อที่ 2 และ 3 ของมาตรา 101(3) ในการประเมินประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้น ซึ่งสภาพของประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นจากการทำข้อตกลง ความเป็นไปได้ ขนาดของประสิทธิภาพ และวันที่จะเกิดประสิทธิภาพที่อ้างถึงนั้นมีความสำคัญมาก นอกจากนี้ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจะต้องได้รับการพิสูจน์ ว่ามูลค่าของประสิทธิภาพเหล่านี้คืออะไร โดยต้องพิสูจน์ ดังต่อไปนี้¹⁹⁷

(ก) ลักษณะของประสิทธิภาพที่อ้างถึง

(ข) ความเชื่อมโยงระหว่างข้อตกลงกับประสิทธิภาพที่เกิดขึ้น

(ค) ความเป็นไปได้และความสำคัญของแต่ละประสิทธิภาพที่ถูกอ้างถึง

และ

(ง) ประสิทธิภาพที่ถูกอ้างถึงจะสามารถทำได้อย่างไรและเมื่อใด

¹⁹⁶ Ibid., para. 48.

¹⁹⁷ Ibid., para. 50-51.

ประเภทของประสิทธิภาพที่ระบุไว้ในมาตรา 101(3) แบ่งเป็นหมวดหมู่กว้าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ครอบคลุมถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ซึ่งข้อตกลงเดียวกันอาจก่อให้เกิด ประสิทธิภาพหลายประการ¹⁹⁸ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

(1) ประสิทธิภาพด้านต้นทุน (Cost Efficiencies)

ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการอันก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุนอย่างหนึ่งคือ การทำข้อตกลงกันเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ (Development of new product) ส่งผลให้ประหยัดต้นทุนมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น การรวมกลุ่มสายการผลิตรถยนต์ทำให้ ต้นทุนการผลิตรถยนต์ลดลง นอกจากนี้การร่วมกันอันเกิดจากการรวมทรัพย์สินที่มีอยู่หรือการทำงาน ร่วมกัน (Synergies) ทำให้คู่สัญญาสามารถกำหนดค่าใช้จ่าย ปริมาณ ผลิตภัณฑ์ การรวมกันของ เทคโนโลยีที่มีอยู่ซึ่งมีจุดแข็งที่เสริมกันอาจช่วยลดต้นทุนการผลิต หรือนำไปสู่การผลิตผลิตภัณฑ์ที่มี คุณภาพสูงขึ้น เช่น สินทรัพย์การผลิตของบริษัท A สร้างผลผลิตต่อชั่วโมงมากกว่า ขณะที่สินทรัพย์ ของบริษัท B สร้างผลผลิตต่อชั่วโมงต่ำกว่าและใช้วัตถุดิบต่อหน่วยในการผลิตสินค้าต่ำกว่าเช่นกัน ดังนั้นการรวมสินทรัพย์การผลิตของบริษัท A และบริษัท B โดยการตั้งกิจการร่วมทุนการผลิต (A production joint venture) ทำให้คู่สัญญาสามารถสามารถบรรลุระดับผลผลิตต่อชั่วโมงมากกว่า ด้วยการป้อนวัตถุดิบต่อหน่วยที่ต่ำลง¹⁹⁹

ประสิทธิภาพด้านต้นทุนอาจมีผลมาจากการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) กล่าวคือ ต้นทุนต่อหน่วยลดลงในขณะที่ผลผลิตเพิ่มขึ้น ตัวอย่างเช่น การ ลงทุนในอุปกรณ์หรือสินทรัพย์อื่น ๆ ที่ได้ทำในทรัพย์สินที่แบ่งแยกไม่ได้ เช่น รถบรรทุก หรือโกดังเก็บ สินค้า เป็นต้น หากผู้ประกอบการไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้อย่างเต็มที่ เช่น รถบรรทุกคันใหญ่ แต่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นเจ้าของรถบรรทุกไม่สามารถขนสินค้าได้เต็มคันรถ ผู้ประกอบการจึงทำข้อตกลงเพื่อทำการขนส่งร่วมกัน เนื่องจากหากใช้รถบรรทุกขนส่งของเพียง บริษัทเดียวอาจจะทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพอย่างเต็มที่ เพราะมีที่ว่างในการขนส่งของเหลืออยู่ ดังนั้นผู้ ประกอบธุรกิจจึงทำข้อตกลงร่วมกันในการขนส่งของ ทำให้บริษัทสามารถเพิ่มปัจจัยการผลิต และลด จำนวนของยานพาหนะที่ใช้ ส่งผลให้ต้นทุนต่อหน่วยลดลง อันเป็นการประหยัดต่อขนาด นอกจากนี้ ยังรวมถึงการวิจัยและการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่าย และการทำการตลาด อันส่งผลให้เกิด ประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น ทำให้การดำเนินงานรวดเร็วมากยิ่งขึ้น²⁰⁰

¹⁹⁸ Ibid., para. 59.

¹⁹⁹ Ibid., para. 64-65.

²⁰⁰ Ibid., para. 66.

นอกจากนี้การลดต้นทุนรวมอาจเป็นผลจากการที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปมีการใช้ทรัพยากรร่วมกัน มีการแลกเปลี่ยนความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้แก่กัน (Economies of scope) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการต่าง ๆ สามารถประหยัดต้นทุนได้โดยการผลิตผลิตภัณฑ์ที่แตกต่างกันแต่ใช้วัตถุดิบเดียวกัน อาจเกิดขึ้นจากการใช้ส่วนประกอบเดียวกัน สิ่งอำนวยความสะดวก หรือบุคลากรเดียวกันในการผลิตผลิตภัณฑ์ที่หลากหลาย ในทำนองเดียวกันการประหยัดจากขอบเขต (Economies of scope) อาจเกิดขึ้นได้ในการจัดจำหน่าย (distribution) เมื่อมีการจัดจำหน่ายสินค้าหลายประเภทในยานพาหนะเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตพืชแช่แข็งและผู้ผลิตผักแช่แข็งอาจประหยัดจากขอบเขต (Economies of scope) โดยการร่วมกันกระจายผลิตภัณฑ์ของตนโดยใช้ยานพาหนะที่มีการทำความเย็นร่วมกัน และมีแนวโน้มว่าจะมีลูกค้าบางรายเป็นรายเดียวกัน ซึ่งการร่วมการดำเนินงานของผู้ผลิตสองรายนี้อาจทำให้ค่าใช้จ่ายในการกระจายสินค้าต่อหน่วยต่ำลง²⁰¹

นอกจากนี้การทำข้อตกลงกันยังทำให้เกิดประสิทธิภาพในการลดต้นทุนเนื่องจากการทำข้อตกลงเพื่อวางแผนการผลิตที่ดีขึ้น ลดความจำเป็นในการเก็บสินค้าคงคลังที่มีราคาแพง (Planning of production stock optimization) โดยการจัดซื้อแบบ “ทันเวลา” (Just in time purchasing) กล่าวคือ ผู้จัดหา (Supplier) จัดหาส่วนประกอบให้ผู้ซื้อได้อย่างต่อเนื่องตามความต้องการ โดยผู้ซื้อไม่ต้องซื้อส่วนประกอบหรือวัตถุดิบนั้นไว้เป็นเวลานานอันจะเสี่ยงต่อการล้าสมัย การประหยัดต้นทุนดังกล่าวอาจเกิดจากการทำข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญาเพื่อที่จะจัดหาวัตถุดิบได้อย่างต่อเนื่อง²⁰²

(2) ประสิทธิภาพในเชิงคุณภาพ (Qualitative efficiencies)

ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพที่หลากหลายในเชิงคุณภาพ ศักยภาพหลักในการเพิ่มประสิทธิภาพของข้อตกลงไม่ได้อยู่ที่การลดต้นทุน แต่คือการปรับปรุงคุณภาพและประสิทธิภาพอื่น ๆ ในลักษณะเชิงคุณภาพด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับในแต่ละกรณีซึ่งประสิทธิภาพดังกล่าวอาจมีความสำคัญเท่ากับหรือมากกว่าประสิทธิภาพด้านต้นทุน

สำหรับเทคโนโลยีและความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีถือเป็นส่วนสำคัญและเป็นพลวัตของเศรษฐกิจ สร้างผลประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญในรูปแบบของสินค้าและบริการใหม่หรือปรับปรุงสินค้าหรือบริการให้ดีขึ้น หากไม่มีข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเช่นนี้อาจทำให้การผลิตสินค้าหรือบริการไม่มีประสิทธิภาพ หรือทำให้เกิดความล่าช้า หรืออาจทำให้ต้นทุนสูงขึ้น ซึ่ง

²⁰¹ Ibid., para. 67.

²⁰² Ibid., para. 68.

ข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันแต่เพิ่มประสิทธิภาพในลักษณะนี้ ได้แก่ ข้อตกลงในการวิจัยและพัฒนา (Research and Development Agreement) ตัวอย่างเช่น A และ B เป็นผู้ร่วมทุนในการวิจัยและพัฒนาการผลิตเซลล์ยางรถยนต์ (Cell-based tyre) โดยพัฒนาเซลล์ยางให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น หากยางรถยนต์โดนเจาะหนึ่งเซลล์จะไม่กระทบต่อเซลล์อื่นๆ หมายความว่า ไม่มีความเสี่ยงที่จะทำให้ยางเสียหายในกรณีที่ยางรถยนต์ถูกเจาะ ทำให้ยางมีความปลอดภัยมากกว่ายางแบบเดิม และเมื่อยางถูกเจาะก็ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนยางอย่างเร่งด่วน และไม่จำเป็นต้องขนยางสำรองไปด้วย ประสิทธิภาพทั้งสองประเภทนี้เป็นประโยชน์โดยนัยตามความหมายของเงื่อนไขมาตรา 101(3)²⁰³

นอกจากนี้การรวมกันของสินทรัพย์ที่สอดคล้องกัน (Complementary asset) สามารถทำให้เกิดการประหยัดต้นทุน และสร้างการทำงานร่วมกันที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพในเชิงคุณภาพ การรวมกันของสินทรัพย์การผลิตอาจนำไปสู่การผลิตสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพสูงขึ้น ในภาคโทรคมนาคม เช่น มีการจัดทำข้อตกลงความร่วมมือ (cooperation agreement) เพื่อสร้างประสิทธิภาพในการให้บริการระดับโลกใหม่อย่างรวดเร็ว ในข้อตกลงร่วมมือด้านธนาคาร ซึ่งมีการปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการชำระเงินข้ามพรมแดน เพื่อสร้างประสิทธิภาพตามเงื่อนไขข้อที่หนึ่งของมาตรา 101(3) อันก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือพัฒนาเทคนิคการผลิตอันนำไปสู่การปรับปรุงคุณภาพของสินค้าหรือบริการ²⁰⁴

อีกทั้ง การตกลงร่วมกันเพื่อทำให้สินค้ามีคุณสมบัติแปลกใหม่ อาจอยู่ในรูปแบบการทำข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ (licence agreement) และข้อตกลงร่วมกันผลิตสินค้าใหม่ หรือปรับปรุงสินค้าหรือบริการ ซึ่งข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ ทำให้มีการเผยแพร่เทคโนโลยีใหม่อย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้รับสิทธิ์ (licensee) สามารถผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือพัฒนาเทคนิคการผลิตแบบใหม่ นำไปสู่การปรับปรุงคุณภาพ การตกลงร่วมกันดังกล่าวทำให้เกิดการนำสินค้าหรือบริการใหม่หรือมีการปรับปรุงสินค้าหรือบริการใหม่เข้ามาจำหน่ายในตลาดได้เร็วขึ้นหรือมีต้นทุนต่ำลง²⁰⁵

อนึ่ง ประสิทธิภาพในเชิงคุณภาพอาจเกิดในกรณีข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดจำหน่าย (Distribution Agreement) ซึ่งผู้จัดจำหน่ายสามารถให้บริการที่เหมาะสมกับความต้องการของลูกค้าได้มากขึ้น หรือเพื่อให้การจัดส่งรวดเร็วขึ้น หรือการประกันคุณภาพสินค้าหรือบริการที่ดีขึ้นตลอดทั้งห่วงโซ่การจัดจำหน่าย (Distribution chain)²⁰⁶

²⁰³ Ibid., para. 69-70.

²⁰⁴ Ibid., para. 69-71.

²⁰⁵ Ibid., para. 69-71.

²⁰⁶ Ibid., para. 72.

กล่าวโดยสรุป ประเภทของประสิทธิภาพที่จะก่อให้เกิดการพัฒนาการผลิตผลิตภัณฑ์ การพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า การพัฒนาทางเทคนิค หรือการพัฒนาเศรษฐกิจตามเงื่อนไขข้อที่หนึ่ง สรุปได้ดังตารางต่อไปนี้²⁰⁷

ประสิทธิภาพด้านต้นทุน	ประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ
1. พัฒนาเทคโนโลยีการผลิตใหม่	1. ข้อตกลงในการวิจัยและพัฒนา
2. การทำงานร่วมกัน(Synergies)	2. ข้อตกลงในการจัดการหรือการผลิตร่วมกัน
3. การประหยัดต่อขนาด	3. ข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิ
4. การประหยัดต่อขอบเขต	4. ข้อตกลงในการจัดจำหน่าย
5. การวางแผนการผลิต และการเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดเก็บสินค้า	

1.2) การตกลงร่วมกันที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ตามสมควร

เงื่อนไขข้อที่ 2 กำหนดให้ผู้บริโภคต้องได้รับประโยชน์จากประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงที่จำกัดอย่างเหมาะสม (Fair share of the efficiencies) ซึ่ง “ผู้บริโภค” หมายถึงผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม รวมถึงผู้ผลิตที่ต้องใช้วัตถุดิบ ผู้ค้าส่ง (wholesalers) ผู้ค้าปลีก(retailers) และผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (final consumers) กล่าวคือ ผู้บริโภคภายใต้มาตรา 101(3) หมายถึง ลูกค้าของคู่สัญญา และผู้ซื้อในลำดับถัดมา²⁰⁸

“ส่วนแบ่งผลประโยชน์ที่เป็นธรรม” (Fair Share) หมายถึง ผลประโยชน์ที่เป็นการชดเชยให้แก่ผู้บริโภค ที่ได้รับผลกระทบจากการทำข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 101(1) ซึ่งข้อตกลงจะต้องส่งผลในเชิงบวกที่ชดเชยผลเสียให้แก่ผู้บริโภคอย่างสมดุลกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน จึงจะเข้าเงื่อนไขข้อที่ 2 ของมาตรา

²⁰⁷ European Economic & Marketing Consultants, "Competition Competence Report Article 101 (3) Tfeu,"(North Rhine-Westphalia, Germany), p. 3.

²⁰⁸ European Commission, "Communication from the Commission Notice Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty," *Official Journal of the European Union*: 84.

101(3)²⁰⁹ ในบางกรณีประสิทธิภาพอาจจะต้องใช้ระยะเวลา แต่ยิ่งล่าช้ามากเท่าไร ประสิทธิภาพจะต้องมากขึ้นเท่านั้น เพื่อชดเชยการสูญเสียให้กับผู้บริโภคในช่วงก่อนหน้านี้ และการประเมินจะต้องคำนึงถึงมูลค่าในอนาคต เช่น อัตราเงินเฟ้อ เป็นต้น อนึ่ง หากข้อจำกัดของการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) มีมากขึ้นเท่าไร จะต้องทำให้เกิดประสิทธิภาพและส่งต่อไปยังผู้บริโภคมากขึ้นด้วย²¹⁰ ซึ่งประสิทธิภาพที่ผู้บริโภคจะได้รับ (Consumer pass-on efficiency gain) แบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ประสิทธิภาพด้านต้นทุน และประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ เช่น ผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือผลิตภัณฑ์ที่ปรับปรุงแล้ว

(1) ประสิทธิภาพด้านราคาที่ผู้บริโภคจะได้รับ (Pass-on and balancing of cost efficiencies)

เมื่อตลาดไม่สามารถแข่งขันได้อย่างสมบูรณ์ (perfectly competitive) ผู้ประกอบธุรกิจจะมีอิทธิพลต่อการกำหนดราคาตลาดในระดับมากหรือน้อยโดยการปรับเปลี่ยนการผลิต หากมีการผลิตมากกว่าราคาสินค้าจะถูกกด แต่หากลดการผลิตลงทำให้สินค้าเป็นที่ต้องการของตลาดมาก จะทำให้สินค้ามีราคาที่สูงขึ้น เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเลือกปฏิบัติทางด้านราคาต่อลูกค้าได้ ทำให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าในราคาที่ไม่เป็นธรรม

ประสิทธิภาพด้านต้นทุน (Cost efficiencies) ในบางกรณีอาจนำไปสู่การเพิ่มผลผลิตทำให้สินค้ามีราคาที่ต่ำลง เนื่องจากประสิทธิภาพด้านต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวเพิ่มขึ้นและสามารถเพิ่มผลกำไรโดยการขยายกำลังการผลิตทำให้เกิดการส่งผ่านประสิทธิภาพไปยังผู้บริโภคได้ ในการประเมินขอบเขตว่าข้อจำกัดส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพด้านต้นทุนให้กับผู้บริโภคและการทดสอบความสมดุล (balancing test) ระหว่างผลกระทบเชิงบวกและเชิงลบที่มีอยู่ในมาตรา 101(3) มีข้อพิจารณาปัจจัย ดังต่อไปนี้²¹¹

- (ก) ลักษณะและโครงสร้างของตลาด
- (ข) ลักษณะและขนาดของการเพิ่มประสิทธิภาพ
- (ค) ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ และ
- (ง) ความสำคัญของข้อจำกัดการแข่งขัน

²⁰⁹ *ibid.*, para.85.

²¹⁰ *ibid.*, para. 89-91.

²¹¹ *ibid.*, para. 96.

เนื่องจากมาตรา 101(3) จะใช้กับกรณีที่มีการแข่งขันในตลาดถูกจำกัดอย่างเหมาะสมและสามารถประเมินค่าได้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาปัจจัยทั้งหมดประกอบกัน

(2) ประสิทธิภาพด้านอื่น ๆ ที่ผู้บริโภคจะได้รับ (Pass-on and balancing of other types of efficiencies)

ประสิทธิภาพด้านอื่น ๆ ที่ผู้บริโภคจะได้รับยังสามารถเกิดขึ้นในรูปแบบของประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ (Qualitative efficiencies) เช่น ผลิตภัณฑ์ใหม่และปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้ดีขึ้น สร้างมูลค่าที่เพียงพอสำหรับผู้บริโภคเพื่อชดเชยผลกระทบจากข้อตกลงที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน อันเป็นที่มาสำคัญของสวัสดิการผู้บริโภค (Consumer welfare) ตราบเท่าที่การเพิ่มขึ้นของมูลค่าที่เกิดจากการปรับปรุงสินค้าหรือบริการอันเป็นผลมาจากข้อตกลงที่เป็นการจำกัดมีมูลค่าเกินกว่าความเสียหายที่เกิดจากการกำหนดราคาหรือการเพิ่มขึ้นของราคา จะทำให้ข้อตกลงดังกล่าวเข้าเงื่อนไขที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ตามสมควร (consumer pass-on) ตามมาตรา 101(3) ในกรณีที่ผลกระทบจากข้อตกลงมีแนวโน้มในการเพิ่มราคาสำหรับผู้บริโภคในตลาดที่เกี่ยวข้อง จึงต้องมีการประเมินอย่างรอบคอบว่าประสิทธิภาพที่อ้างว่าสร้างมูลค่าที่แท้จริงให้กับผู้บริโภคในตลาดดังกล่าว ชดเชยผลกระทบจากข้อจำกัดการแข่งขันดังกล่าวหรือไม่²¹²

1.3) การตกลงที่ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น

ในบริบทของเงื่อนไขข้อที่ 3 ของมาตรา 101 (3) ปัจจัยสำคัญคือการตกลงและข้อจำกัดแต่ละข้อของการตกลงนั้นมีความจำเป็นหรือไม่ โดยเงื่อนไขนี้ต้องมีการทดสอบสองประการ²¹³

ประการแรกคือ การตกลงที่จำกัดการแข่งขันดังกล่าวต้องมีเหตุผลที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุประสิทธิภาพในตลาด การทดสอบข้อแรกนี้คือการตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันมีความเฉพาะเจาะจงที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพ กล่าวคือไม่มีวิธีอื่นที่สามารถนำไปปฏิบัติได้และไม่มีวิธีอื่นที่มีข้อจำกัดการแข่งขันน้อยกว่าในการบรรลุถึงประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ²¹⁴

ประการที่สองคือ ข้อจำกัดการแข่งขันแต่ละข้อของการตกลงนั้นต้องมีความจำเป็นพอสมควรเพื่อให้บรรลุถึงประสิทธิภาพนั้นด้วย กล่าวคือข้อจำกัดเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้หากไม่มีข้อจำกัดเช่นนั้น จะทำให้ขาดประสิทธิภาพหรือทำให้ประสิทธิภาพลดลงอย่างมาก หรือทำให้โอกาสที่จะเกิดประสิทธิภพน้อยมาก ข้อจำกัดที่ต้องห้ามในกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption

²¹² Ibid., para. 102-104.

²¹³ Ibid., para. 73-75.

²¹⁴ Ibid., para. 75.

Regulations) หรือคณะกรรมการระบุว่า เป็นข้อจำกัดที่ร้ายแรง (hardcore restriction) จะไม่ได้
รับการพิจารณาว่าเป็นข้อจำกัดที่จำเป็น²¹⁵ หากข้อตกลงใดมีข้อจำกัดที่ร้ายแรงการตกลงนั้นจะมีผล
เป็นโมฆะตามมาตรา 101(2)

ในบางกรณี ข้อจำกัดอาจจำเป็นสำหรับช่วงเวลาหนึ่ง ข้อยกเว้นมาตรา
101(3) จะใช้เฉพาะช่วงเวลาดังกล่าวเท่านั้น ในการพิจารณาจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงระยะเวลาที่ฝ่าย
ต่างๆจะบรรลุประสิทธิภาพด้วย โดยเฉพาะกรณีที่ต้องลงทุนเป็นจำนวนมากทำให้ต้องใช้ระยะเวลาใน
การคืนทุน ดังนั้นต้องคำนึงถึงระยะเวลาตามข้อตกลงเพื่อให้แน่ใจว่าผลตอบแทนจากการลงทุน
ดังกล่าวมีความเพียงพอ²¹⁶

ตัวอย่างของการตกลงที่ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น เช่น P เป็น
ผู้ผลิตและจำหน่ายพิซซาแช่เย็น ถือครองส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 15 ของตลาดเมือง X โดยส่งมอบ
พิซซาแช่เย็นให้กับร้านค้าปลีกโดยตรง เนื่องจากร้านค้าปลีกส่วนใหญ่มีความสามารถในการจัดเก็บ
สินค้าที่จำกัดจึงต้องมีการส่งมอบสินค้าค่อนข้างบ่อย และใช้ยานพาหนะขนาดเล็กในการขนส่งทำให้
ไม่เกิดประสิทธิภาพในการส่งมอบสินค้าเท่าที่ควร ส่วน T เป็นผู้ค้าส่งพิซซาแช่แข็งและผลิตภัณฑ์
แช่แข็งอื่น ๆ ส่งมอบให้กับลูกค้าเช่นเดียวกับ P ซึ่งบริษัท T ถือครองตลาดอยู่ที่ร้อยละ 30 และบริษัท
T มียานพาหนะขนาดใหญ่ ประกอบกับมีกำลังการผลิตส่วนเกิน (Excess capacity) บริษัท P จึงทำ
ข้อตกลงการจัดจำหน่ายเฉพาะ (Exclusive distribution agreement) กับบริษัท T ซึ่งเป็นข้อตกลง
ในแนวตั้งระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าส่ง เพื่อส่งพิซซาแช่แข็งให้กับสมาชิกเมือง X และเพื่อให้แน่ใจว่าผู้จัด
จำหน่ายรายอื่นในเมืองอื่น ๆ จะไม่เข้ามาขายในอาณาเขตของ T ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ทั้งนี้ T
ได้ดำเนินการโฆษณาผลิตภัณฑ์ สรรวจความต้องการของลูกค้า และอัตราความพึงพอใจเพื่อให้แน่ใจ
ว่าส่งผลิตภัณฑ์ทั้งหมดไปยังร้านค้าปลีกภายใน 24 ชั่วโมง ข้อตกลงนี้นำไปสู่การลดค่าใช้จ่ายในการ
จัดจำหน่ายรวมร้อยละ 30 เนื่องจากกำลังการผลิตมีการใช้ประโยชน์ที่ดีขึ้นและลดเส้นทางที่ซ้ำกัน
และข้อตกลงนี้นำไปสู่การให้บริการเพิ่มเติมแก่ผู้บริโภค

จากกรณีนี้ การที่ P และ T ทำข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้
จัดจำหน่ายในเมืองอื่น ๆ ไม่ให้เข้ามาขายพิซซาแช่แข็งในเมือง X นั้นมีความจำเป็น เนื่องจากหากไม่มี
การกำหนดข้อตกลงเช่นนั้น T จะมีแรงจูงใจน้อยลงในการขายและโฆษณาแบรนด์ P ถ้าผู้จัดจำหน่าย

²¹⁵ Ibid., para. 79.

²¹⁶ Ibid., para. 80.

ในเมืองอื่นสามารถขายสินค้าแบบแอคทีฟและใช้ประโยชน์จากการส่งเสริมการขาย (Free rider) จากการดำเนินการของ T²¹⁷ ในเมือง X ได้

1.4) การตกลงที่ไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาด

การตกลงจะต้องไม่ทำให้คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องสามารถจัดการแข่งขันในส่วนสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องได้ เนื่องจากการป้องกันการแข่งขันและกระบวนการแข่งขันมีความสำคัญมากกว่าผลกำไรซึ่งอาจเป็นผลมาจากข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน ประกอบกับเป้าหมายสูงสุดของมาตรา 101 คือ การปกป้องกระบวนการแข่งขัน เมื่อการแข่งขันลดลงจะทำให้กระบวนการในการแข่งขันสิ้นสุดลงตามไปด้วย ด้วยเหตุนี้เงื่อนไขของมาตรา 101(3) จึงตระหนักถึงความเป็นจริงว่าการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเป็นแรงผลักดันสำคัญของประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ รวมถึงประสิทธิภาพในรูปแบบนวัตกรรมด้วย²¹⁸

ในกรณีนี้ผลิตภัณฑ์มีลักษณะแตกต่างกัน แต่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ผลกระทบของข้อตกลงอาจขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขันระหว่างผลิตภัณฑ์ตามสัญญากับผลิตภัณฑ์ที่ทดแทน ดังนั้นผลิตภัณฑ์ยังทดแทนกันได้มากเท่าไร ยิ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงการแข่งขันในตลาดมากเท่านั้น อีกทั้งการแข่งขันของผลิตภัณฑ์ที่ทดแทนกันได้มีความเสี่ยงที่จะถูกจำกัด²¹⁹ กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการตกลงที่สร้างการจำกัดการแข่งขันในตลาดด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้การแข่งขันในตลาดก็มีส่วนสำคัญและสามารถตรวจสอบได้ง่ายที่สุด คือการประเมินอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry) ของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ซึ่งการประเมินอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด และความเป็นไปได้ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ในระดับที่มีนัยสำคัญจะต้องได้รับการตรวจสอบดังต่อไปนี้²²⁰

(1) กรอบการกำกับดูแลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ต่างๆ ต่อผู้เข้าตลาดรายใหม่

(2) ต้นทุนในการเข้าสู่ตลาดรวมถึงต้นทุนจม (Sunk Cost) คือต้นทุนที่ไม่สามารถเรียกคืนได้ หากผู้เข้าแข่งขันรายดังกล่าวออกจากตลาด ยิ่งต้นทุนจมสูงมากเท่าไรยิ่งทำให้เกิดความเสี่ยงเชิงพาณิชย์สำหรับผู้เข้าแข่งขันเพิ่มมากขึ้นเท่านั้น

²¹⁷ Ibid., para. 85.

²¹⁸ Ibid., para.105.

²¹⁹ Ibid., para. 113.

²²⁰ Ibid., para.114-115.

(3) ขนาดการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพต่ำสุดในอุตสาหกรรม (The Minimum efficient scale within the industry) กล่าวคือ หากขนาดการผลิตที่มีประสิทธิภาพต่ำสุด (The Minimum efficient scale) มีขนาดใหญ่เมื่อเทียบกับขนาดของตลาด ณ ขณะนั้น การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่มีแนวโน้มที่จะต้องลงทุนสูงและมีความเสี่ยง

(4) จุดแข็งในการแข่งขันของผู้เข้าแข่งขันรายใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าถึงเทคโนโลยีอันจะทำให้สามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากผู้เข้าแข่งขันรายใหม่มีศักยภาพต่ำกว่าเมื่อเทียบกับผู้ครองตลาดที่ใช้เทคโนโลยีเดียวกัน การเข้าแข่งขันนั้นย่อมมีความเสี่ยงและมีประสิทธิภาพต่ำ

(5) สถานะและความสามารถของผู้ซื้อที่จะนำผู้แข่งขันใหม่เข้าสู่ตลาด แม้ว่าผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองบางรายอาจมีความสามารถเลือกเงื่อนไขที่พึงพอใจในการทำข้อตกลงมากกว่าผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า แต่ผู้ซื้อที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าสามารถโต้แย้งการจำกัดการเข้าแข่งขันได้หากผู้ซื้อดังกล่าวจะเข้าไปเพื่อปูทางให้กับผู้เข้าแข่งขันรายใหม่ที่มีประสิทธิภาพ

(6) การตอบสนองของผู้ประกอบธุรกิจรายเก่า (Incumbent) ต่อการพยายามเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดอาจใช้พฤติกรรมที่ก้าวร้าว อันส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายใหม่ในอนาคต

(7) แนวโน้มทางเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมอาจเป็นตัวบ่งชี้ถึงความน่าดึงดูดใจในระยะยาว อุตสาหกรรมที่ซบเซาหรืออยู่ในภาวะตกต่ำย่อมมีความดึงดูดผู้เข้าแข่งขันรายใหม่ต่ำกว่าอุตสาหกรรมที่เจริญเติบโต

(8) ระดับของผู้เข้าตลาดที่ผ่านมาอยู่ในระดับที่มีนัยสำคัญหรือที่ไม่มีผู้เข้าตลาดรายใหม่เลย

จากหลักการและเงื่อนไขทั้ง 4 ประการข้างต้น คณะกรรมการได้แสดงตัวอย่างสมมติซึ่งไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างเกณฑ์ไว้ในแนวปฏิบัติในการปรับใช้มาตรา 101(3) ดังตัวอย่างต่อไปนี้²²¹

บริษัท A เป็นผู้ผลิตเบียร์ มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 70 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วยการขายเบียร์ผ่านร้านกาแฟ และสถานที่ค้าขายอื่น ๆ โดยมีคู่แข่งอีก 4 ราย ได้แก่ B มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 10, C มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 10, D มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 5 และ E มีส่วน

²²¹ Ibid., para. 116.

แบ่งตลาดร้อยละ 5 และที่ผ่านมามีผู้เข้าแข่งขันรายใหม่เกิดขึ้น และการเปลี่ยนแปลงราคาที่ดำเนินการโดยบริษัท A ทำให้คู่แข่งต้องปรับราคาตาม

ทั้งนี้ ในช่วง 5 ปีที่ผ่านมา บริษัท A ได้เพิ่มส่วนแบ่งตลาดโดยบริษัท A ทำข้อตกลงกับสถานที่ค้าขายต่าง ๆ (On-trade premises) เพิ่มขึ้นอีกร้อยละ 20 ของตลาด และคิดเป็นร้อยละ 40 ของยอดขาย โดยคู่สัญญาจะซื้อเปียร์จากบริษัท A เท่านั้น เป็นระยะเวลา 5 ปี (Exclusive dealing) ข้อตกลงดังกล่าวทำให้ลดรายได้ของคู่แข่ง อีกทั้ง เมื่อพิจารณาจากสถานะทางการตลาดของบริษัท A ที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงประกอบกับมีความเข้มข้นมากขึ้นในช่วงหลายปีที่ผ่านมา และการไม่มีผู้เข้าแข่งขันรายใหม่เข้าสู่ตลาด ส่วนคู่แข่งในตลาดก็มีความอ่อนแออยู่แล้ว คณะกรรมาธิการมองว่ากรณีเช่นนี้การแข่งขันในตลาดจะอาจถูกกำจัด (possibility of eliminating competition) ตามความหมายของมาตรา 101(3)

จากบทบัญญัติ Article 101(3) นี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำการประเมินตนเอง (Self-assessment) ว่าการกระทำของตนเข้าเงื่อนไขทั้ง 4 ประการ อันจะทำให้การกระทำดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นนี้หรือไม่ และการพิจารณาของคณะกรรมาธิการในการยกเว้นให้กับข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งก็ต้องพิจารณาจากเงื่อนไขทั้ง 4 ประการข้างต้นด้วยเช่นกัน

2) การยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption)

เดิม การประเมินว่าข้อตกลงในแนวดิ่งจะจำกัดการแข่งขันหรือไม่ และในกรณีนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบเชิงบวกมากกว่าผลกระทบเชิงลบหรือไม่ ข้อตกลงดังกล่าวต้องได้รับการประเมินเป็นรายกรณีไป (Individual exemption) โดยผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งขออนุญาตต่อคณะกรรมาธิการซึ่ง Council Regulation 17/62222 (ปัจจุบันคือ Regulation 1/2003) ได้กำหนดให้คณะกรรมาธิการยุโรปเป็นผู้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวที่จะให้การอนุญาตกับข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขในมาตรา 85(3) EEC (ปัจจุบันคือมาตรา 101(3) TFEU) ทำให้มีการยื่นคำร้องขออนุญาตเป็นจำนวนมาก และคณะกรรมาธิการไม่สามารถตอบสนองต่อภาระงานได้ทั้งหมด อีกทั้งเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากและกระบวนการในการอนุญาตมีหลายขั้นตอน ทำให้การพิจารณาคำขออนุญาตใช้เวลานาน คณะกรรมาธิการจึงได้ออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption Regulations) เพื่อเป็นแนวทางให้กับผู้ประกอบธุรกิจ โดยกำหนดรายละเอียดที่ผู้ประกอบธุรกิจประเมินตนเอง และทำข้อตกลงตามที่ได้รับประโยชน์จากการยกเว้นแบบกลุ่มโดยไม่ต้องยื่นหนังสือแจ้งและขอยกเว้นเป็นรายบุคคลต่อคณะกรรมาธิการ²²³

²²² Council Regulation 17/62 Regulation implementing Article 85 and 86 of the Treaty

²²³ Goebel, R. J. *et al.*, *Cases and Materials on European Union Law Fourth Edition*, p. 988.

อย่างไรก็ดี หากข้อตกลงได้อยู่ภายใต้เกณฑ์การยกเว้นแบบกลุ่ม คู่สัญญาตามข้อตกลงนั้นจะไม่มีภาระการพิสูจน์ตาม Council Regulation 1/2003²²⁴ ข้อ 2²²⁵ ว่าข้อตกลงที่ทำนั้นเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3) ทำให้ข้อตกลงนั้นสามารถใช้ได้ทันทีโดยไม่ต้องแจ้งต่อคณะกรรมการการยุโรปและสามารถทำการตกลงได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตเฉพาะ (Specific authorization)²²⁶ เนื่องจากการยกเว้นแบบกลุ่มอยู่บนพื้นฐานของข้อสันนิษฐานว่าข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายการยกเว้นแบบกลุ่มนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 4 ประการของมาตรา 101(3) แล้ว²²⁷

ทั้งนี้ การยกเว้นแบบกลุ่มเป็นการยกเว้นให้กับข้อตกลงบางลักษณะ และกำหนดแบ่งแยกประเภท (Category) โดยกฎหมายการยกเว้นแบบกลุ่มที่มีผลบังคับใช้กับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง²²⁸ ในปัจจุบัน ได้แก่

- ข้อยกเว้นสำหรับการจัดหาและการจัดจำหน่ายในแนวตั้ง Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the applicability of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of Vertical agreements and concerted practices หรือ Block Exemption Regulation (BER)
- ข้อยกเว้นสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements หรือ Technology transfer block exemption (TTBER)

2.1) การยกเว้นสำหรับการจัดหาและการจัดจำหน่ายในแนวตั้ง

²²⁴ Council Regulation No 1/2003 on the implementation of rules on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty เป็นกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการตามมาตรา 81 และ 82 ปัจจุบันหมายถึง มาตรา 101 และ 102 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป

²²⁵ Article 2 Burden of proof

In any national or Community proceedings for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty, the burden of proving an infringement of Article 81(1) or of Article 82 of the Treaty shall rest on the party or the authority alleging the infringement. The undertaking or association of undertakings claiming the benefit of Article 81(3) of the Treaty shall bear the burden of proving that the conditions of that paragraph are fulfilled.

²²⁶ ผกาวิรี ผาดีเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 121.

²²⁷ เรื่องเดิม.

²²⁸ เรื่องเดิม, 125.

การยกเว้นสำหรับการจัดหาและการจัดจำหน่ายในแนวดิ่งฉบับปัจจุบัน คือ Commission Regulation No 330/2010 (BER No 330/2010) ซึ่งมีการปรับปรุงแก้ไขใหม่เพื่อปรับใช้กับข้อตกลงในแนวดิ่ง พร้อมทั้งคณะกรรมการได้ปรับปรุงแนวทางการวิเคราะห์ (Guideline) ข้อตกลงในแนวดิ่งที่อยู่นอกเหนือการยกเว้นแบบกลุ่ม²²⁹ และปรับปรุงกฎเกณฑ์ให้ทันสมัยสำหรับการค้าขายทางอินเทอร์เน็ตด้วย

BER No 330/2010 ใช้กับประเภทของข้อตกลงและการกระทำร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งภายใต้มาตรา 101(1) และประเภทของข้อตกลงนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้รับการยกเว้นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 101(3) รวมถึงข้อตกลงสำหรับการซื้อหรือการขายสินค้าหรือบริการในแนวดิ่ง ซึ่งข้อตกลงเหล่านั้นทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่แข่งขันกัน (non-competing undertakings) หรือข้อตกลงไม่ต่างตอบแทนกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่แข่งขันกัน (Non-reciprocal agreements)²³⁰ หรือข้อตกลงระหว่างสมาคมผู้ค้าปลีกสินค้า รวมถึงข้อตกลงในแนวดิ่งที่มีข้อกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการให้หรือใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights หรือ IPR) เมื่อข้อกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เป็นเพียงส่วนหนึ่งของข้อตกลงในแนวดิ่งและไม่ได้เป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อตกลงในแนวดิ่ง²³¹ ข้อตกลงเหล่านี้จะได้รับการยกเว้นตาม BER No 330/2010 นี้

ทั้งนี้ คำว่าข้อตกลงแนวดิ่ง (Vertical agreement) ใน BER 330/2010 กำหนดให้รวมถึงการตกลงร่วมกัน (concerted practices) ด้วย และจะไม่ใช่กับข้อตกลงที่อยู่ภายนอกขอบเขตของมาตรา 101(1) ได้แก่

- ข้อตกลงที่มีความสำคัญน้อย (Minor importance) และ SMEs ที่ตกอยู่ภายใต้หลัก de minimis doctrine กล่าวคือข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในแนวดิ่งที่มีส่วน

²²⁹ Goebel, R. J. *et al.*, *Cases and Materials on European Union Law Fourth Edition*, p. 988.

²³⁰ Article 2(4) Regulation No 330/2010 กำหนด Non-reciprocal agreements ได้แก่ (1) ซัพพลายเออร์คือผู้ผลิต (Manufacturer) และ เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้า (Distributor) ในขณะที่ผู้ซื้อคือผู้จัดจำหน่ายเท่านั้น และไม่ได้เป็นกิจการที่แข่งขันในระดับผู้ผลิต หรือ (2) ซัพพลายเออร์เป็นผู้ให้บริการในหลายระดับของการค้า ในขณะที่ผู้ซื้อดำเนินการในระดับค้าปลีก (retail level) และไม่ได้เป็นกิจการที่แข่งขันที่ระดับการค้าที่ซื้อบริการตามสัญญาดังกล่าว ข้อยกเว้นนี้รวมถึงสถานะของ Dual distribution ด้วย กล่าวคือ ผู้ผลิตสินค้าบางประเภทยังทำหน้าที่เป็นตัวแทนจำหน่าย (distributor) สินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายอิสระ (independent distributors) สินค้าที่ตนเองผลิต

²³¹ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para.31.

แบ่งตลาดของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในข้อตกลงไม่เกินร้อยละ 15 ของตลาดทั้งหมดที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง²³² และข้อตกลงต้องไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

- สัญญาตัวแทน (Agency agreement)
- สัญญารับเหมาช่วง (Subcontracting agreement)

อนึ่ง BER 330/2010 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับข้อตกลงที่จะได้รับประโยชน์จากกฎการยกเว้นกลุ่ม ดังนี้

- ส่วนแบ่งตลาด (Market share) ของทั้งผู้จัดหา (Supplier) และผู้ซื้อ (Buyer) ต้องไม่เกินร้อยละ 30²³³ หรือเรียกว่า “พื้นที่ปลอดภัย” (safe harbor) และ
- ข้อตกลงต้องไม่มีข้อกำหนดที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง (hardcore restrictions)

คณะกรรมการ ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณา BER 330/2010²³⁴ ไว้ดังต่อไปนี้

(1) พื้นที่ปลอดภัย (Safe harbor) ที่กำหนดโดย Block Exemption Regulation No 330/2010

BER No. 330/2010 ได้กำหนดพื้นที่ปลอดภัยสำหรับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง กล่าวคือ ผู้จัดหาซึ่งเป็นผู้ขายสินค้าหรือบริการ และผู้ซื้อซึ่งซื้อสินค้าหรือบริการตามสัญญาจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดฝ่ายละไม่เกินร้อยละ 30 หรือน้อยกว่า จึงจะเข้าเงื่อนไขที่ทำให้ได้รับการยกเว้นตาม มาตรา 3 ของ BER No. 330/2010

ส่วนกรณีที่ส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 30 ก็ไม่ได้มีข้อสันนิษฐานว่าข้อตกลงในแนวดิ่งจะต้องเข้ามาตรา 101(1) หรือไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3) และไม่มีข้อสันนิษฐานว่าข้อตกลงในแนวดิ่งที่เข้ามาตรา 101(1) จะต้องเข้าเงื่อนไขมาตรา 101(3) เสมอไป²³⁵

(2) ข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงภายใต้การยกเว้นแบบกลุ่ม (Hardcore restrictions)

²³² ibid.

²³³ "Exemption for Vertical Supply and Distribution Agreements," (EU-Lex Access to European Union Law).

²³⁴ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union

²³⁵ Ibid., para. 23.

นอกจากเรื่องพื้นที่ปลอดภัยแล้ว BER 330/2010 จะยกเว้นให้กับการตกลงที่เข้าขอบเขตมาตรา 101(1) ตราบเท่าที่การตกลงดังกล่าวไม่มีข้อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Restriction) ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4²³⁶ ทั้งนี้ หากมีข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงรวมอยู่ในการตกลง แม้เป็นเพียงการแทรกส่วนหนึ่งส่วนใดของข้อจำกัดนี้ก็จะทำให้การตกลงในแนวตั้งทั้งหมดไม่ได้รับประโยชน์จาก BER²³⁷ ทำให้การตกลงดังกล่าวตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) และสันนิษฐานว่าไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3)

ก็ตามผู้ประกอบการก็อาจแสดงให้เห็นถึงประโยชน์เชิงบวกในการแข่งขันตามมาตรา 101(3) เป็นกรณีได้ โดยผู้ประกอบการจะต้องยืนยันว่าข้อตกลงที่รวมข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรงนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพ และต้องพิสูจน์ได้ว่าเข้าเงื่อนไข 4 ประการตามมาตรา 101(3)²³⁸ ดังที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.1.4

การจำกัดการแข่งขันร้ายแรงตามข้อ 4 BER 330/2010 มี 5 ประการ ได้แก่

- (2.1) การกำหนดราคาขายคงที่หรือราคาขายต่ำสุด
- (2.2) การกำหนดอาณาเขตการขาย หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้
- (2.3) การจำกัดการขายของผู้จัดจำหน่ายแบบเลือกสรร
- (2.4) ข้อจำกัดในการสับเปลี่ยนวัตถุดิบ
- (2.5) ข้อจำกัดการจัดหาชิ้นส่วนอะไหล่ให้กับผู้บริโภคชั้นสุดท้าย ช่างซ่อมอิสระ และผู้ให้บริการจากการได้รับอะไหล่โดยตรงจากผู้ผลิตชิ้นส่วนอะไหล่

ทั้งนี้ข้อ 4 มุ่งเน้นถึงข้อจำกัดที่เป็นการกำหนดราคา หรือการจำกัดอาณาเขต ซึ่งเป็นการจำกัดการจัดจำหน่ายที่ร้ายแรงตาม BER 330/2010 ดังต่อไปนี้

(2.1) การกำหนดราคาขายคงที่หรือราคาขายต่ำสุด (Fixed or Minimum Sales Price) เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง กำหนดไว้ในข้อ 4(a)²³⁹ ซึ่งไม่ว่าจะเป็น

²³⁶ Article 4 Restrictions that remove the benefit of the block exemption — hardcore restrictions

²³⁷ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 686.

²³⁸ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para. 47.

