

## บทที่ 3

### กลไกทางกฎหมายในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการผูกขาดตลาด พิจารณาจากโครงสร้าง บทบาท และอำนาจหน้าที่ ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับ โครงสร้างบทบาทและอำนาจหน้าที่ของ  
คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงได้แบ่งหัวข้อ  
ที่ศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ประกอบด้วย

ส่วนที่ 1 กลไกในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการผูกขาดตามกฎหมายต่างประเทศ

ส่วนที่ 2 กลไกในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการผูกขาดตามกฎหมายไทย

ส่วนที่ 3 เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยใน โครงสร้าง บทบาท  
และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า  
ซึ่งแต่ละส่วนมีรายละเอียดดังนี้

#### 3.1 กลไกในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการผูกขาดตามกฎหมายต่างประเทศ

##### 3.1.1 กลไกตามระบบกฎหมาย Common Law

###### 3.1.1.1 สหรัฐอเมริกา

###### 1) นิยามของคำว่า “ผูกขาดตลาด”

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบ  
ธุรกิจขนาดใหญ่ (Large business enterprises) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาด (Market power)  
ตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ (Abusive practices) จุดมุ่งหมาย  
สำคัญของกฎหมายนี้คือให้ตลาดมีการแข่งขันโดยเสรี มีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ  
เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยรวม ผู้บริโภคมีโอกาส “เลือก” สินค้าและบริการที่มีคุณภาพและ  
ราคาเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องควบคุมโครงสร้าง (Structural control) ของตลาดสินค้าและบริการ  
ไม่ให้เกิดลักษณะการจุกตัว (Concentration) พยายามลด ขัดขวางหรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการ

จะใช้เพื่อแสวงหาอำนาจผูกขาด (Antitrust) เพื่อเป็นหลักประกอบว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ได้โดยสะดวก

กฎหมายที่ถือว่าเป็นกฎหมายแม่บท คือ Sherman Act ซึ่งบัญญัติในปี 1890 โดยกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด ดังนี้<sup>1</sup>

Section 1 บรรดาสัญญาหรือการรวมตัวกัน หรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปใด เพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือว่าเป็นการอันมิชอบของกฎหมาย บรรดาบุคคลที่ทำสัญญา รวมตัวกันหรือสมคบกันในลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมายข้างต้น ถือว่ามีความผิดโดยอาจต้องโทษปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคล และไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลเห็นควร<sup>2</sup>

Section 2 บุคคลใดกระทำหรือพยายามกระทำการผูกขาด หรือรวมตัวกัน หรือสมคบกันกับบุคคลอื่นใดเพื่อผูกขาดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ถือว่ามีความผิด โดยอาจต้องโทษปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคล และไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญสหรัฐกรณีบุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วแต่ศาลเห็นควร<sup>3</sup>

Senator Sherman ได้กล่าวว่า กฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ แต่เป็นการนำเอาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีมาช้านาน และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปมาบังคับใช้ ดังนั้นจะกล่าวว่ก่อนที่จะมีการบัญญัติ Sherman Act ไม่มีกฎหมายบังคับในเรื่องการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ถูกต้องนัก เพราะกฎหมายคอมมอนลอว์ในช่วงเวลานั้นก็ห้ามมิให้มีการสมคบกันเพื่อจำกัดการค้า (Restraint of Trade) แต่ด้วยเหตุที่มีการคิดค้นรูปแบบใหม่ๆ ของการจำกัดการค้าขึ้นมามากเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย กฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่สามารถใช้บังคับครอบคลุมถึงการจำกัดการค้าใหม่ๆ ในยุคนั้นได้ จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะ ต่อมาจึงมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในภายหลังอีกสองฉบับ คือ Clayton Act และ Federal Trade Commission Act

ขณะที่มีการร่าง Sherman Act เป็นที่คาดหมายกันว่ากฎหมายฉบับนี้จะควบคุมการใช้อำนาจผูกขาดของธุรกิจ หรือการดำเนินการใดๆ ของธุรกิจที่ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือเป็นการ

<sup>1</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. (2542). *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านเศรษฐศาสตร์) เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. หน้า 1.

<sup>2</sup> Sherman Act 1890. Section 1. อ้างถึงใน วิรัชทร์ แก่งนอกเขา. (2554). *มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการค้าฟว่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 83.

<sup>3</sup> Sherman Act 1890. Section 2. อ้างใน วิรัชทร์ แก่งนอกเขา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 83.

เบี่ยงเบน (Distortion) ต่อการแข่งขันในตลาดเสรี (Free competition) แต่ปรากฏว่า เอกชนมิได้ใช้ประโยชน์จากกฎหมายฉบับนี้มากนัก และการใช้ในปริมาณน้อยนี้ก็ปรากฏว่า มีน้อยครั้งเช่นกันที่ฝ่ายโจทก์ซึ่งเสียเปรียบหรือเสียหายจากการประกอบของธุรกิจในลักษณะข้างต้นจะประสบความสำเร็จ แม้ในคดีที่รัฐเป็น โจทก์เองก็เช่นกัน มีเพียงบางคดี (ซึ่งน้อยมาก) ที่รัฐจะประสบความสำเร็จ ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อเป็นแรงจูงใจให้มีการนำกฎหมายไปใช้บังคับมากขึ้น ดังนั้น ในปี 1914 จึงมีการบัญญัติกฎหมาย Clayton Act ซึ่งมีบทบัญญัติเฉพาะ (Specific provisions) ในเรื่อง Price discrimination (การเลือกปฏิบัติด้านราคา) Tying and exclusive dealing arrangements (การรวมอำนาจบริหารจัดการ) โดยระบุว่า การกระทำเหล่านี้จะถือว่าเป็นความผิดต่อเมื่อเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก (Substantially lessened competition) และพร้อมกันนั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายอีกฉบับ คือ The Federal Trade Commission Act หรือ FTC Act ซึ่งกำหนดกระบวนการพิจารณาตัดสินคดี (Administrative tribunal) และจัดตั้งองค์กรคือ Federal Trade Commission (FTC) ขึ้นมาทำหน้าที่ทำนองเดียวกับ Commerce Commission

ประเด็นที่สำคัญ คือ Clayton Act มิได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา ซึ่งต่างจากบทบัญญัติใน Sherman Act เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายนี้ควรดำเนินการโดย FTC มากกว่าการบังคับโดยกระบวนการทางอาญา (Criminal justice system)

ต่อมาในภายหลังมีการออกกฎหมายอีกหลายฉบับเพื่ออุดช่องว่าง (Loopholes) ของกฎหมายทั้งสามฉบับและเพื่อเป็นประโยชน์แก่สหรัฐฯ เองด้วย อาทิเช่น Webb-Pomerenc Act of 1918 ซึ่งบัญญัติยกเว้นให้มีการรวมกลุ่มของธุรกิจเพื่อการส่งออกได้ (Export cartel) เช่นเดียวกับ Merchant Marine Act of 1920 กรณีประกนภัยทางทะเล และ Robinson-Patman Act of 1936 กำหนดความชัดเจนเรื่องการเลือกปฏิบัติด้านราคา Celler-Kefauver of 1950 ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการควบกิจการ เป็นต้น<sup>4</sup>

## 2) กลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด

มาตรา 1 กล่าวถึงการตกลงกันที่มีผลเป็นการก้าวจัดทางการค้าโดยมิชอบ (improperly restrictive agreements) ในขณะที่มาตรา 2 จะเน้นเรื่องการสร้างอำนาจผูกขาดหรือการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบ (creation or misuse of monopoly power through wrongfully exclusionary means) โดยทั้งสองมาตราต่างก็มีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ ต้องการจำกัดพฤติกรรมที่ส่งผลทำให้เกิดการควบคุมตลาด (market control) มาตรา 2 มิได้ห้าม โดยตรงต่อพฤติกรรมการผูกขาด (monopoly perse) แต่ห้ามกระบวนการหรือความพยายามที่จะผูกขาด (monopolization and attempts to monopolize) โดยพิจารณาว่า

<sup>4</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 3.

การผูกขาดนั้นเป็นเหตุให้กิจการได้รับประโยชน์อะไรหรือไม่ สร้างความเสียหายต่อการแข่งขันหรือไม่<sup>5</sup>

ด้วยเหตุที่ Sherman Act มีเพียง 3-4 มาตรา ที่ระบุถึงการกระทำที่เป็นความผิดและครอบคลุมการกระทำอย่างกว้างขวาง การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเข้าข่ายความผิดดังกล่าวจึงต้องอาศัยการตีความและคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ

ในส่วนของ Clayton Act of 1914 ได้กำหนดการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายไว้ 4 ประการดังนี้

(1) มาตรา 2 การเลือกปฏิบัติด้านราคา (Discrimination in price, services, facilities) เช่น การขายสินค้าในราคาที่แตกต่างกันแก่ผู้ซื้อที่อยู่ในสถานะเดียวกัน (similarly situated buyers)

(2) มาตรา 3 การบังคับให้ติดต่อกิจการเฉพาะกับตน (Sales, etc., on agreement not to use goods of competitor) เช่น การที่ผู้ขายระบุห้ามผู้ซื้อติดต่อกับคู่แข่งของผู้ขาย

(3) มาตรา 7 การควบกิจการ (Acquisition by one corporation of stock of another) เช่น การเข้าซื้อกิจการของคู่แข่ง

(4) มาตรา 8 การรวมอำนาจบริหารจัดการ (Interlocking directorates and officers) เช่น การที่บริษัทที่ประกอบธุรกิจแข่งขันต่างมีคณะกรรมการชุดเดียวกันหรือเกือบทั้งหมดของคณะกรรมการเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกันแต่การกระทำ (1)-(4) จะเป็นความผิดต่อเมื่อผลจากการกระทำนั้นเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก (substantially to lessen competition) หรือมีแนวโน้มที่จะเป็นการสร้างการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่ง (any line of commerce)<sup>6</sup>

### 3) กลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

มาตรา 5 ของ FTC Act ได้ระบุถึงอำนาจของ FTC ในการดำเนินการเกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลต่อการพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกา หรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง ซึ่งส่งผลต่อการพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกา โดยถือว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (unfair method of competition in or effecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or effecting commerce are declared unlawful)

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ต้องอาศัยแนวทางคำพิพากษาของศาลในการกำหนดหลักกฎหมายเพื่อใช้เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ต่อไป ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายในเรื่องการป้องกันการผูกขาด

<sup>5</sup> พงศ์สิน ลีคนากุล. (2555). *การส่งเสริมการขายที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภคศึกษากรณีของประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 25.

<sup>6</sup> Primary line of commerce คือ การค้าขายที่มีการแข่งขันในระดับผู้ขาย Secondary line of commerce.

การบังคับใช้กฎหมาย (enforcement) กับกรณีต่างๆ และข้อยกเว้น (exemptions) ที่จะกำหนดขึ้นมานั้น จะต้องศึกษาจากแนวทางคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ โดยในการพิจารณาคดี ผลของคำพิพากษา จะขึ้นอยู่กับมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ของผู้พิพากษาเป็นสำคัญ (much depends on the economics views entertained by the Judges)<sup>7</sup>

#### 4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีหน่วยงานสำคัญของรัฐ ทำหน้าที่แบ่งเป็น 2 หน่วยงาน คือ คณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางหรือคณะกรรมการการค้า แห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) FTC และ แผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวง ยุติธรรม (Department of Justice) DOJ อีกทั้ง กฎหมายป้องกันการผูกขาดยังได้กำหนดเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอีกประเภทหนึ่งที่ว่ามีส่วนในการบังคับใช้กฎหมาย บังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพนั้นคือ การกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้สามเท่า พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในคดีและค่าทนายความด้วย<sup>8</sup>

(1) Federal Trade Commission: คณะกรรมาธิการการค้า หรือ FTC เป็นองค์กรอิสระ ซึ่งจัดตั้งโดยอาศัยอำนาจตาม FTC Act ประกอบด้วยกรรมาธิการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา (The Senate) มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี FTC ทำหน้าที่ควบคุมดูแล หน่วยงานใหญ่ 2 สำนักงาน (Bureau) คือ Bureau of Competition และ Bureau of Consumer Protection โดยแต่ละสำนักงานจะมีหน้าที่ทั้งที่เป็นนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ทำหน้าที่ในการสืบสวน และสอบสวน (Investigation) และดำเนินคดี (Prosecution) เกี่ยวกับการทับซ้อนกัน (Overlap) กับ แผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้กระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice) เพราะทั้งสององค์กรร่วมกันรับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act เว้นแต่ ในทางอาญาที่จะอยู่ในอำนาจของแผนกป้องกันการผูกขาด แต่จะพิจารณาว่าการกระทำใด เป็นสิ่งที่ ขัดต่อกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นไปตาม FTC Act<sup>9</sup>

(2) Antitrust Division of the Department of Justice : แผนกป้องกันการผูกขาด ภายใต้กระทรวงยุติธรรมถือเป็นหน่วยงานหนึ่งภายใต้กระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เสมือนสำนักงาน กฎหมาย (as a law firm) รับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ทั้งทางแพ่ง

<sup>7</sup> ฉันทันท์ ชนดีวิทย์. (2559). *หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมศึกษาเฉพาะกรณี พฤติกรรมการแข่งขันประเภทการส่งเสริมการขาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 127.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

<sup>9</sup> ฉันทันท์ ชนดีวิทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 128.

และทางอาญา โดยส่วนใหญ่แผนกป้องกันการผูกขาดจะดำเนินคดีทางอาญาก็ต่อเมื่อเป็นความผิดที่ร้ายแรง (Hardcore antitrust offenses) อาทิเช่น การกำหนดราคา (Price fixing) การเข้าประมูลโดยมิชอบ (Bid rigging) ซึ่งส่งผลกระทบต่อผลเสียอย่างร้ายแรง (Anticompetitive effect is excessive) แผนกป้องกันการผูกขาดมีอำนาจในการออกหมายเรียก (Subpoena power) ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาเพื่อให้บุคคลมาให้การ (Oral information) หรือเพื่อขอเอกสารหลักฐาน (Documentary information) จากธุรกิจที่กล่าวหาและผู้ที่เกี่ยวข้อง อาทิ ผู้จำหน่าย (Suppliers) ธุรกิจที่แข่งขัน (Competitors) ลูกค้า (Customers) และพนักงาน (Employees)<sup>10</sup>

(3) การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาในหลายระดับ (Several level) การบังคับใช้โดยฝ่ายรัฐ (Public enforcement) ในระดับประเทศสหรัฐอยู่ในแผนกป้องกันการผูกขาด และคณะกรรมการการค้าหรือประเทศสหรัฐ (Federal level) อยู่ในอำนาจของแผนกป้องกันการผูกขาดและคณะกรรมการการค้าหรือ FTC ส่วนในระดับรัฐ (State level) อัยการรัฐ (State attorney) จะมีอำนาจภายใต้ Sherman Act ในการฟ้องร้องแทนผู้บริโภคที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐตนเพื่อเรียกค่าเสียหาย (damages) หรือเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยธรรม (Equitable relief) โดยผู้บริโภคในฐานะเอกชนจะมีสิทธิฟ้องตามกฎหมายนี้ เมื่อธุรกิจ (Business) หรือทรัพย์สิน (property) ของเขาได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยการฟ้องร้องนั้น โจทก์สามารถเรียกร้องความเสียหายได้สามเท่า (Treble damages) หรือขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น (Injunctive relief) พร้อมกับเรียกให้จำเลยรับผิดชอบในค่าทนายและค่าใช้จ่ายพอสมควร (Reasonable attorney's fees and costs)<sup>11</sup>

### (3.1) การบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (Private Enforcement)

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 4 ของ Clayton Act ได้ให้สิทธิแก่เอกชนในการเรียกร้องค่าเสียหายได้ 3 เท่า รวมถึงค่าทนายความและใช้สิทธิในการฟ้องเพื่อขอให้ศาลสั่งจำเลยดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหายตามมาตรา 6 โดยตามมาตรา 4B ระบุว่าต้องดำเนินการฟ้องร้องภายใน 4 ปี นับแต่โจทก์ได้รับความเสียหาย<sup>12</sup>

ศาลได้กำหนดหลักการในการพิจารณาคดีซึ่งฟ้องโดยเอกชนไว้ ดังนี้

- ความเสียหายต่อธุรกิจและทรัพย์สิน (Injury to business or property)

<sup>10</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 22.

<sup>11</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 23.

<sup>12</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 23.

คำว่า “ธุรกิจ” นั้นได้รับการตีความจากศาลว่าหมายความรวมถึงผลประโยชน์ในทางการพาณิชย์ (Commercial interest) ด้วยเช่นเดียวกับคำว่า “ทรัพย์สิน” นั่นก็ให้ความหมายรวมถึงสิทธิประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของทรัพย์สิน (Property interest) ด้วย และในคดีนำมาใช้ส่วนตัว (Personal use) เกินกว่าราคาที่จะเป็นถือว่าเขาได้รับความเสียหายในทรัพย์สิน ตามมาตรา 4 นอกนั้น มาตรา 6 ของ Clayton Act ก็ระบุว่าเพียงแต่โจทก์แสดงให้เห็นได้ว่าการคุกคามที่ก่อให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหาย (Threatened loss or damage) ต่อธุรกิจหรือทรัพย์สินของตน ซึ่งเป็นผลมาจากการที่จำเลยฝ่าฝืนต่อกฎหมายการผูกขาดก็เป็นเหตุผลเพียงพอแล้วในการดำเนินคดี<sup>13</sup>

- ความเสียหายจากการกระทำผิด (Antitrust injury)

ในคดี Brunswick Corp. V. Pueblo Blow-O-Mat, Inc. 429 U.S. 477 (1997) ได้ตีความมาตรา 4 ว่าในการที่เอกชนดำเนินการฟ้องร้องตาม Clayton Act เพื่อเรียกค่าเสียหายโจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าธุรกิจหรือทรัพย์สินของตนได้รับความเสียหาย (Actual injury) และการเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของจำเลยซึ่งฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยในคดีนี้โจทก์มีหลายคนซึ่งต่างเป็นเจ้าของบริษัทที่ผลิตลานวิ่งของโบว์ลิ่ง (Bowling alleys) กล่าวหาว่า Brunswick ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตอุปกรณ์ต่างๆ เกี่ยวกับโบว์ลิ่งได้ซื้อลานวิ่งโบว์ลิ่งจากบริษัทหนึ่งซึ่งแต่เดิมเป็นคู่แข่งของโจทก์ แต่ปัจจุบันได้เลิกกิจการแล้วเพราะล้มละลาย และอ้างว่าบริษัทนั้นเลิกกิจการก็ต้องออกจากตลาดไปทำให้โจทก์จะได้รับผลกำไรมากขึ้น หากจำเลยไม่เข้ามาเกี่ยวข้อง ศาลตัดสินว่าความเสียหายกล่าวอ้างอิงนั้นมิได้เกิดจากการกระทำของจำเลยที่เป็นการลดการแข่งขัน แต่เป็นผลมาจากการแข่งขันนั่นเอง การที่อ้างความเสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงการฝ่าฝืนกฎหมายหรือต่อต้านการแข่งขัน<sup>14</sup>

ภาระในการพิสูจน์ความเสียหาย (Injury requirements) นี้ สร้างอุปสรรคแก่โจทก์พอสมควรดังเช่นในคดี Atlantic Richfield Co. V. USA Petroleum Co. (Arco), 495 U.S. 328, 110 S. Ct. 1884, 109 L. & Ed. 2d 333 (1990) ซึ่งศาลตัดสินว่า Resale Price Maintenance หรือ RPM เป็นการกระทำผิด (Illegal per se) แต่การที่จำเลยกำหนดราคาขึ้นสูงไว้ (Maximum price)

<sup>13</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 24.

<sup>14</sup> Brunswick Corp. V. Pueblo Blow-O-Mat, Inc. 429 U.S. 477 (1997). อ้างใน รวิวิท ชีพจำเป็น. (2552). **แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 83.

ที่ระดับซึ่งขจัดคู่แข่ง (Non-predatory level) ก็ถือได้ว่าไม่พบความเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ป้องกันการผูกขาด<sup>15</sup>

- สิทธิในการฟ้องคดี (Standing)

ในคดี BlueShield of Virginia V. McCready ศาลตัดสินว่ามาตรา 4 ของ Clayton Act ให้สิทธิแก่โจทก์คือ McCready ผู้ถือกรรมกรรมประกันสุขภาพในการฟ้องบริษัทประกันเกี่ยวกับการสมคบกับแพทย์ (Physicians) ปฏิเสธที่จะติดต่อ (Refusal to deal) กับจิตแพทย์ (Psychologist) ผู้ซึ่งโจทก์ไ้ซื้อและโจทก์ต้องการให้ผู้ประกัน คือ Blue Shield จ่ายค่ารักษาให้กับจิตแพทย์นั้นแทนโจทก์<sup>16</sup> เพราะในการพิจารณาสถานการณ์ในการฟ้องต้องคำนึงถึงความเชื่อมโยงทางกายภาพ และทางเศรษฐศาสตร์ (Physical and economic nexus) ระหว่างการกระทำที่กล่าวหาว่าฝ่าฝืนกฎหมาย และความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อนี้ ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องบังเอิญและห่างกันเกินไป (Too fortuitous and remote) ที่โจทก์จะนำมากล่าวอ้างในการฟ้องร้อง ศาลถือว่าโจทก์ได้รับความเสียหายแล้วการที่จำเลยทำลายสภาพการแข่งขันด้วยการ “เลือก” ที่จะจ่ายเงินให้กับบุคคลที่ จำเลยต้องการเท่านั้น

- การเป็นผู้ซื้อโดยตรง (Direct Purchasers)

ในคดี Illinois, Bricks Co. V Illinois, 431 U.S. Illinois, 431 U.S. Illinois, 431 U.S. 720, 97S.Ct.2061, 52L.Ed. 2d70 (1977) ศาลตัดสินว่า ผู้ที่จะเรียกค่าเสียหายจากการขายสินค้าเกินราคาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegal overcharges) จะต้องเป็นผู้ซื้อสินค้านั้นโดยตรงจากหนึ่งในผู้ที่สมคบกันกระทำความผิด (One of the conspirator) โดยปกติผู้ซื้อโดยอ้อม (Indirect purchasers) ไม่มีสิทธิตามมาตรา 4 ของ Clayton Act ในการจะฟ้องร้องโดยอ้างว่าผู้ซื้อโดยตรงได้ “ถ่ายโอน” (Pass on) การซื้อสินค้าเกินราคามายังตนแล้วการที่ศาลตัดสินเช่นนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่าหากยอมให้สิทธิแก่ผู้ซื้อโดยอ้อมแล้วจะสร้างความยุ่งยากในกระบวนการบริหารจัดการ เนื่องจากศาลต้องย้อนสอบทวนสอบไปถึงราคาและจุดของความเสียหายให้แก่ผู้กล่าวอ้างแต่ละคน ความไม่แน่นอนในราคาที่ถูกลดขายเกินให้ผู้ซื้อแต่ละคนอาจลดความสนใจในการฟ้องร้องและความซับซ้อนของการ

<sup>15</sup> Atlantic Richfield Co. V. USA petroleum Co. (Arco), 495 U.S. 328, 110 S. Ct. 1884, 109L & Ed.2d 333 (1990). อ้างถึงใน รวินท์ ชิพจำเป็น. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 14. หน้า 83.

<sup>16</sup> BlueShield of Virginia V. McCready, 457 U.S. 465, 102 S.Ct.2540, 73 L.Ed.2d 149 (1982). อ้างถึงใน รวินท์ ชิพจำเป็น. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 14. หน้า 83.



ทวนสอบและการแบ่งสรรอาจนำไปสู่การชดใช้ความเสียหายอย่างซ้ำซ้อน และในที่สุดอาจเป็นอุปสรรคจนเกินไปกับการดำเนินธุรกิจทั่วไป<sup>17</sup>

(3.2) การบังคับใช้กฎหมายจากภาครัฐ (Public Enforcement) การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยภาครัฐ มีหน่วยงานสำคัญมี 2 หน่วยงาน คือ แผนกป้องกันการผูกขาด และคณะกรรมการการค้าหรือ FTC โดยแต่ละหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

- แผนกป้องกันการผูกขาด

แผนกป้องกันการผูกขาด มีผู้บริหารสูงสุดคือ ผู้ช่วยอัยการสูงสุด (Assistant Attorney General) ซึ่งจะถูกเสนอชื่อ (Nominated) โดยประธานาธิบดี และได้รับการรับรอง (Confirmed) โดยวุฒิสภา แผนกป้องกันกัผูกขาดมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยทางแพ่งแผนกดังกล่าวมีอำนาจในการสั่งให้ธุรกิจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใดๆ ได้ (equitable relief e.g., an injunction forbidding specific conduct) และในกรณีที่เป็นโจทก์แทนสหรัฐอเมริกา ก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้ถึงสามเท่าของความเสียหายที่เกิดขึ้น (treble damages) โดยกำหนดอายุความ 4 ปี ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4B ของ Clayton Act จะไม่นำมาใช้บังคับการดำเนินคดีโดยแผนกป้องกันการผูกขาด หรือคณะกรรมการการค้า

แผนกป้องกันการผูกขาดเท่านั้น ที่มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยต้องดำเนินการภายใน 5 ปี นับแต่เกิดการกระทำผิด แต่ถ้าการกระทำผิดนั้นได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง (Illegal conspiracy is continuing in nature) ระยะเวลาเริ่มต้นให้นับจาก “การกระทำครั้งสุดท้าย” (Last act) และเพื่อเป็นการสนับสนุนและจูงใจให้มีการเปิดเผยเกี่ยวกับการกระทำผิดความผิดให้มากขึ้น แผนกป้องกันการผูกขาดได้ออก Corporate Leniency Policy, August 10, 1993 เพื่อนิรโทษกรรมให้กับธุรกิจ (Corporation) ที่ให้ข้อมูลหรือรายงาน (Report) เกี่ยวกับการกระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และให้ความร่วมมือในการสอบสวนคดีอาญา หมายความว่า ธุรกิจที่รายงานหรือให้ข้อมูลจะไม่ได้รับโทษทางอาญาเกี่ยวกับความผิดที่ให้ข้อมูลนั้น โดยต้องมาให้ข้อมูลหรือรายงานก่อนเริ่มการสอบสวน และต้องอยู่ในเงื่อนไขตามที่ระบุในข้อ A ของ Policy ซึ่งมี 6 ประการ ดังนี้

ก. เมื่อธุรกิจมาให้ข้อมูลหรือรายงานดังกล่าว แผนกป้องกันการผูกขาดยังไม่เคยได้รับข้อมูลนั้นจากแหล่งใดๆ มาก่อน

<sup>17</sup> Illinois, Bricks Co. V Illinois, 431 U.S. Illinois, 431 U.S. Illinois, 431 U.S. 720, 97S.Ct.2061, 52L.Ed. 2d70 (1977). อ้างถึงใน วีรภัทร์ แก้วนอกเขา. (2554). *มาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการขายพ่วง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 100.

