บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า และการกำหนดค่าเสียหาย กรณีการกำหนดราคาอันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัด การแข่งขันตามกฎหมายต่างประเทศและประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศมีการบังคับใช้กันอย่างแพร่หลาย เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดมาตรการป้องกันการกระทำผิดทางเศรษฐกิจ ซึ่งบทบัญญัติในแต่ละประเทศก็จะมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของประเทศนั้น ๆ โดยมีวิวัฒนาการสืบเนื่องกันมาและมีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้ทันต่อสภาวะการแข่งขันเสรีในแต่ละยุค โดยแต่ละประเทศนั้นจะต้องตรากฎหมายโดยวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ของตลาดประกอบกับการป้องกันการกระทำต่าง ๆ ที่อาจทำให้ถูกจำกัดการแข่งขัน หรือมีผลให้การแข่งขันลดลง เพื่อให้เกิดการแข่งขันโดยเสรี ถ้าสนับสนุนให้มีการแข่งขันโดยเสรีมากขึ้นก็จะยิ่งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคมากขึ้น พฤติกรรมการร่วมกันกำหนดราคาอันมีวัตถุประสงค์เป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน ถือเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันในตลาดและเป็นความผิดร้ายแรงของกฎหมายแข่งขันทางการค้า และพฤติกรรมดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเกือบทุกประเทศ ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายกรณีพฤติกรรมการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ อันมีผลเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั้งกฎหมายทางการค้าของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของอีกหลายประเทศ รวมถึงประเทศไทย เพื่อจะสามารถนำมาเปรียบเทียบและเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายกรณีที่เกี่ยวกับพฤติกรรมการกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขันอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้อย่างแท้จริงต่อไป

3.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ

3.1.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

3.1.1.1 ความเป็นมาของกฎหมาย

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Community) เป็นการรวมกลุ่มเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่และมีความหลากหลายของประเทศสมาชิกเข้าด้วยกัน กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีขึ้นเพื่อปกป้องการแข่งขันในระบบเสรี[1] ซึ่งระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนั้นมุ่งเน้นถึงการมีประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร[2] การซื้อขายในราคาที่เหมาะสม และการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ ทั้งนี้ มีการยึดมั่นในความเชื่อที่ว่า ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีมีความเกี่ยวข้องกับนโยบายการแข่งขันทางการค้า รวมถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้านี้มีขึ้นเพื่อการสนับสนุนการแข่งขันในตลาดเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามก็จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจและการสนับสนุนการแข่งขันอย่างเสรีด้วย

ในยุคแรกที่เริ่มมีการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปในปี ค.ศ. 1957[3] เป็นการรวมตัวกันของประเทศในทวีปยุโรป เพื่อบูรณาการการรวมตัวทางเศรษฐกิจและกระชับความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก ทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ในช่วงแรก เป็นความร่วมมือด้านเศรษฐกิจเพื่อพัฒนาให้เกิดตลาดเดียว (Single Market) ซึ่งทำให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (Economy of Scale) เพิ่มความสามารถในการแข่งขันและจุดประสงค์ที่สำคัญคือการมีตลาดร่วมกันในประชาคม และสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์

สหภาพยุโรป (European Union) พัฒนามาจากประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community – ECSC) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2495 เพื่อร่วมกันบริหารยุทธปัจจัยสำคัญและส่งเสริมสันติภาพในยุโรป มีสมาชิกที่ร่วมก่อตั้ง 6 ประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอิตาลี ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม และประเทศลักเซมเบิร์ก ต่อมาวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2500 กลุ่มประเทศทั้ง 6 ได้ลงนามสนธิสัญญากรุงโรม (Treaties of Rome) ซึ่งถือเป็นจุดกำเนิดของการก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และได้พัฒนามาเป็นสหภาพยุโรปในปัจจุบัน ในปัจจุบันนี้มีประเทศสมาชิกจำนวน 28 ประเทศ ได้แก่ เครือรัฐออสเตรีย

---

[1] Alison Jones and Brenda Sufrin. (2016). ***EC Competition Law: Text Cases and Materials*** (4th ed.). Oxford: Oxford University Press. p.1.

[2] *Ibid,* p. 2.

[3] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.94.

เบลเยียม บัลแกเรีย โครเอเชีย ไซปรัส เช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน และสหราชอาณาจักร โดยมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ กรุงบรัสเซลส์ ประเทศเบลเยียม โดยการรวมตัวของสหภาพยุโรปนั้น เน้นหลักการตลาดเดียว (Single Market) คือการค้าที่สามารถเคลื่อนย้ายสินค้า บุคคล หรือบริการ และทุนได้อย่างเสรีภายในตลาดเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภค โดยผู้ประกอบการสามารถพัฒนาและเข้าถึงตลาดของประเทศอื่นในสหภาพยุโรปได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้การสร้างตลาดเดียวต้องอาศัยการรวมตัวกันอย่างสร้างสรรค์ และลดอุปสรรคที่เกิดจากความแตกต่างของกฎหมาย ด้วยวิธีการตกลงร่วมกันของกลุ่มสมาชิก[4] การคุ้มครองการแข่งขันในตลาด เป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และนอกจากจะคุ้มครองตลาดแล้วยังมีเป้าหมายอื่น ๆ ดังต่อไปนี้

1) คุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection) ผู้บริโภคเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบในปลายทางของการแข่งขัน ดังนั้น จึงจำเป็นที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าต้องคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภค

2) คุ้มครองการจัดสรรปันส่วน (Redistribution) โดยการขจัดอำนาจทางเศรษฐกิจ และทำการจัดสรรปันส่วนความมั่งคั่ง เนื่องจากหากปล่อยให้มีการกระจุกตัวอยู่ในมือของผู้มีอำนาจผูกขาดทางการค้า จะเป็นการคุกคามต่อการดำรงอยู่ของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

3) ปกป้องผู้แข่งขัน (Protecting Competitors) เมื่อมีการจัดสรรปันส่วนแล้ว กฎหมายแข่งขันทางการค้ายังใช้บังคับเพื่อปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กจากคู่แข่งที่มีอำนาจมากกว่า โดยผู้ประกอบการรายเล็กจะมีความเชื่อมั่นว่าจะประสบความสำเร็จในธุรกิจได้

4) หลักการตลาดเดียว (The Single Market Imperative) กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทสำคัญเพื่อเป้าหมายของการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว ซึ่งเป็นการทลายอุปสรรคในเรื่องการค้าและการทำให้การเคลื่อนย้ายคน ทุน สินค้าและบริการเป็นไปได้อย่างเสรี รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจจะมีโอกาสเติบโตขยายกิจการได้กว้างขึ้นจากตลาดภายในประเทศ โดยสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ขยายขอบข่ายครอบคลุมไปทั่วทั้งสหภาพยุโรป ทั้งนี้ ปัจจุบันมีการเพิ่มจำนวนสมาชิก ทำให้หลักการตลาดเดียวมีบทบาทสำคัญต่อการใช้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งในปัจจุบันรวมไปถึงอนาคต[5]

---

[4] Paul Craig and Grainne De Burca. (2008). ***EU Law Text,cases and materials*** (4th ed.). Oxford: Oxford University Press. p.47.

[5] Richard Whish. (2009). ***Competition Law*** (6th Ed.). Oxford: Oxford University Press. p.3.

กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีทั้งข้อดีและข้อเสียต่อการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว โดยข้อดี คือ เป็นการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศสมาชิกให้เกิดการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีและเป็นธรรม (Leveling the playing field) และสนับสนุนการเกิดธุรกรรมข้ามชาติ ในทางตรงกันข้าม ข้อเสีย คือ การขัดขวางความพยายามที่จะรักษาดำรงอยู่เฉพาะตัวของตลาดภายใน

3.1.1.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

สนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 2009 เป็นการบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union – TFEU) ขึ้น โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ในมาตรา 101[6] ซึ่งมีเป้าหมาย เพื่อควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอันเป็นความเป็นอยู่ของผู้บริโภคและเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ทั้งนี้ ได้กำหนดข้อห้ามการตกลงของผู้ประกอบธุรกิจ ทั้งการตกลงของผู้ประกอบธุรกิจในแนวราบ (Horizontal) คือ ความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งเป็นคู่แข่งหรือมีโอกาสแข่งขันกันได้ และความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในแนวดิ่ง (Vertical) ซึ่งหมายถึง ความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจต่างระดับกัน เช่น ความตกลงระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่าย

1) บทบัญญัติมาตรา 101 แห่ง TFEU

หลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 101 แห่ง TFEU[7] มีกฎหมายที่เกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันในการกำหนดราคาอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน โดยบัญญัติไว้ว่า ข้อตกลงระหว่างองค์กร

---

[6] เดิมคือมาตรา 85 แห่ง Treaty establishing the European Economic Community (EEC Treaty หรือ Treaty of Rome 1957 หรือมาตรา 81 แห่ง Treaty establishing the European Community (EC Treaty) ตามลำดับ.

[7] TFEU. Article 101

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

(a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;

(b) limit or control production, markets, technical development, or investment;

(c) share markets or sources of supply;

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

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

ธุรกิจ (Between Undertakings) การตัดสินใจของสมาคมขององค์กรธุรกิจ (Decisions by Associations of Undertakings) หรือการกระทำร่วมกันใด ๆ ระหว่างองค์กรธุรกิจ (Concerted Practices) ที่อาจกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป และมีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด ย่อมเป็นการต้องห้าม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำ ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม หรือการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอื่น ๆ

(2) การจัดหรือควบคุมการผลิต ตลาด การพัฒนาเทคโนโลยี หรือการลงทุน

(3) การแบ่งส่วนของตลาดหรือแหล่งวัตถุดิบ

(4) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับธุรกรรมเดียวกันต่อคู่ค้ารายอื่นซึ่งจะทำให้คู่ค้ารายนั้นเสียผลประโยชน์ในการแข่งขัน

(5) การทำข้อสรุปของสัญญาภายใต้การยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีหน้าที่ซึ่งในทางการค้าปกติไม่มีการเกี่ยวข้องใด ๆ กับเป้าหมายของสัญญา

2) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ

มาตรา 101 แห่ง TFEU มุ่งควบคุมพฤติกรรมการกระทำร่วมกันของ "องค์กรธุรกิจ" (Undertaking) ซึ่งเป็นองค์กรที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป โดยได้มีการตีความและให้ความหมายอย่างกว้างไว้โดยมีแนวคำตัดสินของคณะกรรมาธิการ (Commission) และโดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี Hofner and Elser v. Macrotron ได้อธิบายว่า[8] "ในบริบทแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้า คำว่าองค์กรทางธุรกิจหมายความถึง องค์กรทุกรูปแบบ

---

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

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

- any agreement or category of agreements between undertakings,

- any decision or category of decisions by associations of undertakings,

- any concerted practice or category of concerted practices,

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

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

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

[8] Hofner and Elser v. Macrotron, Case C-41/90, ECR I-1979 (1991). (The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the way in which it is financed.)

ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องคำนึงสถานะทางกฎหมายหรือแหล่งที่มาของเงินทุนขององค์กรนั้น”

คำว่า องค์กรทางธุรกิจ จึงมีคำนิยามที่ค่อนข้างกว้าง ทำให้ผู้ใดอาจเป็นผู้กระทำความผิดได้ทั้งสิ้น กล่าวคือ กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปใช้บังคับต่อการกระทำทุกรูปแบบโดยมุ่งเน้นไปที่การกระทำขององค์กรนั้นเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้น บุคคลธรรมดา นิติบุคคล สมาคม องค์กรภาครัฐหรือเอกชนไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นเพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ หรือแม้ว่าเป็นเพียงส่วนหนึ่งของรัฐโดยมิได้มีสภาพบุคคลที่แยกเป็นอิสระ[9] ก็อาจเป็นผู้กระทำการที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของ TEFU ได้เช่นกัน โดยมีข้อสำคัญคือบุคคลนั้นต้องได้ดำเนินการหรือประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity)

แนวคิดที่ว่าองค์กรธุรกิจใดอยู่ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ไม่ว่าจะเป็นองค์กรเอกชน หรือองค์กรมหาชน จะพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับกิจกรรม (Activity) ที่องค์กรนั้นได้กระทำลงเป็นสำคัญ โดยหากเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) กล่าวคือ หากเป็นการซื้อขายสินค้าหรือบริการในตลาดที่สามารถดำเนินการเพื่อแสวงหากำไรเข้าสู่องค์กรนั้นได้[10] แม้ว่าจะมิได้ดำเนินการเพื่อแสวงหากำไรหรือมิได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐ์กิจ องค์กรนั้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแข่งขันทางการค้า แต่หากเป็นกิจกรรมนั้น เป็นการกระทำหน้าที่ในรูปแบบของการกระทำของรัฐ โดยใช้อำนาจรัฐ จะไม่ตกอยู่ภายใต้นิยามของคำว่า องค์กรทางธุรกิจและไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ

พฤติกรรมที่เป็นการร่วมกันขององค์กรธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะของข้อตกลงระหว่างกัน การตัดสินใจร่วมกัน หรือการกระทำร่วมกันอย่างอื่นอันเกิดขึ้นจากองค์กรธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในแนวนอน (Horizontal) คือ เป็นการกระทำขององค์กรธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตกับผู้ผลิต ผู้ขายส่งสินค้ากับผู้ขายส่งสินค้า หรือเป็นองค์กรธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันในแนวดิ่ง (Vertical) คือ เป็นองค์กรธุรกิจที่อยู่ต่างระดับในสายการผลิตเดียวกัน เช่น เป็นผู้ผลิต ผู้ขายส่ง และผู้ค้าปลีก

คำว่า “ข้อตกลง” (Agreement) หมายความถึง ข้อตกลงด้วยวาจาและข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะมีเจตนาทำให้มีผลผูกพันทางกฎหมายหรือไม่ ซึ่งการทำข้อตกลงขององค์กรธุรกิจเป็นไม่จำต้องมีการตกลงโดยชัดแจ้งและไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ หรือข้อตกลงอาจถูกทำขึ้นอย่างเป็นทางการในรูปแบบสัญญาหรือหรืออาจมีการตกลงกันอย่างไม่เป็นทางการก็ได้ ดังนั้น เพียงแต่การแสดงออกในการตกลงร่วมกันขององค์กรธุรกิจก็เข้าข่าย

---

[9] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.127.

[10] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.124.

การกระทำอันเป็นข้อตกลงในรูปแบบนี้แล้ว โดยการพิสูจน์ว่ามีข้อตกลงเกิดขึ้นหรือไม่ จะต้องนำหลักฐานที่พิสูจน์ได้โดยตรงว่ามีการพบกันของเจตนา (meeting of the minds)[11] อย่างน้องต้องมีการแสดงออกของเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาที่จะดำเนินการในตลาดในทางใดทางหนึ่งที่มีผลเป็นการขัดขวางหรือจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดสหภาพยุโรป อาจส่งผลต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก ทั้งนี้ องค์กรทางธุรกิจเองจะไม่สามารถพิสูจน์ว่าตนมิได้ละเมิดกฎหมายโดยอ้างว่าถูกบังคับจากคู่ค้าให้ทำข้อตกลง[12] เพราะฉะนั้น ข้อตกลงที่เกิดขึ้นโดยไม่เต็มใจอาจเป็นเพียงปัจจัยที่ทำให้ทางคณะกรรมาธิการลดค่าปรับหรือไม่ดำเนินการเอาผิดได้

ข้อตกลงที่กล่าวมานี้ หมายถึง ข้อตกลงในแนวราบ (Horizontal agreement) และข้อตกลงในแนวดิ่ง (Vertical agreement) ทั้งนี้ เคยมีผู้เสนอความเห็นว่าไม่ควรใช้มาตรา 101 กับข้อตกลงที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางธุรกิจที่ดำเนินการอยู่ต่างระดับกัน อันเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้กฎเกณฑ์เรื่องการจำกัดการแข่งขันกับข้อตกลงในแนวดิ่ง เพราะมองว่าองค์กรเหล่านั้นมิใช่คู่แข่งขันกัน แต่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ปฏิเสธแนวคิดนี้ และยืนยันว่า มาตรา 101 ใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวดิ่งด้วย เนื่องจากถ้อยคำในบทบัญญัติไม่ได้มีการแบ่งแยกข้อตกลงทั้งสองรูปแบบ[13]

ข้อตกลงจะเกิดขึ้นได้จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้ คือ มีเจตนาร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในการดำเนินนโยบายโดยมีแนวทางการประกอบธุรกิจในตลาดร่วมกัน และการพิสูจน์ถึงข้อตกลงว่ามีอยู่หรือไม่ จะต้องปรากฏถึงเจตนาที่มีร่วมกันไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งรูปแบบของการตกลงนั้น ไม่ว่าจะเกิดเป็นสัญญาตามกฎหมายของประเทศนั้นหรือมีเจตนาให้มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ ไม่เป็นสาระสำคัญ[14]

“การตัดสินใจโดยสมาคมขององค์กรทางธุรกิจ” (Decision by associations of undertakings) การตัดสินใจ เป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนาของสมาชิกขององค์กรทางธุรกิจในการร่วมกันมีพฤติกรรมทางตลาด ซึ่งการตัดสินใจนี้อาจอยู่ในรูปแบบของระเบียบข้อบังคับ (Constitution) กฎ ระเบียบ รายงานการประชุม ผลการปฏิบัติงาน นโยบายของสมาคมก็ถือเป็นการตัดสินใจรูปแบบหนึ่ง รวมถึงคำแนะนำ (Recommendation) หรือการกระทำอย่างอื่นของสมาคมที่มีขึ้นเพื่อให้องค์กรทางธุรกิจที่เป็นผู้กระทำร่วมกันมีพฤติกรรมก็ถือเป็นการตัดสินใจได้ทั้งที่ข้อแนะนำนั้นอาจมิได้มีผลผูกพันองค์กรที่เป็นสมาชิก โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าเป็นข้อตกลงหรือการกระทำร่วมกัน

---

[11] คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. (2554). ***กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย.*** ม.ป.ท.. หน้า 61.

[12] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.99.

[13] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.150.

[14] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.149.

ของผู้กระทำการที่เป็นสมาชิกของสมาคม[15] เพราะผลของการตัดสินใจย่อมมีผลต่อสมาชิกทุกคนรวมไปถึงคนที่ไม่เห็นด้วยหรือมิได้มีส่วนร่วมในการตัดสินหรือประชุมด้วย[16]

สมาคมขององค์กรทางธุรกิจ Association of Undertaking เกิดจากการรวมกลุ่มกันขององค์กรทางธุรกิจ เป็นที่พบปะของกลุ่มคู่แข่งขันในธุรกิจรูปแบบเดียวกัน เพื่อทำการตกลงร่วมกันและเพื่อเจรจา และรับผิดชอบในการเป็นตัวแทนและปกป้องผลประโยชน์ร่วมกันของสมาคมและผู้ที่ทำการเป็นสมาชิก[17] โดยสมาคมของผู้กระทำการ มิได้หมายถึงเพียงสมาคม (Association) ที่จัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงองค์กรวิชาชีพตลอดจนสมาคมต่าง ๆ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายด้วย การรวมตัวในรูปแบบนี้อาจมีผลเป็นการบิดเบือนการแข่งขันได้ เพราะเมื่อสมาคมมีนโยบายให้สมาชิกไปดำเนินการสิ่งใด ก็จะมีการปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า เช่น อาจมีการกำหนดราคาขายสินค้า การแบ่งส่วนพื้นที่จัดจำหน่าย เป็นต้น

เหตุผลในการกำหนดถึงการกระทำของสมาคมองค์กรทางธุรกิจ เพื่อต้องการป้องกันกรณีที่องค์กรทางธุรกิจหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยร่วมมือกันเป็นสมาคม ครอบคลุมไม่เฉพาะเพียงตัวองค์กรทางธุรกิจ แต่รวมไปถึงสมาคมขององค์กรทางธุรกิจเหล่านั้นด้วย โดยรูปแบบของการรวมตัวกันเป็นสมาคมจะประกอบไปด้วยองค์กรทางธุรกิจประเภทเดียวกันและมีความรับผิดชอบในการเป็นตัวแทนและเรียกร้องผลประโยชน์ร่วมกันต่อองค์กรทางเศรษฐกิจอื่น รวมถึงองค์กรภาครัฐอื่น ๆ ด้วย ดังนั้น หลักการนี้จึงใช้กับสมาคมการค้าที่อาจจัดการประชุมสำหรับสำหรับคู่แข่งขันในอุตสาหกรรมอย่างเดียวกัน เพื่อดำเนินการไปในทิศทางเดียวกันและเจรจาในผลประโยชน์ร่วมกัน รวมถึงมีการร่วมกันตัดใจเพื่อใช้วิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการทำการค้า[18] โดยการตัดสินใจของสมาคมขององค์กรทางธุรกิจเกิดขึ้นจากสมาคมขององค์กร ทางธุรกิจเป็นสื่อกลางให้องค์กรธุรกิจทั้งหลายได้มาพบปะกัน และนำไปสู่การตกลงร่วมกัน ดังเช่นคดีตัวอย่างคือ มีข้อตกลงระหว่างสมาชิกของสมาคมทางการค้าสมาคมหนึ่งซึ่งต้องการที่จะควบคุมตลาดการค้าหลังคา

---

[15] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.140.

[16] Valentine Korah. (2007). ***An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*** (9th ed.). Oxford: Hart. pp. 105-106.

[17] Wouters v. Alegemene Raad van de Nederlandse Oder van Advocaten, Case C-309/99, ECR I-577 (2002) quoted in Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.140.

[18] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.146.

โดยสมาชิกต่างเห็นพ้องที่จะกำหนดราคาสินค้าเป็นราคาเดียวกัน และกำหนดโควตาการจำหน่ายสินค้าในตลาด โดยข้อตกลงได้ผ่านมติที่ประชุมของสมาคม และสมาคมมีส่วนร่วมในการดำเนินการนี้[19]

"การกระทำร่วมกัน" (Concerted practices) หมายถึง การกระทำซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้อยู่ในความหมายของข้อตกลง หรือ การตัดสินใจ ก็อาจเป็นความผิดได้ โดยกรณีนี้ถูกกำหนดขึ้นอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำหลากหลายรูปแบบขององค์กรธุรกิจ โดยมีลักษณะเป็นความเข้าใจร่วมกันอย่างไม่เป็นทางการเพื่อจำกัดการแข่งขัน ซึ่งยังไม่ถึงขั้นตอนของการเป็นข้อตกลง อย่างไรก็ดี การกระทำร่วมกันที่เกิดขึ้นจะต้องถูกนำมาใช้จริงในตลาดด้วย

ถ้าหากองค์กรธุรกิจที่เข้าร่วมกระทำการ ได้ตกลงกันที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงแผนการทางธุรกิจของตน เหตุการณ์เช่นนี้มีแนวโน้มที่จะเป็นการกระทำร่วมกันที่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากความมุ่งหมายของมาตรา 101 มีขึ้นเพื่อยืนยันว่าองค์กรทางธุรกิจแต่ละองค์กรนั้นมีการดำเนินการที่เป็นอิสระแยกต่างหากจากกัน ดังนั้น การแลกเปลี่ยนข้อมูลต่าง ๆ เช่น ข้อมูลด้านราคา จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 101[20] ทั้งนี้ ปัญหาที่มักเกิดขึ้นคือองค์กรธุรกิจที่มีพฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันมักจะทำทุกวิถีทางเพื่อทำลายหลักฐานที่จะเอาผิดองค์กรเหล่านั้นได้ เช่น เอกสารการประชุม จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมาธิการยุโรปมีความพยายามที่จะค้นหาหลักฐานที่ชี้ว่ามีการทำข้อตกลงหรือมีการกระทำร่วมกัน

ในส่วนของการกระทำทั้ง 3 รูปแบบที่กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ การทำข้อตกลง การตัดสินใจโดยสมาคมองค์กรทางธุรกิจ และการกระทำร่วมกัน จะต้องส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก (may affect trade between Member States) ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยอนุมานได้ว่าจะต้องมีความเป็นไปได้ที่จะคาดการณ์ในระดับที่เพียงพอของความน่าจะเป็นที่อยู่บนพื้นฐานของปัจจัยทางภาวะวิสัยของกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ว่าข้อตกลงนั้นอาจมีอิทธิพลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งนี้ ในการพิจารณาจะใช้หลักการภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งหากมีหลักฐานปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจมีความตั้งใจที่จะก่อให้เกิดผลกระทบขึ้นแล้วก็จะเป็นความผิด[21]

ความร่วมมือขององค์กรธุรกิจที่กระทำการเหล่านี้ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบข้อตกลง การตัดสินใจ หรือการกระทำร่วมกันจะต้องมีเป้าหมายหรือมีผลกระทบเพื่อการกีดกัน การจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดสหภาพยุโรป และอาจกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

---

[19] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.171.

[20] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.178.

[21] European Commission. (2004). ***Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty.*** (Online). Available: ec.europa.eu/competiyion/antitrust/legislation/handbook_vol_1.pdf. [2017, May 7].

(1) การมีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดสหภาพยุโรป

ข้อตกลง การตัดสินใจ หรือการกระทำร่วมกันที่อาจเป็นความผิดตามบทบัญญัติ มาตรา 101 แห่ง TFEU จะต้องมีวัตถุสงค์หรือมีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดสหภาพยุโรป (The Object Or Effect Of Preventing Restricting Or Distorting Competition) ซึ่งจากคำตัดสินของศาลพบว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของความตกลงเป็นสิ่งแรก[22] โดยอ้างถึงบทบัญญัติที่ชัดแจ้งในความตกลงนั้นรวมถึงพิจารณาบริบททางเศรษฐกิจ เมื่อมาปรากฏว่าเป้าหมายของความตกลงนั้นเป็นการจำกัดการแข่งขัน จึงไปพิจารณาถึงผลกระทบของความตกลง ซึ่งการพิจารณาถึงผลกระทบนั้นมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ ความตกลงนั้นส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบของความตกลงนั้นกับการดำรงอยู่ของการแข่งขันเมื่อถูกจำกัด โดยพิจารณาประกอบกับเหตุผลทางเศรษฐกิจด้วย[23]

ในกรณีที่ความร่วมมือของผู้กระทำการมีลักษณะที่มุ่งหมายหรือมีวัตถุประสงค์ (Object) เป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน ความร่วมมือนั้นย่อมเข้าลักษณะความร่วมมือที่อาจเป็นความผิด มาตรา 101 แห่ง TFEU ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการตรวจสอบผลกระทบที่เกิดขึ้นอีกว่าก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันจริงหรือไม่[24] ตัวอย่างของความร่วมมือที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น การร่วมมือกันกำหนดราคาขายสินค้าให้แก่บุคคลที่สาม การแบ่งพื้นที่ตลาดหรือกลุ่มลูกค้า หรือการร่วมกันจำกัดปริมาณสินค้า เป็นต้น

การมีผลกระทบ (Effect) ต่อการแข่งขันของข้อตกลง การตัดสินใจ หรือการกระทำร่วมกันของผู้กระทำการจะต้องเป็นผลกระทบต่อการแข่งขันที่ถึงขนาดที่ทำให้การแข่งขันในตลาดได้รับความกระทบกระเทือน (appreciable effect)[25] ในเรื่องนี้คณะกรรมาธิการได้ออกประกาศของคณะกรรมาธิการ เรื่องข้อตกลงที่มีความสำคัญน้อยซึ่งไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างถึงขนาดตามมาตรา 101 (1) แห่ง TFEU (Commission Notice on agreement of minor importance which do not

---

[22] Goyder D.G. (2003). ***EC Competition Law*** (4th ed.). Oxford: Oxford University Press. p.96.

[23] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. (2555). ***ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 95

[24] Conten and Grundig, Case 56 and 58/64, ECR 299 (1996) quoted in Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.171.

[25] Volk v. Vervaecke, Case 5/69, ECR 295, 302 (1969) quoted in Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. pp. 171-172.

appreciably restrict competition under Article 101 (1) of the treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice))[26] เพื่อให้ข้อแนะนำแก่ศาลและหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐสมาชิกในการพิจารณาความมีผลกระทบต่อการแข่งทางการค้าของการตกลงร่วมกันตามมาตรา 101 (1) แห่ง TFEU โดยการพิจารณานี้จะใช้ส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยข้อตกลงระหว่างผู้กระทำการที่เข้าเงื่อนไขตามประกาศ ถือเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่ถึงขนาดตามความหมายของมาตรา 101 (1) แห่ง TFEU (Safe Habour) ซึ่งประกาศของคณะกรรมาธิการนี้ได้แบ่งการพิจารณาเป็น 2 ลักษณะ ของข้อตกลงระหว่างผู้กระทำการ คือ ข้อตกลงในแนวนอน (horizontal) ซึ่งเป็นข้อตกลงของผู้กระทำการที่เป็นคู่แข่งขันกัน และข้อตกลงในแนวตั้ง (vertical) ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างผู้กระทำการที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งขันกัน โดยมีข้อกำหนด ดังนี้[27]

(1.1) ถ้าข้อตกลงระหว่างผู้กระทำการที่เป็นคู่แข่งขันกัน (agreement between competitions) ส่วนแบ่งตลาดรวมของผู้กระทำการซึ่งเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงทั้งหมดจะต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market)[28] ที่ได้รับผลกระทบจากการตกลงนั้น

(1.2) ข้อตกลงระหว่างผู้กระทำการที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งกัน (agreement between non-competitors) ส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญาในข้อตกลงแต่ละรายจะต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ที่ได้รับผลกระทบจากการตกลงนั้น

---

[26] Commission Notice on agreement of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101 (1) of the treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) [2014] OJ C291/1.

[27] point 8. – The Commission holds the view affect may that agreements between undertakings which may affect trade between Member States and which may have as their effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, do not appreciably restrict competition within the meaning of Article 101 (1) of the treaty:

(a) if the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are actual or potential competitors on any of those markets (agreements between competitors); or

(b) if the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are not actual or potential competitors on any of those markets (agreements between non-competitors).

[28] ตลาดที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้า และตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ ในการนิยามตลาดที่เกี่ยวข้องมีประกาศของคณะกรรมาธิการที่สำคัญ ได้แก่ Notice on the definition of the relevant for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372.

ข้อตกลงที่เข้าเงื่อนไขข้างต้นถือเป็นการแข่งขันที่ไม่ถึงขนาดและไม่เป็นความผิดตามมาตรา 101 แห่ง TFEU แต่หากส่วนแบ่งตลาดของผู้ที่เกี่ยวข้องเกินว่าตามที่กำหนดในประกาศนี้แล้ว มิได้ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันที่ถึงขนาดแต่อย่างใด เพียงแต่ข้อตกลงนั้นจะไม่ได้รับประโยชน์จากประกาศฉบับนี้ และจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อการแข่งขันต่อไป

(2) ผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

นอกจากข้อตกลง การตัดสินใจ และการกระทำร่วมกันที่เป็นความผิดตามมาตรา 101 แห่ง TFEU ที่ต้องมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวาง จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดยุโรปแล้ว ยังต้องอาจกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก (may affect trade between Member Status) อีกด้วย โดยศาลได้วางหลักการสำคัญและขอบเขตของการมีผลต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกไว้ในคำพิพากษาเป็นจำนวนมาก ซึ่งคณะกรรมาธิการได้นำหลักที่พัฒนาโดยศาลดังกล่าวมารวบรวมและจำแนกหลักเกณฑ์ทั้งหลายไว้ในประกาศคณะกรรมาธิการเรื่องข้อแนะนำเกี่ยวกับผลกระทบต่อการค้าตามมาตรา 81 และมาตรา 82 แห่งสนธิสัญญา (Commission Notice-Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty[29]) ปัจจุบันคือมาตรา 101 และมาตรา 102 แห่ง TFEU เพื่อวางหลักในการปรับใช้เรื่องผลกระทบต่อการค้าและวางข้อแนะนำเกี่ยวกับการปรับใช้สถานการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ[30]

การอาจมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกย่อมแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นว่าจะต้องมีความเกี่ยวข้องอันจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐสมาชิก (Member States) ตั้งแต่รัฐ 2 รัฐ ขึ้นไป แต่ผลกระทบที่มีต่อรัฐสมาชิกดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นผลกระทบต่อการค้า

---

[29] Commission Notice - Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty [2004] OJC 101/81.

[30] paragraph 3 - The present guidelines set out the principles developed by the Community Courts in relation to the interpretation of the effect on trade concept of Articles 81 and 82. They further spell out a rule indicating when agreements are in general unlikely to be capable of appreciably affecting trade between Member States (the non-appreciable affectation of trade rule or NAAT-rule). The guidelines are not intended to be exhaustive. The aim is to set out the methodology for the application of the effect on trade concept and to provide guidance on its application in frequently occurring situations. Although not binding on them, these guidelines also intend to give guidance to the courts and authorities of the Member States in their application of the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82.

ของทั้งรัฐของรัฐสมาชิก แต่อาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐก็ได้[31] โดยการค้า (Trade) ในที่นี้ไม่ได้จำกัดเพียงการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการระหว่างประเทศตามปกติเท่านั้น แต่หมายความคลอบคลุมถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศทั้งหมดด้วย[32] ซึ่งผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น (May Affect) ดังกล่าวจะต้องเป็นผลกระทบที่สามารถเล็งเห็นได้อย่างแน่ชัดบนพื้นฐานของกฎหมายและข้อเท็จจริงว่า ข้อตกลงที่เป็นปัญหานั้นอาจส่งผลต่อรูปแบบของการค้าระหว่างรัฐสมาชิกได้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม[33] และจะต้องเป็นผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกที่ถึงขนาด (Appreciable effect) ซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละกรณีไป ประกาศคณะกรรมาธิการเรื่องข้อแนะนำเกี่ยวกับผลกระทบต่อการค้าฉบับนี้เห็นว่ามีส่วนแบ่งตลาดมากก็ยังมีแนวโน้มที่ข้อตกลงนั้นจะกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกมากขึ้นด้วย[34] ดังนั้น ประกาศฉบับนี้จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์

---

[31] paragraph 21 - The requirement that there must be an effect on trade "between Member States" implies that there must be an impact on cross-border economic activity involving at least two Member States. It is not required that the agreement or practice affect trade between the whole of one Member State and the whole of another Member State. Articles 81 and 82 may be applicable also in cases involving part of a Member State, provided that the effect on trade is appreciable.