²³⁹ Article 4(a) the restriction of the buyer's ability to determine its sale price, without prejudice to the possibility of the supplier to impose a maximum sale price or recommend a sale price, provided that they do not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties;

ข้อตกลง (agreement) หรือการปฏิบัติร่วมกัน (concerted practice) ทางตรงหรือทางอ้อม ในการกำหนดราคาขายต่อคงที่หรือกำหนดราคาขายต่อดำสุด (fixed or minimum RPM) หรือกำหนดระดับราคาขายคงที่หรือกำหนดระดับราคาขายต่ำสุดที่ผู้ซื้อต้องปฏิบัติตาม (fixed or minimum price level to be observed by the buyer) จะถือเป็นข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรง ทั้งนี้ไม่รวมถึงการกำหนดราคาขายต่อสูงสุด (Maximum RPM)

ในกรณีที่ข้อตกลงหรือการปฏิบัติร่วมกันได้กำหนดราคาขายต่อไว้โดยตรง ข้อตกลงดังกล่าวจะถือเป็นข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงและไม่ได้รับยกเว้นภายใต้ BER 330/2010 อย่างไรก็ตาม การกำหนดราคาขายต่ออาจกระทำด้วยวิธีทางอ้อม ตัวอย่างเช่น การกำหนดอัตรากำไรขั้นต่ำในการกระจายสินค้า (Fixing the distribution margin) การกำหนดส่วนลดสูงสุด (Fixing the maximum level of discount) ที่ผู้จัดจำหน่ายสามารถขายต่อได้ในระดับราคาของผู้ผลิตกำหนดไว้ หรือการที่ผู้จัดหา (supplier) ให้เงินคืนหรือชดเชยค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายให้กับผู้ซื้อภายใต้ระดับราคาที่กำหนด หรือการเชื่อมโยงราคาขายต่อกับราคาขายต่อของคู่แข่งที่จำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกัน หรือ การข่มขู่ หรือ การส่งคำเตือน หรือการลงโทษ หรือชะลอหรือระงับการส่งมอบ หรือ การยกเลิกสัญญา ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามราคาที่กำหนดก็ถือเป็นข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรงเช่นกัน²⁴⁰

ทั้งนี้คณะกรรมการการยุโรปได้อธิบายว่าการกำหนดราคาขายต่อทั้งทางตรงและทางอ้อมดังกล่าวอาจทำให้การจำกัดการแข่งขันมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น หากใช้ร่วมกับมาตรการผู้จัดจำหน่ายที่ตัดราคา (Price-cutting distributors) เช่น การใช้ระบบการตรวจสอบราคาหรือกำหนดให้ผู้ค้าปลีกต้องรายงานหากมีสมาชิกรายอื่นจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่แตกต่างไปจากระดับราคามาตรฐานจากสมาชิกรายอื่น ในทำนองเดียวกันการกำหนดราคาทางตรงหรือทางอ้อมสามารถทำได้มีประสิทธิภาพมากขึ้นเมื่อใช้ร่วมกับมาตรการลดแรงจูงใจของผู้ซื้อในการขายสินค้าต่อในราคาที่ต่ำกว่าที่กำหนด เช่น ผู้จัดหา (Supplier) พิมพ์ราคาขายต่อที่แนะนำในผลิตภัณฑ์ หรือผู้จัดจำหน่ายให้ผู้ซื้อปรับใช้ most-favoured-customer clause ซึ่งเป็นการการันตีว่าลูกค้าของผู้ที่ซื้อสินค้าจากผู้จัดหาจะได้ราคาที่ดีที่สุด ทำให้ลูกค้าของผู้ซื้อทุกคนสามารถซื้อสินค้าในราคาที่เท่ากันเท่านั้น จึงเป็นการกำหนดราคาโดยอ้อม นอกจากนี้มาตรการสนับสนุนสามารถนำไปใช้เพื่อกำหนดราคาสูงสุดหรือราคาที่แนะนำอันเป็นการกำหนดราคาขายต่อได้ อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการสนับสนุน

²⁴⁰ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.48.

เฉพาะ หรือการจัดเตรียมรายการราคาแนะนำ หรือราคาสูงสุดที่ผู้จัดทำกำหนดให้แก่ผู้ซื้อเพียงอย่างเดียวจะไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกำหนดราคาขายต่อ²⁴¹

(2.2) การกำหนดอาณาเขตการขาย หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้ (Restrictions of the Territory or the Customer to whom the Buyer may sell) อันเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงซึ่งถูกกำหนดไว้ในข้อ 4(b)²⁴² ข้อตกลงหรือการปฏิบัติร่วมกันดังกล่าวมีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อมในการจำกัดการขายของผู้ซื้อ หรือจำกัดการขายของลูกค้าในสัญญา อันมีความเกี่ยวข้องกับการจำกัดอาณาเขต หรือการแบ่งกลุ่มผู้ซื้อ หรือกลุ่มผู้ขายสินค้าหรือบริการนั้น เป็นข้อจำกัดการแข่งขันซึ่งทำให้เกิดหน้าที่โดยตรง เช่น ภาวะผูกพันที่ผู้ซื้อจะไม่ขายสินค้าต่อให้กับลูกค้าบางราย หรือไม่ขายสินค้าให้กับลูกค้าในบางพื้นที่ หรือภาระหน้าที่ในการส่งคำสั่งซื้อจากลูกค้ากลุ่มหนึ่งไปยังผู้จัดจำหน่ายรายอื่น ๆ

นอกจากนี้การจำกัดอาณาเขตการขายหรือกำหนดลูกค้าอาจเกิดจากมาตรการทางอ้อมที่กระตุ้นให้ผู้จัดจำหน่ายไม่ขายสินค้าหรือบริการให้กับลูกค้าบางกลุ่มหากไม่ทำตามข้อตกลงการจำกัดการขายต่อดังกล่าว เช่น การที่ผู้จัดทำทำข้อตกลงกับผู้จัดจำหน่ายอันเป็นการปฏิเสธการขาย ลดโบนัสหรือลดการให้ส่วนลด หรือยกเลิกการจัดส่งสินค้า ลดปริมาณการจัดส่ง หรือจำกัดปริมาณการจัดส่งสินค้าหรือบริการให้ผู้จัดจำหน่ายภายในอาณาเขตที่ได้รับจัดสรรหรือกลุ่มลูกค้าที่ได้รับจัดสรร การข่มขู่ว่าจะเลิกสัญญา หรือกำหนดราคาให้สูงขึ้นสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ส่งออกไปนอกอาณาเขต การจำกัดสัดส่วนยอดขายที่จะส่งออก หรือกำหนดหน้าที่ในการส่งผ่านผลกำไร (profit pass-on obligations) นอกจากนี้การจำกัดโดยอ้อมอาจเกิดจากการที่ผู้จัดทำไม่ได้ให้บริการการรับประกันแบบ Union-wide guarantee แก่ผู้จัดจำหน่าย ซึ่งโดยปกติผู้จัดจำหน่ายทุกรายจะต้อง

²⁴¹ *ibid.*

²⁴² Article 4(b) the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, a buyer party to the agreement, without prejudice to a restriction on its place of establishment, may sell the contract goods or services, except:

(i) the restriction of active sales into the exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer, where such a restriction does not limit sales by the customers of the buyer,

(ii) the restriction of sales to end users by a buyer operating at the wholesale level of trade,

(iii) the restriction of sales by the members of a selective distribution system to unauthorised distributors within the territory reserved by the supplier to operate that system, and

(iv) the restriction of the buyer's ability to sell components, supplied for the purposes of incorporation, to customers who would use them to manufacture the same type of goods as those produced by the supplier;

ให้บริการรับประกันแก่ลูกค้า และผู้จัดหาจะชดใช้ค่าบริการนี้แก่ผู้จัดจำหน่ายในภายหลังถึงแม้ผลิตภัณฑ์นั้นจะขายโดยผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่อยู่ในอาณาเขตของผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับจัดสรร การปฏิบัติเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะถูกมองว่าผู้ซื้อสินค้าจากผู้จัดหาถูกจำกัดการขาย เมื่อผู้จัดหาเข้าร่วมกับระบบการตรวจสอบสินค้าปลายทาง เช่น การใช้ฉลากที่แตกต่างกัน หรือหมายเลขซีเรียลนัมเบอร์

เนื่องจากปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่งในการเข้าถึงลูกค้าที่หลากหลายมากกว่าวิธีการโดยทั่วไป ทำให้ข้อจำกัดบางอย่างเกี่ยวกับการใช้อินเทอร์เน็ตจัดเป็นข้อจำกัดด้านการขาย ((re)sales restrictions) โดยหลักผู้จัดจำหน่ายทุกรายต้องได้รับอนุญาตให้ใช้อินเทอร์เน็ตในการขายผลิตภัณฑ์ ซึ่งโดยทั่วไปการมีเว็บไซต์ถือว่าเป็นรูปแบบการขายแบบพาสซีฟ เนื่องจากเป็นวิธีที่เหมาะสมเพื่อให้ลูกค้าเข้าถึงผู้จัดจำหน่ายได้ เพราะเทคโนโลยีสามารถเข้าถึงได้ง่าย อาจทำให้มีผลกระทบนอกอาณาเขตของตนหรือกลุ่มลูกค้า หากมีลูกค้าเข้าชมเว็บไซต์ของผู้จัดจำหน่ายและติดต่อผู้จัดจำหน่ายอันนำไปสู่การขายรวมถึงการจัดส่ง การกระทำดังกล่าวถือเป็นการขายแบบพาสซีฟที่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้คณะกรรมการได้ยกตัวอย่างการจำกัดการจัดจำหน่ายผ่านทางอินเทอร์เน็ตแบบพาสซีฟซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง²⁴³ ดังต่อไปนี้

(ก) การที่ผู้ผลิตทำข้อตกลงกำหนดให้ผู้จัดจำหน่าย ((Exclusive) distributor) ปกป้องลูกค้าที่อยู่ในพื้นที่อื่น ((Exclusive) territory) เข้าดูเว็บไซต์ของตน กล่าวคือให้ลูกค้าเฉพาะพื้นที่ของตนเข้าดูเว็บไซต์ของตนได้เท่านั้น หรือการกำหนดเส้นทางให้ลูกค้าเข้าไปยังเว็บไซต์ของผู้ผลิตหรือเว็บไซต์ของผู้จัดจำหน่ายเฉพาะโดยอัตโนมัติ จะถือเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง แต่ถ้าหากเว็บไซต์ของผู้จัดจำหน่ายดังกล่าวมีลิงค์ไปยังผู้จัดจำหน่ายหรือผู้จัดหารายอื่น ๆ ก็จะไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง

(ข) การที่ผู้ผลิตทำข้อตกลงกำหนดให้ผู้จัดจำหน่าย ((Exclusive) Distributor) สามารถที่จะยกเลิกธุรกรรมของลูกค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ หากข้อมูลบัตรเครดิตของลูกค้าไม่อยู่ในอาณาเขตของผู้จัดจำหน่ายเฉพาะ

(ค) การที่ผู้ผลิตทำข้อตกลงกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายจำกัดสัดส่วนของยอดขายโดยรวมที่ทำผ่านอินเทอร์เน็ต

(ง) การที่ผู้ผลิตทำข้อตกลงให้ผู้จัดจำหน่ายซื้อผลิตภัณฑ์สำหรับขายแบบออนไลน์ในราคาที่สูงกว่าผลิตภัณฑ์ของผู้จัดจำหน่ายแบบออฟไลน์

²⁴³ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.52.

อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการได้พิจารณาว่าการโฆษณาออนไลน์ที่ระบุถึงลูกค้าบางรายเป็นรูปแบบของการขายแบบแอคทีฟ ตัวอย่างเช่น การสร้างแบนเนอร์²⁴⁴ ที่ใช้พื้นที่ในเว็บไซต์ของบุคคลที่สามเป็นรูปแบบการขายแบบแอคทีฟภายในอาณาเขตที่แบนเนอร์เหล่านี้ได้แสดงอยู่ หรือการจ่ายเงินเพื่อให้เครื่องมือค้นหาหรือผู้ให้บริการโฆษณาออนไลน์สามารถจัดให้มีการโฆษณาที่เข้าถึงกลุ่มลูกค้าในบางพื้นที่หรือบางกลุ่มลูกค้า ดังนี้ ถือเป็นการขายแบบแอคทีฟ²⁴⁵

แม้การกำหนดอาณาเขตการขาย หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงตามข้อ 4(b) แต่ BER 330/2010 ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ 4 ประการ ที่กำหนดว่าการกำหนดอาณาเขตการขาย หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อในบางกรณีไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง ได้แก่

(i) การจำกัดการขายแบบแอคทีฟไปยังอาณาเขตผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ได้รับจัดสรรให้ขายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive territories) หรือจำกัดการขายแบบแอคทีฟ ไปยังกลุ่มลูกค้าที่ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นได้รับการจัดสรรให้ขายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Customer Group)

(ii) การจำกัดการแข่งขันในระดับผู้ค้าส่ง (Restriction on Wholesalers)

(iii) การจำกัดการขายของระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Restrictions in Selective distribution system)

(iv) การจำกัดการขายของผู้ซื้อส่วนประกอบ (Buyer of Components) ข้อยกเว้นที่ไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงดังกล่าวมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(i) การจำกัดการขายแบบแอคทีฟไปยังอาณาเขตผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ได้รับจัดสรรให้ขายแต่เพียงผู้เดียว หรือการขายแบบแอคทีฟไปยังกลุ่มลูกค้าที่ได้รับการจัดสรรให้ขายแต่เพียงผู้เดียว (Restrictions on Active Sales into Exclusive Territories or to an Exclusive

²⁴⁴ คือรูปแบบหนึ่งของการโฆษณาบนเว็บไซต์ไว้ดเว็บ เป็นการวางภาพโฆษณาลงไปในหน้าเว็บแล้วทำไฮเปอร์ลิงก์กลับไปยังเว็บที่โฆษณา

²⁴⁵ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.53.

Customer Group Reserved to Another) ตามมาตรา 4(b)(i)²⁴⁶ ผู้จัดหาสามารถจำกัดการขายแบบแอกทีฟของผู้ซื้อไปในอาณาเขตหรือกลุ่มลูกค้าที่ผู้จัดหาสงวนไว้สำหรับตัวเองเท่านั้น หรือผู้จัดหาได้จัดสรรให้กับผู้จัดจำหน่ายรายอื่นไปแล้ว ทั้งนี้ เมื่อผู้จัดหาตกลงที่จะขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้จัดจำหน่ายรายหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distributor) เพื่อจัดจำหน่ายในอาณาเขตหนึ่งหรือเฉพาะกลุ่มลูกค้ารายใดรายหนึ่ง ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นจะไม่สามารถขายสินค้ายี่ห้อดังกล่าวแบบ Active ภายในอาณาเขตของผู้จัดจำหน่ายหรือให้แก่กลุ่มลูกค้าที่ผู้จัดจำหน่ายได้รับจัดสรร

ทั้งนี้ การที่ผู้จัดหากำหนดให้มีการจัดสรรอาณาเขตเฉพาะ (Exclusive territory) และกลุ่มลูกค้าเฉพาะ (Exclusive customer) โดยแต่งตั้งผู้จัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distributor) สำหรับกลุ่มลูกค้าภายในอาณาเขตหนึ่งนั้น การคุ้มครองพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าที่ได้รับจัดสรร (Exclusively allocated territories or customer) ดังกล่าว จะเป็นการคุ้มครองจากการขายแบบแอกทีฟเท่านั้น ส่วนการขายแบบพาสซีฟไปยังอาณาเขตหรือกลุ่มลูกค้าดังกล่าวยังสามารถทำได้

(ii) การจำกัดการแข่งขันในระดับผู้ค้าส่งตามข้อ 4(b)(ii)²⁴⁷ (Restriction on Wholesalers) เป็นการยกเว้นให้ผู้จัดหาสามารถทำข้อตกลงกับผู้ซื้อในระดับผู้ค้าส่งจำกัดการขายจากผู้ค้าส่งไปยังผู้ใช้ปลายทาง (end user) ซึ่งทำให้ผู้จัดหาสามารถแยกระดับการค้าส่งและการค้าปลีกออกจากกันได้ ข้อยกเว้นนี้ครอบคลุมถึงการยกเว้นให้ผู้ค้าส่งขายสินค้าหรือบริการให้กับผู้ใช้ปลายทางบางราย เช่น ขายให้ผู้ใช้ปลายทางกลุ่มหนึ่งที่มีขนาดใหญ่ ในขณะที่ไม่อนุญาตให้ขายแก่ผู้ใช้ปลายทางรายอื่นทั้งหมด

(iii) การจำกัดการขายของระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรตามข้อ 4(b)(iii)²⁴⁸ เป็นการยกเว้นให้ผู้จัดหาจำกัดโอกาสของผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับการแต่งตั้ง (Selective distribution system) ไม่ให้ขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ได้รับอนุญาตซึ่งอยู่ในพื้นที่ใด ๆ ที่ระบบนั้นได้จัดตั้งขึ้น หรือพื้นที่ซึ่งผู้จัดหายังไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เรียกว่า “อาณาเขตที่ผู้จัดหาสงวนไว้เพื่อดำเนินระบบงานดังกล่าว” (referred to as "the territory reserved by the supplier to operate that system")

²⁴⁶ (i) the restriction of active sales into the exclusive territory or to an exclusive customer group reserved to the supplier or allocated by the supplier to another buyer, where such a restriction does not limit sales by the customers of the buyer

²⁴⁷ (ii) the restriction of sales to end users by a buyer operating at the wholesale level of trade

²⁴⁸ (iii) the restriction of sales by the members of a selective distribution system to unauthorised distributors within the territory reserved by the supplier to operate that system

(iv) การจำกัดการขายของผู้ซื้อส่วนประกอบ (Buyer of Components) ตามข้อ 4(b)(iv)²⁴⁹ เป็นการยกเว้นให้ผู้จัดหาสามารถห้ามผู้ซื้อส่วนประกอบ (Components) ไปขายต่อให้กับคู่แข่งของผู้จัดหา เพื่อนำไปใช้เป็นปัจจัยการผลิตใด ๆ ในการผลิตสินค้า ทั้งนี้แนวปฏิบัติได้อธิบายว่าส่วนประกอบหมายถึง สินค้าชั้นกลาง (Intermediate goods)²⁵⁰ เพื่อนำไปผลิตสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกับผู้จัดหา

ข้อยกเว้นสำหรับการตกลงเพื่อกำหนดอาณาเขต หรือการกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้ทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้นจะไม่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงภายใต้ข้อ 4 ของ BER 330/2010

(2.3) การจำกัดการขายของผู้จัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Restrictions in Selective Distribution System) ทั้งการขายแบบแอกทีฟ และพาสซีฟ ไปยังผู้บริโภคสุดท้าย (end user) เป็นข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรงที่ถูกกำหนดไว้ในข้อ 4(c)²⁵¹ ทั้งนี้ไม่รวมถึงการห้ามขายโดยสมาชิกไปยังพื้นที่อื่นที่ไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งหมายความว่าผู้จัดจำหน่ายจะไม่สามารถกำหนดข้อจำกัดการขายแบบแอกทีฟ และพาสซีฟ ของผู้จัดจำหน่ายในระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) ที่จะขายให้กับผู้บริโภคขั้นสุดท้าย (end user) หรือตัวแทนจัดซื้อที่ดำเนินการแทนผู้บริโภคได้²⁵²

นอกจากนี้ ภายในระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution system) ผู้จัดจำหน่ายควรมีอิสระที่จะขายทั้งแบบแอกทีฟและพาสซีฟ ไปยังผู้บริโภคผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ ดังนั้นคณะกรรมการจึงพิจารณาว่าข้อผูกพันใด ๆ ที่ห้ามผู้จัดจำหน่ายในระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าถึงลูกค้าที่หลากหลายโดยการขายแบบออนไลน์เป็นข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง²⁵³

²⁴⁹ (iv) the restriction of the buyer's ability to sell components, supplied for the purposes of incorporation, to customers who would use them to manufacture the same type of goods as those produced by the supplier

²⁵⁰ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para. 55.

²⁵¹ Article 4(c) the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment

²⁵² European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.56.

²⁵³ Ibid.

(2.4) ข้อจำกัดในการสับเปลี่ยนวัตถุดิบ (cross-supplied) ระหว่างผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับแต่งตั้ง (appointed distributor) ภายใต้ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution system) เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงตามข้อ 4(d)²⁵⁴ ซึ่งข้อตกลงหรือการปฏิบัติร่วมกันที่ผู้จัดหาสามารถกำหนดได้จะต้องไม่มีวัตถุประสงค์โดยตรงหรือโดยอ้อมเพื่อป้องกันหรือจำกัดการขายแบบแอกทีฟหรือพาสซีฟ ระหว่างผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับจัดสรร (Selected Distributor) โดยผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับจัดสรรต้องมีอิสระในการซื้อผลิตภัณฑ์ตามสัญญาจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่อยู่ในเครือข่ายเดียวกัน ไม่ว่าจะอยู่ในระดับการค้าเดียวกันหรือต่างระดับกันก็ตาม ดังนั้น ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรจะไม่สามารถใช้ร่วมกับข้อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์บังคับให้ผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้อผลิตภัณฑ์ตามสัญญาจากแหล่งที่มาที่ผู้จัดหากำหนดให้เท่านั้น เนื่องจากผู้จัดจำหน่ายภายใต้ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรมีอิสระที่จะซื้อสินค้าจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นภายในระบบได้ และหมายความว่าภายใต้ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรจะไม่มีข้อจำกัดที่กำหนดให้ผู้ค้าส่งจะต้องขายสินค้าให้กับผู้ค้าปลีกที่ผู้จัดหากำหนดให้เท่านั้น ข้อจำกัดเช่นนี้จะถือเป็นข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรง²⁵⁵

(2.5) ข้อจำกัดการจัดหาชิ้นส่วนอะไหล่ที่ผู้จัดหาจะจัดหาให้กับผู้บริโภคนั้นสุดท้าย ช่างซ่อมอิสระ และผู้ให้บริการจากการได้รับอะไหล่โดยตรงจากผู้ผลิตชิ้นส่วนอะไหล่ เป็นข้อตกลงระหว่างผู้จัดหาอะไหล่กับผู้ผลิตสินค้าซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงตามข้อ 4(e)²⁵⁶ (Restrictions on Suppliers of Components) ข้อตกลงดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยทางอ้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้จัดหาชิ้นส่วนอะไหล่ (Supplier of the spare parts) ให้แก่ผู้บริโภค ช่าง หรือ ผู้ให้บริการ ถูกจำกัดการจัดหาข้อมูลด้านเทคโนโลยี และอุปกรณ์พิเศษซึ่งจำเป็นสำหรับการใช้อะไหล่ แต่ข้อตกลงอาจกำหนดข้อจำกัดในการจัดหาอะไหล่ให้กับผู้ซ่อมหรือผู้ให้บริการที่ได้รับมอบหมายจากผู้ผลิตอุปกรณ์ดั้งเดิม (original equipment manufacturer) เพื่อการซ่อมแซมหรือให้บริการของสินค้าของผู้ผลิตเองนั้นอาจทำได้ เนื่องจากผู้ผลิตอุปกรณ์ดั้งเดิมต้องการใช้เครือข่ายในการซ่อมแซมและบริการของตนเองเพื่อซื้อชิ้นส่วนอะไหล่เหล่านั้นในการซ่อมแซม²⁵⁷

²⁵⁴ Article 4(d) the restriction of cross-supplies between distributors within a selective distribution system, including between distributors operating at different level of trade;

²⁵⁵ Ibid., para.58

²⁵⁶ Article 4 (e) the restriction, agreed between a supplier of components and a buyer who incorporates those components, of the supplier's ability to sell the components as spare parts to end-users or to repairers or other service providers not entrusted by the buyer with the repair or servicing of its goods.

²⁵⁷ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.59.

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งหากมีข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรง 5 ประการดังกล่าวข้างต้น จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวอาจได้รับการยกเว้นเป็นรายกรณีภายใต้เงื่อนไขมาตรา 101(3) นอกจากนี้ข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงบางประการ แม้จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มแต่อาจมีความจำเป็นสำหรับข้อตกลงในลักษณะเฉพาะ²⁵⁸ เช่น มีความจำเป็นในการห้ามขายสินค้าอันตรายให้แก่ลูกค้าบางราย เนื่องจากเหตุผลด้านความปลอดภัยหรือสุขภาพ เป็นต้น²⁵⁹ ข้อตกลงดังกล่าวก็สามารถทำได้

นอกจากนี้ อาจเป็นไปได้ว่าเป็นผู้จัดจำหน่ายรายแรกที่ขายสินค้าในตลาดใหม่ อาจจะต้องลงทุนอย่างมากเพื่อเริ่มต้น และพัฒนาตลาด จึงอาจทำให้เกิดต้นทุนจม และในสถานการณ์เช่นนั้นอาจเป็นไปได้ว่าผู้จัดจำหน่ายมีความจำเป็นที่จะต้องมีการทำสัญญาเพื่อป้องกันต้นทุนส่วนที่ตนต้องเสียไปในช่วงระยะเวลาหนึ่ง²⁶⁰ ซึ่งทำให้ข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันได้รับการยกเว้นให้สามารถทำได้หากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 101(3)

(3) ข้อจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้รับการยกเว้น (Excluded Restriction)

ข้อ 5²⁶¹ ได้กำหนดข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันบางประการที่ไม่ได้รับยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มนี้ ถึงแม้ว่าส่วนแบ่งตลาดจะไม่เกินเกณฑ์ที่กำหนดไว้ก็ตาม อย่างไรก็ดี ส่วนที่เหลือของการตกลงในแนวตั้งยังอาจได้รับยกเว้นยกเว้นตาม BER ได้อยู่ หากส่วนดังกล่าวสามารถแยกออกจากส่วนที่ไม่ได้รับการยกเว้นได้²⁶² การจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้รับการยกเว้น ได้แก่

²⁵⁸ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty " Official Journal of the European Union: para. 18.

²⁵⁹ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.60.

²⁶⁰ Ibid., para.61.

²⁶¹ Commission Regulations (EU) No 330/2010
Article 5 Excluded restrictions

1.The exemption provided for in Article 2 shall not apply to the following obligations contained in vertical agreements

²⁶² European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.65.

(3.1) ข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขัน (non-compete obligation) ตามข้อ 5(1)(a)²⁶³ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งมีระยะเวลาไม่แน่นอนหรือเกิน 5 ปี จะไม่ได้รับการยกเว้นตามข้อ 2 ของกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม²⁶⁴

ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงที่ส่งผลให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้จัดหาหรือซื้อจากผู้จัดหารายอื่นที่ผู้จัดหาเป็นผู้กำหนดมากกว่าร้อยละ 80 ของยอดรวมการซื้อสินค้าและบริการตามสัญญาและสินค้าทดแทนในช่วงปีที่ผ่านมา ทำให้ผู้ซื้อถูกจำกัดโดยการซื้อสินค้าหรือบริการจากคู่แข่งรายอื่น จนเหลือน้อยกว่าร้อยละ 20 ของยอดซื้อทั้งหมด ข้อตกลงที่ไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันเช่นนั้นจะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มหากมีระยะเวลาที่ไม่แน่นอนหรือเกินกว่า 5 ปี

ทั้งนี้ ข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขันซึ่งมีการต่ออายุโดยปริยายและสันนิษฐานได้ว่าเกินระยะเวลา 5 ปี ก็จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มเช่นกัน ซึ่งกฎการยกเว้นแบบกลุ่มจะให้การยกเว้นข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขันที่มีระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี หรือน้อยกว่า และไม่มีอุปสรรคที่ขัดขวางผู้ซื้อจากการยกเลิกข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขันในตอนท้ายของระยะเวลา 5 ปี

ตัวอย่างเช่น เมื่อผู้จัดหาจัดหาอุปกรณ์ให้กับผู้ซื้อ เมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 5 ปี ข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขัน ผู้ซื้อก็ควรที่จะสามารถซื้ออุปกรณ์ดังกล่าวจากผู้ขายรายอื่นในตลาดได้²⁶⁵

อย่างไรก็ตามระยะเวลา 5 ปีดังกล่าว จะไม่ปรับใช้กับสินค้าหรือบริการที่ผู้ซื้อทำการขายสินค้าหรือให้บริการตามสัญญาในสถานที่และที่ดินที่ผู้จัดหาเป็นเจ้าของหรือเช่ามาจากบุคคลที่สาม ในกรณีเช่นนี้ ข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขันดังกล่าวอาจมีระยะเวลาเช่นเดียวกับระยะเวลาการขายของผู้ซื้อที่ครอบครองสถานที่และที่ดินดังกล่าว เหตุผลในการยกเว้นก็คือ โดยปกติแล้วไม่มีเหตุผล

²⁶³ Article 5(1)(a) any direct or indirect non-compete obligation, the duration of which is indefinite or exceeds five years.

²⁶⁴ Article 1 Definitions

1. For the purposes of this Regulation, the following definitions shall apply:

(d) ‘non-compete obligation’ means any direct or indirect obligation causing the buyer not to manufacture, purchase, sell or resell goods or services which compete with the contract goods or services, or any direct or indirect obligation on the buyer to purchase from the supplier or from another undertaking designated by the supplier more than 80 % of the buyer’s total purchases of the contract goods or services and their substitutes on the relevant market, calculated on the basis of the value or, where such is standard industry practice, the volume of its purchases in the preceding calendar year;

²⁶⁵ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.66.

สมควรที่ผู้จัดหาคงอนุญาตให้มีการขายผลิตภัณฑ์ที่แข่งขันกันได้ ในสถานที่และที่ดินของตนเองโดยไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 5(2) ของ BER²⁶⁶

(3.2) ข้อผูกมัดที่จำกัดมิให้ผู้ซื้อผลิต ซื้อ ขาย หรือขายต่อสินค้าหรือบริการภายหลังเลิกสัญญาตามข้อ 5(1)(b)²⁶⁷ เว้นแต่เป็นข้อผูกมัดที่จำเป็นในการปกป้องความรู้ความชำนาญ (Know-how) ที่ผู้จัดหามอบให้ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขว่าข้อผูกมัดดังกล่าวมีอายุไม่เกิน 1 ปี นับแต่สิ้นสุดสัญญา ทั้งนี้ตามข้อ 5(3)(d)²⁶⁸ ซึ่ง Know-how จะต้องประกอบด้วยข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์ต่อผู้ซื้อสำหรับการการใช้ ขาย หรือ ขายต่อสินค้าหรือบริการตามสัญญา²⁶⁹

(3.3) ข้อผูกมัดที่ให้สมาชิกของระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรไม่ขายสินค้าของผู้จัดหบางรายตามข้อ 5(1)(c)²⁷⁰ เกี่ยวข้องกับการขายสินค้าที่แข่งขันกันในระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) โดยทั่วไป BER ให้การยกเว้นแก่การจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรที่มีข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขันซึ่งจำกัดผู้ค้าปลีกมิให้ขายต่อสินค้าต่างยี่ห้อได้อย่างไรก็ตามหากผู้จัดหาไม่ให้ผู้ค้าปลีกที่ได้รับแต่งตั้งซื้อสินค้าจากผู้จัดหาเพียงรายใดรายหนึ่งเท่านั้น (Particular supplier) เท่านั้น ข้อผูกมัดดังกล่าวจะไม่ได้รับการยกเว้นตาม BER²⁷¹ สาเหตุที่ข้อผูกมัดเช่นนี้ไม่ได้รับการยกเว้น เพราะต้องการหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ผู้จัดหาจำนวนมากใช้ Selective

²⁶⁶ Ibid., para. 67.

²⁶⁷ Article 5(1)(b) any direct or indirect obligation causing the buyer, after termination of the agreement, not to manufacture, purchase, sell or resell goods or services;

²⁶⁸ Article 5(3) By way of derogation from paragraph 1(b), the exemption provided for in Article 2 shall apply to any direct or indirect obligation causing the buyer, after termination of the agreement, not to manufacture, purchase, sell or resell goods or services where the following conditions are fulfilled:

(d) the duration of the obligation is limited to a period of one year after termination of the agreement.

²⁶⁹ Article 1(g) 'know-how' means a package of non-patented practical information, resulting from experience and testing by the supplier, which is secret, substantial and identified: in this context, 'secret' means that the know-how is not generally known or easily accessible; 'substantial' means that the know-how is significant and useful to the buyer for the use, sale or resale of the contract goods or services; 'identified' means that the know-how is described in a sufficiently comprehensive manner so as to make it possible to verify that it fulfils the criteria of secrecy and substantiality;

²⁷⁰ Article 5 (1)(c) any direct or indirect obligation causing the members of a selective distribution system not to sell the brands of particular competing suppliers.

²⁷¹ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.69.

Distribution outlets เดียวกันในการกีดกันคู่แข่งรายหนึ่งหรือหลายรายจากการใช้ Outlets ในการกระจายสินค้า (การกระทำดังกล่าวของผู้จัดหาอาจเป็นรูปแบบหนึ่งของคว่ำบาตรโดยรวม)²⁷²

จากการศึกษาการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงทั้ง 4 ประการ และข้อตกลงที่ไม่ได้รับยกเว้นภายใต้ BER แล้วพบว่าหากข้อตกลงในแนวดิ่งมีข้อจำกัดใดข้อจำกัดหนึ่งเป็นข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง ตามข้อ 4 จะทำให้การตกลงนั้นไม่ได้รับประโยชน์จาก Block Exemption ทั้งหมด แม้จะมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินกว่าที่ Block Exemption กำหนดก็ตาม แต่หากเป็นข้อตกลงในแนวดิ่งที่มีข้อจำกัดบางประการเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 5 ข้อจำกัดดังกล่าวจะไม่ได้รับยกเว้นตาม BER นี้ แต่ไม่ทำให้การตกลงในแนวดิ่งนั้นเสียไปทั้งหมด²⁷³ ซึ่งข้อตกลงที่จะได้รับการยกเว้นภายใต้ BER 330/2010 จะต้องมีส่วนแบ่งตลาดตามตารางด้านล่างนี้

	ส่วนแบ่งตลาดกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง
30%	ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดมากกว่าร้อยละ 30 จะไม่ได้รับประโยชน์จาก Block Exemption ถ้าข้อตกลงอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 101(1) จะได้รับประโยชน์จาก Block Exemption ก็ต่อเมื่อส่วนแบ่งตลาดของผู้จัดหา (supplier's market share) ต่ำกว่าร้อยละ 30 และข้อตกลงไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง
15%	ข้อตกลงจะได้รับประโยชน์จากหลัก de minimis doctrine หากส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญาไม่เกินร้อยละ 15 และข้อตกลงไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง

ตารางแสดงส่วนแบ่งตลาดกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง²⁷⁴

2.2) การยกเว้นสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology Transfer)

ข้อตกลงในการอนุญาตใช้สิทธิ (Licensing agreement) ที่จำกัดการแข่งขัน อาจมีผลกระทบเชิงบวกมากกว่าผลกระทบเชิงลบที่เกิดขึ้นในการถ่ายทอดและพัฒนาเทคโนโลยี ดังนั้น คณะกรรมาธิการยุโรปจึงได้ออกข้อยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี Commission Regulation (EU) No 316/2014 (Technology Transfer Block Exemption Regulation : TTBER) แทนเกณฑ์การยกเว้นแบบกลุ่มฉบับเดิม เพื่อปรับใช้มาตรา 101(3) TFEU กับหมวดหมู่ของข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยี และให้ความแน่นอนกับผู้ประกอบธุรกิจในการทำข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ ซึ่ง TTBER ฉบับใหม่มีผลบังคับใช้ในเดือนพฤษภาคม 2014

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid., para. 70-71.

²⁷⁴ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 619.

'การถ่ายทอด' (transfer)²⁷⁵ หมายถึง เทคโนโลยีจะต้องไหลจากกิจการหนึ่ง ไปสู่อีกกิจการหนึ่ง โดยทั่วไปการถ่ายเทดังกล่าวจะอยู่ในรูปแบบของการออกใบอนุญาตโดยผู้ อนุญาตให้สิทธิ์แก่ผู้ได้รับสิทธิ์ในการใช้สิทธิ์เทคโนโลยีของตน และมีการชำระค่าสิทธิ์

TTBER ครอบคลุมข้อตกลงระหว่างสองกิจการที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ ใช้สิทธิ์เทคโนโลยีเพื่อจุดประสงค์ในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญา (Contract Product) อย่างไรก็ตาม สิทธิ์ในเทคโนโลยี (technology rights) สามารถเป็นองค์ประกอบของข้อตกลงประเภทอื่น ๆ ได้ ดังนั้นข้อตกลงจึงอาจเกี่ยวข้องกับ Commission Regulation No 1218/2010²⁷⁶ (เกี่ยวกับข้อตกลง เฉพาะด้าน) Commission Regulation No 1217/2010²⁷⁷ (เกี่ยวกับข้อตกลงการวิจัยและพัฒนา) และ Commission Regulation No 330/2010²⁷⁸ (เกี่ยวกับข้อตกลงจัดหาหรือจัดจำหน่ายในแนวตั้งที่ กล่าวไปแล้วข้างต้น)²⁷⁹

อย่างไรก็ตาม การทำข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อ ผลิตภัณฑ์โดยผู้รับอนุญาต (licensee) จะได้รับการยกเว้นโดย TTBER หากข้อตกลงเหล่านี้เกี่ยวข้องกับ โดยตรงกับการผลิตหรือการขายผลิตภัณฑ์ตามสัญญา (production or sale of the contract products) ดังนั้น TTBER จะไม่ใช่บังคับกับส่วนที่เกี่ยวข้องกับวัตถุดิบ (input) และ / หรืออุปกรณ์ (equipment) ที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญา ตัวอย่างเช่น สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อผลิตชีส ผู้ให้สิทธิ์ (licensor) จะขายนมเพื่อใช้ในการผลิตชีส ดังกล่าวโดยเฉพาะ การขายฟว่งใบอนุญาต (license) กับนมที่ใช้สำหรับการผลิตชีสด้วยเทคโนโลยีที่ ได้รับสิทธิ์จะได้รับการยกเว้นโดย TTBER

อนึ่ง TTBER 316/2014 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาเพื่อ ได้รับการยกเว้น ดังนี้

²⁷⁵ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union* (March 2014): para.51.

²⁷⁶ Commission Regulation No 1218/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements

²⁷⁷ Commission Regulation No 1217/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements

²⁷⁸ Commission Regulation No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

²⁷⁹ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*: para. 69.

- ส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 20 สำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างคู่แข่ง (competitors) และส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 สำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิระหว่างคู่สัญญาที่ไม่แข่งขันกัน (non-competitors)²⁸⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาในแนวดิ่ง คู่สัญญาจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 และ

- ข้อตกลงต้องไม่มีข้อกำหนดที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง (hardcore restrictions)

คณะกรรมการฯ ได้กำหนดแนวทางในการพิจารณา TTBER 316/2014²⁸¹ ไว้ดังต่อไปนี้

(1) พื้นที่ปลอดภัย (Safe harbor) ที่กำหนดโดย Block Exemption Regulation No 316/2014

ตามที่ระบุไว้ในข้อ 3 ของ TTBER ยกเว้นให้กับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน โดย คณะกรรมการฯ จะพิจารณาจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด (market share thresholds) ถึงแม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะจำกัดการแข่งขัน แต่หากไม่ได้เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันร้ายแรงตาม TTBER นี้ ก็สามารถสันนิษฐานได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 101(3) และได้รับการยกเว้นโดยอัตโนมัติ แต่ถ้าข้อตกลงดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตที่จะได้รับยกเว้นจากเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด (outside the safe harbor) ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องได้รับการประเมินจากคณะกรรมการฯ เป็นรายกรณีไปเป็นรายกรณีไป²⁸²

อนึ่ง เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดจะต้องพิจารณาทั้งตลาดที่เกี่ยวข้องของเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต (licensed technology rights) และ ตลาดที่เกี่ยวข้องของผลิตภัณฑ์ตามสัญญา (contract products) ทั้งนี้ข้อตกลงระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่ง (non-competitors) ส่วนแบ่งตลาดของแต่ละฝ่ายจะต้องไม่เกินร้อยละ 30²⁸³ จึงจะได้รับยกเว้นภายใต้ TTBER นี้

(2) ข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรงภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (hardcore restrictions)

²⁸⁰ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 989.

²⁸¹ Commission Regulation (EU) No 316/2014

²⁸² European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*: para.79.

²⁸³ *ibid.*, para.84.

คณะกรรมการธิการได้กำหนดประเภทของข้อจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงไว้ในข้อ 4 ของ TTBER ทั้งนี้ในความเห็นของคณะกรรมการเห็นว่า การจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง (hardcore restriction) เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเป้าหมาย (restrictive of competition by object) และก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะได้รับยกเว้นเป็นรายกรณีภายใต้มาตรา 101(3) ด้วย²⁸⁴ ภายใต้ TTBER นี้ คณะกรรมการได้แบ่งรายการข้อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงไว้ 2 ประเภทคือ รายการที่ปรับใช้กับข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง (agreement between competitors) กล่าวคือข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในแนวราบ (มาตรา 4(1)) และรายการที่ปรับใช้กับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ใช่คู่แข่ง (agreement between non-competitors) ซึ่งข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในแนวตั้งถูกจัดอยู่ในข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ใช่คู่แข่ง ตามมาตรา 4(2)) ซึ่งจะอธิบายในวิทยานิพนธ์นี้

ข้อ 4(2) ได้กำหนดให้ข้อตกลงสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ใช่คู่แข่งดังต่อไปนี้ เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง ทำให้ไม่ได้รับยกเว้นตาม TTBER

(2.1) การกำหนดราคาขายต่อสินค้าที่ผลิตตามสัญญาอนุญาตใช้สิทธิ์ตามข้อ 4(2)(a)²⁸⁵ การกำหนดราคาสินค้าที่คู่สัญญาจะขายให้แก่บุคคลที่สาม แต่ไม่รวมถึงการกำหนดราคาขั้นสูง หรือการกำหนดราคาแนะนำ หากการกำหนดราคาแนะนำไม่ได้ก่อให้เกิดความกดดันหรือแรงจูงใจให้มีการกำหนดราคาขั้นต่ำ²⁸⁶

ทั้งนี้ การกำหนดราคาขายต่ออาจจะเป็นการกำหนดราคาขายต่อคงที่ หรือราคาขายต่อต่ำสุด หรือกำหนดระดับราคาคงที่ หรือระดับราคาต่ำสุด ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เพื่อให้คู่สัญญาทำตาม ซึ่งแนวปฏิบัติได้อธิบายตัวอย่างการกำหนดราคาขายด้วยวิธีการทางอ้อม ได้แก่ ข้อตกลงการกำหนดส่วนต่างกำไร (fixing margins) การกำหนดระดับสูงสุดของส่วนลด (fixing the maximum level of discounts) การเชื่อมโยงราคาขายกับราคาขายของคู่แข่ง (linking the sales price to the sales prices of competitors) การข่มขู่ (threats) การเตือน (warnings) การ

²⁸⁴ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 745.

²⁸⁵ Article 4(2) (a) the restriction of a party's ability to determine its prices when selling products to third parties, without prejudice to the possibility to impose a maximum sale price or recommend a sale price, provided that it does not amount to a fixed or minimum sale price as a result of pressure from, or incentives offered by, any of the parties;

²⁸⁶ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*: para.118.

ลงโทษ(penalties) หรือการยุติสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามระดับราคาที่กำหนด (contract terminations in relation to observance of a given price level)²⁸⁷

อนึ่ง วิธีการในการกำหนดราคาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจะมีประสิทธิภาพมากขึ้นเมื่อใช้ร่วมกับมาตรการในการตัดราคา เช่น การดำเนินการตามระบบการตรวจสอบราคาหรือการกำหนดภาระหน้าที่ของผู้ได้รับอนุญาตในการรายงานการเบี่ยงเบนราคา หรือใช้ร่วมกับมาตรการที่ลดแรงจูงใจของผู้รับอนุญาตในการลดราคาขาย อย่างไรก็ตามการที่ผู้ให้อนุญาตทำรายการราคาแนะนำ (recommended price) หรือกำหนดราคาสูงสุด (imposition of a maximum price) ยังไม่อาจพิจารณาได้ในทันทีว่านำไปสู่การกำหนดราคาขายคงที่หรือราคาขายต่ำสุด²⁸⁸ ทั้งนี้ ต้องดูว่าราคาแนะนำจะนำไปสู่การกำหนดราคาคงที่ หรือกำหนดราคาขั้นต่ำหรือไม่ ไม่ว่าจะโดยการจูงใจหรือการข่มขู่ก็ตาม

(2.2) การจำกัดการขายสินค้าที่ผลิตตามสัญญาอนุญาตใช้สิทธิโดยการแบ่งพื้นที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า (the restriction of the territory or the customers) ในเบื้องต้นคณะกรรมการได้กำหนดให้การจำกัดการขายสินค้าแบบพาสซีฟของผู้รับอนุญาตเป็นการจำกัดการแข่งขันแบบร้ายแรงตามข้อ 4(2)(b)²⁸⁹ (Restrictions on passive sales by the licensee) อนึ่ง การจำกัดการขายแบบพาสซีฟอาจเกิดขึ้นโดยตรง เช่น ข้อผูกพันห้ามขายผลิตภัณฑ์ให้กับลูกค้าบางราย หรือห้ามขายผลิตภัณฑ์ให้กับลูกค้าในบางพื้นที่ หรือเกิดโดยอ้อมจากข้อผูกมัดที่มีจุดประสงค์เพื่อชักจูงให้ผู้รับใบอนุญาตงดการขายผลิตภัณฑ์ตามสัญญา²⁹⁰

อย่างไรก็ตามคณะกรรมการได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับข้อตกลงการจำกัดการขายโดยการแบ่งพื้นที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้าไว้ ดังต่อไปนี้

(i) การจำกัดการขายโดยผู้รับอนุญาตทั้งแบบแอคทีฟ และพาสซีฟไปยังอาณาเขตที่สงวนไว้สำหรับผู้ให้อนุญาตขายแต่เพียงผู้เดียว หรือการจำกัดการขายแบบแอคทีฟ และพาสซีฟไปยังกลุ่มลูกค้าที่ได้สงวนไว้สำหรับผู้ให้อนุญาตขายแต่เพียงผู้เดียว (the restriction of passive sales into an exclusive territory or to an exclusive customer group reserved

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Article 4(2)(b) the obligation of the territory into which, or of the customers to whom, the licensee may passively sell the contract products.

²⁹⁰ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*; para.119.

for the licensor) การจำกัดดังกล่าวจะได้รับยกเว้นตามข้อ 4(2)(b)(i)²⁹¹ ทั้งนี้ อาณาเขตหรือกลุ่มลูกค้าที่สงวนไว้สำหรับผู้ให้อนุญาตนั้น ผู้ให้อนุญาตยังไม่จำเป็นต้องผลิตสินค้าด้วยเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตในอาณาเขตหรือสำหรับกลุ่มลูกค้าดังกล่าว แต่ผู้ให้อนุญาตสามารถสงวนอาณาเขตหรือกลุ่มลูกค้าเพื่อการแสวงหาผลประโยชน์ในภายหลังได้²⁹²

(ii) การกำหนดให้ผู้รับอนุญาตผลิตสินค้าตามสัญญาสำหรับการใช้งานของตนเองเท่านั้น โดยมีเงื่อนไขว่าผู้รับใบอนุญาตจะไม่ถูกจำกัดการขายสินค้าตามสัญญาทั้งแบบแอกทีฟและพาสซีฟ ในฐานะอะไหล่สำหรับสินค้าของตนเอง ข้อจำกัดดังกล่าวจะได้รับยกเว้นตามข้อ 4(2)(b)(ii)²⁹³

(iii) ข้อผูกมัดในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญาสำหรับลูกค้าเฉพาะราย เนื่องจากการให้อนุญาตถูกออกมาเพื่อสร้างแหล่งจัดหาทางเลือกสำหรับลูกค้ารายนั้น การจำกัดดังกล่าวจะได้รับยกเว้นตามข้อ 4(2)(b)(iii)²⁹⁴ โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาของข้อตกลงให้สิทธิ์ดังกล่าว (licence agreement)

(iv) การกำหนดข้อจำกัดให้ผู้รับอนุญาตดำเนินการในระดับขายส่งโดยไม่ขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้บริโภค และขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้ค้าปลีกเท่านั้น ข้อจำกัดนี้จะได้รับยกเว้นตามข้อ 4(2)(b)(iv)²⁹⁵

(v) การจำกัดการขายให้กับผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ได้รับอนุญาตในฐานะของระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (selective distribution system) การจำกัดดังกล่าวจะได้รับยกเว้นตามข้อ 4(2)(b)(v)²⁹⁶ ข้อยกเว้นนี้ ผู้ให้อนุญาตสามารถกำหนดภาระหน้าที่ของผู้รับอนุญาตให้เป็นส่วนหนึ่งของระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรได้ ในกรณีดังกล่าวผู้รับอนุญาตจะต้องไม่ถูก

²⁹¹ 4(b)(i) the restriction of passive sales into an exclusive territory or to an exclusive customer group reserved for the licensor.