ข. เมื่อธุรกิจนั้นค้นพบว่ามีผลกระทบข้างต้น ก็ได้หยุดการมีส่วนร่วมกับการกระทำผิดนั้นอย่างสิ้นเชิงในทันที (Took prompt and effective action to terminate its parts in the activity)

ค. ธุรกิจได้ให้ข้อมูลหรือรายงานอย่างเปิดเผยตรงไปตรงมา (Candor) และสมบูรณ์ (Completeness) ขณะเดียวกันก็ให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ และต่อเนื่องกันแผนกป้องกันการผูกขาดในตลอดกระบวนการสอบสวน

ง. คำสารภาพในการกระทำผิด ถือว่าเป็นการกระทำของบริษัท ซึ่งแตกต่างหากจากคำสารภาพของผู้บริหารหรือพนักงานแต่ละคน

จ. ธุรกิจควรชดเชยความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหาย หากเป็นไปได้

ฉ. ธุรกิจมิได้ขู่บังคับ (Coerce) บุคคลใดให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำผิด และเป็นที่ยืนยันว่าธุรกิจไม่ได้เป็นผู้นำ (Leader) หรือผู้ริเริ่ม (Originator) ในการกระทำผิด

ในกรณีที่ธุรกิจมาให้ข้อมูลหรือรายงานหลังจากที่เริ่มมีการสอบสวนแล้วระบุว่า แผนกป้องกันการผูกขาด อาจพิจารณาว่าควรให้นิรโทษกรรมแก่ธุรกิจก็ได้ ถ้าการให้ข้อมูลได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ใด โดยต้องคำนึงถึงกระบวนการกระทำผิด บทบาทของธุรกิจนั้นในการกระทำผิดและช่วงระยะเวลาที่ธุรกิจมาให้ข้อมูลประกอบกัน ในท้ายที่สุดอัยการสูงสุดจะเป็นผู้ให้คำตัดสิน (Final decision) ว่าจะนิรโทษกรรมให้กับธุรกิจหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการให้ข้อมูลเมื่อใดโดยพิจารณาจากหลักฐานและข้อมูลตามที่ Office of Operations ได้เสนอมา

การที่สหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายนี้ ถือได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในระดับหนึ่ง เพราะปัญหาที่แต่ละประเทศประสบ คือการได้มาซึ่งข้อมูลหรือหลักฐานที่จะพิสูจน์ถึงการกระทำผิด เพื่อนำมาใช้ประกอบในการดำเนินคดีการนิรโทษกรรมตามหลักเกณฑ์ข้างต้นเป็นทางออกที่ดี เงื่อนไขที่วางไว้ก็มีความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ธุรกิจควรจะชดเชยความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายในระดับหนึ่ง และการที่เข้ามาให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์เขาก็ได้รับการยกเว้นโทษทางอาญา ซึ่งเป็นการจูงใจที่ดี<sup>18</sup>

- คณะกรรมการการค้า

คณะกรรมการการค้า (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “FTC”) ทำหน้าที่ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมในการบังคับใช้ Clayton Act ประกอบด้วยกรรมการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี และรับรองโดยวุฒิสภา มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี กรรมการมาจากพรรค

<sup>18</sup> ฌูร์นัล ฌอนต์วิกซ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 128.

การเมืองเดียวกัน (Same political party) มีได้ไม่เกิน 3 คน สำนักงานการแข่งขัน (Bureau of Competition) จะเป็นผู้เตรียมงานและจัดหาข้อมูล (develop) เกี่ยวกับคดีป้องกันการผูกขาด (Antitrust cases) โดยความช่วยเหลือของสำนักงานเศรษฐศาสตร์ (Bureau of Economics) FTC จะทำหน้าที่หลักในการพิจารณาชี้ขาดคดี (Administrative adjudication)

เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการสอบสวนและการดำเนินคดีที่ซ้ำซ้อนกัน (Duplicative investigations and prosecutions) ระหว่าง FTC และกระทรวงยุติธรรม ทั้งสองฝ่ายจะร่วมมือกันในการแจ้งข้อมูลให้อีกฝ่ายทราบก่อนเริ่มสอบสวนและร่วมกันพิจารณาว่าหน่วยงานใดควรจะเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีนั้นๆ

ทั้ง FTC และกระทรวงยุติธรรมมักจะใช้วิธีการกำหนดนโยบาย (Policymaking tools) มากกว่าดำเนินคดี กล่าวคือ จะร่วมกันจัดทำ Guidelines เป็นแนวทางให้ธุรกิจได้ดำเนินการให้ถูกต้องเพื่อจะได้ไม่กระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด และขณะเดียวกันทั้งสองหน่วยงานก็จะให้คำแนะนำแก่หน่วยงานต่างๆ ของรัฐ เช่น คณะกรรมาธิการร่างกฎหมาย กฎระเบียบ ให้ทราบถึงผลของกฎเกณฑ์ และบทบัญญัติต่างๆ ที่มีต่อการแข่งขัน (Competition effects)<sup>19</sup>

### คดีศึกษา

#### 1) คดี Procter & Gamble<sup>20</sup>

บริษัท Procter & Gamble (จำเลย) ได้ซื้อบริษัท Clorox ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตน้ำยาฟอกขาวที่ส่วนแบ่งตลาดสูงสุด คือ 48.8% และมียอดขายประมาณ 40 ล้านเหรียญสหรัฐ บริษัทคู่แข่งที่มีส่วนแบ่งตลาดอันดับสองมีส่วนแบ่งตลาด 16% และบริษัทที่ส่วนแบ่งตลาดสูงสุด 4 บริษัทแรกมียอดส่วนแบ่งตลาดรวมกัน (CR4) เท่ากับ 65% และ CR6 เท่ากับ 80% และส่วนแบ่งตลาดที่เหลืออีก 20% เป็นส่วนแบ่งตลาดของบริษัทคู่แข่งขนาดเล็กประมาณ 200 บริษัท บริษัท Clorox มีสินทรัพย์มูลค่าประมาณ 12 ล้านเหรียญสหรัฐ และมี 8 บริษัทที่เป็นคู่แข่งเท่านั้น ที่มีสินทรัพย์มูลค่าเกิน 1 ล้านเหรียญสหรัฐ นายซัคฟ้าวทุกยี่ห้อมีคุณสมบัติทางเคมีเหมือนกัน บริษัทจำเลยมียอดขายมากกว่า 500 ล้านเหรียญสหรัฐ และมีส่วนแบ่งตลาดผงซักฟอก 55% ซึ่งผงซักฟอกจะขายโดยใช้การโฆษณาแก่ผู้ซื้อเป็นกลุ่มเดียวกันกับกลุ่มน้ำยาฟอกขาวและจำหน่ายผ่านร้านจำหน่ายเดียวกัน จำเลยมีงบสำหรับโฆษณาสินค้าประมาณ 80 ล้านเหรียญสหรัฐต่อปี จำเลยเคยวางแผนที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในตลาดน้ำยาฟอกขาว แต่ได้เปลี่ยนแผนธุรกิจโดยการซื้อบริษัท Clorox แทน

<sup>19</sup> สุนันทา อินทาวรี. (2547). *เกณฑ์การควบคุมกิจการภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 40.

<sup>20</sup> FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967). อ้างถึงใน สุนันทา อินทาวรี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 41.

และจำเลยเห็นว่าจะสามารถขยายส่วนแบ่งตลาดของบริษัท Clorox ได้ (ซึ่งก็เป็นความจริงโดย 4 ปี ภายหลังการรวมธุรกิจ จำเลยขยายส่วนแบ่งตลาดของน้ำยาฟอกขาวยี่ห้อ Clorox ขึ้นถึง 52%)

FTC ไม่อนุญาตให้รวมธุรกิจโดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของ The Clayton Act มาตรา 7 ที่มุ่งให้ความสำคัญของการรวมธุรกิจใดก็ตาม ต้องไม่ส่งผลให้เกิดการลดการแข่งขันในตลาดอย่างมากและมีแนวโน้มจะทำให้เกิดการผูกขาด FTC เห็นว่าน่าจะส่งผลให้การแข่งขันลดลงด้วยเหตุผล ดังนี้

โครงสร้างตลาดน้ำยาฟอกขาวมีการกระจุกตัวสูงอยู่แล้วโดยมีผู้ประกอบการรายใหญ่เพียง 4 รายและ Clorox ก็มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 48.8 อยู่แล้วหากอนุญาตให้รวมย่อมทำให้มีอำนาจครอบครองตลาดมากขึ้นไปอีก ปัจจัยทางด้านขนาดและฐานะการเงินเมื่อรวมธุรกิจแล้วจะเพิ่มความได้เปรียบคู่แข่งในตลาดน้ำยาฟอกขาวไปอีก การรวมธุรกิจนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้การแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวหมดไป FTC จึงพิจารณาว่าการรวมธุรกิจดังกล่าวอาจเป็นผลทำให้การแข่งขันนั้นลดลงอย่างมากและมีแนวโน้มให้เกิดการผูกขาดในตลาดน้ำยาฟอกขาว โดยตัดสินใจให้ทั้งสองบริษัทแยกออกโดยให้คืนสู่สถานะเดิม

คำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา การรวมธุรกิจดังกล่าวที่ทำให้การแข่งขันในตลาดน้ำยาฟอกขาวหมดสิ้นไปเนื่องจากไม่มีบริษัทอื่นใดซึ่งมีศักยภาพที่จะเข้าตลาดและแข่งขันกับบริษัท Clorox อีกต่อไป ตลาดน้ำยาซักผ้าขาวเป็นตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย (Oligopolistic) การรวมธุรกิจซึ่งทำให้ตลาดนี้มีผู้ขายน้อยรายลงไปอีก การรวมธุรกิจของจำเลยทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ยังไม่กล้าเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ เพราะจำเลยเป็นบริษัทที่ใหญ่มาก บริษัททั้งหลายในตลาดไม่มีบริษัทใดกล้าลดราคาสินค้าลงมาเพื่อแข่งกับจำเลย

ศาลฎีกามีคำสั่งให้จำเลยขายสินทรัพย์ที่ซื้อมาจากบริษัท Clorox คืนซึ่งทางปฏิบัติเป็นเรื่องยุ่งยากมากและต้องใช้เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจำนวนมากในการนำคำพิพากษาของศาลไปปฏิบัติ ทำให้ต่อมาได้นำเข้าไปสู่การออกแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมธุรกิจในแนวนอนในปี ค.ศ. 1968 และกำหนดให้การรวมธุรกิจขนาดใหญ่ต้องขออนุญาตล่วงหน้าตามกฎหมาย The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976 แทนหลังจากนั้นแล้วจึงไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับคดีรวมธุรกิจเลย<sup>21</sup>

<sup>21</sup> ศักดา ธนิตกุล. (2553). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 137.

2) คดี FTC V. H.J. Heinz Co.<sup>22</sup>

ปี ค.ศ. 2000 ซึ่งเป็นปีที่บริษัท H.J. Heinz แจ้งแผนการควบรวมธุรกิจกับบริษัท Beech-Nut ต่อคณะกรรมการ FTC นั้น ในตลาดอาหารทารกบรรจุขวด (jarred baby food) ในสหรัฐอเมริกาเกือบ 100% เป็นสินค้าที่ผลิตโดย 4 บริษัท ได้แก่ บริษัท Gerber ซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัท Novartis (บริษัทยาข้ามชาติของประเทศสวิตเซอร์แลนด์) มีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 65% บริษัท Heinz มีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 17% และบริษัท Beech-Nut มีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 15% และบริษัท Earth's Best ซึ่งผลิตอาหารทารกประเภทออร์แกนิก ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดน้อยมาก ยี่ห้อ Gerber และยี่ห้อ Beech-Nut ถือกันเป็นผู้บริโภครดับพรีเมียม (premium) ส่วนยี่ห้อ Heinz ถือกันว่าเป็นสินค้าระดับกลางๆ (value) ซึ่งมีราคาขายปลีกต่ำกว่าสองยี่ห้อแรกประมาณ 15%<sup>23</sup> บรรดาซูเปอร์มาร์เกตทั้งหลายจะไม่ขายอาหารทารกบรรจุขวดแก้วเล็กๆ ทั้ง 3 ยี่ห้อ เนื่องจากค่าใช้จ่ายพื้นที่และค่าเก็บสต็อกสูงเพราะเป็นขวดแก้วเล็กๆ จึงไม่คุ้มที่จะต้องวางขายทั้ง 3 ยี่ห้อในห้าง ดังนั้นซูเปอร์มาร์เกตส่วนใหญ่จะวางสินค้าอาหารทารกเพียง 2 ยี่ห้อเท่านั้น โดยซูเปอร์มาร์เกตเกือบทั้งหมดจะต้องมีสินค้ายี่ห้อ Gerber ทำให้บริษัท Heinz กับบริษัท Beech-Nut ต้องแข่งขันกันอย่างหนักเพื่อให้สินค้าถูกวางในซูเปอร์มาร์เกตเป็นยี่ห้อที่สอง ทั้ง Heinz และ Beech-Nut ต่างมีตลาดภูมิศาสตร์ที่ครอบคลุมแตกต่างกัน เช่น Heinz จะมีขายในซูเปอร์มาร์เกตในเขต Midwest ส่วน Beech-Nut มีขายในเขต Northeast และ Far West สำหรับผู้บริโภคแล้ว หากมีสินค้าของ Heinz ในร้านค้าส่วนใหญ่แล้วร้านค้านั้นจะไม่มี Beech-Nut วางขาย และหากมีสินค้าของ Beech-Nut ก็จะไม่มีสินค้าของ Heinz วางขายในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 บริษัท Heinz ตกลงที่จะเข้าซื้อหุ้นของบริษัทแม่ซึ่งเป็นเจ้าของบริษัท Beech-Nut โดยเหตุผลทางธุรกิจที่บริษัท Heinz ต้องการรวมธุรกิจกับบริษัท Beech-Nut คือ ต้องการลดต้นทุนและปรับปรุงสินค้า โดยภายหลังการรวมธุรกิจบริษัท Heinz จะเลิกใช้ยี่ห้อ Heinz และใช้ยี่ห้อ Beech-Nut แทนแต่จะขายสินค้าในราคาเท่ากัน การลดต้นทุนจะสามารถทำได้เพราะบริษัท Heinz จะปิดโรงงานของ Beech-Nut ซึ่งตั้งอยู่ที่เมือง Canajoharie มลรัฐนิวยอร์ก เนื่องจากเป็นโรงงานเก่าล้าสมัยใช้แรงงานคนทำให้ต้นทุนสูง และจะย้ายไปผลิตที่โรงงานของ Heinz ที่เมือง Pittsburgh แทนเพราะเป็นโรงงานที่ทันสมัยและใช้เครื่องจักรอัตโนมัติ ซึ่งเป็นโรงงานที่บริษัท Heinz ใช้ผลิตสินค้าอาหารอย่างอื่นด้วย เช่น ซุปกระป๋อง โรงงานยังมีกำลังการผลิตเหลืออีก 60% และเมื่อย้ายการผลิตจากโรงงาน Beech-Nut ไปแล้วยังมีกำลังการผลิตเหลืออีกถึง 20% ซึ่งใน

<sup>22</sup> FTC v. Heinz Co., 246 F.3d 708 (D.C. Cir.2001). อ้างถึงใน สักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 137.

<sup>23</sup> Baler, Jonathan B., Efficiency and High Concentration. (2001). *Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut*. see John E, K woka, Jr. and Lawrence J. White (eds.). (2004). *The Antitrust Revolution: economics, Competitions and Policy*. n.p., p.48. อ้างถึงใน สักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 138.

อนาคตยังสามารถทำการผลิตเพิ่มขึ้นได้ประสิทธิภาพการผลิตของโรงงานที่เมือง Pittsburgh สูงกว่าประสิทธิภาพของโรงงาน Beech-Nut มาก กล่าวคือ ที่โรงงานเมือง Canajoharie ของบริษัท Beech-Nut คนงาน 320 คน ผลิตอาหารทารกได้จำนวน 10 ล้านขวดต่อปี แต่โรงงานที่เมือง Pittsburgh ของบริษัท Heinz คนงาน 150 คน ผลิตอาหารทารกได้ 12 ล้านขวดต่อปี นอกจากนั้นแล้ว การควบรวมกิจการยังทำให้สามารถใช้ประโยชน์ศูนย์กลางกระจายสินค้า (Distribution centers) ของบริษัท Heinz จำนวน 6 ศูนย์ในภูมิภาคต่างๆ ได้ด้วย ซึ่งทำให้เกิดทั้งประสิทธิภาพในขนาดและขอบเขต (Scale and scope economics) ของการกระจายสินค้า ซึ่งคาดว่าจะทำให้ต้นทุนผันแปร (Variable cost) ต่ำกว่า 15%

คณะกรรมการ FTC สรุปว่า การรวมธุรกิจของบริษัท Heinz กับ บริษัท Beech-Nut เห็นได้ชัดเจนว่าจะเกิดผลเสียอย่างมากต่อการแข่งขันซึ่งผู้ประสัจจะรวมธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพที่จะเพิ่มขึ้นอย่างมากจริงๆ เกินกว่าผลเสียต่อการแข่งขันเท่านั้น จึงจะสมควรอนุญาตให้รวมธุรกิจได้ ประสิทธิภาพที่ผู้ถูกคัดค้านยกขึ้นมานั้นเป็นประสิทธิภาพที่กล่าวอ้างเกินเลยและยังไม่ได้รับการพิสูจน์ว่าจะเกิดขึ้นจริง นอกจากนั้นแล้วผู้ถูกคัดค้านยังมีวิธีการที่จะปรับปรุงประสิทธิภาพโดยไม่ต้องรวมธุรกิจก็ได้ เช่น การลงทุนในการปรับปรุงชื่อเสียงของยี่ห้อ Heinz การลงทุนปรับปรุงโรงงานให้ทันสมัยขึ้นของบริษัท Beech-Nut หรือการขาย Beech-Nut ให้กับผู้ซื้อรายอื่น เป็นต้น

คำพิพากษาของศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง หลังจากที่ศาลชั้นต้นของรัฐบาลใช้เวลา 5 วัน ในการพิจารณาหลักฐานที่ทั้งสองฝ่ายยื่นในเดือนกันยายน ค.ศ. 2000 และศาลชั้นต้นเห็นด้วยกับเหตุผลของบริษัท Heinz และบริษัท Beech-Nut โดยให้เหตุผลว่าศาลเห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการ FTC ที่ว่า ภายหลังจากการรวมธุรกิจจะเกิดการกระจุกตัวอย่างสูงในตลาดอาหารทารกซึ่งสันนิษฐานได้ว่าจะมีผลทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมาก และการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่จะเป็นไปได้ยากมาก แต่บริษัทผู้ถูกคัดค้านก็ได้แสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นอย่างมากผิดกรณีธรรมดาของการรวมธุรกิจนี้ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของคณะกรรมการ FTC ที่ว่า หลังการรวมธุรกิจบริษัท Heinz จะขึ้นราคาขายปลีก เพราะการแข่งขันระดับขายส่งไม่ได้ทำให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์ และศาลเห็นว่าภายหลังจากการรวมธุรกิจกับบริษัท Heinz (ซึ่งมีขนาดใหญ่ขึ้นและมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้น) จะแข่งขันมากขึ้นกับบริษัท Gerber แทนที่จะร่วมกันกำหนดราคา<sup>24</sup>

<sup>24</sup> ศักดา ธนิตกุล. อ่างแสงเชิงอรรถที่ 21. หน้า 165.

ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลชั้นต้นสรุปว่า การร่วมกันกำหนดราคา ระหว่างบริษัท Gerber กับบริษัท Heinz ภายหลังการรวมธุรกิจจะเกิดขึ้นได้ยากมาก เพราะว่าการร่วมกันกำหนดราคา (Cartel) นั้นมีปัญหาสำคัญ คือ เป็นการยากที่จะเจรจาตกลงกันได้และเป็นการง่ายที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะหักหลังอีกฝ่าย โดยการขายต่ำกว่าราคาที่ตกลงกัน โดยที่คู่กรณีที่เหลือไม่สามารถจับได้ว่าบริษัทผิดสัญญา นอกจากนั้นศาลอุทธรณ์ยังไม่เห็นด้วยกับศาลชั้นต้นในประเด็นว่า บริษัท Heinz ไม่ได้แข่งขันกับบริษัท Beech-Nut ในระดับขายปลีก และในประเด็นที่ว่า การรวมธุรกิจจะทำให้เกิดนวัตกรรมใหม่<sup>25</sup> จากกรณีศึกษา<sup>25</sup> เป็นการรวมธุรกิจในแนวนอนที่อาจทำให้เกิดการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ และถึงแม้ผู้ขอควบรวมธุรกิจนั้นจะได้แสดงถึงเหตุผลและความจำเป็นต่างๆ เพื่อให้มีการควบรวมธุรกิจนั้นเกิดขึ้นแต่ FTC ก็พิจารณาแนวทางที่ได้กำหนดไว้ใน Guidelines ที่ต้องพิจารณาจากความจำเป็นของการรวมธุรกิจ และ ผลกระทบต่อตลาดและการแข่งขัน เหตุผลหลักที่ FTC ไม่อนุญาตให้ควบรวมธุรกิจได้นั้นก็เพราะเห็นว่าจะทำให้เกิดการลดการแข่งขันและกระจุกตัวของตลาดภายหลังจากการรวมธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายของสหรัฐอเมริกา<sup>25</sup> นั้นมีมาตรการออกมารอบคลุมการควบรวมกิจการทุกรูปแบบ ถึงแม้ในช่วงแรกแม้แต่ในช่วงแรกกฎหมายนั้นจะมีช่องโหว่อยู่มาก เนื่องจาก กฎหมายฉบับแรก The Sherman Act 1890 เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ โดยไม่มีกฎหมายที่ครอบคลุมถึงการกำกับควบรวมกิจการโดยตรงที่มีการพัฒนาเป็นรูปแบบต่างๆ อย่างต่อเนื่องทำให้กฎหมายเกิดช่องโหว่ขึ้น จึงต้องมีการพัฒนากฎหมาย The Clayton Act 1914 เพื่อมาอุดช่องว่างของ The Sherman Act 1890 โดย The Clayton Act 1914 เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับต่อการควบรวมกิจการโดยตรงหน่วยงานที่มีอำนาจในการบังคับใช้ได้แก่ DOJ และ FTC ซึ่งบทบัญญัติที่น่าสนใจ คือ มาตรา 7 ที่กำหนดให้การถือหุ้นหรือซื้อทรัพย์สินเป็นการรวมกิจการและลดการแข่งขันหรือพยายามก่อให้เกิดการผูกขาดเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายและหากการรวมธุรกิจนั้นมีมูลค่าเกินกว่า 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ตามหลักเกณฑ์มาตรา 7a โดยจะต้องแจ้งขออนุญาตควบรวมกิจการล่วงหน้าต่อ DOJ และ FTC ไม่น้อยกว่า 30 วัน โดย DOJ และ FTC จะใช้ระยะเวลาในการพิจารณาว่าจะอนุญาตหรือไม่ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้ยื่นขออนุญาต ซึ่งมาตรา 7a นั้นกำหนดให้พิจารณาจากมูลค่าของสินทรัพย์ หลักทรัพย์ที่มีสิทธิออกเสียง ยอดขายสุทธิต่อปี แต่ไม่มีข้อกำหนดในเรื่องส่วนแบ่งตลาดแต่อย่างใด บทบัญญัติที่น่าสนใจของ The Clayton Act 1914 ยังมีเรื่อง Interlocking Directorates อยู่ในมาตรา 8 ได้บัญญัติห้ามเรื่อง Interlocking Directorates โดยกำหนดห้ามบุคคลเดียวกันดำรงตำแหน่งผู้บริหารหรือเจ้าหน้าที่ใน 2 บริษัทในเวลาเดียวกัน โดยที่แต่ละบริษัทมีเงินทุน

<sup>25</sup> ศักดา ธนิตกุล. อังแสงเชิงอรรถที่ 21. หน้า 166.

ส่วนเกินทุน หรือกำไรที่ยังไม่ได้จัดสรร รวมกันมากกว่า 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐเท่านั้นหากน้อยกว่านี้ จะไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัตินี้เพราะถือว่าไม่น่าจะกระทบต่อตลาดโดยรวม<sup>26</sup>

ในปี ค.ศ. 1914 นอกจาก The Clayton Act 1914 ยังได้มีการบัญญัติกฎหมาย The Federal Trade Commission Act 1914 ขึ้นมาใช้บังคับพร้อมๆ กัน เพื่อเสริมกฎหมาย The Sherman Act 1890 เช่นกัน โดยมีวัตถุประสงค์ จัดตั้งองค์การในการบริหารและบังคับใช้กฎหมาย ป้องกันการผูกขาด ได้แก่ FTC เป็นองค์กรอิสระมีอำนาจสืบสวนสอบสวน รับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหาย ออกคำสั่งให้หน่วยธุรกิจหยุดกระทำการที่ละเมิดต่อกฎหมายรวมไปถึงมีอำนาจในการพิจารณาและตัดสินคดี โดย FTC จะทำหน้าที่บังคับใช้ The Clayton Act ร่วมกับ DOJ ที่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาและแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเยียวยาความเสียหายในทางแพ่ง ซึ่งคำตัดสินนั้นจะถูกทบทวนโดยศาลยุติธรรมได้ แสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา นั้นมีการกลั่นกรองโดยหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง มีผลให้การพิจารณาการรวมธุรกิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>27</sup>

นอกจากกฎหมายทั้งสามฉบับข้างต้นแล้ว ยังมี Merger Guidelines บังคับใช้อีก 2 ฉบับ คือ Non-Horizontal Merger Guidelines 1984 จะใช้กับเรื่อง การควบรวมกิจการในแนวดิ่ง (Vertical Merger) และ การควบรวมแบบกระจาย (Conglomerate Mergers) ส่วน Horizontal Merger Guidelines 1992 ศาลจะใช้บังคับเรื่องการควบรวมกิจการในแนวนอน (Horizontal Merger) รวมไปถึง Joint Venture (กิจการร่วมค้า)<sup>28</sup> นั้นก็อยู่ภายในบังคับของ Horizontal Merger Guidelines 1992 เช่นเดียวกับการรวมกิจการแบบแนวนอนโดยวิธีอื่นๆ

เมื่อพิจารณากฎหมายของสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบรวมธุรกิจนั้นมีทั้งกฎหมายหลักและกฎหมายลำดับรอง แนวคำพิพากษาที่ครอบคลุมทั้งการควบรวมแบบ แนวดิ่ง แนวนอน แบบกระจายและทุกรูปแบบทั้ง Mergers, Acquisition, Takeover, Interlocking Directorates, Joint Venture และองค์กรบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาเป็นสภาพเป็นองค์กรอิสระ มีอำนาจต่างๆ จนไปถึงตัดสินคดีได้ และคำตัดสินนั้นจะถูกทบทวนโดยศาลยุติธรรมในชั้นต่อไปโดยไม่ได้สิ้นสุดภายในหน่วยงานเดียว

<sup>26</sup> สักดา ธนิตกุล. อ่างเลี้ยงเชิงอรรถที่ 21. หน้า 167.

<sup>27</sup> พรชัย วิสุทธิศักดิ์. (2557). *เอกสารคำสอน วิชากฎหมายการแข่งขันทางการค้า*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 25.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.



### 3.1.1.2 ประเทศแคนาดา

#### 1) นิยามของคำว่า “ผูกขาดตลาด”

ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดา คือ Competition Act เดิมกฎหมาย Competition Act ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยการกระทำที่เป็น การตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันนั้นมียุทธศาสตร์สองส่วนคือ ส่วนแรกคือมาตรา 50 (1) (c) Competition Act เป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาคือ จำคุก และปรับ ส่วนที่สองคือ มาตรา 78 และ 79 Competition Act ซึ่งเป็นกรณีของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกัน โดย ตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุน และไม่มีโทษทางอาญา แต่มีโทษปรับทางปกครอง (Administrative Monetary Penalty) และการออกคำสั่งหยุดการกระทำที่เป็นความผิดหรืออาจสั่งให้มีการแบ่งแยกทรัพย์สิน หรือหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจก็ได้แต่ต่อมาภายหลังประเทศแคนาดาได้ยกเลิกความผิดตาม มาตรา 50 (1) (c) ซึ่งมีโทษทางอาญา และบังคับใช้เฉพาะมาตรา 78 และ 79 ซึ่งเป็นบทบัญญัติ ทางแพ่ง<sup>29</sup>

#### บทบัญญัติมาตรา 50 (1) (c)

“everyone end ages business who

C. Engage in a policy of selling product at price unreasonable low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect,

Is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.”

มาตรานี้มีองค์ประกอบสองประการ คือ 1) ผู้ประกอบธุรกิจตั้งราคาต่ำอย่างไม่เป็น เหตุผล 2) ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมี “นโยบาย” กล่าวคือ ต้องมีความประสงค์ 4 ประการ ดังนี้<sup>30</sup>

- (1) นโยบายต้องมีผลกระทบน่าจะมีความสำคัญในการลดการแข่งขัน
- (2) นโยบายจะมีผลหรือน่าจะมีผลในการกำจัดคู่แข่ง

<sup>29</sup> Paul Crampton. (2018). *Major Changes to the Competition Act (Canada) and the Competition Bureau Enforcement Policies*. (Online). Available: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/anitrust\\_source/Jun09\\_Crampton7\\_29f.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/anitrust_source/Jun09_Crampton7_29f.authcheckdam.pdf). [2018, June 8]. อ้างถึงใน พรชัย วิสุทธิ. (2561). *เอกสารประกอบการสอนวิชา กฎหมายแข่งขันทางการค้า*. เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 24.

<sup>30</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2018). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01770.html>. [2018, June 8]. อ้างถึงใน พรชัย วิสุทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 24.