[32] paragraph 19 - The concept of "trade" is not limited to traditional exchanges of goods and services across borders. It is a wider concept, covering all cross-border economic activity including establishment. This interpretation is consistent with the fundamental objective of the Treaty to promote free movement of goods, services, persons and capital.

[33] paragraph - 23. The function of the notion "may affect" is to define the nature of the required impact on trade between Member States. According to the standard test developed by the Court of Justice, the notion "may affect" implies that it must be possible to foresee with a sufficient degree of probability on the basis of a set of objective factors of law or fact that the agreement or practice may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between Member States (15) (16). As mentioned in paragraph 20 above the Court of Justice has in addition developed a test based on whether or not the agreement or practice affects the competitive structure. In cases where the agreement or practice is liable to affect the competitive structure inside the Community, Community law jurisdiction is established.

[34] paragraph 45 - The assessment of appreciability depends on the circumstances of each individual case, in particular the nature of the agreement and practice, the nature of the products covered and the market position of the undertakings concerned. When by its very nature the agreement or practice is capable of affecting trade between Member States, the appreciability threshold is lower than in the case of agreements and practices that are not by their very nature capable of affecting trade between Member States. The stronger the market position of the undertakings concerned, the more likely it is that an agreement or practice capable of affecting trade between Member States can be held to do so appreciably.

อันถือว่ามีกระทบต่อการค้าระหว่างโดยการพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดขายของผู้กระทำการ กล่าวคือ ส่วนแบ่งตลาดรวมของผู้กระทำการทั้งหมดจะต้องไม่เกินร้อยละ 5 ของตลาดที่เกี่ยวข้องในสหภาพยุโรปที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลงนั้น และกรณีเป็นข้อตกลงในแนวนอน (Horizontal) ยอดขายรวมต่อปีภายในสหภาพยุโรปของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกัน (Undertakings Concerned) ในสินค้าที่เกี่ยวข้องกับตลาดนั้นต้องไม่ต่ำกว่า 40 ล้านยูโร[35]

3) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง

พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง (Hard Core Cartel) เป็นการตกลงไม่เป็นธรรมอันมีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงที่สุดในลักษณะที่เป็นการกีดกันขัดขวางและทำลายระบบการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมรวมทั้งทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของผู้บริโภคและเศรษฐกิจของประเทศที่ได้รับผลกระทบเหล่านี้ในวงกว้าง

จากการศึกษาพบว่า การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงโดยสรุปแล้วมี 4 กรณี ได้แก่ การกำหนดราคา การแบ่งตลาด การจำกัดปริมาณผลผลิต และการตกลงร่วมกันเข้าประกวดราคา เหล่านี้เป็นการกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อจำกัดการแข่งขัน[36] โดยอธิบายได้ ดังนี้

(1) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา (Horizontal Price Fixing) เป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์มากที่สุดในประเภทของการรวมตัวกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทั้งหมด โดยการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ ปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ในมาตรา 101 (1) (ก) ที่ห้ามการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ซึ่งจากคำตัดสินของคณะกรรมาธิการยุโรปได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ห้ามร่วมกันกำหนดราคาไม่เฉพาะการร่วมกันกำหนดราคาโดยชัดแจ้ง แต่รวมไปถึงการกระทำการที่ส่งผลเป็นการร่วมกันกำหนดราคาด้วย[37]

ตัวอย่างคดี IFTRA Rules Glass on Glass Containers คณะกรรมาธิการยุโรปได้ลงโทษสมาคมผู้ผลิตภาชนะแก้วที่มีการรวมตัวกันลดการแข่งขันด้านราคาโดยการกำหนดหน้าที่

---

[35] paragraph 52 - The Commission holds the view that in principle agreements are not capable of appreciably affecting trade between Member States when the following cumulative conditions are met:

(a) The aggregate market share of the parties on any relevant market within the Community affected by the agreement does not exceed 5%, and

(b) In the case of horizontal agreements, the aggregate annual Community turnover of the undertakings concerned(39) in the products covered by the agreement does not exceed 40 million euro…

[36] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.799.

[37] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 96.

ให้สมาชิกต้องไม่ทำการลดราคา ต้องเปิดเผยข้อมูลระหว่างกัน มีการใช้กระบวนการทางบัญชีที่เหมือนกัน และต้องกำหนดราคาขนส่งเป็นรูปแบบเดียวกัน ในคำตัดสินนี้ คณะกรรมาธิการได้ชี้ชัดเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า ในตลาดสินค้าชนิดเดียวกันโอกาสของการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคามีน้อย เพราะฉะนั้นการรักษาไว้ ซึ่งการแข่งขันด้านราคามีความสำคัญเป็นอย่างมาก และข้อตกลงที่จะไม่ยอมลดราคาก็เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายเช่นเดียวกัน[38]

คำตัดสินจำนวนมากได้ลงโทษข้อตกลงที่อาจเป็นการกำหนดระดับราคาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือการปรึกษากันด้านราคาโดยมีการให้คำมั่นสัญญาว่าจะไม่ส่งใบเสนอราคาจนกว่าจะได้ร่วมปรึกษากันก่อน รวมถึงการห้ามตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขจำกัดการแข่งขันด้านราคา การกำหนดราคาสูงสุด หรือการกำหนดราคาขายต่อ ในคดี British Sugar ทางคณะกรรมาธิการยุโรปไม่พบว่าราคาของน้ำตาลมีการกำหนดกันอย่างชัดแจ้ง แต่การตัดสินใจของผู้เข้าร่วมในตลาดทุกรายจะต้องอยู่ภายใต้การตัดสินใจของผู้เข้าร่วมตกลงรายอื่น เพื่อบรรลุถึงกลยุทธในการร่วมมือกันรักษาระดับราคาให้สูงขึ้นภายใต้ความเชื่อมั่นซึ่งกันและกัน ก็เข้าข่ายเป็นการรวมตัวกันกำหนดราคารูปแบบหนึ่ง[39]

การรวมตัวกันกำหนดราคาในภาคบริการก็ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101 (1) ด้วยตัวอย่างคดี Eurocheque: Helsinki Agreement ทางคณะกรรมการยุโรปได้กำหนดค่าปรับเป็นจำนวน 6,000,000 ยูโร เมื่อธนาคารในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตกลงร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมที่ใช้กับลูกค้า แต่อย่างไรก็ดี คำตัดสินได้ถูกยกเลิกไปบางส่วนและค่าปรับก็ถูกลดลง[40]

การห้ามรวมตัวกันกำหนดราคาไม่ได้บังคับเฉพาะกับฝ่ายผู้ขายเท่านั้น กฎหมายห้ามการรวมตัวกันกำหนดราคาของทางฝ่ายผู้ซื้อด้วยเช่นกัน ในคดี Spanish Raw tobacco และ Italian Row Tobacco มีข้อเท็จจริงคือ ทางฝ่ายผู้แปรรูปยาสูบถูกกล่าวหาจากทางคณะกรรมการยุโรปว่าร่วมกันกำหนดราคาซื้อขายยาสูบจากผู้ปลูกยาสูบและพ่อค้าคนกลาง และแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อกำหนดรูปแบบการรับซื้อร่วมกัน โดยทางคณะกรรมาธิการพิจารณาว่าการกระทำเช่นนี้ มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน แม้ว่าจะเป็นข้อตกลงที่จะชำระราคาต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งอาจนำไปสู่การลดลงของราคาเมื่อไปถึงผู้บริโภคก็ตาม แนวคิดทางคณะกรรมาธิการ คือ การรวมตัวกันกำหนดราคารับซื้อเป็นการขัดขวางความมีอิสระในการตัดสินใจและขัดขวางการแข่งขันระหว่างกัน[41]

---

[38] Richard Whish. supra note 5. p.507.

[39] Richard Whish. supra note 5. p.508.

[40] Richard Whish. supra note 5. p.510.

[41] Richard Whish. supra note 5. p.511.

ในมาตรา 101 (1) ได้ระบุห้ามความตกลงที่เป็นการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขาย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และศาลยุติธรรมแห่งยุโรประบุว่า ในกระบวนการของการแข่งขันด้านราคาต้องเป็นไปเพื่อที่จะทำให้ราคาลดลงต่ำที่สุด อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตต่างก็มีอิสระในการกำหนดราคาของตน และสามารถประเมินถึงการกำหนดราคาของคู่แข่งได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในการไม่เข้าร่วมกันกำหนดราคาที่จะนำไปสู่การขึ้นราคาและขจัดอุปสรรคหรือความไม่แน่นอนระหว่างคู่แข่งขัน[42]

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ถูกระบุว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 101 (1) อย่างชัดแจ้ง ซึ่งแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101 (3) เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไร้ประโยชน์ต่อผู้บริโภค[43]

(2) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายสามารถมีอำนาจเหนือตลาดในพื้นที่นั้นได้และจะไม่มีการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้เข้าร่วมตกลง ซึ่งในกรณีของสหภาพยุโรปจะเป็นการขัดแย้งกับแนวคิดของตลาดเดียว เนื่องจากโดยมากแล้วจะเป็นการแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจของแต่ละประเทศโดยที่ผู้ประกอบธุรกิจในประเทศนั้น ๆ ก็จะได้รับประโยชน์ จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมนี้ มีเป้าหมายคือการขจัดการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพ[44]

การตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาดนี้ไม่อาจมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันตามมาตรา 101 (3) เนื่องจาก ข้อตกลงแบ่งตลาดเป็นการขจัดคู่แข่งออกจากตลาดไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน จึงไม่อาจเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้เป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์และไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของผู้บริโภค[45]

(3) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิต

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการผลิต ทำให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทานโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะทำให้เกิดการขึ้นราคา และในบางคดีการจำกัดปริมาณเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการร่วมกันกำหนดราคาแต่นำไปสู่ผลคือการขึ้นราคาเช่นเดียวกัน[46] การกระทำเช่นนี้

---

[42] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.799.

[43] Richard Whish. supra note 5. p.512.

[44] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.811.

[45] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.818.

[46] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.808.

โดยหลักแล้วจะไม่ได้รับการยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 101 (3) เว้นแต่เป็นข้อตกลงที่จำเป็นเพื่อการวิจัยและพัฒนาหรือความเชี่ยวชาญบางรูปแบบ[47]

(4) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา

การตกลงร่วมกันเพื่อเข้าประกวดราคา เกิดขึ้นเมื่อองค์กรธุรกิจรวมตัวกันเพื่อเสนอราคาประมูล อันส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้ที่รวมตัวกัน แทนที่จะเกิดการแข่งขันกันเสนอราคาที่ต่ำที่สุด โดยการรวมตัวกันเช่นนี้เป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101 เนื่องจากราคาที่ถูกเสนอนั้น ไม่ได้เป็นไปตามต้นทุนที่แท้จริง[48]

4) ผลของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรงที่กฎหมายห้ามกระทำ

หากข้อตกลงหรือการตัดสินใจร่วมกันขององค์กรทางธุรกิจใด ๆ มีลักษณะต้องห้ามเข้าองค์ประกอบบัญญัติไว้ในมาตรา 101 (1) การกระทำเหล่านั้นจะมีผลเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ[49] ตามบทบัญญัติมาตรา 101 (2) ซึ่งจะส่งผลให้การตกลงหรือการตัดสินใจร่วมกันดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ (Unenforceable) ทั้งนี้ หากเนื้อหาของข้อตกลงในส่วนใดไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันอันจะขัดต่อกฎหมาย เนื้อหาในส่วนนั้นก็ยังคงใช้บังคับได้ หมายความว่า ข้อตกลงอาจไม่เสียไปทั้งฉบับ[50]

5) ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ข้อยกเว้นของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันบัญญัติอยู่ในมาตรา 101 (3)[51] ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป โดยบัญญัติถึงรูปแบบของการกระทำ

---

[47] Richard Whish. supra note 5. p.519.

[48] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.813.

[49] Treaty on the Functioning of the European union Article 101 (ex Article 81 TEC)

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

[50] Kristy Middleton, Barry Rodger, Anger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway. (2009). ***Case & Materials on UK&EC Competition Law*** (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press. p.234.

[51] Treaty on the Functioning of the European union Article 101 (ex Article 81 TEC)

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

- any agreement or category of agreements between undertakings,

- any decision or category of decisions by associations of undertakings,

- any concerted practice or category of concerted practices,

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

ที่ทำให้ข้อตกลงระหว่างองค์กรธุรกิจมีผลสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นการยกเว้นมาตรา 101 (1) โดยมีเงื่อนไขที่ต้องพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบสี่ประการ ดังนี้

(1) ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการผลิต หรือการจำหน่ายสินค้า หรือเพื่อความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจซึ่งองค์ประกอบนี้แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่เป็นประโยชน์ โดยอนุญาตให้สามารถกระทำการนั้นได้แม้ว่าความเป็นจริงแล้ว ข้อตกลงนั้นจะเป็นการจำกัดการแข่งขันก็ตาม[52]

การพัฒนาจะต้องเกิดขึ้นจากการผลิตหรือการดำเนินการขององค์กรธุรกิจซึ่งอาจแสดงให้เห็นโดยการมีมูลค่าเพิ่มของสินค้า ซึ่งคำว่า "พัฒนา" อาจรวมไปถึงการกระทำใด ๆ ที่เกิดประโยชน์ต่อการดำเนินการผลิตของอุตสาหกรรมหรือการค้า รวมไปถึงการขจัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด การเพิ่มปริมาณการผลิตขณะที่ต้นทุนคงเดิม หรือการขยายประเภทของผลิตภัณฑ์ที่มาจากวัตถุดิบเดิม[53]

ทั้งนี้ การอ้างถึงประโยชน์ที่เกิดจากข้อตกลงต้องมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยทางคณะกรรมการจะปฏิเสธที่จะยอมรับข้อตกลงที่ทำให้เกิดการพัฒนาแต่ผลกระทบของข้อตกลงเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ไม่ได้สัดส่วนในตลาด[54] ดังนั้น ข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันนั้นจะต้องก่อให้เกิดประสิทธิภาพและสร้างมูลค่าสำหรับผลิตภัณฑ์รูปแบบใหม่หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการปรับปรุงพัฒนาขึ้น โดยจะต้องมีการตกลงที่เป็นการพัฒนาระบบการผลิต หรือการจำหน่ายสินค้าที่ส่งเสริมความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ เช่น การดำเนินการเพื่อลดต้นทุน หรือการพัฒนาคุณภาพและเสนอทางเลือกใหม่ ๆ สำหรับสินค้าและบริการ[55] ในการพิสูจน์ถึงการมีประสิทธิภาพจะต้องพิจารณาถึงลักษณะของความมีประสิทธิภาพที่อ้างถึง ความเชื่อมโยงระหว่างข้อตกลงกับความมีประสิทธิภาพ ความเป็นไปได้และความสำคัญของความมีประสิทธิภาพที่อ้างถึง ความมีประสิทธิภาพที่จะบรรลุผลได้เมื่อใดอย่างไร[56]

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

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

[52] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.242.

[53] Goyder D.G. supra note 22. p.121.

[54] Richard Whish. supra note 5. p.151.

[55] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.243.

[56] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.243.

(2) ข้อตกลงนั้นจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ตามสมควรต่อผู้บริโภค

คำว่า "ผู้บริโภค" ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงผู้บริโภครายสุดท้ายเท่านั้น แต่มีความหมายครอบคลุมถึงบุคคลที่ได้รับสินค้าในทอดใดก็ตามของการจำหน่าย และไม่ว่าผู้บริโภคทางตรงหรือทางอ้อมของผลิตภัณฑ์ภายใต้ข้อตกลงนั้น รวมไปถึงผู้ผลิตที่นำผลิตภัณฑ์ไปใช้เป็นวัตถุดิบ ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีกก็รวมอยู่ด้วย[57]

คำว่า "ประโยชน์" มีความหมายไม่จำกัดเฉพาะการลดลงของราคาขาย แต่มีความหมายรวมไปถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจในรูปแบบอื่นที่ผู้บริโภคจะได้รับ เช่น การเพิ่มขึ้นของจำนวนหรือคุณภาพของสถานะที่จำหน่ายสินค้า การรับประกันสินค้าที่ดีขึ้น การส่งสินค้าอย่างรวดเร็วหรือระบบการจัดจำหน่ายสินค้าที่มีประสิทธิภาพ โดยข้อตกลงที่เกิดขึ้น เพียงแต่สามารถทำให้เกิดประโยชน์บางประการที่กล่าวมาในทางค้าปกติ ก็จะรวมอยู่ในความหมายนี้[58]

ปัจจัยที่ใช้ในการตัดสินถึงผลกระทบทั้งหมด ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อผู้บริโภคสำหรับสินค้าภายใต้ตลาดใดตลาดหนึ่ง และการกำหนดระยะเวลาก็เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องนำมาพิจารณา ซึ่งบางกรณีอาจก่อให้เกิดผลกระทบภายในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งในช่วงแรก แต่หากภายหลังเกิดเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคก็อาจได้รับการยกเว้น[59]

ถ้าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงเป็นการจำกัดการแข่งขันแต่มีประสิทธิภาพที่สำคัญเกิดขึ้น จะมีแนวโน้มที่ประโยชน์ตามสมควรของผู้บริโภคในการประหยัดค่าใช้จ่ายจะถูกส่งผ่านไปยังผู้บริโภค แต่หากผลกระทบที่เป็นการจำกัดการแข่งขันมีความสำคัญแต่การประหยัดเป็นสิ่งไม่สำคัญ จะเป็นไปไม่ได้ที่จะบรรลุองค์ประกอบข้อ 2 นี้ ทั้งนี้ ผลกระทบของการแข่งขันจะเป็นไปตามความรุนแรงของการกระทำและระดับของการแข่งขันที่ยังคงมีอยู่ในข้อตกลงนั้น[60]

หากข้อตกลงสามารถก่อให้เกิดทั้งผลกระทบที่สำคัญในการจำกัดการแข่งขันและเป็นการส่งเสริมการแข่งขันด้วยในเวลาเดียวกัน ข้อตกลงนี้จะต้องถูกพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบถึงข้อความในแต่ละกรณีจะต้องนำมาใช้เป็นพื้นฐานว่าการแข่งขันเป็นแรงขับระยะยาวที่สำคัญต่อความมีประสิทธิภาพและการเกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ องค์กรทางธุรกิจใดก็ตามที่ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดการแข่งขัน ก็จะมีแรงกระตุ้นที่น้อยกว่าในการดำรงรักษาหรือสร้างความมีประสิทธิภาพให้เกิดขึ้น

---

[57] Richard Whish. supra note 5. p.158.

[58] Goyder D.G. Supra note 22. p.123.

[59] European Commission. (2011). ***Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.*** (Online). Available: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0427(07). [2018, Aug 21].

[60] European Commission. (2011). ***Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.*** (Online). Available: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0427(07). [2018, Aug 21].

ถ้ามีผลกระทบที่เกิดจากข้อตกลงจำกัดการแข่งขันมากเท่าใด ก็มีแนวโน้มที่ผู้บริโภคจะได้รับผลเสียในระยะยาวมากขึ้นเท่านั้น[61]

สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาอีกสิ่งหนึ่งคือ การจำกัดการแข่งขันและความมีประสิทธิภาพด้านต้นทุน (Cost efficiency) โดยในด้านหนึ่ง การเพิ่มขึ้นของอำนาจตลาดที่เป็นผลมาจากการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันจะทำให้องค์กรทางธุรกิจมีแรงจูงใจในการลดราคา ทั้งนี้ ผลกระทบของสองสิ่งนี้จะต้องถูกทำให้สมดุล เมื่อข้อตกลงทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างรุนแรง การสร้างความมีประสิทธิภาพจะต้องเกิดขึ้นเพื่อให้เพียงพอต่อการส่งผ่านไปยังผู้บริโภค[62]

(3) ข้อตกลงทางธุรกิจที่ทำขึ้นนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้เพื่อให้วัตถุประสงค์ตามที่ได้กล่าวไว้มาบรรลุผลได้อย่างสมบูรณ์

เงื่อนไขที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงข้อตกลงทางธุรกิจ คือ ประการแรก ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจะต้องมีความจำเป็นสำหรับการบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพ ซึ่งความมีประสิทธิภาพที่กล่าวถึงในกรณีนี้ ได้มีจุดปรงสงค์มุ่งเฉพาะเจาะจงไปยังข้อตกลงที่เกิดขึ้นโดยปราศจากความเหมาะสมในการประหยัดในรูปแบบอื่น และจะต้องมีการจำกัดการแข่งขันอย่างที่น้อยที่สุดเพื่อไปถึงเป้าหมายของการมีประสิทธิภาพ และประการที่สอง การจำกัดการแข่งขันเฉพาะบุคคลที่เกิดจากข้อตกลงนี้จะต้องมีความจำเป็นสำหรับการบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพเช่นกัน โดยพิจารณาว่าในสถานการณ์ที่เจาะจง ผู้ที่เข้าร่วมในข้อตกลงนั้นสามารถบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพโดยวิธีการจำกัดการแข่งขันรูปแบบอื่นหรือไม่ และถ้าสามารถทำได้ เมื่อใดที่จะสามารถบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพนั้น รวมถึงความจะเป็นที่จะต้องตรวจสอบว่าผู้เข้าร่วมการตกลงสามารถบรรลุถึงความมีประสิทธิภาพได้ด้วยตัวเองอีกด้วย[63]

(4) ข้อตกลงนั้นจะต้องไม่เปิดโอกาสให้มีการขจัดแข่งขันให้หมดไป

ทางคณะกรรมการจะต้องมีการวิเคราะห์ตลาดทั้งตลาดผลิตภัณฑ์และตลาดทางภูมิศาสตร์และพิจารณาถึงธรรมชาติตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ขนาดที่แท้จริงของผู้ประกอบธุรกิจรวมไปถึงส่วนแบ่งตลาดในสินค้านั้น ๆ จะต้องถูกนำมาพิจารณาด้วย และมีความจำเป็นที่จะต้องรู้ข้อมูล

---

[61] European Commission. (2011). ***Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.*** (Online). Available: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0427(07). [2018, Aug 21].

[62] European Commission. (2011). ***Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.*** (Online). Available: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0427(07). [2018, Aug 21].

[63] European Commission. (2011). ***Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.*** (Online). Available: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0427(07). [2018, Aug 21].

ว่าการแข่งขันโดยการส่งเสริมการขายหรือการคิดค้นนวัตกรรมใหม่มีขึ้นหรือไม่ เพราะอาจได้รับความเสียหายจากข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน[64]

จากองค์ประกอบนี้ข้อตกลงที่เกิดขึ้น จะต้องไม่สนับสนุนให้องค์กรทางธุรกิจสามารถขจัดการแข่งขันได้ ภายใต้ส่วนสำคัญของกระบวนการผลิต ซึ่งสุดท้ายแล้วการแข่งขันจะต้องให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพในการส่งเสริมการแข่งขัน เป้าหมายสูงสุดของมาตรา 101 คือ การปกป้องกระบวนการแข่งขัน เมื่อการแข่งขันถูกจำกัด กระบวนการของการแข่งขันจะถูกนำพาไปสู่การสิ้นสุดและประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในระยะสั้นจะถูกเอาชนะด้วยการสูญเสียในระยะยาวจากค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อรักษาสถานภาพโดยมีการจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่ถูกต้องและมีการลดลงของการคิดค้นนวัตกรรมใหม่รวมถึงการขึ้นราคาสินค้าอีกด้วย[65]

3.1.1.3 การบังคับใช้กฎหมาย

เมื่อปี ค.ศ. 2009 สนธิสัญญาของสหภาพยุโรปฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ คือ สนธิสัญญาลิสบอน (Treaty of Lisbon) และเป็นการบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of European Union – TFEU) ขึ้น โดยบัญญัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 101 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีสถาบันหลักที่เป็นหน่วยงานหลักที่มีบทบาทและอำนาจในการใช้กฎหมายและดำเนินคดีแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คือ

1) สหภาพยุโรป (European Parliament)

สมาชิกสภายุโรปอยู่ในวาระครั้งละ 5 ปี มาจากการเลือกตั้งโดยตรงในรัฐสมาชิก โดยมีภารกิจหลัก คือ การตัดสินใจร่วมกับคณะมนตรีในประเด็นต่าง ๆ[66] เช่น การพิจารณาร่างกฎหมายของสหภาพยุโรปซึ่งริเริ่มโดยคณะกรรมาธิการยุโรป โดยในบางเรื่องสภายุโรปจะมีบทบาทเพียงให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะมนตรีและคณะกรรมาธิการยุโรปจะรับฟังข้อคิดเห็นของสหภาพยุโรปตามหลักประชาธิปไตย[67]

---

[64] Goyder D.G. Supra note 22. p.126.

[65] European Commission. (2011). ***Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.*** (Online). Available: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0427(07). [2018, Aug 21].

[66] Macel Canoy, Roger Liddle and Peter Smith. (2018). ***The Single Market: Yesterday and tomorrow.*** (Online). Available: http: / / ec. europa. eu/ dgs/ policy_advisers/ publications/ docs/ single_market_yesterday_and_ tomorrow_ en.pdf. [2018, Aug 21].

[67] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 84.

2) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union)

สมาชิกคณะรัฐมนตรีประกอบด้วยรัฐมนตรีหรือผู้แทนรัฐบาลจากทุกประเทศสมาชิก โดยเป็นองค์กรตัดสินใจหลักของสหภาพยุโรป ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐสมาชิกทั้งหมดและมีหน้าที่พิจารณาร่างกฎระเบียบของสหภาพยุโรปและอนุมัติงบประมาณ ทั้งเป็นเวทีสำคัญในการประสานงานด้านนโยบายเศรษฐกิจ นโยบายร่วมด้านการต่างประเทศและความมั่นคงตลอดจนกำกับดูแลการทำงานของคณะกรรมาธิการยุโรป และประสานงานด้านอื่น ๆ ระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการได้ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายในด้านการค้าที่สำคัญ คือ ได้ออกกฎหมายที่แบ่งอำนาจไปยังคณะกรรมาธิการยุโรปเพื่อใช้บังคับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า[68]

3) คณะกรรมการยุโรป (European Commission: EC)

คณะกรรมาธิการยุโรปประกอบด้วยประธานคณะกรรมาธิการยุโรป 1 คน และคณะกรรมาธิการอีก 26 คน (ตามจำนวนรัฐสมาชิก 27 ประเทศ) และข้าราชการประจำอีก 25,000 คน การบังคับใช้กฎหมายและการกำหนดนโยบายการแข่งขันทางการค้าจะอยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ซึ่งมีภารกิจหลัก คือทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป คณะกรรมาธิการยุโรปมีส่วนสำคัญมากในเรื่องกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพราะเป็นผู้มีอำนาจเริ่มคดี (Initiate) ตรวจสอบและไต่สวน (Investigate) และออกคำตัดสิน (Adjudicate) โดยคำตัดสินของคณะกรรมาธิการยุโรปสามารถนำไปอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรม (European Court of Justice)[69] และที่สำคัญเมื่อกรรมาธิการยุโรปได้รับแจ้งจากกิจการที่รู้ตัวว่าตนกำลังร่วมกิจการอื่นกระทำการกำหนดราคา หรือเมื่อสงสัยว่ามีการร่วมกันกำหนดราคา หรือเมื่อมีผู้บริโภคร้องเรียนกรณีเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartels) คณะกรรมาธิการยุโรปยังสามารถริเริ่มการเข้าตรวจสอบกลุ่มกิจการต้องสงสัยได้อีกด้วย นอกจากนั้น ยังมีหน้าที่ดูแลบริหารงบประมาณของสหภาพยุโรป ซึ่งกรรมาธิการแต่ละคนมีหน้าที่รับผิดชอบคนละด้าน แต่ละคนมีเจ้าหน้าที่และองค์กรย่อยอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตน โครงสร้างภายในของคณะกรรมาธิการแบ่งออกเป็นกรม (Directorate: DG) ต่าง ๆ ช่วยดูแลเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า คือ คณะกรรมาธิการยุโรปด้านแข่งขันทางการค้า (Directorate General for Competition)[70]

---

[68] Michelle Cini and Lee McGowan. (2009). ***Competition policy in the European Union.*** New York: Palgrave Macmillan. p.1.

[69] กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2550). ***ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.dtn.go.th/images/EU_241054_1.pdf. [2556, 01 กันยายน].

[70] Michelle Cini and Lee McGowan. supra note 68. p.1.

4) ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice)

องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วยผู้พิพากษาจากแต่ละประเทศสมาชิกรวม 27 คน และผู้ช่วยผู้พิพากษาอีก 8 คนโดยหน้าที่หลักของศาล คือ การบังคับใช้และการพิจารณาตีความกฎหมายเพื่อชี้ขาดว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้รับการปรับใช้เหมือนกันในทุกประเทศสมาชิกหรือไม่ และเป็นผู้มีอำนาจในการในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป การตีความข้อกฎหมาย สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมาธิการ

ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทั้งหมด ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป แต่ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปในแต่ละประเทศจะมีกฎหมายแข่งขันทางการค้าของตนเอง โดยมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาแห่งยุโรป รวมทั้งจะมีหน่วยงานรับผิดชอบด้านการแข่งขัน คือ องค์กรการแข่งขันระดับชาติ National Competition Authorities (NCAs) โดยจะประสานงานใกล้ชิดกับคณะกรรมาธิการยุโรป และเมื่อปี ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) สหภาพยุโรปได้จัดตั้ง European Competition Network (ECN) เพื่อประสานความร่วมมือระหว่างคณะกรรมาธิการยุโรปและหน่วยงานผู้รับผิดชอบในเรื่องการแข่งขันของประเทศสมาชิก เขียนความเห็นและสรุปในแต่ละคดี รวมถึงการดำเนินการในกรณีพิพาท[71]

องค์กรกำกับการแข่งขันของประเทศสมาชิก (National Competition Authority) โดยจะร่วมมือกันรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีภายใต้เครือข่ายที่ตั้งขึ้นเรียกว่า ECN (European Competition Network) คณะกรรมาธิการยุโรปจะเป็นผู้ดำเนินคดีในกรณีที่พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันในประเทศสมาชิกตั้งแต่ 3 ประเทศขึ้นไป สำหรับการดำเนินคดีโดยองค์กรกำกับการแข่งขันของประเทศสมาชิก จะกระทำต่อเมื่อพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศสมาชิกในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น[72]

สนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union – TFEU) บัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

---

[71] กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2550). ***ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.dtn.go.th/images/EU_241054_1.pdf. [2556, 01 กันยายน].

[72] จิรัตติกาล สุริยะ. (2556). ***ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 37.

1) บทบัญญัติห้ามการทำความตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันหรือ "Cartel" ซึ่งเป็นความตกลงร่วมกันที่มีเป้าหมายหรือมีผลกระทบเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไปจะเกิดจากความตกลงของผู้แข่งขัน เช่น การกำหนดราคา การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ หรือการจำกัดปริมาณการผลิต โดยเฉพาะกรณีการตกลงร่วมกันในแนวราบ (Horizontal agreement) ที่มีการลงโทษอย่างรุนแรง หรือการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่คนละระดับการแข่งขัน (Different level of the market) หรือที่เรียกว่ามีความสัมพันธ์กันในแนวดิ่ง (Vertical agreement) ก็อาจถูกควบคุมได้เช่นกัน หากว่ามีผลเสียต่อการแข่งขัน[73] เช่น ผู้จำหน่ายสินค้ามีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ขายปลีกขายสินค้าราคาต่ำกว่าราคาที่กำหนด หรือที่เรียกว่า การกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)

2) ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือ "Abuse of Dominant Position" ซึ่งหมายถึงการที่ผู้ประกอบการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่มากในตลาดไปเอาเปรียบเป็นผลให้คู่แข่งขันไม่สามารถแข่งขันในตลาดได้[74] เช่น การที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดลดราคาสินค้าของตนให้ต่ำลงกว่าราคาสินค้าในตลาดเพื่อขับไล่คู่แข่งออกไปจากตลาดหรือเพื่อกีดกันมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาแข่งขัน จนในที่สุดจะสามารถขึ้นราคาสินค้าให้สูงขึ้นเป็นอย่างมากได้ เนื่องจากไม่มีคู่แข่งรายอื่นอยู่ในตลาด ซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบของการจำกัดการแข่งขันที่จะต้องถูกตรวจสอบอย่างเคร่งครัด

3) ควบคุมการดำเนินการจัดโครงสร้างขององค์กรธุรกิจที่อาจมีผลที่จะนำไปสู่การได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด เช่น การรวมธุรกิจ (Mergers) หรือการเข้าซื้อกิจการ เพื่อป้องกันผลกระทบทางลบที่อาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวนั้น[75] เช่น ทำให้ราคาสูงขึ้น ลดทางเลือกของผู้บริโภคและไม่กระตุ้นนวัตกรรม เนื่องจากหากมีการควบรวมกิจการแล้วส่งผลให้เหลือผู้ประกอบการรายใหญ่เพียงรายเดียว ผู้บริโภคก็จะขาดทางเลือกในการซื้อสินค้าหรือบริการ และราคาของสินค้าหรือบริการก็จะสูงขึ้น ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศจึงกำหนดไว้ว่า การจะควบรวมกิจการในบางกรณีต้องผ่านการอนุมัติของหน่วยงานที่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าก่อนจึงจะดำเนินการได้อย่างสมบูรณ์

4) มีการควบคุมการช่วยเหลือของภาครัฐ หรือ "State Aid" โดยห้ามการช่วยเหลือหรือการแทรกแซงของรัฐที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน[76] เพื่อเป็นการยืนยันว่าการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างยุติธรรม โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของยุโรป จะมีผลครอบคลุม

---

[73] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.39.

[74] Kristy Middleton, Barry Rodger, Anger, Angus Macculloch and Jonathan Galloway. Supra note 50. p.369.

[75] Alison Jones and Brenda Sufrin. supra note 1. p.855.

[76] European Commission. (2012). ***State Aid Control.*** (Online). Available: http://ec.european.eu/competition/state_en.html. [2018, Aug 21].