²⁹² European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*: para.119.

²⁹³ Article 4(2)(b)(ii) the obligation to produce the contract products only for its own use provided that the licensee is not restricted in selling the contract products actively and passively as spare parts for its own product.

²⁹⁴ Article 4(2)(b)(iii) the obligation to produce the contract products only for a particular customer, where the licence was granted in order to create an alternative source of supply for that customer.

²⁹⁵ Article 4(2)(b)(iv) the restriction of sales to end-users by a licensee operating at the wholesale level of trade.

²⁹⁶ Article 4(2)(b)(v) the restriction of sales to unauthorized distributors by the members of a selective distribution system.

จำกัดการขายทั้งแบบแอคทีฟและพาสซีฟไปยังผู้บริโภคชั้นสุดท้าย อันจะเป็นการจำกัดการแข่งขัน ร้ายแรงตามข้อ 4(2)(c)²⁹⁷

(2.3) การจำกัดมิให้ผู้รับอนุญาตซึ่งเป็นสมาชิกของระบบการจัดจำหน่าย แบบเลือกสรร และดำเนินการขายในระดับค้าปลีกขายแบบแอคทีฟและพาสซีฟไปยังผู้บริโภคชั้นสุดท้าย (the restriction of active and passive sales to end-users by licensee) นั้น เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงตามข้อ 4(c)²⁹⁸ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้อนุญาตห้ามสมาชิกของระบบ ดำเนินการนอกสถานที่หรือสถานประกอบกิจการที่ไม่ได้รับอนุญาต²⁹⁹

1.3 ข้อจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้รับยกเว้น (Excluded Restriction)

ข้อ 5 ของ TTBER กำหนดข้อจำกัดที่ไม่ได้รับการยกเว้น วัตถุประสงค์ของ มาตรานี้ คือ หลีกเลี่ยงการยกเว้นให้กับข้อตกลงที่ลดแรงจูงใจในการคิดค้น (avoid block exemption of agreements that may reduce the incentive to innovate) อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่เข้าข้อ 5 นี้แม้จะไม่ได้รับการยกเว้น แต่ข้อตกลงอื่นยังอาจได้รับการยกเว้นภายใต้ TTBER³⁰⁰

อนึ่ง คณะกรรมาธิการได้กำหนดข้อตกลงระหว่างผู้ที่ไม่ใช่คู่แข่ง (non-competitor) ไว้ในข้อ 5(2)³⁰¹ การจำกัดการใช้หรือการพัฒนาเทคโนโลยีของผู้รับอนุญาต (limiting the licensee's use or development of its own technology) ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมจะ

²⁹⁷ Article 4(c) the restriction of active and passive sales to end-users by a licensee which is a member of a selective distribution system and which operates at the retail level, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorized place of establishment.

²⁹⁸ Article 4(c) the restriction of active and passive sales to end-users by a licensee which is a member of a selective distribution system and which operates at the retail level, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorized place of establishment.

²⁹⁹ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*: para.126.

³⁰⁰ *ibid.*, para. 128.

³⁰¹ Article 5(2) where the undertakings party to the agreement are not competing undertakings, the exemption provided for in Article 2 shall not apply to any direct or indirect obligation limiting the licensee's ability to exploit its own technology rights or limiting the ability of any of the parties to the agreement to carry out research and development, unless such latter restriction is indispensable to prevent the disclosure of the licensed know-how to third parties.



ไม่ได้รับการยกเว้น เว้นแต่จะมีข้อจำกัดที่จำเป็นเพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อมูลความรู้ (know-how) ให้กับบุคคลที่สาม³⁰²

โดยทั่วไปผู้รับอนุญาตไม่ได้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีที่แข่งขันในตลาดเทคโนโลยี (competing technology) กับผู้ให้อุญาต และผู้ให้อุญาตก็ไม่ได้เป็นผู้จัดหาในตลาดผลิตภัณฑ์ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของกฎการยกเว้นแบบกลุ่มในกรณีดังกล่าว คือ คู่สัญญาไม่ได้เป็นคู่แข่งกันทั้งในตลาดเทคโนโลยี (technology market) และไม่ใช่คู่แข่งกันในตลาดผลิตภัณฑ์ปลายน้ำ (downstream product market) ในกรณีเช่นนี้จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้รับอนุญาตจะไม่ถูกจำกัดความสามารถในการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีและพัฒนาเทคโนโลยีของตนเองต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปการจำกัดสิทธิ์ในการใช้เทคโนโลยีของตนเองหรือการวิจัยและพัฒนา (restrictions on the licensee's use of its own technology rights or on research and development) ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันและไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 101 (3)³⁰³

ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงที่ให้ผู้รับอนุญาตจ่ายค่าสิทธิ ไม่เพียงแต่ค่าสิทธิบนพื้นฐานของผลิตภัณฑ์ที่ผลิตด้วยเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต (licensed technology) แต่ยังคงอยู่บนพื้นฐานของผลิตภัณฑ์ที่ผลิตด้วยเทคโนโลยีของตัวเอง (own technology) โดยทั่วไปแล้วข้อตกลงเช่นนี้จะจำกัดความสามารถของผู้รับอนุญาตในการแสวงหาประโยชน์จากเทคโนโลยีของตนเอง ข้อตกลงเช่นนี้จะไม่ได้รับยกเว้นภายใต้การอนุญาตแบบกลุ่ม³⁰⁴

จากการศึกษาพบว่ามาตรา 4 และมาตรา 5 ของ TTBER ที่มีรายการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงและข้อตกลงที่ไม่ได้รับยกเว้นจากการยกเว้นแบบกลุ่ม มีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างความมั่นใจว่าข้อตกลงที่ได้รับการยกเว้นแบบกลุ่มนั้นไม่ลดแรงจูงใจในการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ไม่ชะลอการเผยแพร่เทคโนโลยี การแข่งขันระหว่างผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ อย่างไรก็ตามหากคณะกรรมการพิจารณาพบว่าการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่เข้าเงื่อนไขบางประการภายใต้มาตรา 101(3) TFEU อันอาจนำไปสู่การกีดกันหรือบิดเบือนการแข่งขัน คณะกรรมการอาจเพิกถอนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการยกเว้นแบบกลุ่มเป็นรายกรณีไปได้³⁰⁵

³⁰² European Commission, "Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements," *Official Journal of the European Union*: para. 141.

³⁰³ Ibid., para. 142.

³⁰⁴ Ibid., para. 142-143.

³⁰⁵ Ibid., para. 148.

3.3 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา

3.3.1 แนวคิดของกฎหมายต่อต้านการผูกขาด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สำคัญมีอยู่ด้วยกัน 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติเชอร์แมน ค.ศ.1890 (The Sherman Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่นำกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่มารวบรวมและสร้างความหมายที่ชัดเจนของการจำกัดการแข่งขันทางการค้า รวมทั้งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่รัฐ บทลงโทษทั้งจำคุกและปรับ และสิทธิของเอกชนในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย³⁰⁶ เป็นกฎหมายที่ห้ามการทำข้อตกลงที่เป็นการต่อต้านหรือผูกขาดการแข่งขัน และการกระทำฝ่ายเดียวที่ผูกขาดหรือพยายามผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ในอดีตการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ไม่ค่อยประสบความสำเร็จเพราะขาดกำลังเจ้าหน้าที่และงบประมาณ อีกทั้งศาลสูงอเมริกัันตีความถ้อยคำในบทกฎหมายดังกล่าวไปในลักษณะแคบ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงอเมริกัันได้เริ่มตีความถ้อยคำในต้วบทกฎหมายดังกล่าวกว้างขึ้นนับตั้งแต่ปี ค.ศ.1904 เป็นต้นมา³⁰⁷

ต่อมาในปี ค.ศ.1914 รัฐสภาได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้าออกมาอีก 2 ฉบับ คือ The Clayton Antitrust Act 1914 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มาอุดช่องว่างของ The Sherman Act ด้วยการปรับปรุงถ้อยคำของกฎหมายให้มีความชัดเจนขึ้น บัญญัติให้กิจการผูกขาดทางการค้าเป็นการผิดกฎหมาย และ The Federal Trade Commission Act ซึ่งบัญญัติให้จัดตั้งหน่วยงานทางราชการเพื่อป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ทำหน้าที่ควบคุมดูแลพฤติกรรมกรรมการกระทำที่เป็นการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพ มีหลักการใหญ่ในการคุ้มครองเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมต่อธุรกิจการค้า (unfair method of competition)

ทั้งนี้ การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีหน่วยงานที่สำคัญ 3 หน่วยงาน³⁰⁸ ได้แก่

(1) แผนกป้องกันการผูกขาดทางการค้าโดยกระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of The Department of Justice) มีวัตถุประสงค์หลักในการสนับสนุนและปกป้องกระบวนการแข่งขัน

³⁰⁶ วรานนท์ อมรธำรง, "การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 56.

³⁰⁷ รัฐไกร ลิมศิริตระกูล, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการกำหนดราคาขายปลีก" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 77.

³⁰⁸ ศุภชัย ศุภชลาศัย, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1 (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542), หน้า 56.

ทางการค้าทำหน้าที่เป็นเสมือนสำนักงานกฎหมายรับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ควบคุมการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดในรูปแบบต่าง ๆ กับทุกประเภทกิจการและทุกระดับของธุรกิจ โดยมีอำนาจในการดำเนินคดีทางอาญาผ่านกระบวนการทางศาล เพื่อให้มีการลงโทษปรับหรือจำคุกต่อผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตามการดำเนินคดีทางอาญาผ่านกระบวนการทางศาล เพื่อให้มีการลงโทษปรับหรือจำคุกต่อผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตามการดำเนินคดีทางอาญาเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม แผนกป้องกันการผูกขาดทางการค้าอาจเลือกที่จะดำเนินคดีเฉพาะทางแพ่งเท่านั้น³⁰⁹

(2) คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) เป็นหน่วยงานอิสระ มีหน้าที่หลักคือ การบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนจากการถูกหลอกลวงฉ้อฉล และได้รับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า Sherman Act, Clayton Act และ Federal Trade Commission Act³¹⁰ ทั้งนี้ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐเป็นหน่วยงานพิเศษของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจพิเศษในการพิจารณาหรือวินิจฉัยตัดสินคดี เมื่อคณะกรรมการได้ตรวจสอบพบการกระทำของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ละเมิดต่อกฎหมาย คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อยับยั้งการกระทำนั้นได้ และคำสั่งนั้นอาจถูกอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้ อย่างไรก็ตามอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐมีความทับซ้อนกับอำนาจการบังคับใช้กฎหมายของแผนกป้องกันการผูกขาดทางการค้า ดังนั้น ในทางปฏิบัติทั้งสองหน่วยงานจะมีการแจ้งการดำเนินงานต่อกันเพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการทำงาน³¹¹

(3) ศาล (Court) ถือเป็นหน่วยงานสำคัญ เนื่องจากระบบกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) มีหน้าที่ตัดสินคดีข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นทั้งจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยแผนกป้องกันการผูกขาดทางการค้า หรือโดยคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ รวมถึงการเริ่มต้นคดีของเอกชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ดังนั้นศาลจะเป็นผู้สร้างหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาต่าง ๆ เพื่อใช้ประกอบการตัดสิน โดยหลักเกณฑ์และแนวคำวินิจฉัยจะกลายเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในคดีอื่นต่อไป³¹² นอกจากนี้ผู้พิพากษาในศาลก็มีความสำคัญยิ่งต่อผลทางคดี

³⁰⁹ สุมธ นาคโรดม, "การขออนุญาตระงับการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษารณการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์," หน้า 56.

³¹⁰ เรื่องเดียวกัน.,57.

³¹¹ E. Gellhorn, W.E. Kovacic, and S. Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell* (Thomson/West, 2004), p. 531.

³¹² Charles J. Goetz and Fred S. McChesney, *Antitrust Law : Interpretation and Implementation - 2nd Edition*, second ed. (LexisNexis, 2002), p. 13.

เนื่องจากความแตกต่างทางด้านมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ของผู้พิพากษาแต่ละท่านที่มีผลต่อข้อเท็จจริงแต่ละคดี จึงทำให้การพิจารณาและการตัดสินอาจมีความแตกต่างกัน³¹³

3.3.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

3.3.2.1 ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

ในช่วง 50 ปีที่ผ่านมา นักวิชาการและนักเศรษฐศาสตร์ได้พยายามอธิบายผลกระทบในเชิงบวก (Pro-competitive) ของการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ (minimum resale price maintenance) หรือการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) นอกจากนี้ยังได้เปรียบเทียบการกำหนดราคาขายต่อกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ไม่ใช่ราคา (non-price vertical restraints) เช่น การแบ่งอาณาเขต (Territorial exclusivity) ว่ามีผลกระทบต่อราคาและปริมาณที่คล้ายกัน จึงควรได้รับการพิจารณาตามกฎหมายในทำนองเดียวกัน³¹⁴

ในช่วงระยะเวลา 30 ปีที่ผ่านมา ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา (The US Supreme Court) ได้ตัดสินว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ไม่ใช่ราคา (non-price vertical restraints) ควรได้รับการพิจารณาภายใต้หลักเหตุผล (rule of reason) และยอมรับว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งดังกล่าวทำให้เกิดประสิทธิภาพในเชิงบวกต่อการแข่งขัน (pro-competitive potential)³¹⁵ และนักวิชาการด้านการต่อต้านการผูกขาดยังเล็งเห็นความสำคัญของประสิทธิภาพในการวิเคราะห์การต่อต้านการผูกขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งประสิทธิภาพที่นำไปสู่การลดราคา และเพิ่มสวัสดิการแก่ผู้บริโภค กฎหมายต่อต้านการผูกขาดในปัจจุบันทำหน้าที่ในการสร้างสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย ในขณะที่เดียวกันก็ส่งเสริมประสิทธิภาพทางสังคมและปกป้องผู้บริโภคจากผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์จากการต่อต้านการผูกขาดด้วย³¹⁶

จากการศึกษาพบว่า การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งไม่มีระบุชัดเจนในกฎหมาย แต่มีวิวัฒนาการผ่านการพิจารณาคดี (Judicial decision – making) ข้อจำกัดในแนวดิ่งภายใต้กฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่บังคับใช้โดยทั่วไปมีดังต่อไปนี้

³¹³ สุเมธ นาคโรดม, "การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์," หน้า 58.

³¹⁴ Ittai Paldor, "Vertical Restraints' Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints," 317.

³¹⁵ Ibid., 317.

³¹⁶ Nelson, P. and D. Smith, "Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road," 128.

(1) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance) การตกลงระหว่างบุคคลที่อยู่คนละระดับในโครงสร้างการกระจายสินค้าเกี่ยวกับราคาจากผู้ซื้อจะขายสินค้าหรือบริการต่อ สามารถกระทำในรูปแบบการตั้งราคาที่เหมาะสมเฉพาะเจาะจง แต่โดยทั่วไปแล้วจะมีการตั้งราคาขั้นต่ำหรือราคาขั้นสูง

(2) การจำกัดตัวลูกค้าและท้องที่การขาย (Customer and territorial restraints) การที่ผู้ผลิตห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายขายนอกอาณาเขตที่ตั้งไว้ หรือห้ามมิให้ขายให้ลูกค้าบางกลุ่ม

(3) การจำกัดช่องทางการจัดจำหน่ายสินค้า (Channel of distribution restraints) การที่ผู้ผลิตห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าขายด้วยวิธีการจัดจำหน่ายสินค้าอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาต โดยทั่วไปจะเห็นได้ในผู้ผลิตสินค้าที่มีราคาแพง หรือมีความซับซ้อน เช่น ผู้ผลิตอาจห้ามมิให้กระจายสินค้าผ่านอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

(4) การติดต่อค้าขายเฉพาะราย (Exclusive dealing arrangements) การที่ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตเพียงรายเดียวเท่านั้นตามระยะเวลาที่ตกลงกันได้ วิธีการเช่นนี้อาจจะเกิดขึ้นในรูปแบบของการทำข้อตกลงห้ามมิให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าจากคู่แข่งของผู้ผลิต หรือการทำสัญญาที่ให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าทั้งหมดหรือในสัดส่วนที่มากพอสมควรจากผู้ผลิตนั้นๆ ข้อตกลงในรูปแบบนี้อาจจะเป็นการกีดกันคู่แข่งของผู้ผลิตจากการทำการตลาดของสินค้ากับผู้ซื้อนั้น ๆ ในระยะเวลาที่กำหนด

(5) การจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distributorship arrangements) เป็นการตกลงที่โดยทั่วไปผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่มีสิทธิ์ในการเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าผู้เดียวในสินค้าหรือบริการของผู้ผลิตนั้น ๆ ในอาณาเขตหนึ่ง ผู้ผลิตไม่สามารถที่จะตั้งศูนย์การจัดจำหน่ายสินค้าในอาณาเขตหรือขายให้กับผู้จัดจำหน่ายสินค้าอื่น ๆ

(6) การขายพ่วง (Tying arrangements) การตกลงโดยฝ่ายหนึ่งจะขายสินค้าอย่างหนึ่ง แต่อยู่บนข้อตกลงที่ฝ่ายผู้ซื้อนั้นๆ ต้องซื้อสินค้าอื่นๆด้วย การตกลงเช่นนี้สามารถทำได้กับการบริการเช่นเดียวกับสินค้า ข้อตกลงเช่นนี้จะบังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าที่ผู้ซื้อไม่ต้องการ หรือเป็นการจำกัดอิสรภาพของผู้ซื้อในการซื้อสินค้าจากผู้อื่น



3.3.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ในแนวดิ่ง

ก. กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1) The Sherman Act

The Sherman Act 1980 เป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดพื้นฐานที่ใช้บังคับระหว่างรัฐและการค้าระหว่างประเทศ เป็นกฎหมายที่สะท้อนถึงความต้องการของสาธารณชนที่ต้องการให้มีการแข่งขันเสรีขึ้นในระดับโครงสร้างทางเศรษฐกิจ³¹⁷ ซึ่งบทบัญญัติที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ได้แก่

The Sherman Act 1890 มาตรา 1³¹⁸ มีหลักว่า บรรดาสัญญา การรวมตัวกันหรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปแบบใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ หรือกับต่างประเทศ ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย³¹⁹

จากบทบัญญัติมาตรา 1 The Sherman Act 1890 จะเห็นได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติห้ามความร่วมมือกัน (concerted practice) ที่จำกัดการแข่งขันทุกประเภท ซึ่งความร่วมมือกันนี้อาจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีความสัมพันธ์กันในแนวดิ่งหรือแนวนอน และอาจเกิดขึ้นอย่างชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้ แต่เนื่องจากความตกลงทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการค้าอาจส่งผลเป็นการจำกัด (restraint) ตามนัยของมาตรา 1 The Sherman Act ได้อยู่ในตัว ด้วยเหตุนี้ทำให้ศาลตีความบทบัญญัติมาตรา 1 The Sherman Act 1890 ว่าจะห้ามเฉพาะการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่มีลักษณะเป็นการจำกัดอย่างไม่สมควร (unreasonably

³¹⁷ กวี เปรมรัตน์ชัย, "การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 41.

³¹⁸ 15 U.S.C.A. § 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty (Section 1 of The Sherman Act 1890)

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

³¹⁹ วีระภัทร์ แก้วนอกเขา, "มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการขายพ่วง" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 92.

restraint of trade) เท่านั้น³²⁰ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ในลักษณะที่เป็นการห้ามโดยทั่วไป (General Prohibition) และศาลมีบทบาทสำคัญในการตีความกฎหมาย สร้างความชัดเจน และสร้างบรรทัดฐานโดยคำพิพากษา

2) Clayton Act 1914

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ากฎหมาย The Sherman Act มีการบังคับใช้อย่างกว้าง ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากศาลตีความแตกต่างกันทำให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ รัฐสภาจึงได้ประกาศใช้กฎหมาย The Clayton Act ในปี ค.ศ.1914 ซึ่งมีวัตถุประสงค์กำจัดระบบผูกขาดตั้งแต่เริ่มต้นเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้น ซึ่งแตกต่างไปจาก The Sherman Act ที่มีวัตถุประสงค์กำจัดการผูกขาดหลังจากที่ได้เกิดขึ้นแล้ว³²¹ อย่างไรก็ตาม Clayton Act ยังคงยึดหลักป้องกันการผูกขาดในระดับโครงสร้าง (Structural Control) โดยใช้หลักข้อห้าม (Prohibition Approach) เช่นเดียวกับ The Sherman Act อนึ่งกฎหมายทั้งสองต้องการที่จะปกป้องคุ้มครองกระบวนการแข่งขัน (Competitive Process) และสวัสดิการสำคัญของผู้บริโภค (Consumer Welfare)³²²

The Clayton Antitrust Act 1914 มาตรา 3 มุ่งที่จะควบคุมพฤติกรรมการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งในการบังคับให้ติดต่อค้าขายเฉพาะราย (Exclusive Dealing)

มาตรา 3 บัญญัติว่า “การกระทำต่อไปนี้ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลใดทำธุรกิจเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างรัฐในการให้เช่าหรือขายสินค้า เครื่องจักร หรือ ผลผลิตโดยมีเงื่อนไขว่าผู้เช่า หรือผู้ซื้อจะไม่ทำการติดต่อ เช่า หรือซื้อขายเกี่ยวกับสินค้า เครื่องจักรกล ผลผลิต ดังกล่าวกับคู่แข่งรายอื่น ๆ ของผู้ให้เช่าหรือผู้ขาย ซึ่งผลของการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำให้การแข่งขันลดน้อยลงหรือมุ่งหมายทำให้เกิดการผูกขาด”³²³

³²⁰ American Bar Association, *Antitrust Law Developments (Second)* (New York: American Bar Association, 1984), pp. 1-3.

³²¹ วรวัฒน์ กุศลกลางกูรวัฒน์, "ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง," หน้า 35.

³²² Terry Calvani and Gilde Breidenbach, "An Introduction to the Robinson-Patman Act and Its Enforcement by the Government," 59(1990-1991): 765.

³²³ Section 3 of the Clayton Act 1914

“It shall be unlawful for any person engaged in commerce , in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplier, or other commodities, whether patented or unpatented , for use, consumption, or resale within the United States

มาตรานี้ได้กำหนดลักษณะพฤติกรรมการติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive dealing) ที่เป็นการผิด เมื่อปรากฏองค์ประกอบต่อไปนี้³²⁴

- (1) ผู้ขายหรือผู้ให้เช่าต้องประกอบธุรกิจทางการค้าระหว่างมลรัฐ
- (2) การกระทำจำกัดเฉพาะการขาย หากเป็นการติดต่อทางธุรกิจในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากการขายหรือการเช่าจะไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา
- (3) การกระทำนั้นเป็นธุรกิจการค้าที่เกี่ยวกับสินค้าเท่านั้น ถ้าเป็นการค้าในด้านบริการ ศาลจะนำบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องมาใช้พิจารณาแทน
- (4) การกระทำนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไข หรือการกำหนดข้อตกลง หรือการทำความเข้าใจร่วมกันที่ผู้เช่าหรือผู้ซื้อจะไม่ใช้ หรือขายสินค้าที่เป็นคู่แข่งของผู้ให้เช่าหรือผู้ขาย
- (5) การกระทำนั้นมีผลทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก หรือนำไปสู่การผูกขาดการค้าประเภทใดประเภทหนึ่ง

3) Federal Trade Commission Act 1914 (FTC Act)

กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกตราขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1914 โดยรัฐมีความต้องการที่จะจัดตั้งองค์กรบริหาร เพื่อบริหารงานให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้มากขึ้น คือ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission : FTC) โดยบทบัญญัติมาตรา 5 ของ FTC Act ได้บัญญัติให้ FTC มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้หลักเกณฑ์ข้อห้ามเกี่ยวกับ วิธีการแข่งขันที่ไม่ยุติธรรม (Unfair Method of Competition) กล่าวคือ การกระทำที่ไม่เป็นธรรม หรือ

or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplier, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce”

³²⁴ วาสนา เวชกุลศิลป์, "มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าขายเฉพาะราย," หน้า 48.

เป็นการหลอกลวงที่มีผลกระทบต่อทางการค้า³²⁵ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันและผู้บริโภคในตลาด³²⁶

ข. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง

สำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School) มีแนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง ว่าการปฏิบัติทางการค้าในแนวตั้งและข้อตกลงซึ่งจำกัดอิสระภาพหรือทางเลือกของผู้สัญญาบางราย อาจมีประสิทธิภาพและทำให้มีการแข่งขันสูงขึ้น แม้จะเป็นพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาด ดังนั้นไม่ควรตัดสินโดยหลักความผิดในตัวเอง (The Per Se Rule) แต่ควรพิจารณาภายใต้หลักแห่งเหตุผล (The Rule of Reason) ซึ่งให้ความสำคัญกับเรื่องประสิทธิภาพมากกว่า³²⁷

จากการศึกษาพบว่าผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดต้นน้ำ (upstream firms) โดยทั่วไปคือผู้ผลิต อาจกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดปลายน้ำ (downstream firms) โดยทั่วไปคือผู้ค้าปลีก ขายสินค้าภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขบางประการ อันเป็นการจำกัดการแข่งขันภายในตราสินค้า (intra-brand restraints) เนื่องจากมีการควบคุมพฤติกรรมของผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกเฉพาะตราสินค้าของผู้ผลิตเอง โดยไม่มีผลต่อการขายของผู้ผลิตยี่ห้ออื่น³²⁸

ทั้งนี้ ข้อจำกัดภายในตราสินค้า (Intra-Brand restraints) สามารถแบ่งออกเป็นสองกลุ่มย่อย ได้แก่

- การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ (Minimum Resale Price Maintenance) อันเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่เกี่ยวข้องกับราคา (Price Restraints)
- การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา (Non-price Restraints) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ผลิตไม่ได้ควบคุมราคาขายปลีกโดยตรง เช่น ผู้ผลิตกำหนดพื้นที่การขายให้กับผู้ค้าปลีก (territorial restraints) เรียกว่าการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในบางพื้นที่ (Territorial

³²⁵ Section 5 of FTC Act 1914

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

³²⁶ Tim Frazer, *Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*, 1 ed. (Sussex: Wheatsheaf, 1988), p. 205.

³²⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 58.

³²⁸ Paldor, I., "Vertical Restraints' Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints," 317.

Exclusivity) หรืออนุญาตให้ผู้ค้าปลีกแต่ละรายขายเฉพาะกลุ่มลูกค้า (specified class of customer) เรียกว่าการจัดสรรลูกค้า (Customer allocation)³²⁹

ทั้งนี้ในการพิจารณาคดีของศาลสูง ศาลจะใช้หลักดังต่อไปนี้

1) หลักความผิดเด็ดขาด (The Per Se Rule)

การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของศาลสหรัฐอเมริกา เดิมศาลใช้กฎหมายตามหลักข้อห้าม (Prohibition Approach/per se approach) เนื่องจากการร่างกฎหมาย Sherman Act มีเป้าหมายเพื่อควบคุมการใช้อำนาจผูกขาดของธุรกิจ หรือการดำเนินการใดๆ ของธุรกิจที่ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือเป็นการกีดกันต่อการแข่งขันในตลาดเสรี³³⁰ ด้วยเหตุนี้ศาลสหรัฐอเมริกาจึงได้ประกาศว่า “พฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันหรือการกระทำที่เป็นการผูกขาด ซึ่งส่งผลกระทบโดยตรงและทันทีถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานว่าการกระทำเช่นนั้นไม่มีเหตุผลหรือก่อให้เกิดความเสียหายทางการค้า” ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เรียกว่าหลักความรับผิดในตัวเอง (per se rule) กล่าวคือ โจทก์เพียงพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ศาลก็จะพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดโดยที่จำเลยไม่อาจนำสืบโต้แย้งได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจสังคมแต่อย่างใด³³¹

2) หลักเหตุผล (The Rule of Reason)

จากเดิมศาลใช้หลักความผิดเด็ดขาดในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาเริ่มเล็งเห็นปัญหาจากความเคร่งครัดของหลักความผิดในตัวเอง จึงมีการปรับใช้หลักเหตุผล (Rule of Reason) กล่าวคือ ตามหลักเหตุผลจะกำหนดให้พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นสิ่งผิดกฎหมายทันที ศาลสูงเคยพิจารณาไว้ในคดี *United State v. American Tobacco Co*³³² ว่า “กฎหมาย Sherman Act ไม่ได้ห้ามการจำกัดทางการค้าที่ชอบด้วยเหตุผล การที่จะห้ามไม่ให้มีการผูกขาดทุกชนิดอาจทำให้ไม่ยุติธรรมและอาจเป็นภาระแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน” ซึ่งเป็นการพัฒนาแนวทางการปรับใช้

³²⁹ Ibid., 318.

³³⁰ ศุภชัย ศุภชลาศัย, *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1*, หน้า 43.

³³¹ สิริพร เบญจพรจุลมาศ, "การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 43.

³³² *United State v. American Tobacco Co.* 221 U.S.106, 120-21 (1991)

หลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยศาลให้มีบทบัญญัติที่ยืดหยุ่น และคำนึงถึงปัจจัยทางเศรษฐกิจมากขึ้น³³³

ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรว่าการร่วมมือเพื่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่ไม่ได้อยู่ในระดับที่สูงมาก หรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจมีมากกว่าผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่เกิดจากการทำความตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันดังกล่าวก็ถือว่าทำได้³³⁴ โดยชั่งน้ำหนักผลดี กับผลเสีย เช่น การแข่งขันเพิ่มขึ้นหรือประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นหรือไม่ เป็นต้น³³⁵

อย่างไรก็ตาม การตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งยังมีความคลุมเครือว่าจะใช้หลักความผิดเด็ดขาดหรือหลักเหตุผลในการพิจารณาคดี ต่อมาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาก็เริ่มมีแนวทางที่ชัดเจนว่าหากเป็นประเภทของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเท่านั้น (purely vertical agreement) ศาลควรใช้หลักเหตุผลในการพิจารณา ซึ่งก่อนหน้านี้การกำหนดราคาขายขั้นต่ำ (Minimum resale price maintenance) ศาลสูงได้ตัดสินในคดี *1911 Dr. Miles* ว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นความผิดเด็ดขาด ต่อมาศาลได้กลับหลักคำพิพากษาในปี ค.ศ.2007 ในคดี *Leegin* โดยใช้หลักเหตุผล (Rule of reason) ส่วนข้อตกลงที่ผู้ผลิตตั้งราคาให้ตัวแทนจำหน่าย (dealer) ขายต่อในราคาไม่เกินราคาที่กำหนด (Maximum resale price maintenance) ศาลสูงเคยตัดสินในคดี *Albrecht v. Herald Co.* ว่าเป็นความผิดเด็ดขาด ต่อมาศาลกลับหลักคำพิพากษามาใช้หลักเหตุผลในการพิจารณาคดี *State Oil Co. v. Khan* ในปี ค.ศ.1997³³⁶

การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา (non-price restraint) เช่น การมอบหมายตำแหน่งตัวแทนจำหน่าย หรือกำหนดขอบเขตดินแดนให้ตัวแทนจำหน่าย และกฎระเบียบที่ห้ามไม่ให้ตัวแทนจำหน่ายเหล่านี้ทำการขายนอกพื้นที่ที่ได้รับการแต่งตั้ง (territories) ซึ่งในปี ค.ศ. 1966 คดี *Schwinn* ศาลตัดสินว่าการจำกัดพื้นที่ของตัวแทนจำหน่ายเป็นความผิดเด็ดขาด (unlawful per se) แม้บริษัทจะมีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละ 13 ก็ตาม ต่อมาศาลสูงได้กลับหลักคำพิพากษาในคดี *GTE Sylvania* โดยใช้หลักเหตุผลในการพิจารณา ซึ่งศาลให้ความเห็นว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งโดยกำหนดพื้นที่ อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันของสินค้า

³³³ สิริพร เบญจพรจุลมาศ, "การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา," หน้า 44.

³³⁴ Spencer Weber Waller, "The Language of Law and the Language of Business," *Case Western Reserve Law Review* 52, 1.

³³⁵ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 77.

³³⁶ Herbert J. Kovenkamp, "The Rule of Reason," (2018): 161.

ยี่ห้อเดียวกัน (Intrabrand competition) กล่าวคือเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างตัวแทนจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน แต่การกระทำดังกล่าวยังคงส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ (Interbrand competition) ระหว่างตัวแทนจำหน่ายของสินค้าต่างยี่ห้อ ดังนั้นการชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีหรือผลเสียของข้อตกลงจึงควรใช้หลักเหตุผล (rule of reason)³³⁷

การจำกัดการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างยี่ห้อ รวมถึงการการติดต่อกับรายเพียงรายเดียว (Exclusive Dealing) และการขายพ่วง (Tying) ศาลเคยใช้หลักความผิดเด็ดขาดในการตัดสินคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งพฤติกรรมการขายพ่วงที่จำเลยมีอำนาจเหนือตลาดในการบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าหรือบริการที่พ่วงมาด้วย ในคดี *Illinois Tool Works* ศาลสูงได้ตัดสินว่าพฤติกรรมการขายพ่วงของจำเลยเป็นความผิดเด็ดขาด แต่ศาลก็ยังไม่ได้ให้เหตุผลอย่างแน่ชัด ต่อมาศาลสูงได้พิจารณาคดี *Jefferson Parish* แต่ไม่ได้กลับคำพิพากษาคดี *Illinois Tool Works* เพียงแต่ให้ความกระจ่างชัดในการตัดสินว่าส่วนแบ่งตลาดของจำเลยน้อยมาก จำเลยไม่สามารถที่จะบังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าที่ขายพ่วงได้ กล่าวคือ ถ้าจำเลยมีอำนาจในการบังคับผู้ซื้อในการซื้อพ่วง การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดเด็ดขาด (“if the existence of forcing is probable,” then “per se prohibition is appropriate”) อย่างไรก็ตามการที่จะพิสูจน์ได้ว่าพฤติกรรมการขายพ่วงนั้นจำเลยมีอำนาจเหนือตลาดและมีความสามารถในการที่จะกีดกันคู่แข่งรายอื่นอันเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ ควรจะเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์โดยใช้หลักเหตุผลในการพิจารณาคดี เพราะการขายพ่วงสามารถลดต้นทุนพัฒนาผลิตภัณฑ์ให้มีคุณภาพ หรือช่วยในการแยกแยะราคา (Price discrimination) ซึ่งส่วนใหญ่ไม่เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน³³⁸ ส่วนการติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive dealing) ในคดี *McWane v. FTC* ศาลก็ใช้หลักเหตุผลในการตัดสินคดี³³⁹ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นการขายพ่วงหรือการกำหนดให้รายเฉพาะรายก็ควรใช้หลักเหตุผลในการพิจารณาคดี เพราะทั้งสองกรณีอาจก่อให้เกิดผลดีต่อการแข่งขันมากกว่าผลเสีย³⁴⁰

³³⁷ Ibid., 162.

³³⁸ Ibid., 163.

³³⁹ 783 F.3d 814 (11th Cir. 2015).

³⁴⁰ Kovenkamp, H. J., "The Rule of Reason," 165.

3) ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

3.1) การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่เกี่ยวข้องกับราคา (Price Restraints)

กรณีการกำหนดราคาขายต่อในปี ค.ศ.1911 ในการพิจารณาคดีของ *Dr.Miles*³⁴¹ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักสำหรับพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegality) ในทางตรงข้ามการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ไม่ใช่ราคา (non-price vertical restraint) ถูกควบคุมด้วยหลักเหตุผล (Rule of reason) ต่อมาในปีค.ศ. 2007 ศาลได้ตัดสินคดีการจำกัดการแข่งขันที่เกี่ยวข้องกับราคา ในคดี *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Docket No. 06-480 (U.S. 28 June 2007)* ซึ่งเป็นคดีที่โด่งดังและมีนักวิชาการอภิปรายถึงการตัดสินคดีเกี่ยวกับการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ (minimum resale price maintenance) โดยกลับหลักจากคดีของ *Dr.Miles* มาใช้หลักเหตุผล (the rule of reason) ในการพิจารณาคดี

ข้อเท็จจริงคือ Leegin ขายเข็มขัดภายใต้ชื่อยี่ห้อ Brighton ซึ่งจัดจำหน่ายโดยผู้ค้าปลีกขนาดเล็ก เช่น Kay's Kloset ตั้งอยู่นอกเมืองดัลลัส เท็กซัส ทั้งนี้ Leegin ควบคุมการกระจายสินค้าผ่านนโยบายการกำหนดราคาขายต่อและการส่งเสริมการขายเข็มขัดยี่ห้อ Brighton (Brighton Retail Pricing and Promotion Policy) นอกจากนี้ผู้ผลิตยังได้สร้างโปรแกรมพิเศษเพื่อกำหนดเป้าหมายให้กับผู้ค้าปลีกที่ขายดี (target star retailer) ซึ่ง Kay's Kloset เป็นหนึ่งในผู้ค้าปลีกที่ขายดีดังกล่าว ความขัดแย้งระหว่างผู้ผลิตกับผู้ค้าปลีกเกิดขึ้นเมื่อ Kay's Kloset ลดราคาเข็มขัดเพื่อแข่งขันกับผู้ค้าปลีกรายอื่น Leegin จึงแจ้งกับ Kay's Kloset ว่าจะไม่ส่งเข็มขัดให้อีกต่อไป Kay จึงยื่นฟ้อง Leegin ว่าละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยการตั้งราคาขายปลีกขั้นต่ำอันเป็นความผิดเด็ดขาด (per se rule) ตามแนวคำพิพากษาของคดี *Dr.Miles*

อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ ศาลสูงพิจารณากลับหลักคดี *Dr.Miles* โดยใช้หลักเหตุผล (The rule of reason) ในการพิจารณาคดี *leegin* โดยในคดีนี้ศาลได้นำทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้และให้เหตุผลว่า การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำนั้นมีผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ³⁴² ดังนี้

- การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำดังกล่าว เป็นการป้องกันผู้ค้าปลีกที่กินแรงผู้ค้าปลีกรายอื่นในการจัดทำกรให้บริการแก่ผู้บริโภค (prevent free-riding)

³⁴¹ *Dr. Miles Medical v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911) [Dr. Miles].

³⁴² Edward Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Second Edition* (Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc.), p. 218.

- การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่สำคัญของผู้ผลิต ในการกำหนดให้ผู้ค้าปลีกต้องขายสินค้าให้ได้กำไรที่รับประกัน (retailer guaranteed margin) ซึ่งถ้าหากผู้ค้าปลีกขายไม่ได้ในสัดส่วนที่กำหนดก็จะเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้

- การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำเป็นการลดการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกันผ่านการตัดราคา (price cutting) แต่ก็เป็นการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ (Interbrand competition) ที่จะสนับสนุนให้เกิดการเข้ามาในตลาดของผู้ผลิตรายใหม่ และส่งเสริมให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมของผู้ผลิตด้วย

นอกจากนี้การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำแล้ว ศาลสูงยังเคยวางหลักไว้ในคดี *United States v. Colgate* (สร้างหลัก Colgate Doctrine) ว่าการที่ผู้ผลิตแนะนำร้านค้าปลีกให้ขายในราคาที่ผู้ผลิตสินค้าแนะนำ (Suggested prices) โดยปราศจากมาตรการบังคับ ไม่ถือว่าเป็นการทำผิดมาตรา 1 ของ Sherman Act³⁴³ แต่ถ้าแนะนำราคาขายต่อโดยกำหนดมาตรการบังคับ จะเป็นการทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด เช่น หากไม่ขายตามราคาที่แนะนำ จะไม่ส่งสินค้าให้ขายต่อไป³⁴⁴

อย่างไรก็ดียังมีการถกเถียงกันระหว่างนักวิชาการว่าการกำหนดราคาขายต่อควรใช้หลักความผิดเด็ดขาด (per se) หรือใช้หลักเหตุผล (rule of reason) ในการพิจารณา พฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ ซึ่งหลังจากคดี Leegin ศาลก็ได้เปลี่ยนแนวทางคำพิพากษา โดยใช้หลักเหตุผลในการพิจารณาคดี ซึ่งศาลให้ความเห็นว่าหากเป็นพฤติกรรมที่อาจมีทั้งผลดีและผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจ ศาลควรใช้หลักเหตุผลเป็นพื้นฐานในการพิจารณาคดี³⁴⁵

สำหรับการตกลงเพื่อจำกัดราคาขายต่อขั้นสูง (Maximum resale price maintenance) ศาลได้วางหลักไว้ในคดี *State Oil v. Khan* ในปีค.ศ. 1997 โดยใช้หลักเหตุผลในการพิจารณา เนื่องจากศาลเห็นว่าการกำหนดราคาสูงสุดส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันทางด้านราคา ระหว่างผู้ค้าปลีก แต่ผู้ค้าปลีกจะต้องไม่ขายเกินราคาสูงสุดที่กำหนด อันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในท้ายที่สุด³⁴⁶

นอกจากนี้ คดี *United State V. General Electric co.* ได้วางหลักไว้ว่า บริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการผลิตสินค้า สามารถจัดตั้งร้านจำหน่ายแทนบริษัทที่เป็นผู้ให้

³⁴³ Ibid.,217.

³⁴⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 73.

³⁴⁵ Elgar, E., *Encyclopedia of Law and Economics Second Edition*, p. 218.

³⁴⁶ Ibid.,220.

อนุญาตเพื่อขายสินค้าดังกล่าวในราคาเดียวกันกับราคาที่บริษัทเจ้าของสิทธิบัตรจำหน่าย พฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อดังกล่าวไม่ถือว่าขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยศาลให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ คือ ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิที่จะกำหนดราคาขายสินค้า เพราะสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive rights) ตามกฎหมายสิทธิบัตรมีเป้าหมายเพื่อให้เป็นแรงจูงใจ (Incentive) ให้มีการลงทุนลงแรงประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค ดังนั้นผู้ทรงสิทธิบัตรควรได้รับการตอบแทนจากการลงทุนลงแรงของตน³⁴⁷

3.2) การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา (Non-price Restraints)

(1) การแบ่งตัวลูกค้าและการแบ่งท้องที่การขาย (customer and territorial restraint)

คดี *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania* ข้อเท็จจริงคือ GTE Sylvania (โจทก์) เป็นผู้ผลิตเครื่องรับโทรทัศน์ โดยมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 2-3 เท่านั้น ส่วนบริษัท Continental (จำเลย) เป็นร้านขายปลีกจำหน่ายสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและเป็นตัวแทนจำหน่ายเครื่องรับโทรทัศน์ดังกล่าว ต่อมา GTE ทำการตลาดโดยตั้งตัวแทนจำหน่ายเพียงไม่กี่แห่ง โดยในสัญญาตั้งตัวแทนจะห้ามตัวแทนจำหน่ายตั้งร้านสาขาเพื่อขายเครื่องรับโทรทัศน์ของโจทก์เพิ่มเติม ต่อมาโจทก์ตั้งตัวแทนจำหน่ายอีกรายซึ่งอยู่ห่างจากร้านค้าปลีกของจำเลยภายในรัศมีหนึ่งไมล์ จำเลยจึงยื่นหนังสือประท้วงการกระทำของโจทก์พร้อมขอให้โจทก์อนุญาตตั้งร้านค้าปลีกเพื่อจำหน่ายเครื่องรับโทรทัศน์ที่ผลิตโดยโจทก์ แต่โจทก์ปฏิเสธที่จะให้จำเลยเปิดร้านค้าปลีกอีกร้านในอีกเมืองหนึ่ง เพราะมีร้านตัวแทนจำหน่ายในเมืองนั้นอยู่แล้ว จำเลยจึงยกเลิกการสั่งซื้อสินค้าจากโจทก์พร้อมทั้งสั่งซื้อเครื่องรับโทรทัศน์จากอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งโจทก์ โจทก์จึงยกเลิกวงเงินสินเชื่อที่เปิดให้จำเลยซื้อสินค้า จำเลยจึงฟ้องแย้งว่าการกระทำโจทก์ฝ่าฝืนกฎหมาย The Sherman Act ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้นำหลักเหตุผลมาใช้ในการพิจารณาคดี และเมื่อปรับหลักเหตุผลเข้ากับข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าควรอนุญาตให้โจทก์สามารถจำกัดการแข่งขันระหว่างสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (intrabrand competition) ได้ เพื่อให้สินค้าของโจทก์สามารถแข่งกับสินค้ายี่ห้ออื่น (Interbrand) ได้เข้มข้นมากขึ้นโดยเฉพาะในตลาดที่มีการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างยี่ห้อสูง³⁴⁸ (เนื่องจากโจทก์มีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 2-3 เท่านั้น)

³⁴⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 73.

³⁴⁸ เรื่องเดียวกัน., 214.