(3) นโยบายที่มีความมุ่งหวังที่จะลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

(4) นโยบายที่มีความมุ่งหวังที่จะกำจัดคู่แข่ง

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติลักษณะนี้มีการกำหนดราคาต่ำอย่างไม่ให้เหตุอันสมควรแต่องค์ประกอบของมาตรานี้มีลักษณะของเจตนาที่มุ่งหวังให้เกิดการกระทำ หรือผลในทางที่จะกำจัดคู่แข่งหรือมีการลดการแข่งขันเกิดขึ้นบทบัญญัติของกฎหมายนี้มีลักษณะที่กว้างขวางเนื่องจากเจตนาที่จะลดการแข่งขันหรือเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งประกอบกับการขายสินค้าหรือบริการในราคาต่ำก็เป็นสิ่งเพียงพอแล้วในการลงโทษ ในขณะที่บทบัญญัติที่มีประสิทธิภาพนั้นต้องป้องกันเฉพาะการขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนที่มีผลเป็นการกำจัดคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพสูงกว่าหรือมีความแข็งแกร่งหรือคู่แข่งที่มีนวัตกรรมที่ดีกว่าแต่บทบัญญัติตามมาตรา 50 (1) (c) นั้นเป็นการปกป้องคู่แข่งทุกรายโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการแข่งขัน<sup>31</sup>

เนื่องจากตัวบทที่มีลักษณะกว้างขวางมากจึงมีการกำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมายโดยหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายซึ่งก็คือ Competition Bureau ได้ออกเอกสารที่เป็นแนวทางบังคับใช้กฎหมายซึ่งเรียกว่า guideline เพื่อนำกรอบความคิดทางด้านทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ประกอบการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริง หรือในการเลือกดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะทำการพิจารณาจากโครงสร้างตลาดและปัจจัยต่างๆ ที่บ่งบอกถึงสภาพตลาด เช่น ส่วนแบ่งการตลาด อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น และจะดำเนินคดีอาญาในกรณีที่มีปัญหาความร้ายแรงมากโดยในแนวทางบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะดำเนินคดีอาญากับผู้ถูกร้องเรียนในกรณีที่เป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง โดยมีวัตถุประสงค์บีบบังคับให้คู่แข่งเข้าร่วมรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการ กระทำความผิดซ้ำ กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งศาล หรือรวมกับผู้อื่นกระทำความผิด<sup>32</sup>

ต่อมาประเทศแคนาดาได้มีการเปลี่ยนแปลงยกเลิกบทบังคับโทษทางอาญาเมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 2009 โดยเริ่มต้นจากข้อความคิดของ House of Commons standing committee on industry, Science and technology ได้เสนอแผนการปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้าแคนาดา

<sup>31</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2018). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01770.html>. [2018, June 8]. อ้างถึงใน พรชัย วิสุทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 25.

<sup>32</sup> Competition Bureau. (2018). *Predatory pricing enforcement guideline (2008)*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/02713.html>. [2018, June 8]. อ้างถึงใน พรชัย วิสุทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 25.

โดยแนะนำให้ทำการยกเลิกบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาในส่วนที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับราคา และมีการเสนอแนะให้ใช้บทบัญญัติในส่วนของผู้มีอำนาจเหนือตลาดแทน<sup>33</sup> สาเหตุในการยกเลิกบทบัญญัติก็คือในบางสถานการณ์ศาลอาจตีความมาตรา 50 (1) (c) Competition Act โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของ Competition Act ตามมาตรา 1.1 ซึ่งมีหลักการส่งเสริมการแข่งขันเพื่อสร้างหลักประกันผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็กมีโอกาสทางธุรกิจในแคนาดา แล้วทำการลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจที่มีเจตนาขัดแย้งในการกำจัดคู่แข่งในระหว่างตั้งราคาสินค้าต่ำ การตัดสินเช่นนี้อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการแข่งขันทางราคาอย่างรุนแรง หรือมีเทคโนโลยีสูงถูกกำจัดด้วยข้อหากระทำผิดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง การนำบทบัญญัติมาตรา 79 Competition Act มาใช้ในการพิจารณาปัญหาการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งจึงมีความเหมาะสมกว่าเพราะโครงสร้างบทบัญญัติมีการตรวจสอบอำนาจผูกขาดและตรวจสอบผลกระทบในลักษณะที่เป็นการจำกัดแข่งขันอย่างสำคัญ โครงสร้างบทบัญญัติในลักษณะนี้ทำให้ศาลแข่งขันทางการค้าสามารถนำหลักการพิจารณาการขึ้นราคาและกีดกันนำมาใช้ได้ หรือสามารถทำการตรวจสอบผลกระทบของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งที่มีพลวัตของการแข่งขัน (dynamic competition) ในตลาดที่เกิดการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งขึ้น<sup>34</sup>

เหตุผลอีกประการที่ขกเลิกความผิดทางอาญาคือการพิสูจน์ความผิดในการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งนั้นเหมาะที่จะใช้หลัก Rule of Reason เพราะสามารถจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจในประเทศแคนาดาได้ ซึ่งรวมไปถึงผลกระทบที่แตกต่างกันในแต่ละอุตสาหกรรม ภายใต้หลัก Rule of Reason จะมีการวิเคราะห์ผลทางเศรษฐกิจหากมีการพิจารณาภายใต้บทบัญญัติที่มีความผิดทางอาญาการพิสูจน์ความผิดจะทำได้ยากมากเพราะการพิสูจน์ความผิดทางอาญานั้นต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัย แต่การพิสูจน์ทางแพ่งนั้นใช้หลักการซึ่งนำนักพยานหลักฐานทำให้เหมาะสมกับหลัก Rule of Reason มากกว่า ยิ่งไปกว่านั้นศาลแข่งขันทางการค้า (มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง) มีผู้เชี่ยวชาญที่มีความสามารถในการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อเศรษฐกิจซึ่งมีประโยชน์ในกรณีการแยกการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งออกจากการแข่งขันทางด้านราคา<sup>35</sup>

<sup>33</sup> James Musgrove. (2018). *Development in the Canadian Law of Price Maintenance and Predatory Pricing*. (Online). Available: <http://www.langmichener.com/uploads/content/Paper%2020%Challenges%202008Feb08%2020-CL-FINAL.pdf>. [2018, June 8]. อ้างถึงใน พรชัย วิสุทธิ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 25.

<sup>34</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. supra note 31.p.74. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. (2554). *วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำจัดคู่แข่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 148.

<sup>35</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. supra note 31. pp.20-21. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 148.

นอกจากข้อดีตามที่กล่าวมาแล้วและรัฐบาลประเทศแคนาดายังเห็นว่าการยกเลิกโทษทางอาญายังเป็นการสนับสนุนให้มีการตั้งราคาแบบใหม่ๆ และสร้างความมั่นคงให้ธุรกิจในประเทศแคนาดา<sup>36</sup>

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดายังมีบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวข้องกับการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งชั้นอีกโดยมีการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดและมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 78 และ 79 Competition Act

79 (1) where, on application by commissioner, the Tribunal finds that

(a) One or more persons substantially all completely control, throughout Canada or in the area thereof, a class or species of bussiness,

(b) That person on those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) The practice has had, is having or is likely to have The effect of preventing or lessening competition substantively in a market,

The Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice. ....

78. (1) For the purposes of section 79, “anti-competitive act”, without restricting generality of the term, include any of the following acts ....

... (i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or elimination a competitor.

องค์ประกอบมาตรา 78 และ 79i มีสองประการ 1) การที่ผู้ประกอบการจะต้องมีอำนาจในการควบคุมธุรกิจ ซึ่งหมายถึงผู้ประกอบการมีอำนาจผูกขาด 2) ต้องมีการลดราคาต่ำกว่าทุนโดยมีวัตถุประสงค์ในการกำจัด หรือลงโทษคู่แข่งชั้น โดยผลแห่งการตั้งราคานี้เป็นการลดการแข่งขันอย่างสำคัญในตลาด โดยการลดการแข่งขันอย่างสำคัญนั้นอาจแสดงให้เห็นได้ว่า อาจเกิดขึ้นแล้ว เกิดขึ้นในปัจจุบัน หรือคาดหมายได้อย่างชัดเจนว่าจะเกิดขึ้นในภายหน้าจากการพิจารณาข้อมูล

<sup>36</sup>Competition Bureau. (2018). *A Guide to Amendments to the Competition Act*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/03045.html>. [2018, June 8]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 149.

ทางเศรษฐศาสตร์ต่างๆ เช่น ส่วนแบ่งตลาดที่สูง การแข่งขันกับต่างประเทศ หรือความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาด<sup>37</sup>

การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 79 นั้นจะมีการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยกำหนดว่าบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ควบคุมอำนาจผูกขาดอย่างสำคัญหรือควบคุมอำนาจผูกขาดทั้งหมดในแคนาดา หรือพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง (throughout Canada or any area thereof) หรือควบคุมธุรกิจประเภทใดๆ (a class or species of business) โดยคำว่า การควบคุมอำนาจผูกขาดทั้งหมดในประเทศแคนาดา หรือส่วนใดส่วนหนึ่งนั้น หมายถึง การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ส่วนคำว่า การควบคุมอย่างสำคัญหรือทั้งหมด (Substantially or Complete Control) หมายถึง การที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจผูกขาด โดยสำนักงานแข่งขันทางการค้าแคนาดาถือว่าอำนาจผูกขาดคือ การขึ้นราคาสูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันในช่วงเวลาที่มีการทำการพิจารณา<sup>38</sup> องค์ประกอบอีกประการหนึ่งก็คือการกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งในกรณีของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งได้แก่มาตรา 78 คือการตั้งราคาต่ำกว่าทุน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือกำจัดคู่แข่งออกจากตลาดและการกระทำนั้นยังต้องมีผลเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันในตลาดอย่างสำคัญอีกด้วย หากพิจารณาประกอบกับแนวปฏิบัติเรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาดพบว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์การขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนหลักเล็กน้อย ประกอบกับโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะทำการขึ้นราคาและถอนทุนคืนได้สำเร็จ (Recoupment) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง<sup>39</sup>

ตัวบทบัญญัติของมาตรา 78 และ 79 เอื้ออำนวยให้ศาลและองค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศแคนาดาได้นำเอาทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการพิจารณาคดี โดยบทบัญญัติมีลักษณะของการตรวจสอบโครงสร้างตลาด คืออย่างน้อยที่สุดมีการตรวจสอบส่วนแบ่งตลาดและอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ซึ่งเป็นการประเมินโอกาสที่จะเกิดการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งว่ามีโอกาสสำเร็จหรือไม่ (สามารถคืนทุนได้) หากอำนาจตลาดสูงซึ่งสะท้อนผ่านส่วนแบ่งตลาดที่

<sup>37</sup> R.J. Robert. (1992). *Robert on Competition/Antitrust: Canada and United States* (2<sup>nd</sup>ed). Toronto: Butterworth. pp.298-299. อ้างถึงใน สรวิชัย รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 152.

<sup>38</sup> Competition Bureau, "Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions". Sec. 3.2. อ้างถึงใน สุธี ศุกนิตย์. (2534). การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมผู้มีพหุติของผู้มีอำนาจเหนือตลาด. *วารสารนิติศาสตร์*, 4 (21), หน้า 508.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 509.

<sup>39</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.4.3. อ้างถึงใน สุธีร์ ศุกนิตย์. (2541). *กฎหมายป้องกันการผูกขาด*. ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปีธรรมศาสตร์ อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 79.

มากก็จะมีโอกาสทำการขับไล่คู่แข่งขึ้นออกจากตลาดได้ และทำการขึ้นราคาเป็นระดับราคาผูกขาด นอกจากนี้ยังมีการกำหนดการกระทำผิดโดยการจัดราคาต่ำกว่าต้นทุน โดยไม่มีเหตุผลในทางส่งเสริมการแข่งขันมารองรับ<sup>40</sup>

## 2) กลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด

### การหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะทำการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งเชิงสินค้าและเชิงภูมิศาสตร์ เพื่อใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการวิเคราะห์หาส่วนแบ่งตลาดและใช้ในการวัดอำนาจผูกขาด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการวัดอำนาจในการขึ้นราคาสินค้านั้นเอง<sup>41</sup> โดยตลาดที่เกี่ยวข้องจะมุ่งพิจารณาการทดแทนกันได้ อุปสงค์และการเปลี่ยนแปลงของระดับอุปสงค์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านราคาเป็นหลัก<sup>42</sup>

#### (1) ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าและบริการ

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดานั้นจะมีวิธีการ มาตรฐานในการกำหนดขอบเขตของตลาดไม่ว่าจะเป็นขอบเขตตลาดเชิงสินค้าหรือขอบเขตตลาดเชิงพื้นที่ โดยใช้วิธีการทดสอบการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มิฉะนั้นสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว หรือที่เรียกว่า SSNIP test โดยจะทำการสุ่มตัวบุคคลผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาก่อน เพื่อพิจารณาการขึ้นราคาของสินค้าในกรณีการหาขอบเขตตลาดสินค้าโดยจะทำการกำหนดตลาดสินค้าที่เล็กที่สุดและทำการกำหนดพื้นที่การขายสินค้าที่เล็กที่สุดและทำการพิจารณาโดยขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มิฉะนั้นสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราวโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาพิจารณาเห็นว่าการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญที่ใช้ในการทดสอบหาขอบเขตตลาดที่เหมาะสมคือการขึ้นราคาร้อยละ 5 และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากำหนดระยะเวลาที่ไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราวคือ 1 ปี แต่ในบางครั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาอาจจะปรับระยะเวลาให้สั้นลงมา หรือ ขยายระยะเวลาออกไปให้ยาวนานขึ้นก็ได้แล้วแต่ความเหมาะสมกับสภาพธุรกิจที่ทำการตรวจสอบโดยคณะกรรมการจะนำสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันหรือต่างกันเล็กน้อยของกลุ่มคู่แข่งที่มีลักษณะน่าจะทดแทนกันได้มาทำการทดสอบด้วยการขึ้นราคาสินค้าเป็นระยะเวลาหนึ่งปี และขึ้นราคาร้อยละ 5 หากขึ้นราคาแล้ว

<sup>40</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. supra note 31, p.11-12, 51-53. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34. หน้า 149.

<sup>41</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(d). อ้างถึงใน สุชีร์ สุกนิษฐ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 79.

<sup>42</sup> Competition Bureau, “Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34. หน้า 153.

กำไรของผู้ประกอบธุรกิจลดลงจนถึงระดับที่ไม่ได้กำไร แสดงว่ามีการซื้อสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นทดแทนในตลาด ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่าสินค้าที่ทดแทนได้นั้นไม่ได้อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะนำสินค้าอื่นที่สามารถทดแทนกันได้ที่ดีที่สุดมาทำการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องต่อไป โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะนำสินค้าที่มีลักษณะที่ผู้บริโภคมีความต้องการทดแทนสินค้าที่ต้องการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (สินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการหาอำนาจผูกขาด) หากราคาสินค้าเพิ่มขึ้นโดยสันนิษฐานว่าสินค้าที่ผู้บริโภคซื้อทดแทนนั้นจะมีอยู่อย่างไม่จำกัดในท้องตลาด หากราคาสินค้าคงที่แล้วเมื่อทำการทดสอบแล้วผู้ประกอบธุรกิจรายที่ถูกทดสอบสามารถขึ้นราคาสินค้าและบริการของตนได้ร้อยละ 5 และสามารถขึ้นราคาได้เป็นระยะเวลา 1 ปี จะถือว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบกับนั้นอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกันกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายที่ถูกตรวจสอบเมื่อได้ตลาดที่เกี่ยวข้องแล้วจะทำการตรวจสอบซ้ำเพื่อความถูกต้อง<sup>43</sup>

ในการหาขอบเขตตลาดเชิงสินค้าหรือขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ ด้วยวิธีการทดสอบการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มิใช่สำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว หรือที่เรียกว่า SSNIP test คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะใช้ราคาที่มีการแข่งขันปกติ (มิใช่ระดับราคาที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจถูกฟ้องในคดีใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ) เพราะ ณ ระดับราคาที่มีการแข่งขันจะทำให้การหาขอบเขตตลาดมีความแม่นยำ แต่ในทางตรงกันข้ามหากใช้ระดับราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันจะทำให้ขอบเขตของตลาดมีความกว้างกว่าความเป็นจริง ซึ่งปรากฏการณ์นี้เรียกว่า Cellophane Fallacy<sup>44</sup>

หากมีข้อมูลของปริมาณสินค้า ปริมาณการซื้อสินค้าของสินค้าที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลการทดแทนกันได้ของสินค้าชนิดต่างๆ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะใช้สถิติเหล่านี้มาทำการพิจารณาหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>45</sup>

นอกจากปัจจัยเชิงสถิติแล้วยังมีการพิจารณาถึงความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อพิจารณาพฤติกรรมของผู้บริโภคว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงการบริโภคสินค้า หากราคาของผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนไปเล็กน้อยเช่นใดและยังนำมาประกอบกับอีกปัจจัยประการหนึ่งคือ พิจารณาจากความยืดหยุ่นใจวิ ซึ่งพิจารณาการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจมีผลต่อความต้องการสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายที่เป็นคู่แข่งหรือไม่ ถึงแม้

<sup>43</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.4-3.12. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 153.

<sup>44</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. sec.3.2.1(c). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 153.

<sup>45</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.12. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 153.

ความยืดหยุ่นไขว้นั้นไม่ได้บอกความสามารถในการขึ้นราคาสินค้าโดยตรง แต่บอกถึงสินค้าที่สามารถทดแทนสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาว่าสินค้านั้นจะอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกัน กลยุทธ์หรือพฤติกรรมของผู้บริโภค รวมถึงข้อมูลอุตสาหกรรมเป็นข้อมูลที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเคนาดนำมาพิจารณาหาขอบเขตตลาดในกรณีของกลยุทธ์หรือพฤติกรรมผู้บริโภคจะให้ข้อมูลว่าในอดีตผู้บริโภคมีพฤติกรรมการบริโภคตอบสนองต่อการขึ้นราคาอย่างไร นอกจากนี้ข้อมูลจากการสำรวจข้อมูลในอุตสาหกรรมหรือผู้มีส่วนร่วมในอุตสาหกรรมไม่ว่าจะเป็นคู่แข่งหรือผู้ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องข้อมูลเหล่านี้จะนำมาวิเคราะห์ถึงการพัฒนาอุตสาหกรรมทั้งในอดีตและอนาคตเพื่อหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องต่อไป<sup>46</sup>

คุณสมบัติทางกายภาพ การใช้งานขั้นสุดท้าย หรือ คุณสมบัติทางเทคนิคของตัวสินค้าเอง ล้วนเป็นปัจจัยในการหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง แต่สินค้าบางชนิดที่มีการใช้งานขั้นสุดท้ายเหมือนกันอาจไม่ได้เป็นสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้หากผู้ซื้อสินค้ามีความแตกต่างกัน ดังนั้นคุณลักษณะการใช้งานที่เหมือนกันอาจไม่เพียงพอที่จะระบุว่ากลุ่มสินค้านั้นอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกัน ดังนั้นหากผู้ซื้อทราบถึงความแตกต่างกันของเทคโนโลยีหรือความแตกต่างทางกายภาพรวมถึงการรับประกันสินค้า หรือบริการหลังการขายที่กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าจึงต้องนำปัจจัยดังกล่าวมาพิจารณา<sup>47</sup>

ต้นทุนในการเปลี่ยนการบริโภคสินค้าของผู้ซื้อถือเป็นอีกปัจจัยในการพิจารณาหาขอบเขตตลาดเนื่องจากต้นทุนการเปลี่ยนการบริโภคสินค้า (Switching cost) ของสินค้าสูงจะทำให้ผู้ซื้อไม่ยอมเปลี่ยนไปซื้อสินค้าของกลุ่มคู่แข่งแม้ราคาสินค้าจะขึ้นไปร้อยละ 5 แต่หากต้นทุนในการเปลี่ยนการบริโภคนั้นมีต่ำ ทำให้ผู้ซื้อไปซื้อสินค้าของกลุ่มคู่แข่ง หากผู้ประกอบการรายที่สมมุติว่ามีอำนาจเหนือตลาดขึ้นราคาสินค้าของตนร้อยละ 5 สินค้าเหล่านั้นก็จะไม่ถูกนำมารวมอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องตัวอย่างของต้นทุนการเปลี่ยนการบริโภคนี้ก็คือการที่ผู้ซื้อต้องเสียค่าใช้จ่ายจากการเปลี่ยนแปลงเครื่องมือ ปรับตลาดเลิกสัญญาวัตถุดิบ เรียนวิธีการใช้งานสินค้าใหม่ หรือต้องดัดแปลงอุปกรณ์บางชนิดให้เหมาะสมรวมถึงกรณีที่ผู้ซื้อไม่ได้เป็นผู้บริโภคขั้นสุดท้ายแต่มีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจสินค้าอย่างอื่นทำให้สินค้าที่ผู้ซื้อผลิตนำมาขายนั้นสูญเสียความเชื่อถือเป็นต้น<sup>48</sup>

## (2) ขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์

ในกรณีของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ก็จะมีการหาขอบเขตของตลาดทำนองเดียวกับตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้า กล่าวคือ จะมีการกำหนดนำสินค้าจากพื้นที่ใกล้เคียงมา

<sup>46</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.13-3.14. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 34. หน้า 154.

<sup>47</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.15-3.16. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 34. หน้า 154.

<sup>48</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.17. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 34. หน้า 154.



ทดสอบหาขอบเขตของตลาดโดยหากผู้ประกอบการธุรกิจรายที่ถูกสมมุติขึ้นว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามารถทำการขึ้นราคาได้ร้อยละ 5 เป็นระยะเวลาอย่างน้อย 1 ปี แสดงว่าพื้นที่ซึ่งคู่แข่งขันทำการค้าอยู่นั้นเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องกัน แต่ในทางตรงกันข้ามหากผู้ประกอบการธุรกิจรายที่ถูกสมมุติว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าของตนได้เนื่องจากผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้าของผู้ประกอบการที่อยู่ภายในพื้นที่อื่น ก็จะไม่นำมารวมเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาก็จะนำคู่แข่งที่อยู่ในพื้นที่อื่นมาทำการทดสอบอีก เมื่อได้ผู้ประกอบการที่อยู่ในพื้นที่เล็กที่สุดมาแล้ว จะทำการทดสอบซ้ำเพื่อหาขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ที่เล็กที่สุดที่ผู้ประกอบการธุรกิจรายที่สงสัยว่าจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามารถขึ้นราคาสินค้าของตนได้ร้อยละ 5 เป็นระยะเวลา 1 ปี หากผู้ประกอบการธุรกิจมีการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาในพื้นที่ต่างกัน หรือสินค้าที่ต่างกัน โดยผู้ซื้อไม่สามารถไปซื้อสินค้าชนิดอื่นหรือพื้นที่อื่นได้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะถือว่าเป็นข้อมูลสำคัญในการหาขอบเขตตลาด<sup>49</sup>

การที่จะหาผู้ประกอบการรายใดมาพิจารณาหาว่าเป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องหรือตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องนั้นคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของแคนาดายังใช้ปัจจัยอื่นๆ มาใช้ในการพิจารณาพร้อมกับวิธีการหาขอบเขตของตลาดแบบใช้วิธีการทดสอบการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญที่ไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราวโดยมีรายละเอียดดังนี้

กลยุทธ์และพฤติกรรมของผู้ซื้อในท้องถิ่นจะเป็นข้อมูลที่ชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการที่อยู่ในท้องถิ่นอื่นเมื่อราคาสินค้าภายในท้องถิ่นสูงขึ้นร้อยละ 5 นอกจากนี้ผลการสำรวจอุตสาหกรรมกลยุทธ์และพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่อยู่ในอุตสาหกรรมยังให้ข้อมูลที่ดีในการวิเคราะห์ถึงพฤติกรรมของผู้ซื้อว่ามีการตอบสนองต่อราคาที่เพิ่มขึ้นหีบห่อที่เปลี่ยนแปลงหรือบริการที่เกี่ยวข้องในท้องถิ่นอื่น<sup>50</sup>

คุณลักษณะของสินค้าและปัจจัยเชิงคุณภาพอื่นๆ ยังถูกนำมาประเมินเพื่อหาตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์เช่นสภาพสินค้าเป็นของสดเสีียง่าย มีความเปราะบางความสะดวกสบายในการขนส่ง ความถี่ในการให้บริการรูปแบบการขนส่งความเชื่อถือได้ของบริการ<sup>51</sup>

ต้นทุนการเปลี่ยนแปลงการบริโภคสินค้าไปยังอีกพื้นที่หนึ่งเป็นปัจจัยเชิงคุณภาพที่มีความสำคัญในการหาขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ หากต้นทุนการเปลี่ยนแปลงการบริโภคสินค้ามีสูงก็จะทำให้ผู้ซื้อทำการเปลี่ยนการบริโภคสินค้าจากพื้นที่หนึ่งไปยังอีกพื้นที่หนึ่งได้ยากขึ้นซึ่งส่วนสำคัญของต้นทุนนี้คือ ค่าขนส่งสินค้า ต้นทุนเหล่านี้จึงเป็นตัวชี้วัดขอบเขตของตลาดเชิง

<sup>49</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.17. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 34. หน้า 154.

<sup>50</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.21. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 34. หน้า 154.

<sup>51</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.23. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 34. หน้า 154.

ภูมิศาสตร์ เนื่องจากค่าขนส่งมีผลโดยตรงต่อราคา ต้นทุนที่สูงขึ้นจะทำให้ผู้ซื้อหันไปบริโภคสินค้าของกลุ่มแข่งได้ยากขึ้น เช่น ราคาสินค้ารวมค่าขนส่งสินค้าของบริษัทคู่แข่งที่อยู่ในพื้นที่อื่นกับราคาสินค้าของผู้ถูกสมมติ ว่ามีอำนาจเหนือตลาดเมื่อขึ้นราคาไปร้อยละ 5 เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจถูกสมมติให้มีความอำนาจเหนือตลาดนั้นยังมีราคาถูกกว่า เป็นต้น แต่หากสินค้าอยู่ในพื้นที่ซึ่งมีความห่างไกลกันมากๆ ก็มักจะไม่นิยามรวมอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์อยู่แล้ว<sup>52</sup>

### การกำหนดหาส่วนแบ่งตลาด<sup>53</sup>

ในการกำหนดหาส่วนแบ่งตลาดคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดา ทำการวัดส่วนแบ่งตลาดจากรายรับยอดขายสินค้า จำนวนสินค้าที่ขาย และกำลังการผลิต ในกรณีที่สินค้ามีความเหมือนกันทุกประการหรือไม่มีความแตกต่างกัน ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมิได้ทำการผลิตโดยใช้กำลังการผลิตเต็มที่จะใช้รายรับยอดขายสินค้า จำนวนสินค้าที่ขาย หรือกำลังการผลิตสินค้าจะ ไม่มีความแตกต่างกัน การเลือกเครื่องมือในการวัดส่วนแบ่งตลาดจะพิจารณาจากข้อมูลที่สำนักงานแข่งขันทางการค้าแคนาดามีข้อมูล

แต่กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีกำลังการผลิตส่วนเกิน การวัดส่วนแบ่งตลาดโดยใช้กำลังการผลิตเป็นเครื่องมือจะเป็นสิ่งที่สามารถวัดสถานะการแข่งขันและความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดได้เป็นอย่างดี แต่กำลังการผลิตจะไม่นำมาเป็นเครื่องมือในการคำนวณส่วนแบ่งตลาดหากมีข้อมูลเป็นที่ชัดเจนว่ากำลังการผลิตส่วนเกินนั้นไม่ได้มีอิทธิพลในตลาดที่เกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่น กำลังการผลิตส่วนเกินนั้นมีต้นทุนสูงมากหรือกำลังการผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบธุรกิจเกิดจากการจัดการทางด้านการตลาดไม่มีประสิทธิภาพ

ในกรณีที่สินค้ามีความแตกต่างกันการวัดส่วนแบ่งตลาดโดยอาศัย ส่วนแบ่งตลาดรายรับยอดขาย หรือกำลังการผลิตจะมีความแตกต่างกันมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ในตลาดที่มีการขายสินค้านั้นแตกต่างกัน สินค้ามีความแตกต่างกันและในตลาดมีผู้ประกอบธุรกิจที่ขายสินค้าในราคาถูก (Discount) เป็นผู้ครอบครองกำลังการผลิตส่วนเกินไว้ทั้งหมด กรณีเช่นนี้หากใช้กำลังการผลิตส่วนเกินเป็นเครื่องมือในการวัดส่วนแบ่งตลาดจะทำให้ส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าการวัดส่วนแบ่งตลาดโดยใช้รายรับจากการขาย หรือจำนวนสินค้าที่ขายได้เป็นเครื่องมือดังนั้นการใช้กำลังการผลิตส่วนเกินจึงเป็นเครื่องมือที่ไม่เหมาะสมกรณีเช่นนี้รายรับจากการขายเป็นเครื่องมือในการวัดส่วนแบ่งตลาดที่เหมาะสม

<sup>52</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.24. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 157.