ถึงรัฐวิสาหกิจด้วย และห้ามมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงตลาดเพื่อสนับสนุนกิจการใดกิจการหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ๆ ที่ส่งผลให้เกิดกิจการใดกิจการหนึ่งอยู่ในสภาวะได้เปรียบเหนือคู่แข่งขันอื่น ๆ อย่างไรก็ดี ได้มีการกำหนดถึงกรณียกเว้นประเทศสมาชิกสามารถให้ความช่วยเหลือแก่ภาคธุรกิจได้ในบางกรณี

3.1.1.4 การฟ้องคดีและการกำหนดโทษ

การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งละเมิดบทบัญญัติ ของสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป ตามมาตรา 101 นี้ เริ่มต้นจากกรณีแรก คือ เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นต่อคณะกรรมาธิการยุโรปว่ามีการกระทำความผิด ทางคณะกรรมาธิการจะสามารถเริ่มทำการตรวจสอบค้นหาข้อเท็จจริงได้ ทั้งในส่วนของความตกลงที่เกิดขึ้น ลักษณะของผู้ประกอบธุรกิจที่น่าจะมีส่วนเกี่ยวข้อง การถูกกำหนดตายตัวของราคา หรือสถานการณ์รูปแบบอื่นที่แสดงให้เห็นว่ามีแนวโน้มจะเกิดการกระทำที่เป็นการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้ กฎหมายได้ให้อำนาจองค์การแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศให้สามารถบังคับใช้มาตรา 101 ได้เช่นกัน[77] กรณีที่สอง มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปหรือบุคคลธรรมดาที่มีส่วนได้เสียสามารถเสนอไปยังคณะกรรมาธิการให้มีคำวินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ แม้ว่าความเป็นจริงแล้วทางคณะกรรมาธิการเองสามารถริเริ่มสืบหาข้อเท็จจริงได้เอง อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการได้ตัดสินใจว่าจะเริ่มทำการไต่สวนหาข้อเท็จจริงก็ต้องทำไปด้วยความระมัดระวังและด้วยความรู้ความสามารถที่มีเพื่อจะประเมินองค์ประกอบของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย[78]

หลังจากคณะกรรมาธิการได้สืบหาข้อเท็จจริงแล้ว การประเมินข้อเท็จจริงภายใต้มาตรา 101 จะเกี่ยวข้องกับประเด็นที่สำคัญ 2 เรื่อง ได้แก่ เรื่องแรกประเด็นทางข้อเท็จจริงที่มีเพื่อพิสูจน์ถึงการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 101 และเรื่องที่ 2 คือ ข้อมูลที่ต้องนำไปใช้ในการดำเนินการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิด[79] ทั้งนี้ การกระทำใดที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของ De Minimis คือ การกระทำที่มีความสำคัญเล็กน้อยที่ไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน ซึ่งเป็นไปตามที่ระบุใน Commission Notice on agreement of minor importance ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101 (3)

---

[77] John Fairhurst. (2010). ***Law of the European Union*** (7th ed.). Peaeson education. p.744.

[78] *Ibid,* p. 745.

[79] European Commission. (2003). ***Council Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty.*** (Online). Available: ec.europa.eu/competition/ legislation/hand book_vol_1. pdf. [2018, Aug 21].

ในการประเมินข้อเท็จจริง คณะกรรมาธิการจะต้องได้รับข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นในการสืบค้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด โดยสามารถเรียกเอาข้อมูลจากรัฐบาล องค์กรการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิก และมีอำนาจเรียกข้อมูลจากองค์กรทางธุรกิจหรือสมาคมขององค์กรทางธุรกิจให้จัดหาข้อมูลที่จำเป็นทั้งหมดให้ด้วย[80] คณะกรรมาธิการมีอำนาจในการตรวจสอบข้อเท็จจริง โดยจะต้องทำการตรวจสอบข้อมูลทุกอย่างเกี่ยวกับองค์กรทางธุรกิจที่สงสัยว่ากระทำความผิด ซึ่งองค์กรการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกจะต้องให้ความร่วมมือกับคณะกรรมาธิการในการดำเนินการเหล่านี้ หากว่าองค์กรทางธุรกิจไม่ให้ความร่วมมือ ทางประเทศสมาชิกจะต้องให้ความช่วยเหลือคณะกรรมาธิการโดยหาวิธีการที่เหมาะสม เช่น ขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับตามกฎหมาย[81] เมื่อคณะกรรมาธิการรวบรวมข้อมูลได้ครบถ้วนเพียงพอแล้ว ก็จะมีคำวินิจฉัยออกมา โดยคำวินิจฉัยจะแสดงถึงเหตุผลพื้นฐานสนับสนุนและมาจากการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ถูกต้อง เมื่อคณะกรรมาธิการมีคำวินิจฉัยว่าความตกลงนั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติ มาตรา 101 ก็จะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ โดยมีอำนาจที่จะกำหนดโทษให้ชำระเงินตามเวลาที่กระทำความผิดและกำหนดโทษปรับได้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ดี หากผู้ประกอบการถูกลงโทษโดยคณะกรรมาธิการ และต้องการอุทธรณ์ก็สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อ Court of First Instance (CFI) และขั้นตอนต่อไปคืออุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ [82]

3.1.1.5 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

สหภาพยุโรปให้สิทธิบุคคลที่ได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการฝ่าฝืน มาตรา 101 และ มาตรา 102 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union หรือ TFEU สิทธิของผู้เสียหายในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้รับการยืนยันโดยสหภาพยุโรป (The Court of Justice of the EU) ว่าบุคคลสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลภายในประเทศได้ ซึ่งในที่นี้จะยกตัวอย่างคดีบรรทัดฐานที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกบุคคลและคดีที่เกี่ยวกับประเด็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรงและคดีที่ได้รับยกเว้นให้ทำการจำกัดการแข่งขันได้ เพื่อที่จะได้นำมาปรับใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสถานการณ์ต่อไป

---

[80] John Fairhurst. supra note 77. p.754.

[81] John Fairhurst. supra note 77. p.765.

[82] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 134.

1) คดี Courage v. Crehan[83]

คดีนี้แสดงให้เห็นถึงสิทธิของบุคคลในการฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายจากบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป[84] จากข้อเท็จจริงของคดีคือ ข้อตกลงระหว่างผู้ผลิตสุรากับผู้ขายสุรา ศาลสหภาพยุโรปได้มีการตัดสินแล้วว่าเป็นความผิดตามมาตรา 101 ต่อมาผู้ขายสุราฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ผลิตสุราต่อศาลประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษได้ใช้หลักการรับผิดร่วมกันในการร่วมกันกระทำความผิด (in pari delico potior est condition defendentis) ในการตัดสินคดี ผู้ขายสุราโจทก์จึงมีส่วนในการกระทำความผิดกับผู้ผลิตสุราจำเลยด้วย ภายใต้หลักการของกฎหมายอังกฤษ ศาลตัดสินว่า คู่ความทั้งสองฝ่ายร่วมกันกระทำความผิด (at equally fault) โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายใด ๆ ถึงแม้ว่าจะได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 101 ก็ตาม เนื่องจากโจทก์มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย[85]

2) คดี Manfredi V. Lloyd Adriatico et al.[86]

เป็นคดีที่ผู้เอาประกันภัยรถยนต์ ฟ้องบริษัทผู้ผลิตรถยนต์ที่ร่วมกันตกลงตั้งราคาจ่ายเงินสำหรับบุคคลที่สาม ในระหว่างศาลสหภาพยุโรปพิจารณา ศาลอิตาลีแย้งว่า ผู้บริโภคไม่มีสิทธิฟ้องตามกฎหมายอิตาลี ศาลสหภาพยุโรปชี้แจงว่า การบังคับใช้มาตรา 101 มีความเสี่ยงที่จะไร้ประสิทธิภาพหากไม่ให้สิทธิแก่ผู้ได้รับความเสียหายฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่เป็นการลดการแข่งขัน ภายใต้หลัก 2 ประการ คือ ประการแรกหลักความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) ผู้เสียหายควรได้รับค่าเสียหายเพื่อเป็นการเยียวยา รวมทั้งค่าเสียหายจากกำไรที่สูญไป รวมทั้งดอกเบี้ย และประการที่สองหลักความได้สัดส่วน (Principle of Equivalence) นอกจากนั้นศาลยุโรปแนะนำว่าค่าเสียหายตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าควรเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ด้วย[87]

3) คดี Zinc Producer Group

คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ มีบริษัทขนาดใหญ่ที่เกี่ยวกับการทำเหมืองแร่และการถลุงแร่สังกะสีหลายบริษัท ได้แก่ บริษัท UM, MG, PAG, Penaroya และ RTZ ได้ตกลงกันเพื่อรวมกลุ่มผู้ผลิตสังกะสี (Zinc Producer Group) โดยภายใต้ข้อตกลงนี้ สมาชิกของกลุ่มผู้ผลิตสังกะสีได้ร่วมกัน

---

[83] Courage (Case4-453/99), Courage v. Crehan [2001] ECR I-6297.

[84] Veljko Milutinovic. (2010). ***The 'Right to Damages' under EU Competition Law: From Courage v. Crehan to the White Paper and beyond.*** Netherlands: Kluwer Law International. p.69.

[85] *Ibid,* p. 70.

[86] Case C-295 to C-298/04, Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico et al. [2006] ECR I-6619.

[87] Veljko Milutinovic. supra note 84. p.73.

กำหนดราคาผลิตสังกะสีที่ใช้มีการทำสัญญากับผู้บริโภค ซึ่งส่งผลทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถหลีกเลี่ยงราคาสังกะสีที่สูงขึ้นได้ เนื่องมาจากมีทั้งการกำหนดราคาและการจำกัดปริมาณสินค้า ทำให้ราคาสินค้าไม่เป็นไปตามราคาที่แท้จริงของตลาด รวมถึงสังกะสีก็มีคุณภาพต่ำอีกด้วย อันเป็นการสร้างข้อจำกัดให้ผู้บริโภค

ข้อตกลงข้างต้น เป็นการจำกัดความเป็นอิสระของแต่ละบริษัทที่จะไปเจรจาเกี่ยวกับราคาของสังกะสีและจำกัดการตั้งราคาสังกะสี ซึ่งเป็นข้อตกลงที่มีเป้าหมายและมีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาภายในสหภาพยุโรป โดยราคาที่เหล่าบริษัทร่วมกันตกลงนั้นถูกนำไปใช้เป็นพื้นฐานสำหรับการตั้งราคาของสังกะสีทั้งหมด และข้อตกลงที่ห้ามไม่ให้ผู้ซื้อสังกะสีนำไปขายต่อร่วมถึงการแบ่งสรรโควตาการขายก็เป็นการจำกัดการแข่งขันเช่นเดียวกัน โดยเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้กับผู้ผลิตที่จะต้องจำกัดการแข่งขันของตน เพราะฉะนั้น การกระทำทั้งหมดที่กล่าวมานี้จึงเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้า มาตรา 81 (1)

ข้อสังเกตในคดีนี้ คือ ทางคณะกรรมการยุโรปมีความเห็นว่า แม้มีเพียงความตั้งใจให้เกิดการจำกัดการแข่งขันก็เป็นการละเมิดบทบัญญัติ มาตรา 81 (1) แล้วโดยไม่จำเป็นว่าการจำกัดการแข่งขันจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ก็ตาม[88]

4) คดี Visa International-Multilateral Interchange Fee

คณะกรรมาธิการยุโรปได้ยกเว้นการให้การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยไม่ให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปในกรณีการร่วมกันกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคาร (Multilateral Interchange Fee: MIF) ในการชำระเงินระหว่างประเทศด้วยการใช้บัตร Visa หลังจากที่บริษัท Visa ได้จัดระเบียบใหม่ ส่งผลให้ค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารลดลงและมีการจำกัดระดับที่เหมาะสมกับต้นทุนในภาพรวมด้านร้านค้าปลีกและผู้บริโภค

Multilateral Interchange Fee หรือ “MIF” คือ การจ่ายเงินค่าธรรมเนียมระหว่างธนาคารสำหรับธุรกรรมผ่านบัตรเครดิตหรือบัตรเดบิต ในระบบของ Visa นั้น ธนาคารของร้านค้าเป็นผู้ชำระเงินค่าธรรมเนียมแลกเปลี่ยนให้แก่ธนาคารของผู้ถือบัตร ซึ่งปกติค่าธรรมเนียมดังกล่าวจะตกเป็นภาระของร้านค้าที่จะต้องจ่ายเมื่อมีการรับเงินผ่านบัตรในแต่ละครั้ง ค่าธรรมเนียม MIF ที่ใช้เรียกเก็บโดยทั่วไปจะมาจากคณะกรรมการของ Visa ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมาธิการแล้ว หรือตามที่ธนาคารทั้งสองฝ่ายจะตกเป็นอย่างอื่น

---

[88] Ioannis Kokkoris. (2010). ***Competition cases from the European Union*** (2nd ed.). London: Sweet & Maxwell. p.2.

หลังจากที่คณะกรรมาธิการหารือกับบริษัท Visa และผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว รูปแบบของ MIF ที่ทาง Visa เสนอมาเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 81 (3) ของสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป โดยทาง Visa จะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) เริ่มจาก Visa จะลดอัตรา MIF สำหรับบัตรประเภทต่าง ๆ ทั้งบัตรเครดิตนั้นมีเครดิต และเดบิตนั้นมีค่าเฉลี่ย MIF จะลดลงร้อยละ 0.7 ในปี ค.ศ. 2007 และ เดบิตการ์ดจะนำอัตรา MIF แบบ flat-rate ที่ 0.28 ยูโรต่อธุรกรรมทันที

(2) ขั้นตอนต่อมา MIF จะถูกลดลงตามต้นทุนของแต่ละบริการของธนาคารผู้ออกบัตร ซึ่งในมุมของคณะกรรมาธิการนั้นมองว่าจะส่งผลดีต่อร้านค้าที่ต้องจ่าย MIF ระหว่างประเทศ ซึ่งบริการเหล่านี้ ได้แก่ การดำเนินการด้านธุรกรรม การประกันการชำระเงินซึ่งพิจารณาจากการศึกษาต้นทุนของ Visa ก่อน และต้องผ่านการตรวจสอบโดยผู้สอบบัญชีอิสระด้วย

(3) นอกจากนี้ Visa อนุญาตให้ธนาคารที่เป็นสมาชิกของ Visa เปิดเผยข้อมูลระดับ MIF และสัดส่วนของต้นทุนของต้นทุนทั้งสามหมวดหมู่ให้แก่ร้านค้าหากมีการขออนุญาตมา การยกเว้นนี้ มีผลใช้บังคับเฉพาะกับธุรกรรมการจ่ายเงินระหว่างประเทศผ่านบัตร Visa (บัตรเครดิตหรือบัตรเดบิต) ณ ร้านค้าภายในสหภาพยุโรป ซึ่งมีจำนวนธุรกรรมประมาณร้อยละ 10 ของบัตร Visa ทั้งหมด โดยการยกเว้นนี้ไม่มีผลกับ MIF ในการใช้บัตรภายในประเทศสมาชิกรวมทั้งบัตร Visa ขององค์กรธุรกิจ การประเมินเพื่อการยกเว้นโครงการ MIF ของ Visa กระทำโดยคณะกรรมาธิการภายใต้สาระสำคัญที่ว่าต้องเป็นธุรกรรมการชำระเงินของบัตร Visa ระหว่างประเทศเท่านั้น ส่วนการประเมิน MIF สำหรับชำระเงินภายในประเทศหรือระบบการชำระเงินที่ต่างออกไปนั้น Visa ต้องพิจารณาให้เหมาะสมในแต่ละสภาวะตลาดหรือในแต่ละสถานการณ์ที่แตกต่างกันออกไป

นโยบายของคณะกรรมาธิการเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารของ Visa นี้ แสดงให้เห็นว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารที่เป็นคู่แข่งกันได้นำไปสู่การจำกัดการแข่งขันในตลาด แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ทำการพิจารณาแล้วเกิดข้อสรุปที่ว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารสามารถนำไปสู่ความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจได้ภายใต้เครือข่ายของการชำระเงิน และสามารถได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นของกฎหมาย แต่จะต้องกำหนดขึ้นภายใต้การกระทำที่สมเหตุสมผลและยุติธรรม[89]

จากข้อยกเว้นของการกระทำร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันใน มาตรา 101 (3) การกระทำที่จะได้รับการยกเว้นต้องเข้าเงื่อนไขใน 4 องค์ประกอบเหล่านี้

---

[89] European Commission. (2012). ***Commission exempts multilateral interchange fees for cross-border Visa card payments.*** (Online). Available: europa.eu/rapid/press-release_IP-02-941_en.htm?locale=en. [1012, June 10].

(1) ข้อตกลงจะต้องถูกทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการผลิต หรือการจัดจำหน่ายสินค้าหรือความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ คณะกรรมาธิการได้ยอมรับมุมมองของทาง Visa ที่เกี่ยวกับโครงการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารนี้ว่าเป็นการก่อให้เกิดเครือข่ายที่มีประสิทธิภาพและส่งเสริมการจัดจำหน่ายให้กว้างขึ้น ดังนั้นการกำหนดค่าธรรมเนียมนี้จึงสอดคล้องกับเงื่อนไของค์ประกอบข้อที่ 1 ขอบมาตรา 101 เนื่องจากเป็นการนำไปสู่การดำรงอยู่ของเครือข่ายการชำระเงินระหว่างประเทศขนาดใหญ่[90]

(2) ข้อตกลงต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อผู้บริโภค เครือข่ายของ Visa ที่มีการเชื่อมต่อกับเครือข่ายภายนอกจะก่อให้เกิดอรรถประโยชน์เพิ่มขึ้นต่อผู้ใช้ในแต่ละประเภท ยิ่งมีจำนวนผู้ใช้มาก ผู้ค้าก็จะมีมากขึ้นตามไปด้วยและส่งผลดีต่อผู้ถือบัตร Visa ในที่สุด

(3) ข้อตกลงทางธุรกิจที่จัดทำขึ้นนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้เพื่อให้วัตถุประสงค์ตามที่ได้กล่าวมาบรรลุผลได้อย่างสมบูรณ์ คณะกรรมาธิการได้พิจารณาว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคาร เป็นข้อตกลงที่จำเป็นและขาดไม่ได้ เนื่องจากไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมนี้ให้เป็นรูปแบบเดียวกัน ผู้ออกบัตร Visa จะไม่สามารถเรียกคืนค่าบริการจากร้านค้าที่เป็นประโยชน์ต่อร้านค้านั้นเอง ซึ่งจะนำไปสู่ผลที่เป็นทางลบเกิดความเสียหายต่อระบบทั้งหมด รวมไปถึงผู้ให้บริการทั้งหมดด้วย

(4) ข้อตกลงนั้นต้องไม่เปิดโอกาสให้มีการขจัดการแข่งขันให้หมดไปโครงการกำหนดค่าธรรมเนียมการแลกเปลี่ยนเงินระหว่างธนาคารไม่ได้เป็นการขจัดการแข่งขันระหว่างผู้ออกบัตร Visa เนื่องจากผู้ออกบัตรในแต่ละรายยังมีอิสระที่จะกำหนดราคาค่าธรรมเนียมต่อลูกค้าเองได้ เห็นได้ว่าการกระทำของ Visa เข้าองค์ประกอบทั้ง 4 ข้อ ของมาตรา 101 (3) จึงได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป[91]

3.1.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.1.2.1 สหรัฐอเมริกา

1) ความเป็นมาของกฎหมาย

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาถือกำเนิดมายาวนานกว่าหนึ่งศตวรรษ โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของสหรัฐอเมริกามีชื่อว่า The Sherman Act ได้รับการประกาศใช้อย่างเป็นทางการในปี พ.ศ. 2433 (ค.ศ. 1890) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา[92]

---

[90] Ariel Ezrachi. (2009). ***EC Competition Law: An analytical guide to the leading cases.*** n.p.. p.85.

[91] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 148.

[92] จิรัตติกาล สุริยะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 45.

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผู้นำความคิดเสรีนิยม (Liberalism) มีความเชื่ออย่างยิ่งว่าควรปล่อยให้การค้าดำเนินไปอย่างเสรี โดยให้ตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ผลิตและผู้บริโภค บทบาทของรัฐจำกัดอยู่ที่การสร้างกติกาในการแข่งขันของผู้ประกอบการให้เป็นธรรม ภายใต้นโยบายแข่งขันเสรีอย่างเคร่งครัด โดยถือว่าการกระทำใดที่มีผลทำให้การแข่งขันเสียไป เป็นสิ่งที่ต้องห้ามไม่สมควรให้เกิดขึ้น ดังนั้น รัฐจึงกำหนดมาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีลักษณะเข้มงวดเคร่งครัด โดยบัญญัติกฎหมายในลักษณะห้ามมิให้กระทำไว้ (Prohibition Approach)[93]

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ (Large Business Enterprise) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาดตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (abusive practice) จุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายนี้คือให้ตลาดมีการแข่งขันโดยเสรี มีการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยรวม ผู้บริโภคมีโอกาสเลือกสินค้าและบริการที่มีคุณภาพและราคาเป็นธรรม โดยกฎหมายต้องการควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) ของตลาดสินค้าและบริการไม่ให้มีลักษณะกระจุกตัว พยายามลดขัดขวาง หรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้เพื่อแสวงหาอำนาจผูกขาด (Antitrust) เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้โดยสะดวก[94]

The Sherman Act 1980 เป็นบทบัญญัติที่มีถ้อยคำความหมายกว้าง ๆ เป็นการทั่วไป เพื่อเปิดให้กฎหมายสามารถใช้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมหรือการกระทำที่เป็นการจำกัดทางการค้าหรือทางพาณิชย์และการกระทำอันเป็นการผูกขาดในรูปแบบใหม่ ๆ ในอนาคตได้ และในขณะเดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดสำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีได้อย่างกว้างขวาง ทำให้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้มีความยืดหยุ่นและทันสมัย และศาลได้มีบทบาทสำคัญในการตีความและปรับใช้กฎหมาย[95]

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา (The Sherman Act 1980) ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ถือกำเนิดเป็นอันดับสองของโลก ต่อจากกฎหมายแข่งขันทางการค้า

---

[93] กวี เปรมรัตนชัย. (2541). ***การเลือกปฏิบัติด้านราคาอันก่อความไม่เป็นธรรมทางการค้า.*** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 40.

[94] สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). ***โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาสาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 (ศึกษาทางด้านกฎหมาย).*** รายงานการวิจัยเสนอต่อกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์. หน้า 2.

[95] ศุภสิริ คงเจริญ. (2557). ***แนวทางการพิจารณามาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ศึกษากรณีผู้ประกอบธุรกิจเป็นนิติบุคคลในเครือเดียวกัน.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 69.

ของประเทศแคนนาดาที่บัญญัติขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2431 (ค.ศ. 1889) หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของกฎหมายฉบับนี้ควบคู่กับประวัติศาสตร์การก่อตั้งประเทศพบว่า มีความสอดคล้องและสมเหตุสมผลกัน กล่าวคือ ในยุคที่สหรัฐอเมริกากำลังสร้างประเทศอยู่นั้น พ่อค้า นักธุรกิจ นายทุนทั้งหลายที่เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตได้ย้ายฐานการผลิตจากยุโรปไปยังสหรัฐอเมริกา คนเหล่านี้นำทั้งเงินทุนและปัจจัยการผลิตติดตัวไปด้วยย่อมทำให้ได้เปรียบประชาชนทั่วไปและผู้ผลิตท้องถิ่นเดิมที่ไม่มีปัจจัยการผลิต ในช่วงเวลาดังกล่าว เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมมากมาย เช่น การรวมตัวกันกำหนดราคาของผู้ขายสินค้าอุปโภค บริโภค เช่น น้ำตาล และน้ำมัน[96] จึงเกิดความไม่พอใจของประชาชนต่อการรวมกลุ่มกันของผู้ขายสินค้าอุปโภค บริโภคดังกล่าว ซึ่งส่งผลให้สินค้าอุปโภค บริโภคมีราคาสูงขึ้นมาก ทั้งยังมีแนวโน้มจะลุกลามไปยังสินค้าอื่น ๆ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงได้บัญญัติ The Sherman Act 1980 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อเป็นเครื่องมือในการต่อต้านการรวมตัวกันทางธุรกิจที่มีการผูกขาดทางการค้า และมีการจำกัดการค้าอย่างเสรี[97]

The Sherman Act 1980 ได้กลายเป็นแม่แบบของกฎหมายแข่งขันทางการค้าย่อย ๆ อีกหลายฉบับ เช่น The Clayton Act, The Boibson-patman Act, และ the Federal Trade Commission Act เป็นต้น[98] เพื่อกำหนดลักษณะการดำเนินธุรกิจที่ต้องห้ามตลอดจนรายละเอียดในเรื่องอื่น ๆ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งรวมเรียกกฎหมายเหล่านั้นว่า Antitrust Law

บทบัญญัติ The Clayton Act ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อขยายเป้าหมายไปสู่การยับยั้งการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย กล่าวคือ The Clayton Act ได้ขยายรายละเอียดของการประกอบธุรกิจการค้าโดยมิชอบ เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถรู้ได้และคาดได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้ใช้ได้กับการรวมตัวทุกรูปแบบที่มีการพัฒนารูปแบบของการจำกัดทางการค้าหรือพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาด ซึ่งมีลักษณะพิเศษ 4 รูปแบบ[99] ได้แก่

(1) การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (Price Discrimination)

(2) การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน (Exclusive Dealing)

(3) การควบรวมกิจการ (Acquisition of Competing Companies)

(4) การรวมอำนาจบริหารจัดการ (Interlocking Directorates)

---

[96] จิรัตติกาล สุริยะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 47.

[97] จิรัตติกาล สุริยะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 45.

[98] จิรัตติกาล สุริยะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 47.

[99] ขจีรัตน์ คทวณิชกุล. (2550). ***กรณีศึกษาและวิเคราะห์ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยแนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2549.*** สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 62.

The Clayton Act เป็นบทบัญญัติที่ได้วางแนวทางเกี่ยวกับรูปแบบการประกอบธุรกิจการค้าโดยมิชอบที่กฎหมายเล็งเห็นว่ารูปแบบพฤติกรรมดังกล่าว อาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดได้ แม้ว่าพฤติกรรมทั้ง 4 รูปแบบ จะมิได้เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse Dominance) ซึ่งจะเป็นความผิดในตัวเอง (Per Se Rule) เพราะมีผลร้ายต่อกระบวนการแข่งขัน หากแต่เป็นพฤติกรรมที่จัดว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจบางประการที่จะทำให้บรรลุถึงผลประโยชน์ของธุรกิจตนโดยมิชอบ ฉะนั้นในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือไม่ จึงต้องพิจารณาถึงระดับของผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำว่าเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก หรือมีแนวโน้มว่าจะเป็นการสร้างการผูกขาดในระดับการค้าใดการค้าหนึ่งหรือไม่[100]

The Clayton Act นี้ มุ่งหมายที่เข้าไปควบคุมพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่กระทำการบางอย่างอันเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการอื่นจนได้รับความเสียหายในระดับที่ The Clayton Act บัญญัติควบคุมอยู่โดยได้เน้นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน ซึ่งนั่นย่อมเป็นการรวมเอาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ประกอบการรายที่ถูกกระทำไปในตัว ทั้งนี้ เพราะเมื่อการกระทำความผิดทั้ง 4 รูปแบบ เกิดผลเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดเดียวกันนั้นย่อมถูกกระทบไปด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ฉะนั้น เมื่อความเสียหายของผู้ประกอบธุรกิจถูกรวมอยู่ในความเสียหายของระบบตลาดแล้ว จึงอนุมานได้ว่า The Clayton Act นี้ มีบทบัญญัติส่วนหนึ่งที่เกี่ยวเนื่องกับการควบคุมการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย แต่ในทางกลับกัน หากการกระทำดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่สร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับกระบวนการแข่งขัน เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจบางรายเท่านั้น พฤติกรรมเช่นนี้ย่อมไม่ถือเป็นความผิด ทั้งนี้ เพราะเจตนารมณ์แรกเริ่มเดิมทีของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา (The Sherman Act) เน้นที่การรักษากระบวนการแข่งขันให้มีประสิทธิภาพมากกว่าที่จะปกป้องผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยที่ถูกกลั่นแกล้ง[101]

หน่วยงานกำกับดูแลด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ได้แก่ แผนกการแข่งขันทางการค้า สังกัดกระทรวงยุติธรรม (The Antitrust Division of U.S. Department of Justice หรือ DoJ) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission หรือ FTC)[102]

---

[100] สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). ***โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย.*** กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. หน้า 5.

[101] ขจีรัตน์ คทวณิชกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 99. หน้า 62.

[102] ศุภสิริ คงเจริญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 95. หน้า 70.

และที่สำคัญ The Sherman Act ให้สิทธิเอกชนฟ้องร้องคดีได้โดยตรงในกรณีที่พบเห็นการผู้ขาด หรือใช้อำนาจใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ต้องร้องเรียนผ่านหน่วยงานของรัฐ[103]

2) บทบัญญัติกฎหมาย

บทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกัน อันมีผลเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันอย่างเสรีของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมมิให้บรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดทำความตกลงร่วมกัน หรือกระทำการร่วมกัน หรือรวมตัวกันเพื่อยุติการแข่งขันระหว่างกันอันเป็นการจำกัดทางการค้าบัญญัติอยู่ในมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act[104] ซึ่งวางหลักว่า บรรดาข้อตกลง ความร่วมมือ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบทรัสต์หรือรูปแบบอื่น หรือการสมคบคิดกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐหรือกับรัฐต่างประเทศ ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ

(1) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ

บุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา คือบุคคลที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่ง The Sherman Act[105] วางหลักไว้ว่า "บุคคล" (Person) หรือ "กลุ่มบุคคล" (Persons) ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 1-7 แห่งบทบัญญัตินี้ ให้หมายความรวมถึง นิติบุคคล (Corporations) และสมาคม (Association) ที่จัดตั้งขึ้นหรือได้รับอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา กฎหมายแห่งมลรัฐ และกฎหมายต่างประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา จึงอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคล และสมาคม ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเองหรือกฎหมายอื่น ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ผู้ประกอบการ"

มาตรา 1 แห่ง Sherman Act มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมที่เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขัน ทั้งในลักษณะที่เป็นข้อตกลง (Agreement) ความร่วมมือ (Combination) และการสมคบคิด (Conspiracy) ย่อมมีสาระสำคัญ คือเป็นการตกลงระหว่างผู้ประกอบการ คือ จะต้องมีผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป มาเกี่ยวข้อง

---

[103] จิรัตติกาล สุริยะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 47.

[104] 15 U.S. Code § 1 - Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

[105] 15 U.S. Code § 7 - The word "person", or "persons", wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.

ในการกระทำความผิด ทำให้สามารถเกิดการกระทำที่เป็น "การร่วมกัน" ขึ้น หากมีผู้ประกอบการเพียงรายเดียวย่อมเป็นการกระทำฝ่ายเดียวไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act นี้ แต่อาจจะเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าในลักษณะอื่น เช่น ความผิดเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act[106] ได้

ข้อตกลง (Agreement) ความร่วมมือ (Combination) และการสมคบคิด (Conspiracy) ระหว่างผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงหรือกระทำการร่วมกันของผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในแนวนอน (Horizontal Restraint) ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตกับผู้ผลิต หรือผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันในแนวตั้ง (Vertical Restraint) ซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่อยู่คนละระดับในสายการผลิตเดียวกัน เช่น ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีก[107]

(2) พฤติกรรมการตกลงร่วมกันอันมีลักษณะไม่สมเหตุสมผลเป็นการจำกัดการค้าอย่างเสรีระหว่างมลรัฐ

บทบัญญัติมาตรา 1 Sherman Act เป็นบทบัญญัติที่มีความหมายกว้าง ครอบคลุมพฤติกรรมการตกลงทั้งการตกลงในระดับเดียวกันหรือการตกลงต่างระดับกัน ซึ่งข้อตกลง ความร่วมมือ หรือการสมคบคิดกัน อันจะเป็นความผิดตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act ได้นั้น จะต้องก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้า (Restraint of Trade or Commerce) ในระหว่างมลรัฐหรือรัฐต่างประเทศ (Interstate) กล่าวคือ ข้อตกลง ความร่วมมือ หรือการสมคบคิดกันนั้นจะต้องก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้าระหว่างสองรัฐขึ้นไป หากจำกัดการค้าเกิดขึ้นในมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งย่อมใช้กฎหมายของมลรัฐนั้นในการพิจารณา

ในการพิจารณาการกระทำหรือพฤติกรรมว่าเป็นการร่วมกันเพื่อจำกัดหรือลดการแข่งขันอันเป็นพฤติกรรมที่อาจฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่นั้น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้หลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) โดยเป็นการใช้ในลักษณะที่ยอมรับว่าพฤติกรรมเช่นนั้นมีผลต่อการแข่งขันในตลาด เพียงว่าในสถานการณ์ (Circumstance) เช่นนั้น

---

[106] 15 U.S. Code § 2 - Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

[107] ศุภสิริ คงเจริญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 95. หน้า 71.