จากคดีดังกล่าว ศาลยอมรับการดำเนินการแข่งขันที่มีการจำกัดการแข่งขันในพื้นที่อาจจะช่วยเพิ่มการแข่งขันระหว่างตราสินค้า ทั้งนี้ ข้อจำกัดที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา (non-price restrictions) จะช่วยส่งเสริมการแข่งขันระหว่างตราสินค้า โดยอนุญาตให้ผู้ผลิตสามารถดำเนินการบางอย่างเพื่อให้บรรลุประสิทธิภาพในการจัดจำหน่ายสินค้าได้ เช่น พฤติกรรมดังกล่าวใช้แก้ปัญหาผู้ได้ประโยชน์โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย (free-riding) กล่าวคือ ผู้แทนจำหน่ายที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อย หากขยันในการทำการขายสินค้าแข่งกับผู้ผลิตรายใหญ่ ผลกำไรจากการขายจะตกเป็นของตนเองทั้งหมด โดยไม่มีผู้จัดจำหน่ายสินค้าอื่นใดเหมือนกันในเขตพื้นที่ดังกล่าว หากมีผู้จัดจำหน่ายสองราย ผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ลงทุนเพื่อส่งเสริมการขายก็จะได้รับผลประโยชน์จากการลงทุนลงแรงของผู้จัดจำหน่ายที่ขยันขันแข็งดังกล่าว³⁴⁹ ข้อตกลงดังกล่าวจึงช่วยแก้ปัญหาการกินแรงในระดับผู้จัดจำหน่าย

อย่างไรก็ตาม ศ.ดร.ศักดา ธนิตกุล มีความเห็นว่า หากผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตั้งตัวแทนจำหน่ายเพียงหนึ่งรายในหนึ่งเขตพื้นที่ขาย พฤติกรรมดังกล่าวน่าจะขัดกับกฎหมายเนื่องจากการแข่งขันของสินค้าอื่นเหมือนกันจะลดลงอย่างมากแต่ไม่ทำให้การแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อเพิ่มขึ้น³⁵⁰

(2) การขายพ่วง (tying)

คดีที่เป็นแนวบรรทัดฐานในการพิจารณาการขายพ่วงคดีหนึ่ง คือ คดี *Jefferson Parish Hospital District No.2 v Hyde*³⁵¹ ข้อเท็จจริงคือ Hyde (โจทก์) เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านการวางยาสลบ ยืนโบสถ์ครงานเป็นวิสัญญีแพทย์ในโรงพยาบาล Jefferson Parish District No.2 แต่โรงพยาบาลปฏิเสธการจ้างเนื่องจากมีสัญญากับบริษัท Roux & Associates ซึ่งเป็นบริษัทของวิสัญญีแพทย์จำนวน 4 คนอยู่แล้ว แพทย์ Hyde จึงฟ้องโรงพยาบาลว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 1 ของ The Sherman Act และมาตรา 3 ของ The Clayton Act เรื่องการขายพ่วง เพราะเป็นสัญญาขายบริการผ่าตัดพ่วงกับการบริการวางยาสลบแก่คนไข้ที่มารับบริการทางการแพทย์ที่โรงพยาบาล³⁵² ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า พฤติกรรมของจำเลยไม่ขัดกับมาตรา 1 ของ The Sherman Act และมาตรา 3 ของ The Clayton Act เนื่องจาก การขายพ่วงที่ถือว่าผิดกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่ในสินค้ารายการแรก บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้ารายการที่สองด้วย ทำให้การแข่งขันในตลาดของสินค้ารายการที่สองลดลง

³⁴⁹ เรื่องเดียวกัน., 215.

³⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

³⁵¹ *Jefferson Parish Hospital District No.2 v Hyde*, 466 U.S. (1984)

³⁵² ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*, หน้า 221.

แต่คดีนี้ศาลให้ความเห็นว่าในมุมมองของคนไข้ มีการขายบริการ 2 รายการ คือการให้บริการวางยาสลบ และการให้บริการทางการแพทย์ แต่เนื่องจากจำเลยมีคนไข้เพียงร้อยละ 30 ของคนไข้ทั้งหมดในเขตที่จำเลยประกอบธุรกิจ ทำให้จำเลยมีอำนาจตลาดไม่เพียงพอที่จะบังคับให้คนไข้ซื้อบริการอย่างอื่นควบได้ ดังนั้น ศาลจึงไม่นำหลักความผิดเด็ดขาดมาปรับใช้กับคดีนี้ นอกจากนี้ โจทก์ก็ได้พิสูจน์ให้เห็นว่าพฤติกรรมของจำเลยมีผลกระทบต่อความต้องการของคนไข้อย่างไร เช่น คนไข้ไม่ต้องการบริการวางยาสลบจากจำเลย แต่ต้องการบริการวางยาสลบจากวิสัญญีแพทย์ท่านอื่น อันจะทำให้พฤติกรรมของจำเลยฝ่าฝืนกฎหมาย The Sherman Act ได้³⁵³

(3) สัญญาแฟรนไชส์

สหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับเดียวกันในการพิจารณาธุรกิจแฟรนไชส์ (franchising) และระบบจัดจำหน่าย (Distribution system) กล่าวคือใช้กฎหมาย มาตรา 1 มาตรา 2 The Sherman Act มาตรา 3 The Clayton Act และมาตรา 5 FTC Act ทั้งนี้ การจำกัดการแข่งขันแบบแฟรนไชส์ ถูกจัดให้เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ใช่ราคา (non-price vertical restraint) และศาลจะใช้หลักเหตุผลในการพิจารณา คือการตรวจสอบว่าการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวมีแนวโน้มว่าจะมีผลกระทบเป็นการต่อต้านการผูกขาดหรือไม่และถ้าเป็นเช่นนั้น การจำกัดการแข่งขันมีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ในการบรรลุผลประโยชน์มากกว่าผลกระทบด้านการต่อต้านการผูกขาด³⁵⁴

4) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

นอกจากนี้แผนกป้องกันการผูกขาดทางการค้าโดยกระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of The Department of Justice) ร่วมกับคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) ออกแนวปฏิบัติการต่อต้านการผูกขาดสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property 2017) ซึ่งกำหนดกรอบในการพิจารณาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ซึ่งแนวปฏิบัติระบุว่าโดยทั่วไปการอนุญาตให้ใช้สิทธิส่งเสริมให้เกิดการรวมกันของทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ให้อุญาต (licensor) กับปัจจัยการผลิตของผู้รับอนุญาต (licensee) การจำกัดการแข่งขันในข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิอาจทำให้เกิด

³⁵³ เรื่องเดียวกัน., 221-222.

³⁵⁴ "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property," (2017): 17.

แรงจูงใจของผู้ให้อนุญาตและผู้รับอนุญาต และเพื่อส่งเสริมการพัฒนาและการตลาดของเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต³⁵⁵

ในการพิจารณาตามแนวปฏิบัติ เมื่อผู้ให้อนุญาตและผู้รับอนุญาตมีความสัมพันธ์ในแนวตั้งหน่วยงานจะวิเคราะห์ว่าการจัดการสิทธิ์การใช้งานอาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขันหรือไม่ โดยการใช้งานอาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ก็ต่อเมื่อ

- มีผลกระทบระหว่างหน่วยงานที่มีความสัมพันธ์แนวนอนที่ระดับของผู้ให้อนุญาต หรือในระดับของผู้รับอนุญาต³⁵⁶

- ขัดขวางการเข้าถึงของผู้แข่งขัน หรือเพิ่มค่าใช้จ่ายของคู่แข่งในการได้รับปัจจัยการผลิตที่สำคัญหรือทำให้เกิดการร่วมกันเพื่อเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการ หรือจำกัดผลผลิต เป็นต้น³⁵⁷

เนื่องจากการกีดกันการเข้าถึงของคู่แข่งหรือการเพิ่มค่าใช้จ่ายของคู่แข่งนั้น ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อสัดส่วนของตลาดที่ได้รับผลกระทบจากการจำกัดสิทธิ์ตามสัญญานั้น เช่น ความยากในการเข้าตลาด (difficulty to entry) และการตอบสนองของอุปสงค์และอุปทานต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาในตลาดที่เกี่ยวข้อง (responsiveness of supply and demand to changes in price in the relevant markets) และระยะเวลาของการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวก็มีผลต่อการพิจารณา³⁵⁸

นอกจากนี้แนวปฏิบัติยังกำหนดพื้นที่ปลอดภัยสำหรับการผูกขาด (Antitrust “Safety Zone”) โดยกำหนดว่าหน่วยงานจะไม่พิจารณาว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิ์เป็นการจำกัดการแข่งขันก็ต่อเมื่อ³⁵⁹

- ข้อจำกัดดังกล่าวไม่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างซึ่งหน้า (the restraint is not facially anticompetitive) กล่าวคือ การจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการกีดกันที่ชัดเจน เช่นเดียวกับการจำกัดการแข่งขันอื่น ๆ ที่จะเป็นการลดผลผลิต หรือ เพิ่มราคา อันจะส่งผลกระทบต่อตลาดอย่างชัดเจน และ

³⁵⁵ ibid.

³⁵⁶ ibid., 19.

³⁵⁷ ibid., 19.

³⁵⁸ ibid.

³⁵⁹ ibid., 24.

- ผู้ให้อนุญาตและผู้รับอนุญาตมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 20 ของแต่ ละตลาดที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ พื้นที่ปลอดภัยดังกล่าวจะไม่ใช้กับการควบรวมกิจการ นอกจากนี้การ ที่ผู้ประกอบการไม่เข้าเกณฑ์พื้นที่ปลอดภัยก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงาน โดยหน่วยงานก็จะพิจารณาเป็นรายกรณีไป³⁶⁰

แนวทางในการปรับใช้การอนุญาตให้ใช้สิทธิ์กับข้อตกลงในแนวดิ่ง

(1) การกำหนดราคา (price maintenance) ในกรณีนี้ผู้ให้อนุญาตกำหนด เงื่อนไขให้ผู้รับอนุญาตขายสินค้าที่ผลิตจากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตในราคาที่กำหนด ทั้งนี้หน่วยงาน จะพิจารณาการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวเป็นรายกรณีไป โดยซึ่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์กับ ผลกระทบที่เกิดขึ้น³⁶¹ ซึ่งส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับการที่ผู้ให้อนุญาตกำหนดให้ผู้รับอนุญาตขายต่อ สินค้าที่ผลิตได้จากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตในราคาที่กำหนดขั้นต่ำ

(2) การขายพ่วง (tying arrangement) อาจเกิดในกรณีการออกใบอนุญาต แบบเป็นชุด (package licensing) มีการออกใบอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาหลายรายการใน ใบอนุญาตเดียว หรือในกลุ่มสิทธิ์การใช้งานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้การอนุญาตลักษณะดังกล่าวอาจเพิ่ม ประสิทธิภาพได้ในบางกรณี ตัวอย่างเช่น ใบอนุญาตบรรจุมันท์อาจส่งเสริมประสิทธิภาพในการผลิต หากใบอนุญาตบรรจุมันท์มีการพ่วง ทั้งนี้ หน่วยงานจะประเมินผลกระทบเชิงบวกและลบภายใต้ หลักการเดียวกับการขายพ่วงแบบอื่นๆ³⁶²

(3) การกำหนดให้ค้าขายเฉพาะราย (Exclusive dealing) ในการพิจารณา ว่าข้อตกลงนั้นมีแนวโน้มที่จะลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ หน่วยงานจะพิจารณาว่า ข้อตกลงดังกล่าวส่งเสริมการใช้ประโยชน์และการพัฒนาเทคโนโลยีของผู้อนุญาต และ ข้อตกลง ดังกล่าวต่อต้านการแสวงหาผลประโยชน์และการพัฒนาหรือต่อต้านการแข่งขันระหว่างเทคโนโลยีที่ แข่งขันกันหรือไม่ ทั้งนี้หากหน่วยงานพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวมีระยะเวลาที่พอสอดคล้อง กับการจัดการ และไม่เป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่ตลาดยากจนเกินไป ประกอบกับ ไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงราคาในตลาดที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานจะพิจารณาว่าไม่เป็นความผิด ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้รับอนุญาตพัฒนาและทำการตลาดเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต เพิ่มแรงจูงใจของผู้

³⁶⁰ Ibid., 25.

³⁶¹ Ibid., 27.

³⁶² Ibid., 28.

อนุญาตในการพัฒนาหรือปรับปรุงเทคโนโลยี อีกทั้งเพิ่มการแข่งขันและเพิ่มผลผลิตในตลาดที่เกี่ยวข้อง³⁶³

3.4 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย

3.4.1 แนวคิดของกฎหมายของการแข่งขันทางการค้า

ประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกคือ The Industries Preservation Act เพื่อแก้ปัญหาการกระทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือลดการผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจ ตราขึ้นโดยรับอิทธิพลมาจาก Sherman Act 1980 แต่การบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวขาดประสิทธิภาพ เพราะกฎหมายมุ่งเน้นไม่ให้เกิดพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันอย่างเด็ดขาด ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับผลกระทบอย่างมาก³⁶⁴

ในช่วงปี ค.ศ.1965 จึงมีการปรับเปลี่ยนหลักการของกฎหมายให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยวางระบบการขออนุญาต (Authorization) ไว้ในกฎหมายฉบับใหม่ คือ Trade Practice Act 1965 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการควบคุมผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันเป็นรายกรณีไป เนื่องจากนักนิติศาสตร์ในสมัยนั้นเล็งเห็นว่าพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันบางกรณีก็เป็นสิ่งที่เหมาะสมผลที่ควรอนุญาตให้ทำได้³⁶⁵ นอกจากนี้ Trade Practice Act 1965 ก็ได้นำหลักเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Benefit) มาเป็นเกณฑ์ประกอบการพิจารณาอนุญาตให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ถ้าหากพฤติกรรมใดก่อให้เกิดผลกระทบอันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะจะถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายและไม่อนุญาตให้ทำได้³⁶⁶ ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับใหม่เป็น Trade Practice Act 1974 เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาคดีที่ยุ่งยาก ลำช้า

สำหรับปัจจุบัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย คือ The Competition and Consumer Act 2010 เป็นการรวมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและ

³⁶³ Ibid., 29.

³⁶⁴ สุเมธ นาควโรดม, "การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษารณการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์," หน้า 114.

³⁶⁵ เรื่องเดียวกัน.

³⁶⁶ สุธีร์ ศุภนิตย, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย," (2529): 70.

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเข้าด้วยกัน³⁶⁷ มีเจตนารมณ์ให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างเสรี และแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม โดยสามารถตัดสินใจทางธุรกิจได้ด้วยตนเองโดยไม่ถูกบังคับจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น ตลอดจนให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติต่อผู้บริโภคอย่างเป็นธรรม³⁶⁸ สำหรับพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขัน (Anti-Competitive practice) อยู่ในหมวด 4 ของ The Competition and Consumer Act 2010 ซึ่งพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของหมวดนี้

ทั้งนี้ หน่วยงานที่เป็นผู้ใช้บังคับกฎหมายและดูแลกระบวนการต่างๆ เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย คือ คณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้า และคุ้มครองผู้บริโภค (Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่มีบทบาทในการบังคับใช้ The Competition and Consumer Act 2010 และกฎหมายอื่น ๆ ที่ส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม อีกทั้งปกป้องและกำกับดูแลการแข่งขันในตลาดและอุตสาหกรรมไม่ให้เกิดการผูกขาด ปรับปรุงเศรษฐกิจให้มีประสิทธิภาพและเพื่อเพิ่มสวัสดิการให้กับผู้บริโภค³⁶⁹

3.4.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

3.4.2.1 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

สำหรับหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง The Competition and Consumer Act 2010 ไม่ได้บัญญัติบทบัญญัติที่ครอบคลุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งไว้เพียงมาตราเดียว แต่พฤติกรรมพฤติกรรมดังกล่าว ปรากฏอยู่ในหลายมาตรา ดังต่อไปนี้³⁷⁰

(1) การตกลงในลักษณะต่างๆของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (arrangements or understandings that restrict dealings or effect competition)

³⁶⁷ ผกาวิรั ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 150.

³⁶⁸ S. G. Corones, *Competition Law in Australia* (2007), p. 85.

³⁶⁹ The Australian Competition and Consumer Commission, "About the Accc."

³⁷⁰ Stephen Kinsella OBE, "Vertical Agreements, the Regulation of Distribution Practices in 39 Jurisdictions Worldwide," (2011).

บัญญัติไว้ในมาตรา 45 โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการร่วมกันในรูปแบบของสัญญา (Contracts) หรือการดำเนินการร่วมกัน (Arrangement) หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน (Understandings) โดยมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก (Substantially lessen competition) หรือเพื่อจำกัดหรือปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ (Exclusionary provisions) ซึ่งมาตรานี้เป็นมาตราทั่วไป หากไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะสำหรับพฤติกรรมนั้น ๆ ก็ให้นำมาตรานี้ไปปรับใช้

(2) การใช้อำนาจตลาดในทางมิชอบ (Misuse of market power) ซึ่งเป็น การห้ามผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจตลาด ใช้อำนาจดังกล่าวในทางมิชอบ บัญญัติไว้ในมาตรา 46

(3) การบังคับให้ติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) บัญญัติไว้ใน มาตรา 47 ซึ่งเป็นการกำกับดูแลการจำกัดการซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้อื่น หรือบังคับไม่ให้ผู้ค้าปลีก ขายสินค้าของคู่แข่ง อนึ่งมาตรานี้บัญญัติขึ้นเพื่อห้ามการวางเงื่อนไขจำกัดอันทำให้ผู้อื่นไม่มีอิสระใน การซื้อขายหรือเลือกสินค้า ซึ่งเป็นการตัดโอกาสผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ทั้งนี้การวางเงื่อนไขดังกล่าว จะต้องมิวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดลงอย่างมีนัยสำคัญ

(4) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale price maintenance) บัญญัติไว้ใน มาตรา 48 โดยห้ามกำหนดราคาขายต่อที่ต่ำจนเกินไป เนื่องจากจะทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน ด้านราคา

อย่างไรก็ดี The Competition and Consumer Act 2010 ได้บัญญัติ ข้อยกเว้นให้การบังคับให้ติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive dealing) ให้สามารถทำหนังสือแจ้ง หรือขออนุญาตได้ในบางกรณี ส่วนการกำหนดราคาขายต่อ เดิมไม่สามารถที่จะขออนุญาตได้เลย³⁷¹ แต่ปัจจุบันคณะกรรมการเริ่มเล็งเห็นข้อดีของการกำหนดราคาขายต่อ จึงให้สามารถขออนุญาต หรือมีหนังสือแจ้งไปยังคณะกรรมการได้

สำหรับข้อตกลงในการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ได้ถูกกำกับดูแลไว้ภายใต้ มาตรา ดังต่อไปนี้

ก. กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1) การตกลงร่วมกันติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive Dealing)

³⁷¹ Ibid.

พฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันให้ติดต่อกับขายเฉพาะรายถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 47 จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแบ่งพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งได้ ดังนี้³⁷²

1.1) กรณีพฤติกรรมตามมาตรา 47(2)³⁷³ และ (3)³⁷⁴ เป็นกรณีที่ผู้ผลิตห้ามไม่ให้ผู้จัดจำหน่ายซื้อสินค้าหรือจำหน่ายสินค้าของคู่แข่งให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งผู้ผลิตมักจะกำหนดเงื่อนไขกับผู้จัดจำหน่าย 3 ลักษณะ คือ

³⁷² Bruce G. Donald and J.D. Heydon, *Trade Practices Law : Restrictive Trade Practices, Deceptive Conduct and Consumer Protection* (Sydney: Law Book Co., 1978), p. 270.

³⁷³ Section 47 Exclusive dealing

(1) Subject to this section, a corporation shall not, in trade or commerce, engage in the practice of exclusive dealing.

(2) A corporation engages in the practice of exclusive dealing if the corporation:

(a) supplies, or offers to supply, goods or services;

(b) supplies, or offers to supply, goods or services at a particular price; or

(c) gives or allows, or offers to give or allow, a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply or proposed supply of goods or services by the corporation;

on the condition that the person to whom the corporation supplies, or offers or proposes to supply, the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(d) will not, or will not except to a limited extent, acquire goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(e) will not, or will not except to a limited extent, re-supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation; or

(f) in the case where the corporation supplies or would supply goods or services, will not re-supply the goods or services to any person, or will not, or will not except to a limited extent, re-supply the goods or services:

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.

³⁷⁴ Section 47(3) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses:

(a) to supply goods or services to a person;

(b) to supply goods or services to a person at a particular price; or

(c) to give or allow a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply or proposed supply of goods or services to a person;

สัญญาผูกขาดกับคู่ค้ารายเดียว (Solus agreement) คือกรณีที่ผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้อสินค้าหรือผูกขาดการซื้อสินค้าจากผู้ค้าส่ง (Wholesaler) เพียงรายเดียวเท่านั้น โดยห้ามซื้อสินค้าจากบุคคลอื่นที่เป็นคู่แข่ง

สัญญากำหนดปริมาณสินค้า (Requirement contract) คือ กรณีที่ผู้จัดจำหน่ายต้องซื้อสินค้าบางส่วนหรือทั้งหมดจากผู้ผลิตในปริมาณที่ผู้ผลิตกำหนด เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ผลิตรายอื่นขายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายรายนั้นได้ ซึ่งมีผลเหมือนกับสัญญาผูกขาดคู่ค้ารายเดียว

สัญญาขายพ่วง (Tying) คือกรณีที่ผู้ซื้อจะสามารถซื้อสินค้าจากผู้ผลิตได้ก็ต่อเมื่อต้องซื้อพ่วงสินค้าอีกชนิดหนึ่งที่ไม่ได้เป็นที่ต้องการของผู้ซื้อด้วย

1.2) พฤติกรรมการกำหนดเงื่อนไขตามมาตรา 47(4)³⁷⁵ และ (5)³⁷⁶ เป็นกรณีที่ผู้กำหนดเงื่อนไข คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในฐานะผู้ซื้อสินค้า ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 47(2)

for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(d) has acquired, or has not agreed not to acquire, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(e) has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation; or

(f) has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired from the corporation to any person, or has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired from the corporation:

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.

³⁷⁵Section 47 (4) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation:

(a) acquires, or offers to acquire, goods or services; or

(b) acquires, or offers to acquire, goods or services at a particular price; on the condition that the person from whom the corporation acquires or offers to acquire the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate will not supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, to any person, or will not, or will not except to a limited extent, supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

และ (3) ที่ผู้กำหนดเงื่อนไขคือผู้ประกอบการที่อยู่ในฐานะผู้จัดจำหน่ายสินค้า การตกลงร่วมกันใน แนวตั้งที่พบบ่อยตามมาตรานี้ คือ การตกลงร่วมกันเพื่อมอบหมายให้ผู้จัดจำหน่ายเป็นตัวแทน โดย ผู้ผลิตจะไม่จำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นในเขตพื้นที่ที่ผู้จัดจำหน่ายได้รับสิทธิใน (Exclusive distributor) ซึ่งการตกลงนี้มีข้อตกลงควบคู่ไปกับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการ แข่งขันตามมาตรา 47(2) และ (3)³⁷⁷

1.3) พฤติกรรมตามมาตรา 47(6)³⁷⁸ และ (7)³⁷⁹ เป็นกรณีที่ผู้ผลิตตกลง กับผู้จัดจำหน่าย โดยมีเงื่อนไขว่าผู้จัดจำหน่ายจะต้องซื้อสินค้าบางอย่างจากผู้ประกอบการราย

(c) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(d) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.

³⁷⁶ Section 47(5) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses:

(a) to acquire goods or services from a person; or

(b) to acquire goods or services at a particular price from a person; for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate has supplied, or has not agreed not to supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

(c) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(d) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places.

³⁷⁷ สุเมธ นาควโรดม, "การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากฎหมายการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรม ยานยนต์," หน้า 122.

³⁷⁸ Section 47(6) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation:

(a) supplies, or offers to supply, goods or services;

(b) supplies, or offers to supply, goods or services at a particular price; or

(c) gives or allows, or offers to give or allow, a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply or proposed supply of goods or services by the corporation; on the condition that the person to whom the corporation supplies or offers or proposes to supply the goods or services or, if that person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate will acquire goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

³⁷⁹ Section 47(7) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses:

(a) to supply goods or services to a person;

(b) to supply goods or services at a particular price to a person; or

หนึ่ง ซึ่งพฤติกรรมเช่นนี้เป็นการจำกัดการแข่งขันในลักษณะบังคับให้ซื้อสินค้ากับบุคคลที่สาม (Third line forcing) ซึ่งลักษณะเช่นนี้มีความใกล้เคียงกับการขายพ่วง (Tying) แต่ต่างกันตรงที่ Third line forcing เป็นการกำหนดเงื่อนไขให้ซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่ง ในขณะที่การขายพ่วงนั้น กำหนดเงื่อนไขขายพ่วงสินค้าจากผู้ผลิตเพียงรายเดียว เดิมคณะกรรมการมาธิการของออสเตรเลีย กำหนดให้การตกลงลักษณะ Third line forcing เป็นความผิดทันทีโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลให้ปริมาณการแข่งขันลดลงอย่างมากหรือไม่ เนื่องจากพฤติกรรม Third line forcing ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันโดยการจำกัดทางเลือกหรือช่องทางการแข่งขันจากคู่แข่งรายอื่นอันมีผลกระทบต่อตลาด³⁸⁰ แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้า Competition and Consumer Act 2010 ที่มีการแก้ไขใหม่ ไม่ถือว่าพฤติกรรมนี้เป็นความผิดเด็ดขาด ดังนั้นหากพฤติกรรมดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่ออันเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด

1.4) พฤติกรรมการนำสิทธิการเข้ามาเป็นเงื่อนไขในการตกลงตามมาตรา 47(8)³⁸¹ และ (9)³⁸² เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการตกลงกันตามข้อ 1.1) หรือ 1.2) โดยนำสิทธิการเข้า

(c) to give or allow a discount, allowance, rebate or credit in relation to the supply of goods or services to a person; for the reason that the person or, if the person is a body corporate, a body corporate related to that body corporate has not acquired, or has not agreed to acquire, goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

³⁸⁰ สุเมธ นาควโรดม, "การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษารณการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์," หน้า 123.

³⁸¹ Section 47(8) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation grants or renews, or makes it known that it will not exercise a power or right to terminate, a lease of, or a licence in respect of, land or a building or part of a building on the condition that another party to the lease or licence or, if that other party is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(a) will not, or will not except to a limited extent:

(i) acquire goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation; or

(ii) re-supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(b) will not supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description, to any person, or will not, or will not except to a limited extent, supply goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

หรือการใช้สิทธิในที่ดินหรือตึก (a lease of land or a license in respect of land or building) มาเป็นเงื่อนไขในการตกลง

ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันติดต่อกับค้าขายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) (Exclusive dealing) ตามมาตรา 47 จะถือเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือมีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 47(10)³⁸³

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places; or

(c) will acquire goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

³⁸² Section 47(9) A corporation also engages in the practice of exclusive dealing if the corporation refuses to grant or renew, or exercises a power or right to terminate, a lease of, or a licence in respect of, land or a building or part of a building for the reason that another party to the lease or licence or, if that other party is a body corporate, a body corporate related to that body corporate:

(a) has acquired, or has not agreed not to acquire, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(b) has re-supplied, or has not agreed not to re-supply, goods or services, or goods or services of a particular kind or description, acquired directly or indirectly from a competitor of the corporation or from a competitor of a body corporate related to the corporation;

(c) has supplied goods or services, or goods or services of a particular kind or description:

(i) to particular persons or classes of persons or to persons other than particular persons or classes of persons; or

(ii) in particular places or classes of places or in places other than particular places or classes of places; or

(d) has not acquired, or has not agreed to acquire, goods or services of a particular kind or description directly or indirectly from another person not being a body corporate related to the corporation.

³⁸³ Section 47(10) Subsection (1) does not apply to the practice of exclusive dealing by a corporation unless:

(a) the engaging by the corporation in the conduct that constitutes the practice of exclusive dealing has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition; or

(b) the engaging by the corporation in the conduct that constitutes the practice of exclusive dealing, and the engaging by the corporation, or by a body corporate related to the corporation, in other conduct of the same or a similar kind, together have or are likely to have the effect of substantially lessening competition.

2) การกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance) มาตรา 48³⁸⁴

กรณีที่มีผู้จัดหาสินค้าหรือบริการ (เช่น ผู้ผลิตหรือผู้ค้าส่ง) กำหนดราคาขายต่อต่ำสุดที่ผู้ขายต่อจะต้องขาย หรือโฆษณาเพื่อการขาย (advertise for sale) ซึ่งการกำหนดราคาขายต่อเป็นความผิดเด็ดขาดภายใต้ Competition and Consumer Act 2010 ไม่ว่าจะมียุทธประสงค์หรือผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเด็ดขาดหรือไม่ ซึ่งกฎหมายฉบับใหม่นี้หากคณะกรรมการได้สังเกตเห็นว่าการกำหนดราคาขายต่อจะเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ (public benefit) มากกว่าความเสียหาย (public detriment) ก็จะอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายเพื่อที่จะดำเนินการกำหนดราคาขายต่อโดยที่ไม่ละเมิดกฎหมายนี้ หากผู้ประกอบธุรกิจทำการยื่นการแจ้งเตือนการกำหนดราคาขายต่อ หรือการขออนุญาตเพื่อการดำเนินการต่อคณะกรรมการ³⁸⁵

การกำหนดราคาขายต่อ อาจเกิดขึ้นได้หลายวิธี ไม่ว่าจะขู่หรือถอนไม่จัดหาสินค้าให้กับผู้ค้าปลีก หรือการกระทำใด ๆ หากทำให้ผู้ค้าปลีกต้องขายสินค้าหรือบริการในราคาที่แน่นอน หรือไม่ขายต่ำกว่าราคาที่ผู้จัดหากำหนด หรือให้ผู้ขายปลีกปฏิบัติตามราคาขายปลีกที่แนะนำ³⁸⁶ เป็นต้น

ค. การยกเว้นสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ในแนวดิ่ง

Competition and Consumer Act 2010 ได้บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งไว้ 2 รูปแบบหลัก ได้แก่ การขออนุญาต (Authorization) และการแจ้ง (Notification)

1) การขออนุญาต (Authorization)

³⁸⁴ Section 48

(1) A corporation or other person shall not engage in the practice of [resale price maintenance](#).

(2) Subsection (1) does not apply to a corporation or other person engaging in conduct that constitutes the practice of resale price maintenance if:

(a) the corporation or other person has given the Commission a notice under subsection 93(1) describing the conduct; and

(b) the notice is in force under section 93.

³⁸⁵ "Resale Price Maintenance Notification Guidelines," (Australian Competition and Consumer Commission, 2017).

³⁸⁶ Ibid.

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของออสเตรเลียยอมให้การจำกัดการแข่งขันสามารถกระทำได้โดยผ่านมาตรการอนุญาตให้จำกัดการแข่งขัน หากพฤติกรรมนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ (public benefit) มากกว่าความเสียหายต่อตลาดการค้า (public detriment)

พฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่จะขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้แก่

- การทำสัญญา การจัดการ หรือการทำความเข้าใจ ที่มีการต่อต้านการแข่งขัน (contracts, arrangements or understandings containing anti-competitive) (มาตรา 45)

- การปฏิบัติร่วมกัน (มาตรา 45)

- การติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive dealing) (มาตรา 47)

- การกำหนดราคาขายต่อ (Resale price maintenance) (มาตรา 48)

ในกรณีที่ธุรกิจมีความกังวลว่าพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจะฝ่าฝืนบทบัญญัติการแข่งขันของพระราชบัญญัติ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถขออนุญาตจากคณะกรรมการได้ จากนั้นคณะกรรมการจะทำการทดสอบทางกฎหมาย (legal test) เพื่ออนุญาตให้กับพฤติกรรมดังกล่าว³⁸⁷ ซึ่งการทดสอบเพื่ออนุญาต (authorization test) คณะกรรมการแบ่งออกเป็น 2 กรณีได้แก่

พฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันที่เป็นความผิดเด็ดขาด (per se conduct) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เป็นสิ่งต้องห้ามต่อกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงการประเมินผลกระทบใด ๆ ต่อการแข่งขัน เช่น การกำหนดราคาขายต่อ ซึ่งเป็นความผิดเด็ดขาด อย่างไรก็ตามผู้ประกอบธุรกิจอาจยื่นขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการจะทำการทดสอบทางกฎหมาย (legal test) สำหรับพฤติกรรมที่เป็นความผิดเด็ดขาด โดยการพิจารณาอนุญาตนั้นขึ้นอยู่กับพฤติกรรมที่ตกลงกัน ซึ่งคณะกรรมการอาจอนุญาตให้ทำได้ในเฉพาะกรณีที่ดำเนินการทดสอบจนเป็นที่พอใจแล้วว่าผลประโยชน์สาธารณะ (public benefit) ที่น่าจะเกิดขึ้นมีมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น (public detriment) ซึ่งการทดสอบนี้ปรับใช้กับทุกพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อขออนุญาต แม้ว่าจะมีบางส่วนที่อาจจะดำเนินการฝ่าฝืนกฎหมาย³⁸⁸

³⁸⁷ "Authorisation," (australian competition and consumer commission).

³⁸⁸ Ibid.

พฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่ไม่ใช่ความผิดเด็ดขาด (non-*per se* conduct) ได้แก่ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (anti-competitive agreement) และการตกลงร่วมกันติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) การทดสอบทางกฎหมายเพื่ออนุญาตสามารถทำได้ 2 วิธี คือ³⁸⁹

(1) ทดสอบจนเป็นที่พอใจว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ทำให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือ

(2) ทดสอบจนเป็นที่พอใจว่าประโยชน์สาธารณะ (public benefit) ที่น่าจะเกิดจากการกระทำนั้นมีค่ามากกว่าความเสียหาย (public detriment)

การขออนุญาตนี้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครอง จะต้องยื่นคำขอต่อคณะกรรมการเพื่อให้เป็นผู้พิจารณาอนุญาต ทั้งนี้คณะกรรมการได้ออกแนวปฏิบัติเพื่อเป็นแนวทางในการอนุญาตสำหรับพฤติกรรมที่มีใช้การควมรวม (Guidelines for Authorisation of Conduct (non-merger, march 2019)) ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่อธิบายขั้นตอนและวิธีการในการขออนุญาต รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการจะใช้อนุญาตให้กับพฤติกรรมการตกลงร่วมกัน

อนึ่ง บางพฤติกรรมเป็นความผิดเด็ดขาด (*per se* breach) เช่น การกำหนดราคาขายต่อจะถือว่าเป็นความผิดโดยทันที ในขณะที่พฤติกรรมอื่น ๆ จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อทำให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ³⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมที่ขออนุญาตนั้นฝ่าฝืนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าแล้ว แต่การอนุญาตสามารถทำได้หากมีการดำเนินการระหว่างคู่สัญญาที่คาดว่าจะดำเนินการอาจฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย³⁹¹ ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องดำเนินการกรอกแบบฟอร์มการขออนุญาตยื่นต่อคณะกรรมการ ทั้งนี้ ผู้ขออนุญาตจะต้องมีการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบที่จะได้รับการอนุญาตด้วย และผู้ยื่นคำขออนุญาตจะต้องแสดงต่อคณะกรรมการว่าคำขอที่ยื่นมานั้นสมควรที่จะได้รับอนุญาต โดยจัดหาข้อมูลสนับสนุน ดังต่อไปนี้³⁹²

- (1) ลักษณะของตลาดสินค้าหรือบริการในธุรกิจนั้น
- (2) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ที่อยู่ในตลาดแต่ละราย
- (3) ผู้ที่เข้าร่วมกระทำการที่จะขออนุญาตรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในตลาด

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ ACCC, "Guidelines for Authorisation of Conduct (Non-Merger)," (March 2019): para.2.9.

³⁹¹ Ibid., para. 2.16

³⁹² Ibid.

- (4) วิธีการดำเนินการในทางปฏิบัติ
- (5) การกระทำนั้นจะมีผลกระทบอย่างไรต่อผู้เข้าร่วมกระทำและผู้อื่นในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- (6) การกระทำนั้นจะลดผลเสียต่อสาธารณะอย่างไร
- (7) ผลประโยชน์สาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น
- (8) ระยะเวลาที่ต้องการได้รับอนุญาตและเพราะเหตุใดระยะเวลานั้นจึงมีความเหมาะสม ซึ่งแบบฟอร์มกำหนดไว้ว่าหากมิได้แจ้งระยะเวลา จะถือว่าขออนุญาตเป็นระยะเวลา 5 ปี

ในการพิจารณาของคณะกรรมการจะเน้นที่ประโยชน์สาธารณะสุทธิ (net public benefit) เป็นหลัก ซึ่งจะอยู่ในมาตรา 90(7) และ 90(8) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของออสเตรเลีย

ทั้งนี้ การกระทำที่เป็นการลดการแข่งขัน (Substantial lessening of competition) ไม่มีคำนิยามปรากฏชัดในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งการลดการแข่งขันกับการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญนั้นขึ้นอยู่กับการตัดสินของคณะกรรมการ โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันจะขึ้นอยู่กับประเภทของข้อตกลง อนึ่ง ข้อตกลงในแนวตั้งระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในห่วงโซ่อุปทาน อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดต้นน้ำหรือตลาดปลายน้ำ หากข้อตกลงทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นจำกัดหรือลดลง ตัวอย่างหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ คือ การจำกัดคู่แข่งในการเข้าถึงลูกค้า (สำหรับคู่แข่งในตลาดต้นน้ำ) หรือการจำกัดคู่แข่งในการเข้าถึงปัจจัยการผลิต (สำหรับคู่แข่งในตลาดปลายน้ำ) ในการพิจารณาของคณะกรรมการเพื่อประเมินผลการแข่งขันของการตกลงในแนวตั้ง จะพิจารณาว่าข้อตกลงเปลี่ยนความสามารถหรือแรงจูงใจของผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญา และมีผลกระทบต่อการแข่งขันและอำนาจตลาดหรือไม่³⁹³

มาตรา 50(3) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันออสเตรเลีย กำหนดปัจจัยสำคัญในการพิจารณาผลกระทบหรือมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดผลกระทบต่อตลาด ดังต่อไปนี้

- ส่วนแบ่งตลาดของผู้ยื่นคำขอและผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด
market share of the applicant and other firms in the market

³⁹³ Ibid., para.7.

- ระดับความเข้มข้นของการแข่งขันในตลาด (the level of concentration in the market)
- อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจใหม่ height of any barriers to entry and expansion
- การแข่งขันที่เกิดขึ้นจริงหรือมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้น (actual and potential import competition)
- ความสามารถในการทดแทนของสินค้าหรือบริการ (available of substitutes)
- ลักษณะของพลวัตรในตลาด (dynamic characteristics of the market)
- การมีคู่แข่งที่แข็งแกร่งและมีประสิทธิภาพ (presence of a vigorous and effective competition) และ
- ระดับการรวมตัวในแนวตั้ง (degree of vertical integration)

ปัจจัยดังกล่าวข้างต้นจะต้องพิจารณาร่วมกัน เพื่อประเมินผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

เกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน จากการศึกษาพบว่า โดยหลักแล้วคณะกรรมการจะพิจารณาจากหลักผลประโยชน์สุทธิ (net benefit test³⁹⁴) โดยชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่เกิดจากการจำกัดการแข่งขัน (public detriment) และประโยชน์ที่ได้รับอันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพการแข่งขัน

ผลประโยชน์สาธารณะ (public benefit) ไม่ได้ระบุไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของออสเตรเลีย อย่างไรก็ตามคณะกรรมการได้ระบุความหมายกว้าง ๆ ตามแนวคำตัดสินของศาล ว่าหมายถึง สิ่งใดก็ตามที่มีคุณค่าต่อชุมชน สังคม รวมถึงเป็นองค์ประกอบหลักในการบรรลุเป้าหมายทางเศรษฐกิจ (achievement of the economic goals) ทางด้านประสิทธิภาพและทำให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ อันเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน โดยคณะกรรมการเห็นว่าวิธีที่ดีที่สุดในการปรับปรุงสวัสดิการของชาวออสเตรเลียคือ การพัฒนาผ่านการรับรองสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการจะได้รับการพัฒนา และจัดหาในราคาที่ถูกที่สุด โดย

³⁹⁴ Corones, S. G., Competition Law in Australia, p. 179.

พิจารณาจากประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (Economic efficiency) โดยทั่วไป ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจมี 3 ด้าน³⁹⁵ ได้แก่

ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative efficiency) หมายถึง การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้มีประโยชน์สูงสุด ซึ่งประสิทธิภาพในการจัดสรรนี้จะเกิดขึ้นเมื่อราคาที่จ่ายไปสำหรับหน่วยที่เพิ่มขึ้นของผลิตภัณฑ์ อันสะท้อนให้เห็นถึงความเต็มใจของผู้บริโภคในการจ่ายหรืออรรถประโยชน์ส่วนเพิ่ม (marginal utility) เท่ากับต้นทุนของทรัพยากรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์นั้น ซึ่งประสิทธิภาพจะเกิดขึ้นได้จากการพิจารณาต้นทุน (cost) ที่ใช้ไปกับผลประโยชน์ (benefits) ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ประสิทธิภาพด้านการจัดสรรทรัพยากรจะล้มเหลว หากราคาสินค้าถูกบิดเบือนโดยการใช้อำนาจตลาด³⁹⁶

ประสิทธิภาพด้านการผลิต (Productive efficiency) หมายถึง การผลิตสินค้าและบริการโดยใช้ต้นทุนอย่างมีประสิทธิภาพ (cost-effective means)³⁹⁷

ประสิทธิภาพเชิงพลวัต (dynamic efficiency) หมายถึง การพัฒนากระบวนการและนวัตกรรมในการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อเปลี่ยนแปลงตลาด ตัวอย่างเช่น การดำเนินการเพื่อให้เกิดการลงทุนที่มีประสิทธิภาพในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี (investment in research and development)³⁹⁸

คณะกรรมการได้ยกตัวอย่างการพิจารณาประโยชน์สาธารณะ (public benefit) ที่เกิดจากการปรับปรุงประสิทธิภาพในตลาด³⁹⁹ ดังต่อไปนี้

- ลดต้นทุนในการทำธุรกรรม (Reducing transaction costs)
- ลดผลกระทบภายนอก (Addressing an externality) ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือ ร้านค้าปลีก ดำเนินการจัดการดูแลผลิตภัณฑ์ เพื่อให้มั่นใจว่าผลิตภัณฑ์ได้รับการจัดการจะลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ และความปลอดภัยของสังคม
- ลดความไม่เท่าเทียมกันของข้อมูล (Reducing information asymmetry) หมายถึง การให้ผู้บริโภคเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพ ลักษณะของสินค้า หรือบริการ ก่อนที่จะทำการซื้อ ตัวอย่างเช่น การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการส่งเสริมผลิตภัณฑ์ หรือวิธีการใน

³⁹⁵ ACCC, "Guidelines for Authorisation of Conduct (Non-Merger)," 43.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid., 44.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid.

การขายโดยการกำหนดเงื่อนไขขั้นต่ำ หรือกำหนดสิทธิ หรืออนุญาตให้กับผู้ขายที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสม

- บรรลุการประหยัดต่อขนาด การประหยัดต่อขอบเขตหรือ การประหยัดต่อความหนาแน่น (Achieving economies of scale, scope and/or density)

- ดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกในการจัดหาสินค้าสาธารณะ (Facilitating the provision of public goods) ตัวอย่างเช่น การตกลงร่วมกันเพื่อทำการวิจัยและพัฒนาให้เกิดสินค้าหรือบริการสาธารณะที่ดีขึ้น

- จัดการปัญหาตัวการ-ตัวแทน (Addressing the principal/agent problem) เนื่องจากการยากสำหรับตัวการที่จะดูแลตัวแทนให้ดำเนินการอันเป็นประโยชน์แก่ตัวการอย่างทั่วถึง

- หลีกเลี่ยงปัญหาการติดขัด (Avoiding the hold-up problem) ตัวอย่างเช่น สัญญามีระยะเวลานาน (long term contracts) หรือ เป็นสัญญาติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive dealing) อันมีความจำเป็นที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องให้ความร่วมมือกัน เพื่อให้เกิดความมั่นใจในการทำธุรกรรมที่ต้องมีการลงทุนโดยเฉพาะ (specific investment) แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะจำกัดการแข่งขันก็ตาม

- ลดการค้นหาและมีการแลกเปลี่ยนต้นทุน (Reducing search and switching costs) เนื่องจากการยากสำหรับผู้ซื้อในการที่จะทราบข้อมูลเกี่ยวกับราคาและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ จึงอาจมีการทำข้อตกลงที่มีการกำหนดเงื่อนไขระหว่างผู้เสนอขายกับผู้ซื้อ เพื่อให้ข้อมูลมีความพร้อมใช้งานและช่วยเหลือผู้บริโภคในการเข้าถึงข้อมูล ซึ่งข้อตกลงบางประเภทอาจทำให้เกิดการลดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งได้

ทั้งนี้คณะกรรมการกิจการจะพิจารณาประโยชน์สาธารณะ (public benefit) เปรียบเทียบกับ ความเสียหายสาธารณะ (public detriment) ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลได้กำหนดให้ความเสียหายสาธารณะหมายถึง การดำเนินการอันก่อให้เกิดการเสื่อมสภาพต่อชุมชน รวมถึงการกระทำที่เป็นองค์ประกอบหลักที่ส่งผลกระทบต่อ การบรรลุเป้าหมายของประสิทธิภาพเชิงเศรษฐกิจที่กล่าวมาข้างต้น⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ Ibid., 43.

การอนุญาต คณะกรรมการจะอนุญาตให้ในระยะเวลาที่จำกัด และในทางปฏิบัติการอนุญาตนั้นจะต้องพิจารณาแล้วว่าการประโยชน์สาธารณะ (public benefit) ที่น่าจะเกิดขึ้น เกินดุลความเสียหายสาธารณะ (detriment benefit) ในช่วงเวลาของการอนุญาต⁴⁰¹

2) การมีหนังสือแจ้ง (Notification)

การมีหนังสือแจ้งไปยังคณะกรรมการเป็นกระบวนการทางเลือกในการแสวงหาการคุ้มครองทางกฎหมายเพื่อมีส่วนร่วมของธุรกิจของธุรกิจขนาดเล็ก (small business collective bargaining) ในการตกลงร่วมกันติดต่อด้านขายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) และการกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance) ซึ่งในบางกรณีการมีหนังสือแจ้งอาจเร็วกว่าการขออนุญาต (authorization) แต่ไม่สามารถใช้ได้กับการกระทำทุกประเภท ผู้ประกอบธุรกิจจึงควรติดต่อกับคณะกรรมการเพื่อหารือว่าการขออนุญาตหรือการแจ้งจะมีความเหมาะสมกว่า⁴⁰²

ทั้งนี้ ความแตกต่างระหว่างการขออนุญาตกับการมีหนังสือแจ้งนั้น คือ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจรายใดต้องการดำเนินการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยมีหนังสือแจ้งไปยังคณะกรรมการ ผู้ประกอบธุรกิจจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากความผิดที่อาจเกิดจากการกระทำนั้นโดยทันที ซึ่งความคุ้มครองจะมีขึ้นตั้งแต่วันที่ที่มีการส่งหนังสือแจ้งไปจนถึงวันที่คณะกรรมการพิจารณาและมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำนั้น โดยหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาการขอความคุ้มครองโดยมีหนังสือแจ้งมีลักษณะเช่นเดียวกับการขอความคุ้มครองโดยการอนุญาตที่กล่าวไปแล้วข้างต้น⁴⁰³

2.1) การมีหนังสือแจ้งสำหรับพฤติกรรมการติดต่อด้านขายเฉพาะราย (Exclusive dealing)

คณะกรรมการประเมินการมีหนังสือแจ้งการติดต่อด้านขายเฉพาะรายตามมาตรา 93 (3) ซึ่งการตกลงร่วมกันดังกล่าวจะต้องเป็นข้อตกลงไม่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญ และข้อตกลงส่งผลให้เกิดผลประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเสียหายต่อสาธารณะ

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² "Authorisation."