<sup>53</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 4.5-4.10. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 157.

## การวัดอำนาจผูกขาดและการพิจารณาปัจจัยแวดล้อมเพื่อหาโอกาสการผูกขาดและ คันทุน

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาได้มีการกำหนดอำนาจตลาด (อำนาจผูกขาด) คือความสามารถในการขึ้นราคา และรักษาระดับราคาสินค้าโดยยังรักษากำไรไว้ได้ และราคาสินค้าที่จำหน่ายนั้นสูงกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขันในระยะเวลาที่มีนัยสำคัญ ซึ่งระยะเวลาที่มีนัยสำคัญคือ 1 ปี<sup>54</sup> นอกจากนี้ในบางคดีศาลมีการยอมรับการพิจารณาหลักฐานที่บ่งบอกถึงอำนาจตลาดโดยตรง กล่าวคือ ยอมรับผลกำไรที่สูงกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขัน เช่น คดี Canada v. Tele-Direct (Publications) Inc. ศาลยอมรับราคาสินค้าที่สูงกว่าต้นทุนมาก จนทำให้ผลกำไรที่สูงขึ้นถึงร้อยละ 40 ของจำนวนมาพิจารณาเป็นหลักฐานโดยตรงที่แสดงถึงการมีอำนาจตลาดของจำเลย<sup>55</sup>

นอกจากนี้ยังมีคดี Canada v. Canada Pipe. ซึ่งศาลยอมรับการตั้งราคาสินค้าของจำเลยในหลายพื้นที่ให้มีความแตกต่างกัน (เลือกปฏิบัติทางราคา) และความสามารถของจำเลยที่จะลดราคาเพื่อต่อสู้กับคู่แข่งรายใหม่ ซึ่งเข้าสู่ตลาดหรือภาวะการแข่งขันที่สูงขึ้น เป็นหลักฐานที่แสดงถึงระดับราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขัน (อย่างน้อยที่สุดคือบริเวณอื่นที่ระดับราคายังสูงอยู่)<sup>56</sup> แต่ทั้งสองคดีนี้ยังต้องพิจารณาหาข้อมูลทางอ้อมอื่นประกอบอีก เช่น ส่วนแบ่งตลาด เป็นต้น<sup>57</sup>

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดายังมีการใช้ข้อมูลอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเชิงปริมาณหรือข้อมูลเชิงคุณภาพมาประกอบการพิจารณาหาตัวผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งประกอบด้วยปัจจัยต่างๆ ดังนี้

(1) ส่วนแบ่งตลาด เป็นปัจจัยทางอ้อมที่สำคัญมากอย่างหนึ่ง โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาถือว่าส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยที่จำเป็นในการพิจารณาหาอำนาจตลาด แต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาก็ไม่ได้ถือว่าเป็นปัจจัยที่เพียงพอในการวินิจฉัย

<sup>54</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(a). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 158.

<sup>55</sup> Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc. (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) Cited by Competition Bureau, Updated Enforcement Guidelines on The Abuse of Dominance Provisions (Draft for Public Consultation 2009). sec.3.2.1(c). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 158.

<sup>56</sup> Canada (Commissioner of Competition) V. Canada Pipe (2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 158.

<sup>57</sup> Canada (Commissioner of Competition) V. Canada Pipe (2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 158.

ว่ามีอำนาจเหนือตลาดจริง<sup>58</sup> อีกทั้งในคดี *Canada v. Nutrasweet Co.*<sup>59</sup> ซึ่งมียอดขายน้ำตาลเทียมร้อยละ 95 ของประเทศแคนาดาโดยคดีนี้ศาลได้ยอมรับว่าการที่พิจารณาอำนาจผูกขาดจากราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันนั้นสามารถนำมาใช้ได้แต่ต้องนำปัจจัยอื่นมาพิจารณาเพิ่มเติมเพื่อหาอำนาจผูกขาด เช่น ส่วนแบ่งตลาดหรืออุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น

ศาลยังวางหลักต่อไปในคดี *Canada v. Laidlaw Waste System Ltd.*<sup>60</sup> ศาลกล่าวว่า ส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 ไม่ใช่หลักฐานเบื้องต้นในคดีที่แสดงว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่มีอำนาจผูกขาดหากยอดขายต่ำกว่าร้อยละ 50 แต่ในคดีนี้จำเลยมีส่วนแบ่งตลาดอยู่ระหว่างร้อยละ 87 ถึงร้อยละ 100 จากการทำธุรกิจกำจัดขยะ

ผู้เขียนพอจะสรุปได้ว่าแนวทางการพิจารณาคดี ที่ขึ้นสู่ศาลประเทศแคนาดานั้น ส่วนมากจำเลยจะมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงมากประมาณร้อยละ 85 ถึงร้อยละ 100 แต่ไม่มีการวินิจฉัยว่า ส่วนแบ่งเท่าไรพอจะถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มีเพียงข้อความในคดี *Canada v. Laidlaw Waste System Ltd.* ศาลได้อธิบายเพียงว่าส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 บทมิใช่กรณีจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้นในการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ แต่ศาลยังกล่าวต่อไปอีกว่าแม้ส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 ก็ได้หมายความว่าจำเลยไม่มีอำนาจผูกขาดในตลาด

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะยุติการสอบสวนซึ่งการกระทำอันเป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งขั้นต้นที่ถ้าส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 35 หากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจสูงกว่าร้อยละ 35 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาก็จะพิจารณาข้อมูลโครงสร้างตลาดอื่นประกอบ เช่น อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ต้นทุนจม กำไรของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น<sup>61</sup>

จากแนวปฏิบัติของสำนักงานแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาและแนวทางการพิจารณาของศาลพบว่าทั้งศาลและสำนักงานแข่งขันทางการค้าใช้ส่วนแบ่งตลาดซึ่งเป็นปัจจัยทางอ้อมของการมีอำนาจผูกขาดเพื่อพิจารณาว่า ผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ทั้งศาล

<sup>58</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(a). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 159.

<sup>59</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) Cited by Enforcement Guidelines on The Abuse of Dominance Provisions. sec.3.2.1(d). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 159.

<sup>60</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 159.

<sup>61</sup> Predatory Pricing Enforcement Guidelines. Sec.3.3-3.5. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 160.

และสำนักงานแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะใช้ปัจจัยอื่นประกอบการพิจารณาอีก ซึ่งผู้เขียนสามารถวิเคราะห์ได้ว่าส่วนแบ่งตลาดที่สูงมากอาจไม่ได้หมายถึงการมีอำนาจผูกขาดมากเสมอไป แต่ส่วนแบ่งตลาดที่มากอาจเกิดจากการขายสินค้าราคาต่ำหรือเกิดจากบริการที่ดีหรือชื่อเสียงของผู้ประกอบธุรกิจ การพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดอย่างเดียวจึงอาจไม่เพียงพอ

(2) อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและอุปสรรคการออกจากตลาด เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดที่สูงมิใช่ปัจจัยที่เพียงพอในการบ่งชี้ว่าผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ การที่คู่แข่งรายใหม่มีความยากลำบากในการเข้าสู่ตลาดไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายที่มีอำนาจผูกขาดสูงสามารถใช้อำนาจผูกขาดของตนได้ง่ายขึ้น โดยสามารถทำการขึ้นราคาให้มีระดับราคาสูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันได้ ในคดี *Canada v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* นั้น ศาลได้กล่าวว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดนั้นไม่ใช่แต่การพิจารณาเพียงการป้องกันให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้แต่ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เข้ามาในตลาดนั้นสามารถอยู่รอดและแข่งขันได้<sup>62</sup>

โดยทั่วไปแล้วอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดคือต้นทุนที่แตกต่างกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจรายที่มีอำนาจเหนือตลาดกับผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ซึ่งหากมีต้นทุนจมซึ่งจะต้องลงทุนไปก่อนและจะไม่ได้รับกลับคืนมาหากไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้สำเร็จก็เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่งเช่นกัน<sup>63</sup>

ความประหยัดต่อขนาด (economy of scale) เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่ง โดยผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่อาจจะมีขนาดการผลิตที่ไม่เหมาะสมกับขนาดของตลาดในทางตรงกันข้ามผู้ประกอบธุรกิจที่มีความประหยัดเนื่องจากขนาดมากสามารถขยายผลผลิตตอบสนองอุปสงค์ของตลาดได้กรณีเช่นนี้ทำให้ราคาสินค้าในตลาดต่ำและไม่จูงใจให้รายใหม่เข้าสู่ตลาด<sup>64</sup>

ระยะเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพเข้าสู่ตลาดและกลายเป็นคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพและความเหมาะสมคือโอกาสการสร้างกำไรในตลาดและความเพียงพอในการยับยั้งมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ขึ้นราคา ถือเป็นปัจจัยชี้วัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดและเป็นคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพในสองปีสามารถ

<sup>62</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(b). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 161.

<sup>63</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(b). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 161.

<sup>64</sup> Merger Enforcement Guidelines 2004. Sec.6.1.5. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 161.

ประกอบธุรกิจมีกำไรและสามารถป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ขึ้นราคา เช่นนี้ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดขึ้นราคาได้<sup>65</sup>

### ข้อจำกัดทางด้านกฎระเบียบอาจถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้<sup>66</sup>

กลยุทธ์ทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอาจเป็นสิ่งที่เป็อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้ในคดี *Canada v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* นั้น โดยอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดในธุรกิจรับจำกัดของเสียนั้นโดยทั่วไปแล้วมีไม่มากแต่เนื่องจากบริษัทจำเลยมีสัญญาระยะยาวกับลูกค้าถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดรูปแบบหนึ่งเพราะจะทำให้ลูกค้ามีต้นทุนในการเปลี่ยนการบริโภคที่สูงหากต้องเลิกสัญญากับบริษัทเดิมแล้วไปทำสัญญากับบริษัทคู่แข่ง<sup>67</sup>

ในคดี *Canada v. Superior Propane Inc.* จำเลยได้มีอุปสรรคเข้าสู่ตลาดเชิงยุทธศาสตร์ในรูปแบบสัญญาระหว่างจำเลยและลูกค้า โดยระบุข้อสัญญาในที่มีลักษณะต่อสัญญาโดยอัตโนมัติหากไม่มีการบอกเลิกสัญญาในเวลาที่กำหนด มีข้อสัญญาที่มุ่งใจให้ซื้อสินค้าในระยะยาว ข้อสัญญาที่จำเลยเป็นเจ้าของถังก๊าซที่บรรจุสินค้าทำให้ลูกค้าประสบความยากลำบากในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น นอกจากนี้กิจการของจำเลยนั้นยังเป็นกิจการที่ต้องอาศัยต้นทุนสูงมากในการประกอบการ อีกทั้งกิจการของจำเลยมีชื่อเสียงทางด้านความแน่นอนในการผลิตและจัดส่งสินค้าให้ลูกค้า เหล่านี้ล้วนแต่เป็นอุปสรรคทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้อย่างยากลำบาก<sup>68</sup>

ในคดี *Canada v. NutraSweet Co.*<sup>69</sup> จำเลยถือครองสิทธิบัตรในการผลิตแอสปาแตมซึ่งเป็นน้ำตาลเทียมแต่เพียงผู้เดียวในประเทศแคนาดา และโรงงานของจำเลยยังมีความประหยัดเนื่องจากขนาดสามารถตอบสนองต่ออุปสงค์ได้เป็นอย่างดี และยังมีต้นทุนจมในการค้นคว้าวิจัยผลิตภัณฑ์ที่สูงมาก นอกจากนี้การผลิตสินค้าอย่างมีประสิทธิภาพต้องใช้เวลาเพื่อหาประสิทธิภาพในการจัดการโรงงานที่มีขนาดใหญ่ขนาดถึง 2 ปี เหล่านี้จัดเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้

<sup>65</sup> Merger Enforcement Guidelines 2004. Sec.6.9. อ้างถึงใน สรวิษณ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 162.

<sup>66</sup> Merger Enforcement Guidelines 2004. Sec.6.9. อ้างถึงใน สรวิษณ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 162.

<sup>67</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิษณ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 162.

<sup>68</sup> *Canada (Commissioner of Competition) V. Superior Propane Inc.* (August 30, 2000) CT-1998/002 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิษณ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 162.

<sup>69</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d). อ้างถึงใน สรวิษณ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 163.

ในคดี *Canada v. Tele-Direct (Publications) Inc.*<sup>70</sup> อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดนั้นมียุ่่มาก เนื่องจากตลาดบริการรายนามผู้ใช้โทรศัพท์มีขนาดเล็กมาก มีต้นทุนจมนจำนวนมาก และยังมีชื่อเสียงของจำเลยที่เป็นที่รู้จักในกลุ่มผู้ใช้บริการเป็นจำนวนมาก ตลอดจนถึงความสัมพันธ์อันดีระหว่างจำเลยและบริษัทผู้ให้บริการ โทรศัพท์ นอกจากนี้จำเลยยังมีความประหยัดเนื่องจากขนาดทำให้มีความเป็นไปได้ว่าจำเลยจะทำการรักษาระดับของผลผลิตเพื่อตอบโต้ผู้ประกอบการรายใหม่ ส่งผลให้ราคามีความใกล้เคียงกับต้นทุน

กำลังการผลิตส่วนเกินของตลาดเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาคำตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกัน ในคดี *R. v. Consumer Glass Co.* พบว่าคู่แข่งในตลาดของจำเลยมีกำลังการผลิตเพียงพอต่ออุปสงค์ของผู้ซื้อทั้งตลาด และจำเลยต่างก็มีกำลังการผลิตเพียงพอสำหรับทั้งตลาดสถานการณ์เช่นนี้ทำให้ตลาดมีกำลังการผลิตส่วนเกินอย่างมาก และจำเลยมีกำลังการผลิตส่วนเกินกรณีเช่นนี้ การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนแปรผันรวมสแตก์สูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ยจึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกันที่ตามมาเพื่อแสวงหาการขาดทุนต่ำที่สุด<sup>71</sup>

#### การพิจารณากำไรของผู้ร้องเรียน

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะพิจารณาคำร้องขอให้ดำเนินการสอบสวนผู้ประกอบการรายที่ถูกกล่าวหาว่า ตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกันหรือไม่นั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะทำการตรวจสอบข้อมูลการเงินจากกิจการของผู้ร้องเรียน ในช่วงระยะเวลาที่ผู้ร้องเรียนกล่าวหาว่ามีการกระทำอันเป็นการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกัน ผู้ร้องเรียนจะต้องไม่มีกำไรแต่การพิสูจน์นั้นไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่ารายได้ลดลงมาก จนถึงระดับที่ไม่มีกำไร หากผู้ร้องเรียนมีการจำหน่ายสินค้าในตลาดเชิงภูมิศาสตร์มากกว่าหนึ่งตลาด และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะไม่ทำการตรวจสอบว่าภาวะไม่ได้กำไรนั้นมาจากการดำเนินนโยบายราคาของผู้ประกอบการที่ถูกร้องหรือไม่โดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามาจะขอข้อมูลรายได้ของผู้ร้องเรียนในช่วงระยะเวลาที่กล่าวหาว่าผู้ถูกร้องและทำการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกันแต่หากผู้ประกอบการที่ร้องเรียนนั้นเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งถูกการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกัน กีดกันไม่ให้เข้าตลาด (ไม่มีรายการแสดงรายได้ กำไร ขาดทุนย้อนหลัง) ให้ผู้ร้องเรียนนำบัญชีประมาณการกำไร (Preformat statement) ในช่วงเวลาที่กล่าวหาว่าคู่แข่งดำเนินการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งกันมาให้คณะกรรมการแข่งขัน

<sup>70</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d). อ้างถึงใน สรวิษฐ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 163.

<sup>71</sup> Bruce Dunlop, David McQueen, and Michael Trebilcock. (1987). *Canadian Competition Policy*. Toronto: Canada Law book Inc. p.239. อ้างถึงใน สรวิษฐ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 163.

ทางการค้าพิจารณา นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังทำการพิจารณาปัจจัยทางด้านกำไรอื่น ข้อมูลกำไรและผลประกอบการจากภายนอกองค์กรความสามารถในการแข่งขันในช่วงที่มีการลดราคาเนื่องจากผู้ร้องเรียนมีรายรับจากตลาดอื่นพิจารณาการลงทุนหรือการตัดสินใจเชิงธุรกิจที่ทำให้ผู้ร้องมีความแข็งแกร่งพอที่จะมีความสามารถในการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ความแข็งแกร่งทางการเงินของผู้ที่เริ่มการลดราคา โดยพิจารณาประกอบกับผู้ร้อง พิจารณารายจ่ายอันเกิดจากการลดราคาของผู้ร้อง ถ้าข้อมูลเหล่านี้บ่งชี้ให้เห็นว่าผู้ร้องเรียนมีฐานะทางการเงินที่อ่อนแอกว่าผู้ที่เริ่มต้นกระทำการลดราคา ซึ่งลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงโอกาสการลดราคานั้นอาจเป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งอันอาจมีผลเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันได้<sup>72</sup>

### การพิจารณาเปรียบเทียบทางด้านต้นทุนและราคา

ประเทศแคนาดาได้นำต้นทุนและราคามาทำการพิจารณาร่วมกับปัจจัยโครงสร้างตลาดหรือเงื่อนไขแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตลาด โดยศาลแคนาดาได้มีการปรับใช้เรื่องต้นทุนที่พัฒนาการมาเป็นลำดับ

#### 3) กลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

กฎหมายประเทศแคนาดาได้ยอมรับการขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนในบางกรณีว่าไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมายและไม่ต้องมีความรับผิดชอบการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง

##### (1) การลดราคาสินค้าให้เท่ากับราคาสินค้าของคู่แข่ง (Meeting competition)

ในคดี *Boehringer Ingelheim (Canada) V. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.*<sup>73</sup> ซึ่ง Bristol-Myers Squibb จำเลยได้เป็นผู้ค้ายาต้านมะเร็ง Taxol ต่อมาคู่แข่งคือ Boehringer ที่เพิ่งเข้ามาบุกเบิกตลาดในประเทศแคนาดาได้ขายยาชนิดเดียวกันโดยไม่ได้ใส่เครื่องหมายการค้า (generic) ได้ราคาถูก จำเลยตอบโต้ด้วยการลดราคา Taxol ของจำเลยให้มีราคาต่ำลงมาเท่ากับราคาของโจทก์แต่ไม่ได้ลดราคาให้ต่ำกว่าโจทก์ศาลได้ยอมรับการตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ยจะสูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ยเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายแม้จำเลยจะมีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 94 คดีนี้ศาลมีความเห็นว่าการลดราคาให้เท่ากับคู่แข่งนั้นถึงจะเกิดการขาดทุนขึ้นแต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นราคาตั้งอย่างไม่มีเหตุผลศาลยังให้เหตุผลต่อไปอีกว่าราคาที่ต่ำอย่างไม่มีเหตุผลนั้นไม่ได้หยุดแนวทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์อย่างเดียวแต่ยังวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบอื่นๆ ในคดีอีกด้วยและอธิบายแนวทางการตั้งราคาในลักษณะนี้ไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะบีบบังคับให้ตลาดมีการขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาที่มีการ

<sup>72</sup> Predatory Pricing Enforcement Guidelines. Sec.3.5. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 164.

<sup>73</sup> *Boehringer Ingelheim (Canada) V. Bristol-Myers Squibb Canada Inc* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 166.



แข่งขันซึ่งเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายป้องกันการผูกขาดมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องแต่จากตั้งราคาลักษณะนี้จำเลยเพียงต้องการปกป้องธุรกิจของตนเองจากคู่แข่งเท่านั้น

ในเวลาต่อมาคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาได้รับรองการขายต่ำกว่าต้นทุนเพื่อทำให้ราคาเท่ากับคู่แข่งว่าเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย โดยได้ระบุใน Predatory Pricing Enforcement Guideline ฉบับปี 2008 ผู้ประกอบธุรกิจสามารถขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนเพียงเล็กน้อยได้ หากเป็นการปรับราคาสินค้าลงมาให้เท่ากับคู่แข่งแต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะทำการตรวจสอบคุณภาพและปริมาณของสินค้าหากสินค้ามีปริมาณมากกว่าคุณภาพสูงกว่าได้มีของแถมเพิ่มไปกับสินค้า มีการเพิ่มบริการใดๆ จากการซื้อสินค้าแต่ราคาขายเท่ากับคู่แข่ง การลดราคาเช่นนี้อาจเป็นการตั้งราคาให้ต่ำกว่าคู่แข่ง (undercutting) กรณีเช่นนี้จะไม่ได้รับการยกเว้นความผิด<sup>74</sup>

(2) การแนะนำสินค้าใหม่เข้าสู่ตลาด Predatory Pricing Enforcement Guideline ฉบับปี 2008 ได้ระบุว่าการแนะนำสินค้าใหม่เข้าสู่ตลาดโดยการตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุนเล็กน้อยได้และไม่ถือเป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง<sup>75</sup>

(3) การขายสินค้าเก๋าล้าสมัย ของสดเสีง่าย ขายต่ำกว่าต้นทุน ก็ไม่ถือเป็นการผิดเนื่องจากว่าเป็นปกตินิสัยทางธุรกิจที่จะจัดการสินค้า<sup>76</sup>

#### 4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้รับการแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรีของประเทศแคนาดามีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย Competition Act และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและมีอำนาจสั่งการสำนักงานแข่งขันทางการค้า<sup>77</sup>

#### อำนาจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

##### (1) การขอคำปรึกษา

บุคคลที่มีข้อหารือในการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ Competition Act หรือกฎข้อบังคับใดๆ สามารถหารือไปยังคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาได้เมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้รับข้อหารือแล้วจะทำการตอบข้อหารือหรือทำเป็น

<sup>74</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. sec.4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 173.

<sup>75</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. sec.4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 173.

<sup>76</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. sec.4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 174.

<sup>77</sup> Mark R. Joelson. (2015). *The Joelsons in the twentieth century: a family and personal memoir*. USA: Middletown. p.442. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

ลายลักษณ์อักษร ข้อยกเว้นในลักษณะนี้จะมีผลผูกพันต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ประเทศแคนาดาจนกว่าจะมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ<sup>78</sup>

(2) การทำข้อตกลงยินยอม (Consent order)

เนื่องจากการพิจารณาคดีในศาลแข่งขันทางการค้าจะใช้เวลาในการดำเนินคดีที่นานและการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่มีความยุ่งยาก มาตรา 105 (1) Competition Act จึงกำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาสามารถทำข้อตกลงยินยอมกับจำเลยในคดีได้ โดยผลแห่งข้อตกลงยินยอมจะบังคับใช้ได้เหมือนคำสั่งของศาลแข่งขันทางการค้าทุกประการ เมื่อทำข้อตกลงยินยอมสำเร็จศาลจะทำการขึ้นทะเบียนข้อตกลงยินยอมดังกล่าว โดยผู้ที่มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกหรือมีคำสั่งเป็น 60 วันนับตั้งแต่จดทะเบียนตกลงยินยอม<sup>79</sup>

(3) การให้ข้อมูลแนะนำการใช้กฎหมาย

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาได้มีการออกเอกสารแนะนำการใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นแนวปฏิบัติจดหมายข่าว สุนทรพจน์ต่างๆ และให้ข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของสำนักงานแข่งขันทางการค้า แต่ข้อมูลแนะนำการใช้กฎหมายเหล่านี้มิได้ผูกพันการบังคับใช้กฎหมายของศาลแข่งขันทางการค้าหรือศาลยุติธรรม<sup>80</sup>

(4) สำนักงานแข่งขันทางการค้า<sup>81</sup>

สำนักงานแข่งขันทางการค้าเป็นหน่วยงานสังกัดกระทรวงอุตสาหกรรม ประเทศแคนาดา แต่สำนักงานแข่งขันทางการค้ามีอิสระจากการบังคับบัญชาของกระทรวงอุตสาหกรรม มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับ Competition Act ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่ง ทางอาญา การรวมกิจการ การกระทำทางธุรกิจที่เป็นธรรม ดำเนินการด้านความสัมพันธ์กับหน่วยงานนิติบัญญัติและรัฐสภา

(5) ศาลแข่งขันทางการค้า<sup>82</sup>

ศาลแข่งขันทางการค้า (Tribunal) เป็นศาลชำนาญพิเศษที่ตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีแข่งขันทางการค้าในทางแพ่งและทางปกครอง โดยประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มาจากศาลแคนาดา (Federal Court) ไม่เกิน 4 คน และผู้พิพากษาสมทบ (Lay member) อีกจำนวนไม่เกิน 8 คน ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐกิจและพาณิชย์ โดยมีองค์คณะจำนวน 3-5 คน และมีผู้พิพากษาสมทบ

<sup>78</sup> Competition Act, Section 124.1. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 178.

<sup>79</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). (1996). *Competition Law of Canada*. n.p., pp.3-28-3-29. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

<sup>80</sup> Ibid, p.3-23-33-24. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

<sup>81</sup> Mark R. Joelson. supra note 77. p.442. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>82</sup> R.J. Robert. supra note 37. p.479. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 180.

อย่างน้อย 1 คน และผู้พิพากษา 1 คน<sup>83</sup> องค์ประกอบของศาลแข่งขันทางการค้านั้นเป็นการรวมกันของการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลและการจัดองค์กรระดับข้อพิพาทโดยผู้เชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐศาสตร์และธุรกิจ ดังนั้นศาลแข่งขันทางการค้าจึงมีบุคลากรที่เป็นตุลาการอาชีพและมีใช้ตุลาการ<sup>84</sup>

ศาลแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการพิจารณาการกระทำความผิดตามหมวดที่ 7 และหมวดที่ 8 Competition Act ซึ่งเป็นคดีทางแพ่งเท่านั้น (civilly review) โดยหมวดที่ 7 จะครอบคลุมถึงการดำเนินการตลาดที่หลอกลวง และหมวดที่ 8 ซึ่งครอบคลุมความผิดฐานผู้มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการโดยมิชอบ (ซึ่งรวมถึงความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง) ควบรวมกิจการ การขายพ่วง การปฏิเสธที่จะทำสัญญา หากไม่รวมเรื่องข้อตกลงพิเศษ (Special agreement) ที่อนุญาตให้บุคคลธรรมดาฟ้องคดีต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพื่อเยียวยาความเสียหาย คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาเป็นเพียงผู้เดียวที่สามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลแข่งขันทางการค้า<sup>85</sup> ศาลแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาพยานหลักฐานโดยหลักซึ่งนำนักพยานหลักฐาน<sup>86</sup> เมื่อทำการพิจารณาเสร็จสิ้นจะออกคำสั่งที่มีลักษณะทางแพ่งให้บุคคลหยุดกระทำการใดใดเพื่อป้องกันการจำกัดการแข่งขันนอกจากนี้อาจออกคำสั่งปรับทางปกครองได้อีกด้วย<sup>87</sup>

#### (5) ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่มีความผิดทางอาญาตามกฎหมาย Competition Act นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์แคนาดายังทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลแข่งขันทางการค้า ให้คำแนะนำคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการสอบสวนคดีภายใต้อำนาจแห่งประมวลกฎหมายอาญา และ Competition Act<sup>88</sup> และพิจารณาคดีแพ่งซึ่งเอกชนเรียกค่าเสียหาย<sup>89</sup>

<sup>83</sup> Bruce Dunlop, David McQueen, and Michael Trebilcock. supra note 185. p.55. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 180.

<sup>84</sup> Mark R. Joelson. supra note 77. p.445-446. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

<sup>85</sup> American Bar Association Section of Antitrust Law. (2001). *Competition laws outside the United States* Vol. 2. Chicago: ABA Press. p.34. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

<sup>86</sup> Mark R. Joelson. (2015). *The Joelsons in the twentieth century: a family and personal memoir*. USA: Middletown. pp.442-443. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

<sup>87</sup> American Bar Association Section of Antitrust Law. supra note 85. p. 35. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 177.

<sup>88</sup> Competition Act. Section 36. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 178.

<sup>89</sup> Mark R. Joelson. supra note 77. p.443. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 178.

## การบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งในประเทศแคนาดา

### (1) มาตรการทางปกครอง

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะเริ่มดำเนินการสอบสวนคดีเมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำที่ผิดกฎหมาย Competition Act หรือบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะและเป็นพลเมืองของประเทศแคนาดาจำนวน 6 คน ร้องเรียนว่าการกระทำผิดกฎหมาย หรือการกระทำใดที่ศาลแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งเยียวยาได้<sup>90</sup> ในกรณีของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง คำร้องเรียนมักจะมาจากคู่แข่งรายเล็กหรือผู้ประกอบการรายใหม่ที่กำลังเริ่มประกอบกิจการ<sup>91</sup>

และการสอบสวนคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีเครื่องมือในการสอบสวน คือ มาตรา 11 Competition Act คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งให้บุคคล (รวมถึงนิติบุคคล) มาให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน โดยบุคคลที่ได้รับคำสั่งจะต้องมาให้ปากคำหรือส่งบันทึกที่เกี่ยวข้องให้แก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าการออกคำสั่ง ตามมาตรานี้จะมีลักษณะพิเศษคือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถออกคำสั่งได้เองโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถร้องขอต่อศาลออกหมายค้นและยึดหลักฐานที่เป็นประโยชน์กับการสอบสวนตามมาตรา 15 Competition Act ในกรณีที่ข้อมูลในการสอบสวนเป็นข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์มาตรา 16 Competition Act ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้หมายค้นตามมาตรา 15 Competition Act มีอำนาจในการยึดข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์อีกด้วยและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาสามารถร้องขอต่อศาลให้ออกคำสั่งหยุดการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการชั่วคราว (Interim Order) ก็ได้ แต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องแสดงให้เห็นศาลแข่งขันทางการค้าเห็นว่าการดำเนินการสอบสวนในระหว่างร้องขอต่อศาลและหากไม่ออกคำสั่งหยุดการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแล้วจะเกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันซึ่งกระบวนการออกคำสั่งเยียวยาโดยคำสั่งศาลแข่งขันทางการค้าไม่สามารถเยียวยาได้ (ไม่สามารถขอให้ศาลแข่งขันทางการค้าพิจารณาให้เสร็จสิ้น) หรือคู่แข่งจะถูกกำจัดออกจากตลาดหรือบุคคลใดจะต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาด รายได้ หรือความเสียหายอื่นที่ไม่อาจเยียวยาได้<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. Sec.2.1. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>91</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-5-5-9, 3-15, 3-17, 3-69-3-70. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>92</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-22-3-23. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

หากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเชื่อว่าการกระทำผิดทางอาญาคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะส่งหลักฐานทั้งหมดให้อัยการทำการฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจต่อไป แต่หากเชื่อว่าการกระทำผิดทางแพ่ง คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็จะส่งคำฟ้องไปยังศาลแข่งขันทางการค้าเพื่อทำการพิจารณาและออกคำสั่ง หากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องการยุติการสอบสวนคณะกรรมการจะต้องทำหนังสือส่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมทราบถึงเหตุแห่งการยกเลิกการสอบสวนนั้น ในกรณีที่เป็นคำร้องเรียนจากบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะและพลเมืองของประเทศแคนาดา จำนวน 6 คน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาต้องแจ้งการหยุดการสอบสวนพร้อมแสดงเหตุผลให้ผู้ร้องเรียนทราบ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมแคนาดามีอำนาจในการตรวจสอบการยุติการสอบสวนของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดา ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ได้รับคำร้องเรียนจากพลเมืองประเทศแคนาดา 6 คน หรือในกรณีที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเริ่มทำการสอบสวนเอง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแคนาดามีอำนาจในการแนะนำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาทำการสอบสวนเพิ่มเติมได้<sup>93</sup>

ศาลแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการพิจารณาคดีโดยอาจเรียกรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ในการตัดสินคดีได้อย่างถูกต้อง ในการตัดสินคดีศาลแข่งขันทางการค้าอาจทำการเยียวยาโดยสั่งให้หยุดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หากศาลแข่งขันทางการค้าพบว่าคำสั่งหยุดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่เพียงพอต่อการเยียวยาให้ตลาดจะส่งสภาวะแข่งขันได้ศาลแข่งขันทางการค้าสามารถสั่งให้แยกทรัพย์สิน หรือหุ้น ของผู้เกี่ยวข้องได้ แต่การออกคำสั่งในลักษณะนี้ศาลแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งโดยกระทบสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบและของผู้ปฏิบัติตามคำสั่งให้น้อยที่สุด<sup>94</sup>

นอกจากนี้ศาลแข่งขันทางการค้ายังสามารถออกคำสั่งปรับทางปกครองได้ โดยวัตถุประสงค์ของการปรับทางปกครองนั้นมีได้มุ่งเน้นในการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นการกำหนดจำนวนค่าปรับต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดรายรับที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ความผิดประกอบกับผลกำไรที่ได้จากการกระทำความผิดสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด อีกทั้งประวัติดังกล่าวการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้กระทำความผิด<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-68. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>94</sup> R.J. Robert. supra note 37. p.306. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>95</sup> Competition Act, section 79 (3.1-3.3). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

## (2) มาตรการทางอาญา

เนื่องจากความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันได้ถูกยกเลิกไปแล้วเนื่องจากรัฐบาลประเทศแคนาดามีความเห็นว่าการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันไม่เป็นประโยชน์เพราะองค์ประกอบของบทบัญญัติได้กำหนดให้กำหนดราคาต่ำอย่างไม่เป็นเหตุผล และมีเจตนาในการกำจัดคู่แข่งกัน หรือลดการแข่งขัน ก็เพียงพอสำหรับการรับฟังลงโทษ อีกทั้งกระบวนการพิสูจน์หลักฐานจนถึงขั้นสงสัยทำให้ไม่เหมาะในการพิจารณาคดีที่มีความละเอียดซับซ้อนสูงความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันในประเทศแคนาดาจึงไม่มีมาตรการทางกฎหมายอาญาอีกต่อไป

แต่จะขออธิบายกระบวนการไว้พอสังเขปกล่าวคือเมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาได้รับคำร้องเรียนจากคนแล้วเห็นว่ามีความผิดอันควรที่จะดำเนินคดีอาญาคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาจะทำการสอบสวนและมีอำนาจสั่งให้พยานหรือผู้เกี่ยวข้องมาให้การหรือส่งเอกสารคำให้การและขอศาลสหพันธรัฐออกหมายค้นและยึดวัตถุพยาน<sup>96</sup>

เมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศแคนาดาได้แจ้งข้อหาและส่งสำนวนการสอบสวนให้อัยการสูงสุดประเทศแคนาดาแล้ว อัยการจะพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีไม่ว่าจะเป็นเท็จจริงในการพิสูจน์ความผิดหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์<sup>97</sup> เมื่ออัยการเห็นสมควรจะทำคำฟ้อง (Indictment) และจำเลยที่เป็นบุคคลธรรมดาจะมีสิทธิในการเลือกคณะลูกขุนในการพิจารณาคดีแต่หากจำเลยเป็นบริษัทการค้าดำเนินคดีจะไม่มีลูกขุน<sup>98</sup> ในการพิจารณาคดีจะใช้มาตรฐานการพิสูจน์จะทำการพิสูจน์จนถึงขั้นสงสัย<sup>99</sup> เมื่อศาลมีคำตัดสินเป็นที่เรียบร้อยแล้วคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าจะเป็นอัยการหรือจำเลยมีสิทธิในการอุทธรณ์ความผิดหรือโทษไปยังศาลอุทธรณ์เมื่อศาลอุทธรณ์มีการพิจารณาและตัดสินคู่ความไม่ว่าจะเป็นจำเลยหรืออัยการสามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงได้ทันที หากผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์มีความเห็นแย้งกับคำตัดสินในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ไม่ได้ทำความเห็นแย้งคู่ความต้องขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลสูง<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-29-3-30.อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>97</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-29-3-30.อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 179.

<sup>98</sup> R.J. Robert. supra note 37. p.465. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 180.

<sup>99</sup> Mark R. Joelson. supra note 77. p.445. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 180.

<sup>100</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-39-3-41. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 180.

การเยียวยาในคดีอาญานั้นสามารถสั่งจำคุกหรือปรับจำเลยได้ นอกจากนี้ศาลยังสามารถสั่งให้จำเลยหยุดการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมาย โดยคำสั่งหยุดการกระทำจะมีระยะเวลาบังคับไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้ในระหว่างการพิจารณาคดีหากมีการกระทำใดที่กระทบต่อการแข่งขัน อัยการสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อออกคำสั่งระงับการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการชั่วคราวได้ (Interim Injunction) โดยอัยการต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับข้อหาตามคำฟ้องระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือพิจารณาลงโทษอีกทั้งต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการเยียวยาโดยใช้กฎหมายตามขั้นตอนปกติ (remedy under the Act) ไม่เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการแข่งขัน (injury competition) หรือต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าบุคคลอาจจะได้รับความเสียหายโดยไม่อาจชดเชยได้เพียงพอและความเสียหายที่บุคคลได้รับนั้นต้องมากกว่าความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำผิดตามฟ้องศาลจะออกคำสั่งระงับการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการชั่วคราวยึดหลักความจำเป็นและความเพียงพอ<sup>101</sup>

### (3) การเยียวยาความเสียหายของเอกชน

การเยียวยาความเสียหายของเอกชนนั้นในกฎหมายประเทศแคนาดามีข้อจำกัดอย่างมากกล่าวคือมาตรา 36 Competition Act บุคคลที่จะฟ้องคดีแพ่งต่อศาลประเทศแคนาดาได้นั้นจะต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดทางอาญาแต่เนื่องจากมาตรา 50 (1) (c) Competition Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งทำให้เป็นความผิดทางอาญาถูกยกเลิกไปแล้วผู้เสียหายจึงไม่อาจใช้ช่องทางนี้อีกต่อไปดังนั้นการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวกับการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งจะสามารถฟ้องร้องได้ผู้เสียหายจะต้องได้รับความเสียหายจากการหลีกเลียง การปฏิบัติตามคำสั่งของศาลหรือคำสั่งของศาลแข่งขันทางการค้าของจำเลย<sup>102</sup>

ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 36 Competition Act นั้นจะเรียกค่าเสียหายได้ที่เกิดจากจำเลยจะต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำผิดที่มีโทษทางอาญา (บทบัญญัติในหมวด 6 Competition Act) หรือการที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งศาลแข่งขันทางการค้าเมื่อพิสูจน์ความเสียหายได้เป็นที่เรียบร้อยแล้วจะได้รับค่าเสียหายไม่เกินความเสียหายจริงรวมกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการพิสูจน์ความผิด (Investigation)

<sup>101</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). *supra* note 79. pp.3-54-3-55. อ้างถึงใน สรวิชัย รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 180.

<sup>102</sup> Competition Act. Section 36. อ้างถึงใน สรวิชัย รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 181.

และค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>103</sup> ไม่รวมถึงค่าเสียหายอย่างอื่น เช่น ค่าเสียหายเชิงลงโทษ เป็นต้น<sup>104</sup>

ในทางการพิจารณาคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนตามมาตรา 36 Competition Act นั้นมีข้อกำหนดพิเศษคือ โจทก์สามารถนำบันทึกการดำเนินกระบวนการพิจารณา (record of Proceeding) ในคดีที่ตัดสินให้จำเลยมีความผิดตามบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาเรื่องบันทึกกระบวนการพิจารณาในคดีที่จำเลยกระทำการฝ่าฝืนตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งศาลแข่งขันทางการค้าเป็นหลักฐานเบื้องต้นในการพิสูจน์ความเสียหายในคดีแพ่งนอกจากนี้หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามฟ้องที่ได้รับมาก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถนำมาเป็นหลักฐานใช้ในคดีแพ่งได้<sup>105</sup>

### 3.1.2 กลไกตามระบบกฎหมาย Civil Law

#### 3.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

##### 1) นิยามของคำว่า “ผูกขาดตลาด”

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น คือ กฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือ Antimonopoly Act ไม่ได้ให้นิยามหรือความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยตรง แต่ก็มียกข้อยกเว้นอยู่ 2 มาตรา ที่มีเนื้อหากล่าวถึงผู้มีอำนาจเหนือตลาด ได้แก่ มาตรา 2 (5)<sup>106</sup> เรื่องการผูกขาดโดยเอกชน และมาตรา 2 (9)<sup>107</sup> เรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีการบัญญัติถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดที่ไม่ชอบ โดยมาตรา 2 (9) แห่ง Antimonopoly Act ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 6 ประเภทด้วยกัน ได้แก่<sup>108</sup>

<sup>103</sup> R.J. Robert. supra note 37. p.484. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 181.

<sup>104</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-60. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 181.

<sup>105</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). supra note 79. pp.3-61. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 181.

<sup>106</sup> Antimonopoly Act. Article 2 (5). อ้างถึงใน จิรัตติกาล สุริยะ. (2556). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า*. นิตยสารกรมหมานบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 49.

<sup>107</sup> Antimonopoly Act. Article 2 (9). อ้างถึงใน จิรัตติกาล สุริยะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 49.

<sup>108</sup> รวินท์ ชิพจำเป็น. (2552). *แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 95.



- (1) การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุอันสมควร (Unreasonable Discrimination)
- (2) การตั้งราคาที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable Price)
- (3) การชักจูงลูกค้าด้วยวิธีที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable Inducement)
- (4) การจำกัดจำหน่ายโดยไม่เป็นธรรม (Unjust Restriction)
- (5) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of One's Dominant Position)
- (6) การเข้าแทรกแซงกิจการของกลุ่มคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผล (Unreasonable

Inference in the Affairs of Competitor)

ทั้งนี้ ตามแนวปฏิบัติของ JFTC ข้อ 14 ระบุถึงการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาด ได้แก่

(1) เรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจอีกฝ่ายซื้อสินค้าหรือบริการอย่างอื่น นอกเหนือจากสินค้าหรือบริการของธุรกิจนั้น

(2) เรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจทำธุรกรรมด้วยการจ่ายเงิน บริการ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้แก่ตน

(3) ตั้งหรือเปลี่ยนเงื่อนไขการทำธุรกิจให้เป็นประโยชน์แก่ตน

อีกทั้งยังมีเงื่อนไขสำคัญซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำผิดตามข้อ 14 ดังนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจต้องมีอำนาจเหนือคู่สัญญา (Dominant Position) โดยแนวปฏิบัติข้อ 14 ไม่ได้ให้นิยามของคำนี้ไว้ แต่ตามความเห็นของ JFTC และนักวิชาการทั่วไปแล้วเห็นว่า Dominant Position ไม่ได้หมายถึงการมีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position in the Market) ตามความหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาหรือสหภาพยุโรป แต่หมายความถึงผู้ซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจแม้ไม่มีสถานะใหญ่โตมาก ก็อาจมีสถานะเหนือคู่สัญญาได้

(2) การใช้อำนาจเหนือคู่สัญญาอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of Dominant Position) โดยทางการวิชาการเห็นว่าจะต้องเป็นการกระทำที่เป็นการบีบบังคับ (Suppressive) หรือการฉกฉวยข่มขู่ (Intimidate) ของคู่สัญญาที่มีอำนาจเหนือด้วยจึงจะครบเงื่อนไข

ตามมาตรา 2 (5) ได้บัญญัติถึงนิยามของการผูกขาดโดยเอกชนว่า คือ กิจกรรมทางธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวหรือหลายรายรวมกัน หรือวางแผนร่วมกันคิดกันออกไป หรือควบคุมกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งเป็นเหตุให้มีการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก และขัดต่อประโยชน์สาธารณะในธุรกิจบางประเภท

ส่วนบทบัญญัติห้ามกระทำการผูกขาดโดยเอกชนนั้นอยู่ในมาตรา 3 ซึ่งมาตรา 2 (5) นี้รับแนวคิดมาจากสหรัฐอเมริกา โดยเป็นการควบคุมทางโครงสร้างตลาด มีความใกล้เคียงกับมาตรา 23

แห่ง Sherman Act และการกระทำมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Abuse of Dominant Position) มาตรา 82 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม แต่ Antimonopoly เพิ่มคำว่า “เอกชน (Private)” เข้ามาด้วย โดยมีผู้เห็นว่า น่าจะเป็นเพราะไม่ต้องการให้เกิดความสับสนระหว่างการผูกขาดโดยรัฐ และการผูกขาดโดยเอกชน ทั้งนี้ การผูกขาดโดยเอกชนนี้ นักวิชาการของประเทศญี่ปุ่นเห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการดังกล่าวต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเศรษฐกิจด้วย เช่น มีส่วนแบ่งตลาดและทรัพย์สินจำนวนมาก เป็นต้น เนื่องจากเป็นลักษณะธรรมชาติของการผูกขาดโดยเอกชนที่ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมไม่สามารถกระทำผิดได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้มีอำนาจผูกขาดโดยเอกชนก็คือผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั่นเอง<sup>109</sup>

## 2) กลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด

กฎหมายต่อต้านการผูกขาด หรือ Antimonopoly Act ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ประกาศแนวปฏิบัติกรรวมกิจการ ได้กล่าวถึงการพิจารณากำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ ขอบเขตการค้าที่กำหนดโดยจะพิจารณาจากขอบข่ายทางสินค้าหรือบริการ (Product Range) ซึ่งก็คือ ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ (Relevant Product or Service Market) ส่วนพื้นที่ทางการค้า (Geographic Range) ซึ่งก็คือ ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ (Relevant Geographic Market) นอกจากนั้น ยังต้องพิจารณาถึงระดับขั้นของการค้า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่ค้าและปัจจัยอื่น โดยต้องหาตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการเสียก่อน จากนั้นจึงค่อยหาตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการนั้นมา โดยขอบเขตของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่ค้าในธุรกิจและขอบเขตของผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่เป็นคู่แข่งเป็นเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการและตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ตามแต่ชนิดของการค้าขณะเดียวกันตลาดอีกตลาดหนึ่งอาจถูกกำหนดให้กว้างหรือแคบได้โดยขอบเขตของสินค้าหรือบริการที่คาบเกี่ยวกันหรือสามารถทดแทนกันได้นั่นเอง

กรณีขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งสองประเภทมีรายละเอียด ดังนี้

### (1) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ

ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ ตลาดที่เกี่ยวข้องของสินค้าหรือบริการใด ถูกกำหนดโดยการทำงานและศักยภาพซึ่งคล้ายคลึงกันของสินค้าหรือบริการแก่ผู้ใช้ หรืออาจกล่าวในอีกนัยหนึ่งได้ว่า พิจารณาจากความสามารถในการทดแทนกันได้ ในสายตาของผู้ซื้อนั่นเอง ซึ่งมีปัจจัยในการพิจารณาดังกล่าวจากแง่มุมของผู้ซื้อ ดังนี้

<sup>109</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

(1.1) การใช้งานสินค้าหรือบริการของผู้ซื้อ  
 (1.2) การเปลี่ยนแปลงของราคา ปริมาณ หรือกรณีอื่นๆ ของสินค้าหรือบริการ  
 ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อ

(1.3) การยอมรับหรือทัศนคติและพฤติกรรมของผู้ซื้อต่อสินค้าหรือบริการ  
 (2) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์

ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ กล่าวคือ การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ของการค้าใดนั้นใช้วิธีการว่า หากพื้นที่ซึ่งระบุไว้ขึ้นราคาหรือมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขทางการค้าที่คล้ายคลึงกัน แล้วผู้ประกอบการธุรกิจในพื้นที่อื่นสามารถส่งผลกระทบต่อพื้นที่เดิมได้แล้ว เช่น การปกป้องราคา หรือปริมาณของสินค้าหรือบริการ เป็นต้น เนื่องจากผู้ซื้อสามารถซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจอื่นทดแทนได้ เช่นนี้แสดงว่าพื้นที่ทั้งสองนั้นอยู่ในขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์เดียวกัน อย่างไรก็ตาม พื้นที่ของการแข่งขันนี้จะพิจารณาเฉพาะต่อผู้ซื้อหรือลูกค้าในประเทศญี่ปุ่นเท่านั้นหรือพิจารณาเฉพาะภายในดินแดนของประเทศญี่ปุ่นนั่นเอง ทั้งนี้มีปัจจัยในการพิจารณาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ ดังนี้

(2.1) พื้นที่ทางธุรกิจของผู้จัดส่งสินค้า พื้นที่ของผู้ใช้ หรือพื้นที่อื่นๆ

(2.2) ลักษณะของสินค้าหรือบริการ

(2.3) รูปแบบหรือค่าใช้จ่ายในการส่งสินค้าหรือบริการ

(2.4) ปัจจัยอื่นๆ เช่น ระดับการกระจายสินค้าหรือบริการ หุ้นส่วน  
 ทางการค้า เป็นต้น<sup>110</sup>

ทั้งนี้ JFTC เคยตัดสินเกี่ยวกับตลาดที่เกี่ยวข้องในกรณีของบริษัท Yonex ว่า ส่วนแบ่งตลาดพิจารณาเฉพาะลูกแบดมินตันที่ผลิตจากขนนกเป็ดน้ำเท่านั้น โดยไม่รวมลูกแบดมินตันที่ผลิตจากพลาสติกสังเคราะห์ไว้ด้วย ด้วยเหตุที่ผู้บริโภคนิยมใช้ลูกแบดมินตันที่ผลิตจากขนนกเป็ดน้ำถึงร้อยละ 90 เนื่องจากมีความคงทน น้ำหนักของลูกได้มาตรฐานซึ่งทำให้ผู้เล่นสามารถควบคุมทิศทางและความเร็วของลูกได้แม่นยำ นอกจากนั้น ในกรณีนี้ JFTC ยังได้กำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ว่าเป็นพื้นที่ของประเทศญี่ปุ่น

นอกจากนั้น ยังมีคดีของบริษัท Mr. Max ซึ่งมีประเด็นขอบเขตของตลาดว่า ร้านคิสเคานท์สโตร์ ถูกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ร้านคิสเคานท์สโตร์ที่ขายสินค้าหลากหลาย และร้านคิสเคานท์สโตร์ที่ขายสินค้าเฉพาะอย่าง โดย Mr. Max ถูกจัดอยู่ในกลุ่มร้านคิสเคานท์สโตร์ที่ขายสินค้าหลากหลาย ส่วนตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ของคดีนี้ ก็คือ ตลาดของทั้งประเทศญี่ปุ่น

<sup>110</sup> รวินท์ ชิพจำเป็น. อังแล้วเชิงอรรถที่ 108. หน้า 99.

### 3) กลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นหรือไม่ได้ระบุรายละเอียดว่า พฤติกรรมเช่นใดถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบของประกอบธุรกิจไว้ จึงเป็นหน้าที่ของ คณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมแห่งประเทศญี่ปุ่น (The Japanese Fair Trade Commission: JFTC) ซึ่งเป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายที่เป็นอิสระเป็นผู้พิจารณา ตามมาตรา 2 (9) แห่ง Antimonopoly Act ได้บัญญัติเรื่องการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีการบัญญัติถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดที่ไม่ชอบ โดยมาตรา 2 (9) แห่ง Antimonopoly Act ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ 6 ประเภทด้วยกัน ได้แก่

- (1) การเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุอันสมควร (Unreasonable Discrimination)
- (2) การตั้งราคาที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable Price)
- (3) การชักจูงลูกค้าด้วยวิธีที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonable Inducement)
- (4) การจำกัดจำหน่ายโดยไม่เป็นธรรม (Unjust Restriction)
- (5) การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of One's Dominant Position)
- (6) การเข้าแทรกแซงกิจการของกลุ่มคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผล (Unreasonable Inference in the Affairs of Competitor)

in the Affairs of Competitor)

### 4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

ในการบังคับใช้กฎหมาย AML นั้น คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่น (JFTC) และศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่รับผิดชอบโดยตรง JFTC มีอำนาจที่จะสอบสวน ในกรณีที่น่าสงสัยว่าจะมีการละเมิดกฎหมาย AML โดยมีอำนาจสอบสวนเรียกพยาน วิเคราะห์หลักฐาน ตลอดจนอำนาจในการตัดสินว่ามีการละเมิดจริงหรือไม่ คำตัดสินของ JFTC นั้นอาจอุทธรณ์ไปยังศาลสูง แห่งเมือง Tokyo (The Tokyo High Court) และอาจฎีกาไปยังศาลฎีกาได้ การละเมิดกฎหมาย AML มีอยู่ 3 ประการ คือ

(1) JFTC จะดำเนินการตามกฎหมายแล้วสั่งให้ผู้ละเมิดหยุด หรือระงับการละเมิดนั้นเสียหรือทาง JFTC อาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำผิดต้องจ่ายค่าธรรมเนียมพิเศษทางด้านบริหาร (an administrative surcharge) ในกรณีที่มีความผิดประเภท รวมกันกำหนด (price cartel) หรือ cartel ประเภทอื่นซึ่งมีผลกระทบต่อราคา ทั้งหมดที่กล่าวมาเป็นผลกระทบทางการบริหาร (administrative process)

(2) บังคับบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดนั้นมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน (recovery of damage) ได้ โดยอาจฟ้องตามมาตรา 25 และ 26 ของกฎหมาย AML หรือจะฟ้องตามมูลละเมิดตามมาตรา 709 ของประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้

(3) ผู้ละเมิดอาจถูกฟ้องเป็นคดีอาญา และหากผิดจริงก็ต้องรับโทษอาญา ในทางปฏิบัติ ข้อ (2) และ (3) มีน้อยมาก ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อ (1)

(1) กระบวนการดำเนินงานของ JFTC และการทบทวนโดยศาลยุติธรรม

กระบวนการพิจารณาของ JFTC (administrative procedure) ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ว่า JFTC มีอำนาจกึ่งตุลาการซึ่งถือว่าเป็นอำนาจที่สำคัญที่สุดของ JFTC ปกติแล้วอำนาจตุลาการย่อมเป็นอำนาจของศาลฎีกาและศาลชั้นล่าง อย่างไรก็ตามกฎหมาย AML ให้อำนาจ JFTC อย่างกว้างขวางในการสอบสวน (investigate) สืบพยาน (hold hearing) และตัดสินว่าพฤติกรรม (conduct) ของผู้ประกอบการธุรกิจขัดกับกฎหมาย AML หรือไม่ JFTC มีอำนาจที่จะออกคำสั่งด้านบริหาร (administrative order) สั่งให้ผู้ประกอบการที่ทำผิด AML หยุดการกระทำดังกล่าวที่ถูกกล่าวหาได้ โดยกระบวนการพิจารณาดังกล่าวกระทำไปโดยเปิดเผย (open tribunal) และวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา (adversarial proceeding)

การสืบสวน การสืบสวนจะเริ่มต้นโดย JFTC ได้ 4 ทาง ด้วยกัน คือ

(1.1) มีประชาชนร้องเรียนเข้าว่ามีการกระทำความผิด

(1.2) ทางกรมอัยการทำหนังสือแจ้งมาให้ทราบ

(1.3) กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (MITI) ทำหนังสือแจ้งมาให้ทราบ

และ

(1.4) เป็นความคิดริเริ่ม JFTC เอง

เมื่อทาง JFTC คิดว่ามีหลักฐานเพียงพอที่จะเริ่มการสืบสวนอย่างเป็นทางการ JFTC จะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันโดยเป็นธรรม ประมาณ 2-3 คน ให้เป็นเจ้าหน้าที่รับผิดชอบสืบสวน (investigatory attorneys) ในเรื่องนั้น ในกระบวนการสืบสวนนั้น ทาง JFTC ได้รับอำนาจตามกฎหมายที่จะเข้าตรวจสอบบัญชีและเอกสารต่าง ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจได้เมื่อการสืบสวนเสร็จสิ้น เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบสืบสวนข้อกล่าวหาเหล่านั้น ต้องทำรายงานเสนอต่อคณะกรรมการค้าโดยเป็นธรรม ถ้าหลักฐานไม่เพียงพอที่จะเริ่มกระบวนการไต่สวน (hearing) JFTC ก็จะหยุดการดำเนินการไว้เพียงนี้

(2) การไต่สวนและการออกคำแนะนำ (Hearing and recommendation) หากมีหลักฐานเพียงพอ JFTC มีอำนาจที่จะเลือก (1) ออกคำแนะนำ หรือ (2) เริ่มต้นกระบวนการไต่สวนเป็นทางการ (Formal Hearing)

หากมีการกระทำผิดกฎหมาย AML ทาง JFTC มีอำนาจที่จะออกคำแนะนำให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย AML หยุดการกระทำดังกล่าว และให้ดำเนินการเพื่อลบล้างผลร้ายจากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น แต่คำแนะนำต้องระบุข้อเท็จจริงของการกระทำผิดให้ชัดเจนและจัดส่งให้ผู้ฝ่าฝืนนั้น

หากผู้ฝ่าฝืนยอมรับโดยดี JFTC ก็จะไม่ต้องดำเนินการไต่สวนอีก คำแนะนำดังกล่าวเรียกว่า “recommendation decision”

กระบวนการไต่สวน จะเป็นกระบวนการกล่าวหา โดยเจ้าหน้าที่ไต่สวนจะเป็นเจ้าหน้าที่ประจำของสำนักงานคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม ซึ่งจะถูกแต่งตั้งโดย JFTC และทำหน้าที่คล้ายอัยการในคดีอาญา (prosecuting) โดยในคำร้องต้องระบุข้อหา (accusations and allegations) ฝ่ายที่ถูกกล่าวหา โดยทั่วไปจะแต่งตั้งทนาย (defense attorneys) ให้ช่วยแก้ต่างให้ โดยจะต่อสู้ว่า ข้อกล่าวหาเหล่านั้นไม่มีมูลความจริง และเป็นกรณีความบกพร่องของกฎหมาย AML ที่ไม่ถูกต้อง เมื่อกระบวนการไต่สวนสิ้นสุดลง เจ้าหน้าที่ไต่สวนคดีจะต้องเตรียมร่างคำตัดสินและบันทึกข้อเท็จจริง (craft decision) และต้องร่างคำตัดสินผู้ถูกกล่าวหาด้วยแล้วจัดส่งให้ JFTC โดยผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิจะยื่นคำคัดค้าน (objection) ได้ตามมาตรา 53.2 (2) ของกฎหมาย AML ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1977 ผู้ถูกกล่าวหาสามารถที่จะยื่นคำคัดค้านต่อคณะกรรมการ แม้ว่าจะอยู่ระหว่างกระบวนการไต่สวนของเจ้าหน้าที่ไต่สวนอยู่ก็ตาม

โดยคณะกรรมการจะตัดสินคดีโดยอาศัยร่างคำตัดสินบันทึกข้อเท็จจริงของคดี (Record of the case) ที่เจ้าหน้าที่ไต่สวนส่งมาให้ประกอบกับคำคัดค้านของผู้ถูกกล่าวหาด้วย คำตัดสินของคณะกรรมการจะเรียกว่า คำตัดสินอย่างเป็นทางการ (formal decision)

ในระหว่างกระบวนการไต่สวน ผู้ถูกกล่าวหาอาจให้ต่อ JFTC ว่าจะยอมรับข้อเท็จจริงและข้อกล่าวหาตามคำฟ้องของเจ้าหน้าที่ไต่สวน พร้อมทั้งเสนอวิธีการที่จะลบล้างผลของการกระทำผิดนั้น ถ้า JFTC เห็นว่าวิธีการดังกล่าวเหมาะสม ทางคณะกรรมการจะหยุดไต่สวนแล้วทำคำตัดสินให้ผู้ถูกกล่าวหาดำเนินการตามวิธีที่ผู้กล่าวหาเสนอมา คำตัดสินดังกล่าวของ JFTC เรียกว่า consent decision<sup>111</sup>

### (3) การทบทวนคำตัดสินของ JFTC โดยศาลยุติธรรม

เมื่อ JFTC ได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว อาจมีการอุทธรณ์คำตัดสินไปยังศาลสูงเมือง Tokyo (The Tokyo High Court) ได้ ในปกติแล้วผู้ที่อุทธรณ์คำตัดสิน คือ ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาและจำเลยจะเป็น JFTC เสมอ ศาลสูงเมือง Tokyo เป็นศาลยุติธรรมนี้มีอำนาจที่จะสั่งยก (cancellation) คำตัดสินของ JFTC ได้ เมื่อศาลสูงเมือง Tokyo มีคำพิพากษาแล้วแต่คู่กรณียังไม่พอใจ ก็อาจจะฎีกาไปที่ศาลฎีกาได้

เนื่องจากกระบวนการวิธีการไต่สวน (proceeding) ของ JFTC ที่ได้กล่าวมา มีความคล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาความ (judicial process) ของศาลยุติธรรม หลักกฎหมายเกี่ยวกับ

<sup>111</sup> สุธีร์ ศุภนิธย์. (2557). กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศญี่ปุ่น (ตอนที่ 1). *วารสารนิติศาสตร์*, 14, 3, หน้า 200.