ตามแต่ละคดี มีเงื่อนไขหรือเหตุผลบางประการทำให้ยอมรับการจำกัดการแข่งขันนั้นได้ โดยโจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่จำกัดการค้าโดยไม่สมเหตุสมผล[108]

หลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) พิจารณาโดยการวิเคราะห์ถึงผลกระทบของพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้ประกอบการต่อการแข่งขันในตลาด โดยศาลจะพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น สภาพของธุรกิจ โครงสร้างตลาด ตลอดจนสภาพตลาดทั้งก่อนและหลังการกระทำอันเป็นการจำกัดทางการค้า ซึ่งทำให้แม้ว่าหลัก Rule of Reason จะมีความยืดหยุ่น ทำให้ศาลได้ชั่งน้ำหนักปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ ในคดีเพื่อพิจารณาว่าพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้ประกอบการนั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ แต่การต้องวิเคราะห์ผลกระทบต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในตลาดก็จำเป็นต้องใช้เวลา ค่าใช้จ่าย และทรัพยากรต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก และยังอาจเกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินธุรกิจได้ เนื่องจากการพิจารณาอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาเป็นสำคัญ[109]

การพิจารณาคดีโดยใช้หลัก Rule of Reason ในอรรถคดีกรณีพฤติกรรมหรือการตกลงในลักษณะที่ศาลเคยพิจารณาตัดสินมาก่อนแล้ว ว่าเป็นการตกลงที่ส่งผลเสียต่อการค้าอย่างเสรี คำตัดสินดังกล่าวถือเป็นบรรทัดฐานว่าการกระทำในลักษณะเดียวกันนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจเสมอ เช่นนี้ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักพิจารณาคดีโดยเคร่งครัด (Per Se Rule) โดยในคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกันไม่มีความจำเป็นต้องพิสูจน์ความสมเหตุสมผลของการกระทำนั้นอีก ศาลจะพิจารณาความรับผิดจากองค์ประกอบของบทบัญญัติมาตรา 1 เพียงสองข้อเท่านั้น และจะไม่รับฟังความสมเหตุสมผลของการตกลงกันหรือผลกระทบที่แท้จริงของการตกลงนั้น แต่หากพฤติกรรมหรือการตกลงของผู้ประกอบการเป็นกรณีที่ศาลไม่เคยพิจารณาและตัดสินว่าเป็นการตกลงกันในลักษณะ Per Se Rule และศาลไม่มีประสบการณ์หรือความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการตกลงในธุรกิจลักษณะนั้นมาก่อน ศาลจะใช้หลัก Rule of Reason ในการพิจารณาตัดสินคดี[110] กรณีที่มีการตัดสินเกี่ยวกับพฤติกรรมการตกลงของผู้ประกอบการที่เข้าข่ายลักษณะความผิดเด็ดขาดหรือใช้หลักพิจารณาคดีโดยเคร่งครัด (Per Se Rule) เช่น การตกลงกันในเรื่องสินค้าหรือบริการ (Price Fixing) การตกลงกันจำกัดผลผลิต (Output Restrictions) การตกลงกันแบ่งพื้นที่ตลาดการค้า (Territorial Market Divisions) ระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันในแนวนอน (Horizontal) หรือที่เป็นคู่แข่งกัน

หลัก Rule of Reason ยังนำมาใช้ในการพิจารณาที่มีลักษณะผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลย (Quick Look) เมื่อมีการพิจารณาคดีแบบ Per se Rule หรือหลัก Rule of Reason มาใช้แล้ว

---

[108] Richard A. Givens and Thomas V. Vakerics. (n.d.). ***Antitrust Basic.*** New York: Law Journal press. p.15.

[109] *Ibid,* p.15.

[110] ศุภสิริ คงเจริญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 95. หน้า 73.

ไม่เหมาะสมกับสภาพแห่งการกระทำที่เกิดขึ้น โดยหลักนี้จะถูกใช้เมื่อการกระทำนั้นเป็นที่แน่ชัดแล้วว่ามีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่ในขณะเดียวกันการกระทำดังกล่าวอาจมีผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าก็ได้ จึงเป็นโอกาสให้จำเลยได้พิสูจน์เหตุผลของการกระทำของตน การพิจารณาโดยผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลย (Quick Look) จึงเป็นลักษณะของการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดแต่ให้จำเลยสืบหักล้างได้ว่าพฤติกรรมหรือการกระทำของจำเลยนั้นมีผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน ศาลจะนำหลัก Rule of Reason มาพิจารณาการกระทำของจำเลยโดยละเอียดว่าการกระทำดังกล่าวนั้น ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่[111]

3) บทบัญญัติในการเรียกค่าเสียหาย

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายของธุรกิจหรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้มีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายจำนวนสามเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (Treble Damages) ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี รวมทั้งค่าทนายความตามมาตรา 4 แห่ง Clayton Act[112]

ค่าเสียหายธรรมดา (Single Damage หรือ Actual Loss) จะไม่มีผลเป็นการยับยั้งหรือป้องปรามการกระทำผิด ในเบื้องต้นยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่า การกระทำที่เปิดเผย เช่น การรวมธุรกิจ กิจการร่วมค้า การปฏิเสธที่จะทำธุรกิจ ศาลจะพิพากษาให้ผู้เสียหายได้รับค่าชดเชยตามความเป็นจริงที่พิสูจน์ได้ (Single Damage) ส่วนการกระทำที่ไม่เป็นการเปิดเผยศาลจะพิพากษาพิจารณาเรื่องค่าเสียหายเป็นสามเท่าของความเสียหายที่แท้จริง แต่หากกำหนดเช่นนี้ จะเป็นแรงจูงใจให้ผู้กระทำความผิดโดยไม่เปิดเผย พยายามเบี่ยงเบนการกระทำของตนให้เป็นการกระทำที่เปิดเผยแทน[113]

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่า การชดใช้เยียวยาความเสียหายและการป้องปรามมิให้กระทำความผิด เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายในกรณีที่ให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจำนวนสามเท่า โดยวิธีการบังคับให้ชดเชยค่าเสียหายแล้วนำมาคูณสาม เนื่องจากหากบังคับคดีให้ชดใช้ค่าเสียหาย เพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายตามความเป็นจริง อาจไม่คุ้มกับ

---

[111] Richard A. Givens and Thomas V. Vakerics. supra note 108. p.15.

[112] Clayton Act. Section 4 Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue *** and shall recover three-fold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

[113] Herbert Hovenkamp. (2005). ***Federal Antitrust Policy; The law of competition and its practice*** (3rd ed.). Minnesota: West Publishing. p.666.

ความเสียหายที่ได้รับ เนื่องจากการดำเนินคดีและการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำมาพิสูจน์ในคดีมีค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้นการกำหนดค่าเสียหายเป็นจำนวนสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้นั้น จึงเป็นทั้งการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า เป็นการป้องปรามที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ถือเป็นรางวัลและส่งเสริมให้เอกชนนำคดีมาสู่ศาล[114]

4) การบังคับใช้กฎหมาย

การบริหารและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่โดยแบ่งเป็น 2 หน่วยงาน[115] คือ แผนกป้องกันการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางหรือคณะกรรมการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) นอกจากนั้นกฎหมายป้องกันการผูกขาดยังได้กำหนดเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอีกประเภทหนึ่งที่ถือว่ามีส่วนในการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การกำหนดให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายได้สามเท่า พร้อมทั้งค่าดำเนินคดีและค่าใช้จ่ายด้วย

(1) แผนกป้องกันการผูกขาดโดยกระทรวงยุติธรรม (Antitrust Division of the Department of Justice) แผนกป้องกันการผูกขาดมีผู้บริหารสูงสุด คือ ผู้ช่วยอัยการสูงสุด (Assistant Attorney General) ถูกเสนอชื่อโดยประธานาธิบดี และรับรองโดยวุฒิสภา แผนกป้องกันการผูกขาดเป็นหน่วยงานหนึ่งภายใต้กระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เสมือนเป็นสำนักกฎหมายรับผิดชอบทั้ง Sherman Act และ Clayton Act ทั้งทางแพ่งและทางอาญา ซึ่งเฉพาะแผนกป้องกันการผูกขาดเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยจะต้องดำเนินการภายใน 5 ปีนับแต่วันที่ความผิดเกิดขึ้น แต่ถ้าหากความผิดนั้นได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่อง (Illegal Conspiracy is Continuing in Nature) จะเริ่มนับระยะเวลาเริ่มต้นจากการกระทำครั้งสุดท้าย และเพื่อเป็นแรงจูงใจและสนับสนุนให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิด แผนกป้องกันการผู้ขาดจึงได้ออกกฎหมาย Corporate Leniency Policy , August 10,1993 เพื่อนิรโทษกรรมให้ธุรกิจที่ให้ข้อมูลหรือรายงานเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด และให้ความร่วมมือในการสอบสวนคดีอาญา โดยต้องมาให้ข้อมูลหรือรายงานก่อนการสอบสวน และต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ถือว่าเป็นการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายได้ในระดับหนึ่ง เพราะปัญหาในแต่ละประเทศที่ประสบ คือ การได้มาซึ่งข้อมูลและหลักฐานที่จะสามารถพิสูจน์ความผิดเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินคดี การนิรโทษกรรมดังกล่าวจึงถือเป็นทางออกที่ดีในการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย และยังเป็นการสร้างแรงจูงใจในการให้ข้อมูลแก่รัฐอีกด้วย

---

[114] Richard A. Posner. (2005). ***Economic analysis of law*** (6th ed.). New York: Aspen. p.335.

[115] สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 22.

(2) คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission) เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ร่วมกับกระทรวงยุติธรรมในการบังคับใช้ Clayton Act ประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี และรับรองโดยวุฒิสภา มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 7 ปี กรรมาธิการที่มาจากพรรคการเมืองเดียวกันมิได้ไม่เกิน 3 คน มีวาระในการดำรงตำแหน่ง คนละไม่เกิน 7 ปี ประธานได้มาโดยการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ประทานจะมีอำนาจสูงสุดในการบริหารทั้งหมด[116] และที่สำคัญคณะกรรมการต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจหรือเกี่ยวข้องประกอบการงานเพื่อหาเลี้ยงชีพ หรือความสัมพันธ์ในรูปแบบแรงงานใด ๆ (Any other Business, Vocation or Employment) และหากกรรมการปฏิบัติงานโดยไม่มีประสิทธิภาพ เพิกเฉยต่อหน้าที่ หรือกระทำผิดหน้าที่ ก็อาจถูกถอดถอนได้โดยประธานาธิบดี

คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธ์รัฐ ถือเป็นหน่วยงานพิเศษของฝ่ายบริหารที่ต่างจากแผนกป้องกันการผูกขาด[117] (Antitrust Division of the Department of Justice) เพราะแผนกป้องกันการผูกขาดเป็นหน่วยงานของกระทรวงยุติธรรมที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีอาญาและแสวงหาหลักฐานเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายทางแพ่ง แต่คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐเป็นหน่วยงานพิเศษของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจพิเศษในการพิจารณาหรือวินิจฉัยตัดสินคดีเหมือนกับศาล เช่น มีอำนาจสืบสวนสอบสวนรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมทางปฏิบัติทางธุรกิจ มีอำนาจชี้ขาดการกระทำความผิดและมีคำสั่งให้ระงับหรือหยุดการกระทำดังกล่าวเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติทางการค้า และชี้แนะแนวทาง แต่คำตัดสินนี้จะถูกทบทวนตรวจสอบโดยศาลอีกครั้งหนึ่งได้ (Judicial Review) คำสั่งของ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ นั้นไม่ใช่การลงโทษทางอาญาหรือทางแพ่ง สำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายที่เกิดขึ้นมาแล้ว แต่เป็นคำสั่งที่กำหนดมาตรการสำหรับปฏิบัติทางการค้าในอนาคต เพื่อป้องกันภัยร้ายที่จะเกิดขึ้นกับระบบการแข่งขัน ซึ่งองค์กรคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐเป็นองค์กรทางปกครองที่มีขนาดใหญ่ ประกอบด้วยหน่วยงานหลายฝ่ายด้วยกัน ต่างก็มีอิสระในการทำหน้าที่ที่แยกจากกัน ทั้งนี้ ก็เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติภารกิจของคณะกรรมการ โดยมีหน่วยงานที่สำคัญ เช่น สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) สำนักงานแข่งขันทางการค้า (Bureau of Competition) สำนักงาน

---

[116] Earl W. Kintier. (1979). ***A Robinson-Patman Primer: Aguide to The Law Against Price Discrimination*** (2nd ed.). New York: Macmillan Publishing. p.306.

[117] วรานนท์ อมรธำรง. (2547). ***การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.*** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 70.

เศรษฐกิจ (Bureau of Economics) และหน่วยงานทางด้านกฎหมาย (Office of the General Counsel) โดยมีรายละเอียด ดังนี้[118]

(1) สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค (Bureau of Consumer Protection) มีภารกิจหลัก คือ คุ้มครองผู้บริโภคจากพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรม หลอกลวง หรือ ฉ้อโกง โดยสำนักงานจะบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคหลายฉบับ ซึ่งตราขึ้นมาโดยสภาคองเกรส และกฎเกณฑ์ทางการค้า (Trade Regulation Rules) ที่ออกโดยคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ รวมถึงการสอบสวน การพิจารณาทางปกครอง และดำเนินคดีต่อศาลสหพันธรัฐ (Administrative and Federal court litigation) ดำเนินการออกกฎ และให้ความรู้ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ในการชี้แจงข้อมูลต่อสภาคองเกรสและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้บริโภคด้วย

(2) สำนักงานแข่งขันทางการค้า (Bureau of Competition) เป็นหน่วยงานที่คอยช่วยเหลือคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ในเรื่องเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด ทำหน้าที่ค้นหามาตรการป้องกันการควบรวมกิจการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันในตลาดเสรี และการกระทำทางธุรกิจอันขัดต่อหลักการแข่งขันในตลาดเสรีในกรณีอื่น ๆ โดยพิจารณาว่าการควบรวมกิจการและการปฏิบัติทางธุรกิจอื่น ๆ ที่มีความเป็นไปได้ว่าจะมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ให้คำปรึกษาต่อคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ในกรณีที่เห็นสมควรในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค และทำหน้าที่ในการศึกษาวิจัยและเป็นแหล่งข้อมูลสำหรับนโยบายในเรื่องเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า และจัดหาแนวทางในการดำเนินธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า อีกทั้งมีหน้าที่ในการส่งเสริมเสรีภาพของผู้บริโภคในการเลือกใช้สินค้าและบริการที่มีอยู่ในท้องตลาดที่เปิดกว้างซึ่งมีความหลากหลายของราคา และคุณภาพที่ผู้บริโภคสามารถสรรหาได้อย่างเหมาะสมกับความต้องการ และเป็นการเพิ่มโอกาสทางธุรกิจโดยการสร้างตลาดที่เหล่าผู้ประกอบธุรกิจสามารถแข่งขันกันได้

(3) สำนักงานเศรษฐกิจ (Bureau of Economics) ทำหน้าที่ในการช่วยเหลือคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ในการประเมินผลกระทบทางเศรษฐกิจของการดำเนินการของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ให้คำปรึกษาทางด้านเศรษฐกิจเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย (Provides Economic Advice for Enforcement) สำนักงานเศรษฐกิจมีหน้าที่เสนอแนะแนวทางและสนับสนุนการดำเนินงาน ในส่วนของการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและคุ้มครอง

---

[118] เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

ผู้บริโภคให้คำปรึกษาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของการกระทำป้องกันการผูกขาดที่เป็นทางเลือก[119] และเมื่อใดมีการเริ่มใช้มาตรการบังคับทางกฎหมาย สำนักงานจะนำเอาการวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจมาใช้กับกระบวนการดำเนินงานและทำงานร่วมกับสำนักงานแข่งขันทางการค้า เพื่อค้นหาวิธีเยียวยาที่เหมาะสม และมีหน้าที่ในการศึกษาผลกระทบของการออกกฎเกณฑ์และวิธีอื่นทางนิติบัญญัติ และศึกษาผลกระทบของการออกกฎเกณฑ์และวิธีการอื่นทางนิติบัญญัติ (Studies Effects of Legislative and Regulations) นำเสนอความคิดเป็นของตน ภายใต้การร้องขอขององค์กรหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ในเรื่องที่เกี่ยวกับผลกระทบของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า และการคุ้มครองผู้บริโภค ตามคำร้องขอผู้ร่างกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การให้ความเห็นหรือการหาข้อสรุปที่ได้จากการพิจารณาพยานหลักฐานและการสืบสวน ส่วนมากจะเป็นไปเพื่อช่วยในการพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และข้อสรุปของสำนักงานอาจถูกนำเสนอต่อศาลแห่งรัฐหรือแม้แต่ศาลแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งภารกิจส่วนนี้มีความสำคัญยิ่งในการทำให้นโยบายทางการแข่งขันทางการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภคสามารถบังคับใช้ได้เป็นผลสำเร็จ อีกทั้งสำนักงานเศรษฐกิจยังมีหน้าที่ในการวิเคราะห์กระบวนการของตลาด (Analyzes Market Processes) ซึ่งจะทำการวิเคราะห์ทั้งตลาดและอุตสาหกรรมหลากหลายประเภทในประเด็นทางเศรษฐกิจ ซึ่งหน้าที่ในส่วนนี้เน้นตรงผลกระทบทางเศรษฐกิจของกฎเกณฑ์ที่ออกมาบังคับใช้และปัญหาสำคัญ ๆ ในนโยบายการป้องกันการผูกขาดและการค้าครองผู้บริโภค ซึ่งผลการวิเคราะห์ส่วนมากได้รับการตีพิมพ์ในฐานะรายงานซึ่งจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ขององค์กรนั้นเอง

(4) หน่วยงานที่ปรึกษากฎหมาย (Office of the General Counsel) บทบาท หน้าที่หลักของหน่วยงาน คือ เป็นตัวแทนของคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ ในศาลและให้คำปรึกษาทางกฎหมายต่อคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐและหน่วยงานอื่น ๆ คณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐจะมอบอำนาจให้ทนายความดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายหรือศาล

5) การฟ้องคดีและการกำหนดโทษ

เมื่อมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 1 แห่ง Sherman Act กฎหมายได้บัญญัติถึงความรับผิดของผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืนนั้นมีความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา และอาจมีความรับผิดทางปกครองด้วย

กรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นความผิดทางอาญา กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกาสำหรับนิติบุคคล หรือไม่เกิน

---

[119] John H. Jackson, William J. Davey and Alan O. Sykes, Jr. (1977). ***Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*** (3rd ed.). St. Paul Minn: West Publishing. p.1562.

1 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา สำหรับบุคคลธรรมดา หรือจำคุก 10 ปีหรือทั้งจำทั้งปรับ[120] โดยแผนกการแข่งขันทางการค้าสังกัดกระทรวงยุติธรรม (DoJ) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (FTC) เป็นหน่วยงานที่มีอาจหน้าที่ในการสืบสวน สอบสวนและส่งฟ้องศาล และยังมีอำนาจออกคำสั่งในทางปกครองอีกด้วย

นอกเหนือจากการบังคับใช้กฎหมาย โดยรัฐแล้ว เอกชนผู้ได้รับความเสียหายในทางธุรกิจหรือทางทรัพย์สินจากพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ยังสามารถบังคับใช้กฎหมายได้ โดยสามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายได้เป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง รวมถึงสามารถเรียกค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องคดีและค่าทนายความได้ด้วย[121] เพื่อเพิ่มการบังคับใช้กฎหมายโดยรวม โดยไม่จำเป็นต้องขยายภาคการบังคับของรัฐ การที่กฎหมายให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายนั้น

---

[120] 15 U.S. Code § 1- Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

[121] 15 U.S. Code § 15 - (a) Amount of recovery; prejudgment interest

Except as provided in subsection (b), any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances. In determining whether an award of interest under this section for any period is just in the circumstances, the court shall consider only—

(1) whether such person or the opposing party, or either party's representative, made motions or asserted claims or defenses so lacking in merit as to show that such party or representative acted intentionally for delay, or otherwise acted in bad faith;

(2) whether, in the course of the action involved, such person or the opposing party, or either party's representative, violated any applicable rule, statute, or court order providing for sanctions for dilatory behavior or otherwise providing for expeditious proceedings; and

(3) whether such person or the opposing party, or either party's representative, engaged in conduct primarily for the purpose of delaying the litigation or increasing the cost thereof...

ไม่ใช่ว่าเป็นกรณีที่เอกชนนั้นได้รับความเสียหายในทางแพ่งตามหลักเอกชนทั่วไป แต่เป็นกรณีที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เป็นกฎหมายมหาชน ประสงค์จะให้เอกชนมีส่วนร่วมในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ด้วย เนื่องจากการผูกขาดทางการค้าเป็นความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม แต่ความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมเพราะเอกชนซึ่งเป็นประชาชนของประเทศทั้งหมดก็ถือว่าได้รับความเสียหายเช่นกัน[122] ซึ่งเป็นความเสียหายทางพฤตินัย ดังนั้น กฎหมายจึงให้สิทธิเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ โดยวัตถุประสงค์ของการให้เอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายได้จำนวนสามเท่า และขอให้มีคำสั่งชั่วคราว[123] นั้นไม่ได้สร้างไว้เพื่อบรรเทาความเสียหายของเอกชนแต่กำหนดไว้เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายมากขึ้นอีกทางหนึ่งภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเอกชนสามารถใช้สิทธิ์ฟ้องร้องกันได้เองได้โดยตรงดังกรณีคดี บริษัท Uranium Antitrust Litigation[124] Westinghouse Electric Corporation บริษัทเอกชนผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าของสหรัฐอเมริกามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1886 ได้ฟ้องร้องบริษัทต่างประเทศจาก ประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ เครือรัฐออสเตรเลีย และประเทศอัฟริกาใต้ โดยบริษัทที่ถูกฟ้องเป็นบริษัทผู้ประกอบการอุตสาหกรรมยูเรเนียม เนื่องจากบริษัทต่างประเทศได้เข้าไปลงทุนในสหรัฐอเมริกาโดยใช้ยูเรเนียมเป็นแหล่งผลิตกระแสไฟฟ้า ซึ่ง Westinghouse Electric Corporation ฟ้องว่าบริษัทต่างประเทศร่วมกันดำเนินธุรกิจผูกขาดและเอาเปรียบ Westinghouse Electric Corporation ฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง จากจำเลยซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจต่างชาติหลายองค์กร ศาลพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงแก่โจทก์แล้ว ศาลยังกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าฤชาธรรมเนียม และค่าทนายความแก่โจทก์อีกด้วย แต่ต้องนำคดีมาฟ้องภายในกำหนดอายุความ 4 ปีนับแต่วันที่มีการกระทำผิดเกิดขึ้น[125] ทั้งนี้ หากรัฐเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดของผู้ประกอบการ นอกจาก DoJ และ FTC จะสามารถฟ้องร้องเป็นคดีอาญาต่อศาลได้แล้ว ยังสามารถฟ้องร้องผู้ประกอบการให้รับผิดทางแพ่งเพิ่มขึ้นด้วย[126]

---

[122] Julain O Von Kalinowski. (1979). ***16M Business Organization, Antitrust Law and Trade Regulation.*** New York: Matthew Bender. p.115.

[123] Lawrence Anthony Sullivan. (1977). ***Handbook of The Law of Antitrust.*** St. Paul Minn: West Publishing. p.769.

[124] In re Uranium Antitrust Litigation, 473 F. Supp. 382 (N.D.Ill. 1979), modified 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980).

[125] 15 U.S. Code § 15b - Any action to enforce any cause of action under section 15, 15a, or 15c of this title shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this Act shall be revived by this Act.

[126] ศุภสิริ คงเจริญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 95. หน้า 75.

6) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

คำพิพากษาที่ผู้เขียนยกขึ้นมานี้ เป็นคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาที่ทำให้เข้าใจแนวทางการตีความกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act และชี้ให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้เอกชนฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายได้เองโดยไม่ต้องผ่านคณะกรรมการเหมือนดังเช่นกฎหมายแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย อันจะเป็นแนวทางในการนำกฎหมายของสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสมต่อไป

(1) คดี United States v. Socony – Vacuum Oil Co.

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัท Socony-Vacuum Oil Co. และบริษัทน้ำมันขนาดใหญ่ที่มีการผลิตน้ำมันที่ครบวงจร (Integrated) อีกหลายบริษัท (จำเลย) ขายน้ำมาแก๊สโซลีนให้กับผู้ค้าส่งและผู้ค้าส่งขายต่อให้ปั๊มน้ำมัน ราคาที่ซื้อขายกันคือราคาที่ซื้อขายกันทันที (The spot market price) บรรดามลรัฐต่าง ๆ พยายามจำกัดการผลิตน้ำมัน แต่มีการลักลอบการผลิตโดยผิดกฎหมายเป็นปริมาณมาก ทำให้ราคาน้ำมันในตลาดตกต่ำมาก ดังนั้น บริษัทผู้กลั่นน้ำมันอิสระจำเป็นต้องขายน้ำมันทันทีที่ผลิตได้ในราคาที่ตกต่ำมาก บรรดาบริษัทจำเลยทั้งหลายจึงได้ทำความตกลงกันว่าจะให้บริษัทใดซื้อน้ำมันจากผู้กลั่นน้ำมันอิสระมาเก็บสต๊อกไว้เพื่อไม่ให้น้ำมันออกสู่ท้องตลาดมากเกินไป กรรมการต่อต้านการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมฟ้องบริษัทจำเลยข้อหากระทำผิดตามมาตรา 1 ของกฎหมาย Sherman Act ศาลชั้นต้นสั่งให้คณะลูกขุนทราบว่าการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าเป็นความผิดในตัวเอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าราคาที่ร่วมกันกำหนดนั้นเป็นราคาที่พอสมควรหรือไม่ แต่ศาลจะพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อคณะลูกขุนเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัย (If the Jury Found, Beyond Reasonable Doubt) ว่าราคาที่สูงขึ้นนั้นเกิดจากปัจจัยหลาย ๆ ปัจจัยรวมกันไม่เฉพาะปัจจัยที่ร่วมกันกำหนดราคาเท่านั้น ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในประเด็นนี้และมีคำสั่งให้มีการตัดสินประเด็นข้อเท็จจริงโดยคณะลูกขุนอีก (A New Trial) ศาลอุทธรณ์ให้ความเห็นว่าการที่สินค้าขึ้นราคาโดยปัจจัยหลายปัจจัยรวมกันไม่ทำให้พฤติกรรมของจำเลยเป็นความผิดในตัวเอง ดังนั้น คณะลูกขุนต้องตัดสินว่าพฤติกรรมของจำเลยส่งเสริมการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน

ประเด็นกฎหมายในคดีนี้มีว่า หากการร่วมกันกำหนดราคาน้ำมันเกิดจากวัตถุประสงค์ของจำเลยที่ต้องการเพียงพยุงราคาน้ำมันให้มีเสถียรภาพ (To Stabilize The Price) จะมีผลต่อการตีความมาตรา 1 หรือไม่

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาว่า การที่ผู้ประกอบการร่วมกันกำหนดราคาในแนวนอนถือเป็นความผิดในตัวเอง (Illegal Per Se) โดยไม่ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์เบื้องหลังการกระทำของจำเลย โดยให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาไว้ ดังนี้

(1.1) จากคำพิพากษาคดี Trenton Potteries ศาลได้วางบรรทัดฐานว่า การประกอบธุรกิจ ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดแล้วค่อนข้างมาก (A Substantial Part of An Industry) ร่วมกันกำหนดราคา ก็ถือว่าได้มีการร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยมิชอบ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยมีวัตถุประสงค์ที่ดีหรือไม่ หรือราคาที่ร่วมกันกำหนดเป็นราคาที่พอสมควรหรือไม่หรือใช้วิธีการอย่างไรในการร่วมกันกำหนดราคา การร่วมกันกำหนดราคาของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งขันถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (Illegal Per Se)

(1.2) จำเลยอ้างคำพิพากษาในคดี Appalachian Coals และ คดี Chicago Board of trade ศาลฎีกาเห็นว่าคดี Appalachian Coals นั้นมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่มีแผนที่จะร่วมกันกำหนดราคาถ่านหิน แต่การที่พฤติกรรมของจำเลยมีผลต่อราคาถ่านหินเพราะเกิดจากความบังเอิญ (Conjectural) เพราะไม่มีการดำเนินตามแผนและศาลชั้นต้นยังมีอำนาจที่จะสั่งเกี่ยวกับแผนได้ หากแผนดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน ส่วนคดี Chicago Board of trade ไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่ามีการแทรกแซงกลไกราคาและไม่มีเป้าหมายและผลในการทำให้ระบบราคาสูงขึ้นเลยเป็นเพียงการควบคุมระยะเวลาการกำหนดราคาเท่านั้น

(1.3) จำเลยอ้างคำพิพากษาในคดี Trenton Potteries มีการตกลงกันให้สมาชิกที่มีอำนาจตลาด จำกัดการทำงานของการแข่งขันได้ แต่ในคดีนี้จำเลยเพียงแต่ซื้อน้ำมันในตลาดตามราคาตลาดเท่านั้น และมีเป้าหมายเพื่อกำจัดความชั่วร้ายของการแข่งขัน (Competition Evil) จำเลยยังต่อสู้อีกว่า จำเลยทั้งหมดรวมกันก็ไม่มีอำนาจมากพอที่จะกำหนดราคาน้ำมันในตลาดได้ แต่ศาลเห็นว่ามีหลักฐานที่เชื่อได้ว่าจำเลยตั้งใจจะพยุงราคาน้ำมันให้สูงขึ้นและสามารถทำได้จริง ศาลจึงเชื่อว่าโครงการซื้อน้ำมันของจำเลยสามารถพยุงราคาน้ำมันให้สูงขึ้นได้ และไม่จำเป็นคำนึงว่า การขาย ณ ราคาตลาดในขณะนั้น (Spot Market Sale) ยังมีการแข่งขันอยู่เพราะการซื้อน้ำมันของจำเลยได้จำกัดการแข่งขันในตลาดแล้ว

(1.4) การจำกัดความชั่วร้ายของการแข่งขัน ไม่ได้เป็นข้ออ้างว่าตนไม่ได้กระทำผิดกฎหมาย The Sherman Act หากจำเลยอ้างเช่นนั้นได้ กฎหมาย The Sherman Act ก็จะไม่มีความหมาย เพราะ The Sherman Act ไม่ได้มีเป้าหมายเฉพาะแต่เพียงการจำกัดการผูกขาดเท่านั้น แต่หมายถึงพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการที่เข้าไปแทรกแซงกลไกตลาด แม้ว่าจำเลยในคดีนี้จะไม่มีอำนาจเพียงพอในการควบคุมตลาด แต่การที่มีพฤติกรรมพยุงราคาน้ำมันก็เพียงพอแล้วที่จะถือได้ว่ามีการร่วมกันเข้าไปแทรกแซงกลไกราคา (They Tampered with Price Structures) และถึงแม้ว่า

ราคาที่จำเลยซื้อน้ำมันจะเป็นราคาที่ปรับเปลี่ยนไปตามราคาตลาดแต่เป็นราคาที่แน่นอน (Fixed Price) เพราะถือว่าเป็นราคาที่ถูกกำหนดร่วมกันโดยจำเลย[127]

(2) คดี United States v. Trenton Potteries Co.

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า บริษัท Trenton Potteries และบริษัทอื่น ๆ ตลอดจนปัจเจกบุคคลอื่น ๆ ที่ผลิตและจำหน่ายอุปกรณ์ของเครื่องสุขภัณฑ์ จัดตั้งสมาคมผู้ผลิตและค้าอุปกรณ์และได้มีการร่วมกันกำหนดราคาขายสินค่าและกำหนดรายชื่อผู้ค้าส่ง (Jobbers) ที่จะขายสินค้าให้กรรมการต่อต้านการแข่งขันฟ้องจำเลยในข้อหากระทำผิดมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act ในการดำเนินคดี ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นได้ตัดประเด็นที่ว่าการร่วมกันกำหนดราคาขายสินค้าและกำหนดราคาซื้อผู้ค้าส่งที่จะขายสินค้าให้ เป็นการจำกัดการแข่งขันที่สมเหตุสมผลหรือไม่ออกจากการพิจารณาของคณะลูกขุน (Jury) ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำสั่งของศาลชั้นต้นในประเด็นดังกล่าว กรมต่อต้านการผู้ขาดอุทธรณ์คำสั่งศาลอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา

ประเด็นกฎหมาย การที่ผู้ประกอบธุรกิจในแนวนอนร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (Illegal Per Se) หรือไม่

คำพิพากษาของศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา การที่ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันกำหนดราคาในแนวนอน (Horizontal Price Fixing Agreement) ถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง ให้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาให้เหตุผลประกอบ ดังนี้

ประการแรก แม้ว่าคำพิพากษาคดี Standard Oil และคำพิพากษาในคดี American Tobacco Co. ศาลฎีกาจะตัดสินว่า พฤติกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐที่ไม่สมเหตุสมผลเท่านั้นที่จะถูกห้ามโดยกฎหมาย The Sherman Act แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถร่วมกันกำหนดราคาสินค้าได้หากราคานั้นเป็นราคาที่สมเหตุสมผล

ประการที่สอง การพิจารณาว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐต่าง ๆ สมเหตุสมผลหรือไม่ ต้องพิจารณาจากข้อสันนิษฐานพื้นฐานของกฎหมาย The Sherman Act โดยมีข้อสันนิษฐานว่า ประโยชน์สาธารณะจะได้รับการปกป้องอย่างดีที่สุดจากความชั่วร้ายของการผูกขาดและการกำหนดราคาโดยรักษา “การแข่งขัน” ไว้ให้ดี ซึ่งเป้าหมายของการร่วมกันกำหนดราคาของงผู้ประกอบธุรกิจคือ การจำกัดรูปแบบของการแข่งขันรูปแบบหนึ่งออกไป อำนาจที่จะกำหนดราคาได้คืออำนาจที่ควบคุมตลาด และอำนาจที่กำหนดราคาที่ไม่ชอบธรรมได้

---

[127] ศักดา ธนิตกุล. (2551). ***คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.*** กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 146.