⁴⁰³ สุเมธ นาควโรดม, "การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์," หน้า 132.

หากคณะกรรมการพิจารณา เห็นว่าการมีหนังสือแจ้งอาจมีวัตถุประสงค์หรือมี
แนวโน้มที่น่าจะลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญคณะกรรมการจะดำเนินการพิจารณาผลประโยชน์
สาธารณะและผลกระทบที่เกิดจากพฤติกรรมนั้นต่อไป โดยพิจารณาว่า

- การดำเนินธุรกิจมีประสิทธิภาพมากขึ้น
- การปรับปรุงคุณภาพผลิตภัณฑ์
- การส่งเสริมการแข่งขัน

2.2) การมีหนังสือแจ้งเตือนสำหรับพฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance)

คณะกรรมการประเมินการมีหนังสือแจ้งเตือนโดยพิจารณาจากประโยชน์
สาธารณะตามมาตรา 93(3A) เดิมคณะกรรมการเห็นว่าการกำหนดราคาขายต่อเป็นความผิด
เด็ดขาด เนื่องจากการกำหนดราคาขายต่อสามารถทำให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันโดย
การลดหรือกำจัดการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้ค้าปลีก ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้ค้าปลีกขายสินค้าหรือบริการ
ในราคาสูงและผู้บริโภคจ่ายเงินมากขึ้นสำหรับสินค้าหรือบริการเหล่านั้น โดยไม่ได้รับคุณค่าเพิ่มเติม
ใด ๆ และในบางสถานการณ์การกำหนดราคาขายต่ออาจเพิ่มความเสี่ยงในการสมรู้ร่วมคิดระหว่าง
คู่แข่ง

ต่อมา คณะกรรมการเห็นว่าในบางสถานการณ์ การกำหนดราคาขายต่อ
อาจส่งผลให้เกิดประโยชน์ รวมถึงการส่งเสริมการแข่งขัน ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตสินค้าหรือบริการที่
ซับซ้อนอาจกำหนดราคาขายต่อ เพื่อสร้างแรงจูงใจให้ผู้ค้าปลีกลงทุนก่อนการขาย (pre-sales
services) เช่น การสาธิต และให้คำแนะนำกับผู้บริโภค หากไม่มีการกำหนดราคาขายต่อ ผู้ค้าปลีก
รายรายอื่น ๆ อาจอาศัยการกินแรง (free-riding) ในการลงทุนเหล่านี้ โดยการตั้งราคาที่ต่ำกว่า
ดังนั้นผลประโยชน์และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีนี้ คณะกรรมการจะใช้ในการพิจารณา⁴⁰⁴

ตัวอย่างกรณี Tooltechnic

ในปี ค.ศ 2014 Tooltechnic ยื่นขออนุญาตต่อคณะกรรมการเพื่อ
ดำเนินการกำหนดราคาขายต่อ (ในขณะนั้นยังไม่มีหนังสือแจ้งเตือนสำหรับพฤติกรรมกา
กำหนดราคาขายต่อ) ทำข้อตกลงกับตัวแทนจำหน่าย (dealers) โดยมีเงื่อนไขห้ามตัวแทนจำหน่าย
ขายผลิตภัณฑ์ Festel ในราคาต่ำกว่าที่กำหนด ซึ่ง Festel เป็นผลิตภัณฑ์ที่มีราคาแพงและมีความ
ซับซ้อน และ Tooltechnic สนับสนุนให้ตัวแทนจำหน่ายให้บริการก่อนและหลังการขายในระดับสูง

⁴⁰⁴ "Resale Price Maintenance Notification Guidelines."

ให้กับลูกค้า ซึ่ง Tooltechnic กังวลว่าจะมีความเสี่ยงที่ลูกค้าจะเข้าถึงบริการก่อนและหลังการขายจากผู้ค้าปลีกรายหนึ่ง แต่ซื้อผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนลดจากผู้ค้าปลีกรายอื่นที่ไม่ได้ให้บริการ ซึ่งอาจนำไปสู่การลดแรงจูงใจในการให้บริการแก่ลูกค้า Tooltechnic จึงยื่นขออนุญาตเพื่อแก้ไขความเสี่ยงนี้เนื่องจากเป็นกังวลว่าผู้ค้าปลีกที่ให้บริการสูงอาจไม่ได้รับผลตอบแทนเพียงพอจากการขายผลิตภัณฑ์และไม่มีแรงจูงใจที่จะให้บริการต่อไป

การอนุญาตของคณะกรรมการการค้า จะพิจารณาว่าการกำหนดราคาขายต่อมีความเป็นไปได้ที่จะแก้ไขความล้มเหลวของตลาด (market failures) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขายผลิตภัณฑ์ Festool โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการการค้าพิจารณาว่าผลจากการกำหนดราคาขายต่อจะทำให้ผู้ค้าปลีกมีแนวโน้มที่จะลงทุนในบริการก่อนและหลังการขาย ซึ่งการเพิ่มขึ้นของบริการดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะสร้างประโยชน์สาธารณะ รวมถึงช่วยให้ลูกค้าได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนก่อนตัดสินใจซื้อสินค้าที่มีคุณภาพ และลูกค้ายังได้รับบริการหลังการขายที่ดีอีกด้วย

คณะกรรมการการค้าจึงอนุญาตให้ Tooltechnic ดำเนินการกำหนดราคาขายต่อได้ภายใต้เงื่อนไข รวมถึงข้อกำหนดที่ Tooltechnic จะต้องรายงานให้คณะกรรมการการค้าเป็นประจำทุกปีเกี่ยวกับข้อมูลด้านราคาและการขาย รวมทั้งให้ข้อมูลเพิ่มเติมใด ๆ ที่คณะกรรมการการค้าร้องขอ

นอกจากนี้ คณะกรรมการการค้าตั้งข้อสังเกตว่าความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบจากการกำหนดราคาขายต่ออาจเกิดขึ้นไม่มาก หากเป็นกรณีที่ผลิตภัณฑ์มีการแข่งขันในตลาดสูงซึ่งในกรณีนี้ Tooltechnic มีส่วนแบ่งการตลาดเพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁴⁰⁵

3.5 การกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

3.5.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีพัฒนาการมาจากพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร พ.ศ.2480 พระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2517 พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522⁴⁰⁶ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยสองมาตรการหลัก คือ มาตรการว่าด้วยการกำหนดราคา เพื่อควบคุมราคาสินค้าและบริการ (price control measure) และมาตรการว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด (anti-monopoly

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ ผกาวิรั ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2552," หน้า 55.

measure) ต่อมามาตรการดังกล่าวได้พัฒนามาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542⁴⁰⁷ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีรากฐานทางความคิดมาจากเศรษฐกิจเสรีนิยม มุ่งเน้นให้เกิดและส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาดทางการค้าและการจำกัดการแข่งขัน มีแนวคิดในเชิงเศรษฐศาสตร์ที่จะรักษากลไกตลาดในระบบเศรษฐกิจให้ดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ส่งผลให้มีการดำเนินธุรกิจแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรม เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศและเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในท้ายที่สุด ซึ่งคณะร่างกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าได้นำแนวคิดและจุดเด่นของกฎหมายแข่งขันทางการค้าจากหลาย ๆ ประเทศมาผสมผสานเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมกับประเทศไทย แต่เดิมนั้นพระราชบัญญัติการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ใช้ระบบควบคุมโครงสร้าง (Structure Control) ซึ่งไม่สามารถใช้ในทางปฏิบัติได้ จึงต้องเปลี่ยนจากการควบคุมโครงสร้างมาเป็นการควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) เป็นหลักใหญ่ ซึ่งเป็นระบบที่ไม่จำกัดขนาดหน่วยธุรกิจ แต่จะควบคุมในพฤติกรรมของหน่วยธุรกิจ และการเป็นผู้ผูกขาดหรือผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นยังไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อได้ใช้อำนาจเหนือตลาดไปกระทำการใดๆ ในทางที่ไม่ชอบก่อให้เกิดความเสียหาย

3.5.2 มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

3.5.2.1 ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าพฤติกรรมการตลาดร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งนั้นมีผลกระทบในเชิงลบต่อระบบเศรษฐกิจ แต่ในบางกรณีอาจสร้างผลกระทบเชิงบวกให้กับการแข่งขัน เดิมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ปรับใช้กับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ได้แก่ มาตรา 25 มาตรา 27 และมาตรา 29 โดยมาตรา 25 เป็นมาตรการควบคุมความประพฤติของผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) มิให้กระทำการบิดเบือนตลาดและใช้อำนาจตลาดไปทางที่มีชอบ ส่วนมาตรา 27 เป็นมาตรการควบคุมพฤติกรรมของบรรดาผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดไม่ให้จำกัดการแข่งขันในลักษณะของการร่วมมือกัน (Concerted Practices) และมาตรา 29 เป็นมาตรการที่ต้องการปกป้องผู้ประกอบการ และควบคุมมิให้ผู้ประกอบการทำลายการแข่งขันในตลาด ทั้งนี้มาตรา 25 และ

⁴⁰⁷ สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชย์), หน้า 2.

มาตรา 27 นั้นต้องการปกป้องกันแข่งขันในตลาด ส่วนมาตรา 29 เป็นมาตราที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจเป็นหลัก และมาตรา 27 นั้นบางพฤติกรรมสามารถขออนุญาตกระทำได้ ในขณะที่มาตรา 25 และมาตรา 29 ถือว่าเป็นความผิดที่ไม่สามารถขออนุญาตได้ ผลของการปรับใช้กฎหมายกับพฤติกรรมกำกวมการแข่งขันในแนวคิดจึงมีความแตกต่างกัน

เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมผู้ประกอบการธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับปัจจุบันได้มีหน่วยงานในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ การใช้กฎหมายฉบับเดิมจึงไม่มีความคล่องตัว การกำกับดูแลขาดความเป็นอิสระและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาใช้แทนกฎหมายฉบับเดิม⁴⁰⁸

3.5.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลพฤติกรรมที่ตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวคิดภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

เดิมประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ในการกำกับดูแล ซึ่งการห้ามตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวคิดถูกกำหนดอยู่ในตามมาตรา 27⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2562

⁴⁰⁹ “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ
- (2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ
- (3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด
- (4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ
- (5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน
- (6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้
- (7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- (9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมทางการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยมาตรา 27(1)-(4) มีที่มาจากกฎหมาย The Sherman Act มาตรา 1 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมาตรา 27 (1)-(4) ของไทยมีจุดมุ่งหมายประการสำคัญคือต้องการควบคุม ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งทางธุรกิจตกลงกันโดยทางตรงหรือโดยปริยายที่จะร่วมกันกำหนดราคาสินค้าเพื่อหากำไรเกินควร และมาตรา 27(5)-(10) เป็นการควบคุมพฤติกรรมที่อาจขออนุญาตได้มีที่มาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลีย

โดยมาตรา 27 จะแบ่งการควบคุมพฤติกรรมทางการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการผูกขาด หรือ ลดหรือจำกัดการแข่งขัน 2 กรณี ดังนี้

1) การควบคุมพฤติกรรมทางการตกลงร่วมกันที่เป็นความผิดร้ายแรงและชัดเจนในตัวเอง (มาตรา 27(1)-(4)) ไม่สามารถขออนุญาตได้ โดยมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งอันเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด ได้แก่

มาตรา 27(1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือ ตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

มาตรา 27(2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือ ตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

2) การควบคุมพฤติกรรมทางการตกลงร่วมกันที่อาจได้รับยกเว้นการกระทำผิดได้ (มาตรา 27 (5)-(10)) โดยระบบอนุญาตให้พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันบางลักษณะเป็นพฤติกรรมที่ทำได้ และหลายพฤติกรรมเป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลางอาจจำเป็นต้องทำเพื่อให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ได้อย่างเข้มแข็ง

เป้าหมายของระบบอนุญาตตามมาตรา 27(5)-(10) คือ ต้องการให้พฤติกรรมตามมาตรา 27(5)-(10) ถูกตีความโดยความยืดหยุ่น ถ้าผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีความจำเป็นทางธุรกิจ เพราะการกระทำบางอย่างเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่ส่วนรวมได้ โดยเป็นพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่ไม่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง ได้แก่

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

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

มาตรา 27(5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

มาตรา 27(6) การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการ

มาตรา 27(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการเพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

มาตรา 27(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

มาตรา 27(9) ลักษณะการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 (9) การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้เป็นผู้จำหน่ายแต่ผู้เดียว

มาตรา 27(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการเพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

เนื่องจากว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามาตรา 27 ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ และยังคงมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่ามาตรา 27 จะสามารถปรับใช้กับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งได้หรือไม่ ต่อมาในปี พ.ศ.2560 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 แทนพระราชบัญญัติฉบับเดิม

บทบัญญัติห้ามการตกลงร่วมกันตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้แยกบทบัญญัติในการควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรกการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันร้ายแรง (hardcore restriction) ตามมาตรา 54⁴¹⁰ เว้นแต่เป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่ง

⁴¹⁰ “มาตรา 54” ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้า
- (2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน
- (3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ
- (4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

การตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด กับประเภทที่สองพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันไม่ร้ายแรง (softcore restriction) ตามมาตรา 55⁴¹¹ ที่อาจได้รับการยกเว้นให้สามารถกระทำได้หากเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56⁴¹²

ก. การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

พฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งถูกควบคุมภายใต้มาตรา 55 ซึ่งเป็นบทบัญญัติการควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ ที่รวมถึงผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่ไม่ใช่คู่แข่งในตลาด กล่าวคือ นอกจากจะควบคุมการกระทำใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งแล้ว ยังควบคุมการกระทำใด ๆ อันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน และจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับคู่แข่งด้วย⁴¹³ (ความสัมพันธ์ในแนวดิ่ง) ซึ่งมาตรา 55 ได้กำหนดพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ดังต่อไปนี้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

⁴¹¹ “มาตรา 55 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54(1)(2) และ (4) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีคู่แข่งในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน
- (2) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการโดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- (3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน
- (4) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน
- (5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่นๆตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

⁴¹² “มาตรา 56” บทบัญญัติมาตรา 55 มิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
- (2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ
- (3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในต่างระดับกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือการสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียมหรือให้ผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญา

⁴¹³ กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, 4 (ธันวาคม 2561): 929.

1) การร่วมกันกำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54(1)(2) และ (4) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีคู่แข่งกันในตลาดสินค้าหรือบริการเดียวกัน (มาตรา 55(1)) ได้แก่⁴¹⁴

- ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งเรื่องราคา เช่น การกำหนดราคาขายต่อ (RPM) คือ ผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดต้นน้ำกำหนดราคาให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในตลาดปลายน้ำว่าจะต้องขายต่อในราคาเท่าไร ซึ่งการกำหนดราคาขายต่อเช่นนี้จะเป็นการจำกัดอิสรภาพของผู้จัดจำหน่ายในการกำหนดราคาขายด้วยตนเอง⁴¹⁵ และถ้าหากผู้ผลิตรายดังกล่าวตกลงเงื่อนไขเช่นเดียวกับกับผู้ผลิตรายอื่น ๆ ด้วย จะทำให้การแข่งขันด้านราคาของสินค้าของผู้ผลิตดังกล่าวในระดับผู้จัดจำหน่ายลดลง อันเป็นการจำกัดการแข่งขันภายในสินค้านี้หรือคู่แข่ง⁴¹⁶ อย่างไรก็ดี การกำหนดราคาขายต่อของสินค้านี้หรือคู่แข่งก็อาจก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ เช่น ปัญหาป้องกันการกินแรง (free rider) ของผู้จัดจำหน่ายบางราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดสินค้าที่มีความซับซ้อน ซึ่งผู้จัดจำหน่ายบางรายอาจลงทุนจัดหาพนักงานที่มีความรู้มาแนะนำสินค้าหรือให้คำปรึกษาให้กับลูกค้าเพื่อประกอบการตัดสินใจซื้อ ในขณะที่ผู้จัดจำหน่ายบางรายไม่ได้ลงทุนในการให้บริการดังกล่าว ทำให้ขายสินค้าชนิดเดียวกันได้ในราคาที่ถูกลงกว่าและได้รับประโยชน์จากสิ่งซึ่งผู้จัดจำหน่ายรายอื่นลงทุน⁴¹⁷

- ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งเรื่องปริมาณ เช่น การที่ผู้ผลิตตกลงกับผู้จัดจำหน่ายที่มีความสัมพันธ์กันทางการค้าว่าจะลดปริมาณการผลิตและการจัดจำหน่ายให้น้อยลงกว่าเดิม ทำให้ปริมาณสินค้าที่ผลิตโดยผู้ผลิตรายดังกล่าวลดลง จึงอาจส่งผลให้ราคาสินค้าในตลาดสูงขึ้น⁴¹⁸ อย่างไรก็ดี มีความเห็นทางวิชาการว่า การตกลงร่วมกันเช่นนี้อาจทำให้ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นหรือผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อตกลงดังกล่าวอาจจะมีปฏิริยาตอบโต้โดย

⁴¹⁴ เรื่องเดียวกัน., 930.

⁴¹⁵ Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht, 13 ed. (Munich: Hermann Luchterhand Verlag, 2017) อ้างถึงใน กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ " วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 931.

⁴¹⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ.2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชกุล), หน้า 101. อ้างถึงในกัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ " วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 931.

⁴¹⁷ Bunte Hermann-Josef, Bunte Hermann-Josef, Kartellrecht Lehrbuch Für Studium Und Praxis ; Mit Neuem Vergaberecht (Munich), pp. 145-146. อ้างถึงในกัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ " วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 931.

⁴¹⁸ เรื่องเดียวกัน

การเพิ่มปริมาณการผลิต และจำหน่ายทดแทนปริมาณสินค้าที่หายไปดังกล่าว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสภาพปัจจัยการแข่งขันต่าง ๆ ในตลาด⁴¹⁹

- ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งเรื่องท้องที่หรือคู่ค้า เช่น การที่ผู้ผลิตตกลงกับผู้จัดจำหน่ายทั้งหลายที่มีความสัมพันธ์กันทางการค้าว่าผู้จัดจำหน่ายแต่ละรายจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการขายสินค้าภายในท้องที่ใด หรือขายให้แก่ผู้ใดได้บ้าง ซึ่งการตกลงเช่นนี้ ก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้ที่ซื้อที่อยู่ในท้องที่ที่ถูกกำหนดหรือผู้ซื้อที่ถูกกำหนด เนื่องจากไม่สามารถเลือกซื้อสินค้าของผู้ผลิตรายดังกล่าวจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ขายสินค้าของผู้ผลิตรายนั้นได้อีก อันเป็นการจำกัดการแข่งขันสินค้าให้เหมือนกัน⁴²⁰ แต่ผู้ซื้อในท้องที่ที่ถูกกำหนดอาจมีโอกาซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นได้อยู่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปัจจัยการแข่งขันในตลาดนั้นๆ ด้วย⁴²¹ นอกจากนี้ การแบ่งท้องที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้าดังกล่าว อาจมีผลดีในแง่ของการป้องกันการกินแรงของผู้จัดจำหน่ายบางราย เช่นเดียวกับการกำหนดราคาขายต่อตั้งที่กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้⁴²²

2) การร่วมกันลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าเดิม (มาตรา 55(2))

การร่วมกันลดคุณภาพ เป็นประเด็นที่น่าสนใจว่าจะเกิดขึ้นในแนวตั้งได้หรือไม่ ทั้งนี้ มีความเห็นทางวิชาการว่าการร่วมกันลดคุณภาพในแนวตั้งจะต้องได้ความว่าเป็นการลดคุณภาพถึงขนาดที่ต่ำกว่าที่เคยผลิตหรือขายด้วย จึงจะเป็นความผิด ดังนั้น หากคู่กรณีแค่ตกลงร่วมกันไม่แข่งขันพัฒนาคุณภาพสินค้าต่อไปก็จะเป็นการผิดอนุมาตรานี้ และเห็นว่าการตกลงร่วมกันเช่นนี้จะทำให้การพัฒนาเทคโนโลยีชะงักลง ทำให้สินค้าไม่มีความหลากหลาย อีกทั้งทำให้ทางเลือกของ

⁴¹⁹ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 931.

⁴²⁰ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ.2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชกุล), หน้า 103-104. อ้างถึงใน กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 932.

⁴²¹ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 932.

⁴²² Hermann-Josef, B., Bunte Hermann-Josef, Kartellrecht Lehrbuch Für Studium Und Praxis ; Mit Neuem Vergaberecht, pp. 145-146. อ้างถึงใน กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 932.

ผู้บริโภคน้อยลง หากเทียบกับกฎหมายสหภาพยุโรปจะเห็นได้ชัดในมาตรา 101(3)(1)(b) ที่ครอบคลุมไปถึงการร่วมกันไม่พัฒนาเทคโนโลยีให้สูงขึ้นด้วย⁴²³

3) การร่วมกันแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าอย่างเดียวหรือประเภทเดียวกัน (มาตรา 55(3))

การที่ผู้ประกอบการที่เป็นคู่ค้าร่วมกันแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกัน ตัวอย่าง บริษัท ก เป็นผู้ผลิตสินค้าชนิดหนึ่งตกลงร่วมกับบริษัท ข ผู้จัดจำหน่าย ให้บริษัท ข มีสิทธิจำหน่ายสินค้าชนิดดังกล่าวของบริษัท ก แต่เพียงผู้เดียว เป็นต้น⁴²⁴ มีความเห็นทางวิชาการว่า คำว่า “บุคคลใด” ในมาตรานี้หมายถึงคู่ค้าฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย นอกจากนั้น คำว่า “บุคคลใด” ยังอาจหมายถึง ผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งไม่ใช่คู่ค้าที่ร่วมกันตกลงดังกล่าว ดังตัวอย่าง บริษัท ก ผู้ผลิตสินค้าชนิดหนึ่ง และบริษัท ข ผู้ค้าปลีกรายหนึ่งเป็นผู้ขายปลีกสินค้าชนิดนั้นของบริษัท ก แต่ผู้เดียว ตกลงร่วมกันแต่งตั้งให้บริษัท ค ผู้ค้าปลีกรายหนึ่งเป็นผู้ขายปลีกสินค้าชนิดนั้นของบริษัท ก แต่เพียงผู้เดียว ผลก็คือ บริษัท ข จะต้องส่งสินค้าชนิดนั้นซึ่งตนได้รับมาจากบริษัท ก ไปยัง บริษัท ค เท่านั้น ทำให้บริษัทอื่นไม่ได้รับสินค้าชนิดดังกล่าวซึ่งผลิตโดยบริษัท ก จากบริษัท ข อย่างแน่นอน อีกทั้งยังไม่มีโอกาสที่จะได้รับสินค้าชนิดนั้นของบริษัท ก จากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นด้วย อย่างไรก็ตาม ความเป็นไปได้ว่า ผู้ค้าปลีกรายอื่นก็มีโอกาสได้รับสินค้าชนิดนั้นซึ่งผลิตโดยผู้ผลิตรายอื่นอยู่ การกระทำตามมาตรานี้จึงเป็นการจำกัดของสินค้าที่ห่อเดียวกัน แต่อาจจะไม่ส่งผลกระทบต่อการค้าสินค้าต่างยี่ห้อ ทั้งนี้ต้องพิจารณาสภาพตลาดในแต่ละกรณีเป็นสำคัญ⁴²⁵

4) การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน (มาตรา 55(4))

ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ผลิตตกลงกับผู้จัดหาวัตถุดิบว่าผู้ผลิตจะซื้อสินค้าที่ตนต้องการจากผู้จัดหารายนั้นเท่านั้น (Exclusive Purchasing) การตกลงเช่นนี้เป็นการกีดกันผู้จัดหารายอื่นให้ไม่สามารถขายวัตถุดิบให้กับผู้จัดหารายดังกล่าวได้⁴²⁶ ในทางกลับกัน ผู้ผลิตอาจตกลงกับผู้

⁴²³ กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 933.

⁴²⁴ เรื่องเดียวกัน., 934.

⁴²⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁴²⁶ Hermann-Josef, B., Bunte Hermann-Josef, Kartellrecht Lehrbuch Für Studium Und Praxis ; Mit Neuem Vergaberecht, p. 147. อ้างถึงใน กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 935.

จัดจำหน่ายว่าจะขายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายรายดังกล่าวแต่เพียงรายเดียวเท่านั้น โดยจะไม่จัดส่งให้กับผู้จัดจำหน่ายรายอื่น (Exclusive distribution) ซึ่งส่งผลต่อผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ไม่อาจซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายดังกล่าวได้ อันเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างสินค้าที่ห่อเดียวกัน⁴²⁷

นอกจากนี้ การขายพ่วง ก็เป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการจำหน่ายที่อาจตกอยู่ภายใต้อนุมาตราอื่นเช่นกัน เนื่องจากการขายพ่วงจะส่งผลให้ผู้ซื้อถูกจำกัดอิสรภาพในการซื้อสินค้าแล้ว ยังทำให้ผู้ผลิตสินค้าที่ถูกพ่วงรายอื่นถูกจำกัดโอกาสในการขายสินค้าให้แก่ผู้อื่นด้วย ทำให้การแข่งขันในตลาดถูกทำลาย⁴²⁸

5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด (มาตรา 55(5)) ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีประกาศใด ๆ ออกมา

อนึ่ง พฤติกรรมตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นตามมาตรา 55 นั้น เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ร้ายแรงจึงอาจได้รับการยกเว้น หากเข้าเงื่อนไขภายใต้มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้ ดังจะอธิบายในส่วนถัดไป

ข. การยกเว้นสำหรับพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

เดิม พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งอยู่ภายใต้มาตรา 27(5)-(10) ซึ่งเป็นกรณีที่อาจยื่นขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ โดยสำนักงานแข่งขันทางการค้าได้ออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับเงื่อนไขการอนุญาต โดยแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

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

⁴²⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁴²⁸ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 935.

- อนุญาตโดยมีเงื่อนไข กรณีที่คณะกรรมการเห็นว่า การกระทำการตกลงร่วมกันนั้น แม้มีผลเสียอยู่บ้าง แต่ไม่มีผลเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงหรือไม่กระทบประโยชน์สำคัญ อันควรมีควมได้ของผู้บริโภคส่วนรวม คณะกรรมการจะอนุญาตให้ดำเนินการได้ โดยกำหนดระยะเวลาหรือมีเงื่อนไขหรือทั้งสองอย่างประกอบกัน ทั้งนี้เมื่อพ้นกำหนดเวลาหรือเงื่อนไขที่อนุญาตแล้ว หากมีข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่คณะกรรมการอาศัยเป็นหลักในการพิจารณาอนุญาตเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการอาจแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้

- กรณีไม่อนุญาต หากคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่าคำขออนุญาตนั้น มีผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขัน เศรษฐกิจ และกระทบต่อประโยชน์สำคัญอันควรมีควมได้ของผู้บริโภคส่วนรวม

หลักการพิจารณาผลกระทบที่มีต่อตลาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดไว้ ดังต่อไปนี้

“1) การผูกขาด หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ตกลงร่วมกันมีอำนาจในการกำหนดราคาของทั้งตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เช่น กำหนดราคาซื้อหรือขายในตลาดได้ จำกัดหรือควบคุมปริมาณที่ซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดพื้นที่และ/หรือกำหนดลูกค้าที่จะซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ทำให้ผู้ตกลงร่วมกันได้รับผลประโยชน์ตามที่ตกลงกัน เพื่อให้ได้กำไร หรือผลตอบแทนเท่าเดิมหรือสูงกว่าที่เคยได้รับในช่วงที่ตลาดมีการแข่งขัน

2) การลดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป ตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ซื้อ หรือผู้ขาย มีทางเลือกในการซื้อหรือขายหรือทำธุรกรรมด้วยลดลง เช่น ทำให้รายการหรือปริมาณสินค้าหรือบริการที่ออกสู่ตลาดลดลง ทำให้จำนวนผู้ขายหรือผู้ซื้อในแต่ละพื้นที่ตลาด หรือ ตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งลดลง

3) การจำกัดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่สมาชิกไม่สามารถแข่งขัน หรือเข้าสู่ตลาดได้ เช่น ทำให้คู่แข่งไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ตามปกติหรือมียอดขายลดลง ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ เข้าสู่ตลาดได้ยาก หรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้”

อย่างไรก็ดีหลังจากที่ได้มีการออกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งมาตรา 55 ไว้ในมาตรา 56(2) ทั้งนี้ มาตรา 56 บัญญัติว่า

“มาตรา ๕๖ บทบัญญัติมาตรา ๕๕ มิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(๑) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบาย หรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(๒) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การ จัดจำหน่ายสินค้าและการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

(๓) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการใน ต่างระดับกันโดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือการสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือ ให้ผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญา

(๔) ลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตาม คำแนะนำของคณะกรรมการ

การตกลงร่วมกันตามวรรคหนึ่ง (๒) และ (๓) ต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกิน กว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขัน ในตลาดนั้นอย่างมีนัยสำคัญโดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย”

อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะวิเคราะห์การยกเว้นสำหรับพฤติกรรมการตกลง ร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งตามมาตรา 56(2) ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นให้การตกลงร่วมกัน 4 ประเภท ได้แก่

- 1) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต
- 2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดจำหน่ายสินค้า
- 3) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิด ความก้าวหน้าทางเทคนิค
- 4) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิด ความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันดังกล่าวข้างต้น มี เงื่อนไข 3 ประการ คือ

- 1) การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งจะต้องไม่สร้าง ข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว



4096385787

CD :Thesis 5885956134 thesis / rev: 31072562 11:39:47 / seq: 12

2) การตกลงร่วมกันไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น หรือจำกัดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ และ

3) การตกลงร่วมกันต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ได้มีประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ประกาศเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ.2561 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นแนวทางในการพิจารณาการตกลงร่วมกันที่เป็นความผิดตามมาตรา 55 รวมทั้งข้อยกเว้นการกระทำความผิดดังกล่าวตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดแนวทางการพิจารณาข้อยกเว้นไว้ในส่วนที่ 2 ข้อ 11 และ ข้อ 12 บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

“ข้อ 11 การกระทำร่วมกันในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ไม่เป็นการกระทำที่ผิดตามมาตรา 55

(1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561

(2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้าและการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

(3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในระดับกัน โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือผลตอบแทนอื่นใด ตามระบุในสัญญา เช่น สัญญาในการทำธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์ (Franchise Agreement) หรือรูปแบบตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับอนุญาต (Authorized Dealer) เป็นต้น

ข้อ 12 การตกลงร่วมกันตามข้อ 11 (2) และ (3) ต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ที่กำหนดไว้ตามข้อ 11 (2) และ (3) โดยจะต้องพิจารณาว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นตามวัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นจะต้องสมเหตุสมผลต่อการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบที่เป็นข้อจำกัดของการแข่งขันในตลาด

(2) ไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือการกระทำร่วมกันที่เข้าข่ายข้อยกเว้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดในตลาด หรือผู้ประกอบการธุรกิจที่กระทำการร่วมกันจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันน้อยกว่าร้อยละ 10

(3) คำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคในด้านราคา คุณภาพ ปริมาณ หรือทางเลือกของการใช้สินค้าหรือบริการ”

เมื่อพิจารณาจากประกาศฉบับดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าคณะกรรมการได้วางหลักการในการพิจารณาไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อบังคับใช้กับทั้งข้อตกลงในแนวนอน และข้อตกลงในแนวตั้ง ไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อยกเว้นอย่างชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาข้อตกลงในแนวตั้งที่เป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจได้



4096385787

บทที่ 4

เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการจำกัดการแข่งขันใน แนวดิ่ง และวิเคราะห์แนวทางการพิจารณากเว้นตามมาตรา 56(2)

จากการศึกษาพบว่า โดยหลักทางทฤษฎีแล้ว การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical Restraints) เป็นที่ยอมรับว่าส่งผลทั้งในทางบวกและทางลบต่อระบบเศรษฐกิจ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพของโครงสร้างตลาด (Structure of the Market) และระดับการแข่งขันในแต่ละชั้นของตลาด (Degree of Competition at The Upstream and Downstream Stage of Market) ทั้งนี้ หากการแข่งขันของสินค้าระหว่างยี่ห้อยังมีสูง (Inter-brand Competition) การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งก็จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันของตลาด และยังเป็นการเพิ่มการแข่งขันของสินค้าหรือบริการระหว่างยี่ห้อมากขึ้นด้วย⁴²⁹

ภายหลังจากที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการกำกับดูแลการตกลงการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งทั้งในประเทศและต่างประเทศแล้ว พบว่าบทบัญญัติมาตรา 54 และมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำกับดูแลการตกลงการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า มีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาว่าการใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะสามารถปรับใช้กับพฤติกรรมการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งได้อย่างไร และควรมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไรจึงจะเหมาะสม เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติและแนวปฏิบัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่างประเทศแล้ว พบว่ามีแนวทางในการใช้กฎหมายอย่างชัดเจน โดยเฉพาะสหภาพยุโรปที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ไว้อย่างละเอียด

อีกทั้ง ยังมีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาว่าการยกเว้นสำหรับพฤติกรรมการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งควรครอบคลุมถึงพฤติกรรมลักษณะใดบ้าง และควรมีการยกเว้นเพียงใด ในบทนี้จึงได้นำข้อมูลต่าง ๆ มาเปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การเสนอแนะเกี่ยวกับข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งต่อไป

4.1 รูปแบบการยกเว้นให้กับข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร่วมกันในแนวดิ่ง

เมื่อได้ศึกษารูปแบบการยกเว้นของต่างประเทศแล้วพบว่ามีกรยกเว้น 2 รูปแบบ ได้แก่

⁴²⁹ รัฐไกร ลีมิตรตระกูล, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการกำหนดราคาขายปลีก," หน้า 90.

4.1.1. การยกเว้นหรือการอนุญาตเป็นรายกรณี

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ทุกประเทศต่างเห็นความสำคัญและประโยชน์ของการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเนื่องจากก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ แต่ละประเทศจึงมีการอนุญาตหรือยกเว้นให้กับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งบางลักษณะ

เมื่อพิจารณาประกอบกับบริบทของกฎหมายไทย จะเห็นว่ามาตรา 56(2) นั้นมีลักษณะคล้ายกับมาตรา 101(3) TFEU ต่างกันตรงที่มาตรา 101(3) สามารถตีความได้ถึงสัญญาแพรนไฮส์ด้วย แต่มาตรา 56(2) ของไทยแยกการยกเว้นไว้ในบทบัญญัติมาตรา 56(3) ต่างหาก ดังนั้นในการพิจารณาการยกเว้นในมาตรา 56(2) นี้จึงไม่รวมข้อตกลงที่เป็นสัญญาแพรนไฮส์

หากพิจารณามาตรา 101(3) TFEU แล้วพบว่า เป็นมาตราที่ใช้ในการพิจารณาข้อตกลงในแนวดิ่งเป็นรายกรณี โดยคณะกรรมการจะเป็นผู้ตรวจพบ หรืออาจมีผู้แจ้งโดยมีหนังสือร้องเรียนมายังคณะกรรมการ จากนั้นคณะกรรมการจะพิจารณาจากเงื่อนไข 4 ประการรวมกัน ดังที่จะอธิบายต่อไปในหัวข้อ 4.3 เมื่อผู้ประกอบการสามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเข้าเงื่อนไขทั้ง 4 ประการดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการจะยกเว้นให้ทำการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งนั้นได้

เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พบว่ายังไม่มีรายละเอียดเกี่ยวกับแนวทางการปรับใช้มาตรา 56(2) ใดๆก็ดี มาตรา 59 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการยื่นคำร้องให้คณะกรรมการดำเนินการวินิจฉัยล่วงหน้าเกี่ยวกับการกระทำและการประกอบธุรกิจของตนที่จะกระทำ ว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่มีลักษณะการตกลงร่วมกันตามมาตรา 55 หรือไม่ โดยประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการยื่นคำร้องขอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำวินิจฉัยเป็นการล่วงหน้า พ.ศ. 2561 ข้อ 6 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ร้องขอให้คณะกรรมการดำเนินการวินิจฉัยล่วงหน้าจะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ร้องขอและประเด็นที่ผู้ร้องขอมีความประสงค์ที่จะขอวินิจฉัยล่วงหน้า และคำชี้แจงอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำหรือการประกอบธุรกิจของผู้ร้องขอ โดยอย่างน้อยจะต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(ก) คำอธิบายเกี่ยวกับการกระทำหรือการประกอบธุรกิจของผู้ร้องขอที่ต้องการให้คณะกรรมการวินิจฉัยล่วงหน้า ซึ่งรวมถึงลักษณะของการกระทำหรือการประกอบธุรกิจ สาระสำคัญ วัตถุประสงค์ ช่วงเวลาและระยะเวลาของการกระทำหรือการประกอบธุรกิจนั้น

(ข) คำอธิบายเกี่ยวกับผลกระทบของการกระทำหรือการประกอบธุรกิจต่อการแข่งขันของสินค้าหรือบริการ

(ค) ข้อมูลอื่น ๆ ที่ผู้ร้องขอเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยล่วงหน้าของคณะกรรมการ

เมื่อพิจารณามาตรา 59 ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการ ฯ แล้วจะเห็นว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยื่นคำร้องขอให้คณะกรรมการวินิจฉัยล่วงหน้าได้ แต่ไม่พบหลักเกณฑ์อันเป็นแนวปฏิบัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับพฤติกรรมที่จะได้รับยกเว้น หรือแนวทางในการพิจารณาของคณะกรรมการที่ชัดเจนเหมือนสหภาพยุโรป หรือออสเตรเลียที่ออกแนวปฏิบัติ (Guideline) มาให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบและสามารถประเมินตนเองได้ เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจมีความมั่นใจมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้จากประสบการณ์การใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง เดิมคือปรับใช้ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 หากเป็นพฤติกรรมที่ไม่จำกัดการแข่งขันร้ายแรงก็อาจขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้ตามมาตรา 35 ซึ่งเป็นระบบอนุญาตคล้ายกับประเทศออสเตรเลีย แต่จากประสบการณ์นับแต่การประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายใดยื่นคำขออนุญาตตามมาตราดังกล่าว

จนกระทั่งการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ซึ่งมีการยกเลิกระบบอนุญาต และใช้ระบบยกเว้นภายใต้มาตรา 56(2) ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ควรกำหนดแนวทางในการพิจารณา หรือแนวปฏิบัติเพื่อเป็นแนวทางให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถประเมินตนเองได้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบธุรกิจ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจคล่องตัว และส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจมากขึ้นอีกด้วย

4.1.2 การยกเว้นภายใต้กฎเกณฑ์เฉพาะ

จากการศึกษาพบว่า พฤติกรรมการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งโดยเฉพาะการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับระบบการจัดจำหน่าย หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นพบอย่างแพร่หลายในการประกอบธุรกิจ สหภาพยุโรปจึงได้มีแนวทางในการยกเว้นแบบกลุ่มโดยให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถประเมินตนเอง โดยออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) พร้อมทั้งแนวปฏิบัติระบุรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรมที่จะได้รับยกเว้น และคณะกรรมการยุโรปมีแนวทางในการประเมินพฤติกรรมดังกล่าว เพื่อความสะดวกรวดเร็วและลดภาระหน้าที่ให้กับคณะกรรมการยุโรป อีกทั้งทำให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างรวดเร็ว

อย่างไรก็ดี กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) ของสหภาพยุโรปจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการยกเว้น 4 ประการตามมาตรา 101(3) TFEU โดยกฎการยกเว้นแบบกลุ่มจะประกอบด้วยส่วนสำคัญดังต่อไปนี้

- 1) หลักทั่วไปในการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม
- 2) พื้นที่ปลอดภัย (Safe Harbour)
- 3) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง (hardcore restriction)
- 4) ข้อผูกมัดในข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้รับการยกเว้น (Excluded restrictions)

ทั้งนี้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มจะกำหนดส่วนแบ่งตลาดซึ่งเป็นพื้นที่ปลอดภัย หากข้อตกลงดังกล่าวเข้ามาตรา 101(1) TFEU และผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินที่กฎการยกเว้นแบบกลุ่มกำหนด ประกอบกับไม่เป็นข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง ข้อตกลงดังกล่าวจะได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มโดยที่ไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้พิจารณาต่อคณะกรรมการฯ ทั้งนี้ข้อตกลงดังกล่าวอาจมีข้อผูกมัดบางประการที่เข้าเงื่อนไขข้อผูกมัดที่ไม่ได้รับการยกเว้น ซึ่งจะทำให้ข้อผูกมัดนั้นใช้ไม่ได้เพียงข้อนั้นเท่านั้น แต่ไม่ทำให้ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ได้รับยกเว้นนั้นเสียไป

แต่ถ้าการตกลงร่วมกันดังกล่าวมีการตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง แม้จะมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินที่กฎการยกเว้นแบบกลุ่มกำหนด ข้อตกลงดังกล่าวก็จะไม่ได้รับยกเว้น ทั้งนี้ผู้ประกอบการอาจยื่นขอต่อคณะกรรมการฯ ให้พิจารณายกเว้นเป็นรายกรณีไป ภายใต้มาตรา 101(3) TFEU ได้

เมื่อพิจารณากับบริบทของกฎหมายไทยพบว่ามาตรา 56(4)⁴³⁰ ที่เป็นช่องทางให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจที่จะได้รับยกเว้นภายใต้มาตรา 56 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นคณะกรรมการฯ อาจใช้มาตรา 56(4) ในการออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจที่มีความจำเป็นต่อระบบเศรษฐกิจ

⁴³⁰ มาตรา 56(4) ลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของข้อตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ได้รับยกเว้น

บทบัญญัติที่กำกับดูแลการตกลงร่วมกันในการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งทั้งของไทยตามมาตรา 55 ที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่ได้ศึกษามานั้น ล้วนมีการกำหนดข้อยกเว้นให้กับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งทั้งสิ้น

จากการศึกษาพบว่านโยบายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ ต่างเห็นความสำคัญในข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ซึ่งบางพฤติกรรมแม้จะเป็นการจำกัดการแข่งขันแต่ก็ก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวม โดยเฉพาะนโยบายกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ทั้งในสหภาพยุโรป และออสเตรเลีย ที่มีการวางแนวทางและหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างชัดเจน ส่วนสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่มีกรวางหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่ชัดเจนเหมือนสองประเทศข้างต้น แต่ก็มีแนวคำพิพากษาที่ใช้เป็นบรรทัดฐานสำหรับพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง โดยศาลใช้หลักเหตุผล (Rule of reason) ในการพิจารณาและชี้แจงน้ำหนักผลดีผลเสียของข้อตกลงโดยคำนึงถึงประสิทธิภาพต่อระบบเศรษฐกิจเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ดี แม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายหรือแนวทางในการปรับใช้กฎหมายในแต่ละประเทศแตกต่างกัน แต่พฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่จะได้รับการยกเว้นนั้นมีลักษณะที่คล้ายกัน คือต้องมีผลดีที่สามารถนำไปชั่งน้ำหนักหักล้างกับผลเสียที่เกิดขึ้นได้ อนึ่งผลดีอาจจำแนกได้ ดังต่อไปนี้

4.2.1 เพื่อการพัฒนาการผลิต

การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิตนั้น ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เนื่องจากทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง และยังมีปรับปรุงคุณภาพสินค้าให้ดีขึ้น อีกทั้งมีการพัฒนาการผลิตทำให้เกิดความหลากหลายของผลิตภัณฑ์ ทำให้เกิดประสิทธิภาพทั้งด้านการจัดสรรทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด เกิดประสิทธิภาพด้านการผลิต และประสิทธิภาพเชิงพลวัต ดังต่อไปนี้

1) ประสิทธิภาพด้านต้นทุน (Cost Efficiencies)

การตกลงกันเพื่อพัฒนาการผลิตที่ส่งผลเป็นการลดต้นทุนอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการทำงานร่วมกัน (Synergy) เช่น การทำงานร่วมกันของกลุ่มสายการผลิตรถยนต์ระหว่างผู้ผลิต กับผู้จัดหาอุปกรณ์อะไหล่รถยนต์ อาจทำให้ต้นทุนการผลิตรถยนต์ลดลง เนื่องจากคู่สัญญาสามารถกำหนดค่าใช้จ่าย ปริมาณ หรือจำนวนผลิตภัณฑ์ที่ต้องการได้ ก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถคำนวณต้นทุนได้

การตกลงร่วมกันเพื่อการวิจัยและพัฒนา (Research and development agreement)) ระหว่างผู้ดำเนินธุรกิจในตลาดต้นน้ำ กับผู้ดำเนินธุรกิจในตลาดปลายน้ำ หรือการทำสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology transfer agreement) อาจก่อให้เกิดวิธีการผลิตใหม่ที่ช่วยลดต้นทุนในการผลิตได้เช่นกัน ทั้งนี้ประสิทธิภาพด้านต้นทุนอาจเกิดจากการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) หรือการประหยัดจากขอบเขต (Economies of scope) อนึ่งการทำให้ต้นทุนต่อหน่วยลดลงอาจส่งผลให้ราคาสินค้าถูกลงตามไปด้วย นอกจากนี้ การทำสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยต่อยอดนวัตกรรม และส่งเสริมให้เทคโนโลยีแพร่หลายได้อย่างรวดเร็ว โดยที่ผู้ประกอบการไม่ต้องลงทุนในเทคโนโลยีบางส่วนเพื่อพัฒนาการผลิตที่ดีขึ้น อันเป็นการช่วยลดต้นทุนในการผลิต

นอกจากนี้ ประสิทธิภาพด้านต้นทุนอาจเกิดจากการทำข้อตกลงการจัดการแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) ระหว่างจัดหาและผู้ผลิต เช่น ผู้ผลิตตกลงซื้อวัตถุดิบกับผู้จัดหา 1 ล้านหน่วยต่อเดือนซึ่งสามารถนำมาใช้ในการผลิตได้อย่างเต็มศักยภาพ โดยกำหนดให้ผู้จัดหาจะต้องขายวัตถุดิบให้กับผู้ผลิตเพียงคนเดียว เนื่องจากผู้จัดหาที่กำลังจัดการแค่ 1 ล้านหน่วยต่อเดือนเท่านั้น ซึ่งการตกลงดังกล่าวจะทำให้สร้างประสิทธิภาพในการผลิตที่เต็มกำลังการผลิต ลดต้นทุน และไม่ต้องหาวัตถุดิบจากแหล่งอื่น และยังช่วยให้เกิดการวางแผนการผลิตที่ดีขึ้น เช่น ลดความจำเป็นในการเก็บสินค้าคงคลัง ทำให้ผู้จัดหาสามารถหาวัตถุดิบให้ผู้ซื้อได้อย่างต่อเนื่องตามความต้องการ โดยผู้ซื้อไม่ต้องซื้อวัตถุดิบนั้นไว้เป็นเวลานานอันจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการล่าสมัย หรือเสื่อมคุณภาพ การทำข้อตกลงเช่นนี้ส่งผลให้เกิดการประหยัดต้นทุนเพื่อที่จะจัดหาวัตถุดิบได้อย่างต่อเนื่อง และมีประสิทธิภาพ

2) ประสิทธิภาพด้านคุณภาพ

การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิตไม่ได้มีเพียงประสิทธิภาพด้านต้นทุนเท่านั้น แต่ยังรวมถึงประสิทธิภาพด้านคุณภาพของสินค้าหรือบริการด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตตกลงร่วมกันกับผู้จัดหาวัตถุดิบที่อยู่ในตลาดต้นน้ำในการทำสัญญาเพื่อพัฒนาและวิจัยวัตถุดิบให้สามารถผลิตสินค้าให้ได้คุณภาพที่ดีขึ้น ตัวอย่างเช่น ผู้ผลิตทำสัญญากับผู้จัดหาเพื่อพัฒนาและวิจัยวัตถุดิบเซลล์ยาง เพื่อนำไปผลิตยางรถยนต์โดยพัฒนาเซลล์ยางให้มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น หากยางรถยนต์โดนเจาะหนึ่งเซลล์จะไม่กระทบต่อเซลล์อื่น ๆ หมายความว่า ไม่มีความเสี่ยงที่จะทำ



4036385787

CD :Thesis 5885956134 thesis / rev: 31072562 11:39:47 / seq: 12

ให้เสียหายในกรณีที่ยางรถยนต์ถูกเจาะ ทำให้ยางรถยนต์มีความปลอดภัยมากยิ่งขึ้น และเมื่อยางถูกเจาะก็ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนยางอย่างเร่งด่วนและไม่จำเป็นต้องขนยางสำรองไปด้วย⁴³¹ เป็นต้น

นอกจากนี้ การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ (license agreement) อาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านคุณภาพได้เช่นกัน เนื่องจากสัญญาดังกล่าวทำให้ผู้รับอนุญาต (licensee) สามารถผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือพัฒนาเทคนิคการผลิตแบบใหม่อันนำไปสู่การปรับปรุงคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ดีขึ้น

จากการศึกษาพบว่า การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิตนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพทั้งด้านต้นทุนและด้านคุณภาพ อันก่อให้เกิดผลดีต่อตลาดและระบบเศรษฐกิจ อีกทั้งผู้บริโภคยังได้ซื้อสินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพ ราคาเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงจะต้องได้รับการพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียต่อตลาด หากมีผลดีมากกว่า ข้อตกลงในแนวตั้งเพื่อการพัฒนาการผลิตเช่นนั้นก็ย่อมทำได้

เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศจะพบว่า การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิตอาจได้รับการยกเว้น อาทิ ในสหภาพยุโรปมีการออกกฎหมายยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology Transfer Block Exemption : TTBER) ทั้งนี้ สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี คือ สัญญาในการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากกิจการหนึ่งไปยังอีกกิจการหนึ่ง เพื่อจุดประสงค์ในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดการพัฒนาการผลิตและขยายตลาดเทคโนโลยีในการผลิตสินค้าหรือบริการมากขึ้น เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ นอกจากนี้การทำข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการขายผลิตภัณฑ์บางอย่างไปพร้อมเทคโนโลยีให้กับผู้รับอนุญาต จะได้รับการยกเว้นโดย TTBER หากข้อตกลงเหล่านี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการผลิตหรือการขายผลิตภัณฑ์ตามสัญญา (production or sale of the contract products) ตัวอย่างเช่น สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อผลิตชีส ผู้ให้อุญาต (licensor) จะขายนมเพื่อใช้ในการผลิตชีสดังกล่าวโดยเฉพาะ การขายฟองเบออนุญาต (license) กับนมที่ใช้สำหรับการผลิตชีสด้วยเทคโนโลยีที่ได้รับสิทธิ์จะได้รับการยกเว้นโดย TTBER

ทั้งนี้ TTBER ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาเพื่อได้รับยกเว้นไว้ 2 ประการ คือ คู่สัญญาในแนวตั้งมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 และไม่มีข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

⁴³¹ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty " Official Journal of the European Union: para. 69-70.

สำหรับสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง ได้แก่ การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำหรือกำหนดราคาขายต่อคงที่สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ผู้รับอนุญาตผลิตได้จากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต (price fixing) หรือการกำหนดข้อตกลงที่มีความเกี่ยวข้องกับการจำกัดการขายสินค้าที่ผลิตได้จากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตโดยการแบ่งเขตพื้นที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า (the restriction of the territory or the customer) สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่มีข้อตกลงดังกล่าวจะไม่ได้รับยกเว้น เพราะถือว่ามีข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน

นอกจากนี้ ข้อ 5(2) ของ TTBER ยังกำหนดให้ข้อผูกมัดที่ไม่ให้ผู้รับอนุญาตใช้หรือพัฒนาเทคโนโลยี ข้อผูกมัดนั้นจะตกไปไม่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา แต่ข้อตกลงข้ออื่นในสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยียังคงบังคับใช้ได้อยู่ เว้นแต่จะเป็นข้อจำกัดที่จำเป็นเพื่อป้องกันการเผยแพร่องค์ความรู้ (Know-how)

ไม่เพียงแต่ TTBER เท่านั้นที่ยกเว้นให้กับข้อตกลงเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อช่วยส่งเสริมการผลิตในสหภาพยุโรป ยังมีกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการจัดหาและการจัดจำหน่ายในแนวตั้ง (BER 330/2010) ซึ่งสามารถปรับใช้กับข้อตกลงในการจัดหาวัตถุดิบ เช่น ข้อตกลงการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) เพื่อให้สามารถจัดหาสินค้าเพื่อการผลิตได้อย่างเต็มศักยภาพ และเกิดประสิทธิภาพในการลดต้นทุน อย่างไรก็ตามผู้ประกอบการแต่ละฝ่ายจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินกว่าที่ BER กำหนด

ประเทศสหรัฐอเมริกาก็เห็นความสำคัญของข้อตกลงเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีเช่นกัน โดยมีการกำหนดแนวปฏิบัติต่อต้านการผูกขาดสำหรับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁴³² ซึ่งได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาพฤติกรรมที่อาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ก็ต่อเมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการในแนวนอนในระดับของผู้ให้อนุญาต หรือในระดับของผู้รับอนุญาต หรือขัดขวางการเข้าถึงของผู้แข่งขันรายอื่น หรือเพิ่มค่าใช้จ่ายให้กับผู้แข่งขันในการได้รับปัจจัยการผลิตที่สำคัญ หรือทำให้เกิดความร่วมมือกันเพื่อเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการ หรือจำกัดผลผลิต

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการยกเว้นให้กับสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีและสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นว่าสัญญาดังกล่าวสามารถทำได้ราบเท่าที่ไม่มีผลกระทบต่อราคาหรือคุณภาพสินค้า และไม่เป็นการกีดกันการแข่งขันในตลาดอันเป็นสาเหตุให้เกิดการผูกขาดสินค้าหรือบริการได้

⁴³² "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property," 17.

สำหรับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 56(2) ได้ระบุข้อยกเว้นสำหรับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง หากเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต โดยผู้เขียนเห็นว่าวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิตนี้ อาจจะเป็นการพัฒนาการผลิตผลิตภัณฑ์ให้ดีขึ้น ตัวอย่างเช่น สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างผู้อนุญาตกับผู้รับอนุญาต ทำให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อการผลิตที่รวดเร็ว และผู้รับอนุญาตสามารถนำเทคโนโลยีที่ได้รับไปต่อยอดเพื่อผลิตสินค้าใหม่ หรือพัฒนาหรือปรับปรุงสินค้าให้ดีขึ้น อันนำไปสู่ประสิทธิภาพด้านต้นทุน หรือประสิทธิภาพด้านคุณภาพ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา หรือไทยต่างก็ยอมรับการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการพัฒนาการผลิต ผู้เขียนจึงเห็นว่าการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งบางลักษณะในสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา แม้จะเข้าลักษณะตาม มาตรา 55 แต่หากสามารถพัฒนาการผลิตให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นไม่ว่าจะเป็นประสิทธิภาพด้านต้นทุนหรือประสิทธิภาพด้านคุณภาพของสินค้า พัฒนาการระบวนการและนวัตกรรมในการผลิตสินค้า หรือบริการ ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเชิงพลวัต ก็ถือว่ามีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาการผลิต

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การทำข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อผลิตภัณฑ์โดยผู้รับอนุญาต อาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากข้อตกลงนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการผลิตหรือการขายผลิตภัณฑ์ตามสัญญา (production or sale of the contract products) แต่ถ้าเป็นการบังคับซื้อผลิตภัณฑ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัตถุดิบ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญา ก็จะไม่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) ดังตัวอย่างสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อผลิตซีสที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ผู้ให้อุญาต (licensor) จะขายนามเพื่อใช้ในการผลิตซีสจากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตโดยเฉพาะ การขายฟงวใบอนุญาต (license) กับนามที่ใช้สำหรับการผลิตซีสด้วยเทคโนโลยีที่ได้รับสิทธิ์ควรได้รับการยกเว้น ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิภาพในด้านคุณภาพของสินค้าที่ดี จึงถือว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต

ยิ่งไปกว่านั้นผู้เขียนเห็นว่าสัญญาการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) แม้จะจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 55 แต่อาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากส่งผลดีต่อการผลิต เช่น การจัดหาวัตถุดิบในการผลิตได้อย่างเต็มศักยภาพ อีกทั้งผู้ผลิตไม่ต้องเก็บสินค้าคงคลังไว้เป็นเวลานาน ทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ลดต้นทุนในการขนส่ง และลดต้นทุนในการจัดหาสินค้า (transaction cost) เนื่องจากมีการจัดหาสินค้าเป็นจำนวนมากทำให้เกิดการประหยัดต่อขนาด เป็นต้น สัญญาดังกล่าวก็ถือว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิตเช่นกัน

สุดท้าย แม้การขายฟงว อาจเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการขายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติ ตามมาตรา 55 (4) อย่างไรก็ตามการขายฟงวอาจมี

วัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิตได้ เช่น การขายพ่วงทางเทคนิค ซึ่งต้องขายผลิตภัณฑ์ไปพร้อมกับอุปกรณ์เสริมหรืออะไหล่ของผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตของผลิตภัณฑ์ชนิดดังกล่าว ทำให้สินค้าที่ถูกผลิตมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น กรณีเช่นนี้อาจถือว่าเป็นการทำข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิตได้

4.2.2 เพื่อการพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า

จากการศึกษาพบว่า การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้านั้นมีหลากหลายรูปแบบ และหลากหลายวิธีการ ผู้เขียนจึงขอสรุปพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ดังต่อไปนี้

4.2.2.1. การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งที่เกี่ยวข้องกับราคา (Price Restraint)

ทุกประเทศมีความเห็นตรงกันว่าหากมีการจำกัดการแข่งขันที่เกี่ยวข้องกับราคาเป็นการตกลงร่วมกันที่จำกัดการแข่งขันที่เป็นความผิดเด็ดขาด เนื่องจากการจำกัดการแข่งขันที่เกี่ยวข้องกับราคานั้นส่งผลต่ออุปสงค์และอุปทานในตลาดโดยตรง อันจะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขัน และเมื่อตลาดเกิดการผูกขาด ก็จะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคที่จะต้องซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่สูงขึ้น ในขณะที่คุณภาพเท่าเดิมหรืออาจจะลดลง

โดยสหภาพยุโรปได้กำหนดให้ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคา เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเป้าหมาย (Restriction by object) โดยไม่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อตลาด ซึ่งการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่เกี่ยวข้องกับราคา เช่น การตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาขายต่อคงที่และราคาขายต่อต่ำสุด (Fixed and minimum Resale price Maintenance) เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเป้าหมาย

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา พฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่เกี่ยวข้องกับราคา (price restriction) ได้แก่ การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ (Minimum Resale Price Maintenance) ศาลเคยวางหลักไว้ในคดี *Dr. Miles* ว่าเป็นความผิดเด็ดขาด โดยใช้หลัก Per Se Rule ในการพิจารณาคดี ส่วนการกำหนดราคาขายต่อสูงสุด (Maximum Resale Price Maintenance) ศาลวางหลักในคดี *Albrecht v. Herald Co.* โดยศาลใช้หลักความผิดเด็ดขาดในการพิจารณาเช่นกัน นอกจากนี้ประเทศออสเตรเลีย คณะกรรมาธิการก็กำหนดให้การกำหนดราคาขายต่อตามมาตรา 48 เป็นพฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่เป็นความผิดเด็ดขาด (per se conduct)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย ได้เล็งเห็นถึงประโยชน์ของข้อตกลงในการจำกัดราคาขายต่อในแนวดิ่งที่เกี่ยวข้องกับราคาว่าก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และเกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งการกำหนดราคาขายต่อขั้นสูง ที่เป็นการป้องกันไม่ให้ผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ขายปลีกขายเกินราคาดุลยภาพ นอกจากนี้ผู้ขายปลีกยังสามารถกำหนดราคาเพื่อแข่งขันกับสินค้าที่อื่นได้ หากผู้ขายปลีกกำหนดราคาไม่เหมาะสมก็จะส่งผลให้อุปสงค์ในการซื้อสินค้าของผู้ขายปลึกลดลง ทำให้ผู้ขายปลีกต้องลดราคาลงมาเพื่อให้แข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ แต่จะต้องกำหนดราคาขายปลีกไม่เกินที่ผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายกำหนด ทำให้การกำหนดราคาขายต่อขั้นสูงนั้นส่งผลดีมายังผู้บริโภคที่สามารถซื้อสินค้าได้ในราคาที่เหมาะสม และยังคงมีการแข่งขันกันในระดับผู้ค้าปลีกอีกด้วย

สำหรับการกำหนดราคาขายขั้นต่ำยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าควรจะได้รับยกเว้นให้กระทำหรือไม่ ซึ่งสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียก็ให้การยอมรับการกำหนดราคาขายต่อ ขั้นต่ำ เนื่องจากการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำส่งผลต่อการจัดจำหน่ายสินค้า ซึ่งผู้ผลิตใช้เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดทั้งเพื่อการเจาะตลาดใหม่ การรักษาคุณภาพและภาพลักษณ์ของตราสินค้า (Brand Image) นอกจากนี้ยังป้องกันการเอาเปรียบจากผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกรายอื่นที่อาศัยการลงทุนเพื่อส่งเสริมการขายของผู้ค้าปลีกสินค้าที่เหมือนกัน (free-rider) เพราะการกำหนดราคาขายต่อ ขั้นต่ำนั้นเป็นส่วนรับรองได้ว่าผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกจะได้กำไรตามอัตราส่วนที่กำหนด และสนับสนุนให้เกิดการส่งเสริมการขาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าที่มีความซับซ้อน หรือสินค้าที่มีราคาแพง เพื่อให้ข้อมูลที่ครบถ้วนและช่วยในการตัดสินใจแก่ลูกค้า เช่น การให้บริการก่อนการขาย การแนะนำสินค้า เป็นต้น ทำให้เกิดการแข่งขันกันในระดับผู้จัดจำหน่ายและผู้ค้าปลีกด้านอื่นที่ไม่ใช่ราคาเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้การให้บริการดังกล่าวยังส่งผลดีต่อผู้บริโภคที่จะได้ซื้อสินค้าที่มีคุณภาพเหมาะสมกับราคาที่ตนจ่ายไป ดังนั้น ข้อตกลงในการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำจึงส่งผลดีต่อการจัดจำหน่ายสินค้า

ประเทศสหรัฐอเมริกาก็เล็งเห็นความสำคัญของการกำหนดราคาขายต่อ เช่นกัน ดังจะเห็นได้จากในปีค.ศ. 2007 ศาลใช้หลักเหตุผลตัดสินการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำในคดี Leegin⁴³³ โดยศาลให้เหตุผลว่าการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำนั้นมีผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ⁴³⁴ กล่าวคือเป็นการป้องกันผู้ค้าปลีกที่กินแรงผู้ค้าปลีกรายอื่นในการจัดหาบริการแก่ผู้บริโภค (prevent free-riding) เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดที่สำคัญของผู้ผลิต และเป็นการส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ (interbrand competition) ที่จะสนับสนุนให้เกิดการเข้ามาในตลาดของผู้ผลิตรายใหม่ และส่งเสริมให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมของผู้ผลิตด้วย

⁴³³ "Leegin Creative Leather Products V. Psks, Docket," (US. Supreme Court, 2007).

⁴³⁴ Elgar, E., *Encyclopedia of Law and Economics Second Edition*, p. 218.

ส่วนประเทศออสเตรเลียนั้น แม้จะมีแนวคิดว่าการกำหนดราคาขายต่อเป็นความผิดเด็ดขาด แต่คณะกรรมการออสเตรเลียนก็เล็งเห็นว่า การกำหนดราคาขายต่ออาจก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าความเสียหาย กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองกับการกำหนดราคาขายต่อโดยผู้ประกอบการที่สามารถยื่นการแจ้งเตือนหรือยื่นขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้

สำหรับสหภาพยุโรป กำหนดให้การกำหนดราคาขายต่อคงที่หรือราคาขายต่อขั้นต่ำ (Fixed or Minimum RPM) เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง แต่พฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อดังกล่าวไม่รวมถึงการกำหนดราคาขายต่อขั้นสูง (Maximum RPM) ที่ไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงและได้รับการยกเว้นให้สามารถทำได้ภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการจัดจำหน่ายในแนวดิ่ง (BER) อย่างไรก็ดี แม้การกำหนดราคาขายต่อคงที่หรือการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำจะเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง และไม่ได้รับการยกเว้นตามกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม แต่ก็อาจได้รับการยกเว้นหากผู้ประกอบการพิสูจน์ได้ว่าการกำหนดราคาขายต่อคงที่หรือการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำนั้นก่อให้เกิดผลดีมากกว่าผลเสีย และเข้าเงื่อนไขที่อาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101(3) TFEU

นอกจากนี้ ทั้งสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา ก็มีแนวนโยบายตรงกันว่า การที่ผู้ผลิตแนะนำร้านค้าปลีกให้ขายในราคาที่ผู้ผลิตสินค้าแนะนำ (Suggested prices) โดยปราศจากมาตรการบังคับ ไม่ถือว่าเป็นการทำผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ตามหลัก Colgate Doctrine ของประเทศสหรัฐอเมริกา และตามแนวปฏิบัติของคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ซึ่งกำหนดแนวทางว่าการจัดเตรียมรายการราคาแนะนำให้แก่ผู้ซื้อเพียงอย่างเดียวจะไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกำหนดราคาขายต่อ⁴³⁵

จะเห็นได้ว่า พฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่เกี่ยวข้องกับราคาดังกล่าว ส่งผลดีต่อตลาด และพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ ที่ช่วยส่งเสริมให้ผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกในสินค้าที่มีความซับซ้อนทางเทคนิค หรือสินค้าที่มีราคาแพงลงทุนในการให้ความรู้และบริการก่อนการขายแก่ผู้บริโภค เพื่อเป็นเครื่องมือในการตัดสินใจซื้อสินค้า อันจะทำให้การจัดจำหน่ายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทยนั้น การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่ใช่คู่แข่งในตลาดเดียวกัน หากเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัด

⁴³⁵ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.48.

การแข่งขันในตลาด จะถูกต้องห้ามตามมาตรา 55(1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อย่างไรก็ดีการกำหนดราคาขายต่ออาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2)

ทั้งนี้ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ.2561 ที่ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาตรา 55 เกี่ยวกับพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อ อันเป็นการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ (Price Fixing) มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

“(ก) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายของสินค้าหรือบริการในตลาด เช่น การกำหนดเป็นราคาเดียวกันหรืออยู่ในช่วงราคาที่ตกลงกันหรือเป็นไปในทิศทางเดียวกัน การกำหนดช่วงราคา หรือสัดส่วนที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถขึ้นหรือลดราคาได้ เป็นต้น หรือ

(ข) การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้า หรือบริการในตลาด เช่น ส่วนลด (Discount) ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เช่น ค่าขนส่ง บริการเสริม หรือเงื่อนไขการชำระเงิน เงื่อนไขการรับประกัน เป็นต้น”

จากการพิจารณาแนวปฏิบัติดังกล่าว ไม่ปรากฏลักษณะพฤติกรรม หรือแนวทางการพิจารณายกเว้นตามมาตรา 56 สำหรับพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อไว้ชัดเจนเหมือนกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับเป็นกฎหมายที่เพิ่งประกาศใช้ใหม่ จึงยังไม่ปรากฏความชัดเจนในการปรับใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 56 กับพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อดังกล่าวว่าครอบคลุมถึงพฤติกรรมลักษณะใดบ้าง ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าพฤติกรรมการกำหนดราคาขายต่อนั้นอาจส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาขายต่อสูงสุด (maximum RPM) หรือการกำหนดราคาขายต่อต่ำสุด (mimimum RPM) ดังที่กล่าวไปแล้วว่าการกำหนดราคาขายต่อสูงสุดส่งผลดีต่อผู้บริโภค เนื่องจากยังมีการแข่งขันกันในระดับผู้จัดจำหน่ายและระดับการค้าปลีกไม่ทำให้ขายสินค้าเกินกว่าราคาที่ผู้ผลิตกำหนด และหากผู้ค้าปลีกจำหน่ายสินค้าได้จำนวนมาก จะทำให้เกิดการสั่งสินค้าเพื่อมาจำหน่ายเป็นจำนวนมากด้วยเช่นกัน อันจะช่วยลดต้นทุนในการขนส่งและก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุนในการจัดจำหน่ายสินค้า

ส่วนการกำหนดราคาขายต่อขั้นตานั้นสามารถส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจได้เช่นกันในกรณีที่ใช้เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดของผู้ผลิตในการสนับสนุนให้ผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกทำการประชาสัมพันธ์ หรือส่งเสริมการขาย และให้ข้อมูลที่เพียงพอแก่ลูกค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้า



ที่มีราคาแพง หรือสินค้าที่มีความซับซ้อนทางเทคนิค เป็นต้น อีกทั้งยังช่วยแก้ปัญหาการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกรายอื่นที่ไม่ลงทุนเพื่อส่งเสริมการขาย

ด้วยเหตุนี้การกำหนดราคาขายต่อไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำหรือขั้นสูงจึงอาจถือได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย ที่อาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2)

4.2.2.2. การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา (Non-Price Restraint)

การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคานั้นมีหลายรูปแบบ ซึ่งจะขอแยกพฤติกรรมออกเป็นกลุ่ม ดังต่อไปนี้

ก. กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียว (Single Branding group) ได้แก่ พฤติกรรมการติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) และการขายพ่วง เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวนำไปสู่การลดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ (Inter-Brand Competition)

การติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) เป็นพฤติกรรมที่ผู้จัดหาสินค้า (supplier) ได้กำหนดข้อจำกัดห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายติดต่อกับผู้จัดหารายอื่น ซึ่งเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดวิธีหนึ่งที่เข้าไปควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้จัดจำหน่าย รวมทั้งเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาดำเนินธุรกิจหรือขยายธุรกิจในตลาด ผลก็คือคู่แข่งทางการค้าถูกกำจัดออกไปจากตลาด ส่งผลให้การแข่งขันในตลาดลดลงหรืออาจจะทำให้การแข่งขันสิ้นสุดลงได้

อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปนั้นไม่ถือว่าการติดต่อกับรายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) เป็นข้อตกลงที่มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยตรง ข้อตกลงดังกล่าวจึงอาจได้รับการยกเว้นให้สามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการตามมาตรา 101(3) TFEU โดยคณะกรรมการได้กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติว่าจะต้องเป็นข้อตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการ โดยสถานะของผู้จัดหาหรือผู้ผลิตจะต้องไม่มีอำนาจเหนือตลาด และจะต้องมีระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี ส่วนข้อตกลงที่มีระยะเวลาระหว่าง 1-5 ปี จะต้องได้รับการประเมินความเหมาะสมระหว่างผลกระทบเชิงบวกและลบ⁴³⁶

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา การติดต่อกับรายเฉพาะราย ตามมาตรา 3 The Clayton Act จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก หรือนำไปสู่การผูกขาด

⁴³⁶ Ibid., para. 133.

สินค้าประเภทใดประเภทหนึ่ง และศาลก็ได้ใช้หลักเหตุผลในการพิจารณาคดีสำหรับข้อตกลงที่เป็น การติดต่อค้าขายเฉพาะราย

ประเทศออสเตรเลีย การซื้อขายเฉพาะราย ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 47 Competition and Consumer Act 2010 คณะกรรมาธิการออสเตรเลียมองว่าพฤติกรรมดังกล่าว ไม่ใช่ความผิดเด็ดขาด และสามารถขออนุญาตหรือทำหนังสือแจ้งคณะกรรมาธิการได้ หากการตกลง ร่วมกันไม่ทำให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือการตกลงเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น คณะกรรมาธิการก็จะอนุญาตให้ทำได้

ผู้เขียนเห็นว่า สาเหตุที่ทำให้การตกลงร่วมกันเพื่อการติดต่อค้าขายเฉพาะ รายนี้ได้รับการยอมรับให้สามารถทำได้ แม้จะนำไปสู่การลดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อ ก็คือการ ค้าขายเฉพาะรายนั้นทำให้เกิดประสิทธิภาพในด้านการจัดจำหน่ายสินค้า ลดต้นทุนในการทำธุรกรรม และสร้างความรวดเร็วในการกระจายสินค้าระหว่างผู้จัดหาและผู้จัดจำหน่าย ทำให้เกิดการ จัดจำหน่ายสินค้าอย่างเต็มประสิทธิภาพ เนื่องจากการติดต่อค้าขายระหว่างผู้จัดหาและผู้จัดจำหน่าย เพียงรายเดียว ข้อตกลงดังกล่าวทำให้สามารถวางแผนในการจัดจำหน่ายและการกระจายสินค้าได้

นอกจากนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อการติดต่อค้าขายเฉพาะราย ยังช่วยขจัด ปัญหาการกินแรง (free-rider) ในระดับผู้ผลิตหรือผู้จัดหา เนื่องจากผู้ผลิตหรือผู้จัดหาทำการลงทุน เพื่อส่งเสริมการขายให้แก่ผู้จัดจำหน่ายโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย เช่น การทำโฆษณา การฝึกอบรมพนักงาน ขาย โดยผู้ผลิตคาดว่าผู้จัดจำหน่ายจะใช้สินทรัพย์เหล่านี้เพื่อส่งเสริมผลิตภัณฑ์ของผู้ผลิตไม่ใช่ ผลิตภัณฑ์ของผู้ผลิตคู่แข่ง⁴³⁷ ดังนั้น ผู้ผลิตจึงควรได้รับประโยชน์จากการลงทุนของตนเองโดยการ ทำ สัญญาการตกลงร่วมกันเพื่อการติดต่อค้าขายเฉพาะรายได้ จากเหตุผลดังกล่าวอาจทำให้การตกลง ร่วมกันเพื่อการติดต่อค้าขายเฉพาะรายเข้าลักษณะข้อตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายตามมาตรา 56(2) ได้

การขายพ่วง (tie-in) ในสหภาพยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักใน การพิจารณาค้ายกกัน คือ การขายพ่วงจะถือว่าผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้จัดหาใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่ใน สินค้ารายแรกบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้ารายการที่สองด้วย เนื่องจากทำให้การแข่งขันในตลาดของ สินค้ารายการที่สองลดลง โดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการนี้ไว้ในคดี *Jefferson Parish*

⁴³⁷ Benjamin Klein and Andres V. Lerner, "Procompetitive Justifications for Exclusive Dealing: Preventing Free-Riding and Creating Undivided Dealer Loyalty," (2006).

*Hospital*⁴³⁸ ส่วนสหภาพยุโรปกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการขายพ่วงในข้อยกเว้นแบบกลุ่ม ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถขายพ่วงได้ หากส่วนแบ่งตลาดของผู้จัดทำไม่เกินร้อยละ 30 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง

สำหรับการขายพ่วง (Tying) ประเทศออสเตรเลียบัญญัติการขายพ่วงไว้ในมาตรา 47(2) และ (3) ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ไม่ใช่ความผิดเด็ดขาด และสามารถขออนุญาตหรือทำหนังสือแจ้งต่อคณะกรรมการได้ นอกจากนี้ประเทศออสเตรเลียยังมีการอนุญาตให้กับพฤติกรรมที่เป็นการบังคับให้ซื้อสินค้าจากบุคคลที่สาม (Third Line Forcing) ตามมาตรา 47(6) และ (7) ซึ่งก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันโดยการจำกัดทางเลือกหรือช่องทางการแข่งขันจากคู่แข่งรายอื่นอันมีผลกระทบต่อตลาด แต่กฎหมายฉบับใหม่พฤติกรรมบังคับให้ซื้อสินค้าจากบุคคลที่สามไม่ถือเป็นความผิดเด็ดขาด ดังนั้นหากพฤติกรรมดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่ออันเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด

จากการศึกษาพบว่าการขายพ่วงนั้นมีข้อดีต่อการจัดจำหน่ายสินค้าอันจะเข้าลักษณะการตกลงกันเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายตามมาตรา 56(2) กล่าวคือ การขายพ่วงอาจช่วยให้เกิดประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการกระจายสินค้าร่วมกัน (joint distribution) อันส่งผลต่อการลดต้นทุนในการกระจายสินค้า อย่างไรก็ตามการทำข้อตกลงที่มีการขายพ่วงสินค้าเช่นนี้ จะต้องแสดงให้เห็นว่าส่วนหนึ่งในการลดต้นทุนนี้จะถูกส่งต่อไปยังผู้บริโภค นอกจากนี้ การขายพ่วงอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านคุณภาพของสินค้า แต่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าหากไม่ทำการตกลงร่วมกันขายพ่วงดังกล่าว จะทำให้สินค้าไม่ได้มาตรฐานหรือไม่ได้รับการรับรองคุณภาพสินค้าขั้นต่ำ เป็นต้น⁴³⁹

ข. **กลุ่มการตกลงกันเพื่อจำกัดการจัดจำหน่ายสินค้า (A limited distribution group)** ได้แก่ สัญญาการจัดจำหน่ายสินค้าแต่เพียงรายเดียว (Exclusive Distribution) สัญญาการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) และสัญญาจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย (Exclusive Customer allocation) เนื่องจากพฤติกรรมเหล่านี้นำไปสู่การกีดกันการเข้าสู่ตลาดในระดับผู้ซื้อ อาจนำไปสู่การร่วมมือจนเป็นการลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (Intra brand competition)

การจัดจำหน่ายสินค้าแต่เพียงรายเดียว (Exclusive Distribution) ศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินคดี *Société Technique Minière* ว่าการทำข้อตกลงดังกล่าวไม่มีเป้าหมายเป็นการจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากมีความจำเป็นต่อผู้ผลิตในการเจาะตลาดใหม่ ซึ่งไม่ถือเป็นข้อตกลง

⁴³⁸ "Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 V. Hyde(1984)," (United States Supreme Court).

⁴³⁹ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para. 222.

ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) หากไม่มีองค์ประกอบเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากการแบ่งเขตพื้นที่ เช่น ข้อตกลงแบ่งพื้นที่และการกำหนดราคาขายปลีก กรณีเช่นนี้จะถือว่าส่งผลกระทบต่อตลาดอย่างมีนัยสำคัญ เป็นต้น

การจัดจำหน่ายสินค้าแต่เพียงรายเดียว ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการลดต้นทุนโดยประหยัดต่อขนาดในการจัดจำหน่ายสินค้าและประหยัดค่าใช้จ่ายในการขนส่ง เพราะมีการสั่งซื้อสินค้าจำนวนมากจากผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียว ทำให้ผู้ผลิตสามารถคำนวณ ราคา และปริมาณ อีกทั้งต้นทุนในการผลิตสินค้าต่ำลง ส่งผลให้ราคาขายปลีกของสินค้าลดลงตามไปด้วย นอกจากนี้อาจนำไปสู่ประสิทธิภาพด้านการลงทุนโดยผู้จัดจำหน่ายที่จะต้องปกป้องหรือสร้างภาพลักษณ์ของตราสินค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนสำหรับผลิตภัณฑ์ใหม่ ผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อนและผลิตภัณฑ์ที่มีคุณภาพ ซึ่งผู้บริโภคจำเป็นต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนก่อนตัดสินใจซื้อ อีกทั้งป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ไม่ลงทุนในการส่งเสริมการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าว (free-rider)⁴⁴⁰ ดังนั้นการจัดจำหน่ายสินค้าแต่เพียงรายเดียวอาจถือว่าเป็นข้อตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย

อย่างไรก็ดี การพิจารณาถึงข้อดีของการจัดจำหน่ายสินค้าเพียงรายเดียว จะต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นประกอบด้วย เช่น ส่วนแบ่งตลาดของผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่าย หรือข้อจำกัดอื่นที่เข้าร่วมกับการตกลงร่วมกันจัดจำหน่ายสินค้าเพียงรายเดียว และซึ่งน้ำหนักระหว่างผลดีผลเสียจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการแข่งขันมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นหรือไม่

การจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) แม้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันสินค้ายี่ห้อเดียวกัน แต่ศาลยุติธรรมยุโรปก็เล็งเห็นความสำคัญและสร้างหลัก Metro Doctrin⁴⁴¹ ในการพิจารณายกเว้น หากผลิตภัณฑ์นั้นมีความซับซ้อนทางเทคนิค หรือ ผลิตภัณฑ์นั้นมีมูลค่าสูง และการเลือกผู้จัดจำหน่ายจะต้องไม่กำหนดข้อผูกมัดในการเลือกปฏิบัติต่อผู้ค้าปลีกบางรายอีกทอดหนึ่ง นอกจากนี้การจำกัดการขายต่อให้กับลูกค้าบางราย ก็ถูกกำหนดว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง ในข้อ 4b อีกด้วย กล่าวคือการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร ผู้ผลิตสามารถกำหนดข้อจำกัดได้ในระดับผู้จัดจำหน่ายเท่านั้น แต่ไม่สามารถกำหนดไปได้ถึงในระดับผู้ค้าปลีก

ทั้งนี้ การจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในลักษณะเดียวกับการจัดจำหน่ายสินค้าเพียงรายเดียว (Exclusive distribution)

⁴⁴⁰ Ibid. para.164.

⁴⁴¹ "Metro Sb-Großmärkte Gmbh & Co. Kg V Commission of the European Communities," (European Court of Justice, 1977).

กล่าวคือ ทำให้เกิดการพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า โดยการลดต้นทุนในการขนส่งซึ่งเป็นการประหยัดต่อขนาด และประสิทธิภาพที่สำคัญในการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร คือ พัฒนาการจัดจำหน่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับสินค้าที่มีความซับซ้อนทางเทคนิค และสินค้าที่ยากต่อการตัดสินใจของผู้บริโภค การตกลงร่วมกันจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรนี้จะช่วยให้เกิดการลงทุนของผู้จัดจำหน่ายเพื่อส่งเสริมการขาย และให้บริการแก่ลูกค้า อีกทั้งยังช่วยสร้างภาพลักษณ์ ส่งเสริม และรักษาคุณภาพของตราสินค้าอีกด้วย⁴⁴² ดังนั้น การจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรอาจเข้าข่ายการตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย และคู่สัญญาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการแข่งขันมากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้น

สัญญาการจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย (Exclusive customer allocation agreement) สหภาพยุโรปมีข้อยกเว้นให้ทำได้โดยเฉพาะสินค้าชั้นกลาง และสินค้าในระดับการขายส่งที่มีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย แต่ถ้าวางการจัดสรรลูกค้าเฉพาะดังกล่าว เกิดขึ้นในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย คณะกรรมาธิการเห็นว่าอาจจะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพ⁴⁴³

สัญญาการจัดสรรลูกค้าเฉพาะรายนี้อาจนำไปสู่ประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้จัดจำหน่ายจะต้องลงทุน เพื่อเพิ่มทักษะหรือความรู้ (know-how) เพื่อรองรับและให้บริการตรงตามความต้องการของลูกค้า ระยะเวลาการคิดค่าเสื่อมราคาของการลงทุนเหล่านี้จะระบุระยะเวลาที่เหมาะสมภายใต้ระบบการจัดสรรลูกค้าเฉพาะ (exclusive customer allocation system) โดยทั่วไปแล้วประสิทธิภาพจะเกิดขึ้นมากที่สุดในกรณีของผลิตภัณฑ์ใหม่หรือผลิตภัณฑ์ที่ซับซ้อน และผลิตภัณฑ์ที่ต้องการปรับให้เข้ากับความต้องการของลูกค้ารายบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลิตภัณฑ์ชั้นกลาง ที่ขายให้กับผู้ซื้อที่มีอาชีพประเภทต่าง ๆ ดังนั้นการจัดสรรลูกค้าเฉพาะรายอาจเข้าข่ายการตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายได้ อย่างไรก็ตามคณะกรรมาธิการยุโรปเห็นว่าการจัดสรรลูกค้าเฉพาะรายที่เกิดในระดับของผู้บริโภคขั้นสุดท้ายไม่น่าจะนำไปสู่ประสิทธิภาพได้⁴⁴⁴

ค. กลุ่มการตกลงกันเพื่อแบ่งพื้นที่ตลาดหรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า (Customer and territorial restraint) คือ การที่ผู้ซื้อถูกจำกัดแหล่งการขายสินค้าต่อ ได้แก่ การที่ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาแบ่งพื้นที่ในระดับผู้ซื้อ หรือแบ่งกลุ่มลูกค้าที่ผู้ซื้อจะสามารถขายสินค้าต่อได้ ซึ่งพฤติกรรมเช่นนี้เป็นการจำกัดการแข่งขันในสินค้านี้หรือเดียวกัน (intra brand competition)

⁴⁴² European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* 171.

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Ibid., para. 172.

หากพิจารณาการจำกัดการแข่งขันโดยการแบ่งพื้นที่ สหภาพยุโรปได้กำหนดให้การแบ่งพื้นที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงภายใต้ข้อ 4b กฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการจัดจำหน่ายในแนวตั้ง อย่างไรก็ตาม การจำกัดการแข่งขันดังกล่าวอาจได้รับการยกเว้นให้ทำได้หากเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ทั้งผู้จัดหาและผู้จัดจำหน่ายมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30
- (2) ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาสามารถจำกัดการขายแบบแอกทีฟได้ แต่จะจำกัดการขายแบบพาสซีฟไม่ได้
- (3) ผู้ผลิตหรือผู้จัดหากำหนดพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายขายต่อสินค้าในเขตพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าที่ได้รับจัดสรรเพียงรายเดียวเท่านั้น
- (4) ผู้จัดจำหน่ายจะต้องได้รับการป้องกันจากการขายแบบแอกทีฟโดยผู้จัดจำหน่ายรายอื่น
- (5) ไม่มีข้อจำกัดการขายแบบแอกทีฟหรือพาสซีฟที่ขายโดยลูกค้าของผู้จัดจำหน่าย กล่าวคือ ผู้จัดหาจะจำกัดการขายได้เฉพาะในระดับผู้จัดจำหน่ายเท่านั้น

หากข้อตกลงการแบ่งพื้นที่เข้าเงื่อนไข 5 ประการข้างต้น ข้อตกลงนั้นจะได้รับการยกเว้นภายใต้ BER

นอกจากนี้ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินคดี *Continental TV. V GTE Sylvania* โดยใช้หลักเหตุผลในการพิจารณา ซึ่งศาลยอมรับการจำกัดการแข่งขันในพื้นที่ซึ่งจะส่งเสริมการแข่งขันระหว่างตราสินค้า

สำหรับประเทศออสเตรเลียข้อตกลงประเภทดังกล่าวจะเข้าข่ายการทำสัญญาตามมาตรา 45 แห่ง Competition and Consumer Act 2010 ซึ่งจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีการลดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ และอาจยื่นหนังสือแจ้งหรือขออนุญาตต่อคณะกรรมการการออสเตรเลียได้

ง. สรุปผลเชิงบวกของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคาต่อการจัดจำหน่ายสินค้า

จากการศึกษาพบว่าการจำกัดการแข่งขันที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา แม้จะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอันเป็นการจำกัดการแข่งขันสินค้านี้ห้อยเดียวกัน แต่ก็ส่งผลในเชิงบวกต่อการจัดจำหน่ายสินค้า ได้แก่

1) แก้ปัญหาการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่อยู่นอกระบบ (Free-rider Problem) เช่น ระบบการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Distribution) หรือระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) ที่มีการขายผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อน หรือราคาแพง การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งเช่นนี้จะช่วยส่งเสริมให้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ หรือให้บริการก่อนการขายแนะนำสินค้าหรือบริการให้แก่ลูกค้า และสามารถดูแลลูกค้าได้อย่างทั่วถึง และเป็นการสร้างความมั่นใจให้ผู้จัดจำหน่ายว่าผู้จัดจำหน่ายที่อยู่นอกระบบจะไม่สามารถที่จะอาศัยการลงทุนของผู้จัดจำหน่ายในการทำการส่งเสริมการขายดังกล่าวได้

2) ปกป้องภาพลักษณ์ให้ตราสินค้า (Brand Image) เนื่องจากผลิตภัณฑ์บางประเภทเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อน และมีมูลค่าสูง ผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายจำเป็นต้องเลือกผู้ค้าปลีก โดยอาจเลือกจากคุณภาพหรืออ้างอิงจากสถานที่ตั้งของผู้จัดจำหน่าย ที่ผู้จัดจำหน่ายต้องการแสดงหรือทำให้ภาพลักษณ์ของตราสินค้าดีขึ้น เช่น ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective Distribution) เพื่อดูแลและให้บริการลูกค้าให้เป็นไปตามข้อกำหนดเฉพาะที่เหมาะสม

3) ประหยัดต้นทุนในการทำธุรกรรมหรือการประหยัดต่อขนาดในการกระจายสินค้า เช่น การจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว และการซื้อแบบผูกขาด

4) ในบางกรณี ผู้ค้าปลีกจำเป็นต้องเก็บสินค้าที่มีคุณภาพเพื่อขายให้กับลูกค้าเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ผู้ผลิตจึงจำเป็นต้องจำกัดการขายให้แก่ผู้ค้าปลีก เพื่อคงคุณภาพของสินค้านั้นไว้

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้ข้อตกลงในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคานั้นมีความจำเป็นและส่งผลดีต่อการพัฒนาการจัดจำหน่าย ตราบเท่าที่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

เมื่อนำมาพิจารณากับบริบทของกฎหมายไทยในเรื่องของการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับราคา แม้การตกลงในแนวตั้งจะเข้ามาตรา 55 แต่อาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หากพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย ดังจะแสดงต่อไปนี้

1) การจำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการ ตามมาตรา 55(1) ประกอบมาตรา 54(2) เมื่อพิจารณาร่วมกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ฯ พ.ศ.2561 พฤติกรรมตามข้อนี้ครอบคลุมถึงการกำหนดปริมาณ การกำหนดสัดส่วน หรือการกำหนดโควตา ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละ

รายจะผลิต ชื่อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจสอดคล้องกับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจัดจำหน่ายเพียงรายเดียว (Exclusive distribution) หรือสัญญาการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) เนื่องจากผู้ผลิตต้องการรักษาระดับคุณภาพของสินค้า หรือรักษาตราสินค้า แม้จะเป็นข้อตกลงที่จำกัดปริมาณการขายในตลาดอันจะทำให้ความต้องการซื้อ มากกว่าความต้องการขาย และอาจทำให้ราคาของสินค้าสูงขึ้น เช่น สินค้าที่มีความซับซ้อนทางเทคนิค สินค้าที่มีมูลค่า หรือสินค้าที่มีจำนวนจำกัด (limited edition) เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า การจำกัดปริมาณดังกล่าว หากผู้ผลิตหรือผู้ขายสามารถพิสูจน์ได้ว่า เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดอันจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจในด้านการจัดจำหน่ายสินค้า และส่งผลดีต่อผู้บริโภค กล่าวคือ ผู้บริโภคได้รับการบริการด้านอื่น ๆ เป็นการชดเชยการจ่ายค่าสินค้าในราคาที่เพิ่มขึ้นเพื่อรักษาคุณภาพของสินค้าที่ผลิต โดยมีการจัดทำโฆษณา หรือการบริการก่อนหรือหลังการขาย การให้ข้อมูลที่เพียงพอต่อลูกค้า ข้อตกลงดังกล่าวก็อาจถือได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายที่อาจได้รับยกเว้นให้สามารถทำได้ตามมาตรา 56(2)

2) การกำหนดแบ่งท้องที่ หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ตามมาตรา 55(1) ประกอบมาตรา 54(4) เมื่อพิจารณาประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการ ๗ พ.ศ.2561 ที่กำหนดว่าพฤติกรรมที่ต้องห้ามได้แก่ การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย การกำหนดคู่ค้า ได้แก่ ผู้ซื้อหรือผู้ขาย ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจัดจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการ ผู้เขียนเห็นว่า การแบ่งพื้นที่ตามมาตรานี้สอดคล้องกับกลุ่มการตกลงกันเพื่อแบ่งพื้นที่ตลาดหรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า (Customer and territorial restraint) และพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) กล่าวคือ ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาจำกัดพื้นที่ของผู้จัดจำหน่าย หรือแบ่งกลุ่มลูกค้าของผู้จัดจำหน่ายเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ขายได้ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หรือกลุ่มลูกค้าใดกลุ่มลูกค้าหนึ่งเท่านั้น โดยห้ามขายไปยังพื้นที่อื่น หรือกลุ่มลูกค้าอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างสินค้ายี่ห้อเดียวกัน

แต่จากการศึกษาพบว่าพฤติกรรมดังกล่าวอาจส่งผลให้เกิดการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างยี่ห้อเพิ่มมากขึ้น โดยการจัดทำโฆษณาประชาสัมพันธ์ ส่งเสริมการขายด้วยวิธีอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นบริการก่อนหรือบริการหลังการขาย เป็นต้น อีกทั้งยังประหยัดต้นทุนในการทำธุรกรรม หรือการประหยัดต่อขนาดในการกระจายสินค้า แก้ปัญหาการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่อยู่

นอกระบบ และลดต้นทุนจมในการลงทุนเพื่อจัดจำหน่ายสินค้าในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง ไม่ว่าจะเป็กรณที่ผู้ผลิต ผู้จัดหา หรือผู้จัดจำหน่ายเป็นผู้ลงทุนเองก็ตาม อันอาจถือว่่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้าตามมาตรา 56(2) ได้

3) การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน ตามมาตรา 55(3) เมื่อพิจารณาประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ฯ พ.ศ.2561 การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน ซึ่งมีการแต่งตั้งหรือมอบหมายบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โดยอาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่นก็ได้ ซึ่งบุคคลนั้นได้รับมอบหมายหรือแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนจำหน่ายสินค้าหรือผู้แทนให้บริการในตลาดที่เป็นอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่าพฤติกรรมการตกลงร่วมกันตามมาตรานี้มีความสอดคล้องกับสัญญาการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distributor) สัญญาการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distributor) ที่แม้จะจำกัดจำนวนของผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับอนุญาตและจำกัดความสามารถในการขายต่อ อันอาจก่อให้เกิดการจำกัดหรือลดการแข่งขันของสินค้ายี่ห้อเดียวกัน⁴⁴⁵ แต่ข้อตกลงทั้งสองประเภทนี้ก่อให้เกิดการพัฒนาการจัดจำหน่ายตามตรา 56(2) ได้ทั้งในด้านของการลดต้นทุนการทำธุรกรรม ลดต้นทุนในการขนส่งหรือการกระจายสินค้า นอกจากนี้ผู้จัดหา (supplier) ที่เป็นผู้สร้างตราสินค้า อาจทำข้อตกลงดังกล่าวเพื่อปกป้องภาพลักษณ์ของตราผลิตภัณฑ์ หรือ เพื่อดูแลการให้บริการลูกค้าในระดับผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกให้เป็นไปตามข้อกำหนดเฉพาะที่เหมาะสม ผู้จัดหาจึงจำเป็นต้องเลือกผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกเพื่อดูแลภาพลักษณ์ของตราสินค้าให้ดีขึ้น ดังนั้น ผู้จัดหาจึงอาจทำข้อตกลงการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกที่มีกลุ่มลูกค้าในระดับสูง (premium store) หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้จัดหาทำข้อตกลงกับผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกที่ตกลงทำตามข้อผูกพันบางประการในการให้บริการ ทำการส่งเสริมการขาย หรือทำการสั่งซื้อ ทั้งนี้เพื่อสร้างความมั่นใจว่าลูกค้าที่ซื้อผลิตภัณฑ์จะได้รับการบริการขั้นต่ำก่อนการขาย (minimum level of pre-sales services) และได้รับข้อมูลด้านคุณภาพของผลิตภัณฑ์อย่างถูกต้อง ถ้าหากระบบการจัดจำหน่ายเช่นนี้เกิดขึ้น และเป็นการการสร้างความมั่นใจได้ว่าจะไม่เกิดการถูกเอาเปรียบโดยคู่แข่งรายอื่น (free-ride) ที่ใช้ประโยชน์จากการลงทุนเพื่อส่งเสริมหรือให้บริการก่อนการขายผลิตภัณฑ์ของผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ค้าปลีกที่ได้รับคัดเลือก เนื่องจากผู้จัดหาจะไม่ส่งสินค้าให้กับผู้

⁴⁴⁵ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para. 171.

จัดจำหน่ายที่ไม่ได้รับอนุญาต⁴⁴⁶ ทั้งนี้ผู้จัดหาหรือผู้ผลิตจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น อันจะทำให้ข้อตกลงดังกล่าวได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2)

4) การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน ตามมาตรา 55(4) พิจารณาประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ ฯ พ.ศ. 2561 กล่าวคือ มีการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายปฏิบัติตาม โดยอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่นก็ได้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจัดจำหน่ายสินค้าหรือการบริการในตลาด

ผู้เขียนมีความเห็นว่าพฤติกรรมตามมาตรานี้จะสอดคล้องกับพฤติกรรมการขายพ่วง เนื่องจากมีการกำหนดเงื่อนไขให้ซื้อผลิตภัณฑ์ชนิดอื่นพ่วงไปด้วย อาจทำให้เกิดการลดการแข่งขันและกีดกันการขายสินค้าที่ถูกพ่วงต่างยี่ห้อ อันเป็นการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 55 อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าการขายพ่วงนั้นมีข้อดีต่อการจัดจำหน่ายสินค้า ซึ่งอาจช่วยให้เกิดประสิทธิภาพในการกระจายสินค้าร่วมกัน (joint distribution) และทำให้การกระจายสินค้ามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ การทำข้อตกลงที่มีการขายพ่วงสินค้าเช่นนี้ ผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายจะต้องแสดงให้เห็นว่าต้นทุนที่ลดลงเหล่านี้จะถูกส่งต่อไปยังผู้บริโภค⁴⁴⁷ การขายพ่วงดังกล่าวจึงอาจถือได้ว่าเป็นข้อตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า อันจะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2)

นอกจากนี้พฤติกรรมการติดต่อค้าขายเฉพาะราย (Exclusive dealing) ก็เป็นการกำหนดเงื่อนไขบางประการระหว่างผู้ผลิตกับผู้จัดจำหน่ายให้ติดต่อค้าขายกับผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายเพียงรายเดียว อันจะทำให้เป็นการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 55(4) ได้ แต่การติดต่อค้าขายเพียงรายเดียวอาจส่งผลดีต่อการจัดจำหน่าย กล่าวคือ ทำให้สามารถคำนวณปริมาณการกระจายสินค้า ลดต้นทุนในการขนส่ง ทำให้การจัดจำหน่ายมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งอาจถือได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย อันอาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2)

เมื่อพิจารณาตัวอย่างพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วพบว่า แม้พฤติกรรมดังกล่าวจะเข้ามาตรา 55 แต่อาจมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้าที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) เช่น ข้อตกลงที่แก้ปัญหาคารกิ้นแรงจากผู้จัด

⁴⁴⁶ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 667.

⁴⁴⁷ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para. 222.

จำหน่ายรายอื่นที่อยู่นอกระบบ (free-rider problem) การประหยัดต้นทุนในการทำธุรกรรมหรือ การประหยัดต่อขนาดในการกระจายสินค้า หรือการรักษาไว้ซึ่งคุณภาพของสินค้า ทั้งนี้ การพิจารณายกเว้นจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นกับผลกระทบอันเป็นการจำกัดการแข่งขันโดย คำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย ซึ่งจะอธิบายแนวทางในการพิจารณายกเว้นตามมาตรา 56(2) ใน หัวข้อ 4.3 ต่อไป

4.2.3 เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค

จากการศึกษาพบว่า การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่เป็นการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค ที่สหภาพยุโรปให้การยอมรับ ได้แก่ สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี (technology transfer) จากกิจการหนึ่งไปยังอีกกิจการหนึ่ง เพื่อจุดประสงค์ในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญา ซึ่ง ก่อให้เกิดการขยายตลาดเทคโนโลยีในการผลิตสินค้าหรือบริการมากขึ้น อันเป็นการส่งเสริม ความก้าวหน้าทางเทคนิคในการผลิตหรือการจัดจำหน่ายสินค้าอย่างหนึ่ง

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาได้มีแนวปฏิบัติการต่อต้านการผูกขาดสำหรับการอนุญาตให้ ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property) อันเป็นการยอมรับให้มีการตกลงร่วมกันในแนวตั้งได้ และการตกลงนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็น การส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาทางเทคนิคมากยิ่งขึ้นเนื่องจากส่งเสริมให้เกิดการรวมกันของทรัพย์สิน ทางปัญญาของผู้อนุญาตกับปัจจัยการผลิตของผู้รับอนุญาต แม้จะมีข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการ แข่งขันบางประการ แต่หากส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาทางเทคนิคของตลาดเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาต หรือลดต้นทุนการทำธุรกรรม ข้อตกลงดังกล่าวก็สามารถทำได้

การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่เป็นการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค อาจเกิด จากการร่วมกันเพื่อการวิจัยและพัฒนา (Research and development) ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการตกลงร่วมกันเพื่อความก้าวหน้าทางเทคนิคนั้นมีความหมายครอบคลุมถึงการพัฒนาเทคนิค ทางด้านการผลิต และพัฒนาเทคนิคทางด้านการจัดจำหน่ายสินค้า หรือพัฒนาเทคนิคต่าง ๆ ที่ส่งผล ให้เกิดประสิทธิภาพทั้งประสิทธิภาพด้านต้นทุน หรือประสิทธิภาพด้านคุณภาพในการผลิต หรือ คุณภาพในการจัดจำหน่ายสินค้า ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีอาจส่งผลให้เกิดการ พัฒนาทางเทคนิคบางประการเนื่องจากนำเทคโนโลยีไปต่อยอดในการผลิตหรือการจัดจำหน่ายสินค้า ตัวอย่างเช่น บริษัท A เป็นเจ้าของเทคโนโลยีผลิตเซลล์ยางรถยนต์ซึ่งเป็นผู้ผลิตและผู้จัดหาเซลล์ยาง รถยนต์ให้กับบริษัท B เพื่อนำผลิตยางรถยนต์ยี่ห้อ Black Tire ต่อมา บริษัท A ทำสัญญาถ่ายทอด เทคโนโลยีให้กับบริษัท B เพื่อนำไปพัฒนาการผลิตยางรถยนต์ของตนให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ บริษัท A อาจกำหนดเงื่อนไขที่มีข้อผูกมัดเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ เช่น ห้ามบริษัท B เปิดเผย

ข้อมูลความรู้ (know-how) ให้กับบุคคลที่สาม เป็นต้น กรณีเช่นนี้อาจเข้าข่ายเป็นการตกลงกันเพื่อพัฒนาทางเทคนิคที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) แต่จะต้องพิจารณาการตกลงดังกล่าวโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประสิทธิภาพและผลกระทบ อีกทั้งจะต้องเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56(2) โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป

4.2.4 เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ

ข้อตกลงร่วมกันในแนวดิ่งที่กล่าวมาแล้วทั้งในข้อ 4.1.1 - 4.1.3 ล้วนเป็นการส่งเสริมและก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจตามมาตรา 56(2) ทั้งสิ้น แม้การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันบางประการ เช่น การจำกัดการแข่งขันสินค้าที่ห่อเดียวกัน แต่ส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันของสินค้าต่างยี่ห้อมากยิ่งขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละรายพยายามที่จะสร้างภาพลักษณ์และบริการของสินค้าของตัวเองให้ดีขึ้น ทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นต้องแข่งขันด้านคุณภาพและการบริการแก่ลูกค้าเข้มข้นมากขึ้น ทำให้ผลดีเหล่านี้ตกแก่ผู้บริโภคในท้ายที่สุด

ผู้เขียนเห็นว่า การส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจนั้นมีความหมายที่ค่อนข้างกว้าง การพิจารณาประโยชน์ที่ได้รับจากการทำข้อตกลงนอกจากเรื่องประสิทธิภาพด้านราคาหรือประสิทธิภาพด้านคุณภาพแล้ว ยังรวมถึงเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ด้านอื่นๆ อันจะทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นเพิ่มขึ้น เช่น

- 1) การป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่น (The free-rider problem) เกิดการเปิดตลาดและมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด
- 2) การเก็บสินค้าที่มีคุณภาพและปกป้องภาพลักษณ์ของตราสินค้า
- 3) แก้ปัญหาการติดขัด (The hold-up problem)
- 4) แก้ปัญหาการติดขัดในกรณีการถ่ายทอดความรู้สำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (The hold-up problem where know-how is transferred)
- 5) แก้ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของตลาดทุน (Capital market imperfections)
- 6) แก้ปัญหาผลกระทบภายนอก (vertical externality issue)

ทั้งนี้ รายละเอียดของผลกระทบในเชิงบวกอันก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.3.3.2 หากข้อตกลงในแนวดิ่งอาจก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจด้วยเหตุผลที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ก็อาจถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจตามมาตรา 56(2) ได้ และจะต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ภายใต้มาตรา 56(2)

4.3 แนวทางการพิจารณายกเว้นตามมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

จากการพิจารณาบริบทของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ พบว่า มาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ประกอบด้วยเงื่อนไข 4 ประการ ในการพิจารณายกเว้นให้กับพฤติกรรมจําการการแข่งขันในแนวดิ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ
- 2) ข้อตกลงต้องไม่สร้างข้อจําการที่เกินกว่าความจำเป็น
- 3) ข้อตกลงไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจําการการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ
- 4) ข้อตกลงต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ พฤติกรรมที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2) จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขทั้ง 4 ข้อดังกล่าว แต่เนื่องจากกฎหมายไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนสำหรับแนวทางในการพิจารณา การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่มีแนวทางการพิจารณายกเว้นที่ชัดเจน และมีการนำทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อระบบเศรษฐกิจ ผู้เขียนจึงวิเคราะห์องค์ประกอบในการพิจารณายกเว้นให้กับพฤติกรรมจําการการแข่งขันในแนวดิ่ง ดังต่อไปนี้

4.3.1 การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

จากการศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขข้อแรกนี้กับกฎหมายต่างประเทศพบว่าหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาเงื่อนไขข้อนี้ที่สำคัญคือ หลักเกณฑ์ด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) ได้แก่

- 1) ประสิทธิภาพด้านการจัดสรรทรัพยากร (Allocative efficiency) หมายถึงการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจําการให้เกิดประโยชน์สูงสุด ซึ่งประสิทธิภาพในการจัดสรรนี้จะทำได้เมื่อราคาที่จ่ายไปสำหรับหน่วยที่เพิ่มขึ้นของผลิตภัณฑ์ อันสะท้อนให้เห็นถึงความเต็มใจของผู้บริโภคในการจ่าย หรืออรรถประโยชน์ส่วนเพิ่ม (marginal utility) เท่ากับต้นทุนของทรัพยากรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์นั้น ซึ่งประสิทธิภาพจะเกิดขึ้นได้จากการพิจารณาด้านต้นทุน (cost) ที่ใช้ไปกับผลประโยชน์

(benefits) ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ประสิทธิภาพด้านการจัดสรรทรัพยากรจะล้มเหลว หากราคาสินค้าถูกบิดเบือนโดยการใช้อำนาจตลาด⁴⁴⁸

2) ประสิทธิภาพด้านการผลิต (productive efficiency) ประกอบด้วย

2.1) ประสิทธิภาพด้านต้นทุน (Cost Efficiency) ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องทำให้ต้นทุนการผลิต หรือการการจัดจำหน่ายสินค้าลดลงซึ่งอาจมีผลมาจากการประหยัดต่อขนาด (Economies of Scale) กล่าวคือ ต้นทุนต่อหน่วยลดลงในขณะที่ผลผลิตเพิ่มขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้จะส่งผลให้สินค้ามีราคาถูกลงก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิต

การประหยัดจากขอบเขต (Economies of Scope) ก็เป็นสิ่งที่นำมาพิจารณาในการลดต้นทุนได้ เนื่องจากการประหยัดจากขอบเขตจะเกิดจากการจัดสรรทรัพยากรร่วมกัน มีการแลกเปลี่ยนความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้แก่กัน อันก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ อันจะนำไปสู่การลดต้นทุนในที่สุด

ตัวอย่างข้อตกลงที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุน เช่น การทำข้อตกลงกันเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและวิธีการผลิตใหม่ โดยการทำข้อตกลงกันระหว่างผู้ผลิตกับผู้จัดหา (Joint Venture) ร่วมกันคิดค้นเพื่อพัฒนานวัตกรรมใหม่ในการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้า การทำสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างคู่สัญญาที่ไม่ใช่คู่แข่งกันในตลาด ที่จะทำให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อการผลิตอย่างรวดเร็ว และผู้รับอนุญาตสามารถนำเทคโนโลยีไปต่อยอดหรือนำไปรวมกับเทคโนโลยีหรือนำไปใช้กับวัตถุดิบที่ตนมีอยู่แล้ว อันจะทำให้ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการคิดค้นนวัตกรรม ส่งผลให้ต้นทุนในการผลิตถูกลง เป็นต้น

2.2) ประสิทธิภาพในเชิงคุณภาพ (Qualitative Efficiency) กล่าวคือ การทำข้อตกลงในแนวดิ่งจะต้องก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปรับปรุงคุณภาพสินค้าหรือบริการ หรือปรับปรุงการจัดจำหน่ายสินค้าให้ดีขึ้น หรืออาจเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อสร้างสรรค์สินค้าที่มีคุณสมบัติแปลกใหม่ เช่น การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license agreement) หรือการทำข้อตกลงเพื่อถ่ายทอดเทคโนโลยี ทำให้มีการเผยแพร่เทคโนโลยีใหม่อย่างรวดเร็ว เกิดการผลิตผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือสร้างเทคนิคการผลิต หรือเทคนิคการจัดจำหน่ายสินค้ารูปแบบใหม่ที่มีคุณภาพมากกว่าเดิม ทั้งนี้ ประสิทธิภาพด้านคุณภาพอาจมีความสำคัญเท่ากับหรือมากกว่าประสิทธิภาพด้านต้นทุน

⁴⁴⁸ ACCC, "Guidelines for Authorisation of Conduct (Non-Merger)," 43.

นอกจากนี้ประสิทธิภาพเชิงคุณภาพอาจเกิดขึ้นในการจัดจำหน่ายสินค้า (Distribution Agreement) กล่าวคือ ผู้จัดหาหรือผู้จัดจำหน่ายสามารถให้บริการที่เหมาะสมกับความต้องการของลูกค้าได้มากขึ้น หรือข้อตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดการจัดส่งที่รวดเร็ว มีการประกันคุณภาพสินค้าหรือบริการที่ดีขึ้นตลอดทั้งห่วงโซ่การจัดจำหน่าย (Distribution Chain)

3) ประสิทธิภาพเชิงพลวัต (dynamic efficiency) หมายถึง การพัฒนากระบวนการและนวัตกรรมในการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อเปลี่ยนแปลงตลาด ตัวอย่างเช่น การดำเนินการเพื่อให้เกิดการลงทุนที่มีประสิทธิภาพในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี (investment in research and development)⁴⁴⁹

นอกจากเหตุผลทางด้านประสิทธิภาพที่ใช้ในการพิจารณาการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งแล้ว เหตุผลในเชิงเศรษฐศาสตร์ก็มีส่วนสำคัญในการพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีและข้อเสีย เช่น การป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่น เกิดการเปิดตลาดและมีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาด แก้ปัญหาการติดขัด ก่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาดในการกระจายสินค้า แก้ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของตลาด การรักษามาตรฐานและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ แก้ปัญหาผลกระทบภายนอก⁴⁵⁰ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ด้านประสิทธิภาพและเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะนำมาพิจารณาการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ดังตัวอย่างต่อไปนี้

4.3.1.1 การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต

หากพิจารณามาตรา 56 (2) เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การพิจารณาของต่างประเทศแล้วผู้เขียนเห็นว่า การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต จะได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา 56 (2) ก็ต่อเมื่อการตกลงร่วมกันดังกล่าวทำให้เกิดประสิทธิภาพทางด้านต้นทุนในการผลิต ทำให้ต้นทุนในการผลิตลดลง หรือเกิดประสิทธิภาพทางด้านคุณภาพทำให้สินค้านั้นมีคุณภาพดีขึ้นหรือมีการสร้างสรรค์สินค้าที่แปลกใหม่ เป็นต้น อันจะก่อให้เกิดทางเลือกแก่ผู้บริโภค และเกิดการแข่งขันในตลาดมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างข้อตกลงในแนวดิ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต ดังต่อไปนี้

การรวมกลุ่มการผลิต (synergy) อาทิ การรวมกลุ่มสายการผลิตรถยนต์ระหว่างผู้จัดหาอะไหล่กับผู้ผลิต อาจเป็นการละเมิดมาตรา 55 ได้ หากมีการจำกัดปริมาณของสินค้า

⁴⁴⁹ Ibid., 44.

⁴⁵⁰ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.107.

หรือบริการที่ผู้ประกอบการจะผลิต ซื้อ หรือจำหน่าย ตามมาตรา 55(1) หรือการกำหนดเงื่อนไข หรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือจำหน่ายสินค้าเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกันตามมาตรา 55(4) เป็นต้น อย่างไรก็ตามการตกลงดังกล่าวอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากผู้ประกอบการสามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำข้อตกลงดังกล่าวทำให้ต้นทุนการผลิตลดลง หรือทำให้การผลิต รodynดมีประสิทธิผลมากขึ้น เช่น ลดค่าใช้จ่ายในการขนส่งอะไหล่ ลดต้นทุนในการทำธุรกรรม การ จัดหาอะไหล่เพื่อการผลิตได้อย่างเต็มศักยภาพ นอกจากนี้การทำงานร่วมกันระหว่างผู้ผลิตกับ ผู้จัดหาอะไหล่อาจก่อให้เกิดการพัฒนาสินค้าร่วมกันเพื่อให้ได้สินค้าที่ดีที่สุด และทำให้รodynดมี คุณภาพมากขึ้น เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่นๆ ภายใต้มาตรา 56(2) ด้วย

การทำข้อตกลงการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology transfer) หรือการ ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license agreement) อาจเป็นการละเมิดมาตรา 55 ได้ เช่น การ กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการบางประการเพื่อให้ปฏิบัติ ตามที่ตกลงกัน ตามมาตรา 55(4) อย่างไรก็ตามการตกลงดังกล่าวอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากผู้ประกอบการสามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำข้อตกลงดังกล่าว ทำให้เกิดการพัฒนากลยุทธ์และเทคโนโลยีได้รวดเร็วขึ้น ซึ่งจะก่อให้เกิดประสิทธิผลด้านต้นทุนในการผลิต เนื่องจากผู้รับอนุญาตไม่ ต้องดำเนินการลงทุนเพื่อทำการวิจัยหรือพัฒนาเทคโนโลยีด้วยตนเอง นอกจากนี้อาจเกิดการพัฒนา เทคโนโลยีที่จะทำให้เกิดการผลิตที่ประหยัดต่อขนาด ทำให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยลดลงในขณะที่ ผลผลิตเพิ่มขึ้น นอกจากนี้อาจก่อให้เกิดการพัฒนาคุณภาพของสินค้าอีกด้วย จากการศึกษา เปรียบเทียบแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี และแนวปฏิบัติการอนุญาต ให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าการทำข้อตกลงการถ่ายทอด เทคโนโลยี หรือการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะกำหนดเงื่อนไขในการกำหนดราคาขายต่อสินค้า หรือกำหนดแบ่งพื้นที่หรือกลุ่มลูกค้าที่ผู้รับอนุญาตจะขายต่อสินค้าที่ได้จากการผลิตโดยใช้เทคโนโลยี ที่ได้รับอนุญาตนั้น ผู้อนุญาตจะไม่สามารถกำหนดข้อตกลงดังกล่าวได้

การทำข้อตกลงการค้าขายเฉพาะราย (Exclusive Dealing) ในกรณีที่ ผู้จัดทำดำเนินการจัดหาวัตถุดิบส่งให้แก่ผู้ผลิตเพียงรายเดียว อาจเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธี ปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน อันอาจเป็นการละเมิด มาตรา 55 (4) อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากผู้ประกอบการ สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการตกลงเพื่อพัฒนาการผลิต เนื่องจากข้อตกลงการค้าขายเฉพาะราย ก่อให้เกิดประสิทธิผลด้านต้นทุนในการผลิต ที่เกิดจากการวางแผนการผลิตที่ดีขึ้น โดยการจัดซื้อ แบบ “ทันเวลา” (Just in time purchasing) กล่าวคือ ผู้จัดทำดำเนินการจัดหาส่วนประกอบหรือ



วัตถุประสงค์ให้ผู้ซื้อได้อย่างต่อเนื่องตามความต้องการของผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อไม่ต้องซื้อเพื่อเก็บส่วนประกอบหรือวัตถุดิบนั้นไว้เป็นเวลานาน อันจะเสี่ยงต่อการล้าสมัย เป็นต้น

การขายพ่วง (Tying) คือ ข้อตกลงที่ผู้จัดทำทำการจัดหาสินค้าหนึ่ง (tying product) โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าที่แตกต่างอีกชนิดหนึ่งร่วมด้วย (tied product) ไม่ว่าจะซื้อจากผู้จัดหารายเดียวกันหรือบุคคลอื่นที่ผู้จัดหาสินค้ากำหนด⁴⁵¹ ข้อตกลงประเภทนี้อาจเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า ตามมาตรา 55(4) เนื่องจากเป็นการจำกัดการแข่งขันสินค้ายี่ห้อเดียว (single branding) อย่างไรก็ตามการขายพ่วงอาจเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต อันอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากผู้ประกอบการธุรกิจสามารถพิสูจน์ได้ว่าการขายพ่วงอาจช่วยให้เกิดประสิทธิภาพจากการผลิตร่วมกัน (joint production) ระหว่างสินค้าพ่วงกับสินค้าที่ถูกพ่วง เช่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิในเทคโนโลยี พร้อมทั้งกำหนดเงื่อนไขให้ซื้อวัตถุดิบเฉพาะในการผลิตสินค้า จะทำให้การผลิตสินค้านั้นได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁴⁵² เป็นต้น ทั้งนี้ ข้อตกลงจะต้องได้รับการพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขข้ออื่นภายใต้มาตรา 56(2) และผู้จัดทำต้องแสดงให้เห็นว่าส่วนหนึ่งของการลดต้นทุนหรือการเพิ่มคุณภาพของสินค้าดังกล่าวจะถูกส่งต่อไปยังผู้บริโภคได้⁴⁵³ และผู้ขายสินค้าพ่วงจะต้องไม่ใช่อำนาจตลาดในการบังคับผู้ซื้อให้ซื้อสินค้าที่ถูกพ่วง มิเช่นนั้นข้อตกลงเช่นนี้จะไม่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 56 (2)

กล่าวโดยสรุป การตกลงในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต เช่น สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สัญญาการจัดหาแต่เพียงรายเดียว และสัญญาการขายพ่วง อาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุนและประสิทธิภาพด้านคุณภาพ กล่าวคือ มีการพัฒนาหรือปรับปรุงคุณภาพสินค้าให้ดีขึ้น หรือมีการพัฒนาให้เกิดความหลากหลายของผลิตภัณฑ์ในตลาดมากยิ่งขึ้น

4.3.1.2 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า

ผู้เขียนเห็นว่า การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า อาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากการตกลงร่วมกันดังกล่าวก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุนในการจัดจำหน่ายหรือการกระจายสินค้าลดลง ส่วนประสิทธิภาพด้าน

⁴⁵¹ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 636.

⁴⁵² European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union*, para. 222.

⁴⁵³ Ibid.

คุณภาพ เช่น การจัดส่งสินค้าดีขึ้น เนื่องจากผู้จัดหาหรือผู้จัดจำหน่ายสามารถให้บริการที่เหมาะสมกับความต้องการของลูกค้า หรือมีแผนการจัดส่ง ทำให้การจัดส่งรวดเร็วขึ้น อีกทั้งมีการประกันคุณภาพสินค้าหรือบริการที่ดีขึ้นตลอดห่วงโซ่การจัดจำหน่าย

ตัวอย่างการตกลงร่วมกันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดจำหน่าย ได้แก่

1) การกำหนดราคาขายต่อ อาจเป็นความผิดตามมาตรา 55(1) ประกอบมาตรา 54(1) แต่อาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากผู้ประกอบการพิสูจน์ได้ว่าการกำหนดราคาขายต่อนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย เช่น การกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ ช่วยสนับสนุนให้ผู้จัดจำหน่ายจัดทำโครงการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า ให้บริการก่อนหรือหลังการขายแก่ลูกค้า เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ตามมาตรา 56(2) ด้วย

2) การทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงรายเดียว (Exclusive distribution agreement) อาจเป็นข้อตกลงที่เข้าลักษณะตามมาตรา 55(3) ซึ่งเป็นการแต่งตั้งหรือมอบหมายบุคคลใดแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้า แต่การตกลงกันดังกล่าวอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56 (2) หากผู้ประกอบการพิสูจน์ได้ว่าเป็นการตกลงร่วมกันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า ตัวอย่างเช่น P เป็นผู้ผลิตและจัดจำหน่ายพิซซ่าแช่เย็นส่งมอบพิซซ่าให้กับร้านค้าปลีกในเมือง X โดยตรง ทำการตกลงกับ T ซึ่งเป็นผู้ค้าส่งพิซซ่า และมียานพาหนะขนาดใหญ่ในการส่งพิซซ่าในหลายเมืองรวมทั้งเมือง X ซึ่งการตกลงในแนวตั้งในฐานะผู้ผลิตกับผู้ค้าส่งดังกล่าว โดยกำหนดให้ T เป็นผู้ค้าส่งพิซซ่าในเมือง X แต่เพียงผู้เดียว แม้จะเป็นการกีดกันผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่จะขายพิซซ่าของ P ในเมือง X แต่ก็ทำให้ T มั่นใจว่าผู้จัดจำหน่ายในเมืองอื่น ๆ จะไม่เข้ามาขายในอาณาเขตของ T ทำให้ T ดำเนินการโฆษณาผลิตภัณฑ์ สรรวจความต้องการของลูกค้า และอัตราความพึงพอใจเพื่อให้แน่ใจว่าได้ส่งผลิตภัณฑ์ทั้งหมดไปยังร้านขายปลีกภายใน 24 ชั่วโมง ข้อตกลงนี้นำไปสู่การพัฒนาการจัดจำหน่าย และลดค่าใช้จ่ายในการจัดจำหน่าย อีกทั้งก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านคุณภาพของสินค้า นำไปสู่การให้บริการเพิ่มเติมให้แก่ผู้บริโภค⁴⁵⁴ อย่างไรก็ตามก็จะต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ตามมาตรา 56(2) ด้วย

3) การตกลงร่วมกันแบ่งอาณาเขตการขายหรือกำหนดลูกค้าที่สามารถขายต่อ (Customer and territorial restraints) อาจเป็นการละเมิดมาตรา 55(1) ประกอบมาตรา 55(4) อย่างไรก็ตาม อาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56 (2) หากเป็นข้อตกลงเพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย เช่น สนับสนุนให้ผู้จัดจำหน่ายลงทุนในการโฆษณาสินค้า หรือให้บริการแก่ลูกค้าก่อนและ

⁴⁵⁴ European Commission, "Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty " Official Journal of the European Union: para. 85.

หลังการขาย ทั้งนี้ ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาสามารถทำข้อตกลงที่จำกัดการขายแบบแอกทีฟเพื่อรักษาระบบการจัดจำหน่ายแบบแบ่งอาณาเขตการขายหรือกำหนดลูกค้าได้ แต่ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาจะจำกัดการขายแบบพาสซีฟไม่ได้ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการรักษาระบบดังกล่าว นอกจากนี้การยกเว้นจะต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ตามมาตรา 56(2) ด้วย

4) การตกลงร่วมกันจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรร (Selective Distribution) ซึ่งผู้ผลิตหรือผู้จัดหาใช้วิธีการคัดเลือกคนกลางที่เหมาะสมเพียงไม่กี่รายในเขตใดเขตหนึ่ง ทำให้คนกลางมีจำนวนจำกัดโดยพิจารณาจากร้านค้าที่มีทำเลเหมาะสม ซึ่งข้อตกลงประเภทนี้อาจเป็นข้อตกลงที่เข้าลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 55 เช่น การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ตามมาตรา 55(1) ประกอบมาตรา 54(4) หรือ การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกันตามมาตรา 55(4) เป็นต้น ทั้งนี้ การตกลงกันดังกล่าวอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56 (2) หากผู้ผลิตหรือผู้จัดหาต้องการสร้างแรงจูงใจให้กับผู้จัดจำหน่ายในการลงทุนประชาสัมพันธ์ หรือการให้บริการแก่ลูกค้าก่อนและหลังการขาย และป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายที่อยู่นอกระบบ อันถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย ทั้งนี้ควรมีเกณฑ์ในการพิจารณา เช่น หลัก Metro doctrine ที่คณะกรรมการยุโรปได้วางหลักในการพิจารณา ดังนี้⁴⁵⁵

- ลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่มีความจำเป็นต้องใช้ระบบการจัดจำหน่ายสินค้าแบบเลือกสรร (Selective distribution system) ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อนทางเทคนิค (Technically complex products) ผลิตภัณฑ์ที่มีมูลค่าหรือมูลค่าของตราสินค้ามีราคาสูง (luxury or branded products) เนื่องจาก ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาต้องใช้ผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกที่มีความเฉพาะเจาะจงและมีความรู้และเข้าใจในตัวผลิตภัณฑ์จริง หรือเพื่อเป็นการรักษามูลค่าและภาพลักษณ์ของตราสินค้า ดังนั้น ผู้ผลิตหรือผู้จัดหาจึงต้องเลือกผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ขายที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญสามารถดูแลภาพลักษณ์ รวมทั้งดูแลลูกค้าของผลิตภัณฑ์ได้⁴⁵⁶

- ผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับการคัดเลือกโดยอ้างอิงถึงวัตถุประสงค์ที่ว่าต้องการรักษาภาพลักษณ์ของสินค้า หรือเพราะสินค้านั้นมีความซับซ้อนทางด้านเทคนิคดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ การเลือกจะต้องไม่เป็นไปเพื่อเลือกปฏิบัติต่อผู้ค้าปลีกบางราย และ

⁴⁵⁵ Jones, A. and B. Surfrin, *Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials*, p. 669.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, 670.

- เกณฑ์ที่กำหนดไว้จะต้องไม่เกินความจำเป็นสำหรับผลิตภัณฑ์ตามสัญญา

อย่างไรก็ดี แม้ว่าระบบการจัดจำหน่ายดังกล่าวจะเข้าเกณฑ์ที่กำหนดข้างต้น แต่ก็ต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่นๆ ตามมาตรา 56(2) ด้วย

5) ข้อตกลงการจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย (Exclusive customer allocation agreement) เป็นกรณีที่ผู้จัดหาทำข้อตกลงขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้จัดจำหน่ายที่จะขายผลิตภัณฑ์ต่อให้กับกลุ่มลูกค้าเฉพาะเท่านั้น ในขณะที่ผู้จัดจำหน่ายก็จะถูกจำกัดการขายแบบแอคทีฟไปยังกลุ่มลูกค้ากลุ่มอื่น ซึ่งข้อตกลงนี้อาจก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในสินค้าที่ห่อเดียวกันและการแบ่งตลาด (market participation)⁴⁵⁷ ซึ่งอาจเข้ามาตรา 55(1) ประกอบมาตรา 54(4) ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดผู้ซื้อหรือจัดจำหน่ายสินค้า อย่างไรก็ตามข้อตกลงดังกล่าวอาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56 (2) หากการจัดสรรลูกค้าเฉพาะนี้นำไปสู่ประสิทธิภาพด้านการจัดจำหน่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ผู้จัดจำหน่ายจะต้องลงทุน เช่น อุปกรณ์พิเศษ (specific equipment) เพื่อพัฒนาความรู้ (know-how) ให้กับกลุ่มลูกค้าเฉพาะของตน อย่างไรก็ตามการยกเว้นควรเกิดขึ้นในผลิตภัณฑ์ขั้นกลางหรือผลิตภัณฑ์ที่อยู่ระหว่างกระบวนการผลิต (intermediate products) หากการจัดสรรลูกค้าเฉพาะดังกล่าวเกิดขึ้นในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (final products) อาจจะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพ⁴⁵⁸ และผู้ผลิตหรือผู้จัดหาจะจำกัดการขายแบบพาสซีฟโดยผู้จัดจำหน่ายไม่ได้เนื่องจากเป็นข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น และอาจนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันในการค้าในที่สุดอันจะทำให้การตกลงกันดังกล่าวไม่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2)

6) การขายพ่วง (tying) เป็นข้อตกลงที่ผู้จัดหาทำการจัดหาลินค้าหนึ่ง (tying product) โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าที่แตกต่างอีกชนิดหนึ่งร่วมด้วย (tied product) ไม่ว่าจะซื้อจากผู้จัดหารายเดียวกันหรือบุคคลอื่นที่ผู้จัดหาลินค้ากำหนด ซึ่งเข้าลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 55(4) อย่างไรก็ตามการขายพ่วงอาจได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) หากมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่าย ลดต้นทุนโดยการกระจายสินค้าร่วมกัน (joint distribution) ลดต้นทุนในการขนส่งสินค้า นอกจากนี้การขายพ่วงอาจทำให้เกิดประสิทธิภาพในการรับรองคุณภาพและมาตรฐานของสินค้าหรือบริการ⁴⁵⁹ ทั้งนี้ต้องพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้จัดหาในตลาดสินค้าพ่วงและตลาด

⁴⁵⁷ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para. 168.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, para. 171.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, para. 222.

สินค้าที่ถูกพ่วง โดยผู้ผลิตหรือผู้จัดหาสินค้าจะต้องไม่ใช้อำนาจตลาดในการบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าที่ถูกพ่วง และต้องพิจารณาประกอบเงื่อนไขข้ออื่นภายใต้มาตรา 56(2) ด้วย

4.3.1.3 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค

การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคจะต้องพิจารณาจากประสิทธิภาพด้านต้นทุน และประสิทธิภาพในเชิงคุณภาพเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค เป็นการกล่าวกว้าง ๆ รวมเทคนิคในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นเทคนิคด้านการผลิต ด้านการจัดจำหน่าย การดำเนินการทางธุรกรรมอื่นๆ ที่ทำให้ต้นทุนลดลง หรือคุณภาพในการดำเนินการดีขึ้น ก็ถือเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคได้

ตัวอย่างเช่น สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี (technology transfer) ซึ่งอาจมีการกำหนดลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 55 เช่น การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน ตามมาตรา 55(4) อย่างไรก็ตาม สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีอาจได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2) ได้ เนื่องจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีทำให้มีการพัฒนานำเทคโนโลยีไปต่อยอดเพื่อพัฒนาสินค้าใหม่หรือพัฒนาการจัดจำหน่ายให้ดียิ่งขึ้น อันจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพด้านการผลิต ประสิทธิภาพด้านการจัดสรรทรัพยากร และประสิทธิภาพเชิงพลวัต ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่กำหนดข้อตกลงไม่ให้ผู้รับอนุญาตนำเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตไปพัฒนาต่อยอด ข้อตกลงเช่นนี้จะไม่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) เพราะจำกัดการแข่งขันในตลาดเทคโนโลยี

นอกจากนี้ สัญญาการขายพ่วงแม้จะเข้ามาตรา 55(4) แต่อาจได้รับยกเว้นหากเป็นการขายพ่วงเพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค เช่น การขายสินค้าพร้อมอะไหล่หรืออุปกรณ์พิเศษ เพื่อให้การใช้งานสินค้ามีประสิทธิภาพมากขึ้น กรณีเช่นนี้อาจเข้าข่ายเป็นการตกลงกันเพื่อพัฒนาทางเทคนิคที่จะได้รับยกเว้นตามมาตรา 56(2) แต่จะต้องพิจารณาการตกลงดังกล่าวโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประสิทธิภาพและผลกระทบ อีกทั้งจะต้องเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56(2) โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป

4.3.1.4 การตกลงร่วมกันในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ

การตกลงร่วมกันในแนวตั้ง อาจก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ นอกเหนือจากประสิทธิภาพด้านต้นทุน หรือประสิทธิภาพด้านคุณภาพ โดยการพิจารณาเพื่อชั่ง

น้ำหนักระหว่างผลดีกับผลเสียของข้อตกลงนั้น บางกรณีอาจพิจารณาถึงความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ ประกอบด้วย ซึ่งคณะกรรมการการยุโรปได้จำแนกข้อดีและยกตัวอย่างพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งไว้ ทั้งนี้ผู้เขียนได้กล่าวไว้โดยละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.3.2 แล้ว ซึ่งข้อตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ หากก่อให้เกิดข้อดี ดังต่อไปนี้

1) ป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่น (The free-rider problem) ซึ่งการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution agreement) อาจช่วยป้องกันปัญหานี้ได้⁴⁶⁰ หรือบางกรณีร้านค้าที่มีคุณภาพสูง (premium store) จำเป็นต้องเก็บสินค้าที่มีคุณภาพเพื่อรักษาสินค้า อีกทั้งให้ข้อมูลที่เพียงพอแก่ผู้บริโภคก่อนตัดสินใจซื้อ ผู้ประกอบธุรกิจจึงจำเป็นต้องทำข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน เพื่อป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่อยู่นอกระบบ และเป็นการส่งเสริมให้เกิดการจัดทำโฆษณาประชาสัมพันธ์ หรือการให้บริการแก่ลูกค้า ทั้งก่อนและหลังการขาย เช่น การทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) ซึ่งสินค้าที่ควรได้รับประโยชน์ ได้แก่ สินค้าที่ผู้บริโภคจะทราบคุณภาพก็ต่อเมื่อได้ผ่านการใช้งานแล้ว (Experience goods) หรือสินค้าที่มีความซับซ้อน (complex goods) ที่ผู้บริโภคจะต้องตัดสินใจก่อนการซื้อ⁴⁶¹ ผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายจำเป็นต้องทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งเพื่อแก้ปัญหาการกินแรงดังกล่าว

2) เกิดการเปิดตลาดและมีผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาด (Opening up and entering new market) เนื่องจากการทำการตกลงในแนวดิ่งเป็นกลยุทธ์ในการทำการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ และข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันบางประเภทอาจทำขึ้นเพื่อรักษาระบบการจัดจำหน่าย ตัวอย่างเช่น การทำข้อตกลงตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงรายเดียว (Exclusive distributor) เพื่อสนับสนุนให้ผู้จัดจำหน่ายทำการลงทุนครั้งแรก ดังนั้น ผู้ผลิตอาจจำเป็นต้องปกป้องผู้จัดจำหน่ายจากการแข่งขันระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน เพื่อให้ผู้จัดจำหน่ายสามารถดำเนินธุรกิจเพื่อชดใช้เงินลงทุนในระยะเวลาชั่วคราว⁴⁶²

3) แก้ปัญหาการติดขัด (The hold-up problem) ในกรณีที่ผู้เสนอขายหรือผู้ซื้อต้องลงทุนในอุปกรณ์พิเศษ (special equipment) หรือ การฝึกอบรมพนักงาน เพื่อขายสินค้าหรือดูแลลูกค้าเฉพาะกลุ่ม หรือผู้ผลิตอะไหล่อาจต้องสร้างเครื่องจักรหรือเครื่องมือใหม่เพื่อ

⁴⁶⁰ Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 616.

⁴⁶¹ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," *Official Journal of the European Union* para. 107.

⁴⁶² Whish, R., *Competition Law: 6th (Sixth) Edition*, p. 616.

ตอบสนองความต้องการเฉพาะของลูกค้ารายใดรายหนึ่ง ทำให้ผู้ผลิตอาจไม่ลงทุนก่อนที่จะมีการกำหนดอุปทานที่แน่นอนได้ (particular supply arrangement are fixed) อย่างไรก็ตามการทำข้อตกลงในแนวดิ่งเพื่อแก้ปัญหาการติดขัดจะต้องเข้าเงื่อนไขบางประการ คือ การลงทุนจะต้องมีความสัมพันธ์เฉพาะ (relationship-specific) กล่าวคือผู้ลงทุนจะไม่สามารถนำสิ่งที่ได้จากการลงทุนไปใช้เพื่อสร้างกำไรหรือขายต่อในทางเลือกอื่นได้ นอกจากนี้จะต้องเป็นการลงทุนระยะยาวที่ไม่ได้รับการชดเชยในระยะสั้น และการลงทุนจะต้องไม่สมดุล กล่าวคือ มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องลงทุนมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อตรงตามเงื่อนไขเหล่านี้แล้ว การทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งในช่วงระยะเวลาที่ผู้ลงทุนสามารถถอนทุนคืนได้จึงเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมที่สุด ซึ่งการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งประเภทข้อตกลงที่จะไม่แข่งขัน (non-compete type) หรือประเภทกำหนดปริมาณ (quantity forcing type) หรือการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive distribution) หรือการจัดสรรลูกค้าเฉพาะราย (Exclusive customer allocation) หรือการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive supply) อาจทำได้หากเข้าเงื่อนไขดังกล่าว⁴⁶³ นอกจากนี้ยังแก้ปัญหาการติดขัดในกรณีการถ่ายทอดความรู้สำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (The hold-up problem where know-how is transferred) เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ที่ได้รับความรู้นั้นไปจะไม่นำไปถ่ายทอดต่อให้กับผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่ง⁴⁶⁴

4) แก้ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของตลาดทุน (Capital market imperfections) ในบางกรณีธนาคารไม่สามารถจัดหาทุนให้เพียงพอกับความต้องการของผู้ประกอบการรายใหม่ ในกรณีเช่นนี้ผู้จัดหาอาจให้ผู้ซื้อยืมเงินหรืออาจจะสลับกันได้ หากผู้จัดหาให้ผู้ซื้อยืมเงิน ผู้จัดหาอาจกำหนดข้อตกลงที่ไม่มีการแข่งขันหรือกำหนดปริมาณการซื้อของผู้ซื้อ ในกรณีที่ผู้ซื้อให้ผู้จัดหายืมเงิน ผู้ซื้ออาจกำหนดข้อตกลงการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว หรือ กำหนดปริมาณในการจัดหาให้กับผู้ซื้อ⁴⁶⁵ และอาจทำข้อผูกมัดที่ไม่มีการแข่งขัน⁴⁶⁶ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงหรือข้อผูกมัดดังกล่าวจะต้องมีระยะเวลาที่เหมาะสมเพียงพอต่อการชดเชยให้กับผู้ประกอบการที่ให้กู้ยืมเงินเท่านั้น

5) การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งอาจช่วยสนับสนุนภาพลักษณ์ของตราสินค้า และช่วยเพิ่มความน่าสนใจให้กับลูกค้า เช่น ระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective

⁴⁶³ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union para.107.

⁴⁶⁴ Whish, R., Competition Law: 6th (Sixth) Edition, p. 617.

⁴⁶⁵ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union 35.

⁴⁶⁶ Whish, R., Competition Law: 6th (Sixth) Edition, p. 617.

distribution) และระบบแฟรนไชส์ (Franchising system)⁴⁶⁷ ที่มีการคัดเลือกผู้จัดจำหน่ายและมีการกำหนดมาตรฐานในการจัดจำหน่ายสินค้า รวมทั้งการดูแลและให้บริการลูกค้าอย่างทั่วถึง

6) แก้ปัญหาผลกระทบภายนอก (vertical externality issue) เนื่องจากการลงทุนในการประกอบธุรกิจ ผลประโยชน์บางส่วนอาจไปตกแก่ผู้ที่ไม่ได้ลงทุนดังกล่าว เช่น ผู้ค้าปลีกอาจจะไม่ได้รับประโยชน์ทั้งหมดจากการดำเนินการเพื่อพัฒนาการขายเนื่องจากประโยชน์ดังกล่าวบางส่วนอาจไปสู่ผู้ผลิต ดังนั้น จึงอาจมีปัจจัยภายนอกเชิงบวกที่ผู้ผลิตได้รับจากการกระทำของผู้ค้าปลีก และจากมุมมองของผู้ผลิตมองว่าผู้ค้าปลีกอาจกำหนดราคาที่สูงเกินไป หรือพยายามขายน้อยเกินไป ผลกระทบภายนอกเชิงลบดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยการที่ผู้ผลิตกำหนดราคาขายต่อขั้นสูงแก่ผู้ค้าปลีก (maximum resale price) นอกจากนี้การเพิ่มความพยายามในการขายสินค้าของผู้ค้าปลีก อาจทำได้โดยการทำข้อตกลงการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Selective distribution) หรือการจัดจำหน่ายเพียงรายเดียว (Exclusive distribution) ซึ่งอาจจะเป็นประโยชน์และช่วยแก้ปัญหาดังกล่าว⁴⁶⁸

ทั้งนี้ ในการพิจารณายกเว้นให้กับข้อตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจตามมาตรา 56(2) จะต้องพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขข้ออื่น ๆ ที่จะอธิบายในข้อ 4.3.2 – 4.3.4 ด้วย

4.3.2 ข้อตกลงต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น

เงื่อนไขข้อที่สองนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่าสหภาพยุโรปมีแนวทางในการพิจารณา 2 ประการ คือ

1) การตกลงที่จำกัดการแข่งขันดังกล่าวต้องมีเหตุผลที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุประสิทธิภาพในตลาด กล่าวคือ ไม่มีวิธีอื่นที่สามารถนำไปปฏิบัติได้และไม่มีวิธีอื่นที่มีข้อจำกัดน้อยกว่าในการบรรลุถึงประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ประสิทธิภาพในการผลิต และประสิทธิภาพเชิงพลวัต

2) ข้อจำกัดการแข่งขันแต่ละข้อของการตกลงนั้นต้องมีความจำเป็นพอสมควรเพื่อให้บรรลุถึงประสิทธิภาพ

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union 107.

นอกจากแนวทางการพิจารณาของสหภาพยุโรป 2 ประการข้างต้นแล้ว ประเทศออสเตรเลียก็ได้กำหนดแนวทางที่คล้ายกัน ประกอบกับพิจารณาระยะเวลาของข้อตกลง กล่าวคือ การจำกัดการแข่งขันต้องอยู่ในระยะเวลาที่เหมาะสม และมีเหตุผลสนับสนุน เช่น มีระยะเวลาเหมาะสมที่ผู้ลงทุนในการทำข้อตกลงเพื่อพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่าย หรือส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคจะได้รับการชดเชยจากการลงทุน เป็นต้น⁴⁶⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็นข้อตกลงที่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นตามมาตรา 56(2) ควรพิจารณาจากแนวทาง 3 ประการข้างต้นประกอบกัน กล่าวคือ ไม่มีวิธีอื่นที่จะจำกัดการแข่งขันน้อยกว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพื่อให้บรรลุประสิทธิภาพของตลาด ข้อจำกัดแต่ละข้อจะต้องมีความจำเป็นพอสมควรเพื่อบรรลุประสิทธิภาพนั้น และข้อตกลงดังกล่าวจะต้องมีระยะเวลาที่เหมาะสม

4.3.3 ข้อตกลงไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

จากการศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขข้อที่สามกับแนวปฏิบัติในการยกเว้นตามมาตรา 101(3) TFEU ซึ่งกำหนดว่าข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่สร้างการจำกัดการแข่งขันในตลาด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีความสอดคล้องกับการจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญตามมาตรา 56 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

ทั้งนี้แนวปฏิบัติในการยกเว้นตามมาตรา 101(3) TFEU กำหนดแนวทางในการพิจารณาการประเมินอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry) ของผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งหลักการนี้ตรงกับระบบการอนุญาตให้กับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันแนวดิ่งในประเทศออสเตรเลียในการประเมินผลกระทบต่อตลาดอย่างมีนัยสำคัญเช่นกัน

นอกจากนี้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ต้องการจะทำความตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันก็มีความสำคัญ โดยจะต้องเป็นผู้มีส่วนแบ่งตลาดในระดับที่ยังมีคู่แข่งรายอื่นสามารถแข่งขันได้ กล่าวคือ ไม่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือไม่มีส่วนแบ่งตลาดที่มากเกินไป ดังเช่น สหภาพยุโรปได้กำหนดการพิจารณาในกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม ที่กำหนดให้ส่วนแบ่งตลาดระหว่างผู้จัดหา และส่วนแบ่งตลาดของผู้จัดจำหน่ายแต่ละราย มีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินร้อยละ 30 เป็นต้น และการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ภายหลังจากที่มีการทำข้อตกลงในแนวดิ่งแล้ว จะต้องไม่เป็นการยากเกินไป โดยคณะกรรมการยุโรปได้กำหนดปัจจัยในการพิจารณาดังต่อไปนี้

⁴⁶⁹ ACCC, "Guidelines for Authorisation of Conduct (Non-Merger)."

- 1) กรอบการกำกับดูแลและกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ให้ความสนับสนุนต่อผู้ประกอบการรายใหม่
- 2) ต้นทุนในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่จะต้องไม่อยู่ในระดับที่สูง หรือมีต้นทุนจมอันจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการลงทุนสูงเกินไป
- 3) ขนาดการผลิตของผู้ประกอบการธุรกิจที่มีประสิทธิภาพต่ำสุดในอุตสาหกรรม
- 4) จุดแข็งในการแข่งขันของผู้เข้าแข่งขันรายใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าถึงเทคโนโลยีที่จะทำให้สามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

หากข้อตกลงดังกล่าว ไม่ส่งผลกระทบต่อผู้เข้าแข่งขันในตลาดรายใหม่เกินควร และยังคงมีการแข่งขันในตลาดอยู่ตลาด เมื่อพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขข้ออื่น ๆ แล้ว ข้อตกลงดังกล่าวก็จะได้รับการยกเว้นให้สามารถทำได้

ทั้งนี้ การแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดและผู้ประกอบการรายใหม่นั้น มีความสำคัญในการที่จะทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ยังมีผู้แข่งขันในตลาดมากเท่าไร กลไกตลาดก็จะทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้น ข้อตกลงในแนวนี้ควรต้องพิจารณาบนพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ด้วย โดยผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะนำแนวทางและหลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ของสหภาพยุโรปดังกล่าวข้างต้นมาเป็นแนวทางในการพิจารณาเงื่อนไขข้อที่สามนี้ อีกทั้งควรกำหนดส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญาที่ทำการตกลงในแนวนี้ที่ส่งผลกระทบต่อตลาดเล็กน้อย เพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นในการพิจารณา

4.3.4 ข้อตกลงต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หรือประเทศออสเตรเลีย ต่างมีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายสุดท้ายคือคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค (Consumer Welfare) ดังจะเห็นได้จากเกณฑ์การพิจารณาการอนุญาตให้ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวนี้ของประเทศออสเตรเลีย คณะกรรมาธิการออสเตรเลียจะพิจารณาจากหลักผลประโยชน์สุทธิ (net benefit test) ซึ่งนำหน้าผลประโยชน์สาธารณะที่มีคุณค่าต่อชุมชน สังคม โดยคณะกรรมาธิการเห็นว่าการปรับปรุงสวัสดิการของประชาชนที่ดีที่สุด คือ สินค้าหรือบริการจะต้องได้รับการพัฒนาและจัดหาในราคาที่ถูกลง สอดคล้องกับการเกิดประสิทธิภาพด้านราคา และประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ ซึ่งประสิทธิภาพนี้จะเกิดขึ้นเมื่อเกิดอรรถประโยชน์ส่วนเพิ่ม อันสะท้อนให้เห็นถึงความเต็มใจของผู้บริโภคในการจ่ายเงินไปสำหรับหน่วยของผลิตภัณฑ์

จากแนวปฏิบัติในการปรับใช้มาตรา 101(3) TFEU สามารถสรุปได้ว่า การตกลงร่วมกันที่จะทำให้ผู้บริโภครับประโยชน์นั้น จะต้องเป็นผลประโยชน์ชัดเจนให้กับผู้บริโภครที่ได้รับผลกระทบจากการทำข้อตกลงอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งข้อตกลงจะต้องส่งผลในเชิงบวกที่ชัดเจนผลเสียให้แก่ผู้บริโภคร้อยอย่างสมดุล ในบางกรณีประสิทธิภาพอาจต้องใช้เวลา คณะกรรมาธิการยุโรปได้วางหลักไว้ว่า “ยิ่งประสิทธิภาพเกิดขึ้นล่าช้ามากเท่าไรประสิทธิภาพจะต้องมากขึ้นเท่านั้น” ซึ่งประสิทธิภาพที่ผู้บริโภครจะได้รับ ได้แก่

1) ประสิทธิภาพด้านราคา เนื่องจากข้อตกลงนั้นทำให้ต้นทุนในการผลิตหรือจัดจำหน่ายสินค้าต่ำลง ผู้บริโภคจึงควรซื้อสินค้าในราคาที่ถูกลง หรือราคาเท่าเดิมแต่คุณภาพสินค้าดีขึ้น

2) ประสิทธิภาพเชิงคุณภาพ เช่น เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ หรือปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้ดีขึ้น สร้างมูลค่าที่เพียงพอเพื่อชดเชยผลกระทบจากข้อตกลงที่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน

เมื่อพิจารณาบริบทของกฎหมายไทย ดังที่กล่าวไปแล้วว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 56(2) มีลักษณะคล้ายกับมาตรา 101(3) TFEU ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากนำแนวทางในการปรับใช้มาตรา 101(3) TFEU มาเป็นแนวทางในการปรับใช้กับมาตรา 56(2) ภายใต้บริบทและระบบเศรษฐกิจของกฎหมายไทยน่าจะมีความเหมาะสม

ทั้งนี้มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ.2560 ก็ยังเปิดช่องให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าออกกฎกระทรวงที่เป็นการยกเว้นให้กับพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 56(4) ผู้เขียนจึงเห็นว่าการออกกฎกระทรวงที่เป็นกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่เกิดขึ้นมากในระบบธุรกิจภายใต้ มาตรา 56(4) จะช่วยให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาด อีกทั้งยังช่วยส่งเสริมให้เกิดผู้เข้าแข่งขันในตลาดรายใหม่มากขึ้นอีกด้วย อย่างไรก็ตามการออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการยกเว้น 4 ประการ คือ

1) ข้อตกลงต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

2) ข้อตกลงต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น

3) ข้อตกลงไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

4) ข้อตกลงต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค

ดังนั้น เมื่อการแข่งขันเพิ่มขึ้นย่อมส่งผลดีต่อระดับอุปสงค์และอุปทาน ทำให้กลไกตลาดทำงานได้สมบูรณ์มากขึ้น ผู้บริโภคก็จะได้ซื้อสินค้าหรือบริการในราคาที่เหมาะสมและมีคุณภาพ ก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับเป้าหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า



4096385787

CU Thesais 5885956134 thesais / recv: 31072562 11:39:47 / seq: 12

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาเปรียบเทียบเพื่อพิจารณาการปรับใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 56(2) กับพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งพบว่า พฤติกรรมการตกลงร่วมกันดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจในเชิงบวกมากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้น แต่ต้องพิจารณาภายในกรอบประสิทธิภาพ โดยชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบเชิงบวกและผลกระทบเชิงลบ

จากการศึกษาและเปรียบเทียบพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งพบว่าลักษณะของพฤติกรรมที่อาจจะได้รับการยกเว้น หากเข้าเงื่อนไขต่าง ๆ ตามมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มีดังต่อไปนี้

ก. การตกลงร่วมกันในแนวตั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต

1) การทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี (license agreement) เนื่องจากทำให้เกิดการปรับปรุงหรือพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ให้มีคุณภาพมากกว่าเดิม อีกทั้งยังเป็นการช่วยลดต้นทุนการผลิต ส่งเสริมให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ และผู้บริโภคได้รับประโยชน์ด้วยการใช้สินค้าที่มีคุณภาพเหมาะสมกับราคา หรืออาจจะซื้อสินค้าได้ในราคาที่ถูกลง แต่สัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีจะกำหนดข้อตกลงเพิ่มเติมอันมีผลต่อการกำหนดราคาขายต่อผลิตภัณฑ์ หรือการแบ่งพื้นที่ของผู้ได้รับสิทธิไม่ได้ นอกจากนี้การกำหนดข้อผูกมัดที่ห้ามไม่ให้ผู้รับสิทธิสามารถนำเทคโนโลยีไปพัฒนาต่อไม่สามารถทำได้

2) การทำสัญญาจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Supply) โดยกำหนดให้ผู้จัดหาจะต้องขายวัตถุดิบให้กับผู้ผลิตเพียงคนเดียว เนื่องจากผู้จัดหามีกำลังการจัดหาที่จำกัด ซึ่งการตกลงดังกล่าวจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิตที่เต็มกำลังการผลิต ลดต้นทุน และผู้ผลิตไม่ต้องหาวัตถุดิบจากแหล่งอื่น อีกทั้งทำให้เกิดการวางแผนการผลิตที่ดีขึ้น ทำให้ผู้จัดหาสามารถหาวัตถุดิบให้ผู้ซื้อได้อย่างต่อเนื่องตามความต้องการ โดยผู้ซื้อไม่ต้องซื้อวัตถุดิบนั้นไว้เป็นเวลานานอันจะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการล้าสมัย ส่งผลให้เกิดการประหยัดต้นทุน



4096385787

CD :Thesis 5885956134 thesis / rev: 31072562 11:39:47 / seq: 12

ข. การตกลงร่วมกันในแนวตั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้า

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่าข้อตกลงในแนวตั้งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการจัดจำหน่ายสินค้าที่สามารถทำได้ ได้แก่

1) การกำหนดราคาขายต่อ ตามมาตรา 55 (1) ป ทั้งการกำหนดราคาขายต่อขั้นสูงและการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำ อย่างไรก็ตามก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าการกำหนดราคาขายต่อขั้นต่ำนั้นสามารถทำได้หรือไม่ แต่ก็มีเหตุผลสนับสนุนให้ทำได้เนื่องจากเหตุผลในเรื่องกลยุทธ์ของการขาย และการป้องกันการกินแรงจากผู้ค้าปลีกหรือผู้จัดจำหน่ายรายอื่น (free-rider)

2) การจำกัดปริมาณสินค้าหรือการกำหนดโควตา ตามมาตรา 55 (1) เนื่องจากสินค้าบางประเภทต้องการที่จะรักษาคุณภาพหรือรักษาภาพลักษณ์ของตราสินค้า หรือเป็นสินค้าหรือบริการที่ไม่สามารถเก็บรักษาไว้ได้นาน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการจำกัดโควตาหรือปริมาณของสินค้าในการจัดจำหน่ายเพื่อความเหมาะสม

3) การกำหนดแบ่งท้องที่ที่จะจำหน่ายสินค้าหรือแบ่งกลุ่มลูกค้า ตามมาตรา 55(1) เนื่องจากช่วยส่งเสริมให้การจัดจำหน่ายสินค้ามีคุณภาพมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการลูกค้าก่อนและหลังการขาย การทำโฆษณาประชาสัมพันธ์ เป็นต้น ทั้งนี้ต้องไม่มีเงื่อนไขประกอบนอกเหนือไปจากการตกลงแบ่งท้องที่ หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า เช่น กำหนดแบ่งท้องที่และกำหนดราคาขายต่อ กรณีเช่นนี้จะไม่สามารถทำได้ เนื่องจากมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดตลาด

4) การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการตามมาตรา 55(3) ซึ่งเป็นการจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Distributor) หากจำกัดการขายแบบแอคทีฟเท่านั้นจะสามารถทำได้ แต่จะไม่สามารถจำกัดการขายแบบพาสซีฟได้ เหตุผลที่การจำกัดการขายแบบแอคทีฟสามารถทำได้ เนื่องจากป้องกันการกินแรงจากผู้จัดจำหน่ายรายอื่น (free-rider) ลดต้นทุนในการทำธุรกรรม ต้องการรักษาภาพลักษณ์หรือตราสินค้า และต้องการให้มีการส่งเสริมการบริการแก่ลูกค้าอย่างทั่วถึง

5) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน ตามมาตรา 55(4) เช่น การขายพ่วง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางการพิจารณาของต่างประเทศแล้วพบว่า การขายพ่วงสามารถทำได้หากผู้จัดหาสินค้ารายแรกไม่มีอำนาจเหนือตลาดสินค้าชนิดแรกเพื่อใช้บังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้ารายการที่สอง ทั้งนี้ การขายพ่วงจะต้องมีส่วนในการช่วยลดต้นทุนในการจัดจำหน่ายสินค้า หรือการจำหน่ายสินค้าพ่วงและสินค้าที่ถูกพ่วงจะทำให้สินค้าได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ค. การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิค

การตกลงร่วมกันในรูปแบบต่างๆ ที่ก่อให้เกิดการพัฒนาทางเทคนิคด้านอื่นๆ ทั้งเทคนิคการผลิต เทคนิคการจัดจำหน่ายสินค้า ที่ส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพด้านต้นทุน และประสิทธิภาพด้านคุณภาพในด้านต่าง ๆ เช่น สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ง. การตกลงร่วมกันในแนวดิ่งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ

ผู้เขียนเห็นว่าการข้อตกลงในแนวดิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจตามมาตรา 56(2) นั้น นอกเหนือจากหลักประสิทธิภาพแล้ว เหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์ก็มีส่วนสำคัญในการพิจารณา เช่น ข้อตกลงในแนวดิ่งที่ช่วยแก้ปัญหาการกินแรง (free rider) แก้ปัญหาการติดขัด (hold-up problem) หรือข้อตกลงในแนวดิ่งที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาคุณภาพของตราสินค้า เป็นต้น เนื่องจากการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งอาจเกิดขึ้นได้อีกในโลกธุรกิจ กฎหมายจึงบัญญัติให้เปิดกว้าง ดังนั้น หากเป็นข้อตกลงในแนวดิ่งที่ได้รับการพิจารณาแล้วว่าส่งผลให้เกิดการแข่งขันในตลาดและก่อให้เกิดความเจริญเติบโตในระบบเศรษฐกิจ ข้อตกลงดังกล่าวก็ควรจะได้รับพิจารณายกเว้นตามมาตรา 56(2)

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแนวทางการพิจารณาของกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่า ข้อตกลงในการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์เชิงบวกและผลกระทบเชิงลบ โดยแต่ละประเทศจะอ้างอิงถึงหลักประสิทธิภาพ ได้แก่

- 1) ประสิทธิภาพด้านการจัดสรรทรัพยากร (Allocative efficiency)
- 2) ประสิทธิภาพด้านการผลิต (Productive efficiency) คือ การผลิตโดยใช้ต้นทุนอย่างมีประสิทธิภาพ
- 3) ประสิทธิภาพเชิงพลวัต (dynamic efficiency) คือ การพัฒนากระบวนการและนวัตกรรมในการผลิตสินค้า

ประสิทธิภาพทั้ง 3 ด้านนี้มีความเกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ หากมีการพัฒนากระบวนการหรือนวัตกรรม จะส่งผลให้การผลิตนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยใช้ต้นทุนต่ำลง อันมีผลให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามการตกลงในการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งอาจไม่จำเป็นต้องเข้าเงื่อนไขของประสิทธิภาพทั้ง 3 ประการก็ได้ เพียงแค่เข้าเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งเมื่อชั่งน้ำหนักแล้วเกิดผลดีมากกว่าผลเสียก็อาจทำได้

นอกจากนี้ จะต้องพิจารณาถึงส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญา ระดับความเข้มข้นของการแข่งขันในตลาด และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ เนื่องจากหัวใจสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าคือต้องการให้ตลาดเกิดการแข่งขัน เพราะการแข่งขันทำให้กลไกตลาดสามารถทำงานได้มีประสิทธิภาพ และส่งผลดีต่อผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าหรือบริการได้ในราคาที่เหมาะสม

จากการศึกษาพบว่า ทุกประเทศยอมรับให้ทำการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งได้ ตราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง และเป็นเครื่องมือในการผูกขาดสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาและชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีผลเสียเป็นรายกรณีไป

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาบริบทของกฎหมายไทยแล้วพบว่ากฎหมายยังไม่มี ความชัดเจน และไม่มีเกณฑ์ที่แน่นอนในการปรับใช้มาตรา 56(2) เหมือนเกณฑ์การพิจารณากเว้นของสหภาพยุโรปตาม มาตรา 101(3) TFEU และเกณฑ์การอนุญาตหรือยื่นหนังสือแจ้งไปยังคณะกรรมการออสเตรเลีย จึงอาจทำให้เกิดความไม่มั่นใจแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในการทำข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันใน แนวตั้งดังกล่าว

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นให้กับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่ไม่ร้ายแรงตามมาตรา 55 ซึ่งรวมถึงการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอในการปรับใช้เพื่อยกเว้นให้กับพฤติกรรมตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง อีกทั้งยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาว่าใช้กับพฤติกรรมในลักษณะใดบ้าง และควรมีขอบเขตการบังคับใช้เพียงใด จึงอาจทำให้เกิดความสับสนและสร้างความไม่แน่ใจให้กับผู้ประกอบการ ดังที่กล่าวไปแล้วว่าข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งแม้จะมีผลเสีย แต่ก็มีผลดีต่อระบบเศรษฐกิจเช่นกัน ในการพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจึงควรพิจารณาบนพื้นฐานของหลักเศรษฐศาสตร์ประกอบด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่ามาตรา 56(2) มีความใกล้เคียงกับมาตรา 101(3) ของ TFEU จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และแนวทางการพิจารณาการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งของสหภาพยุโรปมาเทียบเคียง เนื่องจากกฎหมายและแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปมีความละเอียดและชัดเจน โดยกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณามาตรา 56(2) ดังต่อไปนี้

1) การตกลงร่วมกันในแนวตั้งต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

เงื่อนไขข้อแรก พิจารณาจากประสิทธิภาพด้านต้นทุน ได้แก่ การประหยัดต่อขนาด (economies of scope) การประหยัดต่อขอบเขต (economies of scale) เป็นต้น อันก่อให้เกิดการลดต้นทุนในการทำธุรกรรม ส่งผลให้ราคาสินค้าหรือบริการมีราคาถูกลง และประสิทธิภาพเชิงคุณภาพที่สร้างมูลค่าเพียงพอสําหรับผู้บริโภคเพื่อชดเชยผลกระทบจากข้อตกลงที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน

2) การตกลงร่วมกันในแนวตั้งต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็น

เงื่อนไขข้อที่สองจะต้องเป็นข้อจำกัดที่มีความเฉพาะเจาะจงที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพ และไม่มีวิธีอื่นที่สามารถนำไปปฏิบัติได้ หรือไม่มีวิธีอื่นที่จำกัดการแข่งขันน้อยกว่าในการบรรลุประสิทธิภาพ และข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันนั้นเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ หากไม่มีข้อจำกัดดังกล่าวจะทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพหรือเกิดประสิทธิภาน้อยมากนอกจากนี้ คณะกรรมการอาจพิจารณาถึงความจำเป็นในช่วงเวลาหนึ่ง และอาจพิจารณาขเว้นเฉพาะช่วงเวลานั้นก็ได้

3) การตกลงร่วมกันในแนวตั้งต้องไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

เงื่อนไขข้อที่สาม พิจารณาจาก อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ รวมทั้งความเข้มข้นของการแข่งขันในตลาด นอกจากนี้ต้องพิจารณาอำนาจตลาดหรือส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจขณะนั้น ว่ามีส่วนแบ่งตลาดอยู่ในระดับที่มีความเสี่ยงต่อการผูกขาดหรือไม่ ซึ่งจะเป็นสิ่งที่คอยสกัดไม่ให้ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันได้

4) การตกลงร่วมกันในแนวตั้งต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภค

เงื่อนไขข้อที่สี่ พิจารณาจากประสิทธิภาพด้านต้นทุน และประสิทธิภาพด้านคุณภาพเช่นกัน กล่าวคือ การทำข้อตกลงดังกล่าวต้องเป็นการเพิ่มมูลค่าหรือปรับปรุงสินค้าหรือบริการให้มีมูลค่ามากกว่าความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ

ทั้งนี้เงื่อนไขทั้งสี่ประการดังกล่าวข้างต้น จะต้องพิจารณาประกอบกันโดยจะขาดข้อหนึ่งข้อใดไปไม่ได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงจะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 56(2)

ในส่วนประเด็นเสนอแนะเพิ่มเติม คือ การบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรออกหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนหรือแนวปฏิบัติ (guideline) เพื่อเป็นแนวทางให้กับผู้ประกอบการธุรกิจทราบว่าธุรกิจใดที่ตนสามารถทำได้ หรือมีความเสี่ยงที่จะถูกเพิกถอน อีกทั้งข้อตกลงการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งนั้นมีมากมายหลายรูปแบบ และเกิดขึ้นมาก

ในโลกธุรกิจ เพื่อไม่ให้เกิดการพิจารณาล่าช้าและลดภาระงานต่อคณะกรรมการการแข่งขัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าคณะกรรมการการแข่งขันควรออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งที่พบอย่างแพร่หลายในโลกธุรกิจ โดยอิงตามมาตรา 56(2) ประกอบกับมาตรา 56 วรรคสอง กล่าวคือ จะต้องเป็นกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ ทั้งนี้การตกลงดังกล่าวจะต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ โดยจะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย เช่น กฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการจัดจำหน่ายในแนวตั้ง หรือกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี โดยมีโครงสร้างกฎเกณฑ์คล้ายกับกฎการยกเว้นแบบกลุ่มของสหภาพยุโรป ดังต่อไปนี้

1) กำหนดส่วนแบ่งตลาดที่ทำให้ข้อตกลงกันในแนวตั้งได้รับการยกเว้น (safe harbor) หากผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดสินค้าหรือบริการไม่เกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด เช่น สหภาพยุโรปกำหนดให้ข้อตกลงในแนวตั้งระหว่างผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดแต่ละฝ่ายไม่เกินร้อยละ 30 และข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง ก็จะได้รับยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม เป็นต้น

ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า จึงควรกำหนดส่วนแบ่งตลาดที่เหมาะสมสำหรับพฤติกรรมกรรมการตกลงกันแข่งขันในแนวตั้งเท่าที่เห็นว่าไม่มีผลกระทบต่อตลาดสินค้าและบริการ

2) กำหนดข้อตกลงที่เป็นการจำกัดแข่งขันร้ายแรง (hardcore restriction) ที่ทำให้ข้อตกลงนั้นไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม ซึ่งข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัด หรือลดการแข่งขันทางการค้า ส่วนมากจะเป็นข้อตกลงที่ส่งผลโดยตรงต่อกลไกตลาด ได้แก่ ข้อตกลงเกี่ยวกับราคา เช่น การกำหนดราคาขายต่อ (Resale price maintenance) หรือ การกำหนดปริมาณการขายของสินค้าหรือบริการ เช่น การกำหนดแบ่งพื้นที่การขายสินค้าในแต่ละพื้นที่ ทำให้ปริมาณสินค้าในพื้นที่นั้น ๆ ถูกจำกัด เป็นต้น

3) ข้อผูกมัดที่จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มแม้ผู้ประกอบการจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด แต่ข้อผูกมัดดังกล่าวจะไม่ทำให้การตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งนั้นเสียไป (excluded of restriction) ตัวอย่างเช่น

3.1) ข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขัน (non-compete obligation) ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ที่มีระยะเวลาเกินกว่าที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ยกตัวอย่าง ข้อผูกมัดไม่แข่งขันภายใต้ BER 330/2010 คณะกรรมาธิการของสหภาพยุโรปกำหนดให้ข้อตกลงที่จะไม่แข่งขันที่มี

ระยะเวลาไม่แน่นอนหรือมีระยะเวลาเกินกว่า 5 ปี จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม และข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขันซึ่งมีการต่ออายุโดยปริยายและสันนิษฐานได้ว่าเกินระยะเวลา 5 ปี จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มเช่นกัน เช่น ข้อตกลงการจัดหาแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Supply) เมื่อผู้จัดหาได้จัดหาอุปกรณ์ให้กับผู้ซื้อ เมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 5 ปี ของข้อผูกมัดที่จะไม่แข่งขัน ผู้ซื้อก็ควรที่จะสามารถซื้ออุปกรณ์ดังกล่าวจากผู้ขายรายอื่นในราคาตลาดได้⁴⁷⁰

เมื่อนำมาปรับใช้กับบริบทของสภาพเศรษฐกิจในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม ตราบเท่าที่ข้อผูกมัดดังกล่าวจะยังส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าผลเสีย

3.2) ข้อผูกมัดที่จำกัดไม่ให้ผู้ซื้อผลิต ซื้อมา หรือขายต่อสินค้าหรือบริการ ภายหลังจากเลิกสัญญา เว้นแต่เป็นข้อผูกมัดที่จำเป็นในการปกป้องความรู้ความชำนาญ (Know-how) ที่ผู้จัดหามอบให้ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขระยะเวลาในการปกป้องความรู้ความเชี่ยวชาญภายในระยะเวลาที่กำหนด ตัวอย่างเช่น BER 330/2010 คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรปได้กำหนดระยะเวลาข้อผูกมัดที่จำเป็นในการปกป้องความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นระยะเวลา 1 ปี นับแต่สิ้นสุดสัญญา เป็นต้น

เมื่อนำมาปรับใช้กับบริบทของสภาพเศรษฐกิจในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม ตราบเท่าที่ข้อผูกมัดดังกล่าวจะยังส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่าผลเสียเช่นกัน

3.3) ข้อผูกมัดที่ให้สมาชิกของระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรรไม่ขายสินค้าของผู้จัดหาบางราย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจนำไปสู่การคว่ำบาตรโดยรวมได้⁴⁷¹

จากโครงสร้าง 3 ประการดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงหลักเกณฑ์คร่าวๆ สำหรับการออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่มซึ่งเปรียบเทียบกับกฎการยกเว้นแบบกลุ่ม (Block Exemption) ของสหภาพยุโรป ทั้งนี้ คณะกรรมการควรต้องปรับให้เหมาะสมกับพฤติกรรมและบริบทของกฎหมายไทยต่อไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างแนวทางในการออกกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการตกลงแนวดิ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดจำหน่ายสินค้า และการตกลงแนวดิ่งที่เกี่ยวข้องกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี ดังต่อไปนี้

ก. ตัวอย่างกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการตกลงที่เกี่ยวข้องกับการจัดจำหน่าย

⁴⁷⁰ European Commission, "European Commission Guidelines on Vertical Restraints," Official Journal of the European Union, para. 66.

⁴⁷¹ Ibid., para. 69.

1) การยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการตกลงกันกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Maintenance)

การตกลงที่จะได้รับยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายไม่เกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ส่วนแบ่งตลาดจะต้องอยู่ในเกณฑ์ที่ไม่กระทบต่อการแข่งขันอันอาจนำไปสู่การลด หรือจำกัดการแข่งขันได้

(2) ข้อตกลงในการกำหนดราคาขายต่อจะต้องไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง ซึ่งการกำหนดราคาขายคงที่หรือราคาขายต่ำสุด (Fixed or Minimum Resale Prices) หรือกำหนดระดับราคาขายคงที่หรือระดับราคาขายต่ำสุดที่ผู้ซื้อต้องปฏิบัติตาม จะถือเป็นข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรง นอกจากนี้การกำหนดราคาขายต่อทางอ้อม เช่น การกำหนดอัตรากำไรขั้นต่ำในการกระจายสินค้า การกำหนดส่วนลดสูงสุด หรือ การที่ผู้จัดหาให้เงินคืนหรือชดเชยค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการขายให้กับผู้ซื้อภายใต้ระดับราคาที่กำหนด การข่มขู่ หรือ การส่งคำเตือน หรือการชะลอหรือระงับการส่งมอบ หรือการยกเลิกสัญญา ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามราคาที่กำหนด จะถือเป็น การจำกัดการแข่งขันร้ายแรงเช่นกัน⁴⁷²

ทั้งนี้ การกำหนดราคาขายต่อสูงสุด (Maximum Resale Price Maintenance) ไม่ถือเป็นข้อจำกัดการแข่งขันร้ายแรง และจะได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม

2) การยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการกำหนดอาณาเขตการขาย หรือ กำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้

การตกลงที่จะได้รับยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่มต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายไม่เกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ส่วนแบ่งตลาดจะต้องอยู่ในเกณฑ์ที่ไม่กระทบต่อการแข่งขันอันอาจนำไปสู่การลด หรือจำกัดการแข่งขันได้

⁴⁷² Ibid., para. 48.

(2) ข้อตกลงในการกำหนดอาณาเขต หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง เช่น ข้อตกลงที่ผู้ซื้อจะไม่ขายต่อสินค้าให้กับลูกค้าบางราย หรือไม่ขายสินค้าให้กับลูกค้าในบางพื้นที่ ข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงที่จะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม เว้นแต่ข้อตกลงในการกำหนดอาณาเขต หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ซื้อสามารถขายต่อได้ จะมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(2.1) การจำกัดการขายแบบแอคทีฟ ไปยังอาณาเขตที่ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นที่ได้รับการจัดสรรให้ขายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive territories) หรือการขายแบบ Active ไปยังกลุ่มลูกค้าที่ผู้จัดจำหน่ายรายอื่นได้รับจัดสรรให้ขายแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Customer Group)

(2.2) การจำกัดการแข่งขันในระดับผู้ค้าส่ง (Restriction on Wholesalers)

(2.3) การจำกัดการขายเพื่อรักษาระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร (Restrictions in Selective distribution system)

(2.4) การจำกัดการขายของผู้ซื้อส่วนประกอบ (Buyer of Components)

หากข้อตกลงมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามข้อ (2.1) – (2.4) ข้อตกลงดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง และจะได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม

ข. ตัวอย่างกฎการยกเว้นแบบกลุ่มสำหรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Technology Transfer)

การตกลงที่จะได้รับการยกเว้นต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายไม่เกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งส่วนแบ่งตลาดจะต้องอยู่ในเกณฑ์ที่ไม่กระทบต่อการแข่งขันอันอาจนำไปสู่การลด หรือจำกัดการแข่งขันได้ อนึ่ง เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดจะต้องพิจารณาทั้งตลาดที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่อนุญาต และตลาดที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ตามสัญญา

(2) ข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยี จะต้องไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรง ได้แก่

(2.1) การกำหนดราคาขายต่อสินค้าที่ผลิตได้ตามสัญญาอนุญาตใช้สิทธิ์ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม กล่าวคือ การกำหนดราคาสินค้าที่ผู้รับอนุญาตผลิตได้จากเทคโนโลยีที่

ได้รับอนุญาตไม่สามารถทำได้ แต่ไม่รวมถึงการกำหนดราคาขั้นสูง (Maximum Resale Price Maintenance) หรือ การแนะนำราคาสินค้า ซึ่งจะไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

(2.2) การจำกัดการขายสินค้าที่ผลิตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ์โดยการแบ่งพื้นที่ หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้า หากเป็นการจำกัดการขายแบบพาสซีฟไปยังพื้นที่อื่น หรือกลุ่มลูกค้าอื่นที่ไม่ได้รับอนุญาต จะถือเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง เว้นแต่ข้อตกลงในการแบ่งเขตพื้นที่หรือการแบ่งกลุ่มลูกค้าจะมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ อันจะทำให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรงและได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม ได้แก่

- การจำกัดการขายโดยผู้รับอนุญาตทั้งแบบแอกทีฟ และพาสซีฟไปยังอาณาเขตหรือกลุ่มลูกค้าที่สงวนไว้สำหรับผู้ให้อนุญาตขายแต่เพียงผู้เดียว จะไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

- การกำหนดให้ผู้รับอนุญาตผลิตสินค้าตามสัญญาสำหรับการใช้งานของตนเองเท่านั้น โดยมีเงื่อนไขว่าผู้รับอนุญาตจะไม่ถูกจำกัดการขายสินค้าตามสัญญาทั้งแบบแอกทีฟและพาสซีฟในฐานะอะไหล่สำหรับสินค้าของตนเอง ข้อตกลงดังกล่าวจะไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

- การกำหนดให้ผู้รับอนุญาตผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญาสำหรับลูกค้าเฉพาะราย เนื่องจากการให้อนุญาตถูกออกแบบมาเพื่อสร้างแหล่งจัดหาทางเลือกสำหรับลูกค้ารายนั้น โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาของข้อตกลงให้สิทธิ์ดังกล่าว ข้อจำกัดนี้จะไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

- การกำหนดข้อจำกัดให้ผู้รับอนุญาตดำเนินการในระดับขายส่ง โดยไม่ขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้บริโภค และขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้ค้าปลีกเท่านั้น เพื่อรักษาระบบการจัดจำหน่ายในระดับผู้ค้าส่ง ข้อจำกัดนี้จะไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

- การจำกัดการขายผลิตภัณฑ์จากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตให้กับผู้จัดจำหน่ายที่ไม่ได้รับอนุญาตเพื่อการรักษาระบบการจัดจำหน่ายแบบเลือกสรร ข้อจำกัดนี้จะไม่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

(2.3) การจำกัดไม่ให้ผู้รับอนุญาตขายผลิตภัณฑ์จากเทคโนโลยีที่ได้รับอนุญาตแบบแอกทีฟและพาสซีฟไปยังผู้บริโภคขั้นสุดท้ายเป็นการจำกัดการแข่งขันร้ายแรง

(3) ข้อผูกมัดที่จำกัดการใช้หรือการพัฒนาเทคโนโลยีของผู้รับอนุญาตไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจะไม่ได้รับการยกเว้น (Excluded Restriction) เว้นแต่จะเป็นข้อผูกมัดที่จำเป็น

เพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อมูลความรู้ (Know-how) ให้กับบุคคลที่สาม ทั้งนี้ แม้ข้อผูกมัดดังกล่าวจะไม่ได้รับการยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม แต่ก็ไม่ทำให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีนั้นเสียไปทั้งหมด

จากตัวอย่างของกฎการยกเว้นแบบกลุ่มที่กล่าวข้างต้นเป็นเพียงแนวทางเบื้องต้นที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจนำไปพิจารณาเท่านั้น อย่างไรก็ตามคณะกรรมการจะต้องศึกษาเกี่ยวกับรายละเอียดเพิ่มเติม นอกจากนี้แม้ว่าการตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งจะไม่ได้รับยกเว้นภายใต้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม แต่ผู้ประกอบการธุรกิจอาจได้รับยกเว้นภายใต้มาตรา 56(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าเป็นรายกรณีได้

ทั้งนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรมีแนวปฏิบัติในการปรับใช้มาตรา 56(2) รวมทั้งแนวปฏิบัติในการปรับใช้กฎการยกเว้นแบบกลุ่ม เพื่อให้กฎหมายและกฎเกณฑ์มีความชัดเจน ซึ่งจะช่วยสร้างความมั่นใจให้กับผู้ประกอบการ และทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเด็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น



4096385787

บรรณานุกรม

- ACCC. Guidelines for Authorisation of Conduct (Non-Merger). (March 2019).
- Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. (January 12, 2017 2017).
- Areeda, P., and Kaplow, L. Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases. 4 ed. New York: Little, Brown, , 1988.
- Association, A. B. Antitrust Law Developments (Second). New York: American Bar Association, 1984.
- "Authorisation." australian competition and consumer commission.
- "Bundesverband Der Arzneimittel-Importeure Ev and Commission of the European Communities Vs Bayer Ag." 2004.
- Calvani, T., and Breidenbach, G. An Introduction to the Robinson-Patman Act and Its Enforcement by the Government. 59 (1990-1991): 11.
- Cini, M., and McGowan, L. Competition Policy in the European Union. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- Consultants, E. E. M. "Competition Competence Report Article 101 (3) Tfeu." North Rhine-Westphalia, Germany.
- Corones, S. G. Competition Law in Australia. 2007.
- "Courage and Crehan." European Court of Justice, 2001.
- Craig, P., and Burca, G. D. Eu Law: Text, Cases and Materials. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Donald, B. G., and Heydon, J. D. Trade Practices Law : Restrictive Trade Practices, Deceptive Conduct and Consumer Protection. Sydney: Law Book Co., 1978.
- Elgar, E. Encyclopedia of Law and Economics Second Edition. Edited by Hylton, K. N. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc.
- European Commission. "Antitrust: Commission Adopts Revised Competition Rules for Distribution of Goods and Services." 2010.
- . Communication from the Commission Notice Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty. Official Journal of the European Union (21 April

- 2004 2004).
- . European Commission Guidelines on Vertical Restraints. Official Journal of the European Union (19 May 2010).
- . Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty Official Journal of the European Union (2004).
- . Guidelines on the Application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements. Official Journal of the European Union (28 March 2014 March 2014).
- . "Overview: Making Markets Work Better."
"Exemption for Vertical Supply and Distribution Agreements." EU-Lex Access to European Union Law.
- Frazer, T. Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America. 1 ed. Sussex: Wheatsheaf, 1988.
- Gellhorn, E., Kovacic, W. E., and Calkins, S. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. Thomson/West, 2004.
- Goebel, R. J., Fox, E. M., Bermann, G. A., Atik, J., Emmert, F., and Gerard, D. Cases and Materials on European Union Law Fourth Edition. 2015.
- Goetz, C. J., and McChesney, F. S. Antitrust Law : Interpretation and Implementation - 2nd Edition. second ed.: LexisNexis, 2002.
- Grendell, T. J. The Antitrust Legislation of the United States, the European Economic Community, Germany and Japan. The International and Comparative Law Quarterly 29, No. 1 (January 1980 1980): 64-86.
- Hermann-Josef, B. Bunte Hermann-Josef, Kartellrecht Lehrbuch Für Studium Und Praxis ; Mit Neuem Vergaberecht. Munich.
- "Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 V. Hyde(1984)." United States Supreme Court.
- Jones, A., and Surfrin, B. Eu Competition Law: Text, Cases, and Materials. Edited by 4. Oxford: Oxford University Press Inc, 2011.
- Klein, B., and Lerner, A. V. Procompetitive Justifications for Exclusive Dealing: Preventing Free-Riding and Creating Undivided Dealer Loyalty. (12 November 2006 2006).
- Kovenkamp, H. J. The Rule of Reason. (2018).

- "Leegin Creative Leather Products V. Psks, Docket." US. Supreme Court, 2007.
- "Metro Sb-Großmärkte Gmbh & Co. Kg V Commission of the European Communities." European Court of Justice, 1977.
- Middleton, K., Rodger, B., MacCulloch, A., and Galloway, J. Cases and Materials on Uk and Ec Competition Law. 2 ed. Oxford: Oxford University Pres, 2009.
- . Cases and Materials on Uk and Ec Competition Law. United States, New York: Oxford University Press.
- Monti, G. Ec Competition Law. Edited by Context, L. i. 1 ed. Cambridg: Cambridge University Press, August 2007.
- Nelson, P., and Smith, D. Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road. 60, 2 (2015): 21.
- OBE, S. K. Vertical Agreements, the Regulation of Distribution Practices in 39 Jurisdictions Worldwide. (2011).
- Paldor, I. Vertical Restraints' Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints. (29 January 2007): 37.
- "Resale Price Maintenance Notification Guidelines." Australian Competition and Consumer Commission, 2017.
- The Australian Competition and Consumer Commission. "About the Accc."
- Vettas, N. Developments in Vertical Agreements. The Antitrust Bulletin 55, 4 (1 December 2010 2010).
- Waller, S. W. The Language of Law and the Language of Business. Case Western Reserve Law Review 52, 1.
- Whish, R. Competition Law: 6th (Sixth) Edition. 6 ed. Oxford: Oxford University Press, USA October 2008.
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป." 2550.
- กวี เปรมรัตน์ชัย. การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้า. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์. บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, 4 (ธันวาคม 2561): 917-943.

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดทางการค้า. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ เสาวลักษณ์ ชิวสัทธยานนท์ และ มาเรียม กริมี่. "โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก." สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, 2544.
- ถนอม บริคุต บทที่ 9 ช่องทางการจัดจำหน่าย (Distribution) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://fifathanom.wordpress.com/2014/12/07/บทที่-9-ช่องทางการจัดจำหน่าย/> [เข้าถึงเมื่อ 23 เมษายน 2562]
- นันทวุฒิ พิพัฒน์เสรีธรรม. เศรษฐศาสตร์องค์กรอุตสาหกรรม : Industrial Organization. ปทุมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, , กรกฎาคม 2558.
- ผกาวิโร ผาติเวชย์. ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2552. นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2555.
- รัฐไกร ลิมศิริตระกูล. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการกำหนดราคาขายปลีก. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2545.
- รวรรณ กุศลางกูรวัฒน์. ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด : ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2537.
- รวรรณ อมรธำรง. การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2547.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- วาสนา เวชกุลศิลป์. มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าขายเฉพาะราย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2539.
- วิไลพรรณ เจสสะวะ. บทความ เรื่อง กฎหมายป้องกันการผูกขาดและกีดกันทางการค้า ศึกษากรณี : ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (COMPETITION LAW CASE STUDY ON : VERTICAL RESTRAINTS AGREEMENT) [ออนไลน์]. เมษายน 2554. แหล่งที่มา: <http://weelaipanlabourlaw.blogspot.com/2011/04/competition-law-case-study-on-vertical.html> [เข้าถึงเมื่อ 13 มกราคม 2561]
- วีระภัทร์ แก้วนอกเขา. มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าขายฟุ้ง. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะ

- นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2554.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล และ คณพล จันทร์หอม. รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัย เรื่อง การปรับกรุงกลไกการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.
- ศุภัช ศุภชลาศัย. โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, 2542.
- สรวิศ ลิ้มปริงซี่. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และปัญหา ฉบับรวมบทความ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543.
- สิริพร เบญจพรจุลมาศ. การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา. นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2549.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย. (2529).
- . หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติทางการค้า พ.ศ.2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชกุล). กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- สุธีร์ ศุภนิตย์, ก. ร., วิชรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณนิธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. 2536.
- สุเมธ นาควโรดม. การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากฎหมายการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.



4096385787

CU IThesis 5885956134 thesis / recv: 31072562 11:39:47 / seq: 12

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ชลลดา คุ่มม่วง
วัน เดือน ปี เกิด	31 ธันวาคม 2533
สถานที่เกิด	สุโขทัย
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิตจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เกียรตินิยมอันดับ 1) เมื่อปีการศึกษา 2557 สอบ ไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักทบมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัย ที่ 68 ปีการศึกษา 2558 ได้รับประกาศนียบัตรจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่า ความแห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 42 และเข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2558 ปัจจุบันทำงาน ที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ตำแหน่งนิติกร
ที่อยู่ปัจจุบัน	81 ถนน ประชาราษฎร์ ตำบลเมือง อำเภอสวรรคโลก จังหวัดสุโขทัย 64110