เรื่องการสืบพยานจึงได้รับการยอมรับจากศาลสูงเมือง Tokyo กล่าวคือ ศาลสูงเมือง Tokyo โดยปกติแล้วจะรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ JFTC ได้สวนและทำบันทึกไว้ ศาลสูงเมือง Tokyo จึงทำหน้าที่เพียงการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมาย (matter of laws) ที่คู่ความอุทธรณ์ขึ้นมาเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง (matter of facts) ดังนั้น โดยหลักการทางกฎหมายแล้ว ศาลสูงเมือง Tokyo หน้าที่พิจารณาว่า JFTC ตีความบทบัญญัติของกฎหมาย AML ถูกต้องหรือไม่เท่านั้น<sup>112</sup>

### 3.1.2.2 สาธารณรัฐเกาหลี

#### 1) นิยามของคำว่า “ผูกขาดตลาด”

สาธารณรัฐเกาหลีมีนโยบายส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมมุ่งเน้นการเพิ่ม Productivity ควบคู่กับการใช้นโยบายการแข่งขัน เพื่อกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันทางการค้า การดำเนินนโยบายดังกล่าวได้ส่งผลให้พฤติกรรมประกอบการประกอบธุรกิจมีการตกลงร่วมกัน มีการควบรวมธุรกิจรัฐบาลจึงได้ปรับปรุงประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อลดปัญหาการผูกขาด และจัดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพื่อรักษาระดับการแข่งขันในตลาด

ปัญหาเรื่องนโยบายการแข่งขันทางการค้าในสาธารณรัฐเกาหลี เริ่มต้นในศตวรรษ 1960 เมื่อรัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีได้เริ่มต้นนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมบรรษัทบริษัทต่างๆ ซึ่งมีอำนาจครอบงำตลาด (ถึงแม้ว่าจะยังมีจำนวนน้อย) ก็ใช้วิธีการปั่นราคาสินค้าของบริษัทตนโดยการฮั้ว (Collusion) หรือแบ่งตลาด (market division) ทำให้ประชาชนชาวสาธารณรัฐเกาหลีเกิดความรู้สึกว่ารัฐบาลควรจะออกกฎหมายควบคุมวิธีการจำกัดทางการค้าดังกล่าวแต่ว่าประชาชนโดยทั่วไปยังไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระบบการแข่งขันที่เป็นธรรมและเสรี นอกจากนั้นแล้ว แนวความคิดดังกล่าวยังถูกต่อต้านโดยกลุ่มธุรกิจ โดยเฉพาะกลุ่มธุรกิจที่กระทำการปั่นราคาสินค้าดังกล่าว<sup>113</sup>

ปัญหาเรื่องนโยบายการแข่งขันได้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนเมื่อประกาศ สาธารณรัฐเกาหลีได้รับผลกระทบวิกฤตการณ์น้ำมันครั้งแรก (the first oil crisis) ในปี ค.ศ. 1973 กลไกตลาดที่บิดเบือนอย่างมาก ราคาน้ำมันที่พุ่งสูงขึ้นอย่างรวดเร็วและราคาของวัตถุดิบที่นำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดภาวะเงินเฟ้อและการขาดดุลใน Demand-supply ในตลาดสินค้าต่างๆ รัฐบาล สาธารณรัฐเกาหลี จำเป็นต้องออกกฎหมายควบคุมราคาสินค้าบางอย่างในปี ค.ศ. 1975 เรียกว่า The Act Concerning Price Stabilization and Fair Trade (PSA) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนับว่าเป็นก้าวแรก

<sup>112</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 201.

<sup>113</sup> สถาบันนโยบายและเศรษฐกิจ. (2542). *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย*. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายและเศรษฐกิจ. หน้า 2.

และก้าวเริ่มต้นของการออกกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในสาธารณรัฐเกาหลี โดยกฎหมาย PSA มีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการคือ การควบคุมราคาสินค้า (Price control) และการกำกับแนวทางการทำธุรกิจให้เป็นธรรม (fair trade practices) ในการบังคับใช้กฎหมาย PSA จริงๆ แล้ว หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายเน้นเรื่องการควบคุมราคาสินค้าและวิธีดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมบางประการเท่านั้นเอง การควบคุมราคาสินค้าของสินค้าประมาณ 150 ประเภทที่เป็นสินค้าที่มีลักษณะเป็นการผูกขาด (Monopolistic) หรือกึ่งผูกขาด (Oligopolistic) ได้กระทำและทบทวนรายชื่อทุกปี จนถึงปี ค.ศ. 1979 ส่วนการควบคุมวิธีการดำเนินธุรกิจนั้น คดีที่ได้มีการตั้งเรื่องให้อัยการตั้งฟ้อง (Prosecuted cases) เกือบทั้งหมดจะเป็นคดีเกี่ยวกับการกักตุนสินค้าอาหารจำเป็น (the hoarding and concerning of staple food products) เท่านั้น ส่วนการควบคุมวิธีการดำเนินธุรกิจที่เป็นการจำกัดการแข่งขันนั้นรัฐบาลไม่ได้ทำอะไรเลย<sup>114</sup>

กฎหมาย PSA นั้นก่อให้เกิดผลข้างเคียงที่รัฐบาลไม่ได้ตระหนัก กล่าวคือ การที่รัฐบาลพยายามควบคุมราคาสินค้าโดยตรง (Direct control) จำนวนมากชนิดเกินไม่นับเป็นเรื่องเกินขีดความสามารถทางการบริหาร (Administrative capacity) และปัจจัยหลายประการทำให้การควบคุมราคาโดยตรงไม่ได้ผลเท่าที่ควร เช่น Cost push inflation และวิธีการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการเช่น การฮั้ว และการใช้อำนาจผูกขาด ผลข้างเคียงของกฎหมาย PSA ต่อกลไกตลาดคือการตั้งราคาสินค้า 2 ราคา (Dual pricing) การที่ผูกขาดลดคุณภาพของสินค้าลง แต่ราคาขายตามที่ทางการกำหนดและความต้องการที่มีมาก (Excessive demand) และที่สำคัญกว่านั้นคือ บริษัทที่สินค้าถูกจำกัดเรื่องราคา หมดความสนใจที่จะขยายการผลิตและให้ความสำคัญเรื่องการลงทุนในอุปกรณ์การผลิตสินค้า (Capital investment) น้อยลง ซึ่งมีผลทำให้บรรดาผู้ประกอบการดังกล่าวมีความเข้มแข็งที่จะต่อสู้กับวัฏจักรธุรกิจ (Business cycle) น้อยลงด้วย การใช้การควบคุมราคาทำให้ราคาสินค้าพุ่งสูงขึ้นแล้วหยุดลงกะทันหันแล้วจะสูงขึ้นและหยุดลงกะทันหันอีก (Stop and go pattern) ทำให้ผู้บริโภคเองก็มีความสับสนจนไม่สามารถวางแผนการบริโภคสินค้าได้<sup>115</sup>

ประสบการณ์ดังกล่าวบวกกับวิกฤตการณ์น้ำมันครั้งที่สอง (the second oil crisis) ทำให้เกิดความเห็นส่วนใหญ่ในสาธารณรัฐเกาหลีไม่ว่าในทศวรรษ 1980 ระบบเศรษฐกิจของสาธารณรัฐเกาหลีได้ ควรที่จะต้องเป็นระบบเศรษฐกิจที่กลไกตลาดทำงานได้อย่างดี จึงมีการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการแข่งขันที่เป็นธรรมในปี 1980 โดยคณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจ (The Economic Planning Board; EPB) เป็นเจ้าของความคิดและเป็นผู้ร่างกฎหมายดังกล่าวโดยเลียนแบบมาจากกฎหมายของประเทศพัฒนาแล้ว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์

<sup>114</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

<sup>115</sup> สถาบันนโยบายและเศรษฐกิจ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 113. หน้า 3



สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น การออกกฎหมาย MRFTA ดังกล่าวได้รับการขนานนามว่าเป็นรัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจ (The economic Constitution) ที่เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีกับภาคธุรกิจและเป็นการกฎเกณฑ์ให้กับตลาดเพื่อตอบรับทศวรรษ 1980 นั้นเอง

แม้ว่ากฎหมาย MRFTA จะได้ร่างโดยการลอกเลียนกฎหมายการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่นตามลำดับแต่ตอนที่ EFB ร่างกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาที่เป็นปัญหาเฉพาะของสาธารณรัฐเกาหลี (Korea-soecific issues) สองปัญหา ที่ EPB ต้องนำมาพิจารณาและเขียนบทบัญญัติไว้ในกฎหมาย MRFTA เพื่อแก้ไขได้แก่<sup>116</sup>

ปัญหาแรก หลักการที่ว่า จะให้กลไกตลาดเป็นกลไกที่กำหนดราคานั้นจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อโครงสร้างตลาดมีการแข่งขันอย่างเข้มข้น (Market strxcture is competitive) แต่ตลาดของสินค้า (product market) เกือบทุกตลาดในสาธารณรัฐเกาหลีจะเป็นตลาดผูกขาดหรือกึ่งผูกขาดเกือบทั้งหมด ดังนั้น การทำให้ราคาสินค้ามีเสถียรภาพ (price stabilization) จึงเป็นปัญหาเร่งด่วน (pressing economic goal) EPB จึงร่างกฎหมาย MRFTA โดยมีบทบัญญัติห้ามบริษัทที่มีอำนาจครอบงำตลาดกำหนดราคาสินค้าโดยไม่เป็นธรรม (undue pricing activities)

ปัญหาที่สอง รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลี ควรจะใช้กฎหมาย MRFTA เป็นเครื่องมือ (legal justification) ในการจัดการเรื่องการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจ (concentration of economic power) ในสาธารณรัฐเกาหลีได้หรือไม่ ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าปัญหาเรื่องการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจโดยกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ของสาธารณรัฐเกาหลี (Chaebol) เช่น กลุ่ม Hyundai กลุ่ม Daewoo กลุ่ม Sumsung กลุ่ม Lucky Star ควรจะต้องได้รับการแก้ไข ดังนั้นมาตรา 1 ของกฎหมาย MRFTA จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันรวมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไป (the prevention of excessive concentration of economic power) การแก้ไขปัญหาในปี 1986 และ 1986 ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้ไขปัญหาการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจของกลุ่ม Chaebol ด้วยเช่นกัน

เจตนารมณ์ของกฎหมาย MRFTA ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ว่า “โดยการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การห้ามการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจและการควบคุมการร่วมมือทางธุรกิจที่มิชอบ และการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมซึ่งจะทำให้มีการกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางธุรกิจในเชิงสร้างสรรค์และคุ้มครองผู้บริโภคตลอดจนก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุล”

<sup>116</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 3.

รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีเชื่อว่าวัตถุประสงค์ 3 ประการของนโยบายจะไม่สามารถบรรลุได้ หากรัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลียังขึ้นไปแทรกแซงหรือควบคุมธุรกรรมต่างๆ ในตลาด ดังนั้น มาตรการเปิดเสรีต่างๆ (Liberalization measures) เช่น การยกเลิกกฎเกณฑ์ต่างๆ ของรัฐบาล (deregulation) และการเปิดโอกาสให้ธุรกิจต่างชาติเข้ามาแข่งขันในตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีจะเป็นปัจจัยอันหนึ่งของนโยบายการแข่งขันของสาธารณรัฐเกาหลีและเป็นส่วนช่วย (complement) กฎหมาย MRFTA ให้บรรลุวัตถุประสงค์

จึงอาจสรุปได้ว่า นโยบายการแข่งขันของสาธารณรัฐเกาหลีมีส่วนประกอบสำคัญ 3 ส่วน คือ กฎหมาย MRFTA การยกเลิกกฎเกณฑ์ของรัฐบาล และการเปิดเสรี โดยมีวัตถุประสงค์ของนโยบายที่สำคัญ 3 ประการ คือ กระตุ้นให้เกิดกิจกรรมในเชิงสร้างสรรค์ คู่แข่งของผู้บริโภคและพัฒนาเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุล<sup>117</sup>

## 2) กลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด

กฎหมายที่ใช้บังคับการควบคุมกิจการ กฎหมาย The Monopoly Regulation and Fair trade Act 1980 (MRFTA) มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้

(1) ห้ามการควบรวมธุรกิจ (Business Integration) บัญญัติไว้ในมาตรา 7<sup>118</sup> โดยบริษัทที่มีทุนจดทะเบียนมากกว่า 1 พันล้านบาท และการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1.1) ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจที่มีสินทรัพย์รวมหรือรายได้ตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป

- ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่น ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง

- ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทมหาชนตั้งแต่ร้อยละ 15 ขึ้นไป

- มีแนวโน้มเข้าครอบครองสินทรัพย์ถาวรหรือสินทรัพย์ไม่มีตัวตน (Intangible Assets) ของบริษัทอื่นทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญมากกว่าร้อยละ 10 หรือมากกว่า 5 พันล้านบาท

- ร่วมจัดตั้งบริษัทใหม่ และเข้าถือหุ้นบริษัทใหม่ ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป

<sup>117</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 4.

<sup>118</sup> The Monopoly Regulation and Fair trade Act 1980. Article 7. อ้างถึงใน เอกชน เกษมถาวรศิลป์. (2560). *การปฏิเสชนำทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 212.

(1.2) ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ (Enterprise Company) ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่มีทรัพย์สินหรือรายได้ตั้งแต่ 2 ล้านล้านบาทขึ้นไป ส่งผู้บริหารชุดเดียวกันเข้าบริหารบริษัทอื่นในเวลาเดียวกันตั้งแต่จำนวน 1 ใน 3 ของจำนวนผู้บริหารชุดดังกล่าว

(1.3) ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศควบรวมธุรกิจกับผู้ประกอบการธุรกิจต่างประเทศ (ที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ต่างประเทศ) โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีทรัพย์สินหรือรายได้ตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป และทั้งสองฝ่ายต่างมียอดขายในประเทศรวมบริษัทสาขามีค่าตั้งแต่ 3 พันล้านบาทขึ้นไป

#### (1.4) ข้อห้าม

- ห้ามการรวมธุรกิจทุกรูปแบบกับผู้ประกอบการอื่น โดยการบีบบังคับ ขู่เข็ญ หรือใช้วิธีที่ไม่เป็นธรรม

- การรวมธุรกิจที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น มีส่วนแบ่งตลาดรวมของบริษัทที่จะรวมธุรกิจกัน และสันนิษฐานได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือรายใหญ่ที่สุดในธุรกิจที่เกี่ยวข้อง (Business Area) หรือส่วนต่างของส่วนแบ่งตลาด หักด้วยส่วนแบ่งตลาดของบริษัทอันดับสอง มีค่าตั้งแต่ร้อยละ 25 ขึ้นไป หรือในกรณีรวมธุรกิจโดยบริษัทใหญ่ที่มีทรัพย์สินหรือเงินทุนหมุนเวียนตั้งแต่ 2 หมื่นล้านบาทขึ้นไป ที่เป็นธุรกิจขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SME) ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 2 ใน 3 ของท้องตลาดขึ้นไป หรือหลังรวมธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป

#### (1.5) การรวมธุรกิจที่อนุญาตให้รวมได้

- การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นมากกว่าเกิดผลเสียด้านการจำกัดการแข่งขัน

- การรวมธุรกิจกับบริษัทที่เติบโตโดยตนเองมิได้และเป็นบริษัทที่กำหนดไว้ตามประกาศประธานาธิบดี (The Presidential) เช่น กรณีที่บริษัทมีเงินทุนตามงบดุลต่ำกว่าเงินทุนที่ชำระแล้วในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง

- ถ้าธุรกิจขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SME) รวมกับธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้นหรือธุรกิจที่มีความเสี่ยง เพื่อสนับสนุนธุรกิจที่มีความเสี่ยง

(2) การควบคุมบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ (มาตรา 8) หากบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ได้รับการเปลี่ยนแปลงการดำเนินการไปเป็น Holding Company ผู้จัดตั้งบริษัทต้องรายงานต่อ FTC ภายใต้งบการเงินที่กำหนดไว้โดย Presidential Decree โดยปกติแล้ว Holding Company จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมบริษัทลูกอื่น (Affiliates) ผ่านทางการถือหุ้น ซึ่ง Holding Company ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ MRFTA หากมีทรัพย์สินตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป และถือหุ้นในบริษัท

ลูกตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป ซึ่งการจัดตั้ง Holding Company เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันว่าจะให้ตั้งได้หรือไม่ แต่สุดท้ายก็ได้ข้อสรุปว่าให้พิจารณาจากข้อดีและข้อเสียของ Holding Company นั้นๆ ประกอบ ซึ่งระบบ Holding Company จะเป็นความผิดตรงที่เป็นการแผ่ขยายอำนาจเหนือตลาด โดยการจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยและสร้างช่องว่างระหว่าง Holding Company กับผู้ถือหุ้นรายย่อยอื่นด้วยสิทธิในการควบคุมบริษัทที่แตกต่างกัน

(3) ข้อจำกัดเรื่อง Holding Company (มาตรา 8-2)<sup>119</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

(3.1) ห้าม Holding Company ที่มีสินทรัพย์ รวมตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป กระทำการดังต่อไปนี้

- มีสัดส่วนหนี้สินต่อทุน (Debt to Equity Ratio) เกินกว่าร้อยละ 100 ขึ้นไป เป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันแปรสภาพหรือจัดตั้งเป็น Holding Company

- ถือหุ้นในบริษัทลูกที่เป็นบริษัทจำกัด เกินกว่าร้อยละ 50 และถือหุ้นในบริษัทลูกที่เป็นบริษัทมหาชนและอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ เกินกว่าร้อยละ 30

- เป็นเจ้าของหุ้นบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทลูกเพื่อเข้าควบคุมดูแลกิจการนั้น โดยที่หุ้นดังกล่าวได้ออกมาเป็นเวลา 2 ปี นับจากวันที่แปรสภาพหรือจัดตั้งเป็น Holding Company

- ถือหุ้นของบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือธุรกิจประกันภัย เพื่อตั้งเป็น Holding Company

- ถือหุ้นบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือธุรกิจประกันภัย ซึ่งเป็น Holding Company แบบทั่วไป (General Holding Company)

(3.2) ห้ามบริษัทลูกของ Holding Company แบบทั่วไปถือหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศเพื่อควบคุมธุรกิจของบริษัทนั้น ยกเว้นบริษัทที่ถูกควบคุมนั้นเป็นบริษัทที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจของตน

(3.3) ให้ Holding Company รายงานให้ KFTC ทราบการดำเนินธุรกิจของบริษัทลูก เช่น สภาพของการถือหุ้นและการเงิน ตาม Presidential Decree

<sup>119</sup> The Monopoly Regulation and Fair trade Act 1980. Article 8-2. อ้างถึงใน เอกชน เกษมถาวรศิลป์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 118. หน้า 214.

(4) ข้อห้ามการถือหุ้นไขว้ (มาตรา 9)<sup>120</sup> ในเรื่องนี้ MRFTA กำหนดห้ามกลุ่มธุรกิจที่มีสินทรัพย์รวม 2 หมื่นล้านบาทขึ้นไป ถือหุ้นไขว้กันกับบริษัทในเครือที่ถือหุ้นของตนอยู่ เพื่อป้องกันการเพิ่มขึ้นของเงินทุนที่ผิดไปจากความเป็นจริง โดยมีรายละเอียดดังนี้

(4.1) ห้ามบริษัทในกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ ตาม Presidential Decree ถือหุ้นไขว้ หรือได้มาซึ่งหุ้น หรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทสาขาในกลุ่มของตนเอง ยกเว้นกรณีการรวมธุรกิจแบบ Merger หรือการได้อิโณธุรกิจมาทั้งหมดหรือการได้หุ้นมา หรือเป็นเจ้าของหุ้น ตามกฎหมายสิทธิในหลักทรัพย์หรือการได้หุ้นมาตามข้อตกลงและเป็นสิ่งชัดเจน

(4.2) บริษัทใดก็ตามที่เข้าเงื่อนไขในข้อ 1 จำต้องกำจัดโณขายหุ้นภายใน 6 เดือน นับจากวันที่ได้รับหุ้นหรือถือหุ้นนั้น มิฉะนั้นจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับไม่เกิน 200 ล้านบาท ยกเว้นกรณีบริษัทสาขาได้หุ้นที่มาจากกรำจัดหุ้นของบริษัทในกลุ่มของตน

(4.3) ห้ามบริษัทของกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ ที่ถูกกำจัดการถือหุ้นไขว้ และเป็นผู้ตั้ง SME ตามพระราชบัญญัติสนับสนุนการก่อตั้งบริษัท SME ได้หุ้นหรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทสาขาที่อยู่ในประเทศ

(5) การจำกัดจำนวนหุ้น การถือหุ้นในบริษัทอื่น (มาตรา 10)

(5.1) ห้ามบริษัทใดๆ ของกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ ได้มาซึ่งหุ้นหรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศ ซึ่งมีมูลค่ามากกว่าร้อยละ 25 ของสินทรัพย์สุทธิของบริษัทตน ยกเว้นกรณีที่เป็นบริษัทที่ได้หุ้นใหม่ หรือเป็นเจ้าของหุ้นใหม่ของบริษัทอื่นในประเทศตามสัดส่วนข้างต้น ให้ทำได้เป็นเวลา 2 ปี นับจากวันที่ได้หุ้นมา หรือเป็นเจ้าของหุ้นในกรณีต่อไปนี้ไม่เกิน 6 เดือน เช่น บริษัทที่อยู่ระหว่างการปรับโครงสร้างตามกฎหมายการปรับโครงสร้างบริษัท หรือบริษัทที่กำลังถูกฟ้องล้มละลาย เป็นต้น

(5.2) หลักการคำนวณทรัพย์สินสุทธิ

(5.3) หลักการคำนวณมูลค่าหุ้น

(5.4) ตามข้อห้าม 1 กรณีการจำกัดการลงทุนที่มีมากกว่ามูลค่าสินทรัพย์อันเนื่องมาจากมูลค่าทรัพย์สินสุทธิต่ำลง จะยอมให้เป็นเช่นนี้ได้ 2 ปี นับจากวันที่สินทรัพย์มีมูลค่าลดลง

(5.5) การจำกัดจำนวนการลงทุนตามข้อ 4 ถ้าการลงทุนที่ต่ำกว่ามูลค่าทรัพย์สินสุทธิที่มีมูลค่าเพิ่มขึ้น ไม่ต้องนำหลักการคำนวณการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สินตามข้อ 2, 3 และ 4 มาใช้

<sup>120</sup> The Monopoly Regulation and Fair trade Act 1980. Article 9 (Prohibition, Etc. of Mutual Contribution). อ้างถึงใน เอกชน เกษมถาวรศิลป์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 118. หน้า 214.