ประการที่สาม การที่ศาลจะตัดสินว่า พฤติกรรมใดผิดมาตรา 1 หรือไม่ผิดโดยการใช้เกณฑ์ว่า ราคาที่จำเลยได้ร่วมกันกำหนดนั้นเป็นราคาที่สมเหตุสมผลหรือไม่ จะทำไม่ได้เนื่องจากสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ความสมเหตุสมผลของราคาก็เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาเช่นกัน กฎหมาย The Sherman Act นอกจากจะห้ามการกระทำบางอย่างที่จะละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะแล้ว ยังจำกัดสิทธิที่จะนำไปสู่ผลที่ชั่วร้ายด้วย การร่วมกันกำหนดราคาจึงเป็นพฤติกรรมที่ถูกห้ามโดยกฎหมาย The Sherman Act ไม่ว่าราคาที่ร่วมกันกำหนดนั้นจะเป็นราคาที่สมเหตุสมผลหรือไม่ก็ตาม

ประการสุดท้าย จำเลยอ้างว่า คดี Chicago Board of trade ศาลฎีกาอนุญาตให้มีการควบคุมราคาได้นั้น เห็นว่ามีข้อเท็จจริงต่างกันมากเพราะในคดี Chicago Board of trade เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าของตลาด Chicago ซึ่งครอบคลุมตลาดเล็ก ๆ และการซื้อขายสินค้าซึ่งเป็นส่วนเล็ก ๆ ของปริมาณการซื้อขายต่อวันของตลาดดังกล่าวเท่านั้น คำพิพากษาคดีนี้ไม่ได้อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกัน ร่วมกันกำหนดราคาได้ในตลาดสินค้าที่เปิดกว้าง[128]

(3) คดี Uraium Antitrust Ligigation

Westinghouse Electric Corporation บริษัทเอกชนผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าของสหรัฐอเมริกามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1886 ได้ฟ้องร้องกลุ่มบริษัททั้งในและต่างประเทศ บริษัทต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ เครือรัฐออสเตรเลีย และประเทศแอฟริกาใต้ โดยบริษัทที่ถูกฟ้องเป็นบริษัทผู้ประกอบการอุตสาหกรรมยูเรเนียมเนื่องจากบริษัทต่างประเทศได้เข้าไปลงทุนในสหรัฐอเมริกาโดยใช้ยูเรเนียมเป็นแหล่งผลิตกระแสไฟฟ้า ซึ่ง Westinghouse Electric Corporation ฟ้องในข้อหาผูกขาดราคายูเรเนียมโดยมีพฤติกรรมร่วมกันดำเนินธุรกิจผูกขาดและเอาเปรียบ Westinghouse Electric Corporation จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงจากจำเลย ซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจต่างชาติหลายองค์กร ศาลรับไว้พิจารณา ปรากฏว่ามีจำเลยจำนวน 9 บริษัทต่างชาติไม่ยื่นคำให้การต่อสู้คดีและไม่มาปรากฏตัวในวัดนัด โจทก์จึงยื่นขอให้ศาลพิจารณาคดีโดยขาดนัด (Default Judgment) ต่อศาล ต่อมาบริษัทต่าง ๆ รวมทั้งบริษัทจำเลยทั้ง 9 ที่ขาดนัดมีการถ่ายโอนทรัพย์สิน โจทก์จึงขอคุ้มครองชั่วคราว (Injunction) ศาลมีคำสั่งอนุญาตเพราะมีการถ่ายโอนเงินไปจริง ศาลจึงออกคำสั่งห้ามชั่วคราวในการห้ามจำหน่ายหรือโอนทรัพย์สินออกนอกประเทศจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา (Temporary Restraining Order) ต่อมามีข้อโต้แย้งเรื่องอำนาจศาล โดยผู้โต้แย้งคือรัฐบาลของประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ เครือรัฐออสเตรเลีย และประเทศแอฟริกาใต้ ยื่นคำคัดค้านในเรื่องเขตอำนาจศาล

---

[128] เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

โดยปกติแล้วในระบบศาลของประเทศไทยผู้ที่ไม่ใช่คู่ความในคดีไม่มีสิทธิยกเรื่องเขตอำนาจขึ้นสู้ แต่กรณีสหรัฐอเมริกาใช้หลัก (Amici Briefs) คือ หลักผู้ที่ไม่ใช่คู่ความสามารถตั้งคำถามหรือเสนอข้อมูลเพื่อให้ศาลพิจารณาได้ ประเด็นหลักเรื่องเขตอำนาจศาล คือ เรื่องนี้มีการร่วมกันฉ้อโกงโดยการร่วมกันกำหนดราคาแร่ยูเรเนียม โดยมีบริษัทในสหรัฐอเมริกาและนอกสหรัฐอเมริการ่วมมือกัน แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกำหนดราคาแร่ยูเรเนียมนี้จะถูกนำไปใช้ที่ฝรั่งเศส คำถามของแต่ละประเทศ คือ เมื่อความผิดจะไปเกิดที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว สหรัฐอเมริกาเสียหายอะไร ซึ่งหลักกฎหมายที่สหรัฐอเมริกาใช้ คือ The Sherman Act กล่าวคือ การกระทำที่เกิดขึ้นนอกสหรัฐอเมริกาจะไม่ถูกยอมรับ แต่ในเรื่องของ American Banana Co. V. United Fruit Co., 213 U.S. 347 การกระทำเกิดขึ้นนอกสหรัฐอเมริกา แต่การกระทำส่วนหนึ่งอยู่ในสหรัฐอเมริกา และผู้เสียหายคือ บริษัท Westinghouse Electric Corporation ซึ่งอยู่ในสหรัฐอเมริกา อันนี้ศาลรับพิจารณาได้ รวมถึงฎีกาเรื่อง Timkin Roller Beaeing Co. V. United States ศาลสหรัฐอเมริกาได้เรียนรู้หลัก Intended Effect คือ หลักตั้งใจให้เกิดผลกระทบ ในกรณีนี้ ศาลก็อาจรับคดีที่มูลแห่งคดีไม่ได้เกิดในประเทศตนมารับพิจารณาได้

กลับมาที่ประเด็นคำถามของรัฐบาลต่างประเทศ คือ รัฐบาลต่างประเทศสงสัยว่าเขตอำนาจศาลควรพิจารณาที่สถานที่ที่มูลคดีเกิดหรือสถานที่ที่ผลแห่งการกระทำนั้นมันควรเกิดไม่ใช่หรือ ดังนั้น เมื่อบริษัทโจทก์ที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาก็ไม่รู้ว่าเขาไปประชุมกันที่ไหน อีกทั้งไม่อาจรู้ได้ว่าผลของการกระทำนั้นจะไปเกิดที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสอีก แล้วศาลสหรัฐอเมริกาจะมีอำนาจพิจารณาคดีนี้ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้คำอธิบายไว้ว่า แม้ราคาที่ตั้งขึ้นจะเอาไปใช้ที่สาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่การร่วมกันกำหนดราคานั้น จะส่งผลต่อการกำหนดราคาของตลาดแร่ยูเรเนียมในสหรัฐอเมริกา เพราะอาจต้องสู้ราคากัน ศาลจึงมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาได้ ศาลพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเป็นสามเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง และกำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าฤชาธรรมเนียมและค่าทนายความแก่โจทก์ด้วย[129]

3.1.2.2 เครือรัฐออสเตรเลีย

เครือรัฐออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพและมีพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันเรื่อยมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และมีการใช้มาตรการทางกฎหมาย เพื่อแก้ไขปัญหาการผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจ โดยประเทศไทยได้รับเอาหลักการบางส่วนของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลียมาบัญญัติในกฎหมายไทยด้วย ดังนั้น การศึกษาถึงรายละเอียดของกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียจึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการ

---

[129] In re Uranium Antitrust Litigation, 473 F. Supp. 382 (N.D.Ill. 1979), modified 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980).

นำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เพื่อจะได้นำมาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายการแข่งขันทาการค้าให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

1) ความเป็นมาของกฎหมาย

เครือรัฐออสเตรเลียได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าเป็นฉบับแรก เมื่อปี ค.ศ. 1906 มีชื่อว่า Australian Industries Preservation Act กฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้บุคคลใด ตกลงทำสัญญาหรือรวมตัวกันหรือสมคบกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือพาณิชยกรรม หากฝ่าฝืนจะถูกลงโทษทางอาญา คือ จำคุกหรือปรับ และให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย อันเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเรียกค่าเสียหายได้ถึงสามเท่า โดยการตรากฎหมายฉบับนี้ได้รับ อิทธิพลมาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่มีปัญหาในการบังคับใช้เป็นอย่างมาก ในช่วงต้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1965 จึงได้มีการตรากฎหมายใหม่ขึ้นมา ชื่อ The Trade Practices Act (TPA) เป็นกฎหมายที่ให้แนวทางแก้ปัญหาผูกขาดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีเจตนารมณ์ ในการรักษาไว้ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าและการพาณิชยกรรมของเครือรัฐออสเตรเลีย กฎหมายฉบับนี้ ได้มีหลักการในการควบคุมการผูกขาดและปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้า โดยการเข้าควบคุมเป็นรายกรณี ซึ่งมีหลักว่ากฎหมายจะไม่ห้ามบรรดาผู้ประกอบการทั้งหลายที่จะ ทำความตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือธุรกิจ แต่ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องแจ้งถึง ข้อตกลงดังกล่าวให้ทางราชการทราบเพื่อขึ้นทะเบียนไว้ หากทางราชการตรวจพบภายหลังว่า การตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดผลอันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมแล้ว ก็จะถือว่า เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย[130]

The Trade Practices Act (TPA) เป็นกฎหมายที่ใช้แนวทางการแก้ปัญหาการผูกขาด ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันทางการค้าและ การพาณิชยกรรมของเครือรัฐออสเตรเลียโดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

(1) เพื่อทำให้เกิดการแข่งขันที่เข้มแข็งของวิสาหกิจเอกชนในหลายระดับของ การผลิตและการจำหน่ายสินค้าอุตสาหกรรมและในสินค้าเพื่อบริโภคและบริการ

(2) เพื่อทำให้สถานะของผู้บริโภคมีความเข้มแข็งต่อบรรดาผู้ผลิตและผู้จำหน่าย เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคและเพื่อประโยชน์ต่อกระบวนการแข่งขัน เพราะผู้ผลิตและผู้จำหน่าย จะทำการแข่งขันในด้านราคาและคุณภาพมากขึ้น

---

[130] ภูชิต โมกขมรรคกุล. (2543). ***กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย.*** รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 72.

ต่อมาในปี ค.ศ. 2010 มีการออกกฎหมายฉบับใหม่ คือ The Competition and Consumer Act 2010 โดยเป็นการรวบรวมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเข้าด้วยกัน[131]

2) บทบัญญัติของกฎหมาย

พฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขัน (Anti-competitive Practices) ที่ถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติอยู่ในหมวด 4 ของ The Competition and Consumer Act 2010 ได้บัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันครอบคลุมการกระทำ ดังต่อไปนี้

(1) การตกลงร่วมกันเพื่อจำการแข่งขัน

บัญญัติไว้โดยเฉพาะในส่วนที่ 1 ของหมวดที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 44ZZRA-44ZZRV โดยห้ามการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การร่วมกันกำหนดราคา หารร่วมกันประมูล การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ และการจำกัดปริมาณผลผลิตของสินค้า เป็นต้น[132]

มาตรา 44ZZRA วางหลักว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งขันกัน จะต้องไม่กระทำการหรือก่อให้เกิดผลกระทบในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกัน หรือดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน ที่เป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยมีรูปแบบ ดังนี้

ก) กำหนดราคา หรือ

ข) จำกัดปริมาณผลผลิต หรือ

ค) การแบ่งส่วนลูกค้า ตัวแทนจำหน่ายหรือพื้นที่การประกอบธุรกิจ หรือ

ง) การร่วมมือกันในการเสนอประมูล

ซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้ที่เป็นหรือมีแนวโน้มจะเป็นผู้แข่งขันกัน[133]

---

[131] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 150.

[132] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 151.

[133] The Competition and Consumer Act 2010. Section 44ZZRA Simplified outline

The following is a simplified outline of this Division:

This Division sets out parallel offences and civil penalty provisions relating to cartel conduct.

A corporation must not make, or give effect to, a contract, arrangement or understanding that contains a cartel provision.

A cartel provision is a provision relating to:

(a) price-fixing; or

(b) restricting outputs in the production and supply chain; or

(c) allocating customers, suppliers or territories; or

ความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 44ZZRD ซึ่งมีลักษณะ คือ

(1) การกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันโดยการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือ ทำความเข้าใจระหว่างกัน จะเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน เมื่อ

(1.1) ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้ทั้งหมด

(ก) เงื่อนไขของเป้าหมายหรือผลกระทบเป็นตามที่ระบุในข้อ (2)

(ข) เงื่อนไขของเป้าหมายเป็นไปตามที่ระบุในข้อ (3) และ

(1.2) ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของการแข่งขันที่ระบุในข้อ (4)

(2) การกระทำจะเป็นไปตามเงื่อนไงของเป้าหมายหรือผลกระทบ ต่อเมื่อการกระทำนั้นมีเป้าหมายหรือมีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อ

(2.1) การกำหนด ควบคุม รักษา หรือ

(2.2) จัดให้มีการกำหนด ควบคุม หรือรักษา สำหรับราคา ส่วนลด ส่วนแบ่งเงินคืน หรือสินเชื่อที่เกี่ยวกับ

(2.3) สินค้าหรือบริการที่จัดให้มีขึ้น หรือมีแนวโน้มว่าจะจัดให้มีขึ้นโดยผู้เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

(2.4) สินค้าหรือบริการที่ได้รับ หรือมีแนวโน้มว่าจะรับจากผู้เข้าร่วมทำสัญญาการดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ[134]

(d) bid-rigging;

by parties that are, or would otherwise be, in competition with each other.

[134] 44ZZRD Cartel provisions

(1) For the purposes of this Act, a provision of a contract, arrangement or understanding is a cartel provision if:

(a) either of the following conditions is satisfied in relation to the provision:

(i) the purpose/effect condition set out in subsection (2);

(ii) the purpose condition set out in subsection (3); and

(b) the competition condition set out in subsection (4) is satisfied in relation to the provision.

Purpose/effect condition

(2) The purpose/effect condition is satisfied if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, of directly or indirectly:

(a) fixing, controlling or maintaining; or

(b) providing for the fixing, controlling or maintaining of;

(3) การกระทำที่จะเป็นไปตามเงื่อนของเป้าหมาย คือ การกระทำที่มีเป้าหมายโดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อ

(3.1) การป้องกัน กีดกัน หรือจำกัด

(ก) การผลิตหรือการมีแนวโน้มที่จะผลิตสินค้าโดยผู้ใดก็ตามที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

(ข) ความสามารถในการผลิตหรือแนวโน้มของความสามารถในการผลิตของผู้ใดก็ตามที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

(3.2) การแบ่งสรรระหว่างบุคคลใดก็ตามที่เข้าร่วมสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน เกี่ยวกับ

(ก) บุคคลหรือระดับของบุคคลที่จะได้รับหรือมีแนวโน้มว่าจะได้รับสินค้าหรือบริการจากบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน

(ข) บุคคลหรือระดับของบุคคลที่จะจัดหาหรือมีแนวโน้มว่าจะจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน

(ค) พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการจัดหาหรือมีแนวโน้มว่าจะมีการจัดหาหรือสินค้าหรือบริการ โดยบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ

(ง) พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการได้รับหรือมีแนวโน้มว่าจะมีการรับสินค้าหรือบริการ จากบุคคลใดที่เข้าร่วมทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน หรือ[135]

---

the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to:

(c) goods or services supplied, or likely to be supplied, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(d) goods or services acquired, or likely to be acquired, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

[135] 44ZZRD Cartel provisions

(3) The purpose condition is satisfied if the provision has the purpose of directly or indirectly:

(a) preventing, restricting or limiting:

(i) the production, or likely production, of goods by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(3.3) การยืนยันว่าเมื่อมีการประมูลที่เกี่ยวกับการจัดหาหรือการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการแล้ว

(ก) ผู้เข้าร่วม 1 รายหรือหลายรายในการทำสัญญาการดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่ผู้เข้าร่วม 1 รายหรือหลายรายอื่นจะไม่กระทำด้วย หรือ

(ข) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญาการดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายที่เข้าประมูลนั้นมีแนวโน้มว่าจะประสบคามสำเร็จมากกว่ารายอื่น หรือ

(ค) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญาการดำเนินการร่วมกันหรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายอื่นจะไม่ดำเนินการประมูลจนกว่ามีการสิ้นสุดกระบวนการประมูล หรือ

(ง) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญาการดำเนินการร่วมกันหรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่ผู้เข้าร่วมอย่างน้อย 2 รายนั้นจะดำเนินการประมูลบนพื้นฐานว่าอีกรายหนึ่ง มีแนวโน้มว่าจะประสบความสำเร็จมากกว่ารายอื่น หรือ

(จ) ผู้เข้าร่วม 2 รายหรือหลายรายในการทำสัญญาการดำเนินการร่วมกันหรือทำความเข้าใจระหว่างกันจะเข้าประมูล แต่สาระสำคัญของผู้เข้าร่วมอย่างน้อยหนึ่งรายจะดำเนินการได้

(ii) the capacity, or likely capacity, of any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding to supply services; or

(iii) the supply, or likely supply, of goods or services to persons or classes of persons by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(b) allocating between any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding:

(i) the persons or classes of persons who have acquired, or who are likely to acquire, goods or services from any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(ii) the persons or classes of persons who have supplied, or who are likely to supply, goods or services to any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(iii) the geographical areas in which goods or services are supplied, or likely to be supplied, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(iv) the geographical areas in which goods or services are acquired, or likely to be acquired, by any or all of the parties to the contract, arrangement or understanding; or

(4) การกระทำที่จะเป็นไปตามเงื่อนไขของการแข่งขัน คือ ผู้เข้าร่วมอย่างน้อย 2 ราย ในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกัน

(4.1) ได้กระทำหรือมีแนวโน้มว่าจะกระทำ หรือ

(4.2) ในการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกันมีการแข่งขันแต่ละราย

การกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในลักษณะข้างต้นนี้ ผู้กระทำอาจจะต้องรับผิดทั้งในทางแพ่งและทางอาญาตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย[136]

(2) การตกลงในลักษณะต่าง ๆ ของผู้ประกอบการอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน (Contracts, arrangements or understandings that restrict dealings or affect competition)

พฤติกรรมการตกลงข้างต้น ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 45 โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจการทำการร่วมกันในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกัน (Contracts) หรือดำเนินการร่วมกัน (Arrangements) หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน (Understandings) โดยมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก (Substantially lessen Competition) หรือเพื่อจำกัดหรือปฏิเสธ

---

[136] 44ZZRD Cartel provisions

(c) ensuring that in the event of a request for bids in relation to the supply or acquisition of goods or services:

(i) one or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but one or more other parties do not; or

(ii) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but at least 2 of them do so on the basis that one of those bids is more likely to be successful than the others; or

(iii) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but not all of those parties proceed with their bids until the suspension or finalisation of the request for bids process; or

(iv) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid and proceed with their bids, but at least 2 of them proceed with their bids on the basis that one of those bids is more likely to be successful than the others; or

(v) 2 or more parties to the contract, arrangement or understanding bid, but a material component of at least one of those bids is worked out in accordance with the contract, arrangement or understanding.

(4) The competition condition is satisfied if at least 2 of the parties to the contract, arrangement or understanding:

(a) are or are likely to be; or

(b) but for any contract, arrangement or understanding, would be or would be likely to be;

in competition with each other.

การติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ (Exclusionary Provisions) ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการวางหลักที่มีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมถึงการทำสัญญา การดำเนินการร่วมกัน หรือการทำความเข้าใจระหว่างกันในเรื่องใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก หรือที่เป็นการปฏิเสธการติดต่อทางธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น

(3) ข้อตกลงที่กระทบต่อการแข่งขัน (Covenants Affecting Competition) บัญญัติอยู่ใน มาตรา 45A วางหลักว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบการทำความตกลงร่วมกัน (Arrangements) หรือทำความเข้าในระหว่างกัน (Understandings) เพื่อกำหนดราคาของสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือเพื่อควบคุมราคาของสินค้าหรือบริการ เช่น ร่วมกันกดราคา หรือบีบราคาสินค้า เป็นต้น มาตรา 45B วางหลักว่า ข้อตกลงที่เป็นการให้สิทธิหรือประโยชน์ หรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจ จะไม่มีผลบังคับหากมีผลกระทบทำให้การแข่งขันลดลงเป็นอย่างมาก

(4) การกำหนดราคาขายปลีก (Resale price maintenance)

ในมาตรา 48 บัญญัติห้ามมิให้ใช้วิธีการกำหนดราคาขายปลีก โดยห้ามกำหนดราคาที่ต่ำจนเกินไปทำให้ผู้ค้าปลีกไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ เนื่องจากหากมีการกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำไว้แล้ว จะเป็นการจำกัดการแข่งขันด้านราคาในตลาด รวมถึงเป็นการรักษาระดับราคาที่สูงเอาไว้ด้วย

ผู้ส่งสินค้าจะกำหนดราคาของสินค้าให้ผู้ขายสินค้านั้นขายสินค้าตามราคาหรือไม่ต่ำกว่าราคาที่ผู้ส่งสินค้าเป็นผู้กำหนด ส่วนมากจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตสินค้ากำหนดราคาขายของสินค้าต่อผู้ขายส่งว่าจะต้องไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้ขายปลีกในราคาต่ำกว่าที่กำหนดไว้ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้ผลิตหรือผู้ขายส่งกำหนดราคาสินค้าให้ผู้ขายตามราคาที่กำหนด หรือไม่ต่ำกว่าราคาที่กำหนด พฤติการณ์เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการกำหนดราคาในแนวตั้ง (Vertical Price Fixing) เป็นการกำหนดราคาสินค้าแก่ผู้ค้าโดยตรง การปฏิบัติเช่นนี้เป็นการจำกัดอำนาจอิสระของผู้ค้าในการกำหนดราคาขายตามที่เห็นสมควร ซึ่งเป็นการควบคุมผู้ค้าในตลาดของสินค้าชนิดนั้น และจำกัดอำนาจประกอบธุรกิจของผู้ค้าไปด้วยในตัว เป็นสิ่งที่ไม่ควรจะเกิดขึ้นในการค้าระบบเสรี ยกตัวอย่างคดี Trade Practices Commission v. Still Chain Saw (Oust) Pty.Ltd. ศาลตัดสินว่าการที่กฎหมายห้ามมิให้มีการกำหนดราคาขายปลีกก็ด้วยเหตุที่ว่า จะต้องรักษาสภาพการแข่งขันของบรรดาพ่อค้าขายปลีก ให้สามารถกำหนดราคาสินค้าด้วยตัวเอง ไม่ต้องถูกบังคับให้ขายตามราคาที่ผู้ขายส่งกำหนด อันจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าในราคาที่เหมาะสมตามสภาพของตลาดได้[137]

---

[137] ภูชิต โมกขมรรคกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 73.

ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางรูปแบบมีข้อยกเว้นให้สามารถกระทำได้หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและมีความเชื่อที่ว่าการแข่งขันจะนำไปสู่การมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและเพิ่มพูนความเป็นอยู่ของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้เกิดผลดีต่อผู้บริโภค กฎหมายจึงต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ ซึ่งใน The Competition and Consumer Act 2010 ได้มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นสำหรับการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ 2 รูปแบบ ได้แก่ การขออนุญาต (Authorization) และการมีหนังสือแจ้ง (Notification) โดยอำนาจพิจารณาอนุญาตและรับแจ้งเป็นของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครอบผู้บริโภค (ACCC) ของเครือรัฐออสเตรเลีย[138]

(1) การขออนุญาต (Authorization)

ระบบการขออนุญาตนี้มีขึ้นด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งในตลาดสินค้าหรือบริการ อาจเกิดประโยชน์สาธารณะได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากว่าประโยชน์สาธารณะมีมากกว่าผลเสียของการแข่งขัน

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่สามารถขออนุญาตเพื่อกระทำได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 44ZZRM โดยระบุว่าการกระทำข้อตกลงที่จะไม่ต้องรับโทษทางอาญาตามมาตรา 44ZZRF และได้รับยกเว้นโทษทางแพ่ง ตามมาตรา 44ZZRJ คือ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่ระบุในมาตรา 44ZZRD ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งได้ทำสัญญาโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า เนื้อหาในสัญญาจะไม่มีผลบังคับใช้จนกว่าจะได้รับการอนุญาตให้สัญญานั้นมีผลได้ และบริษัทผู้เข้าร่วมสัญญาได้ยื่นคำขออนุญาตภายใน 14 วันนับตั้งแต่วันทำสัญญา ทั้งนี้ การขออนุญาตเพื่อจะได้รับยกเว้นสำหรับการกระทำที่มีโทษทางแพ่ง ผู้ขออนุญาตมีภาระการพิสูจน์ถึงองค์ประกอบที่จะได้รับยกเว้นด้วย[139]

(2) การมีหนังสือแจ้ง (Notification)

ผู้ประกอบการสามารถใช้วิธีการแจ้งต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลียได้ โดยจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้ให้ใช้วิธีการแจ้งสำหรับกรณีการร่วมเจรจาต่อรอง (Collective Bargaining) ตามมาตรา 93AB เนื่องจากในบางอุตสาหกรรมการเข้าร่วมกันของผู้ประกอบการรายเล็กจะสามารถต่อรองกับผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ ซึ่งหากผู้ประกอบการรายเล็กรายเดียวจะขาดอำนาจต่อรอง ทั้งนี้

---

[138] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 158.

[139] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 158.

การร่วมเจรจาต่อรองในระดับหนึ่งอาจเป็นการลดการแข่งขัน แต่ในอีกระดับหนึ่งสำหรับกรณีที่การต่อรองไม่นานจนเกินไป จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กสามารถเจรจากับผู้ประกอบการรายใหญ่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น จึงเป็นเหตุผลที่ควรให้มีการยกเว้นให้กับการร่วมเจรจาต่อรองด้วย[140]

(3) การบังคับใช้กฎหมายและการฟ้องคดี

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลียมีเจตนารมณ์ให้ผู้ประกอบธุรกิจแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ผู้ประกอบธุรกิจสามารถตัดสินใจทางธุรกิจได้ด้วยเองโดยไม่ถูกเงื่อนไขบังคับจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น รวมถึงให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติอย่างเป็นธรรม

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค่าของเครือรัฐออสเตรเลีย มีทั้งโทษทางแพ่งและทางอาญา ดั้งนั้น ผู้กระทำผิดอาจต้องถูกดำเนินการทั้งทางแพ่งและทางอาญาคู่ขนานกันไป หรือถูกดำเนินคดีอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้องค์กรที่ใช้บังคับกฎหมายมี 2 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมการด้านการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) เป็นองค์กรอิสระ ซึ่งมีบทบาทในการคุ้มครองผู้บริโภค กำกับดูแลการแข่งขัน ส่งเสริมความเป็นธรรมในธุรกิจ รวมถึงการนำคดีขึ้นสู่ศาล[141] และสำนักงานอัยการสูงสุด (Commonwealth Director of Public Prosecutions: CDPP) โดยทางสำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่ดำเนินคดีอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค มีหน้ารับผิดชอบในการค้าหากการกระทำที่เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและรวบรวมหลักฐาน และระบุถึงพฤติกรรมร้ายแรงเพื่อส่งให้สำนักอัยการสูงสุดดำเนินคดีอาญา โดยอำนาจในการดำเนินคดีแพ่งก็ตกแก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภค

(4) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

(4.1) คดี Power Transformers Cartel

ผู้ผลิตและผู้จำหน่ายหม้อแปลงไฟฟ้ารายใหญ่ของเครือรัฐออสเตรเลียได้มีส่วนร่วมในการกำหนดราคา รวมหัวกันประมูล และแบ่งตลาดภายในประเทศซึ่งมีมูลค่าตลาดรวมกว่า 160,000 เหรียญสหรัฐต่อปี โดยลูกค้าต่างได้รับผลกระทบจากการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในครั้งนี้รวมไปถึงบริษัทจัดส่งไฟฟ้าขนาดใหญ่ทั่วทั้งเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นบริษัทของสาธารณะ จึงส่งผลให้ผู้บริโภคชาวออสเตรเลียต้องจ่ายค่าไฟในราคาที่สูงขึ้นโดยการตกลงร่วมกันนี้กระทำโดยเหล่าผู้บริหารใหญ่ของบริษัทต่าง ๆ ที่มีการประชุมกันอย่างลับ ๆ

---

[140] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 163.

[141] S. g. coroner. (2006). ***Competition Law Australia*** (4th ed). Sydney: Lawbook. p.90.

ในโรงแรมสนามบิน และที่พักส่วนตัวในหลายพื้นที่ทั่วทั้งเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งการประชุมนี้ได้ก่อให้เกิดสัญญามูลค่าหลายล้านเหรียญสหรัฐ โดยมีการรวมหัวกันประมูลอย่างน้อย 27 ครั้ง ในระหว่างปี ค.ศ. 1993-1999 ทั้งนี้ จากการศึกษาของมหาวิทยาลัยแห่งชาติออสเตรเลียพบว่า การตกลงร่วมกันในคดีนี้ได้รับผลประโยชน์เพิ่มเติมจากปกติเป็นจำนวนกว่า 80,000,000 ล้านเหรียญสหรัฐ

ศาลตัดสินลงโทษปรับมูลค่ากว่า 35,000,000 เหรียญสหรัฐกับบริษัทที่เข้าร่วมการตกลงและผู้บริหารบางส่วน ทั้งนี้ มีการลงโทษปรับผู้บริหารรายใหญ่เป็นรายบุคคลอีกจำนวนกว่า 1,000,000 เหรียญสหรัฐ[142]

(4.2) คดี Marine Hose Cartel

คดีนี้มีการตกลงร่วมกันกำหนดราคา รวมหัวกันประมูล และแบ่งเขตตลาดระหว่างบริษัทต่างประเทศที่เป็นผู้จัดจำหน่ายอย่างที่ใช้ส่งน้ำมันและก๊าซจากแหล่งผลิตไปยังเรือบรรทุกน้ำมันนอกชายฝั่งทะเล ซึ่งบริษัทที่เกี่ยวข้องรวมทั้งสิ้น 4 บริษัท ได้ร่วมกันแบ่งงานและรวมหัวกันประมูลในแต่ละงานโดยบริษัทเหล่านี้ใช้รหัสลับเรียกขานระหว่างกันเพื่อปิดบังการกระทำของตนเอง ในคดีนี้การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในระดับนานาชาติ และการประมูลครั้งสำคัญได้จัดขึ้นในต่างประเทศ แต่การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลมีขึ้นได้ในเครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งได้รับผลกระทบจากการร่วมกันตกลงครั้งนี้ หลังจากมีการดำเนินคดีจากองค์กรแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่นแล้ว ในปี ค.ศ. 2010 ศาลยุติธรรมแห่งเครือรัฐออสเตรเลียได้มีคำสั่งให้บริษัทที่ร่วมกันกระทำความผิดห้ามทำผิดซ้ำอีก และลงโทษปรับเป็นจำนวน 8,000,000 เหรียญสหรัฐ[143]

3.1.3 กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

3.1.3.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น

1) ที่มา สาระสำคัญ และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ในอดีตประเทศญี่ปุ่นไม่มีนโยบายทางเศรษฐกิจในอันที่จะส่งเสริมให้ผู้ประกอบการทำการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี โดยรัฐบาลในสมัยนั้นได้มีการผูกขาดทางการผลิตและการค้า แต่เมื่อเวลาผ่านไปรัฐบาลญี่ปุ่นก็ได้อนุญาตให้เอกชนสามารถเข้ามามีบทบาทในระบบตลาดของประเทศได้ ส่วนรัฐบาลก็ลดบทบาทลงเป็นเพียงผู้ให้การช่วยเหลือให้คำแนะนำตลอดจนให้ความคุ้มครอง และเพื่อให้เอกชนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐบาลจึงได้ออกกฎหมายสนับสนุนให้เอกชนประกอบกิจการในรูปแบบ Cartel ซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มบริษัท

---

[142] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 165.

[143] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 166.

ที่ตกลงราคาขายร่วมกันเพื่อไม่ให้มีการแข่งขันกัน เช่นนี้จึงทำให้เอกชนมีอำนาจในการกำหนดราคา จำกัดจำนวนการผลิต และส่วนแบ่งตลาดการค้า และยังมีการสร้างกลุ่มธุรกิจขึ้นมากมายโดยเรียกกลุ่มธุรกิจเหล่านั้นว่า Zaibatsu ซึ่งมี 4 กลุ่ม รวมทุนประมาณร้อยละ 25 ของทุนที่มีอยู่ในประเทศญี่ปุ่นทั้งหมด

กระทั่งในปี ค.ศ. 1920 เป็นต้นมา ประเทศญี่ปุ่นได้มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายทางเศรษฐกิจใหม่และเกิดแนวคิดที่จะสร้างตลาดเสรีขึ้น โดยเมื่อ Zaibatsu ได้ล่มสลายลงในปี ค.ศ. 1947 ประเทศญี่ปุ่นจึงได้ตรากฎหมาย Antimonopoly Act ขึ้น เพื่อป้องกันการกลับมารวมกลุ่มของ Zaibatsu อีกครั้ง หลังจากมีการประกาศใช้ได้ไม่นานก็เกิดกระแสต่อต้านกฎหมายจากภาคธุรกิจว่ามีกฎเกณฑ์เข้มงวดมากเกินไป จึงได้มีมาตรการผ่อนปรนกฎเกณฑ์ในกฎหมาย Antimonopoly Act ซึ่งถือว่าในปี ค.ศ. 1950 นี้เป็นยุคที่ไม่มีคนยอมรับ ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 เศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทำให้ทุกคนสนใจแต่เรื่องธุรกิจของตนเองและไม่สนใจกฎหมาย Antimonopoly Act ต่อมาในปี ค.ศ. 1970 ประเทศญี่ปุ่นเกิดวิกฤตน้ำมัน (Oil Crisis) ก่อให้เกิดการฮั้วราคากันขึ้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 ได้นำระบบเปรียบเทียบรายได้ที่เกิดจากการฮั้วราคามาใช้ แต่กลับเกิดปัญหา คือ ทำให้ไม่มีการพัฒนาอุตสาหกรรม เพราะหลังจากเกิดวิกฤติน้ำมัน มีธุรกิจบางกลุ่มขายไม่ได้ จึงไม่มีการพัฒนาในระบบเศรษฐกิจ เป็นผลให้ต้องปรับแก้กฎหมายให้มีการฮั้วราคากันได้ในสินค้าพื้นฐาน

ในช่วงปี ค.ศ. 1980 รัฐบาลได้มีการดำเนินนโยบายทางการแข่งขันทางการค้าและนโยบายทางอุตสาหกรรมควบคู่กัน เพื่อมุ่งเน้นในการพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งได้ต้นแบบมาจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตาม การที่ญี่ปุ่นได้ดุลการค้าจากสหรัฐอเมริกามากทำให้เกิดการขัดแย้งทางการค้า จึงมีการเจรจาเพื่อปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจให้สอดคล้องกัน ประเทศญี่ปุ่นจึงแก้ไขกฎหมาย Antimonopoly Act ให้เข้มแข็งขึ้น โดยการเพิ่มค่าปรับเป็น 4 เท่าตัว และมีการยกเลิกประกาศ กฎกระทรวงที่มีการผ่อนปรนการฮั้วราคา ในยุคนี้เกิดการยอมรับจากสังคมและธุรกิจเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า Antimonopoly Act นี้ เพิ่งได้มีการบังคับใช้อย่างจริงจังเมื่อภายหลังสถานการณ์วิกฤตทางเศรษฐกิจเมื่อปี ค.ศ. 1990 นี้เอง [144]

หลักการสำคัญของ Antimonopoly Act มีดังนี้[145]

---

[144] Yasuda Nobuyuki. (2003). ***The Evolution of Competition Law in Southeast Asian Countries.*** Globalization and Law in Asia International Institute for the Sociology of Law. p.2

[145] Hiroshi Iyori. (1995). A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the international harmonization of competition law. ***Pacific Rim Law & Policy Journal,*** 4 (1), p.66.

(1) ห้ามการผูกขาดโดยเอกชน การรวมตัวกันภายในประเทศและต่างประเทศ การจัดทำข้อตกลงที่ไม่ให้เกิดการแข่งขัน และการก่อตั้งบริษัทเพื่อควบคุมสมาคมและบริษัทโฮลดิ้ง

(2) จำกัดการควบรวมกิจการ การถือหุ้นโดยสถาบันทางการเงิน การเป็นเจ้าหนี้ขององค์กร และการถ่ายโอนการบริหารระหว่างบริษัท

(3) เพิ่มขีดความสามารถของรัฐบาลในการออกคำสั่งแก่ผู้ประกอบการที่ละเมิดกฎหมายและกำหนดค่าปรับกับนักธุรกิจและนิติบุคคล

(4) ทำการอนุญาตให้แก่สมาคมการค้าขนาดเล็ก

(5) ก่อตั้ง Fair Trade Commission (FTC) ขึ้นในฐานะคณะกรรมการอิสระที่บังคับใช้ Antimonopoly Act

2) บทบัญญัติกฎหมาย

พฤติกรรมที่จัดว่าเป็นการกระทำการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่ง Antimonopoly Act ความว่า “ผู้ประกอบการทุกรายจะต้องไม่ผูกขาดตลาดหรือไม่จำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควร” ซึ่งมาตรา 2 (6) แห่ง Antimonopoly Act บัญญัตินิยามคำว่าจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควรไว้ว่า “การจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันสมควร” หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการร่วมกันไม่ว่าโดยการทำสัญญาข้อตกลง หรือวิธีการอื่น ๆ ในการที่จะจำกัดพฤติกรรมร่วมกันเพื่อที่จะ

(1) กำหนด รักษาหรือขึ้นสินค้า

(2) จำกัดปริมาณการผลิต การถ่ายทอดเทคโนโลยี ปัจจัยการผลิต หรือลูกค้าอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด[146]

การจำกัดทางการค้าโดยปราศเหตุผลอันสมควร (Unreasonable Restraint of Trade) แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ ความตกลงการค้าในแนวนอน (Horizontal Agreement) และความตกลงการค้าในแนวตั้ง (Vertical Agreement) โดยในกฎหมายป้องการผูกขาดของญี่ปุ่น มาตรา 2 (6) ได้รวมข้อตกลงทั้งในแนวนอนและแนวตั้งไว้ด้วยกัน จากคำจำกัดความข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้การห้ามการรวมกลุ่มเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) และการห้ามการสมคบกันในการประมูล (Bid-Rigging) ซึ่งเป็นการจำกัดการค้าในแนวนอน โดยจากสถิติการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องเมื่อปี ค.ศ. 2001 ทั้งสิ้นจำนวน 42 คดี พบว่า เป็นเรื่องการจำกัดทางการค้าโดยปราศจาก

---

[146] สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2544). ***โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆเพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก.*** รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. หน้า 1-23.

เหตุผลอันสมควรถึง 39 คดี โดยเป็นเรื่องการสมคบกันในการประมูล (Bid-Rigging) 36 คดี และการร่วมมือกันกำหนดราคา (Price Cartel) 3 คดี

FTC ได้ตีความมาตรา 2 (6) ให้รวมไปถึงการจำกัดการค้าในแนวตั้งด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำความตกลงเกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (Distribution Agreement) ระหว่างผู้ผลิตที่อยู่ในต่างประเทศและผู้จำหน่ายสินค้าภายในประเทศ โดยออกแนวทางการพิจารณา (Guideline) ความตกลงการจัดจำหน่ายสินค้าที่อาจถือว่าขัดกับกฎหมายตาม มาตรา 2 (6) ว่ารวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายตกลงกันว่าผู้จัดจำหน่ายจะไม่นำเข้าสินค้าที่เป็นสินค้าคู่แข่งของผู้ผลิตนั้นเข้ามาขายในญี่ปุ่น

(2) ผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายตกลงกันว่าผู้ผลิตจะไม่ขายสินค้าให้แก่ผู้จัดจำหน่ายรายใหม่ เพื่อป้องกันการเข้าสู่ตลาดของผู้จัดจำหน่ายรายใหม่

(3) ผู้ผลิตวัตถุดิบและผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูป (Finished Products) ตกลงกันว่าผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปจะไม่ซื้อวัตถุดิบที่นำเข้าจากต่างประเทศ และผู้จัดจำหน่ายปฏิเสธที่จะซื้อสินค้าจากผู้ผลิตสินค้าสำเร็จรูปที่ซื้อวัตถุดิบนำเข้าจากต่างประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติดังกล่าวกับกฎหมายไทยพบว่า ในส่วนของการจำกัดการค้าในแนวนอนนั้น ในมาตรา 54 (1) ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทยได้ห้ามผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการนั้น อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น

สำหรับการจำกัดการค้าในแนวตั้งตรงกับมาตรา 58 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไทย ได้ห้ามผู้ประกอบธุรกิจในประเทศทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดพฤติกรรมการผูกขาด หรือจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม และส่งผลกระทบร้ายแรงต่อเศรษฐกิจและผลประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยรวม เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในประเทศไทยที่ต้องการจะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกประเทศโดยตรง

บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) การห้ามมิให้มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นบทบัญญัติหลักบทหนึ่งในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของญี่ปุ่น โดยมาตรา 19 แห่ง Antimonopoly Act บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเป็นไม่เป็นธรรม (No entrepreneur shall employ unfair trade practices) ซึ่งพฤติกรรมอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมนั้น มาตรา 2 (9) ได้ให้คำนิยามไว้โดยกำหนดตัวลักษณะของการกระทำไว้อย่างกว้าง ๆ 6 ประการ ด้วยกัน ได้แก่

(1) การเลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบการอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันควร (Unreasonable Discrimination)

(2) การกำหนดราคาอย่างไม่เหมาะสม (Unreasonable Price)

(3) การชักจูงหรือบีบบังคับลูกค้าของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรเพื่อให้หันมาติดต่อกับตน (Unreasonable Inducement)

(4) การดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตนโดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม (Unjust Restriction)

(5) การดำเนินธุรกิจกับคู่สัญญาของตนโดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคู่สัญญานั้นอย่างไม่เป็นธรรม (Abuse of one's dominant position)

(6) การเข้าไปแทรกแซงกิจการของคู่แข่งโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (Unreasonable inference in the affairs of competition)

ซึ่งการกระทำทั้ง 6 ประการนั้น แต่ละประการล้วนมีแนวโน้มที่จะทำลายการแข่งขันอย่างยุติธรรมในระหว่างบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดทั้งสิ้นโดย FTC ได้อธิบายว่ารูปแบบการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดเงื่อนไขดังต่อไปนี้อย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

(1) ขาดการแข่งขันโดยอิสระระหว่างผู้ประกอบการ (Existence of Competition)

(2) ไม่มีการแข่งขันอย่างอิสระในเรื่องของราคา คุณภาพและบริการ (Methods of Competition)

(3) ผู้ประกอบการไม่สามารถตัดสินใจในเรื่องการต่อรองและเงื่อนไขได้อย่างอิสระ (Free decision making in Business)

ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ FTC ที่จะประกาศเพื่อกำหนดว่าการประกอบธุรกิจแบบใดจึงจะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม (The FTC is empowered by its quasi-legislative power to Designate Unfair Trade Practice) โดยพิจารณาดูว่ามีการประกอบธุรกิจแบบใดบ้างที่อยู่ในตัวอย่างการกระทำทั้ง 6 ประการ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้[147]

3) การบังคับใช้กฎหมาย

Antimonopoly Act เป็นกฎหมายที่ได้วางรากฐานเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม จึงได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมขึ้นมา เพื่อเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร (Administrative Agency) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการนำกฎหมาย

---

[147] ขจีรัตน์ คทาวณิชกุล. (2550). ***กรณีศึกษาและวิเคราะห์ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยแนวทางการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2549.*** สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 62.

ไปบังคับใช้[148] โดยคณะกรรมการชุดนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี[149] มีคุณลักษณะพิเศษ คือ เป็นคณะกรรมการฝ่ายบริการที่เป็นอิสระ (Independent Administrative Committee) โดยประธานคณะกรรมการและกรรมการอีก 4 คน นายกรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยความยินยอมของรัฐสภามีระยะเวลามีระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง 5 ปี คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมนี้จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญอย่างมาก ในทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ และจะต้องมีความชำนาญเฉพาะในระดับสูงควบคู่กันด้วย ในส่วนของการปฏิบัติงานนั้นกฎหมายได้ระบุให้คณะกรรมการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระ[150]

การบังคับใช้กฎหมาย ในกรณีที่คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมได้เบาะแสมาเอง หรือประชาชนรายงานมาให้ทราบ คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมก็จะทำการไต่สวน ซึ่งเจ้าหน้าที่ดังกล่าวสามารถที่จะเข้าไปสืบสวนในสถานที่ต้องห้ามของบริษัทที่เกี่ยวข้องได้ เรียกให้จัดส่งหลักฐานได้ หรือเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้การ เป็นต้น[151]

กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมมีอำนาจต่อรองศาลให้ออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบการที่มีความสงสัยว่ากำลังทำผิดกฎหมายหยุดการกระดังกล่าวเสียเป็นการชั่วคราว หรือห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของบริษัทใดทำการออกเสียงหรือหยุดดำเนินการตามหน้าที่ในบริษัทเป็นการชั่วคราวหรืออาจขอให้ยกเลิกเปลี่ยนแปลงสิ่งใดที่กระทำไปแล้วเนื่องในการบริหารบริษัทก็ได้[152]

เมื่อการสอบสวนเสร็จสิ้นลง และมีหลักฐานว่าผู้ประกอบการกระทำความผิดจริง คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมสามารถออกคำสั่งให้มีการแก้ไขเยียวยาผลแห่งการละเมิดกฎหมายต่อผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย คำสั่งให้มีการแก้ไขเยียวยาดังกล่าวเรียกว่าคำตัดสิน ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการแก้ไขปัญหาทางปกครอง (Administration Disposition) แม้ว่าจะมีการยอมรับผลของการไต่สวนว่ามีการละเมิดกฎหมายแล้วก็ตาม จะไม่มีมาปฏิบัติตามคำตัดสินโดยทันที เนื่องจากมีขั้นตอนของกระบวนพิจารณาที่จะต้องดำเนินการต่อ กล่าวคือ มีการประกันโดยกฎหมายว่าผู้ถูกบังคับให้ปฏิบัติ

---

[148] Antimonopoly Act. Section 27 (1) The Fair Trade Commission, which has the duty to achieve the purpose set forth in Article 1, is hereby established pursuant to the provisions of Article 49, paragraph (3) of the Act for Establishment of the Cabinet Office (Act No. 89 of 1999).

[149] Antimonopoly Act. Section 27 (2) The Fair Trade Commission is administratively attached to the office of the Prime Minister.

[150] ภูชิต โมกขมรรคกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 68.

[151] ภูชิต โมกขมรรคกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 69.

[152] Antimonopoly Act. Section 67. Any public office or public organization concerned may, in order to protect the public interest, provide its opinions to the Fair Trade Commission.

ตามคำวินิจฉัยนั้นต้องมีโอกาสแสดงความคิดเห็นกัน โดยจะให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ที่ถูกสงสัยว่าได้กระทำความผิดได้มีโอกาสโต้แย้งการพิสูจน์ที่ว่าตนได้กระทำความผิด ซึ่งคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมและผู้ถูกกล่าวหาสามารถนำพยานเอกสาร หรือพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน หากนำพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบจะต้องมีการสาบานเสียก่อน[153] จะเห็นว่ามีความคล้ายกับขั้นตอนกระบวนพิจารณาในศาลยุติธรรม กล่าวคือ เป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย[154] สามารถเปิดเผยให้สาธารณชนเข้าฟังได้

ในกรณีที่มีการยอมรับกันว่าได้มีการละเมิดกฎหมายตามผลการไต่สวนจริง จะไม่มีการดำเนินกระบวนพิจารณา คำวินิจฉัยอาจมีเพียงคำแนะนำให้ผู้ละเมิดกฎหมายหยุดการกระทำ หากผู้ที่ละเมิดกฎหมายยอมรับปฏิบัติตามโดยดี จะมีคำตัดสินตามคำแนะนำข้างต้นโดยปราศจากการดำเนินกระบวนพิจารณาคำวินิจฉัย ในกรณีที่ไม่ยอมรับคำแนะนำโดยดุษฎีจะมีการกำหนดให้เริ่มกระบวนพิจารณาพิจารณาแบบคำวินิจฉัย เมื่อการพิจารณาได้เสร็จสิ้นลงแล้ว และปรากฏว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดจริง ประธานกรรมการของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมและกรรมการจะประชุมร่วมกันเพื่อออกคำตัดสิน[155] คำตัดสินย่อมมีลักษณะแตกต่างกัน ตามลักษณะความผิดที่ได้กระทำลง กล่าวคือ หากการนั่งพิจารณาพบว่าผู้ประกอบการมีส่วนร่วมในการก่อตั้งคาร์เทล คำตัดสินก็จะมีลักษณะออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการนั้นถอนตัวออกจากข้อตกลงคาร์เทล หรือหากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการปฏิบัติการลำเอียงในด้านราคาของสินค้าก็จะมีคำสั่งให้หยุดการกระทำเช่นนั้น และไม่ให้กระทำซ้ำอีกต่อไป และสามารถออกคำสั่งให้เสียค่าปรับได้ด้วย อนึ่ง หากในระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาแบบคำวินิจฉัยอยู่นั้นหากผู้ถูกกล่าวหาเกิดเปลี่ยนใจยอมรับข้อเท็จจริงว่าตนได้กระทำความผิดจริงและยอมรับการใช้บังคับกฎหมาย โดยการเสนอแผนการว่าจะดำเนินมาตรการแก้ไขการกระทำผิดดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว หากเห็นสมควรจะให้ดำเนินการไปตามแบบคำตัดสินโดยยินยอมก็ได้ สำหรับเงินค่าปรับกรณีที่มีการทำคาร์เทล

---

[153] Antimonopoly Act. Section 53 (2). The Fair Trade Commission may not designate any staff members who performed the duties of investigators with respect to the case pursuant to the preceding paragraph and any other staff members who conducted the administrative affairs pertaining to investigations into the said case as the presiding staff member for hearing.

[154] Antimonopoly Act. Section 33.

(1) The chairman presides over the Fair Trade Commission and represents it.

(2) The Fair Trade Commission shall designate in advance an acting chairman from among the commissioners in case where the chairman cannot execute the chairman's duties

[155] Antimonopoly Act. Section 55. The party concerned may, instead of appearing on the date of hearing, submit written statements and evidence to designated staff member on or before the date of hearing.

กำหนดราคาหรือมีการรวมหัวกันนั้น นอกจากผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะถูกมาตรการแก้ไขเยียวยาแล้ว ยังต้องถูกปรับเป็นเงินด้วย[156]

ในทางทฤษฎีแล้ว พฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์อย่างชัดเจน ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลเสียต่อผู้บริโภคเป็นอย่างมาก และในการบังคับใช้กฎหมาย ถือว่า เป็นการกระทำความผิดที่สืบสวน ตรวจสอบ และหาพยานหลักฐานที่แน่นหนาในการดำเนินคดีได้ยาก ในประเทศญี่ปุ่นได้มีหลักในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมกันกำหนดราคาสินค้าและบริการที่เป็นประโยชน์ ดังนี้

(1) ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นประยุกต์หลักความผิดในตัวเอง (Per Se Illegal) ให้กลายเป็นหลักกึ่งความรับผิดในตัวเอง (Quasi Per Se)[157] ซึ่งมีนัยในการตัดสินคดีของศาลว่า นอกจากจะมีการร่วมกันแล้ว จะต้องนำเอาความตกลงหรือการตกลงนั้นไปดำเนินการจริง ๆ ระดับหนึ่งก่อน เช่น หลังจากการประชุมตกลงกันแล้ว ผู้เข้าร่วมประชุมได้กลับไปยังบริษัทแล้ว ติดต่อผู้ค้าส่งหรือผู้ค้าปลีกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงราคา หรือพิมพ์ราคาที่ปรากฏในแผ่นแสดงราคาสินค้าให้เพื่อเปลี่ยนแปลงราคา ให้เป็นไปตามที่ตกลงกัน แต่ไม่ถึงขั้นต้องมีการขายสินค้าให้กับลูกค้าตามที่ตกลงกันจริง ๆ จึงจะถือว่าเป็นความผิด[158]

(2) ศาลฎีกาของประเทศญี่ปุ่นยอมรับหลักแวดล้อม (Indirect Evidence) ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดจริง เช่น หลักฐานการติดต่อระหว่างผู้ถูกกล่าวหา โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานที่ระบุว่าผู้ถูกกล่าวหาทั้งหลาย ตกลงว่าจะขึ้นราคาเท่าใด เมื่อใด เป็นต้น[159]

(3) เนื่องจากการค้นหาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริงนั้นเป็นเรื่องยากมาก ในปี ค.ศ. 2005 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขกฎหมายป้องกันการผูกขาดและแข่งขันทางการค้าเพื่อให้มีอำนาจสืบสวนได้มากขึ้น โดยในปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น เมื่อมีหมายศาล (A Writ) มาแล้วย่อมมีอำนาจที่จะเข้าไปในสถานที่ประกอบธุรกิจต้องสงสัยว่ากระทำความผิดโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้ประกอบธุรกิจก่อนเพื่อค้นและยึดหลักฐาน ในกรณีที่จำเป็นอาจสั่งห้ามมิให้บุคคลใดเข้าไปในสถานที่หรือออกไปจากสถานที่ที่กำลังทำการตรวจสอบ ค้น หรือยึดหลักฐานอยู่ก็ได้ นอกจากนั้นหลักฐานที่เป็น

---

[156] ภูชิต โมกขมรรคกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 130. หน้า 70.

[157] Inoue, Akria. (2007). ***Japanese Antitrust Law Manual: Law, case and Interpretation of the Japanese Antimonopoly Act.*** n.p.. p.28.

[158] Matsuo Matisushita with John D. Davis. (1990). ***Introduction to Japanese Antimonopoly Law.*** n.p.. pp. 41-43.

[159] Inoue, Akria. supra note 157. p.30.

ลายลักษณ์อักษรที่คณะกรรมการ JFTC หามาได้ยังนำไปใช้เป็นหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาลได้ด้วย ซึ่งแต่เดิมจะทำเช่นนั้นไม่ได้[160]

บุคคลใดที่ไม่พอใจคำตัดสินของคณะกรรมการ สามารถยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไปยังศาลยุติธรรมเพื่อให้ศาลเพิกถอนคำตัดสินได้ โดยการยื่นคำร้องนี้จะต้องทำภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คำสั่งของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมมีผลบังคับ ซึ่งศาลจะพิพากษาให้ยกเลิกคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการตัดสินนั้นไม่มีหลักฐานสนับสนุนอย่างชัดแจ้ง และอีกกรณีหนึ่งก็คือเมื่อปรากฏคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น[161]

4) การฟ้องคดี และการกำหนดโทษ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของญี่ปุ่นฉบับนี้ ได้กำหนดเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายเอาไว้ โดยผ่านการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งตามมาตรา 24[162] และการฟ้องเรียกค่าเสียหาย

---

[160] Inoue, Akria. supra note 157. p.106.

[161] Antimonopoly Act. Section 82.

(1) A petitioner for a protective order or a person to whom a protective order was issued may file a petition for rescission of the protective order with the court that retains the case record (if no such court exists, the court that issued the protective order) on the grounds that the requirement prescribed in the preceding Article have not been met or are no longer met.

(2) Whenever the court makes a decision on a petition for rescission of a protective order, it shall serve a written decision on the petitioner and the adverse party.

(3) An immediate appeal may be lodged against a decision on the petition for rescission of a protective order.

(4) A decision to rescind a protective order shall not take effect until the decision becomes final and binding.

(5) When a court has rendered a decision to dismiss a protective order, if the court had issued a protective order for the protection of the trade secret against any person other than the petitioner for rescission of the protective order or the adverse party during the same action in which the protective order was issued, the court shall immediately notify the person of its decision to rescind the protective order.

[162] Antimonopoly Act. Section 24 A person whose interests are infringed upon or likely to be infringed upon by an act in violation of the provisions of item (v) of Article 8 or Article 19 and who is thereby suffering or likely to suffer extreme damage is entitled to seek the suspension or prevention of such infringements from an entrepreneur or a trade association that infringes upon or is likely to infringe upon such interests..

ตามมาตรา 25[163] กล่าวคือ ในมาตรา 24 กฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่บุคคลที่เสียผลประโยชน์หรืออาจจะต้องเสียผลประโยชน์ของตนไปจากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทางการค้า โดยผู้ประกอบธุรกิจหรือสมาคมทางการค้าและได้รับความเสียหายหรืออาจจะได้รับความเสียหายในระดับที่ถึงขนาด ในการร้องขอให้ระงับหรือยับยั้งการกระทำดังกล่าวจากผู้ประกอบธุรกิจหรือสมาคมทางการค้าที่ทำให้เกิดความเสียหายหรืออาจจะทำให้เกิดความเสียหายขึ้นเช่นนี้ ผู้ที่จะมีสิทธิขอคำสั่งของศาลจะถูกจำกัดไว้เพียงกรณีการฝ่าฝืนในส่วนที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าไม่เป็นธรรมเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องรอให้ความเสียหายที่แท้จริงเกิดขึ้นแต่เพียงแสดงให้เห็นว่าตนอาจจะได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบการหรือสมาคมทางการค้าก็สามารถร้องขอต่อศาลได้แล้ว ส่วนสิทธิในการเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 25 นั้นจะต้องเข้ากรณีที่การค้าใด ๆ มีความเกี่ยวข้องกับการผูกขาดการจำกัดทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมทางการค้า อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลใดโดยผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องรับผิดโดยการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ผู้กระทำผิดที่ถูกฟ้องคดีตามมาตรา 25 (1) ไม่สามารถกล่าวอ้างเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในการชดใช้ค่าเสียหายได้หากการพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีเจตนาหรือประมาท ดังนั้น ผู้เสียหายตามมาตรา 25 นี้ จึงไม่ต้องพิสูจน์เจตนาและความผิดอันเป็นผลจากการกระทำของผู้ที่กระทำละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้แต่อย่างใด

แม้ว่า Antimonopoly Act จะกำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำผิดตามกฎหมายแล้วก็ตาม แต่การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนในประเทศญี่ปุ่นกลับมีน้อย[164] เพราะว่าตามมาตรา 26 ได้กำหนดว่าผู้เสียหายจะไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลได้จนกว่า Fair Trade Commission (FTC) จะได้มีคำสั่งให้ยุติการกระทำที่ผิดกฎหมาย และ

---

[163] Antimonopoly Act. Section 25. (1) Any entrepreneur who has committed an act in violation of the provisions of Articles 3, 6 or 19 (in the case of entrepreneurs who have committed acts in violation of the provisions of Article 6, limited to those entrepreneurs who have effected unreasonable restraint of trade or employed unfair trade practices in the international agreement or contract concerned) and any trade association that has committed an act in violation of the provisions of Article 8 shall be liable for damages suffered by another party.

(2) No entrepreneur or trade association may be exempted from the liability provided in the preceding paragraph by proving the non-existence of intention or negligence on its part.

[164] วรานนท์ อมาธำรง. (2547). ***การศึกษาเปรียบเทียบการบริหารและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 143.

กำหนดวิธีการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร อนึ่ง สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวมีอายุความ 3 ปี นับแต่วันที่ FTC ได้มีความเห็นแล้ว[165]

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น กำหนดให้สิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ก็ต่อเมื่อมีคำวินิจฉัยที่เป็นที่สุดของ FTC แล้วว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืน Antimonopoly Act ด้วยเหตุนี้ ผู้เสียหายดังกล่าวจึงไม่มีภาระพิสูจน์ว่า ผู้กระทำผิดนั้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เพราะต้องอ้างอิงจากคำวินิจฉัยของ FTC เกี่ยวกับการกระทำของผู้กระทำผิดที่ถูกกล่าวอ้างว่าฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว อีกทั้งผู้เสียหายยังอาจร้องขอให้ FTC มีความเห็นเกี่ยวกับค่าเสียหายได้อีกด้วย ทำให้ผู้เสียหายมีแนวโน้มที่จะประสบความสำเร็จในการฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น นอกจากนั้น ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจรอคำวินิจฉัยของ FTC ได้ ผู้เสียหายจะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามความผิดทางแพ่งลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นได้ด้วย[166]

5) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

ศาลแพ่งของญี่ปุ่นได้พิจารณาคดีการแข่งขันทางการค้าที่สำคัญไว้ ได้แก่

(1) คดี The Toshiba Elevator

เมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 ศาลสูงจังหวัดโอซาก้า ได้พิจารณาคดีบริษัทลิฟต์โตชิบา ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทสาขาของโตชิบาปฏิเสธที่จะส่งชิ้นส่วนหรืออะไหล่ของลิฟต์ให้กับบริษัทอื่น ๆ ที่ไม่ใช่สาขาของโตชิบา ทำให้เกิดปัญหากับเจ้าของอาคารที่ติดตั้งลิฟต์ของโตชิบาซึ่งทำสัญญาการให้บริการไว้กับบริษัทอื่น ๆ ที่ไม่ใช่โตชิบา ทั้งนี้ เจ้าของอาคารได้ขอให้ทางโตชิบาจัดส่งชิ้นส่วนหรืออะไหล่ของลิฟต์ให้กับบริษัทคู่สัญญาเพื่อนำมาใช้ซ่อมแซมลิฟต์ แต่โตชิบาได้ให้การปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าโตชิบาไม่มีนโยบายในการจัดส่งชิ้นส่วนหรืออะไหล่ให้กับบริษัทอื่นที่

---

[165] Antimonopoly Act. Section 26.

(1) The right to claim for damages pursuant to the provisions of the preceding article may not be alleged in court until the cease and desist order provided in the provisions of paragraph (1) of Article 49 (in the case that no such order is issued,the payment order provided in paragraph (1) of Article 50 (excluding those issued against an entrepreneur that constitutes a trade association that has committed an act in violation of the provisions of item (i) or (ii) of Article 8)) or the decision set forth in the provisions of paragraph (4) of Article 66 has become final and binding.

(2) The right set forth in the preceding paragraph shall expire by prescription after a lapse of three years from the date on which the cease and desist order or the payment order or the decision set forth in the said paragraph became final and binding.

[166] ผาสุก เจริญเกียรติ. (2551). การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยเอกชน. ***ดุลพาห,*** 55 (3), หน้า 96.

ไม่ได้เป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับลิฟต์ของโตชิบา ทำให้เจ้าของอาคารทำการฟ้องร้องในกรณีที่โตชิบาปฏิเสธการจัดส่งชิ้นส่วนและอุปกรณ์ลิฟต์ดังกล่าวทั้งที่เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดจำหน่ายและให้บริการลิฟต์โดยตรง โดยถือว่าเป็นความผิดตาม Antimonopoly Act กล่าวคือ การให้บริการลิฟต์ทั้งนี้ศาลแขวงโอซาก้าได้ตัดสินให้โตชิบาต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้กับโจทก์ต่อไป[167]

(2) คดี Kyowa Excio

ข้อเท็จจริง บริษัท Kyowa Excio และบริษัทอื่น ๆ อีก 9 บริษัท ได้ร่วมกันจัดตั้งสมาคม Kabutokai ซึ่งเป็นสมาคมของผู้ประกอบธุรกิจในธุรกิจเดียวกัน ซึ่งต่อมาบริษัท Kyowa Excio และสมาชิกอีก 9 บริษัทในสมาคม Kabutokai ได้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลและมีการตกลงร่วมมือในการประมูลงานโดยกำหนดว่าจะให้บริษัทใด ซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมเป็นผู้ชนะการประมูลงานในช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1981 ถึงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1983 ได้ร่วมมือกันโดยตกลงว่าจะให้บริษัทใดชนะการประมูลงานก่อนแล้วจึงร่วมกันเข้าไปประมูลงานทั้งหมด 27 ครั้ง ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการ JFTC ได้ข้อมูลจึงทำการตรวจสอบและสอบสวน ภายหลังเห็นว่าจำเลยได้ร่วมมือกันจริงจึงมีคำสั่งลงโทษจำเลย 3 บริษัท โดยกำหนดให้ชำระค่าปรับทางปกครองที่เรียกว่า “surcharge (kachokin)” โดยหนึ่งในสามบริษัทนั้น คือ บริษัท Kyowa Excio บริษัท Kyowa Excio ปฏิเสธที่จะจ่ายค่าปรับทางปกครอง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่น (JFTC) จึงได้เปิดกระบวนการไต่สวน (hearing proceeding) และมีคำตัดสินให้บริษัท Kyowo Excio ต้องจ่ายค่าปรับทางปกครองในวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1994 บริษัท Kyowa Excio ได้อุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการ JFTC ไปยังศาลสูงเมืองโตเกียวอ้างว่า จำเลยไม่มีเจตนาที่จะร่วมกันกำหนดว่าจะให้บริษัทสมาชิกใดชนะการประมูลและจำเลยทั้งหมดไม่มีอำนาจตลาดเพียงพอที่จะกำหนดให้สมาชิกใดชนะการประมูลได้ ต่อมาเมื่อวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1996 ศาลสูงเมืองโตเกียวเห็นว่าข้ออ้างของจำเลยฟังไม่ขึ้น เมื่อมีหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยได้ร่วมตกลงกับจำเลยอื่น ๆ ในการร่วมมือกันกำหนดตัวสมาชิกที่จะชนะการประมูล แม้ว่าจำเลยทั้งแปดจะอ้างว่าไม่มีเจตนาที่จะกระทำผิดและไม่มีความสามารถและกำลังทางธุรกิจที่จะกระทำความผิดได้ก็ตาม แต่จำเลยทั้งแปดก็คาดได้ว่าเมื่อรวมกำลังของจำเลยทั้งแปดรวมกับกำลังทางธุรกิจของจำเลยอีกสองรายแล้วก็มีกำลังรวมกันที่ค่อนข้างมาก (substantial) แต่แทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะมีใครสามารถหยั่งทราบเจตนาที่แท้จริงของจำเลย และทราบว่ากำลังของคู่แข่งที่ไม่ร่วมด้วยว่ามีกำลังมากน้อยเพียงใด จึงเป็นเรื่องปกติที่ศาลจะต้องสันนิษฐานเอาว่าจำเลยทั้ง 10 บริษัท ซึ่งร่วมกันตกลงในการกำหนดสมาชิกผู้ที่จะชนะการประมูลมีทั้งเจตนาและความสามารถที่จะชนะการประมูลได้จึงตกลงกันทำเช่นนั้น ถึงแม้ว่าจะไม่มีหลักฐาน

---

[167] Mitsuo Matsushita. (2018). ***The Antimonopoly Law of Japan.*** (Online). Available: http://www.iie.com. [2018, June 7].

โดยชัดแจ้งว่าบริษัทจำเลยทั้ง 10 บริษัท ประชุมที่ใด และผลเป็นอย่างไรแต่ก็มีหลักฐานว่า จำเลยทั้ง 10 มีการประชุมกันและมีเอกสารติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน ศาลจึงเห็นว่า จำเลยทั้ง 10 ได้ร่วมกันทำความตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในการประมูลงานอย่างมากในช่วงระยะเวลาตั้งแต่เดือนมีนาคม ค.ศ. 1981 ถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1988 ในการประมูลงานทั้งหมด 27 ครั้ง จึงเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า[168]

3.1.3.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1) ความเป็นมาของกฎหมาย

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การตกลงเพื่อจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไป เคยถือว่าถูกต้องตามกฎหมายภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา จนกระทั่งเมื่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแพ้สงครามโลกครั้งที่ 1 ทำให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจ จนได้มีการบัญญัติกฎหมาย Cartel ขึ้น แต่กฎหมายดังกล่าวควบคุมเฉพาะการดำเนินธุรกิจไปในทางเอาเปรียบผู้อื่นเท่านั้น และในทางปฏิบัติก็มิได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นการยอมรับโดยกฎหมายให้มีการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจได้ จนกลายเป็นเรื่องธรรมดาสำหรับการที่ผู้ประกอบการจะรวมตัวกันเพื่อกีดกันบุคคลภายนอก

หลังจากที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลทหารของฝ่ายสัมพันธมิตรจึงได้ออกกฎหมายเพื่อสลายตัวการรวมกันเป็น Cartel ต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตามมิได้มีการใช้บังคับกฎหมายนี้อย่างจริงจัง กฎหมายนี้จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติเท่าใดนัก เมื่อมีการคืนอำนาจการปกครองแก่ประชาชนชาวเยอรมัน ในปี ค.ศ. 1949 รัฐบาลที่เข้ามาทำหน้าที่บริหารได้พยายามผลักดันให้มีการออกกฎหมาย Cartel (GWB) โดยได้ร่างกฎหมายที่มีลักษณะเข้มงวด แต่ในขั้นตอนการพิจารณาของสภา ได้มีการผ่อนคลายในเรื่องของการรวมตัวกัน (มาตรา 2-8 GWB) และตัดเรื่องการควบคุมการรวมกิจการเข้าด้วยกันทิ้งไป (มาตรา 18 ในฉบับร่างของรัฐบาล) นอกจากนี้แล้วยังอนุญาตให้มีการกำหนดราคาแน่นอน สำหรับสินค้ามียี่ห้อ (มาตรา 100 GWB) เมื่อมีการแก้ไขเช่นนี้ ทำให้กฎหมายฉบับนี้ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1957 ขาดประสิทธิภาพไปมาก

หลังจากที่ได้ประกาศใช้กฎหมายนี้แล้ว ได้มีการแก้ไขรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง สำหรับการแก้ไขครั้งแรกซึ่งทำในปี ค.ศ. 1965 ไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ ส่วนในการแก้ไขครั้งที่ 2 เมื่อปี ค.ศ. 1973 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องของการควบคุมการรวมกิจการเข้าด้วยกันเข้ามา (มาตรา 23, 24 และ 24 b GWB) พร้อมทั้งยกเลิกการกำหนดราคาแน่นอนสำหรับสินค้ามียี่ห้อ (มาตรา 16, 38 a GWB) นอกจากนี้แล้วยังห้ามพฤติกรรมในทางเศรษฐกิจที่มีลักษณะ

---

[168] Kyowa Excio Co., v. Japanese Fair Trade Commission, 552 KOSEITORI HIKI 25 (Tokyo High Court, 29 March 1996).

เป็นการฮั้วกัน (มาตรา 25 I GWB) เพิ่มขึ้นมารวมทั้งมีการปรับปรุงในเรื่องของการควบคุมดูแลการเอาเปรียบของกิจการที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ครองตลาดอีกด้วย (มาตรา 22 GWB)

ในการแก้ไขครั้งที่ 3 เมื่อปี ค.ศ. 1976 ได้กำหนดการควบคุมการรวมตัวของกิจการหนังสือพิมพ์ให้เข้มงวดขึ้น ส่วนในการแก้ไขครั้งที่ 4 ได้มีการเพิ่มความเข้มงวดสำหรับการควบคุมการรวมตัวกัน และการควบคุมดูแลการเอารัดเอาเปรียบของกิจการในทางเศรษฐกิจที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ครองตลาดมากยิ่งขึ้น กฎหมาย GWB ฉบับที่มีการแก้ไขครั้งที่ 4 เมื่อปี ค.ศ. 1980 นี้ ยังคงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน[169] ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1980 นั้น ได้มีการปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ไปสู่เงื่อนไขของเศรษฐกิจแนวใหม่โดยมุ่งที่จะยืนยัน และแก้ไขปัญหาการควบกิจการควบคุมการเลือกที่รักมักที่ชังโดยการค้าที่มีอำนาจและจัดหาความคุ้มครองที่ดีกว่าสำหรับการค้าขนาดเล็กและขนาดกลางต่อการขัดขวางโดยคู่แข่งที่มีอำนาจ การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1990 ได้ออกแบบให้มีความเข้มแข็งในการคุมครองการแข่งขันต่อการเพิ่มการกระจุกตัวของอำนาจในภาคการค้าและมุ่งหมายที่จะเพิ่มความมั่นใจในการแข่งขันที่มากขึ้น[170]

2) บทบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายป้องกันการจำกัดการแข่งขันทางเศรษฐกิจ หรือ GWB กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายป้องกันการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้า เป็นกฎหมายหลักในการคุ้มครองผู้บริโภคของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นก็ว่าได้ ทั้งนี้ได้บัญญัติข้อห้ามกรณีการตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement) โดยจะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบการจะต้องมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน และการตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง (Vertical Restraint) ซึ่งอาจมีการทำสัญญาเพียงฝ่ายเดียวหรือสัญญาสองฝ่ายก็ได้

(1) การตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement)

บทบัญญัติมาตรา 1 ของ GWB มีวัตถุประสงค์ที่จะห้ามให้มีการรวมตัว เช่น Cartel รวมทั้งห้ามมิให้ผู้ประกอบการทำความตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Arrangement) ในการที่จะพิจารณาว่าข้อตกลงใด (Agreements) หรือมติของสมาคม

---

[169] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. (2537). ***ปัญหากฎหมายป้องกันการผูกขาด: ศึกษาเฉพาะกรณีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 63.

[170] ผาสุก เจริญกียรติ. (2539). ***ความรับผิดทางแพ่ง กรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 46.

ผู้ประกอบการ (decision of associations) มีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1.1) ต้องมีข้อตกลงซึ่งได้กระทำโดยผู้ประกอบการหรือสมาคมของผู้ประกอบการ รวมทั้งมติของสมาคมผู้ประกอบการ[171]

จะเห็นได้ว่า GWB มาตรา 1 มุ่งจำกัดเฉพาะข้อตกลง (Agreements) หรือมติของสมาคม (resolution of association) เท่านั้น ข้อตกลง (Agreements) หมายถึง ความตกลงร่วมกันโดยสมัครใจของคู่กรณีซึ่งอาจมีมากกว่า 2 คนขึ้นไป ในการแสดงเจตนามุ่งที่จะให้เกิดผลในทางกฎหมายซึ่งเป็นความหมายเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในประมวลแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มติของสมาคม (resolution of association) หมายถึง การประกาศเจตนารมณ์ร่วมกันของบรรดาสมาชิกของสมาชิกของสมาคมเพื่อมุ่งผลในทางกฎหมาย ปัญหาจึงมีอยู่ว่า คำว่า "ผู้ประกอบการ" หรือ "วิสาหกิจ" (ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Enterprise" นั้น หมายความว่าอย่างไร เพราะใน GWB มิได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างไร ดังนั้น จึงต้องเป็นหน้าที่ของศาลในการตีความถ้อยคำดังกล่าว แต่สำหรับในเรื่องนี้ เป็นที่เข้าใจว่า "Enterprise" หมายถึง บุคคลธรรมดาหุ้นส่วนหรือบริษัท ซึ่งเป็นนิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจ แต่มิได้หมายความรวมถึงบรรดาผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์ ทนายความ ผู้ตรวจสอบบัญชี รวมทั้งบรรดาสหภาพแรงงานทั้งหลาย[172]

(1.2) ข้อตกลงหรือมติดังกล่าวต้องทำโดยมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน

คำว่า "จุดมุ่งหมายร่วมกัน" (Common Purpose) ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าบทบัญญัติมาตรา 1 ของ GWB มุ่งจำกัดเฉพาะการตกลงร่วมกันในแนวนอนเท่านั้น (Horizontal Arrangement) ทั้งนี้เป็นเพราะการตกลงในแนวนอน ย่อมต้องเป็นการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการในระดับอุตสาหกรรม หรือระดับตลาดเดียวกัน มุ่งที่จะกีดกันหรือขจัดผู้แข่งขันของตนในตลาด ส่วนการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งนั้น (Vertical Arrangement) เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการที่อยู่ในช่วงระดับการผลิตหรือระดับอุตสาหกรรมที่แตกต่าง รวมทั้งมีผลประโยชน์ในการประกอบการแตกต่างกันเข้ามาร่วมมือกันเพื่อกีดกันหรือขจัดผู้แข่งขันในตลาด

(1.3) จุดมุ่งหมายร่วมกันนั้น ต้องเป็นไปเพื่อจำกัดการแข่งขัน

สำหรับหลักเกณฑ์ในข้อนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญที่สุดในการที่พิจารณาว่าข้อตกลงหรือมติของสมาคม จะมีผลบังคับในทางกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ ต้องมีการจำกัดการแข่งขัน (Restraint of Trade) โดยในช่วงก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย GWB ครั้งที่ 3 ได้มีการถกเถียงกันมาว่า

---

[171] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 64.

[172] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 64.

การจำกัดการแข่งขันจะต้องเป็นเนื้อหาของข้อตกลง หรือเพียงแต่ว่าข้อตกลงที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน ก็เป็นการเพียงพอที่จะเข้าข่ายต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งในปัญหานี้ได้มีการพัฒนาความเห็นต่าง ๆ เป็น 3 แนวด้วยกัน กล่าวคือ

(ก) ความเห็นแรก เห็นว่าการจำกัดการแข่งขันจะต้องเป็นเนื้อหาของข้อตกลงหรือที่เรียกกันว่า ทฤษฎีเนื้อหา ตามทฤษฎีนี้จะเข้าข่ายมาตรา 1 GWB ก็ต่อเมื่อผู้ที่เกี่ยวข้องเข้ามาทำความตกลงกันเป็นสัญญา เพื่อกำหนดพฤติกรรมของตนในตลาดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน และผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหลายนี้มีความผู้พันทางเศรษฐกิจที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงนั้น ๆ ตามทฤษฎีนี้ หากการจำกัดการแข่งขันเป็นเพียงผลของความตกลงที่ตกแก่บุคคลที่สาม ยังไม่ถือว่าเข้าข่ายต้องห้ามตามมาตรานี้ แม้ว่าคู่สัญญาจะประสงค์ผลเช่นนั้นก็ตาม ทฤษฎีนี้ย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในช่วงแรก ๆ

(ข) เนื่องจากความเห็นแรก ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา จึงเริ่มหันมาให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ซึ่งเรียกกันว่าทฤษฎีวัตถุประสงค์ กล่าวคือ หากคู่สัญญามีวัตถุประสงค์ร่วมกันในอันที่จะจำกัดการแข่งขันแล้วก็ถือว่าเข้าเกณฑ์ต้องห้ามตามมาตรา 1 GWB

(ค) เนื่องจากตามทฤษฎีวัตถุประสงค์ ทำให้ต้องสืบสวนไปถึงมูลเหตุชักจูงใจของผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ใช่ง่าย ในที่สุดจึงต้องหันมาพิจารณาที่ผล ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำได้ง่ายที่สุด ทฤษฎีผลนี้จะไม่พิจารณาไปถึงเจตนาของผู้ที่เกี่ยวข้อง หากแต่จะเพ่งเล็งไปที่ผลของข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ถือตามทฤษฎีนี้ บางส่วนก็ยังเห็นว่าควรจะพิจารณาเฉพาะผล ที่อาจเล็งเห็นได้ในขณะทำความตกลงเท่านั้น[173]

สำหรับในทางปฏิบัติของศาลและหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุม Cartel นั้น ปรากฏมีการใช้ทั้งทฤษฎีวัตถุประสงค์ และทฤษฎีผลโดยแยกพิจารณาตามประเภทของคดี เช่น ในคดี Zementverkaufastelle Niedersachen ปี ค.ศ. 1975 ข้อเท็จจริงมีว่าบรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์ในเมือง Lawer Saxony ได้ทำความตกลงร่วมกันตั้ง Cartel และปี ค.ศ. 1945 ได้จัดตั้งสำนักงานขายปูนซีเมนต์รวมกัน (ZVN-Gmbtt) และภายหลังที่กฎหมาย GWB ใช้บังคับ สำนักงาน Bundeskartellant มีคำสั่งให้เลิก Cartel ดังกล่าว ปรากฏว่า ZVN ก็ยังคงดำเนินการจำหน่ายปูนซีเมนต์ของบรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์ที่เป็นผู้ถือหุ้นในเขต Lawer Saxony

โดยที่ ZNV จะทำการซื้อปูนซีเมนต์จากบรรดาผู้ผลิตที่ถือเป็นผู้ถือหุ้นในเขต Lower Saxony ซึ่งเป็นผู้ครองตลาดอยู่ในเขตถึง 80 เปอร์เซ็นต์ ในราคาที่เท่ากันรวมทั้งยังจำหน่ายให้แก่ผู้ซื้อในราคาที่บรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์กำหนดไว้อีกในคดีนี้ ศาลสูงสหพันธ์

---

[173] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 65.

วินิจฉัยว่าการตกลงร่วมกันในการตั้งสำนักงานขายปูนซีเมนต์ (ZVN) ร่วมกัน แสดงให้เห็นถึงการตกลงกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขันย่อมสามารถนำมาตรา 1 ของ GWB มาใช้บังคับ ซึ่งเป็นการตัดสินตามทฤษฎีเนื้อหา

(1.4) การจำกัดการแข่งขันดังกล่าว มุ่งที่จะมีอิทธิพลต่อการผลิตหรือสภาวการณ์ของตลาดในทางการค้าสินค้า หรือบริการทางพาณิชย์

หลักการในข้อนี้ย่อมแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของมาตรา 1 ในกฎหมาย GWB ว่ามุ่งประสงค์ในการป้องกันการแข่งขันการจำกัดทางการค้าที่กระทบถึงการผลิตหรือสภาวการณ์ของตลาดในการค้าสินค้า หรือบริการเท่านั้น มิใช่มุ่งถึงการจำกัดในแง่ของเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่กรณีแต่อย่างใด ดังนั้นมาตรฐาน (Test) ที่จะนำมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาว่า ข้อตกลงหรือมิตรสมาคมจะมีผลกระทบถึงตลาด (Market) หรือไม่ ก็ต้องดูว่าการจำกัดการแข่งขันก่อให้ผลกระทบต่อผู้แข่งขันในตลาดรายอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บริโภคมีอิสระในการซื้อขายหรือไม่

(1.5) ข้อตกลงหรือมติดังกล่าว ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

ข้อตกลง (Agreements) หรือมติสมาคม (Resolutions) ที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 1 ของกฎหมาย GWB ก่อให้ผลบังคับดังต่อไปนี้

(ก) ผลบังคับตามกฎหมายแพ่ง (Civil Law Consequences) ข้อตกลงหรือมติของสมาคมย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายหรือโมฆะ (Invelidty)

(ข) ผลบังคับทางปกครอง (Administrative Consequences) เนื่องจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติในกฎหมาย GWB เป็นความผิดทางปกครอง การเข้าร่วมหรือการยอมรับตามข้อตกลงหรือมติที่เป็นโมฆะดังกล่าว ย่อมไม่เป็นความผิด เว้นแต่ว่า ได้มีการกระทำตามข้อตกลงหรือสมาคมที่เป็นโมฆะ ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมาย GWB มาตรา 38 (1)[174]

ใน GWB ได้บัญญัติครอบคลุมถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการในการที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง (Vertical Restraint) เช่นเดียวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal Restraint) หากพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 1 ซึ่งแม่บทของการห้ามการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน กับมาตรา 15 ซึ่งเป็นแม่บทของการห้ามจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างสาระสำคัญในองค์ประกอบ กล่าวคือ ในมาตรา 1 ได้บัญญัติให้คู่กรณีที่ร่วมจำกัดการแข่งขันในแนวนอนต้องมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน (Common Purpose) โดยอาจเป็นการแสดงเจตนาร่วมกันในลักษณะของการทำข้อตกลง (Agreement) หรือมติร่วมกันในการที่

---

[174] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 66.

จะกระทำการนั้น (Resolution) แต่ในมาตรา 15 ได้บัญญัติถึง กรณีที่มีการทำสัญญาเพียงฝ่ายเดียว หรือสัญญาสองฝ่าย โดยไม่จำเป็นต้องมีมติร่วมกัน (Resolution)[175]

(2) การทำความตกลงกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical Restraint)

(2.1) การตกลงในเรื่องราคา และข้อสัญญาทางธุรกิจ (Agreements on prices and Business Terms) ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 15 ของกฎหมาย GWB มีหลักว่า "ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับสินค้าและบริการภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เป็นโมฆะ หากปรากฏว่าในการทำข้อตกลงใด ๆ ผู้ประกอบการได้กำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้คู่กรณีต้องขายสินค้า และบริการในราคา หรือเงื่อนไขอื่น ๆ แก่ลูกค้า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ"

บทบัญญัติมาตรา 15 จึงเป็นพื้นฐานสำคัญในการป้องกันการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ซึ่งผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้า หรือบริการมักจะทำสัญญากับผู้ขายส่ง โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ขายส่งจำหน่ายสินค้า หรือบริการในราคา หรือเงื่อนไขที่ผู้ผลิตสินค้าต้องการ หรือกำหนดเงื่อนไขในราคาของสินค้า หรือบริการ ที่เสนอขายให้แก่ผู้ขายปลีกในราคาที่แตกต่างกัน (Preference Clause)[176]

บทบัญญัติมาตรา 15 GWB ใช้บังคับแก่ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการเท่านั้น (Enterprises) ไม่รวมถึงสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาตั้งตัวแทนจำหน่าย ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Blitzgerate ในสัญญากำหนด Preference Clause โดยให้คู่สัญญาต้องขายสินค้าและบริการให้ลูกค้าในราคาที่ต่ำกว่าลูกค้าทั่วไปเป็นโมฆะเพราะขัดต่อมาตรา 15 GWB

ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติในมาตรา 15 ถือเป็นมีความผิดทางปกครอง (Administrative Offence) อันมีโทษถูกปรับตามกฎหมาย ปรากฏตามมาตรา 38

(2.2) การรักษาระดับราคาในวัตถุสิ่งพิมพ์ (Price Maintenance For Published Materials) บทบัญญัติมาตรา 16 เป็นบทยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 15 ในสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ เนื่องมาจากเหตุผลในนโยบายวัฒนธรรม (Cultural Policy) สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ (Published Materials) รวมทั้งหนังสือพิมพ์ (Newspaper), หนังสือ (Books) และแม็กกาซีน (Magazine) แต่อย่างไรก็ตามศาลสูงสหพันธ์ (Federal Supreme Court) ได้เคยมีคำพิพากษาในคดี Schallplarren ในปี ค.ศ. 1981 ว่าแผ่นเสียง (Records) ไม่ถือเป็นสิ่งพิมพ์ ในอันที่ผู้ผลิตจะกำหนดราคาขายได้ [177]

ในการฟ้องร้องผู้ละเมิดต่อเจ้าของสำนักพิมพ์ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาล เห็นว่า ระบบการจัดจำหน่ายสิ่งพิมพ์ได้เป็นไปอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ เจ้าของสำนักพิมพ์ได้มีการกำหนดราคาขายปลีก ให้ผู้ค้าปลีกเป็นราคาเดียวกันทุกคน และหากปรากฏว่าผู้ละเมิดได้ชักจูง

---

[175] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 67.

[176] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 67.

[177] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 68.

ผู้ค้าปลีกละเมิดสัญญาที่ได้ทำไว้กับเจ้าของสำนักพิมพ์เพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์จากการขายสิ่งพิมพ์ให้กับตน กรณีดังกล่าวถือเป็นการละเมิดเจ้าของสำนักพิมพ์

อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ของสำนักงานป้องกันการผู้ขาด (Cartel Authority) มีอำนาจยกเลิกราคาขายปลีกซึ่งกำหนดโดยเจ้าของสำนักพิมพ์ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า การกำหนดราคาขายปลีกปราศจากเหตุผล (Unjustifiably Price)[178]

(2.3) การใช้ข้อจำกัดในข้อตกลง การผูกขาดเฉพาะราย ข้อจำกัดในการขายปลีก การตกลงอันเป็นการผูกขาด (Use Restrictions, Exclusive Dealing, Resale Restriction, Tying Arrangements) ปรากฏตาม บทบัญญัติมาตรา 18 ได้บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ควบคุมคาร์เทล (The Cartel Authority) ในอันที่จะรู้คำวินิจฉัยว่าข้อตกลงหรือเงื่อนไขในข้อตกลงเป็นโมฆะหรือไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย หากปรากฏว่าข้อตกลงหรือข้อจำกัดอันเป็นเงื่อนไขตามสัญญาหรือข้อตกลงมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของคู่กรณี ในกรณีต่อไปนี้

(ก) จำกัดการใช้สอย (Use Restrictions) มาตรา 18 (1) ข้อ 1 ของกฎหมาย GWB ได้บัญญัติห้ามทำสัญญาหรือข้อตกลง ซึ่งจำกัดสิทธิของคู่กรณีในการที่จะใช้สอยผลิตภัณฑ์ของตนไปในการอื่น ๆ เว้นแต่เป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาเท่านั้น

(ข) การผูกขาดเฉพาะราย (Exclusive Dealing) มาตรา 18 (1) ข้อ 2 กฎหมาย GMB ได้บัญญัติห้ามทำสัญญาหรือข้อตกลงที่จำกัดสิทธิของคู่กรณีในการซื้อ หรือขายสินค้าหรือบริการทางพาณิชย์อื่น ๆ แก่บุคคลภายนอก

(ค) ข้อจำกัดในการขายปลีก (Resale Restrictions) มาตรา 18 (1) ของกฎหมาย GWB ได้บัญญัติห้ามทำสัญญาหรือข้อตกลงซึ่งจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง[179]

(2.4) การตกลงอันเป็นการผูกมัด (Tying Arrangements) มาตรา 18 (1) ข้อ 4 ของกฎหมาย GWB ได้บัญญัติห้ามทำสัญญาหรือข้อตกลงกันโดยมีข้อกำหนดในลักษณะที่เป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องซื้อสินค้าหรือบริการทางพาณิชย์ ซึ่งไม่เกี่ยวกับสาระสำคัญของสัญญาหรือข้อตกลงจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

นอกจากเจ้าหน้าที่สำนักงานป้องกันการผูกขาดได้ประกาศให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะแล้ว หากปรากฏว่าผู้ประกอบการได้กำหนดข้อสัญญาเพิ่มขึ้นในสัญญาอันมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ต่อไปนี้ ห้ามปฏิบัติตามข้อสัญญาเช่นว่านั้น

(ก) หากจำนวนผู้ประกอบการหลายรายต้องผูกพันตามข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม

---

[178] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 68.

[179] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 68.

(ข) การจำกัดการแข่งขันมีลักษณะเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการอย่างไม่เป็นธรรม

(ค) ข้อสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า

ในการที่จะพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่นั้นอยู่ในดุลพินิจของศาล หรือเจ้าหน้าที่สำนักงานป้องกันการผูกขาด นอกจากนี้ ยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าข้อตกลงนั้นได้ทำเป็นหนังสืออีกด้วย[180]

(2.5) สิทธิบัตรและการอนุญาตใช้สิทธิบัตร บทบัญญัติของกฎหมาย GWB ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรปรากฏในมาตรา 20 โดยกำหนดให้ข้อตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิบัตร การออกแบบที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วจะตกเป็นโมฆะ หากได้กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้อย่างมีสิทธิจำกัดนอกเหนือขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ เว้นแต่ข้อจำกัดนั้นจะเกี่ยวกับรูปแบบ จำนวน ปริมาณ ขอบเขต หรือกำหนดระยะเวลาจะไม่ถือว่าอยู่ในขอบเขตแห่งการใช้สิทธิดังกล่าว

ในส่วนข้อยกเว้นพฤติกรรมแห่งมาตรา 20 (1) คือ หากเป็นข้อจำกัดสิทธิที่เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ถึงได้รับอนุญาตที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีเพื่อประโยชน์ของผู้อนุญาต ข้อจำกัดสิทธิที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้รับอนุญาตมีหน้าที่ต้องใช้สิทธิทดแทนจากการใช้สิทธิบัตรหรือสิ่งประดิษฐ์ ข้อจำกัดสิทธิให้ผู้รับอนุญาตต้องไม่มีข้อโต้แย้ง ความสมบูรณ์แห่งสิทธิบัตร ข้อจำกัดที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบที่กฎหมายกำหนด เพื่อการแข่งขันในตลาด ข้อจำกัดสิทธิเหล่านี้มีผลใช้บังคับตราบเท่าที่ยังอยู่ในระยะเวลาคุ้มครองแห่งสิทธิบัตร ส่วนข้อจำกัดต้องห้ามอื่นตามมาตรา 20 (1) ยังสามารถมาร้องต่อองค์กร Cartel Office เพื่ออ้างเหตุผลความจำเป็นทางด้านเศรษฐศาสตร์ได้

บทบัญญัติที่ห้ามการร่วมสมกันตกลงหรือสมรู้ร่วมคิดกันเพื่อใช้อำนาจทางเศรษฐกิจในทางที่ไม่ชอบ ตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 1 นั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือใช้หลักความผิดในตัวเอง ซึ่งอาจเป็นเพราะในอดีตสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีปัญหากับการรวมกลุ่มทางการค้าแบบคาร์เทล (Cartel Martellgesetz) อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้น โดยขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ แต่จะต้องอยู่ภายใต้การดูแลอย่างใกล้ชิดกับองค์กร Cartel Office อย่างเข้มงวด ซึ่งมีความแตกต่างในข้อนี้ จากระบบความควบคุมทางเศรษฐกิจคือข้อตกลงที่มีรูปแบบการแข่งขันในระบบควบคุมโครงสร้างเศรษฐกิจ ข้อตกลงนั้นจะเป็นโมฆะทันที[181]

---

[180] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 69.

[181] วรวัฒน์ กุสลางกูรวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 169. หน้า 70.

(3) การบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้โดยสำนักงานคาร์เทลของรัฐบาลกลางในกรุงเบอร์ลินเกือบจะทั้งหมดซึ่งเป็นอิสระจากรัฐบาล แม้ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางก็ตามที โดยมีเจ้าหน้าที่คาร์เทลท้องถิ่นเป็นผู้ช่วยดูแลในกิจกรรมของสำนักงานคาร์เทลในกรุงเบอร์ลินอีกส่วนหนึ่ง

รายงานและอำนาจบังคับในกรณีมีการควบรวมกิจการเกิดขึ้นจากคณะกรรมการผูกขาดในเมืองโคโลญน์ คำแนะนำของคณะกรรมการดังกล่าว มีส่วนสำคัญอย่างมากในการใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้[182]

(4) การฟ้องคดี และการกำหนดโทษ

นอกจากการบังคับใช้กฎหมายโดยสำนักงานคาร์เทลแล้ว กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดสิทธิเอกชนที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดกฎหมายฉบับดังกล่าวด้วยโดยปรากฏอยู่ในมาตรา 35 ที่ว่าด้วยคำสั่งห้ามและค่าเสียหาย ซึ่งบัญญัติ ดังนี้

"(1) บุคคลใด ๆ ที่จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ๆ ของกฎหมายนี้ หรือคำวินิจฉัยที่ออกภายใต้กฎหมายฉบับนี้โดยเจ้าหน้าที่คาร์เทล หรือศาลอุทธรณ์ ถ้าบทบัญญัติหรือคำวินิจฉัยมุ่งที่จะปกป้องบุคคลใด ๆ บุคคลผู้ฝ่าฝืนดังกล่าวมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลอื่นดังกล่าวเพื่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดจากการฝ่าฝืนดังกล่าว ถ้าคำวินิจฉัยที่ได้ออกมาภายใต้มาตรา 27 ถูกฝ่าฝืน (อยู่ในเรื่องการกีดกันออกไปจากสมาคมการค้า) ผู้ที่ได้รับความเสียหาย อาจเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นธรรมเป็นตัวเงิน สำหรับความเสียหายใด ๆ ที่คำนวณเป็นเงินมิได้

(2) บุคคลใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนคำวินิจฉัยใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่คาร์เทล หรือศาลอุทธรณ์ในความหมายของอนุมาตรา 1 ถ้าคำวินิจฉัยหรือข้อกำหนดเป็นไปตามมาตรา 70 (3) (เป็นเรื่องเกี่ยวกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์) ที่ถึงที่สุด ผู้นั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตั้งแต่วันที่มีคำตัดสิน

(3) ในกรณีของอนุมาตรา 1 การดำเนินการเพื่อให้ออกหมายห้าม อาจถูกกำหนดขึ้นโดยสมาคมเพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ทางอุตสาหกรรม ซึ่งให้อำนาจสมาคมที่จะฟ้องคดีในทางแพ่งได้"

การฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายนั้นถูกกำหนดให้พิสูจน์ถึงความผิด (Fault) แต่การฟ้องเพื่อห้ามมิให้กระทำการหาจำต้องพิสูจน์เช่นนั้นไม่ เพราะการขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้

---

[182] ผาสุก เจริญเกียรติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 170. หน้า 48.

กระทำดังกล่าวกฎหมายไม่ต้องการการพิสูจน์ความผิดในการกระทำของผู้ละเมิด โดยทั่วไปความรับผิดภายใต้มาตรา 35 GWB เปรียบเทียบมาจากความรับผิดเพื่อละเมิดภายใต้มาตรา 823 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (บุคคลใดที่ละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งเพื่อปกป้องบุคคลอื่นมีความรับผิดที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้น) แต่ในทางปฏิบัติการพิสูจน์ถึงความมีอยู่และขอบเขตแห่งอันตรายมักจะปรากฏบ่อยครั้งว่าเป็นการพิสูจน์ที่กระทำได้ยากมากสำหรับคดีประเภทนี้ และจำนวนค่าเสียหายเองบ่อยครั้งเป็นการยากที่ศาลจะกำหนดขึ้น แต่การฟ้องคดีแพ่งที่มีบทบัญญัติเช่นนี้กลับใช้เป็นประโยชน์ในการต่อสู้ของกรณีที่มีการฟ้องให้บังคับตามสัญญาโดยจำเลยสามารถให้การยกเป็นข้อต่อสู้ได้ว่า ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะไม่สามารถใช้บังคับได้ ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้ความสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้โดยเอกชนมีความสำคัญน้อยกว่าโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารโดยถือเป็นมาตรการเสริมเท่านั้น เหตุผลประกอบอีกประการที่การบังคับใช้ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารดีกว่าเพราะการมีคำสั่งห้ามกระทำนั้นเป็นการสอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร และหากมีดุลพินิจเห็นว่าละเมิดกฎหมายจริงคำสั่งดังกล่าวก็สามารถป้องกันการละเมิดกฎหมายต่อไปในอนาคตได้ด้วย[183]

(5) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับพฤติกรรมการกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

คดี Zementverkaufastelle Niedersachen ปี ค.ศ. 1975

เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1975 ข้อเท็จจริงมีว่าบรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์ในเมือง Lawer Saxony ได้ทำความตกลงร่วมกันตั้ง Cartel และปี ค.ศ. 1945 ได้จัดตั้งสำนักงานขายปูนซีเมนต์ร่วมกัน (ZVN-Gmbtt) และภายหลังที่กฎหมาย GWB ใช้บังคับ สำนักงาน Bundeskartellant มีคำสั่งให้เลิก Cartel ดังกล่าว ปรากฏว่า ZVN ก็ยังคงดำเนินการจำหน่ายปูนซีเมนต์ของบรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์ที่เป็นผู้ถือหุ้นในเขต Lower โดยที่ ZNV จะทำการซื้อปูนซีเมนต์จากบรรดาผู้ผลิตที่ถือเป็นผู้ถือหุ้นในเขต Lawer Saxony ซึ่งเป็นผู้ครองตลาดอยู่ในเขตถึง 80 เปอร์เซ็นต์ ในราคาที่เท่ากัน รวมทั้งยังจำหน่ายให้แก่ผู้ซื้อในราคาที่บรรดาผู้ผลิตปูนซีเมนต์กำหนดไว้อีกในคดีนี้ ศาลสูงสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่าการตกลงร่วมกันในการตั้งสำนักงานขายปูนซีเมนต์ (ZVN) ร่วมกัน แสดงให้เห็นถึงการตกลงกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขันย่อมสามารถนำมาตรา 1 ของ GWB มาใช้บังคับ

---

[183] ผาสุก เจริญเกียรติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 170. หน้า 49.

3.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

3.2.1 ลักษณะการกระทำในการร่วมกันกำหนดราคาเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (Collusive Practice) ตามมาตรา 54 (1) ได้กำหนดข้อห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันใจตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น ในลักษณะกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ[184] ซึ่งเป็นข้อห้ามเด็ดขาด (Per se Rule) เป็นความผิดร้ายแรงและชัดเจนในตัวเอง ประกอบด้วยองค์ประกอบความผิด 2 องค์ประกอบ องค์ประกอบที่หนึ่ง ต้องเป็นการกระทำร่วมกันโดยผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ถ้าเป็นการกระทำของผู้ประอบธุรกิจเพียงรายเดียวถือว่าไม่ครบองค์ประกอบ องค์ประกอบที่สอง ต้องมีพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายห้ามเด็ดขาด[185] ดังพฤติกรรม เช่น การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียว หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ และการทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครอง ตลาดหรือควบคุมตลาด หรือละเว้นที่จะแข่งขัน แต่ร่วมมือกัน (Collusion) เพื่อยุติการแข่งขันด้านราคา ถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันของผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการ เป็นสิ่งที่สร้างความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมและต่อผู้บริโภคที่ไม่มีโอกาสที่จะเลือกสินค้าในราคาที่ถูกลง และข้อห้ามที่ยึดหลักเหตุผล (Rule of Reason) โดยในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการ ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้ ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมต่าง ๆ เช่น การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน การกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด และการแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภท

---

[184] พระราชบัญญัติการแข่งขันทางค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 54 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

[185] ศักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 127. หน้า 138.

เดียวกัน เป็นต้น โดยในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะกรณีผู้ประกอบธุรกิจมีการกระทำร่วมกัน กำหนดราคาซื้อ หรือราคาขายสินค้า หรือบริการในตลาดเดียวกัน อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 54 (1) อันเป็นความผิดร้ายแรง

3.2.2 หลักเกณฑ์บทบัญญัติ มาตรา 54 (1)

มาตรา 54 (1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน กระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ”

3.2.2.1 การกำหนดราคาซื้อ หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

การกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน คือ การที่ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันกำหนดราคาซื้อเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกำหนดมูลค่าหรืออัตราส่วนของการขึ้นราคาซื้อ การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการลดราคาซื้อ การกำหนดช่วงราคาซื้อการกำหนดราคาซื้อสูงสุดหรือต่ำสุด การกำหนดสูตรคำนวณราคาซื้อ การกำหนดส่วนลดหรือส่วนลดตามเป้าหมาย การกำหนดระยะเวลาชำระเงิน (Credit Term) การกำหนดโครงสร้างหรือองค์ประกอบของราคาซื้อ และรวมถึงการจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ[186]

การกำหนดราคาซื้อหรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้า เป็นเรื่องของผู้ซื้อที่สามารถรวมตัวกันสร้างอำนาจตลาดของผู้ซื้อ (Monopsony Power) เพื่อการควบคุมราคาอันจะต้องจ่าย หรือจำกัดปริมาณการซื้อเอากับผู้ขาย หรือจากผู้จำหน่ายอันที่จะสามารถที่จะลดราคาซื้อสินค้ารวมวัตถุดิบที่จะต้องใช้ในการผลิตด้วย เช่น บรรดาผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตสินค้าตกลงร่วมกันที่จะกำหนดราคาซื้อวัตถุดิบเพื่อใช้ในการผลิต หรือ บรรดาผู้จัดจำหน่าย (ผู้ขายส่ง) รวมตัวกันกำหนดราคารับซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการที่เป็นผู้จัดส่งสินค้า (Supplier)[187]

การตกลงร่วมกันหรือกระทำร่วมกันของผู้ซื้อในการกำหนดราคาซื้อหรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้า มีได้หลายลักษณะ ไม่เฉพาะเพียงกรณีการกำหนดราคาซื้อเป็นราคาเดียวกัน

---

[186] สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า. (2553). ***แนวทางปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542.*** (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/07/Guidelines-under-Section-27.pdf. [2561, 17 มกราคม].

[187] สุธีร์ ศุภนิตย์. (2536). การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด. ***วารสารนิติศาสตร์,*** 21 (4), หน้า 80.

หากมีการตกลงกันหรือกระทำร่วมกันอย่างใดอันเกี่ยวกับราคารับซื้อสินค้า (เหมือนกรณีการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการ) ย่อมถือว่าเป็นความผิด เนื่องจากกฎหมายต้องการให้ผู้รับซื้อแต่ละรายที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการมีความเป็นอิสระในการกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการ รวมทั้งปริมาณการรับซื้อสินค้าและบริการด้วย อันเป็นไปตามกลไกลของตลาด ไม่ต้องการให้บรรดาผู้ซื้อที่อยู่ในตลาดยุติการแข่งขันเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดทางด้านผู้ซื้อ ซึ่งจะสามารถควบคุมราคาซื้อและปริมาณสินค้าได้[188]

3.2.2.2 การกำหนดราคาขาย หรือกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน กล่าวคือ ราคาของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการต่างรายกันจะมีราคาเดียวกันหรือเหมือนกัน (Identical Price) เช่น ราคาน้ำอัดลมในประเทศไทย จะเห็นได้ว่ามีราคาเดียวกันไม่ว่าจะเป็นน้ำอัดลมจากบริษัทใด การจะเป็นความผิดเพราะเหตุที่ราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป เช่น มีการประชุมร่วมกัน มีการพบปะกันของบรรดาผู้ประกอบการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน อาจเกิดจากผู้ประกอบการต่างก็ต้องการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการและเกิดเห็นพ้องกันเข้า (Conscious Parallelism) โดยที่ปราศจากการตกลงร่วมกัน เช่นนี้ไม่เป็นความผิดได้ เพราะถือไม่ได้ว่ามีการกระทำร่วมกัน หรือสมรู้ร่วมคิดกันของผู้ประกอบการ[189]

การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการ มีความหมายกว้าง ๆ ที่ไม่ต้องการให้บรรดาผู้ประกอบการแต่ละรายที่อยู่ในตลาดมาตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการ เช่น การกำหนดราคาขายเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการขึ้นราคาขาย การกำหนดมูลค่า หรืออัตราส่วนของการลดอัตราขาย การกำหนดช่วงราคาขาย การกำหนดราคาขายต่ำสุดหรือสูงสุด การกำหนดสูตรคำนวณราคาขาย การกำหนดส่วนลด หรือส่วนลดตามเป้าหมาย การกำหนดระยะเวลาชำระเงิน (Credit Term) การกำหนดโครงสร้างหรือองค์ประกอบของราคาขาย[190]

การกระทำร่วมกันเพื่อจำกัดปริมาณการขายสินค้าและบริการนั้นถือได้ว่าเป็นสิ่งไม่พึงจะกระทำ สิ่งที่มักจะเกิดขึ้นอยู่เสมอก็คือ เมื่อมีการร่วมกันกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการแล้ว มักจะก้าวล่วงไปตกลงในเรื่องของจำกัดและปริมาณของสินค้าร่วมกันไปด้วย ทั้งนี้ เพื่อการรักษา

---

[188] เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

[189] ศักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 127. หน้า 140.

[190] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 66.

สัดส่วนผลประโยชน์อันพึงจะกระทำได้ระหว่างกันของบรรดาผู้ประกอบการที่ตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาสินค้าและบริการ[191] และกรณีการร่วมกันกำหนดปริมาณสินค้าหรือบริการที่จะขาย แม้ว่าจะไม่ได้เป็นการกำหนดราคาขายสินค้าโดยตรง แต่การกำหนดปริมาณก็จะส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าโดยส่วนใหญ่ เนื่องจากการที่ปริมาณสินค้าในตลาดมีมากหรือน้อยจะส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า กล่าวคือ หากปริมาณสินค้าในตลาดมีน้อยไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้บริโภค โดยผู้บริโภคต้องการซื้อสินค้านั้น ราคาสินค้าก็จะสูงขึ้น ตามหลักการของอุปสงค์และอุปทาน เพราะฉะนั้น กฎหมายจึงห้ามการกำหนดปริมาณสินค้าและบริการเช่นเดียวกันกับการกำหนดราคา[192]

พฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาหรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ อาจกล่าวได้ว่าเป็นพฤติกรรมหลักของการร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (Cartel) เนื่องจากโดยหลักแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจฝ่ายขายมักเป็นฝ่ายที่สามารถรวมตัวกันจนแทรกแซงกลไกราคาในตลาดได้ ซึ่งการห้ามกำหนดราคาหรือจำกัดปริมาณการขายมาจากหลักการที่ว่า ผู้ประกอบการทั้งหลายที่อยู่ในตลาดสินค้าและบริการย่อมมีอิสระที่จะกำหนดราคาขายและปริมาณสินค้าที่จะขาย อันจะทำให้การแข่งขันด้านราคาเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคในการที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ตนพอใจ การที่มีการตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงราคากันหรือการกำหนดร่วมกันในการจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ จึงเป็นพฤติกรรมที่ทำให้ไม่มีการแข่งขันโดยตรง[193] และผู้ประกอบการเองก็ไม่อาจอ้างได้ว่า ราคาขายที่ตนร่วมกันกำหนดขึ้นนั้น เป็นราคาที่ยุติธรรมแล้ว เพราะเหตุว่าราคาที่พิจารณาว่าเหมาะสมในวันนี้อาจจะไม่เหมาะสมในวันหน้าได้ เพราะราคาสินค้าอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกลไกลตลาด หากปล่อยให้มีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแล้วกลไกตลาดก็จะช่วยให้ราคาสินค้าอยู่ในระดับที่เหมาะสมกับปริมาณความต้องการสินค้าของผู้บริโภค[194]

3.2.3 มาตรการทางกฎหมายกรณีฝ่าฝืนบทบัญญัติ

มาตรการในการบังคับใช้กฎหมายในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เฉพาะกรณีมีการกระทำอันฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 54 (1) มีบทบัญญัติกำหนดโทษไว้สองทาง คือ การดำเนินคดีอาญา และการดำเนินคดีในทางแพ่ง

---

[191] ศักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 127. หน้า 141.

[192] ผกาวีร์ ผาติเวทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 68.

[193] ศักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 127. หน้า 141.

[194] ศักดา ธนิตกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 127. หน้า 142

1) การดำเนินคดีอาญา เป็นการใช้กฎหมายโดยรัฐ เริ่มต้นเมื่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้รับเรื่องร้องเรียนจากผู้เสียหายแล้ว มีหน้าที่พิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวนการกระทำความผิดเพื่อหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิด ในการนี้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการสอบสวนขึ้น โดยประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องให้ความเห็นประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้ เมื่อคณะกรรมการสอบสวนและอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องพิจารณาแล้วได้ผลอย่างไรก็จะเสนอคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อวินิจฉัยต่อไป ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าจะมีคำสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้อง ในขณะเดียวกันคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจระงับหรือหยุดการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้ กรณีที่คณะกรรมการมีคำสั่งฟ้องทางอาญา ก็จะส่งสำนวนไปให้พนักงานอัยการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป หากพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องประธานคณะกรรมการต้องส่งสำนวนพร้อมความเห็นที่แย้งกันไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณา หากอัยการสูงสุดเห็นว่าสำนวนพร้อมความเห็นที่ประธานกรรมการส่งให้ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้อัยการสูงสุดแจ้งให้คณะกรรมการทราบเพื่อดำเนินการต่อไป โดยให้ระบุข้อที่ไม่สมบูรณ์นั้นให้ครบถ้วนในคราวเดียวกัน ในกรณีนี้ ให้ประธานกรรมการและอัยการสูงสุดร่วมกันตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนจากแต่ละฝ่ายจำนวนฝ่ายละเท่ากัน โดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพยานหลักฐานที่ไม่สมบูรณ์และรวบรวมพยานหลักฐานให้สมบูรณ์แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อสั่งคดีต่อไปตามบทบัญญัติ มาตรา 25[195] แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

2) การดำเนินคดีแพ่ง ผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50

[195] พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 25 ในกรณีที่คณะกรรมการมีความเห็นควรสั่งฟ้องและส่งความเห็นพร้อมสำนวนไปยังพนักงานอัยการ แต่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้อง การแย้งคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ประธานกรรมการเป็นผู้ใช้อำนาจของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่ประธานกรรมการแย้งคำสั่งของพนักงานอัยการ ให้ส่งสำนวนพร้อมความเห็นที่แย้งกันไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณา หากอัยการสูงสุดเห็นว่าสำนวนพร้อมความเห็นที่ประธานกรรมการส่งให้ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้อัยการสูงสุดแจ้งให้คณะกรรมการทราบเพื่อดำเนินการต่อไป โดยให้ระบุข้อที่ไม่สมบูรณ์นั้นให้ครบถ้วนในคราวเดียวกัน ในกรณีนี้ ให้ประธานกรรมการและอัยการสูงสุดร่วมกันตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้แทนจากแต่ละฝ่ายจำนวนฝ่ายละเท่ากัน โดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพยานหลักฐานที่ไม่สมบูรณ์และรวบรวมพยานหลักฐานให้สมบูรณ์ แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อสั่งคดีต่อไป

ให้สำนักงานทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการของคณะทำงานตามวรรคสอง.

มาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58 มีสิทธิฟ้องร้องเป็นคดีแพ่ง โดยยื่นฟ้องที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้เอง เพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนได้ ตามบทบัญญัติมาตรา 69 วรรคแรก[196] หรือในกรณีผู้เสียหายร้องเรียนไปยังสำนักคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่ามีผู้ประกอบการฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือมูลนิธิที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค มีสิทธิฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคหรือสมาชิกของสมาคมหรือมูลนิธิได้ ตามมาตรา 69 วรรคสอง[197] โดยการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายนั้น จะต้องดำเนินการในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงเหตุดังกล่าว มิฉะนั้นสิทธิในการนำคดีมาฟ้องย่อมเป็นอันระงับไป ตามบทบัญญัติมาตรา 70[198] สิทธิการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายทางแพ่งของผู้เสียหาย ตามบทบัญญัติมาตรา 69 วรรคแรก ได้บัญญัติให้เอกชนสามารถฟ้องคดีเองได้โดยตรง ถือเป็นการรับรองสิทธิของเอกชนอย่างหนึ่งและจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสมบูรณ์มากขึ้น เนื่องจากการฟ้องคดีของเอกชน อาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจระมัดระวังในการกระทำใด ๆ อันจะเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้ อย่างไรก็ดี การดำเนินคดีแพ่งอาจทำได้โดยเสนอคำฟ้องต่อศาลด้วยตัวเองโดยไม่จำเป็นต้องร้องเรียนไปยังสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคก่อน

3.2.4 กฎหมายที่เกี่ยวกับค่าเสียหายเชิงลงโทษในประเทศไทย

การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในระบบกฎหมายไทย นอกจากจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ปัจจุบันยังบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับอื่น ๆ ด้วย อาทิ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งในส่วนนี้จะอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของค่าเสียหายในระบบกฎหมายไทยที่นอกเหนือไปจากหลักการทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีดังต่อไปนี้

3.2.4.1 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

มาตรา 13 บัญญัติว่า “ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 8 (2) ศาลมีอำนาจกำหนดตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) นอกจากกำหนดค่าสินไหมทดแทนเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง ศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าคืนผลประโยชน์ที่ได้จากหรือเนื่องจากการละเมิด โดยคิดรวมเข้าไปในค่าสินไหมทดแทนได้

---

[196] พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 69 วรรคแรก.

[197] พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 69 วรรคสอง.

[198] พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. มาตรา 70.

(2) ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม (1) ได้ ให้ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(3) ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดแจ้งว่า การละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนากลั่นแกล้ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนที่ศาลกำหนดตาม (1) หรือ (2) ได้แต่ต้องไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนตาม (1) หรือ (2)"

หลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ได้นำมาใช้บังคับเพื่อการลงโทษผู้ละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าไว้ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในมาตรา 13 (3) นี้ยังมีปัญหาและยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ การที่ศาลจะมีอำนาจจะกำหนดค่าสินไหมเพื่อทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มเติมจากจำนวนที่ศาลกำหนดไว้ตาม (1) หรือ (2) อันเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ได้เฉพาะกรณีผู้ละเมิดสิทธิผู้นั้นได้กระทำโดยจงใจหรือมีเจตนากลั่นแกล้ง เป็นเหตุให้ความลับทางการค้าดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นความลับทางการค้าเท่านั้น หากผู้ละเมิดกระทำด้วยกรณีอื่น ๆ เช่น กระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้เสียหายหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันย่อมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน กรณีดังกล่าวนี้ แม้ว่าผู้ละเมิดจะได้กระทำการเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ตามศาลก็ไม่มีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) แก่ผู้ละเมิดได้ด้วยข้อจำกัดทางกฎหมายที่จะใช้บังคับนั่นเอง

3.2.4.2 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภคเพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค ซึ่งมีการนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ ซึ่งตามมาตรา 47 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้มีการกำหนดโทษปรับเกี่ยวกับการโฆษณาที่มีการใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมไว้ คือ ปรับไม่เกิน 50,000 บาท และหากกระทำผิดซ้ำอีกจะมีโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท ซึ่งถือเป็นจำนวนเงินที่น้อยมาก อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 42 จึงได้มีการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษหรือค่าเสียหายเพื่อการลงโทษไว้ว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจ การที่ผู้ประกอบธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิด

ความเสียหาย ด้วยการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนเงินไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่า[199] ทั้งนี้เพื่อให้การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคมีความเป็นธรรมและเหมาะสม

ตามบทบัญญัติมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคข้างต้น พบว่ามีการกำหนดให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษขึ้นเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี การกำหนดเพดานค่าเสียหายเชิงลงโทษสูงสุดไว้ได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงนั้นก็อาจไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอต่อให้มีการยับยั้งการกระทำความผิดได้[200]

ตัวอย่างคดีผู้บริโภคที่ศาลมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย ได้แก่ คำพิพากษาศาลชั้นต้น คดีหมายเลขดำที่ ผบ. 1711/2555 ซึ่งเป็นกรณีที่นายเจฟฟรี จี เอเลน สัญชาติออสเตรเลีย ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย ผู้ถือบัตรเดบิตของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ได้ตรวจสอบบัญชีเงินฝากธนาคารที่ตนมีอยู่ และพบว่ายอดเงินในบัญชีลดลงโดยที่ตนเองไม่ได้ใช้ ซึ่งทราบว่ามีผู้ลักลอบถอนเงินจากบัญชีเงินฝากของตนเพื่อใช้บริการซื้อสินค้าที่สหรัฐอเมริกา ในช่วงระหว่างวันที่ 8 สิงหาคม 2554 ถึงวันที่ 5 กันยายน 2554 เป็นจำนวนเงินรวม 120,599.35 บาท ซึ่งการใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเป็นการใช้จ่าย

---

[199] พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551. มาตรา 42 บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำที่ถูกฟ้องร้องเกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำโดยเจตนาเอาเปรียบโดยไม่เป็นธรรมหรือจงใจให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่นำพาต่อความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้บริโภคหรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันย่อมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ประกอบธุรกิจชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้บริโภค ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจจ่ายค่าเสียหายเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับ ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจ การที่ผู้ประกอบธุรกิจได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้บริโภคมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

การกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดได้ไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด แต่ถ้าค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนดมีจำนวนเงินไม่เกินห้าหมื่นบาท ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษได้ไม่เกินห้าเท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ศาลกำหนด".

[200] เฉลิมศักดิ์ ภัทรสุมันต์. (2553). ***ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีผู้บริโภค ศึกษาเฉพาะกรณีค่าเสียหายในเชิงลงโทษ.*** งานเอกสารวิชาการ หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 14. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

ที่ต้องใช้บัตรเดบิตประกอบการลงลายมือชื่อด้วยตนเอง มิใช่การซื้อสินค้าและบริการที่ชำระด้วยการโอนเงินโดยใช้บัตรประกอบรหัสประจำตัวได้ โดยที่ในช่วงเวลาที่มีการใช้บัตรเดบิตดังกล่าว นายเจฟฟรี พักอาศัยอยู่ในประเทศไทย มิได้เดินทางออกนอกประเทศแต่อย่างใด

ต่อมาธนาคาร ได้ตรวจสอบรายการค่าใช้จ่ายผ่านบัตรเดบิต และปฏิเสธการคืนเงิน โดยอ้างว่าการตรวจสอบของธนาคารไม่พบความผิดปกติ การใช้ดังกล่าวเป็นการใช้บัตรเพื่อซื้อสินค้าและบริการตามปกติ ไม่ใช่การทำธุรกรรมของมิจฉาชีพ จึงไม่สามารถคืนเงินให้แก่นายเจฟฟรีได้ นายเจฟฟรีไม่มีทางใดจะเรียกคืน จึงต้องฟ้องต่อศาลเป็นคดีผู้บริโภค ซึ่งศาลชั้นต้นพิเคราะห์พยานหลักฐานและข้อเท็จจริงแล้วรับฟังได้ว่ากรณีนี้จำเลยยอมรับว่ามีผู้นำบัตรเดบิตที่จำเลยออกให้โจทก์ ไปใช้ในต่างประเทศจริงและทราบด้วยว่าใช้ที่ไหนบ้าง ซึ่งในการให้บริการดังกล่าวจะต้องมีเซลล์สลิปการใช้บริการหรือลายมือชื่อลูกค้าเป็นหลักฐาน แต่จำเลยกลับไม่นำหลักฐานดังกล่าวมาแสดงต่อศาล อีกทั้งพยานจำเลยยังเบิกความย้ำว่า จากประสบการณ์ทำงานที่ยาวนานสันนิษฐานได้ว่า กรณีที่เกิดขึ้นนี้ เกิดจากการถูกขโมยบัตรเดบิตไปใช้จริง ซึ่งหากมีกรณีบัตรถูกขโมยไปใช้นั้น ธนาคารจะไม่ชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสัญญาให้บริการ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกับข้ออ้างของโจทก์ที่ยืนยันว่าโจทก์ไม่ได้เป็นผู้ใช้ดังกล่าว ดังนั้นเมื่อจำเลยไม่มีหลักฐานมาแสดงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่า โจทก์เป็นผู้ใช้เองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นนำไปใช้ จำเลยจึงไม่มีสิทธินำรายการดังกล่าวมาหักเงินจากบัญชีธนาคารของโจทก์ เมื่อจำเลยหักเงินจากบัญชีธนาคารของโจทก์ไปแล้ว จำเลยจึงต้องคืนเงินที่หักไปจากบัญชีของโจทก์ทั้งหมดพร้อมดอกเบี้ยนับแต่วันที่จำเลยหักเงินไปจากบัญชีของโจทก์ และการที่จำเลยทราบอยู่แล้วว่า กรณีนี้เกิดจากมีบุคคลอื่นขโมยบัตรเดบิตของโจทก์ไปใช้ เมื่อโจทก์ทวงถามแล้ว แต่จำเลยกลับปฏิเสธไม่คืนเงินดังกล่าว จึงถือว่าจำเลยมีเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภคโดยไม่เป็นธรรม ศาลจึงพิพากษาให้ ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) จ่ายเงินชดเชยความเสียหายให้แก่ นายเจฟฟรี เป็นเงินจำนวน 120,599.35 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงิน 120,599.35 บาท นับถัดจากวันฟ้องไปจนกว่าจำเลยจะชำระเสร็จสิ้นแก่โจทก์ และให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษ ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 อีก 120,599.35 บาท รวมเป็นเงินจำนวนทั้งสิ้น 245,956.46 บาท และให้จำเลยชำระค่าธรรมเนียมต่อศาลแทนโจทก์ตามทุนทรัพย์ที่โจทก์ชนะคดี กำหนดค่าทนายความโจทก์ 5,000 บาท

3.2.4.3 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

เดิมความรับผิดจากความเสียหายในสินค้าที่เกิดจากความบกพร่องในการผลิตหรือการออกแบบอาศัยหลักความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดในทางละเมิดตามประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้เพื่อชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่เมื่อสภาพสังคมที่เปลี่ยนไปทำให้หลักการดังกล่าวไม่มีความเหมาะสม จึงได้มีการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากสินค้าที่เหมาะสมและเป็นธรรม ได้แก่ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2551 แต่เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อประมาณเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552 โดยมีหลักการสำคัญของกฎหมายฉบับดังกล่าวก็คือการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งกำหนดให้ผู้บริโภคมีภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบการลดน้อยลงกว่ากฎหมายเดิมที่มีอยู่ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ผู้ประกอบการทุกคน ซึ่งรวมถึงผู้ผลิตหรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้าง หรือผู้นำเข้าได้ ผู้ซึ่งใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า ต้องร่วมกันรับผิดต่อผู้เสียหาย[201]

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ยังได้นำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict liability) มาใช้บังคับและถือเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ รวมถึงกำหนดภาระการพิสูจน์ความเสียหายตามกฎหมายไว้ ดังนี้

มาตรา 5 "ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม"

มาตรา 6 "เพื่อให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดตามมาตรา 5 ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา 10 ต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด"

ตามบทบัญญัติข้างต้นได้กำหนดให้ความรับผิดของผู้ประกอบการตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อสินค้าที่ขายจะต้องเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และมีผลทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดใช้ค่าเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึง

---

[201] รัชดาพร สังวร. (2555). ปัญหาบางประการในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในประเทศไทย. ***วารสารวิจัย มสด สาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์,*** สถาบันวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนดุสิต 8 (3), หน้า 190.

ความไม่ปลอดภัยของสินค้า โดยสำหรับค่าเสียหายที่ผู้ประกอบการจะต้องชดใช้ตามกฎหมายนี้[202] ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ นอกจากนี้ ผู้ประกอบการที่รู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือไม่รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยในภายหลังแต่ก็ไม่ดำเนินการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริง

ดังนั้น ค่าเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย จึงได้แก่

1) ค่าเสียหายตามหลักละเมิดแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ ความเสียหายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน ชีวิต สุขภาพ อนามัย ฯลฯ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่เตาไมโครเวฟไม่ตัดไฟอัตโนมัติเมื่อครบเวลาที่ตั้งไว้แล้วเกิดไฟช๊อตจนเตาไมโครเวฟระเบิดก่อให้เกิดไฟไหม้ทรัพย์สินที่อยู่ในบ้าน ถือว่าเป็นกรณีที่สินค้าไม่ปลอดภัยทำให้ทรัพย์สินเสียหายตามกฎหมายนี้[203]

---

[202] พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551. มาตรา 11 บัญญัติว่า "นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกายสุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

(2) หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ผลิต นำเข้า หรือขายสินค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือเมื่อรู้ว่าสินค้าไม่ปลอดภัยภายหลังจากการผลิต นำเข้า หรือขายสินค้านั้นแล้วไม่ดำเนินการใด ๆ ตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ การที่ผู้ประกอบการรู้ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการปกปิดความไม่ปลอดภัยของสินค้า การดำเนินการของผู้ประกอบการเมื่อทราบว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการได้รับ สถานะทางการเงินของผู้ประกอบการ การที่ผู้ประกอบการได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย"

[203] จิราพร สุทันกิตระ. (2553). ***พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551.*** รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สถาบันวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 55.

2) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ กล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องได้รับความเสียหายต่อจิตใจที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหายเอง โดยต้องมีความเสียหายทางร่างกาย สุขภาพหรืออนามัยอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นฐานก่อนแล้วจึงจะเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ เช่น ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศกเสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจ อย่างอื่นในลักษณะเดียวกันอันเป็นผลสืบเนื่องได้[204] เช่น ผู้เสียหายเป็นนางงามประจำจังหวัดได้ความเสียหายจากการใช้ครีมเปลี่ยนสีผมที่เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยทำให้ผมขาวไปทั้งศีรษะและหนังศีรษะอักเสบเป็นที่น่าอับอายต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งผู้เสียหายเสียใจมาก กรณีเช่นนี้จึงเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจได้

3) ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ (Punitive damages) เป็นค่าสินไหมทดแทนที่เพิ่มขึ้นจากค่าเสียหายที่แท้จริง โดยศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำผิดจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดไว้ เช่นนี้ศาลจึงต้องพิจารณากำหนดจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง อันได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับค่าเสียหายทางจิตใจก่อน เช่น ค่ายาและค่ารักษาพยาบาล 20,000 บาท ค่าทรัพย์สินเสียหาย 5,000 บาท และค่าความทุกข์ทรมาน 50,000 บาท รวมค่าเสียหายที่แท้จริง 75,000 บาท ดังนั้น ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษที่ศาลกำหนดให้ต้องไม่เกิน 150,000 บาท เป็นต้น การกำหนดจำนวนสูงสุดไว้ก็เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ผู้ผลิตจนเกินไป และเป็นการจำกัดจำนวนเพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถคำนวณประมาณความเสียหายไว้ล่วงหน้าเพื่อซื้อประกันความเสียหายได้[205]

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้ามาในบทที่ 3 นั้นพบว่า พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 69 ได้บัญญัติให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำร่วมกันกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการในตลาดเดียวกัน อันมีผลเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 54 (1) มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายได้ หากแต่อาจเรียกได้เพียงค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิดที่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น

ข้อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

---

[204] เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

[205] จิราพร สุทันกิตระ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 203. หน้า 58.

3.3.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

สหภาพยุโรปบัญญัติสนธิสัญญาว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the functioning of the European Union – TFEU) ขึ้นโดยบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำที่ตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันไว้ในมาตรา 101 ซึ่งมีเป้าหมาย เพื่อควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันอันเป็นความเป็นอยู่ของผู้บริโภคและเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคา เป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์มากที่สุดในประเภทของการรวมตัวกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทั้งหมด โดยการตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคานี้ ปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ในมาตรา 101 (1) (ก) ที่ห้ามการกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

สหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันอันมีผลเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันอย่างเสรีของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมมิให้บรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดทำความตกลงร่วมกัน หรือกระทำการร่วมกัน หรือรวมตัวกันเพื่อยุติการแข่งขันระหว่างกัน อันเป็นการจำกัดทางการค้าบัญญัติอยู่ในมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act คือจะต้องมีผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปมาเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด ทำให้สามารถเกิดการกระทำที่เป็น “การร่วมกัน” ขึ้น ในกรณีที่มีศาลตัดสินเกี่ยวกับพฤติกรรมการตกลงของผู้ประกอบการที่เข้าข่ายลักษณะความผิดเด็ดขาดหรือใช้หลักพิจารณาคดีโดยเคร่งครัดนั้น เช่น การตกลงกันในเรื่องสินค้าหรือบริการ (Price Fixing)

เครือรัฐออสเตรเลีย มีบทบัญญัติมาตรา 44ZZRA วางหลักว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคู่แข่งขันกัน จะต้องไม่กระทำการหรือก่อให้เกิดผลกระทบในรูปแบบของการทำสัญญาระหว่างกันหรือดำเนินการร่วมกัน หรือทำความเข้าใจระหว่างกัน ที่เป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยการกำหนดราคา ถือเป็นพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันที่เป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเครือรัฐออสเตรเลีย

ประเทศญี่ปุ่น พฤติกรรมที่จัดว่าเป็นการกระทำการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นนั้น ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติอยู่มาตรา 3 แห่ง Antimonopoly Act ความว่า “ผู้ประกอบการทุกรายจะต้องไม่ผูกขาดตลาดหรือไม่จำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุอันควร” หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ประกอบการร่วมกันไม่ว่าโดยการทำสัญญาข้อตกลงหรือวิธีการอื่น ๆ ในการที่จะจำกัดพฤติกรรมร่วมกันเพื่อที่จะกำหนด รักษาหรือขึ้นสินค้า รวมถึงรวมกลุ่มกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บทบัญญัติมาตรา 1 ของ GWB มีวัตถุประสงค์ที่จะห้ามให้มีการรวมตัว เช่น Cartel รวมทั้ง ห้ามมิให้ผู้ประกอบการทำความตกลงกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวนอนในการพิจารณาว่าข้อตกลงใด หรือมติของสมาคมผู้ประกอบการ มีผลบังคับตามกฎหมาย

หรือไม่ ต้องมีข้อตกลงซึ่งได้กระทำโดยผู้ประกอบการหรือสมาคมของผู้ประกอบการ รวมทั้งมติของสมาคมผู้ประกอบการโดยมีจุดมุ่งหมายร่วมกัน

และในประเทศไทย พฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการในตลาดเดียวกัน อันมีผลเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน บัญญัติอยู่ในตามมาตรา 54 "ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ (1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศและกฎหมายไทย ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้การแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างเสรีและเป็นธรรม การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายอันมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดถือเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติร้ายแรง ส่งผลต่อเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้น การตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงเกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภคในอันที่จะแข่งขันกันอย่างเสรี บริโภคสินค้าและบริการที่ดีและมีคุณภาพ

3.3.2 การใช้บังคับกฎหมาย

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย มีบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้กฎหมายที่เหมือนกัน คือ มีการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยรัฐและเอกชนควบคู่กันไป ยกเว้นในเครือรัฐออสเตรเลีย ที่บัญญัติให้อำนาจรัฐเท่านั้นเป็นผู้ใช้บังคับกฎหมาย การใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศรวมทั้งประเทศไทยนั้นจะมีวิธีการ และการกำหนดอำนาจของผู้ใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่นจะให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในการริเริ่มคดี สอบสวน ไปจนถึงมีอำนาจในการตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดได้ แต่ในประเทศไทย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่มีอำนาจริเริ่มคดีและเข้าตรวจสอบกิจการต้องสงสัยได้เอง หากแต่ต้องมีการร้องเรียนเข้ามายังสำนักงานการแข่งขันทางการค้าเสียก่อน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงจะมีอำนาจในการสอบสวน หรือหาพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นได้

3.3.3 การฟ้องคดี และการกำหนดโทษ

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการดำเนินคดีแพ่งกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีการกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติได้เหมือนกัน แต่จะมีความแตกต่างกันในเรื่องหลักเกณฑ์ ขั้นตอนการดำเนินคดี และการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับหากเป็นผู้ชนะคดี กล่าวคือ ในสหรัฐอเมริกาบัญญัติให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดี

เพื่อเรียกค่าเสียหายได้เป็นจำนวน 3 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริง รวมถึงสามารถเรียกค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และค่าทนายความได้ด้วย ถือเป็นการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีแข่งขันทางการค้า แต่ในประเทศไทย และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เพียงเท่าที่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้เท่านั้น ผู้เสียหายมีหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐาน และต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างไร ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำได้โดยยาก จึงเกิดปัญหาในการฟ้องคดีของผู้เสียหาย

จะเห็นได้ว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบกิจการที่ฝ่าฝืนกฎหมายแข่งขันทางการค้า โดยในวิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาวิเคราะห์เฉพาะผู้เสียหายจากกรณีผู้ประกอบธุรกิจมีพฤติกรรมร่วมกันกำหนดราคาสินค้าอันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 54 (1) ซึ่งการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายนั้น ผู้เสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายตามความเป็นจริงที่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้ ผู้เสียหายมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือวัตถุพยานใด ๆ มาแสดงต่อศาล เพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีการกระทำความผิดอย่างไร และผู้เสียหายได้รับความเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด นอกจากการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจะมีความยากลำบากมากแล้ว ยังต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเตรียมคดี รวมถึงค่าทนายความอีกด้วย การฟ้องคดีแข่งขันทางการค้าเพื่อเรียกค่าเสียหายในทางของผู้เสียหายจึงไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป ทั้งการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อมาพิสูจน์ความเสียหายต่อศาลก็ทำได้โดยยาก และหากผู้เสียหายไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ก็อาจจะไม่ได้รับชดใช้ในที่สุด ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของโจทก์ก็นับเป็นปัญหาหนึ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เอกชนฟ้องคดีได้โดยยาก และมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูง การที่กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยไม่มีบทบัญญัติในส่วนของการกำหนดโทษทางแพ่งไว้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็กถึงขนาดกลางที่ได้รับความเสียหาย จึงขาดแรงจูงใจในการนำคดีขึ้นสู่ศาล อันเป็นเหตุผลที่ว่า เหตุใดจึงไม่ปรากฏคดีแข่งขันทางการค้าขึ้นสู่ศาลยุติธรรมในประเทศไทยเลยนับแต่พระราชบัญญัติ แข่งขันทางการค้ามีผลใช้บังคับ ซึ่งหากพิจารณาจากบทกฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบัน พบว่า ยังคงมีปัญหาในเรื่องการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหาย และการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีแข่งขันทางการค้า ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4