(5.6) การจำกัดจำนวนการลงทุน กรณีบริษัทใดของกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ ได้หุ้นมา หรือเป็นเจ้าของหุ้นต่อไปนี้ จะไม่ถือว่าเป็นหุ้นของบริษัทใดของกลุ่มบริษัทอื่นตาม ข้อห้าม 1 หุ้นดังกล่าวได้แก่ หุ้นของบริษัทที่ทำโครงการการลงทุนสาธารณูปโภคของภาคเอกชน ซึ่งมีระยะเวลา 20 ปี หุ้นของสถาบันการลงทุนของภาครัฐ หุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้โครงการ สาธารณูปโภคของภาคเอกชนซึ่งมีระยะเวลา 20 ปี หุ้นของสถาบันการลงทุนภาครัฐ หุ้นของบริษัท ที่อยู่ภายใต้กฎหมายการบริหารจัดการโครงสร้างและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ

(5.7) ตามข้อห้าม 1 จะไม่ใช้กับกรณี

- บริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือประกันภัย
- Holding Company
- บริษัทที่อยู่ระหว่างการรับโครงสร้างองค์กรตามกฎหมาย Reorganization

Act และ Compensation Act ในกรณีที่ปรับโครงสร้างองค์กรเสร็จจะต้องปฏิบัติตามข้อห้าม 1 ให้เสร็จสิ้นในเวลาหนึ่ง

บริษัทที่รวมกิจการมีสินทรัพย์รวมหรือรายได้ประจำปี (รวมสินทรัพย์รวม หรือรายได้บริษัทในเครือ) ทั่วโลกของแต่ละฝ่ายมากกว่าหรือเท่ากับ 100,000 ล้านดอลลาร์ และการรวมบริษัทในประเทศ ธุรกิจที่รวมและบริษัทในเครือมีสินทรัพย์หรือรายได้มากกว่าหรือ เท่ากับ 2 ล้านดอลลาร์รวมกับบริษัทต่างประเทศ ต้องแจ้งถ้าสินทรัพย์หรือยอดขายใน เกาหลีของหนึ่งธุรกิจที่รวมมากกว่าหรือเท่ากับ 1,00,000 ล้านดอลลาร์และยอดขายของแต่ละฝ่ายใน เกาหลีมากกว่าหรือเท่ากับ 3,000 ล้านดอลลาร์ บังคับให้แจ้งภายหลังการรวมธุรกิจภายใน 30 วัน โดยใช้ ระยะเวลาในการพิจารณา 30 วันและขยายได้ไม่เกิน 60 วัน นับจากวันสิ้นระยะเวลาพิจารณา<sup>121</sup>

3) กลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

เริ่มแรกองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าโดยธรรมของ สาธารณรัฐเกาหลี คือสำนักงานคณะกรรมการการค้าโดยธรรม (The office of Fair Trade Commission) ถูกตั้งขึ้นโดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยให้สำนักงานใหญ่อยู่ภายใต้ คณะกรรมการวางแผนทางเศรษฐกิจ (The Economic Planning Board: EPB) ส่วนคณะกรรมการการค้า โดยธรรมนั้น มีสถานะเป็นเพียงองค์กรนิติบุคคลที่มีอำนาจเพียงให้คำปรึกษาแก่คณะกรรมการ วางแผนเศรษฐกิจและ คณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ป้องกันการผูกขาดและการค้าโดยธรรม แต่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการการค้าโดยธรรม ได้ แต่ต่อมาในภายหลังในปี 1989 คณะกรรมการการค้าโดยธรรมและสำนักงานคณะกรรมการ

<sup>121</sup> ชลาชัย บุญเปี่ยม. (2549). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 297.

การค้าโดยธรรม ได้ถูกรวมเข้าเป็นหน่วยงานเดียวกันและกลายเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจหน้าที่ทางด้านการบริหารและการบังคับใช้กฎหมายด้วย<sup>122</sup>

คณะกรรมการการค้าโดยธรรม (The Fair Trade Commission of Korea) ประกอบด้วยบุคคลทั้งหมด 7 คน คือ ประธาน รองประธาน กรรมการประจำ 3 ตำแหน่ง กรรมการไม่ประจำ 3 ตำแหน่ง ถูกแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจเป็นผู้เสนอไปยังประธานาธิบดี ระยะเวลาอยู่ในตำแหน่ง คือ 3 ปีทุกตำแหน่งโดยอาจถูกแต่งตั้งใหม่ได้อีกไม่เกิน 1 ครั้งและแต่ละตำแหน่งก็มีหน้าที่และความรับผิดชอบต่างกันออกไป ประธานคณะกรรมการการค้าโดยธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กร ทั้งในด้านบริหารและการบังคับใช้กฎหมาย มีสำนักงานคณะกรรมการการค้าโดยธรรมสนับสนุนการปฏิบัติการกิจของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมโดยมีหน่วยงานที่สำคัญ แบ่งออกเป็น 4 กอง ดังต่อไปนี้

(1) กองนโยบายการค้าโดยธรรม (Fair Trade policy Bureau) กองนี้มีหน้าที่จัดทำนโยบายพื้นฐานและโครงการต่างๆ เพื่อให้ตอบสนองการบังคับใช้กฎหมายกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม ให้มีประสิทธิภาพในเชิงรูปธรรม กองนโยบายการค้าที่เป็นธรรมมีหน้าที่ประเมินประสานงานทั้งหลาย ที่เกี่ยวข้องกับงานของคณะกรรมการการค้าโดยธรรม ให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่างๆ ซึ่งอาจมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน จัดทำรายงานการประชุมหัวข้อการประชุมให้กับคณะกรรมการการค้าโดยธรรม ส่งเสริมการแข่งขันทางด้านระหว่างประเทศ

(2) กองควบคุมการผูกขาด (Monopoly Regulation Bureau) กองควบคุมการผูกขาดมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุม การรวมอำนาจทางเศรษฐกิจการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ และการรวมบริษัทที่มีลักษณะเป็นการด้านการแข่งขัน กองควบคุมการผูกขาดจะเป็นผู้สืบสวนเกี่ยวกับข้อกล่าวหาและเสนอแนะมาตรการแก้ไขปัญหาไปยังคณะกรรมการการค้าโดยธรรม

(3) กองวิธีปฏิบัติทางการค้า (Trade Practices Bureau) กองนี้มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลเรื่องวิธีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม การโฆษณาที่เป็นเท็จหรือหลอกลวง การกำหนดราคาขายส่งขายปลีก วิธีการค้าเกี่ยวกับการรับช่วงที่ไม่เป็นธรรม โดยกองจะเป็นผู้ลงมือสอบสวน (Investigating) ข้อกล่าวหาที่ว่ามีการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม แล้วจัดทำรายงานและเสนอมาตรการแก้ไขปัญหาคือต่อคณะกรรมการการค้าโดยธรรมต่อไป

<sup>122</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 298.

(4) กองสืบสวน (Investigation Bureau) กองสืบสวนจะรับผิดชอบเกี่ยวกับการสืบสวนที่มีขนาดใหญ่หลายๆ ระดับทั่วประเทศ ทำหน้าที่วิเคราะห์ตลาดและจัดทำข้อมูลให้กับกองอื่นๆ พัฒนาเทคนิคการสืบสวน

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี บุคคลใดก็ตามหากพบถึงการละเมิดนั้นสามารถที่จะรายงานการกระทำผิดต่อคณะกรรมการ KFTC ได้นอกจากนั้นแล้วหากคณะกรรมการ KFTC เห็นว่ามีกากระทำผิดเกิดขึ้นก็สามารถทำการสอบสวนได้โดยวิธีพิจารณานั้นได้เริ่มตั้งแต่คณะกรรมการ KFTC ใช้อำนาจในการสืบสวนข้อกล่าวหาว่า ได้มีการกระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมาย MRFTA หรือไม่ โดยเป็นอำนาจของเลขานุการสำนักงาน KFTC ที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ KFTC และเลขานุการสำนักงาน KFTC มีอำนาจที่จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ประจำสำนักงาน KFTC เป็นผู้สอบสวนข้อเท็จจริงที่เหมาะสมตามสภาพความผิด เช่น การตรวจสอบเอกสารในสถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดได้หรือเรียกผู้ประกอบการหรือผู้เกี่ยวข้องมาให้การก็ได้ และเมื่อได้มีการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว หากเลขานุการ KFTC เห็นว่าการกระทำผิดนั้นไม่มีมูลก็จะมีการสั่งให้หยุดการดำเนินการใดๆ ต่อไปในการสอบสวน แต่หากสอบสวนได้ว่าเป็นเพียงความผิดที่เล็กน้อยนั้น เลขานุการ KFTC ก็อาจมีคำสั่ง ตักเตือนหรือให้คำแนะนำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้แก้ไขการกระทำเสียใหม่ให้สอดคล้องกับกฎหมายโดยสมัครใจ (Voluntary correction)

คำตัดสินของคณะกรรมการ KFTC เมื่อภายหลังจากการสอบสวนหากพบว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรง คดีนั้นจะถูกส่งจาก เลขานุการไปยังคณะกรรมการ KFTC เพื่อให้คณะกรรมการได้พิจารณาต่อ โดยจะต้องให้ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำผิดและบุคคลที่เกี่ยวข้องให้การต่อสู้เสียก่อน หลังจากนั้นแล้วคณะกรรมการ KFTC จึงจะตัดสิน ซึ่งคำตัดสินของคณะกรรมการ KFTC นั้นจะมีทั้ง มีคำสั่งให้ผู้ประกอบการได้แก้ไขให้สอดคล้องกับกฎหมาย (order for the correction of the charged action) ค่าธรรมเนียมพิเศษ (ค่าปรับประเภทหนึ่ง) (Surcharge payment) หรือคำร้องขอไปยังกรมอัยการให้มีการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิด (Complaint for criminal prosecution) ด้วยก็ได้<sup>123</sup>

การทบทวนคำสั่งโดยศาล (Judicial review) ศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมเมื่อคณะกรรมการการค้าโดยธรรมได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว หากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดไม่พอใจ คำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี ได้ ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการไปยังศาลสูง

<sup>123</sup> นพนันท์ สถิตภากิจกุล. (2547). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 78.



เมืองโซล (The Soul High Court) ได้ และหากคู่กรณียังไม่พอใจอีกก็สามารถที่จะฎีกาคำพิพากษาของศาลสูงไปยังศาลฎีกาได้ แต่การทบทวนคำสั่งศาลนี้ไม่ได้รับความนิยมนในสาธารณรัฐเกาหลีเนื่องจากการที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมนั้นมีอำนาจที่ค่อนข้างเด็ดขาดในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรมและ การใช้ดุลพินิจในการตีความบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรมหากบริษัทผู้ประกอบการมีข้อสงสัยไม่แน่ใจว่าการกระทำของตนเป็นการขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ จะใช้วิธีปรึกษาหารือและขอความเห็นข้อเสนอแนะจากคณะกรรมการการค้าโดยธรรมก่อน

#### 4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

สำนักงานคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมถูกตั้งขึ้นโดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม (MRFTA) ให้เป็นสำนักงานอยู่ภายใต้คณะกรรมการบริหารการวางแผนทางเศรษฐกิจ (the Economic Planning Board: EPB)<sup>124</sup> คณะกรรมการ KFTC ประกอบด้วย นักเศรษฐศาสตร์ นักกฎหมายจากมหาวิทยาลัย หรือที่ปรึกษากฎหมายเป็นหลัก และจะไม่เอาตัวแทนจากภาครัฐกิจซึ่งมีผลประโยชน์ทับซ้อนเข้ามารวมเป็นคณะกรรมการ

##### (1) อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรม<sup>125</sup>

KFTC เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย MRFTA หลังจากที่มีการแก้ไข MRFTA ในปี ค.ศ. 1989 KFTC กับสำนักงาน FTC ได้ถูกรวมเข้าเป็นหน่วยงานเดียวกันและกลายเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจหน้าที่ทางด้านการบริหาร (executive functions) นอกจากนี้ KFTC ยังมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารและบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความเป็นธรรมเกี่ยวกับธุรกิจรับช่วง (The Act on fair sub contract Trade) ซึ่งได้มีการประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1984 เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่ธุรกิจรับช่วง (ซึ่งคล้ายกับประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีกฎหมายลักษณะดังกล่าวและใช้คณะกรรมการ JFTC เป็นองค์กรบังคับใช้เช่นกัน) เนื่องจากปัญหาธุรกิจรับช่วง เช่น การรับเหมาผู้ว่าจ้างมักจะอาศัยความได้เปรียบทางเศรษฐกิจเอาเปรียบผู้รับเหมาโดยเฉพาะการผิดผ่อนการจ่ายเงิน ฯลฯ ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย MRFTA ฉบับแก้ไขปีค.ศ.1989 KFTC มีอำนาจหน้าที่เหนือ (jurisdiction) เรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันดังต่อไปนี้

(1.1) การกระทำของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดในทางการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจนั้นที่มิชอบ (abusive acts by entrepreneurs who maintain market dominating position)

<sup>124</sup> The Fair Trade Commission of Korea (KFTC). อ้างถึงใน นพนันท์ สถิตภาคีกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 123. หน้า 79.

<sup>125</sup> The Fair Trade Commission of Korea (KFTC). อ้างถึงใน นพนันท์ สถิตภาคีกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 123. หน้า 79.

(1.2) การรวมบริษัทที่มีลักษณะเป็นด้านการแข่งขันและรวมอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไป (anticompetitive mergers and excessive concentration of economic power)

(1.3) การร่วมมือทางธุรกิจที่ไม่ชอบธรรม (undue collaborative activities)

(1.4) การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยสมาคมการค้า (restraints of competition by Trade association)

(1.5) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practices)

(1.6) การกำหนดราคาขายส่งขายปลีก (resale price maintenance)

(1.7) สัญญาระหว่างประเทศที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม (undue international agreement)

(1.8) ออกนโยบายเพื่อส่งเสริมการแข่งขันโดยเสรี

(1.9) ทบทวน (review) ร่างพระราชบัญญัติและบรรดากฎระเบียบต่างๆ (proposed law and ordinances) ที่อาจมีผลด้านการแข่งขัน โดยเสรีก่อนที่กฎหมายต่างๆ เหล่านั้น จะถูกประกาศใช้ (enactment) นอกจากนั้นแล้ว KFTC ยังมีอำนาจหน้าที่ควบคุมและบังคับใช้กฎหมาย MRFTA ในภาคความผิดด้วย<sup>126</sup>

## (2) การดำเนินงานของ KFTC

เมื่อมีการละเมิดกฎหมาย MRFTA บุคคลใดก็ตามที่พบว่ามี การกระทำที่เป็น การละเมิดสามารถที่จะรายงานการกระทำผิดนั้นต่อ KFTC ได้ นอกจากนั้นแล้วหาก KFTC เห็นว่ามี การกระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมาย MRFTA คณะกรรมการ KFTC ก็สามารถทำการสืบสวนได้ KFTC มีอำนาจสืบสวนข้อกล่าวอ้าง (investigation of an alleged violation) ซึ่งอำนาจในการสืบสวนข้อกล่าวหา ว่า มีการกระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมาย MRFTA เป็นอำนาจที่เลขาธิการสำนักงาน KFTC ได้รับมอบหมาย จาก KFTC โดยเลขาธิการสำนักงาน

KFTC มีอำนาจที่จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ประจำสำนักงาน KFTC เป็นผู้สอบสวน หาข้อเท็จจริงที่เหมาะสมตามสภาพความผิดได้ เช่น การตรวจสอบเอกสารในสถานที่ประกอบธุรกิจ ของผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้หรืออาจเรียกผู้ประกอบการและบุคคลที่เกี่ยวข้อง มาให้การได้

การตัดสินใจของเลขาธิการ (decision of the secretaria) ภายหลังจากสืบสวนพบว่า ข้อกล่าวอ้างว่ามีการกระทำผิดนั้น ไม่มีมูลความผิดหรือเป็นการกระทำความผิดที่เล็กน้อยไม่สำคัญ เลขาธิการสำนักงาน KFTC จะเป็นผู้ตัดสินและรายงานความผิดนั้นให้ KFTC ทราบ กล่าวคือ หากเป็นข้อกล่าวอ้างที่ไม่มีมูลความจริง เลขาธิการสำนักงาน KFTC อาจตัดสินให้หยุดการ

<sup>126</sup> The Fair Trade Commission of Korea (KFTC). อ้างใน นพพันธ์ สถิตภาสีกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 123. หน้า 80.

ดำเนินการใดๆ ต่อไป (dismiss) หากข้อกล่าวอ้างนั้นเป็นกระทำความผิดเล็กน้อย เลขานุการ (โดยอำนาจที่ได้รับมอบหมายจาก KFTC) อาจมีคำสั่งตักเตือน (arming) หรือ แนะนำ ให้ผู้กล่าวอ้าง แก้ไขการกระทำเสียใหม่ให้สอดคล้องกับกฎหมายโดยสมัครใจ (voluntary correction)

คำตัดสินของ KFTC (decision by the commission) ภายหลังจากสืบสวนพบว่า ข้อกล่าวอ้างนั้นมูลและความผิดตามข้อกล่าวอ้างนั้นเป็นความผิดร้ายแรงตามกฎหมาย MRFTA คดีนั้นจะถูกส่งจากเลขานุการสำนักงาน KFTC ไปยัง คณะกรรมการ KFTC เมื่อ KFTC ได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้ว จำเป็น ต้องให้ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ให้การต่อสู้เสียก่อน หลังจากนั้นแล้ว KFTC จึงจะตัดสิน

คำตัดสินของ KFTC อาจมีคำสั่งเพื่อให้มีการแก้การกระทำผิดให้สอดคล้องกับกฎหมาย (order for the correction of the charged action) ค่าธรรมเนียมพิเศษ (ค่าปรับอย่างหนึ่ง) (Surcharge payment) หรือคำร้องขอให้มีการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิด (complaint for criminal prosecution) ด้วยก็ได้ คำสั่งให้มีการแก้ไขการกระทำผิดสอดคล้องกับกฎหมาย (correction order) นั้น อาจประกอบด้วย คำสั่งให้หยุดหรือระงับการกระทำความผิดนั้น การตีพิมพ์การกระทำผิดนั้นลงในหนังสือพิมพ์ เป็นต้น

ค่าธรรมเนียมพิเศษ ส่วนใหญ่จะเป็นค่าปรับที่ทาง KFTC สั่งให้ผู้กระทำผิด ในข้อหาการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจโดยมิชอบ เช่น การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า และการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยมิชอบเป็นผู้จ่าย

การดำเนินคดีอาญา KFTC อาจมีคำร้องขอไปยังกรมอัยการ (attorney general) ให้ดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิด ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ผู้กระทำผิด ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งใน คำตัดสินของ KFTC เช่น คำสั่งให้หยุดกระทำการ เป็นต้น หรือการกระทำ ละเมิดกฎหมาย MRFTA นั้น มีลักษณะร้ายแรง มากหรือผู้กระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า เป็นต้น

การทบทวนคำตัดสินของ KFTC โดยศาลยุติธรรม (judicial review) เมื่อ KFTC ได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว หากผู้ถูกกล่าวหาไม่พอใจคำตัดสินดังกล่าว ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอุทธรณ์ คำตัดสินของ KFTC ไปยังศาลสูงเมืองโซล (the Seoul High Court) ได้ และหากคู่กรณียังไม่พอใจอีก ก็ยังสามารถที่จะฎีกาคำพิพากษาของศาลสูงไปยังศาลฎีกาได้

อย่างไรก็ดี หนายความเกาหลีใต้ที่มีอาชีพแนะนำลูกค้าความที่มีอาชีพเป็นบริษัท ใหญ่ๆ จากต่างประเทศ ได้แสดงความคิดเห็นว่าการแก้ปัญหาโดยอาศัยการทบทวนคำตัดสิน โดยศาลยุติธรรมเป็นวิธีการที่ไม่สอดคล้องกับโลกธุรกิจในสาธารณรัฐเกาหลี และไม่เป็นวิธีการ ที่ฉลาดเลย เนื่องจากการที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาคำตัดสินของ KFTC นั้นยังมีบทบัญญัติใน MRFTA หลายบทบัญญัติห้ามไว้ นอกจากนี้ KFTC ยังมีอำนาจที่ค่อนข้างจะเด็ดขาดในการบังคับใช้และ

การใช้ดุลพินิจ (discretionary power) ตีความบทบัญญัติต่างๆ ของ กฎหมาย MRFTA วิธีการที่ฉลาดคือ ในกรณีที่ไม่มีแนวโน้มว่า การกระทำใดจะขัดต่อกฎหมาย MRFTA หรือไม่ ก็ควรจะปรึกษาหารือและขอความเห็นจาก KFTC ก่อนไม่มีแนวโน้มว่า การกระทำใดจะขัดต่อกฎหมาย MRFTA หรือไม่ ก็ควรจะปรึกษาหารือและขอความเห็นจาก KFTC ก่อน<sup>127</sup>

### 3.2 กลไกในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการผูกขาดตามกฎหมายไทย

#### 3.2.1 นิยามของคำว่า “ผูกขาดตลาด”

ผู้ผูกขาด (Monopolist) ย่อมต่างจากผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) กล่าวคือ ผู้ผูกขาด โดยความหมายที่เคร่งครัดในทางเศรษฐศาสตร์ย่อมหมายถึงผู้ประกอบการรายเดียวที่มีอยู่ในตลาด ซึ่งไม่มีสินค้าอื่นทดแทนได้ ทำให้มีอำนาจตลาดโดยสมบูรณ์ที่จะกำหนดราคาและปริมาณสินค้าได้ ในขณะที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาด หมายถึงผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการอยู่ในสถานะเป็นผู้ครอบครองตลาดสินค้าหรือบริการนั้น มีอำนาจตลาดไม่ต่างไปจากผู้ผูกขาด คือสามารถที่จะกำหนดราคาหรือปริมาณของสินค้าหรือค่าบริการโดยอิสระ โดยปราศจากความกดดันในตลาด การมีอำนาจตลาดเช่นนี้ย่อมจะพิจารณาได้ว่าผู้ประกอบการรายนั้นอยู่ในสถานะที่สามารถควบคุมตลาดได้ โดยที่ผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่อยู่ในตลาดมีอำนาจตลาดน้อยมาก เมื่อพิจารณาถึงสถานะของเขากับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่อยู่ในตลาด มีอำนาจตลาดน้อยมาก ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดจะอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าผู้ประกอบการอื่นเป็นอันมาก อาจด้วยการเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ ครอบงำส่วนแบ่งตลาดเป็นจำนวนมาก มียอดขายสินค้าที่สูงมาก มีเทคโนโลยีการผลิตที่ดีกว่าผู้อื่น เป็นต้น สภาพการณ์เช่นนี้เขาจะมีอิทธิพลเหนือตลาด อันเกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาเป็นปริมาณของสินค้าในตลาด ไม่เท่านั้นยังมีอิทธิพลต่อผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งกันของตน ผู้ที่เป็นลูกค้าของตนและผู้บริโภคน<sup>128</sup> โดยประเทศไทยเคยมีประกาศหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ไว้ดังนี้

<sup>127</sup> The Fair Trade Commission of Korea (KFTC). อ้างใน นพพันธ์ สถิตภาติกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 123. หน้า 80.

<sup>128</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์. (2555). *หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการ* *แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

### ประกาศคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงออกประกาศดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังต่อไปนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมา ตั้งแต่หนึ่งพันบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามราย ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าบาทขึ้นไป และมียอดเงินขาย ในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันบาทขึ้นไป

ความใน (2) ไม่ให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา ต่ำกว่าร้อยละสิบหรือยอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท

#### 3.2.2 กลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม”...

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 51<sup>129</sup> ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการ รวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด ต้องแจ้งผลการรวมธุรกิจต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่ วันที่รวมธุรกิจ”...

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 51 นั้นกฎหมายก็ยังมีได้กำหนดนิยามหรือความหมายของการผูกขาด หรือความไม่เป็นธรรม ในการแข่งขันไว้แต่อย่างใด แต่จะมีเพียงการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาของคณะกรรมการ แข่งขันทางการค้า โดยกำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ ของกิจการที่จะควบรวมธุรกิจ ถ้าการรวมธุรกิจใดมีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์เกินไปกว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ก็จะตกอยู่ภายในบังคับของมาตรา 51 หากประสงค์ที่จะทำการควบรวมธุรกิจนั้นจะต้องแจ้งขออนุญาตควบรวมต่อคณะกรรมการแข่งขัน

<sup>129</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 51.

ทางการค้าเป็นผู้พิจารณาเสียก่อน เพื่อให้เวลาในการวิเคราะห์ก่อนว่าการรวมธุรกิจตามความประสงค์ของผู้ประกอบการนั้นจะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดสินค้านั้นๆ ไปในทางใด

สำหรับการควบกิจการหรือการรวมธุรกิจนั้นไม่ได้ถูกห้ามมิให้กระทำโดยสิ้นเชิง หรือ หากจะกระทำต้องขออนุญาตแต่อย่างใด แต่การควบรวมธุรกิจที่ถูกควบคุมนั้นจะต้องเป็นการควบรวมที่มีผลให้เกิดการผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน ก็จะต้องห้ามไม่ให้มีการรวมธุรกิจนั้น หากฝ่าฝืนจึงถือว่าเป็นความผิดและจะต้องรับโทษทางอาญา ตามมาตรา 72<sup>130</sup> และโทษทางปกครองด้วย แต่ทั้งนี้ ในปัจจุบันคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ก็ยังมีได้มีประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องการรวมธุรกิจแต่อย่างใดในประเทศไทยจึงยังไม่ได้บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ในส่วนของการรวมธุรกิจ จึงมีการรวมธุรกิจกันโดยอิสระในปัจจุบันนี้

### 3.2.3 กลไกในการบังคับการตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้ต่อธุรกิจหลายแขนงไม่ว่าจะเป็นกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ รวมถึงกิจการอื่นที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวอาจเป็นผู้จำหน่ายผู้ผลิตเพื่อจำหน่ายผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อหรือผู้ให้บริการ แต่กฎหมายนี้ไม่ให้ใช้บังคับกับการกระทำของ (1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น (2) รัฐวิสาหกิจ (3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร (4) ธุรกิจที่ยกเว้นโดยกฎกระทรวง<sup>131</sup>

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้มืองค์กรบังคับใช้กฎหมายไว้ในมาตรา 6 ดังนี้<sup>132</sup> “ให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดิน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 8 คน แต่ไม่เกิน 12 คน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” คณะกรรมการการแข่งขัน

<sup>130</sup> สุธีร์ ศุภนิคย์. (2555). *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 79.

<sup>131</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 4.

<sup>132</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. มาตรา 6.

ทางการค้าประกอบไปด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ และให้มีปลัดกระทรวงการคลังและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดินมีจำนวนไม่น้อยกว่าแปดคนแต่ไม่เกินสิบสองคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการแต่ทั้งนี้ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งนั้น ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 7 ดังนี้ “ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง” เพื่อให้ได้ผู้ทรงคุณวุฒิที่ปลอดจากการแทรกแซงทางการเมืองให้ได้มากที่สุด แต่ต่อมาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้<sup>133</sup>

- 1) เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้
- 2) ออกระเบียบหรือประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- 3) กำกับดูแลการประกอบธุรกิจและกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม
- 4) พิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวนการกระทำผิดตามพระราชบัญญัตินี้
- 5) พิจารณาวินิจฉัยคำร้องขอตามมาตรา 59
- 6) วางระเบียบการสืบสวนและสอบสวนของคณะอนุกรรมการสอบสวน
- 7) ประกาศแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- 8) ดำเนินคดีอาญาตามที่ผู้เสียหายร้องทุกข์ตามมาตรา 78
- 9) พิจารณากำหนดโทษปรับทางปกครองตามมาตรา 80 มาตรา 81 มาตรา 82 และมาตรา 83 รวมทั้งฟ้องคดีต่อศาลปกครอง
- 10) เชิญบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น
- 11) เสนอความเห็นและเสนอแนะต่อรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายของรัฐด้านการแข่งขันทางการค้า
- 12) ให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้า ทำให้เกิดการกีดกัน จำกัดการแข่งขัน หรือลดการแข่งขันทางการค้า อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการ
- 13) กำหนดแผน กลยุทธ์ และแนวทางการบริหารงานของสำนักงาน

<sup>133</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 17.

14) ออกระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กร การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน และการดำเนินงานอื่นของสำนักงาน

15) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ บรรดาระเบียบหรือประกาศที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีการแบ่งการบังคับใช้กฎหมายออกเป็นสองทางกล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ (Public enforcement) และการบังคับใช้กฎหมายโดยภาคเอกชน (Private enforcement)

1) การบังคับใช้กฎหมายโดยภาครัฐ (Public enforcement) ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการแข่งขันทางการค้า โดยในการบังคับใช้กฎหมายให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการซึ่งมีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องการแข่งขันทางการค้า และปลอดจากการแทรกแซงทางการเมืองให้มากที่สุดคณะกรรมการชุดนี้มีชื่อว่า “คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า” ซึ่งจะมีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนการกระทำที่เป็น การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องพึ่งองค์กรอื่น เช่น ตำรวจ ซึ่งเมื่อพบว่าได้มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแห่งกฎหมายแล้ว คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง การกระทำความผิดดังกล่าวได้ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ผู้ประกอบการนั้นได้มีโอกาสชี้แจงและ แสดงหลักฐานประกอบคำชี้แจงเสียก่อน เพื่อให้การดำเนินการออกคำสั่งเป็นไปอย่างโปร่งใส มีขั้นตอนในการดำเนินงานและหากผู้ประกอบการรายใดไม่พอใจต่อคำสั่งดังกล่าว ก็มีสิทธิฟ้องคดี ต่อศาลปกครองภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง ตามมาตรา 60 ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้เป็นการดำเนินการทางกระบวนการปกครอง (Administrative Process)<sup>134</sup>

2) การบังคับใช้กฎหมายโดยภาคเอกชน (Private Enforcement) เป็นการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในเบื้องต้น เอกชนสามารถบังคับใช้กฎหมายโดยการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายว่าได้มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ต่อไปหรือให้ผู้เสียหายที่ได้รับผลมาจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนได้โดยตรง ถือได้ว่าเป็นมาตรการใหม่ที่ได้รับรองสิทธิการฟ้องร้องคดีเรียกค่าเสียหายไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าโดยตรงโดยไม่พึ่งกฎหมายอื่น

<sup>134</sup> สุธีร์ ศุภนิตย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 16.



แต่อย่างไรก็ตามการเปิดโอกาสเช่นนี้ทำให้เอกชนเข้ามาเป็นส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ การควบรวมกิจการของประเทศไทยตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นการกระทำที่มีลักษณะการควบรวมธุรกิจ (Merger and Acquisition) และการตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (Collusive Practice)

### พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

มาตรา 11 ในการแต่งตั้งกรรมการ ให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่งจำนวนเก้าคน ทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) ปลัดกระทรวงการคลัง
- (2) ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์
- (3) ปลัดกระทรวงพาณิชย์
- (4) ปลัดกระทรวงยุติธรรม
- (5) ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรม
- (6) เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ
- (7) เลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค
- (8) ประธานกรรมการสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย
- (9) ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

ให้คณะกรรมการสรรหาเลือกกรรมการสรรหาคนหนึ่งเป็นประธานกรรมการสรรหา ประธานกรรมการสรรหาและกรรมการสรรหาไม่มีสิทธิสมัครเป็นกรรมการ ให้สำนักงานทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการในการดำเนินการคัดเลือกกรรมการ ให้ประธานกรรมการสรรหาและกรรมการสรรหาได้รับค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายอื่น ในการปฏิบัติงานตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

มาตรา 12 การคัดเลือกและแต่งตั้งกรรมการให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ให้คณะกรรมการสรรหาประกาศรับสมัครบุคคลที่มีผลงานหรือเคยปฏิบัติงาน ที่แสดงให้เห็นถึงการเป็นผู้มีความรู้ และมีความเชี่ยวชาญหรือมีประสบการณ์ตามมาตรา 8 รวมทั้งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 9 และมาตรา 10 ให้ทราบเป็นการทั่วไป อย่างน้อยสามสิบวันติดต่อกัน

(2) เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตาม (1) แล้ว ให้คณะกรรมการสรรหาพิจารณาคัดเลือก ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติที่จะเป็นกรรมการให้ได้จำนวนกรรมการตามมาตรา 7 และให้เสนอบัญชีรายชื่อ ของบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกต่อรัฐมนตรี พร้อมทั้งรายละเอียดของบุคคลดังกล่าวซึ่งต้องระบุ

ชัดเจนหรือมีหลักฐานแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นบุคคลที่มีความเหมาะสมในด้านหนึ่งด้านใดตาม มาตรา 8 การมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 9 และมาตรา 10

(3) ให้รัฐมนตรีเสนอรายชื่อผู้ที่ได้รับคัดเลือกเป็นกรรมการพร้อมทั้งรายละเอียดตาม (2) ต่อคณะรัฐมนตรีภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอรายชื่อจากคณะกรรมการสรรหา เพื่อให้ความเห็นชอบ

(4) เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบบุคคลเป็นกรรมการครบจำนวนแล้ว ให้เสนอนายกรัฐมนตรีเพื่อมีคำสั่งแต่งตั้งเป็นกรรมการ

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบไม่ครบจำนวนกรรมการที่จะได้รับแต่งตั้ง ให้คณะกรรมการสรรหาดำเนินการพิจารณาคัดเลือกบุคคลให้ครบจำนวนที่ยังขาดอยู่ โดยให้ดำเนินการ ตาม (1) (2) (3) และ (4) จนกว่าจะได้กรรมการครบจำนวน

ในการแต่งตั้งกรรมการครั้งแรก เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบบุคคลเป็นกรรมการ ครบจำนวนแล้ว ให้บุคคลดังกล่าวประชุมร่วมกันเพื่อเลือกกันเองเป็นประธานกรรมการและ รองประธานกรรมการหนึ่งคนก่อนเสนอนายกรัฐมนตรีเพื่อมีคำสั่งแต่งตั้งต่อไป

กำหนดระยะเวลา หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการคัดเลือกกรรมการให้เป็นไปตามที่ กำหนดในกฎกระทรวง

### 3.2.4 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามหลักกฎหมาย การแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีหน้าที่สำคัญในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพเกิดความ เป็นธรรม ในการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีบทบาท อำนาจหน้าที่ สรุปได้ 3 ประการ<sup>135</sup> คือ

#### 1) อำนาจบริหาร (Administrative power)

อำนาจบริหารเป็นอำนาจบังคับใช้กฎหมายโดยตรง เช่น การอนุญาตให้มีการร่วมธุรกิจ การตรวจสอบข้อเท็จจริงและดำเนินคดี เป็นต้น

#### 2) อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (Quasi-legislative power)

อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ หมายถึง อำนาจหน้าที่ที่จะต้องออกกฎเกณฑ์บางอย่าง เช่น การกำหนดยอดเงินขายหรือส่วนแบ่งตลาด เพื่อพิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หรือการออกประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขายจำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนทรัพย์สินเพื่อเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องการควบรวมธุรกิจ เป็นต้น

<sup>135</sup> ศักดา ธนิตกุล. อ่างเลี้ยงเชิงอรรถที่ 21. หน้า 322-323.

### 3) อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial power)

อำนาจกึ่งตุลาการ หมายถึง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจได้ในหลายกรณีเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติ เช่น สามารถใช้ดุลพินิจพิจารณา ระเบียบแก้ไขเปลี่ยนแปลง การกระทำใดๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยหลักการแล้วคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีลักษณะเป็นคณะกรรมการกำกับดูแลอิสระ (an independent regulatory commission) ปราศจากการควบคุมของรัฐ ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แม้จะมีความเป็นอิสระแต่ที่มาของคณะกรรมการสรรหาส่วนใหญ่มาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น ปลัดกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงพาณิชย์ ปลัดกระทรวงต่างๆ และกรรมการจากการแต่งตั้งที่มาจากภาคเอกชน ส่วนใหญ่จะมาจากตัวแทนของสภาหอการค้าและสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งมาจากตัวแทนของธุรกิจใหญ่ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์

#### การคัดเลือกกรรมการแข่งขันทางการค้า

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 11 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการจัดตั้งกรรมการ ให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่งจำนวนเก้าคนประกอบด้วย

- (1) ปลัดกระทรวงการคลัง
- (2) ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์
- (3) ปลัดกระทรวงพาณิชย์
- (4) ปลัดกระทรวงยุติธรรม
- (5) ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรม
- (6) เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ
- (7) เลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค
- (8) ประธานกรรมการสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย
- (9) ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

มาตรา 7 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า” ประกอบด้วย ประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ และกรรมการอื่นอีกห้าคน

มาตรา 8 กรรมการต้องเป็นผู้มีผลงานหรือเคยปฏิบัติงานที่แสดงให้เห็นถึงการเป็นผู้มีความรู้และเชี่ยวชาญหรือมีประสบการณ์ไม่น้อยกว่าสิบปี ในสาขาต่างๆ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการกำกับดูแลทางการค้า

#### การดำเนินงานของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

ขั้นตอนการใช้กฎหมายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วย

(1) สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะติดตามสอดส่อง พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ (โดยเจ้าหน้าที่ หรือได้รับการร้องเรียน ร้องทุกข์) และหาก พบว่ามีการฝ่าฝืน จะตรวจสอบข้อเท็จจริง และประเด็นข้อกฎหมายเบื้องต้นและนำเรื่อง เสนอต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาวินิจฉัย

(2) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ทำการสืบสวนสอบสวนหาข้อเท็จจริง หรืออาจส่งเรื่องให้คณะอนุกรรมการสอบสวนทำการสืบสวนสอบสวนหาข้อเท็จจริง ตลอดจนรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิด หากเห็นว่าต้องการ ข้อมูลเชิงลึกเพิ่มเติม อาจตั้งคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง

(3) คณะอนุกรรมการสอบสวนและคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง จะทำการพิจารณา และเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อ วินิจฉัยชี้ขาดว่าให้สั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง

(4) ในกรณีที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีคำสั่งฟ้อง สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะส่งความเห็นดังกล่าวให้พนักงานอัยการพร้อม จำนวนการสอบสวน เพื่อให้พนักงานอัยการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป

### 3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทยในโครงสร้าง บทบาท และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า<sup>136</sup>

#### 3.3.1 ประเด็นค่านิยมของคำว่า “ผูกขาดตลาด”

กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้านั้น ประเทศแรกของโลกที่มีการบัญญัติกฎหมาย ในลักษณะนี้ได้แก่สหรัฐอเมริกา เพราะสหรัฐอเมริกาคือเป็นประเทศมหาอำนาจประเทศหนึ่งที่มีตลาดในการขายสินค้าทั้งอุปโภคและบริโภคไปทั่วโลก ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักเกณฑ์ว่า พฤติกรรมทางการค้าที่ส่งผลจกััดการการแข่งขันทางการค้า เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดคือ มีพฤติกรรมตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ (Agreements) ซึ่งหลักนี้มีข้อดีคือ ถ้าทำจะถือว่าผิดกฎหมายทันทีโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการแข่งขัน ซึ่งใช้หลักที่เรียกว่า Per Se Illegal

ประเทศแคนาดา กำหนดค่านิยมการผูกขาดว่า (1) ผู้ประกอบธุรกิจตั้งราคาต่ำอย่างไม่มีความอันสมควร (2) ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีนโยบาย ซึ่งประกอบด้วย (2.1) นโยบายต้องมีผลกระทบน่าจะมีผลกระทบอย่างสำคัญในการลดการแข่งขัน (2.2) นโยบายจะมีผลหรือน่าจะมีผลในการ

<sup>136</sup> โปรดดูตารางเปรียบเทียบภาคผนวก ก. หน้า 142-147.

กําจัดคู่แข่ง (2.3) นโยบายที่มีความมุ่งหวังที่จะลดการแข่งขันอย่างมีนัยสําคัญ (2.4) นโยบายที่มีความมุ่งหวังที่จะกําจัดคู่แข่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวพบว่า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดามีเจตนาที่จะลงโทษผู้ประกอบการที่มีการกําจัดคู่แข่งด้วยการขายสินค้าหรือบริการที่ราคาต่ำ ซึ่งข้อดีของกฎหมายฉบับนี้คือ เพียงแค่มีพฤติกรรมในการขายสินค้าหรือบริการที่ราคาต่ำก็เพียงพอแล้วในการที่จะลงโทษ หากต้องมีพฤติกรรมอื่นร่วมแต่อย่างใดไม่

ประเทศญี่ปุ่น กําหนดการผูกขาดโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ระหว่างการผูกขาดโดยรัฐและการผูกขาดโดยเอกชน ข้อดีคือ ไม่ต้องการให้เกิดความสับสนระหว่างการผูกขาดโดยรัฐและเอกชน อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบการนั้นเป็นการผูกขาดหรือไม่จะต้องมีลักษณะการกระทำที่อํานาจเหนือตลาดหรือเศรษฐกิจ เช่น มีส่วนแบ่งทางการตลาดหรือทรัพย์สินจำนวนมาก เป็นต้น ซึ่งข้อเสียคือ การมีอํานาจเหนือตลาดนั้นจะต้องมีการพิสูจน์กันว่าอย่างไรถึงถือว่าเป็นการกระทำที่มีอํานาจเหนือตลาด ในทางตรงกันข้ามหากพิสูจน์ไม่ได้ผู้ประกอบการนั้นก็ไม่ต้องรับโทษ ส่งผลให้พฤติกรรมการมีอํานาจเหนือตลาดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบการรายอื่นได้รับความเสียหาย

สาธารณรัฐเกาหลี กําหนดหลักเกณฑ์การผูกขาดไว้ว่า ห้ามการใช้อํานาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การห้ามการรวมอํานาจทางเศรษฐกิจและการควบคุมการร่วมมือทางธุรกิจที่มิชอบ และการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม รัฐบาลเกาหลีได้จึงได้มีการแทรกแซงหรือควบคุมธุรกรรมต่างๆ ในตลาด ทำให้หลักในการพิจารณาการมีอํานาจเหนือตลาดเป็นไปความต้องการของรัฐบาลในช่วงนั้น เช่น หากในช่วงเวลานั้นรัฐบาลต้องการเปิดการเสรีให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน การควบคุมการเป็นผู้มีอํานาจเหนือตลาดจึงไม่ได้มีความเคร่งครัดเท่าใดนัก เป็นต้น ในกรณีนี้แม้ว่าข้อดีรัฐบาลจะเข้ามาควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจอย่างใกล้ชิด คอยช่วยเหลือผู้ประกอบการ แต่ข้อเสียกลับพบว่า ในบางช่วงที่ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมมีอํานาจเหนือตลาด แต่ไม่ถือว่ามี ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า เพราะช่วงนั้นรัฐบาลไม่มีนโยบายในการควบคุมพฤติกรรมในลักษณะดังกล่าว

สำหรับประเทศไทย พบว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องการผูกขาดนั้น ประเทศไทยมีลักษณะคล้ายกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ จะถือว่าเป็นการผูกขาดต่อเมื่อมีการพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการนั้นมีพฤติกรรม ซึ่งเป็นผู้ที่มีอํานาจเหนือตลาดตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า แม้ว่าข้อดีคือ จะต้องมีการพิสูจน์ดังกล่าวยังจริง จึงจะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดและจะได้รับโทษตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ข้อเสียคือ แม้ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดจริง แต่หากไม่มีข้อมูลในการพิสูจน์อ้างอิงจนสิ้นสงสัยได้ บุคคลดังกล่าวก็ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งทำให้พฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในวงการธุรกิจไทย

จากที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับนิยามของคำว่าผูกขาดตลาดนั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศไทย ได้กำหนดค่านิยมของคำว่าผูกขาดตลาดมีลักษณะความหมายคล้ายกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ เน้นในเรื่องของการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการนั้นมีพฤติกรรมซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด แต่ขณะเดียวกัน ในเรื่องของนิยามของคำว่าผูกขาดนั้นพบว่า ประเทศไทยได้กำหนดค่านิยมดังกล่าวแตกต่างจาก สหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี เพราะทั้งสามประเทศดังกล่าวเหล่านั้น เพียงแต่ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมในการขายสินค้าหรือบริการที่ราคาต่ำก็เพียงพอแล้วในการ ลงโทษ หากจำเป็นต้องมีพฤติกรรมอื่นใดประกอบแต่อย่างใดไม่ ซึ่งถือว่าเป็นข้อแตกต่างจากนิยามของ คำว่าผูกขาดตลาดของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ดังนั้น ในเรื่องค่านิยม ของคำว่าผูกขาดตลาดที่ได้มีการศึกษาทั้งหมดห้าประเทศนั้นพบว่า ประเทศไทยได้วางหลักเกณฑ์ ในเรื่องของค่านิยมไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น แต่แตกต่างจากค่านิยมของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี

### 3.3.2 ประเด็นกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด

ในเรื่องของกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาดนั้น จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าว่า การดำเนินการ เกี่ยวกับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลต่อการพาณิชย์ หรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือ หลอกลวง ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นกลไกที่ดีในการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาพบว่า ใช้ระบบกฎหมาย Common Law แม้ว่าจะมีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ากำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่การ พิจารณากระทำในลักษณะแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมก็เป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาล

ประเทศแคนาดา ได้กำหนดเรื่องกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด ไว้ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ซึ่งข้อดีของหลักเกณฑ์ดังกล่าวคือ คณะกรรมการ แข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะทำการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งเชิงสินค้าและ เชิงภูมิศาสตร์ เพื่อใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการวิเคราะห์หาส่วนแบ่งตลาดและใช้ในการวัดอำนาจ ผูกขาด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการวัดอำนาจในการขึ้นราคาสินค้านั้นเอง โดยตลาดที่เกี่ยวข้อง จะมุ่งพิจารณาการทดแทนกันได้ อุปสงค์และการเปลี่ยนแปลงของระดับอุปสงค์เมื่อมีการเปลี่ยนแปลง ทางด้านราคาเป็นหลักทำให้การพิจารณาการผูกขาดตลาดนอกจากจะพิจารณาจากการกระทำแล้ว ยังพิจารณาพฤติกรรมด้านสินค้าและภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องด้วย

ประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดเรื่องกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด พบว่า แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจะมีข้อเสียคือ ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการหาขอบเขต ของตลาดที่เกี่ยวข้องเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ข้อดีของการไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ ก็ทำให้รัฐบาล

ญี่ปุ่นได้มีประกาศแนวปฏิบัติการรวมกิจการ ซึ่งกล่าวถึงการพิจารณากำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย ขอบเขตการค้าที่กำหนด โดยจะพิจารณาจากขอบข่ายทางสินค้าหรือบริการ (Product Range) ได้แก่ ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ (Relevant Product or Service Market) ส่วนพื้นที่ทางการค้า (Geographic Range) ได้แก่ ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ (Relevant Geographic Market) นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงระดับขั้นของการค้า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่ค้าและปัจจัยอื่น โดยต้องหาตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการเสียก่อน จากนั้นจึงค่อยหาตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการนั้นมา

สาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดเรื่องกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด พบว่า ได้กำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการตกลงกัน เพื่อเป็นการกำจัดทางการค้าโดยมิชอบ และสร้างอำนาจผูกขาดหรือการใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบ ซึ่งข้อดีคือ ทำให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตลาดถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจน นั้นหมายความว่า หากมีการกระทำในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น ย่อมถือว่าเป็นการผูกขาดตลาด

ส่วนประเทศไทยกฎหมาย กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามีหลักเกณฑ์ในเรื่องของการผูกขาดตลาดเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ มีเพียงการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วย กำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ ของกิจการที่จะควมรวมธุรกิจ ถ้าการรวมธุรกิจใดมีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ เกินไปกว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งข้อดีคือ แม้เปิดช่องให้มีการพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ประกอบการที่มีลักษณะผูกขาดตลาด แต่ข้อเสียคือ เปิดช่องให้มีการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ในการพิสูจน์ความผิดมากเกินไป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเกี่ยวกับกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาด จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวมีลักษณะเหมือนประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วย กำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ ของกิจการที่จะควมรวมธุรกิจ ถ้าการรวมธุรกิจใดมีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือ จำนวนสินทรัพย์ เกินไปกว่าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ในขณะที่เดียวกันในเรื่องของนิยามของคำว่าผูกขาดนั้นพบว่า ประเทศไทยได้กำหนดกลไกในการป้องกันการแก้ไขการผูกขาดดังกล่าวแตกต่างจากสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี เพราะทั้งสามประเทศดังกล่าวเหล่านั้น กำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าทำการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งเชิงสินค้าและเชิงภูมิศาสตร์ เพื่อใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการวิเคราะห์หาส่วนแบ่งตลาดและใช้ในการวัดอำนาจผูกขาด หรือกล่าว

อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการวัดอำนาจในการขึ้นราคาสินค้านั้นเองดังนั้น ในเรื่องกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาดที่ได้มีการศึกษาทั้งหมดห้าประเทศนั้นพบว่า ประเทศไทยได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของกลไกทางกฎหมายในการป้องกันแก้ไขการผูกขาดตลาดไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น แต่แตกต่างจากค่านิยมของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี

### 3.3.3 ประเด็นกลไกในการบังคับการตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า

สหรัฐอเมริกาได้กลไกในการบังคับการตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าว่า หากมีการกระทำที่มีลักษณะแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในสหรัฐอเมริกา หรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือหลอกลวง ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในสหรัฐอเมริกา โดยถือว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งข้อดีคือ เปิดช่องให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการ FTC ในการที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ที่กระทำการแข่งขันทางการค้า ข้อเสียคือ อาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจในทางที่มีขอบได้ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดไว้อย่างชัดเจนในเรื่องของข้อกำหนดการพิสูจน์หรือหาข้อมูลในการพิสูจน์ความผิดผู้เสียหาย

ประเทศแคนาดาได้กำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าพบว่า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าได้รับรองการขายต่ำกว่าต้นทุนเพื่อทำให้ราคาเท่ากับคู่แข่งกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย โดยได้ระบุใน Predatory Pricing Enforcement Guideline ว่าผู้ประกอบการธุรกิจสามารถขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนเพียงเล็กน้อยได้ หากเป็นการปรับราคาสินค้าลงมาให้เท่ากับคู่แข่งแต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะทำการตรวจสอบคุณภาพและปริมาณของสินค้า หากสินค้ามีปริมาณมากกว่าคุณภาพสูงกว่าได้มีของแถมเพิ่มไปกับสินค้า มีการเพิ่มบริการใดๆ จากการซื้อสินค้า แต่ราคาขายเท่ากันกับคู่แข่งการลดราคาเช่นนี้อาจเป็นการตั้งราคาให้ต่ำกว่าคู่แข่ง (undercutting) กรณีเช่นนี้จะไม่ได้รับการยกเว้นความผิดจะเห็นได้ว่า แม้ว่าข้อดีคือมีคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะทำการตรวจสอบคุณภาพและปริมาณของสินค้า อย่างไรก็ตาม ข้อเสียก็ยังพบว่าการไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่แน่ชัดในเรื่องการใช้ดุลพินิจตรวจสอบ ก็อาจนำไปสู่การใช้อำนาจที่มีขอบเกิดขึ้นได้

ประเทศญี่ปุ่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า แม้ว่าจะมีข้อเสียคือไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าพฤติกรรมเช่นใดถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบของประกอบธุรกิจไว้ จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าโดยเป็นธรรมแห่งประเทศญี่ปุ่น (The Japanese Fair Trade Commission: JFTC) อย่างไรก็ตาม ข้อเสียของกฎหมายฉบับดังกล่าวที่เปิดช่องให้คณะกรรมการการค้าเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายอย่างอิสระ อาจนำมาซึ่งการพิจารณาการกระทำผิดโดยใช้อำนาจในทางที่มีขอบเกิดขึ้นได้



สาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดให้คณะกรรมการการค้าโดยธรรม มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุม การรวมอำนาจทางเศรษฐกิจการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ และการรวมบริษัทที่มีลักษณะเป็นการด้านการแข่งขัน กองควบคุมการผูกขาดจะเป็น ผู้สืบสวนเกี่ยวกับข้อกล่าวหาและเสนอแนะมาตรการแก้ไขปัญหาไปยังคณะกรรมการการค้าโดยธรรม ซึ่งถือว่าเป็นข้อดีของกฎหมายฉบับดังกล่าวที่กำหนดให้มีคณะกรรมการเข้ามาควบคุมดูแล อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของคณะกรรมการการค้าหากไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้ใช้ได้เพียงใด อาจนำมาสู่การใช้อำนาจในทางที่มีชอบเกิดขึ้นได้

สำหรับประเทศไทย จะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ระวัง หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ผู้ประกอบการนั้น ได้มีโอกาสชี้แจงและแสดงหลักฐานประกอบคำชี้แจงเสียก่อน เพื่อให้การดำเนินการออกคำสั่งเป็นไปอย่างโปร่งใส นอกจากนี้ในประเด็นนี้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 วรรคท้ายยังได้กำหนดว่าหากไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ข้อดีคือให้สิทธิผู้กระทำความผิดที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระอื่นในการพิจารณา ทำให้ปราศจากการแทรกแซง และได้รับการตรวจสอบอย่างยุติธรรม

จากที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับกลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะเห็นได้ว่า ทั้งห้าประเทศที่กล่าวมาข้างต้นวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายหากพบผู้กระทำความผิดหรือได้รับร้องเรียนหรือทำผิดกฎหมาย ข้อกำหนด และออกคำสั่งต่อผู้กระทำความผิดแล้วแต่กรณี โดยไม่ได้กำหนดเรื่องการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ให้เป็นไปโดยอิสระ นอกจากนั้นแล้วในเรื่องของกลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าประเด็นอื่นๆ ก็ไม่พบว่าทั้งห้าประเทศมีหลักเกณฑ์ข้อใดที่ชี้ให้เห็นว่าหลักเกณฑ์นั้นมีลักษณะแตกต่างกัน ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าในเรื่องของกลไกในการบังคับใช้ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นทั้งห้าประเทศประกอบด้วย ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลี วางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกัน

### 3.3.4 ประเด็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า

สหรัฐอเมริกาได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า โดยให้คณะกรรมการการค้า หรือ FTC เป็นองค์กรอิสระ ซึ่งข้อดีคือ องค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรที่จัดตั้งโดยอาศัยอำนาจตาม FTC Act ประกอบด้วยกรรมการ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา (The Senate) มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี FTC ทำหน้าที่ควบคุมดูแลหน่วยงานใหญ่ 2 สำนักงาน (Bureau) คือ Bureau of Competition และ Bureau of Consumer Protection โดยแต่ละสำนักงานจะมีหน้าที่ทั้งที่เป็นนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ทำหน้าที่ในการสืบสวนและสอบสวน (Investigation) และดำเนินคดี (Prosecution) เกี่ยวกับการทับซ้อนกัน (Overlap) กับแผนกป้องกันการผูกขาดภายใต้กระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice) เพราะทั้งสององค์กรร่วมกันรับผิดชอบในการบังคับใช้ทั้ง Sherman Act และ Clayton Act เว้นแต่ในทางอาญาที่จะอยู่ในอำนาจของแผนกป้องกันการผูกขาด แต่จะพิจารณาว่าการกระทำใด เป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่นั้นเป็นไปตาม FTC Act

ประเทศแคนาดา ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า โดยกำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะเริ่มดำเนินการสอบสวนคดีเมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดตามกฎหมาย Competition Act หรือการกระทำใดที่ศาลแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งเยียวยาได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีข้อดีในกรณีของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งชั้นคำร้องเรียนมักจะมาจากคู่แข่งรายเล็ก หรือผู้ประกอบการรายใหม่ที่เพิ่งเริ่มประกอบกิจการ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าย่อมมีอำนาจในการออกคำสั่งให้บุคคล (รวมถึงนิติบุคคล) มาให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน โดยบุคคลที่ได้รับคำสั่งจะต้องมาให้ปากคำหรือส่งบันทึกที่เกี่ยวข้องให้แก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า โดยมี JFTC (administrative procedure) มีอำนาจกึ่งตุลาการ ซึ่งข้อดีคือ ให้อำนาจ JFTC ในการสอบสวน (investigate) สืบพยาน (hold hearing) และตัดสินว่าพฤติกรรม (conduct) ของผู้ประกอบการธุรกิจขัดกับกฎหมาย AML หรือไม่ JFTC มีอำนาจที่จะออกคำสั่งด้านบริหาร (administrative order) สั่งให้ผู้ประกอบการที่ทำผิด AML หยุดการกระทำดังกล่าวที่ถูกกล่าวหาได้ โดยกระบวนการพิจารณาดังกล่าวกระทำไปโดยเปิดเผย (open tribunal) และวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา (adversarial proceeding)

สาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า คือ KFTC มีอำนาจที่จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ประจำสำนักงาน KFTC ข้อดีคือ เป็นผู้สอบสวนหาข้อเท็จจริงที่เหมาะสมตามสภาพความผิดได้ เช่น การตรวจสอบเอกสาร

ในสถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้หรืออาจเรียกผู้ประกอบการและบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้การได้

สำหรับประเทศไทยได้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า โดยกำหนดให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเป็นองค์กรบังคับใช้กฎหมายตามหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ข้อดีคือ เปิดโอกาสให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีดุลพินิจในการใช้อำนาจพิจารณาการกระทำความผิดที่มีลักษณะผูกขาดได้อย่างเต็มที่ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพเกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม ข้อเสียกลับพบว่า หากมีการใช้ดุลพินิจในทางที่มีขอบ ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลหลายฝ่าย เช่น ผู้กระทำความผิด ผู้บริโภค องค์กรภาครัฐ และเอกชน เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าจะเห็นได้ว่า ทั้งห้าประเทศที่กล่าวมาข้างต้นวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีดุลพินิจในการใช้อำนาจพิจารณาการกระทำความผิดที่มีลักษณะผูกขาดได้อย่างเต็มที่ มีความอิสระ และเป็นองค์กรบริหารเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพเกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าประเด็นอื่นๆ ก็ไม่พบว่าทั้งห้าประเทศมีหลักเกณฑ์ข้อใดที่ชี้ให้เห็นว่าหลักเกณฑ์นั้นมีลักษณะแตกต่างกัน ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าในเรื่องของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าทั้งห้าประเทศประกอบด้วย ประเทศไทย สหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐเกาหลีวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกัน