

### บทที่ 3

## การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายต่างประเทศ กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ของประเทศไทย และวิเคราะห์เปรียบเทียบ

กฎหมายแข่งขันทางการค้าถือเป็นกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองตลาดให้มีการแข่งขันอย่างเต็มที่ โดยผ่านการนำเสนอสินค้าและบริการในราคาและคุณภาพที่หลากหลาย กำหนดกติกาไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจกีดกันแก่งแย่งระหว่างกันหรือไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจตกลงร่วมมือกันในทางที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน

สำหรับผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีความสามารถเหนือกว่าคู่แข่ง กฎหมายก็กำหนดไม่ให้ใช้ความเหนือกว่าคู่แข่งนี้ไปเอาเปรียบผู้ประกอบธุรกิจอื่นและผู้บริโภค แม้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่จะอ้างว่าตนเองมีความสามารถเหนือกว่าคู่แข่งและสามารถพัฒนาสินค้าและบริการเพื่อคุณภาพชีวิตของผู้บริโภคที่ดีกว่า แต่ในทางกฎหมายแข่งขันทางการค้า การตรวจสอบพฤติกรรมได้ย่อมดีกว่าการไม่เข้าตรวจสอบ ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจถึงกฎหมายแข่งขันทางการค้าในบทนี้จึงได้แบ่งหัวข้อออกเป็น 3 ส่วน ประกอบด้วย

ส่วนที่ 1 หลักกฎหมายของต่างประเทศ

(1) ระบบกฎหมาย Common Law

(2) ระบบกฎหมาย Civil Law

ส่วนที่ 2 หลักกฎหมายของประเทศไทย และ

ส่วนที่ 3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทย

### 3.1 หลักกฎหมายต่างประเทศ

#### 3.1.1 ระบบกฎหมาย Common Law

##### 3.1.1.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่สองต่อจากประเทศแคนาดาที่มีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งเรียกชื่อย่อว่า Sherman Act 1890 และมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1891 โดย Sherman Act 1890 ห้ามกระทำเพียงสองพฤติกรรมเท่านั้น คือ การร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (Cartel) และการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด (Monopolization or Attempt to Monopolize) โดยพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทั้งสองพฤติกรรมถือว่าการกระทำผิดทางอาญาที่ร้ายแรง องค์กรบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act 1890 ได้แก่ กรมต่อต้านการผูกขาดของกระทรวงยุติธรรม โดยมีผู้ช่วยอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชา มีข้าราชการซึ่งส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมายภายใต้บังคับบัญชามากกว่า 400 คน มีสำนักงานตั้งอยู่ในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. โดยแต่ละปีจะมีการสอบสวนข้อเท็จจริงประมาณ 300 เรื่อง และดำเนินการฟ้องร้องเอาผิดประมาณ 50-100 คดีต่อปี<sup>1</sup>

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริการเริ่มมีพัฒนาการมาในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 รูปแบบการผลิตในอุตสาหกรรมต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนจากการผลิตโดยผู้ประกอบการขนาดเล็กเป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ เนื่องจากการรวมกลุ่มกันในการดำเนินธุรกิจ เช่น อุตสาหกรรมเหล็กกล้า ถ่านหิน เหล็ก สุนัข และ การให้บริการของรถไฟ เป็นต้น ซึ่งสร้างความเสียหายอย่างมากแก่ระบบเศรษฐกิจ เช่น การให้บริการของรถไฟ หากผู้ใช้บริการไม่ใช่พวกเดียวกันแล้ว จะมีการคิดค่าใช้บริการสูงมาก เป็นต้น ซึ่งในปี ค.ศ.1830 ได้มีการนำทรัสต์ (Trust) มาใช้กิจการน้ำมัน โดย Standard Oil Trust ซึ่งในปี ค.ศ. 1882 มีโรงกลั่นน้ำมันในเครือจำนวน 39 แห่ง และสามารถควบคุมการผลิตประมาณร้อยละ 90 ของการกลั่นน้ำมันทั้งหมดในสหรัฐอเมริกา โดยภายหลังการก่อตั้งทรัสต์โรงกลั่นน้ำมันข้างต้น ก็มีการตั้งทรัสต์ในอุตสาหกรรมอื่น ๆ ตามมาอีกมาก เช่น American Cotton Trust, Whiskey Trust, National Lead Turst, Salt Trust เป็นต้น ต่อมาบรรดามลรัฐต่าง ๆ ได้ตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยทรัสต์ แต่การบังคับใช้กฎหมายก็ไม่ได้ผลเนื่องจากปัญหาที่กฎหมายของมลรัฐหนึ่งไม่สามารถบังคับใช้ในอีกมลรัฐหนึ่งได้ ในขณะที่บริษัทต่าง ๆ ของทรัสต์กระจายอยู่ในหลายมลรัฐ ดังนั้น จึงมีการเรียกร้องให้รัฐบาลกลางตรากฎหมายควบคุมการค้าระหว่างมลรัฐต่าง ๆ ส่งผลให้ประมาณเดือนธันวาคม ปี ค.ศ.1889 วุฒิสมาชิก John Sherman ได้เสนอร่างกฎหมายจำกัดการรวมกลุ่มทางการค้าและการผูกขาด

<sup>1</sup> ศักดา ธนิตกุล. (2553). *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 186.

ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากสภาในชื่อของ Sherman Act เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1890 โดยภายหลังจากนั้น ก็ได้มีการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าออกมาอีกหลายฉบับ เพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายแข่งขันทางการค้าหลายฉบับด้วยกัน โดยมี Sherman Act 1890 เป็นกฎหมายฉบับแรกและฉบับหลัก นอกจากนั้นยังมีกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่เป็นกฎหมายส่งเสริมเพื่อให้บรรลุผลตามนโยบายว่าด้วยการแข่งขัน (Antitrust Policy) ของสหรัฐอเมริกา เช่น Clayton Act 1914, Federal Trade Commission Act 1914, Robinson-Patman Act 1936 เป็นต้น<sup>2</sup>

สหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์การพิจารณาความเสียหายต่อการต่อต้านการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา ซึ่งรวมถึงกรณีของผู้มีอำนาจเหนือตลาดด้วยนั้น มีด้วยกัน 4 ประการ ดังนี้

ก) กำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องให้ได้เสียก่อนซึ่งต้องพิจารณาเพียงเรื่องเดียว คือ ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการและเชิงภูมิศาสตร์

ข) กำหนดอำนาจตลาดภายในขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งพิจารณาได้ความตามข้อ 1) โดยความหมายของอำนาจตลาดก็คือ ความสามารถในการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน อย่างมีนัยสำคัญเหนือระดับการแข่งขันโดยปราศจากความสูญเสียในธุรกิจของตน

ค) พิจารณาถึงศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

ง) พิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต้องการควบคุมว่าเป็นอย่างไร เช่น การควบคุมการควบกิจการ หรือการควบคุมการกระทำมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด เป็นต้น

1) ความหมายและประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

(1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน โดยใน Sherman Act 1890 มาตรา 2<sup>3</sup> ได้กล่าวถึงการห้ามกระทำการที่เข้าข่ายการผูกขาดโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้น จึงต้องมาพิจารณาความหมายของคำว่าอำนาจเหนือตลาด โดยภาษาอังกฤษนั้นใช้คำว่า Market Power หรือ Monopoly Power ซึ่งทั้งสองคำนี้มีความหมายใกล้เคียงกันหรืออาจจะเหมือนกันก็ได้ขึ้นอยู่กับ

<sup>2</sup> รวินท์ ชีพจำเป็น. (2552). *แนวทางการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการค้าบนอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21.

<sup>3</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย ฉบับที่ 1 (การศึกษาด้านกฎหมาย)*. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. หน้า 22.

ความเห็นของนักวิชาการ แต่โดยทั่วไปแล้วคำว่า Market Power จะใช้กับการควบกิจการหรือหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) ส่วนคำว่า Monopoly Power จะใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 2 แห่ง Sherman Act 1890 โดยตรง นอกจากนี้ยังได้มีการให้นิยามของคำทั้งสองนี้ไว้ ดังนี้

(1.1) แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบกิจการในแนวนอน ได้ให้นิยามของ Market Power ว่าหมายถึง ความสามารถหรือกำลังในการรักษาราคาสินค้าหรือบริการให้อยู่ในระดับราคาแข่งขันในช่วงระยะเวลาที่สำคัญเวลาหนึ่ง

(1.2) คำตัดสินในคดี Du Pont ศาลได้ให้ความหมายของคำว่า Monopoly Power ว่าหมายถึง ความสามารถในการควบคุมราคาสินค้าหรือบริการ หรือความสามารถในการจำกัดการแข่งขัน

ทั้งนี้ หากพิจารณาทางเศรษฐศาสตร์แล้ว คำว่า Monopoly หมายถึง การผูกขาดที่เกิดขึ้นในตลาดที่มีผู้ขายเพียงหนึ่งรายเท่านั้น แต่ในทางกฎหมายแล้วมิได้ตีความเคร่งครัดขนาดนั้น แต่ให้ความหมายว่าเป็น การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งสามารถที่จะมีอำนาจเหนือตลาดได้ ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการดังกล่าวจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละ 100 ก็ตาม

## (2) ประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

มาตรการ Monopolization ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act 1890 จะเน้นการกระทำของผู้ประกอบการรายเดียวเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวม โดยหากเป็นกรณีที่เข้าข่ายผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวมตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปหรือประเทศญี่ปุ่นแล้ว จะถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นผู้ประกอบการผูกขาดทั่วไปที่ร่วมกระทำการขัดขวางต่อการแข่งขันตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act 1890 และ Clayton Act 1914<sup>4</sup>

### 2) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องและการพิจารณากำหนดตัวของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

#### (1) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

Sherman Act 1890 มิได้บัญญัติถึงขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเอาไว้โดยตรง อย่างไรก็ตามการที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการใดมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น ต้องหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องก่อนทุกครั้ง โดยพิจารณาจากขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ เช่น จะพิจารณาดตลาดของเบียร์อย่างเดียวหรือตลาดของเครื่องดื่มทุกชนิด เป็นต้น และขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ เช่น ระดับท้องถิ่น ระดับภูมิภาคหรือเขต หรือระดับประเทศ เป็นต้น

<sup>4</sup> รวินท์ ซีพจำเป็น. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 77.

## (1.1) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ

ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการเป็นการพิจารณาความสามารถในการทดแทนกันได้ของสินค้าหรือบริการ โดยศาลจะพิจารณาจากความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง (Cross-price Elasticity of Demand) นอกจากนี้ ศาลยังใช้ปัจจัยอีกหลายประการในการพิจารณา เช่น ทักษะของผู้บริโภค ความเหมาะสมของสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทน เป็นต้น ด้านแนวปฏิบัตินั้น มีการแบ่งแยกขอบเขตของตลาดเชิงสินค้าหรือบริการ กรณีทั่วไปและกรณีการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้านราคา (Price Discrimination) โดยกำหนดให้ใช้วิธีการ SSNIP Test ซึ่งในกรณีทั่วไปการพิจารณาจะเน้นการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นหลัก ได้แก่

(1.1.1) หลักฐานว่าผู้ซื้อเปลี่ยนหรือคิดจะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนั้นมีความสัมพันธ์ที่ตอบสนองต่อราคาสินค้าหรือบริการ หรือปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลต่อการแข่งขัน

(1.1.2) หลักฐานว่าผู้ประกอบการได้ตัดสินใจทางธุรกิจโดยคำนึงถึงการเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นของผู้ซื้อ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนั้นมีความสัมพันธ์ที่ตอบสนองต่อราคาสินค้าหรือบริการ หรือปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลต่อการแข่งขัน

(1.1.3) อิทธิพลของการแข่งขันอย่างรุนแรงต่อผู้ซื้อสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ

(1.1.4) เวลาและค่าใช้จ่ายของผู้ซื้อในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น

## (1.2) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์

ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์เป็นการพิจารณาพื้นที่ของผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันนั้นทำการแข่งขันกันอยู่ โดยไม่ใช้การมุ่งพิจารณาที่เมือง เขต หรือประเทศ แต่มุ่งที่ตัวของผู้ประกอบการเป็นหลักกว่าแข่งขันในพื้นที่ใด ทั้งนี้ ศาลจะใช้ปัจจัยหลายประการในการพิจารณา เช่น ต้นทุนค่าขนส่งสินค้า สถานที่ของผู้ประกอบการและผู้ซื้อ ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการและผู้ซื้อ เป็นต้น ส่วนแนวปฏิบัตินั้นได้แบ่งแยกขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการเป็นกรณีทั่วไปและกรณีการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้านราคา โดยใช้วิธีการ SSNIP Test ซึ่งกรณีทั่วไปการพิจารณาเน้นค่าขนส่งหรืออุปสรรคต่าง ๆ ในแต่ละพื้นที่ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถเข้าไปแข่งขันได้ รวมทั้งการทดแทนด้านอุปทาน มีรายละเอียดของปัจจัย ดังต่อไปนี้

(1.2.1) ตัวผู้ผลิตหรือผู้ขายในปัจจุบัน

(1.2.2) การมีส่วนร่วมในการตอบสนองต่ออุปทานของผู้ประกอบการ ซึ่งแบ่งออกได้ 2 ประการ ได้แก่

ก) การทดแทนและการขยายกำลังการผลิตในตลาดที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงหรือขยายการผลิตหรือการขายโดยใช้สินทรัพย์ที่ผู้ประกอบการมีอยู่

ข) การได้รับสินทรัพย์ใหม่มาสำหรับการผลิตหรือการขายสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง

## (2) การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน โดยปล่อยให้ศาลในการตีความ โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ มีปัจจัยหลายประการด้วยกัน เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของราคาสินค้าหรือบริการ แนวโน้มของการเข้ามาลงทุนในตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ พฤติกรรมของผู้ประกอบการ โครงสร้างตลาด เป็นต้น โดยขอพิจารณารายละเอียดดังนี้<sup>5</sup>

ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) กล่าวคือ เป็นวิธีการพิจารณาหาอำนาจตลาดแบบดั้งเดิมและเป็นการทั่วไปซึ่งศาลใช้ในการพิจารณา โดยจำต้องหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องให้เสียก่อน

ความแตกต่างระหว่างราคาซื้อและราคาขายหรือกำไร (Profit Margin) โดยศาลพิจารณาว่าการมีกำไรนั้นเป็นหลักฐานหนึ่งของการมีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม จำต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ เพราะผู้ประกอบการที่ได้รับกำไรมาอาจไม่ได้มีอำนาจเหนือตลาดก็ได้ โดยอาจเป็นเพียงการประสบความสำเร็จของกิจการซึ่งทำให้กำไรเพิ่มขึ้นในช่วงสั้น ๆ แล้วกลับสู่ปกติหรือเป็นเพียงการตอบสนองต่อสินค้าหรือบริการใหม่ ๆ เช่น กรณีสินค้านวัตกรรม เป็นต้น

ข้อจำกัดเรื่องราคา (Constraints of Strain) ซึ่งเป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยถูกกำหนดไว้ในแนวปฏิบัติซึ่งข้อจำกัดเรื่องราคานี้นำมาใช้ในการคำนวณขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ วิธีการที่ใช้พิจารณาก็คือ SSNIP Test นอกจากนี้ ยังมีการใช้ดัชนี Lerner ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งในการกำหนดอำนาจตลาดของผู้ประกอบการในการตั้งราคาเหนือระดับการแข่งขัน โดยดัชนีนี้สามารถกำหนดอำนาจตลาดใน 3 ลักษณะด้วยกัน ได้แก่ ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นด้านอุปสงค์ของตลาด (Market Demand Elasticity) และความยืดหยุ่นด้านของอุปทาน (Fringe Supply Elasticity)

<sup>5</sup> Keith N. Hylton, (2003). *Antitrust Law: Economy Theory & Common Law Evolution* (2<sup>nd</sup> ed.). United Kingdom: Cambridge University Press. p. 232. อ้างถึงใน สรวิชัย รัชชาติ. (2554). *วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดคู่แข่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 95.

อำนาจเหนือตลาดที่จะเป็นปัญหาสู่การพิจารณา เฉพาะอำนาจเหนือตลาดในระดับหนึ่งที่มีค่าพอในการบังคับใช้ หรืออาจกล่าวได้ว่า ต้องเป็นอำนาจเหนือตลาดที่สามารถทำให้เกิดความเสียหายหรือทำให้ระบบการแข่งขันในตลาดเบี่ยงเบนไปได้ และสิ่งสำคัญก่อนการคำนวณส่วนแบ่งตลาดออกมาเป็นร้อยละ ก็คือการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในตลาดนั้น ๆ ก่อนทุกครั้งไม่ว่าจะเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ก็ตาม<sup>6</sup>

### 3) พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา หรือ Sherman Act 1890 ไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด หรือเป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม (Fair Trade Commission: FTC) และศาลซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นผู้ตีความและวางหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมและคำพิพากษาของศาล กฎหมายห้ามกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาดแต่ไม่ได้ห้ามการใช้อำนาจตลาดมาหาประโยชน์<sup>7</sup>

### 4) การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต

สหรัฐอเมริกายอมรับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตแต่อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาเคยมีคำตัดสินไว้ในคดี American Banana Company V. United Fruit Company ว่าศาลของสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจเหนือคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่สามารถใช้ Sherman Act กับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตสหรัฐอเมริกาได้ แต่ทว่าต่อมาในคดี United States V. Aluminium Company of America หรือคดี Alcoa ซึ่งผู้พิพากษา Learned Hand ได้ตัดสินว่า ศาลมีอำนาจเหนือการกระทำผิดที่อยู่นอกอาณาเขตสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อตลาดภายในสหรัฐอเมริกา โดยศาลได้ให้นิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องว่าให้หมายความรวมถึง ตลาดต่างประเทศด้วยและได้แยกการกระทำผิดนอกประเทศออกเป็น 2 ประเภท คือการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อตลาดภายในสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าวได้ ส่วนอีกประเภทหนึ่ง คือ การกระทำผิดที่มีผลกระทบต่อตลาดภายในสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกามีอำนาจตัดสินคดีเช่นนี้ถือเป็นการยอมรับการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของประเทศ

นอกจากนั้น ผู้พิพากษา Learned Hand ยังได้สร้างหลักกฎหมาย คือ หลักผลกระทบ (Effect Doctrine) ขึ้นมา โดยมีองค์ประกอบ ดังนี้

<sup>6</sup> รวินท์ ซึฟจาเป็น. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 82.

<sup>7</sup> ศิริศักดิ์ จึงถาวรณ. (2549). *หลักเกณฑ์เรื่อง ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 168.

(1) มีผลกระทบต่อตลาดภายในสหรัฐอเมริกา

(2) ผู้กระทำผิดมีเจตนาที่จะให้มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาหรือ

1) ผลกระทบดังกล่าวเป็นผลโดยตรงของการกระทำผิด 2) ผลกระทบดังกล่าวมีนัยสำคัญ 3) ผู้กระทำความผิดสามารถคาดเห็นได้ว่าจะเกิดผลกระทบดังกล่าวในสหรัฐอเมริกา

ต่อมาในปี ค.ศ. 1965 สหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายที่ชื่อว่า “Restatement of Foreign Law of the US” โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) การกระทำดังกล่าวขัดต่อกฎหมายอาญาหรือกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว

(2) ผลคือทำให้เกิดผลกระทบโดยตรงอย่างมีนัยสำคัญและผู้กระทำผิดคาดเห็นได้ว่าจะเกิดผลกระทบดังกล่าว

หากเข้าองค์ประกอบทั้งสองประการข้างต้นแล้ว หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย Sherman Act สามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่การกระทำผิดนั้นได้แม้ว่าการกระทำจะเกิดขึ้นนอกอาณาเขตสหรัฐอเมริกาก็ตาม

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตของสหรัฐอเมริกานั้นได้ทำให้เกิดปัญหาและความขัดแย้งต่อนานาประเทศ รวมทั้งส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของโลกโดยรวมอีกด้วย ทั้งนี้ สามารถสรุปปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้ ดังนี้

(1) ปัญหาทางกฎหมาย โดยเป็นการขัดต่อหลักดินแดน ซึ่งกฎหมายภายในของประเทศใดก็ควรจะใช้เฉพาะภายในดินแดนของประเทศนั้น และขัดต่อหลักบุคคลหรือสัญชาติซึ่งกฎหมายภายในของประเทศใดก็ควรบังคับใช้เฉพาะบุคคลที่ถือสัญชาติของประเทศนั้น

(2) ปัญหาในทางปฏิบัติ โดยมีปัญหาเรื่องการลงโทษซ้ำซ้อน ซึ่งผู้กระทำความผิดกรรมเดียวกันอาจต้องรับโทษใน 2 ประเทศ อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและขัดต่อหลักกฎหมายอาญา รวมทั้งปัญหาความยากลำบากในการแสวงหาพยานหลักฐานก่อนการพิจารณาและการบังคับตามคำพิพากษาซึ่งอยู่หรือต้องกระทำในต่างประเทศ

(3) ปัญหาการเมืองระหว่างประเทศ โดยการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของสหรัฐอเมริกานี้ เป็นการใช้มาตรการฝ่ายเดียวที่มุ่งใช้กฎหมายภายในของตนไปบังคับประเทศอื่นหรือเอกชนของประเทศอื่นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตน ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม<sup>8</sup>

<sup>8</sup> รวินท์ ชีพจำเป็น. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 84.



### 3.1.1.2 ประเทศแคนาดา

#### 1) ความหมายและประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

##### (1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดา คือ Competition Act 1985 เดิมกฎหมาย Competition Act 1985 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัย การกระทำที่เป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งนั้นมียุสองส่วนคือ ส่วนแรกคือมาตรา 50 (1)(c) Competition Act เป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาคือ จำคุก และปรับ ส่วนที่สองคือ มาตรา 78 และ 79 ของ Competition Act 1985 ซึ่งเป็นกรณีของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำ การตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง โดยตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุน และไม่มีโทษทางอาญา แต่มีโทษปรับทาง ปกครอง (Administrative Monetary Penalty) และการออกคำสั่งหยุดการกระทำที่เป็นความผิดหรือ อาจสั่งให้มีการแบ่งแยกทรัพย์สินหรือหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจก็ได้แต่ต่อมาภายหลังประเทศ แคนาดาได้ยกเลิกความผิดตามมาตรา 50 (1)(c) ซึ่งมีโทษทางอาญา และบังคับใช้เฉพาะมาตรา 78 และ 79 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทางแพ่ง<sup>9</sup>

##### บทบัญญัติมาตรา 50 (1)(c)

“everyone engages business who

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

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

มาตรานี้มีองค์ประกอบสองประการคือ 1. ผู้ประกอบธุรกิจตั้งราคาต่ำอย่างไม่มีเหตุผล 2. ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมี นโยบาย กล่าวคือต้องมีความประสงค์ 4 ประการดังนี้<sup>10</sup>

(ก) นโยบายต้องมีผลกระทบหรือน่าจะมีผลกระทบอย่างสำคัญในการลด การแข่งขัน

<sup>9</sup> Paul Crampton. (2010). *Major Changes to the Competition Act (Canada) and the Competition Bureau Enforcement Policies*. (Online). Available: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/anititrust\\_source/Jun09\\_Crampton\\_7\\_29f.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/anititrust_source/Jun09_Crampton_7_29f.authcheckdam.pdf). [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 148.

<sup>10</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2009). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01770.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 148.

(ข) นโยบายจะมีผลหรือน่าจะมีผลในการกำจัดคู่แข่ง

(ค) นโยบายที่มีความมุ่งหวังที่จะลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ

(ง) นโยบายที่มีความมุ่งหวังที่จะกำจัดคู่แข่ง

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติลักษณะนี้มีการกำหนดคราคาต่ำอย่างไม่ให้เหตุอันสมควร แต่องค์ประกอบของมาตรานี้มีลักษณะของเจตนาที่มุ่งหวังให้เกิดการกระทำ หรือผลในทางที่จะกำจัดคู่แข่งหรือมีการลดการแข่งขันเกิดขึ้นบทบัญญัติของกฎหมายนี้มีลักษณะที่กว้างขวางเนื่องจากเจตนาที่จะลดการแข่งขันหรือเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งประกอบกับการขายสินค้าหรือบริการในราคาต่ำก็เป็นสิ่งเพียงพอแล้วในการลงโทษ ในขณะที่บทบัญญัติที่มีประสิทธิภาพนั้นต้องป้องกันเฉพาะการขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนที่มีผลเป็นการกำจัดคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพสูงกว่าหรือมีความแข็งแกร่งหรือคู่แข่งที่มีนวัตกรรมที่ดีกว่าแต่บทบัญญัติตามมาตรา 50 (1)(c) นั้นเป็นการปกป้องคู่แข่งทุกรายโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการแข่งขัน<sup>11</sup>

เนื่องจากตัวบทที่มีลักษณะกว้างขวางมากจึงมีการกำหนดแนวทางการบังคับใช้กฎหมายโดยหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายซึ่งก็คือ Competition Bureau ได้ออกเอกสารที่เป็นแนวทางบังคับใช้กฎหมายซึ่งเรียกว่า Guideline เพื่อนำกรอบความคิดทางด้านทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ประกอบการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริง หรือในการเลือกดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะทำการพิจารณาจากโครงสร้างตลาดและปัจจัยต่าง ๆ ที่บ่งบอกถึงสภาพตลาด เช่น ส่วนแบ่งการตลาดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น และจะดำเนินคดีอาญาในกรณีที่มีปัญหาความร้ายแรงมาก โดยในแนวทางบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของแคนาดาจะดำเนินคดีอาญากับผู้ถูกร้องเรียนในกรณีที่เป็น การตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง โดยมีวัตถุประสงค์บีบบังคับให้คู่แข่งเข้าร่วมรักษาระดับราคาสินค้าหรือบริการ กระทำความผิดซ้ำ กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งศาล หรือร่วมกับผู้อื่นกระทำความผิด<sup>12</sup>

ต่อมาประเทศแคนาดาได้มีการเปลี่ยนแปลงยกเลิกบทบังคับโทษทางอาญาเมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 2009 โดยเริ่มต้นจากข้อความคิดของ House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology ได้เสนอแผนการปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้าแคนาดา

<sup>11</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2009). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01770.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5. หน้า 148.

<sup>12</sup> Competition Bureau. (2009). *Predatory pricing enforcement guideline (2008)*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/02713.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5. หน้า 149.

โดยแนะนำให้ทำการยกเลิกบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาในส่วนที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับราคา และมีการเสนอแนะให้ใช้บทบัญญัติในส่วนของผู้มีอำนาจเหนือตลาดแทน<sup>13</sup> สาเหตุในการยกเลิกบทบัญญัติก็คือในบางสถานการณ์ศาลอาจตีความมาตรา 50 (1)(c) ของ Competition Act 1985 โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ เช่น ตามมาตรา 1.1 ซึ่งมีหลักการส่งเสริมการแข่งขันเพื่อสร้างหลักประกันผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็กให้มีโอกาสทางธุรกิจในแคนาดา แล้วทำการลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจที่มีเจตนาขัดแจ้งในการกำจัดคู่แข่งในระหว่างตั้งราคาสินค้าต่ำ การตัดสินเช่นนี้อาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการแข่งขันทางราคาอย่างรุนแรง หรือมีเทคโนโลยีสูงถูกกำจัดด้วยข้อหากระทำการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง การนำบทบัญญัติมาตรา 79 Competition Act 1985 มาใช้ในการพิจารณาปัญหาการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งจึงมีความเหมาะสมกว่าเพราะ โครงสร้างบทบัญญัติมีการตรวจสอบอำนาจผูกขาดและตรวจสอบผลกระทบในลักษณะที่เป็นการจำกัดแข่งขันอย่างสำคัญ โครงสร้างบทบัญญัติในลักษณะนี้ทำให้ศาลสามารถนำหลักการพิจารณาการขึ้นราคาและคืนทุนนำมาใช้ได้ หรือสามารถทำการตรวจสอบผลกระทบของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งที่มีผลต่อการแข่งขัน (Dynamic Competition) ในตลาดที่เกิดการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งขึ้น<sup>14</sup>

เหตุผลอีกประการที่ยกเลิกความผิดทางอาญาคือการพิสูจน์ความผิดในการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งนั้นเหมาะที่จะใช้หลัก Rule of Reason เพราะสามารถจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจในประเทศแคนาดาได้ ซึ่งรวมไปถึงผลกระทบที่แตกต่างกันในแต่ละอุตสาหกรรม ภายใต้หลัก Rule of Reason จะมีการวิเคราะห์ผลทางเศรษฐกิจหากมีการพิจารณาภายใต้บทบัญญัติที่มีความผิดทางอาญาการพิสูจน์ความผิดจะทำได้ยากมากเพราะการพิสูจน์ความผิดทางอาญานั้นต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัย แต่การพิสูจน์ทางแพ่งนั้นใช้หลักการซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทำให้เหมาะสมกับหลัก Rule of Reason มากกว่า ยิ่งไปกว่านั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณา

<sup>13</sup> James Musgrove. (2008). *Development in the Canadian Law of Price Maintenance and Predatory Pricing*, (56<sup>th</sup> Annual spring meeting of the Antitrust Law Section of American Bar Association). (Online). Available: <http://www.langmichener.com/uploads/content/Paper%2020%20Challenges%202008Feb08%2020-CL-FINAL.pdf>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5. หน้า 149.

<sup>14</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2009). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01770.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5. หน้า 150.

คดีแพ่ง ให้มีผู้เชี่ยวชาญที่มีความสามารถในการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อเศรษฐกิจ ซึ่งมีประโยชน์ในกรณีการแยกการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งชั้นออกจากการแข่งขันทางด้านราคา<sup>15</sup>

(2) ประเภทผู้มีอำนาจเหนือตลาด

นอกจากข้อดีตามที่กล่าวมาแล้วรัฐบาลแคนาดายังเห็นว่าการยกเลิกโทษทางอาญายังเป็นการสนับสนุนให้มีการตั้งราคาแบบใหม่ ๆ และสร้างความมั่นคงให้ธุรกิจในประเทศแคนาดา<sup>16</sup>

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดายังมีบทบัญญัติซึ่งเกี่ยวข้องกับ การตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งชั้นอีกโดยมีการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดและมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 78 และ 79 แห่ง Competition Act 1985 ว่า

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

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

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

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

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

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

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

<sup>15</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2009). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01770.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 150.

<sup>16</sup> Competition Bureau. (2011). *A Guide to Amendments to the Competition Act*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/03045.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 150.

องค์ประกอบมาตรา 78 และ 79i มีสองประการ คือ 1) การที่ผู้ประกอบการ จะต้องมีความสามารถในการควบคุมธุรกิจ ซึ่งหมายถึงผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาด 2) ต้องมีการลดราคาต่ำกว่าทุนโดยมีวัตถุประสงค์ในการกำจัด หรือลดโทษผู้แข่งขัน โดยผลแห่งการตั้งราคานี้เป็นการลดการแข่งขันอย่างสำคัญในตลาด โดยการลดการแข่งขันอย่างสำคัญนั้นอาจแสดงให้เห็นได้ว่า อาจเกิดขึ้นแล้ว เกิดขึ้นในปัจจุบัน หรือคาดหมายได้อย่างชัดเจนว่าจะเกิดขึ้นในภายหน้าจากการพิจารณาข้อมูลทางเศรษฐศาสตร์ต่าง ๆ เช่น ส่วนแบ่งตลาดที่สูง การแข่งขันกับต่างประเทศ หรือความยากง่ายในการเข้าสู่ตลาด<sup>17</sup>

2) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องและการพิจารณากำหนดตัวของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

(1) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

(1.1) การหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะทำการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งเชิงสินค้าและเชิงภูมิศาสตร์ เพื่อใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการวิเคราะห์หาส่วนแบ่งตลาดและใช้ในการวัดอำนาจผูกขาด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการวัดอำนาจในการขึ้นราคาสินค้านั้นเอง<sup>18</sup> โดยตลาดที่เกี่ยวข้องจะมุ่งพิจารณาการทดแทนกัน ได้ของอุปสงค์และการเปลี่ยนแปลงของระดับอุปสงค์เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านราคาเป็นหลัก<sup>19</sup>

(ก) ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าและบริการ

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดานั้นจะมีวิธีการมาตรฐานในการกำหนดขอบเขตของตลาดไม่ว่าจะเป็นขอบเขตตลาดเชิงสินค้าหรือขอบเขตตลาดเชิงพื้นที่ โดยใช้วิธีการทดสอบการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว หรือที่เรียกว่า SSNIP test โดยจะทำการสุ่มตัวบุคคลผู้มีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาก่อน เพื่อพิจารณาการขึ้นราคาของสินค้าในกรณีการหาขอบเขตตลาดสินค้า โดยจะทำการกำหนดตลาดสินค้าที่เล็กที่สุดและทำการกำหนดพื้นที่การขายสินค้าที่เล็กที่สุดและทำการพิจารณาโดยขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดา

<sup>17</sup> R.J. Robert. (1992). *Robert on Competition/Antitrust: Canada and United States* (2<sup>nd</sup> ed). Toronto: Butterworth. pp.298-299. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 152.

<sup>18</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(d). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 152.

<sup>19</sup> Competition Bureau. (2009). *Merger Enforcement Guideline 2004, sec. 3.3.* (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01245.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 152.

พิจารณาเห็นว่า การขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญที่ใช้ในการทดสอบหาขอบเขตตลาดที่เหมาะสมคือการขึ้นราคาร้อยละ 5 และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากำหนดระยะเวลาที่ไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราวคือ 1 ปี แต่ในบางครั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอาจจะปรับระยะเวลาให้สั้นลงมา หรือขยายระยะเวลาออกไปให้ยาวนานขึ้นก็ได้แล้วแต่ความเหมาะสมกับสภาพธุรกิจที่ทำการตรวจสอบ โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะนำสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันหรือต่างกันเล็กน้อยของกลุ่มที่มีลักษณะน่าจะทดแทนกันได้มาทำการทดสอบด้วยการขึ้นราคาสินค้าเป็นระยะเวลาหนึ่งปี และขึ้นราคาร้อยละ 5 หากขึ้นราคาแล้วกำไรของผู้ประกอบธุรกิจลดลงจนถึงระดับที่ไม่ได้กำไร แสดงว่ามีการซื้อสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นทดแทนในตลาด ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่าสินค้าที่ทดแทนได้นั้น ไม่ได้อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะนำสินค้าอื่นที่สามารถทดแทนกันได้ที่ดีที่สุดมาทำการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องต่อไป โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะนำสินค้าที่มีลักษณะที่ผู้บริโภคมีความต้องการทดแทนสินค้าที่ต้องการหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (สินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการหาอำนาจผูกขาด) หากราคาสินค้าเพิ่มขึ้นโดยสันนิษฐานว่าสินค้าที่ผู้บริโภคซื้อทดแทนนั้นจะมีอยู่อย่างไม่จำกัดในท้องตลาด หากราคาสินค้าคงที่แล้วเมื่อทำการทดสอบแล้วผู้ประกอบธุรกิจรายที่ถูกทดสอบสามารถขึ้นราคาสินค้าและบริการของตนได้ร้อยละ 5 และสามารถขึ้นราคาได้เป็นระยะเวลา 1 ปี จะถือว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบนั้นอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกันกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายที่ถูกตรวจสอบเมื่อได้ตลาดที่เกี่ยวข้องแล้วจะทำการตรวจสอบซ้ำเพื่อความถูกต้อง<sup>20</sup>

ในการหาขอบเขตตลาดเชิงสินค้าหรือขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ ด้วยวิธีการทดสอบการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราว หรือที่เรียกว่า SSNIP Test คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะใช้ราคาที่มีการแข่งขันปกติ (มิใช่ระดับราคาที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจถูกฟ้องในคดีใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ) เพราะ ณ ระดับราคาที่มีการแข่งขันจะทำให้การหาขอบเขตตลาดมีความแม่นยำ แต่ในทางตรงกันข้ามหากใช้ระดับราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันจะทำให้ขอบเขตของตลาดมีความกว้างกว่าความเป็นจริง ซึ่งปรากฏการณ์นี้เรียกว่า Cellophane Fallacy<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.4-3.12. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 5. หน้า 153.

<sup>21</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(c). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 5. หน้า 153.

หากมีข้อมูลของปริมาณสินค้า ปริมาณการซื้อขายสินค้าของสินค้าที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลการทดแทนกันได้ของสินค้าชนิดต่าง ๆ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะใช้ข้อมูลสถิติเหล่านี้มาทำการพิจารณาหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>22</sup>

นอกจากปัจจัยเชิงสถิติแล้วยังมีการพิจารณาถึงความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อพิจารณาพฤติกรรมของผู้บริโภคว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงการบริโภคสินค้า หากราคาของผู้ประกอบธุรกิจเปลี่ยนไปมากน้อยเช่นใดและยังนำมาประกอบกับอีกปัจจัยประการหนึ่งคือ พิจารณาจากความยืดหยุ่นไขว้ ซึ่งพิจารณาการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจมีผลต่อความต้องการสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายที่เป็นคู่แข่งหรือไม่ ถึงแม้ความยืดหยุ่นไขว้นั้น ไม่ได้บอกความสามารถในการขึ้นราคาสินค้าโดยตรง แต่บอกถึงสินค้าที่สามารถทดแทนสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาว่าสินค้าเหล่านั้นจะอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกัน กลยุทธ์หรือพฤติกรรมของผู้บริโภค รวมถึงข้อมูลอุตสาหกรรมเป็นข้อมูลที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดานำมาพิจารณาหาขอบเขตตลาดในกรณีของกลยุทธ์หรือพฤติกรรมผู้บริโภคจะให้ข้อมูลว่าในอดีตผู้บริโภคมีพฤติกรรมการบริโภคตอบสนองต่อการขึ้นราคาอย่างไร นอกจากนี้ข้อมูลจากการสำรวจข้อมูลในอุตสาหกรรมหรือผู้มีส่วนร่วมในอุตสาหกรรมไม่ว่าจะเป็นคู่แข่งหรือผู้ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องข้อมูลเหล่านี้จะนำมาวิเคราะห์ถึงการพัฒนาอุตสาหกรรมทั้งในอดีตและอนาคตเพื่อหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องต่อไป<sup>23</sup>

คุณสมบัติทางกายภาพ การใช้งานขั้นสุดท้าย หรือ คุณสมบัติทางเทคนิคของตัวสินค้าเอง ล้วนเป็นปัจจัยในการหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง แต่สินค้าบางชนิดที่มีการใช้งานขั้นสุดท้ายเหมือนกันอาจไม่ได้เป็นสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้หากผู้ซื้อสินค้ามีความแตกต่างกัน คุณลักษณะการใช้งานที่เหมือนกันอาจไม่เพียงพอที่จะระบุว่ากลุ่มสินค้านั้นอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกัน ดังนั้น หากผู้ซื้อทราบถึงความแตกต่างกันของเทคโนโลยีหรือความแตกต่างทางกายภาพรวมถึงการรับประกันสินค้า หรือบริการหลังการขาย การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าจึงต้องนำปัจจัยดังกล่าวมาพิจารณา<sup>24</sup>

ต้นทุนในการเปลี่ยนการบริโภคสินค้าของผู้ซื้อถือเป็นอีกปัจจัยในการพิจารณาหาขอบเขตตลาดเนื่องจากต้นทุนการเปลี่ยนการบริโภคสินค้า (Switching Cost) ของสินค้าสูงจะทำให้ผู้ซื้อไม่ยอมเปลี่ยนไปซื้อสินค้าของคู่แข่งแม้ราคาสินค้าจะขึ้นไปร้อยละ 5 แต่หากต้นทุนในการเปลี่ยนการบริโภคนั้นมีต่ำ ทำให้ผู้ซื้อไปซื้อสินค้าของคู่แข่ง หากผู้ประกอบธุรกิจราย

<sup>22</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.12. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 153.

<sup>23</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.13-3.14. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 154.

<sup>24</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.15-3.16. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 154.

ที่สมมุติว่ามีอำนาจเหนือตลาดขึ้นราคาสินค้าของตนร้อยละ 5 สินค้าเหล่านั้นก็จะไม่ถูกนำมารวมอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องตัวอย่างของต้นทุนการเปลี่ยนการบริโภคนี้ก็คือการที่ผู้ซื้อต้องเสียค่าใช้จ่ายจากการเปลี่ยนแปลงเครื่องมือ ปรับตลาดเล็กสัญญาวัตถุประสงค์ เรียนวิธีการใช้งานสินค้าใหม่ หรือต้องดัดแปลงอุปกรณ์บางชนิดให้เหมาะสมรวมถึงกรณีที่ผู้ซื้อไม่ได้เป็นผู้บริโภคขั้นสุดท้ายแต่มีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจสินค้าอย่างอื่นทำให้สินค้าที่ผู้ซื้อผลิตนำมาขายนั้นสูญเสียความน่าเชื่อถือ เป็นต้น<sup>25</sup>

#### (ข) ขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์

ในกรณีของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ก็จะมีการหาขอบเขตของตลาดทำนองเดียวกับตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้า กล่าวคือ จะมีการกำหนดนำสินค้าจากพื้นที่ใกล้เคียงมาทดสอบหาขอบเขตของตลาดโดยหากผู้ประกอบการรายที่ถูกสมมุติขึ้นว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามารถทำการขึ้นราคาได้ร้อยละ 5 เป็นระยะเวลาอย่างน้อย 1 ปี แสดงว่าพื้นที่ซึ่งคู่แข่งขึ้นทำการค้าอยู่นั้นเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องกัน แต่ในทางตรงกันข้ามหากผู้ประกอบการรายที่ถูกสมมุติว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นไม่สามารถขึ้นราคาสินค้าของตนได้เนื่องจากผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ภายในพื้นที่อื่น ก็จะไม่นำมารวมเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาก็จะนำคู่แข่งที่อยู่ในพื้นที่อื่นมาทำการทดสอบอีก เมื่อได้ผู้ประกอบการที่อยู่ในพื้นที่เล็กที่สุดมาแล้ว จะทำการทดสอบซ้ำเพื่อหาขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ที่เล็กที่สุดที่ผู้ประกอบการที่สงสัยว่าจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามารถขึ้นราคาสินค้าของตนได้ร้อยละ 5 เป็นระยะเวลา 1 ปี หากผู้ประกอบการมีการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาในพื้นที่ต่างกัน หรือสินค้าที่ต่างกัน โดยผู้ซื้อไม่สามารถไปซื้อสินค้าชนิดอื่นหรือพื้นที่อื่นได้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาจะถือว่าเป็นข้อมูลสำคัญในการหาขอบเขตตลาด<sup>26</sup>

การที่จะหาผู้ประกอบการรายใดมาพิจารณาหาว่าเป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องหรือตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องนั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของแคนาดายังใช้ปัจจัยอื่น ๆ มาใช้ในการพิจารณาร่วมกับวิธีการหาขอบเขตของตลาดแบบใช้วิธีการทดสอบการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มิใช่สำคัญที่ไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราวโดยมีรายละเอียดดังนี้

กลยุทธ์และพฤติกรรมของผู้ซื้อในท้องถิ่นจะเป็นข้อมูลที่ชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในท้องถิ่นอื่นเมื่อราคาสินค้าภายในท้องถิ่นสูงขึ้นร้อยละ 5 นอกจากนี้ผลการสำรวจอุตสาหกรรมกลยุทธ์และพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่

<sup>25</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.17.อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 154.

<sup>26</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.17.อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 154.



อยู่ในอุตสาหกรรมยังให้ข้อมูลที่ดีในการวิเคราะห์ถึงพฤติกรรมของผู้ซื้อว่ามีการตอบสนองต่อราคาที่เพิ่มขึ้นหีบห่อที่เปลี่ยนแปลงหรือบริการที่เกี่ยวข้องในท้องถิ่นอื่น<sup>27</sup>

คุณลักษณะของสินค้าและปัจจัยเชิงคุณภาพอื่น ๆ ยังถูกนำมาประเมินเพื่อตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์เช่นสภาพสินค้าเป็นของสดเสีง่าย มีความเปราะบางความสะดวกสบายในการขนส่ง ความถี่ในการให้บริการรูปแบบการขนส่งความเชื่อถือได้ของบริการ<sup>28</sup>

ต้นทุนการเปลี่ยนแปลงการบริ โภคสินค้าไปยังอีกพื้นที่หนึ่งเป็นปัจจัยเชิงคุณภาพที่มีความสำคัญในการหาขอบเขตตลาดเชิงภูมิศาสตร์ หากต้นทุนการเปลี่ยนแปลงการบริโภคสินค้ามีสูงก็จะทำให้ผู้ซื้อทำการเปลี่ยนการบริโภคสินค้าจากพื้นที่หนึ่งไปยังอีกพื้นที่หนึ่งได้ยากขึ้น ซึ่งส่วนสำคัญของต้นทุนนี้คือ ค่าขนส่งสินค้า ต้นทุนเหล่านี้จึงเป็นตัวชี้วัดขอบเขตของตลาดเชิงภูมิศาสตร์ เนื่องจากค่าขนส่งมีผลโดยตรงต่อราคา ต้นทุนที่สูงขึ้นจะทำให้ผู้ซื้อหันไปบริโภคสินค้าของกลุ่มแข่งได้ยากขึ้น เช่น ราคาสินค้ารวมค่าขนส่งสินค้าของบริษัทคู่แข่งที่อยู่ในพื้นที่อื่นกับราคาสินค้าของผู้ถูกสมมติว่ามีอำนาจเหนือตลาดเมื่อขึ้นราคาไปร้อยละ 5 เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจถูกสมมติให้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นยังมีราคาถูกกว่า เป็นต้น แต่หากสินค้าอยู่ในพื้นที่ซึ่งมีความห่างไกลกันมาก ๆ ก็จะไม่ถูกนำมารวมอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์อยู่แล้ว<sup>29</sup>

#### (1.2) การคำนวณหาส่วนแบ่งตลาด<sup>30</sup>

ในการคำนวณหาส่วนแบ่งตลาด คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาทำการวัดส่วนแบ่งตลาดจากรายรับยอดขายสินค้า จำนวนสินค้าที่ขาย และกำลังการผลิต ในกรณีที่สินค้ามีความเหมือนกันทุกประการหรือไม่มีความแตกต่างกัน ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมิได้ทำการผลิตโดยใช้กำลังการผลิตเต็มที่จะใช้รายรับยอดขายสินค้า จำนวนสินค้าที่ขาย หรือกำลังการผลิตสินค้าจะไม่มี ความแตกต่างกัน การเลือกเครื่องมือในการวัดส่วนแบ่งตลาดจะพิจารณาจากข้อมูลที่สำนักงานแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดามีข้อมูลอยู่

แต่กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีกำลังการผลิตส่วนเกิน การวัดส่วนแบ่งตลาดโดยใช้กำลังการผลิตเป็นเครื่องมือจะเป็นสิ่งที่สามารถวัดสภาวะการแข่งขันและความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ในตลาดได้เป็นอย่างดี แต่กำลังการผลิตจะไม่นำมาเป็นเครื่องมือในการคำนวณส่วนแบ่งตลาดหากมีข้อมูลเป็นที่ชัดเจนว่ากำลังการผลิตส่วนเกินนั้น ไม่ได้มีอิทธิพลใน

<sup>27</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.21. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 154.

<sup>28</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.23. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 154.

<sup>29</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 3.24. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 157.

<sup>30</sup> Merger Enforcement Guideline 2004. Sec. 4.5-4.10. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 157.

ตลาดที่เกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่น กำลังการผลิตส่วนเกินนั้นมีต้นทุนสูงมากหรือกำลังการผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบธุรกิจเกิดจากการจัดการทางด้านการตลาดไม่มีประสิทธิภาพ

ในกรณีที่สินค้ามีความแตกต่างกันการวัดส่วนแบ่งตลาดโดยอาศัย ส่วนแบ่งตลาด รายรับยอดขาย หรือกำลังการผลิตจะมีความแตกต่างกันมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ในตลาดที่มีการขายสินค้าราคาแตกต่างกัน สินค้ามีความแตกต่างกันและในตลาดมีผู้ประกอบธุรกิจที่ขายสินค้าในราคาถูก (Discount) เป็นผู้ครอบครองกำลังการผลิตส่วนเกินไว้ทั้งหมด กรณีเช่นนี้หากใช้กำลังการผลิตส่วนเกินเป็นเครื่องมือในการวัดส่วนแบ่งตลาดจะทำให้ส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าการวัดส่วนแบ่งตลาดโดยใช้รายรับจากการขาย หรือจำนวนสินค้าที่ขายได้เป็นเครื่องมือดังนั้นการใช้กำลังการผลิตส่วนเกินจึงเป็นเครื่องมือที่ไม่เหมาะสมกรณีเช่นนี้รายรับจากการขายเป็นเครื่องมือในการวัดส่วนแบ่งตลาดที่เหมาะสม

(1.3) การวัดอำนาจผูกขาดและการพิจารณาปัจจัยแวดล้อมเพื่อหาโอกาสการผูกขาดและกีดกันทุน

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาได้มีการกำหนดอำนาจตลาด (อำนาจผูกขาด) คือความสามารถในการขึ้นราคา และรักษาระดับราคาสินค้าโดยยังรักษากำไรไว้ได้ และราคาสินค้าที่จำหน่ายนั้นสูงกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขันในระยะเวลาที่มีนัยสำคัญ ซึ่งระยะเวลาที่มีนัยสำคัญคือ 1 ปี<sup>31</sup> นอกจากนี้ในบางคดีศาลมีการยอมรับการพิจารณาหลักฐานที่บ่งบอกถึงอำนาจตลาดโดยตรง กล่าวคือ ยอมรับผลกำไรที่สูงกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขัน เช่น คดี Canada v. Tele-Direct (Publications) Inc. ศาลยอมรับราคาสินค้าที่สูงกว่าต้นทุนมาก จนทำให้ผลกำไรที่สูงขึ้นถึงร้อยละ 40 ของจําเลยมาพิจารณาเป็นหลักฐาน โดยตรงที่แสดงถึงการมีอำนาจตลาดของจําเลย<sup>32</sup>

นอกจากนี้ยังมีคดี Canada v. Canada Pipe. ซึ่งศาลยอมรับการตั้งราคาสินค้าของจําเลยในหลายพื้นที่ให้มีความแตกต่างกัน (เลือกปฏิบัติทางราคา) และความสามารถของจําเลยที่จะลดราคาเพื่อต่อสู้กับคู่แข่งรายใหม่ ซึ่งเข้าสู่ตลาดหรือภาวะการแข่งขันที่สูงขึ้น เป็นหลักฐานที่แสดงถึงระดับราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขัน (อย่างน้อยที่สุดคือบริเวณอื่นที่ระดับ

<sup>31</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(a). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 158.

<sup>32</sup> Canada (Director of Investigation and Research) V. Tele-Direct (Publications) Inc. (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) Cited by Competition Bureau, Updated Enforcement Guidelines on The Abuse of Dominance Provisions (Draft for Public Consultation 2009), sec.3.2.1(c). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 5. หน้า 158.

ราคายังสูงอยู่)<sup>33</sup> แต่ทั้งสองคดีนี้ยังต้องพิจารณาหาข้อมูลทางอ้อมอื่นประกอบอีก เช่น ส่วนแบ่งตลาด เป็นต้น<sup>34</sup>

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดายังมีการใช้ข้อมูลอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเชิงปริมาณหรือข้อมูลเชิงคุณภาพมาประกอบการพิจารณาหาตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งประกอบด้วยปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้

(1.3.1) ส่วนแบ่งตลาด เป็นปัจจัยทางอ้อมที่สำคัญมากอย่างหนึ่งโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาถือว่าส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยที่จำเป็นในการพิจารณาหาอำนาจเหนือตลาด แต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาก็ไม่ได้ถือว่าเป็นปัจจัยที่เพียงพอในการวินิจฉัยว่ามีอำนาจเหนือตลาดจริง<sup>35</sup> อีกทั้งในคดี *Canada v. Nutrasweet Co.*<sup>36</sup> ซึ่งมียอดขายน้ำตาลเทียมร้อยละ 95 ของประเทศแคนาดาโดยคดีนี้ศาลได้ยอมรับว่าการที่พิจารณาอำนาจผูกขาดจากราคาที่สูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันนั้นสามารถนำมาใช้ได้แต่ต้องนำปัจจัยอื่นมาพิจารณาเพิ่มเติมเพื่อหาอำนาจผูกขาด เช่น ส่วนแบ่งตลาดหรืออุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น

ศาลยังวางหลักต่อไปในคดี *Canada v. Laidlaw Waste System Ltd.*<sup>37</sup> ศาลกล่าวว่าส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 ไม่ใช่หลักฐานเบื้องต้นในคดีที่แสดงว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่มีอำนาจผูกขาดหากยอดขายต่ำกว่าร้อยละ 50 แต่ในคดีนี้จำเลยมีส่วนแบ่งตลาดอยู่ระหว่างร้อยละ 87 ถึงร้อยละ 100 จากการทำธุรกิจกำจัดขยะ

<sup>33</sup> *Canada (Commissioner of Competition) V. Canada Pipe* (2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน *สรวิชญ์ รัชชาติ*. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*. หน้า 158.

<sup>34</sup> *Canada (Commissioner of Competition) V. Canada Pipe* (2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน *สรวิชญ์ รัชชาติ*. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*. หน้า 158.

<sup>35</sup> *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Sec.3.2.1(a). อ้างถึงใน *สรวิชญ์ รัชชาติ*. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*. หน้า 159.

<sup>36</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) Cited by *Enforcement Guidelines on The Abuse of Dominance Provisions* sec.3.2.1(d). อ้างถึงใน *สรวิชญ์ รัชชาติ*. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*. หน้า 159.

<sup>37</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน *สรวิชญ์ รัชชาติ*. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*. หน้า 159.

ส่วนในคดี *Canada v. The D&B Companies of Canada Ltd.*<sup>38</sup> ศาลได้พิจารณา ส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 100 ของจำเลย ศาลเห็นว่าเป็นหลักฐานเบื้องต้นในการพิสูจน์อำนาจผูกขาด เว้นเสียแต่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ว่าไม่มีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด

ในคดี *Canada v. Tele-Direct (Publications) Inc.*<sup>39</sup> คดีนี้จำเลยมีส่วนแบ่งตลาด ร้อยละ 80 ในตลาดโฆษณาสมุดรายนามผู้ใช้โทรศัพท์ ศาลกำหนดให้ต้องมีการแสดงหลักฐานว่ามี การเข้าสู่ตลาดได้ง่ายถึงจะหักล้างข้อเท็จจริงเบื้องต้นที่กำหนดให้จำเลยมีอำนาจผูกขาด โดยศาลให้ เหตุผลต่อไปอีกว่าการมีอุปสรรคเข้าสู่ตลาดทำให้จำเลยไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดได้

ผู้เขียนสรุปได้ว่าแนวทางการพิจารณาคดี ที่ขึ้นสู่ศาลแคนาดานั้น ส่วนมาก จำเลยจะมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงมากประมาณร้อยละ 85 ถึงร้อยละ 100 แต่ไม่มีกรณีวินิจฉัยว่าส่วนแบ่ง ตลาดเท่าใดที่จะถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด มีเพียงข้อความในคดี *Canada v. Laidlaw Waste System Ltd.* ศาลได้อธิบายเพียงว่าส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 มิใช่กรณีที่จะรับฟังเป็น พยานหลักฐานเบื้องต้นในการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ แต่ศาลยังกล่าว ต่อไปอีกว่าแม้ส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 50 ก็มิได้หมายความว่าจำเลยไม่มีอำนาจผูกขาดใน ตลาด

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะยุติการสอบสวนซึ่ง การกระทำอันเป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งขั้นต้นที่ถ้าส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าร้อยละ 35 หากส่วน แบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจสูงกว่าร้อยละ 35 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศ แคนาดาก็จะพิจารณาข้อมูลโครงสร้างตลาดอื่นประกอบ เช่น อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ต้นทุนจมน กำไรของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น<sup>40</sup>

จากแนวปฏิบัติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาและ แนวทางการพิจารณาของศาลพบว่าทั้งศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศ แคนาดาใช้ส่วนแบ่งตลาดซึ่งเป็นปัจจัยทางอ้อมของการมีอำนาจผูกขาดเพื่อพิจารณาว่า ผู้ประกอบ ธุรกิจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ทั้งศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศ

<sup>38</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. The D&B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 160.

<sup>39</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.). Cited by Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds). (2008). *Competition Law of Canada* Vol.1. New York: Juris Publishing. p.9. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 160.

<sup>40</sup> *Predatory Pricing Enforcement Guidelines. Sec.3.3-3.5.* อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 160.

แคนาดาจะใช้ปัจจัยอื่นประกอบการพิจารณาอีก ซึ่งผู้เขียนสามารถวิเคราะห์ได้ว่าส่วนแบ่งตลาดที่สูงมากอาจไม่ได้หมายถึงการมีอำนาจผูกขาดมากเสมอไป แต่ส่วนแบ่งตลาดที่มากอาจเกิดจากการขายสินค้าราคาต่ำหรือเกิดจากบริการที่ดีหรือชื่อเสียงของผู้ประกอบการ การพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดอย่างเดียวจึงอาจไม่เพียงพอ

(1.3.2) อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและอุปสรรคการออกจากตลาด เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดที่สูงมิใช่ปัจจัยที่เพียงพอในการบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ การที่คู่แข่งรายใหม่มีความยากลำบากในการเข้าสู่ตลาดไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง ย่อมทำให้ผู้ประกอบการรายที่มีอำนาจผูกขาดสูงสามารถใช้อำนาจผูกขาดของตนได้ง่ายขึ้น โดยสามารถทำการขึ้นราคาให้มีระดับราคาสูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันได้ ในคดี *Canada v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* นั้น ศาลได้กล่าวว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดนั้นไม่ใช่แต่การพิจารณาเพียงการป้องกันให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้แต่ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้ามาในตลาดนั้นสามารถอยู่รอดและแข่งขันได้<sup>41</sup>

โดยทั่วไปแล้วอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดคือต้นทุนที่แตกต่างกันระหว่างผู้ประกอบการรายที่มีอำนาจเหนือตลาดกับผู้ประกอบการรายใหม่ ซึ่งหากมีต้นทุนจมซึ่งจะต้องลงทุนไปก่อนและจะไม่ได้รับกลับคืนมาหากไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้สำเร็จก็เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่งเช่นกัน<sup>42</sup>

ความประหยัดต่อขนาด (Economy of Scale) เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่งโดยผู้ประกอบการรายใหม่อาจจะมิขนาดการผลิตที่ไม่เหมาะสมกับขนาดของตลาดในทางตรงกันข้ามผู้ประกอบการที่มีความประหยัดเนื่องจากขนาดมากสามารถขยายผลผลิตตอบสนองอุปสงค์ของตลาดได้กรณีเช่นนี้ทำให้ราคาสินค้าในตลาดต่ำและไม่จูงใจให้รายใหม่เข้าสู่ตลาด<sup>43</sup>

ระยะเวลาที่ผู้ประกอบการที่มีศักยภาพเข้าสู่ตลาดและกลายเป็นคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพและความเหมาะสมคือโอกาสการสร้างกำไรในตลาดและความเพียงพอในการยับยั้งมิให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ขึ้นราคา ถือเป็นปัจจัยชี้วัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดและเป็นคู่แข่งที่มีประสิทธิภาพในสองปีสามารถประกอบการมีกำไรและสามารถป้องกันมิให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ขึ้นราคา เช่นนี้ส่งผลให้

<sup>41</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(b). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 161.

<sup>42</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec.3.2.1(b). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 161.

<sup>43</sup> Merger Enforcement Guidelines 2004. Sec.6.1.5. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 161.

ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดขึ้นราคาได้<sup>44</sup> และการมีข้อจำกัดทางด้านกฎระเบียบ สิทธิบัตร อาจถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้<sup>45</sup>

กลยุทธ์ทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอาจเป็นสิ่งที่เป็อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้ในคดี *Canada v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* นั้น โดยอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดในธุรกิจรับจำกัดของเสียนั้นโดยทั่วไปแล้วมีไม่มากแต่เนื่องจากบริษัทจำเลยมีสัญญาระยะยาวกับลูกค้าถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดรูปแบบหนึ่งเพราะจะทำให้ลูกค้ามีต้นทุนในการเปลี่ยนการบริโภคที่สูงหากต้องเลิกสัญญากับบริษัทเดิมแล้วไปทำสัญญากับบริษัทคู่แข่ง<sup>46</sup>

ในคดี *Canada v. Superior Propane Inc.* จำเลยได้มีอุปสรรคเข้าสู่ตลาดเชิงยุทธศาสตร์ในรูปแบบสัญญาาระหว่างจำเลยและลูกค้า โดยระบุข้อสัญญาในที่มีลักษณะต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ หากไม่มีการบอกเลิกสัญญาในเวลาที่กำหนด มีข้อสัญญาที่มุ่งใจให้ซื้อสินค้าในระยะยาว ข้อสัญญาที่จำเลยเป็นเจ้าของถึงก๊าซที่บรรจุสินค้าทำให้ลูกค้าประสบความยากลำบากในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น นอกจากนี้กิจการของจำเลยนั้นยังเป็นกิจการที่ต้องอาศัยต้นทุนสูงมากในการประกอบการ อีกทั้งกิจการของจำเลยมีชื่อเสียงทางด้านความแน่นอนในการผลิตและจัดส่งสินค้าให้ลูกค้า เหล่านี้ล้วนแต่เป็นอุปสรรคทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้อย่างยากลำบาก<sup>47</sup>

ในคดี *Canada v. NutraSweet Co.*<sup>48</sup> จำเลยถือครองสิทธิบัตรในการผลิตแอสปาลแตม ซึ่งเป็นน้ำตาลเทียมแต่เพียงผู้เดียวในประเทศแคนาดา และโรงงานของจำเลยยังมีความประหยัดเนื่องจากขนาดสามารถตอบสนองต่ออุปสงค์ได้เป็นอย่างดี และยังมีต้นทุนจมในการค้นคว้าวิจัยผลิตภัณฑ์ที่สูงมาก นอกจากนี้การผลิตสินค้าอย่างมีประสิทธิภาพต้องใช้เวลาเพื่อหาประสบการณ์ในการจัดการโรงงานที่มีขนาดใหญ่ขนาดถึง 2 ปี เหล่านี้จัดเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้

<sup>44</sup> Merger Enforcement Guidelines 2004. Sec.6.9. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 5. หน้า 162.

<sup>45</sup> Merger Enforcement Guidelines 2004. Sec.6.9. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 5. หน้า 162.

<sup>46</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.). Cited by Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), pp.37-38. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 5. หน้า 162.

<sup>47</sup> *Canada (Commissioner of Competition) V. Superior Propane Inc.* (August 30, 2000) CT-1998/002 (Comp. Trib.). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 5. หน้า 162.

<sup>48</sup> *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d). Cited by Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), p.36. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 5. หน้า 163.

ในคดี *Canada v. Tele-Direct (Publications) Inc.*<sup>49</sup> อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดนั้นมีอยู่มาก เนื่องจากตลาดบริการรายนามผู้ใช้โทรศัพท์ที่มีขนาดเล็กมาก มีต้นทุนจมนจำนวนมาก และยังมีชื่อเสียงของจำเลยที่เป็นที่รู้จักในกลุ่มผู้ใช้บริการเป็นจำนวนมาก ตลอดจนถึงความสัมพันธ์อันดีระหว่างจำเลยและบริษัทผู้ให้บริการโทรศัพท์ นอกจากนี้จำเลยยังมีความประหยัดเนื่องจากขนาดทำให้มีความเป็นไปได้ว่าจำเลยจะทำการรักษาระดับของผลผลิตเพื่อตอบโต้ผู้ประกอบการรายใหม่ ส่งผลให้ราคามีความใกล้เคียงกับต้นทุน

กำลังการผลิตส่วนเกินของตลาดเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาคดีตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่ง ในคดี *R.v. Consumer Glass Co.* พบว่าคู่แข่งในตลาดของจำเลยมีกำลังการผลิตเพียงพอต่ออุปสงค์ของผู้ซื้อทั้งตลาด และจำเลยต่างก็มีกำลังการผลิตเพียงพอสำหรับทั้งตลาด สถานการณ์เช่นนี้ทำให้ตลาดมีกำลังการผลิตส่วนเกินอย่างมาก และจำเลยมีกำลังการผลิตส่วนเกินกรณีเช่นนี้การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนแปรผันรวมสแตก์สูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ยจึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งที่ตามมาเพื่อแสวงหาการขาดทุนต่ำที่สุด<sup>50</sup>

(1.3.3) การพิจารณากำไรของผู้ร้องเรียน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะพิจารณาคำร้องขอให้ดำเนินการสอบสวนผู้ประกอบการรายที่ถูกกล่าวหาว่า ตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งหรือไม่นั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะทำการตรวจสอบข้อมูลการเงินจากกิจการของผู้ร้องเรียน ในช่วงระยะเวลาที่ผู้ร้องเรียนกล่าวหาว่ามีการกระทำอันเป็นการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งผู้ร้องเรียนจะต้องไม่มีกำไรแต่การพิสูจน์นั้นไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่ารายได้ลดลงมาก จนถึงระดับที่ไม่มีกำไร หากผู้ร้องเรียนมีการจำหน่ายสินค้าในตลาดเชิงภูมิศาสตร์มากกว่าหนึ่งตลาด และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะไม่ทำการตรวจสอบว่าภาวะไม่ได้กำไรนั้นมาจากการดำเนินนโยบายราคาของผู้ประกอบการที่ถูกร้องหรือไม่โดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะขอข้อมูลรายได้ของผู้ร้องเรียนในช่วงระยะเวลาที่กล่าวหาว่าผู้ถูกร้องและทำการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งแต่หากผู้ประกอบการที่ร้องเรียนนั้นเป็นผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งถูกการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่ง กีดกันไม่ให้เข้าตลาด (ไม่มีรายการแสดงรายได้ กำไร ขาดทุนย้อนหลัง) ให้ผู้ร้องเรียนนำบัญชีประมาณการกำไร (Preformat Statement) ในช่วงเวลาที่กล่าวหาว่าคู่แข่งดำเนินการตั้งราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งมาให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศ

<sup>49</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), *Supra* note 48. p.39. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 163.

<sup>50</sup> Bruce Dunlop, David McQueen, and Michael Trebilcock. (1987). *Canadian Competition Policy*. Canada Toronto Canada Lawbook Inc. p.239. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 163.

แคนาดาพิจารณา นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดายังทำการพิจารณาปัจจัยทางด้านกำไรอื่น ข้อมูลกำไรและผลประกอบการจากภายนอกองค์กรความสามารถในการแข่งขันในช่วงที่มีการลดราคาเนื่องจากผู้ร้องเรียนมีรายรับจากตลาดอื่นพิจารณาการลงทุนหรือการตัดสินใจเชิงธุรกิจที่ทำให้ผู้ร้องมีความแข็งแกร่งพอที่จะมีความสามารถในการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ความแข็งแกร่งทางการเงินของผู้ที่เริ่มการลดราคา โดยพิจารณาประกอบกับผู้ร้องพิจารณารายจ่ายอันเกิดจากการลดราคาของผู้ร้อง ถ้าข้อมูลเหล่านี้บ่งชี้ให้เห็นว่าผู้ร้องเรียนมีฐานะทางการเงินที่อ่อนแอกว่าผู้ที่เริ่มต้นกระทำการลดราคา ซึ่งลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงโอกาสการลดราคานั้นอาจเป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งนั้นอาจมีผลเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันได้<sup>51</sup>

#### (1.3.4) การพิจารณาเปรียบเทียบทางด้านต้นทุนและราคา

ประเทศแคนาดาได้นำต้นทุนและราคามาทำการพิจารณาพร้อมกับปัจจัยโครงสร้างตลาดหรือเงื่อนไขแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตลาด โดยศาลของประเทศแคนาดาได้มีการปรับใช้เรื่องต้นทุนมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ

#### (2) การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ในมาตรา 79 นั้นจะมีการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยกำหนดว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ควบคุมอำนาจผูกขาดอย่างสำคัญหรือควบคุมอำนาจผูกขาดทั้งหมดในประเทศแคนาดา หรือพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง (Throughout Canada or any Area thereof) หรือควบคุมธุรกิจประเภทใด ๆ (A Class or Species of Business) โดยคำว่าควบคุมอำนาจผูกขาดทั้งหมดในประเทศแคนาดา หรือส่วนใดส่วนหนึ่งนั้น หมายถึง การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง ส่วนคำว่าควบคุมอย่างสำคัญหรือทั้งหมด (Substantially or Complete Control) หมายถึงการที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจผูกขาด โดยสำนักงานแข่งขันทางการค้าแคนาดาถือว่า อำนาจผูกขาดคือ การขึ้นราคาสูงกว่าระดับที่มีการแข่งขันในช่วงเวลาที่มีการทำการพิจารณา<sup>52</sup> องค์ประกอบอีกประการหนึ่งก็คือ การกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งในกรณีของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งนั้นได้แก่มาตรา 78 คือการตั้งราคาต่ำกว่าทุน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือกำจัดคู่แข่งนั้นออกจากตลาดและการกระทำนั้นยังต้องมีผลเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันในตลาดอย่างสำคัญอีกด้วย หากพิจารณาประกอบกับแนวปฏิบัติเรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาดพบว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์การขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนประกอบกับโอกาสที่ผู้ประกอบธุรกิจจะ

<sup>51</sup> Predatory Pricing Enforcement Guidelines. Sec.3.5. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5. หน้า 164.

<sup>52</sup> Competition Bureau. (2009). *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsf/eng/01251.html>. [2017, April 5]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รัชชาติ. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5. หน้า 166.



ทำการขึ้นราคาและถอนทุนคืนได้สำเร็จ (Recoupment) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง<sup>53</sup>

บทบัญญัติของมาตรา 78 และ 79 คือ ให้ศาลและองค์กรบังคับใช้กฎหมายของประเทศแคนาดาได้นำเอาทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการพิจารณาคดี โดยบทบัญญัติมีลักษณะของการตรวจสอบโครงสร้างตลาด คืออย่างน้อยที่สุดมีการตรวจสอบส่วนแบ่งตลาดและอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ซึ่งเป็นการประเมินโอกาสที่จะเกิดการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งว่ามีโอกาสสำเร็จหรือไม่ (สามารถคืนทุนได้) หากอำนาจตลาดสูงซึ่งสะท้อนผ่านส่วนแบ่งตลาดที่มากก็จะมีโอกาสทำการขับไล่คู่แข่งออกจากตลาดได้ และทำการขึ้นราคาเป็นระดับราคาผูกขาด

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดการกระทำความผิด โดยการตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนโดยไม่มีเหตุผลในทางส่งเสริมการแข่งขันมารองรับ<sup>54</sup>

### 3) พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายของประเทศแคนาดาได้ยอมรับการขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนในบางกรณีว่าไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมายและไม่ต้องมีความรับผิดชอบการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง

#### (1) การลดราคาสินค้าให้เท่ากับราคาสินค้าของกลุ่มแข่ง (Meeting Competition)

ในคดี *Boehringer Ingelheim (Canada) V. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.*<sup>55</sup> ซึ่ง Bristol-Myers Squibb จำเลยได้เป็นผู้ค้ายาต้านมะเร็ง Taxol ต่อมาคู่แข่งคือ Boehringer ที่เพิ่งเข้ามาบุกเบิกตลาดในประเทศแคนาดาได้ขายยาชนิดเดียวกันโดยไม่ได้ใส่เครื่องหมายการค้า (Generic) ได้ราคาถูก จำเลยตอบโต้ด้วยการลดราคา Taxol ของจำเลยให้มีราคาต่ำลงมาเท่ากับราคาของโจทก์แต่ไม่ได้ลดราคาให้ต่ำกว่าโจทก์ โดยศาลได้ยอมรับการตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ยจะสูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ยเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายแม้จำเลยจะมีส่วนแบ่งตลาดถึงร้อยละ 94 คดีนี้ศาลมีความเห็นว่าการลดราคาให้เท่ากับคู่แข่งคั่นนั้นถึงจะเกิดการขาดทุนขึ้นแต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการตั้งอย่างไม่มีเหตุผล ศาลยังให้เหตุผลต่อไปอีกว่าราคาที่ต่ำอย่างไม่มีความหมายนั้นไม่ได้หยุดแนวทางการเศรษฐศาสตร์อย่างเดียวกันแต่ยังวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบอื่น ๆ ในคดีอีกด้วยและอธิบายแนวทางการ

<sup>53</sup> Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions. Sec. 4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 166.

<sup>54</sup> J. Anthony Vanduzer, and Gilles Paquet. (2009). *Anticompetitive Pricing Practice and Competition Act Theory, Law and Practice*. (Online). Available: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/sute/cb-bc.nsl/eng/01770.html>. [2017, April 3]. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 167.

<sup>55</sup> *BoehringerIngelheim (Canada) V. Bristol-Myers Squibb Canada Inc* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 173.

ตั้งราคาในลักษณะนี้ไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะบีบบังคับให้ตลาดมีการขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาที่มีการแข่งขันซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องแต่จากตั้งราคา ลักษณะนี้จำเลยเพียงต้องการปกป้องธุรกิจของตนเองจากคู่แข่งเท่านั้น

ในเวลาต่อมาคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาได้รับรองการขายต่ำกว่าต้นทุนเพื่อทำให้ราคาเท่ากับคู่แข่งว่าเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย โดยได้ระบุใน Predatory Pricing Enforcement Guideline ฉบับปี 2008 ผู้ประกอบธุรกิจสามารถขายสินค้าราคาต่ำกว่าต้นทุนเพียงเล็กน้อยได้ หากเป็นการปรับราคาสินค้าลงมาให้เท่ากับคู่แข่งแต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะทำการตรวจสอบคุณภาพและปริมาณของสินค้าหากสินค้ามีปริมาณมากกว่าคุณภาพสูงกว่าได้ มีของแถมเพิ่มไปกับสินค้า มีการเพิ่มบริการใด ๆ จากการซื้อสินค้าแต่ราคาขายเท่ากับคู่แข่ง การลดราคาเช่นนี้อาจเป็นการตั้งราคาให้ต่ำกว่าคู่แข่ง (Undercutting) กรณีเช่นนี้จะไม่ได้รับการยกเว้นความผิด<sup>56</sup>

(2) การนำสินค้าใหม่เข้าสู่ตลาด Predatory Pricing Enforcement Guideline ฉบับปี 2008 ได้ระบุว่า การนำสินค้าใหม่เข้าสู่ตลาดโดยการตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุนเล็กน้อยได้ และไม่ถือเป็นการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง<sup>57</sup>

(3) การขายสินค้าเก่าล้าสมัย ของสะดวกง่าย ขายต่ำกว่าต้นทุน ก็ไม่ถือเป็นการผิดเนื่องจากว่าเป็นปกตินิสัยทางธุรกิจที่จะจัดการสินค้า<sup>58</sup>

#### 4) การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต

##### (1) คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้รับการแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรีของประเทศแคนาดามีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย Competition Act 1985 และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและมีอำนาจสั่งการสำนักงานแข่งขันทางการค้า<sup>59</sup>ซึ่งอำนาจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า มีดังนี้

##### (1.1) การให้คำปรึกษา

บุคคลที่มีข้อหารือในการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ Competition Act 1985 หรือกฎข้อบังคับอย่างใด ๆ สามารถหารือไปยังคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาได้เมื่อได้รับข้อหารือแล้วจะทำการตอบข้อหารือหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร ข้อ

<sup>56</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. Sec.4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 173.

<sup>57</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. Sec.4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 173.

<sup>58</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. Sec.4.3. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 174.

<sup>59</sup> Mark R. Joelson. p.442. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 177.

หรือในลักษณะนี้จะมีผลผูกพันต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจนกว่าจะมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ<sup>60</sup>

#### (1.2) การทำข้อตกลงยินยอม (Consent Order)

เนื่องจากการพิจารณาคดีในศาลแข่งขันทางการค้าจะใช้เวลาในการดำเนินคดีที่นานและการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่มีความยุ่งยาก มาตรา 105 (1) Competition Act 1985 จึงกำหนดให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาสามารถทำข้อตกลงยินยอมกับจำเลยในคดีได้โดยผลแห่งข้อตกลงยินยอมจะบังคับใช้ได้เหมือนคำสั่งของศาลทุกประการ เมื่อทำข้อตกลงยินยอมสำเร็จศาลจะทำการขึ้นทะเบียนข้อตกลงยินยอมดังกล่าวโดยผู้ที่มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกหรือมีคำสั่งเป็น 60 วันนับตั้งแต่จดทะเบียนตกลงยินยอม<sup>61</sup>

#### (1.3) การให้ข้อมูลแนะนำการใช้กฎหมาย

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาได้มีการออกเอกสารแนะนำการใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นแนวปฏิบัติจดหมายข่าว สุนทรพจน์ต่าง ๆ และให้ข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดา แต่ข้อมูลแนะนำการใช้กฎหมายเหล่านี้มิได้ผูกพันการบังคับใช้กฎหมายของศาลแข่งขันทางการค้าหรือศาลยุติธรรม<sup>62</sup>

#### (2) สำนักงานแข่งขันทางการค้า<sup>63</sup>

สำนักงานแข่งขันทางการค้าเป็นหน่วยงานสังกัดกระทรวงอุตสาหกรรมของประเทศแคนาดา แต่สำนักงานแข่งขันทางการค้ามีอิสระจากการบังคับบัญชาของกระทรวงอุตสาหกรรม มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับ Competition Act 1985 ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่ง ทางอาญา การรวมกิจการ การกระทำทางธุรกิจที่เป็นธรรม ดำเนินการด้านความสัมพันธ์กับหน่วยงานนิติบัญญัติและรัฐสภา

<sup>60</sup> Competition Act 1985. Section 124.1. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 178.

<sup>61</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), Supra note 48. pp.28-29. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 177.

<sup>62</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), Supra note 48. pp.23-24. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 178.

<sup>63</sup> Mark R. Joelson. p.442. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

### (3) ศาลแข่งขันทางการค้า<sup>64</sup>

ศาลแข่งขันทางการค้า (Tribunal) เป็นศาลชำนาญพิเศษที่ตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีแข่งขันทางการค้าในทางแพ่งและทางปกครอง โดยประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มาจากศาลแคนาดา (Federal Court) ไม่เกิน 4 คน และผู้พิพากษาสมทบ (Lay member) อีกจำนวนไม่เกิน 8 คน ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐกิจและพาณิชย์ โดยมีองค์คณะจำนวน 3-5 คน และมีผู้พิพากษาสมทบอย่างน้อย 1 คน และผู้พิพากษา 1 คน<sup>65</sup> องค์ประกอบของศาลแข่งขันทางการค้านั้นเป็นการรวมกันของการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลและการจัดองค์กระบวนข้อพิพาท โดยใช้ผู้เชี่ยวชาญทางด้านเศรษฐศาสตร์และธุรกิจ ดังนั้นศาลแข่งขันทางการค้าจึงมีบุคลากรที่เป็นตุลาการอาชีพและมีผู้ตุลาการ<sup>66</sup>

ศาลแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการพิจารณาการกระทำความผิดตามหมวดที่ 7 และหมวดที่ 8 Competition Act 1985 ซึ่งเป็นคดีทางแพ่งเท่านั้น (Civilly Review) โดยหมวดที่ 7 จะครอบคลุมถึงการดำเนินการตลาดที่หลอกลวง และหมวดที่ 8 ซึ่งครอบคลุมความผิดฐานผู้มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการโดยมิชอบ (ซึ่งรวมถึงความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง) ควบรวมกิจการ การขายพ่วง การปฏิเสธที่จะทำสัญญา หากไม่รวมเรื่องข้อตกลงพิเศษ (Special Agreement) ที่อนุญาตให้บุคคลธรรมดาฟ้องคดีต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเพื่อเยียวยาความเสียหาย คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาเป็นเพียงผู้เดียวที่สามารถฟ้องร้องคดีต่อศาลแข่งขันทางการค้า<sup>67</sup> ศาลแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาพยานหลักฐานโดยหลักซึ่งนำพยานหลักฐาน<sup>68</sup> เมื่อทำการพิจารณาเสร็จสิ้นจะออกคำสั่งที่มีลักษณะทางแพ่งให้บุคคลหยุดกระทำการใดใดเพื่อป้องกันการจำกัดการแข่งขันนอกจากนี้อาจออกคำสั่งปรับทางปกครองได้อีกด้วย<sup>69</sup>

### (4) ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่มีความผิดทางอาญาตามกฎหมาย Competition Act 1985 นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์แคนาดายังทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์คำ

<sup>64</sup> R.J. Robert. supra note 17. p.479. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

<sup>65</sup> Bruce Dunlop, David McQueen and Michael Trebilcock. p.55. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

<sup>66</sup> Mark R. Joelson. p.445. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 177.

<sup>67</sup> American Bar Association Section of Antitrust Law. (2001). *Competition laws outside the United States* Vol.2. Chicago: ABA Press. p.34. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 177.

<sup>68</sup> Mark R. Joelson. pp.442-443. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 177.

<sup>69</sup> American Bar Association Section of Antitrust Law. supra note 67. p.35. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 177.

พิพากษาของศาลแข่งขันทางการค้า ให้คำแนะนำคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการสอบสวนคดีภายใต้อำนาจแห่งประมวลกฎหมายอาญา และ Competition Act 1985<sup>70</sup> และพิจารณาคดีแพ่งซึ่งเอกชนเรียกค่าเสียหาย<sup>71</sup>

การบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งขั้นของประเทศแคนาดา

#### (1) มาตรการทางปกครอง

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาจะเริ่มดำเนินการสอบสวนคดีเมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย Competition Act 1985 หรือบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะและเป็นพลเมืองของประเทศแคนาดาจำนวน 6 คน ร้องเรียนว่ามีการกระทำความผิดกฎหมาย หรือการกระทำใดที่ศาลแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งเยียวยาได้<sup>72</sup> ในกรณีของการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งขั้นคำสั่งร้องเรียนจะมาจากคู่แข่งรายเล็กหรือผู้ประกอบการรายใหม่ที่เพิ่งเริ่มประกอบกิจการ<sup>73</sup>

และการสอบสวนคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีเครื่องมือในการสอบสวนคือมาตรา 11 Competition Act 1985 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งให้บุคคล (รวมถึงนิติบุคคล) มาให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน โดยบุคคลที่ได้รับคำสั่งจะต้องมาให้ปากคำหรือส่งบันทึกที่เกี่ยวข้องให้แก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าการออกคำสั่งตามมาตรา 11 นี้จะมีลักษณะพิเศษคือคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถออกคำสั่งได้เองโดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถร้องขอต่อศาลออกหมายค้นและยึดหลักฐานที่เป็นประโยชน์กับการสอบสวนตามมาตรา 15 Competition Act 1985 ในกรณีที่ข้อมูลในการสอบสวนเป็นข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์มาตรา 16 Competition Act 1985 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้หมายค้นตามมาตรา 15 Competition Act 1985 มีอำนาจในการยึดข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์อีกด้วยและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาสามารถร้องขอต่อศาลให้ออกคำสั่งหยุดการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการชั่วคราว (Interim Order) ก็ได้ แต่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องแสดงให้เห็นว่ามีการดำเนินการสอบสวนในระหว่างร้องขอต่อศาลและหากไม่ออกคำสั่งหยุดการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแล้วจะเกิดผลเสียหายต่อการ

<sup>70</sup> Competition Act 1985. Section 36. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 178.

<sup>71</sup> Mark R. Joelson. p.443. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 178.

<sup>72</sup> Predatory Pricing Enforcement Guideline. Sec.2.1. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

<sup>73</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), Supra note 48. p.37. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

แข่งขันซึ่งกระบวนการออกคำสั่งเยียวยาโดยคำสั่งศาลแข่งขันทางการค้าไม่สามารถเยียวยาได้ (ไม่สามารถรื้อให้ศาลแข่งขันทางการค้าพิจารณาให้เสร็จสิ้น) หรือคู่แข่งจะถูกกำจัดออกจากตลาดหรือบุคคลใดจะต้องสูญเสียส่วนแบ่งตลาด รายได้ หรือความเสียหายอื่นที่ไม่อาจเยียวยาได้<sup>74</sup>

หากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเชื่อว่าการกระทำผิดทางอาญา คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะส่งหลักฐานทั้งหมดให้อัยการทำการฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจต่อไป แต่หากเชื่อว่าการกระทำผิดทางแพ่ง คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็จะส่งคำฟ้องไปยังศาลแข่งขันทางการค้าเพื่อทำการพิจารณาและออกคำสั่ง หากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องการยุติการสอบสวนคณะกรรมการจะต้องทำหนังสือส่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมทราบถึงเหตุแห่งการยกเลิกการสอบสวนนั้น ในกรณีที่เป็นคำร้องเรียนจากบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะและพลเมืองของประเทศแคนาดาจำนวน 6 คน คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาต้องแจ้งการหยุดการสอบสวนพร้อมแสดงผลให้ผู้ร้องเรียนทราบ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมแคนาดามีอำนาจในการตรวจสอบการยุติการสอบสวนของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดา ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ได้รับการร้องเรียนจากพลเมืองประเทศแคนาดา 6 คน หรือในกรณีที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเริ่มทำการสอบสวนเอง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแคนาดามีอำนาจในการแนะนำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแคนาดาทำการสอบสวนเพิ่มเติมได้<sup>75</sup>

ศาลแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการพิจารณาคดีโดยอาจเรียกรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ในการตัดสินคดีได้อย่างถูกต้อง ในการตัดสินคดีศาลแข่งขันทางการค้าอาจทำการเยียวยาโดยสั่งให้หยุดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หากศาลแข่งขันทางการค้าพบว่าคำสั่งหยุดการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่เพียงพอต่อการเยียวยาให้ตลาดจะส่งสภาวะแข่งขันได้ศาลแข่งขันทางการค้าสามารถสั่งให้แยกทรัพย์สิน หรือหุ้น ของผู้เกี่ยวข้องได้แต่การออกคำสั่งในลักษณะนี้ศาลแข่งขันทางการค้าออกคำสั่งโดยกระทบสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบและของผู้ปฏิบัติตามคำสั่งให้น้อยที่สุด<sup>76</sup>

นอกจากนี้ศาลแข่งขันทางการค้ายังสามารถออกคำสั่งปรับทางปกครองได้โดยวัตถุประสงค์ของการปรับทางปกครองนั้นมีได้มุ่งเน้นในการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้นการกำหนดจำนวนค่าปรับต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดรายรับที่เกิดขึ้นจากการกระทำ

<sup>74</sup> สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

<sup>75</sup> สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

<sup>76</sup> R.J. Robert, supra note 17. p.306. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

ความผิดประกอบกับผลกำไรที่ได้จากการกระทำความผิดสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด  
อีกทั้งประวัติพฤติกรรมกรรมการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้กระทำความผิด<sup>77</sup>

## (2) มาตรการทางอาญา

เนื่องจากความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และ  
รัฐบาลแคนาดามีความเห็นว่า การดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันไม่เป็น  
ประโยชน์เพราะองค์ประกอบของบทบัญญัติได้กำหนดให้กำหนดราคาต่ำอย่างไม่เห็นเหตุผลและมี  
เจตนาในการกำจัดคู่แข่งกัน หรือลดการแข่งขัน ก็เพียงพอสำหรับการรับฟังโทษ อีกทั้ง  
กระบวนการพิสูจน์หลักฐานจนสิ้นสงสัยทำให้ไม่เหมาะในการพิจารณาคดีที่มีความละเอียด  
ซับซ้อนสูง ความผิดฐานตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งกันในประเทศแคนาดาจึงไม่มีมาตรการทาง  
กฎหมายอาญาอีกต่อไป

แต่จะขออธิบายกระบวนการไว้พอสังเขปกล่าวคือเมื่อคณะกรรมการแข่งขัน  
ทางการค้าของประเทศแคนาดาได้รับคำร้องเรียนแล้วเห็นว่า มีเหตุอันควรที่จะดำเนินคดีอาญา  
คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะทำการสอบสวนและมีอำนาจสั่งให้พยานหรือผู้เกี่ยวข้องมาให้  
การหรือส่งเอกสารทำให้การและขอศาลสหพันธรัฐออกหมายค้นและยึดวัตถุพยาน<sup>78</sup>

เมื่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาได้แจ้งข้อหาและส่ง  
สำนวนการสอบสวนให้อัยการสูงสุดแคนาดาแล้ว อัยการจะพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีไม่  
ว่าจะเป็นเท็จจริงในการพิสูจน์ความผิดหรือพิสูจน์ความบริสุทธิ์<sup>79</sup> เมื่ออัยการเห็นสมควรจะทำคำ  
ฟ้อง (Indictment) และจำเลยที่เป็นบุคคลธรรมดาจะมีสิทธิในการเลือกคณะลูกขุนในการพิจารณา  
คดีแต่หากจำเลยเป็นบริษัทการค้าดำเนินคดีจะไม่มีลูกขุน<sup>80</sup> ในการพิจารณาคดีจะใช้มาตรฐานการ  
พิสูจน์จะทำการพิสูจน์จนสิ้นสงสัย<sup>81</sup> เมื่อศาลมีคำตัดสินเป็นที่เรียบร้อยแล้วคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง  
ไม่ว่าจะเป็นอัยการหรือจำเลยมีสิทธิในการอุทธรณ์ความผิดหรือโทษไปยังศาลอุทธรณ์เมื่อศาล  
อุทธรณ์มีการพิจารณาและตัดสินคู่ความไม่ว่าจะเป็นจำเลยหรืออัยการสามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงได้

<sup>77</sup> Competition Act 1985. Section 79 (3.1-3.3). อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

<sup>78</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), *Supra* note 48. pp.28-30. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว  
เจริญธรรมที่ 5. หน้า 179.

<sup>79</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), *Supra* note 48. pp.29-30. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว  
เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

<sup>80</sup> R.J. Robert. *supra* note 17. p.465. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

<sup>81</sup> Mark R. Joelson. p.445. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักชาติ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

ทันที หากผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์มีความเห็นแย้งกับคำตัดสินในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ไม่ได้  
 ทำความเห็นแย้งคู่ความต้องขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลสูง<sup>82</sup>

การเยียวยาในคดีอาญานั้นสามารถตั้งจำคุกหรือปรับจำเลยได้ นอกจากนี้ศาลยัง  
 สามารถสั่งให้จำเลยหยุดการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมาย โดยคำสั่งหยุดการกระทำจะมีระยะเวลา  
 บังคับไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้ในระหว่างการพิจารณาคดีหากมีการกระทำใดที่กระทบต่อการ  
 แข่งขัน อัยการสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อออกคำสั่งระงับการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการ  
 ชั่วคราวได้ (Interim Injunction) โดยอัยการต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยได้กระทำการอันฝ่าฝืน  
 กฎหมายเกี่ยวกับข้อหาตามคำฟ้องระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือพิจารณาลงโทษอีก  
 ทั้งต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การเยียวยาโดยใช้กฎหมายตามขั้นตอนปกติ (Remedy under the Act) ไม่  
 เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการแข่งขัน (Injury Competition) หรือต้องพิสูจน์  
 ให้ได้ว่าบุคคลอาจจะได้รับความเสียหายโดยไม่อาจชดเชยได้เพียงพอและความเสียหายที่บุคคล  
 ได้รับนั้นต้องมากกว่าความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำความผิดตามฟ้องศาลจะออกคำสั่งระงับ  
 การกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการชั่วคราวยึดหลักความจำเป็นและความเพียงพอ<sup>83</sup>

### (3) การเยียวยาความเสียหายของเอกชน

การเยียวยาความเสียหายของเอกชนนั้นในกฎหมายประเทศแคนาดามีข้อจำกัด  
 อย่างมากกล่าวคือมาตรา 36 Competition Act 1985 บุคคลที่จะฟ้องคดีแพ่งต่อศาลแคนาดาได้นั้น  
 จะต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดทางอาญาแต่เนื่องจากมาตรา 50 (1)(c) Competition  
 Act 1985 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่งทำให้เป็นความผิดทางอาญาถูก  
 ยกเลิกไปแล้วผู้เสียหายจึงไม่อาจใช้ช่องทางนี้อีกต่อไปดังนั้นการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวกับการตั้งราคา  
 เพื่อกำจัดคู่แข่งจะสามารถฟ้องร้องได้ผู้เสียหายจะต้องได้รับความเสียหายจากการหลอกลวง การ  
 ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลหรือคำสั่งของศาลแข่งขันทางการค้าของจำเลย<sup>84</sup>

ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 36 Competition Act 1985 นั้นจะ  
 เรียกค่าเสียหายได้ที่เกิดจากจำเลยจะต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการ  
 กระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา (บทบัญญัติในหมวด 6 Competition Act 1985) หรือการที่จำเลย  
 ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งศาลแข่งขันทางการค้าเมื่อพิสูจน์ความเสียหายได้เป็นที่เรียบร้อยแล้ว

<sup>82</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), *Supra* note 48. pp.39-41. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว  
 เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

<sup>83</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), *Supra* note 48. pp.54-55. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว  
 เจริญธรรมที่ 5. หน้า 180.

<sup>84</sup> Competition Act 1985. Section 36. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 181.



จะได้รับค่าเสียหายไม่เกินความเสียหายจริงรวมกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการพิสูจน์ความผิด (Investigation) และค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>85</sup> ไม่รวมถึงค่าเสียหายอย่างอื่น เช่น ค่าเสียหายเชิงลงโทษ เป็นต้น<sup>86</sup>

ในทางการพิจารณาคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนตามมาตรา 36 Competition Act 1985 นั้นมีข้อกำหนดพิเศษคือ โจทก์สามารถนำบันทึกการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Record of Proceeding) ในคดีที่ตัดสินให้จำเลยมีความผิดตามบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาเรื่องบันทึกกระบวนการพิจารณาในคดีที่จำเลยกระทำการฝ่าฝืนตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งศาลแข่งขันทางการค้าเป็นหลักฐานเบื้องต้นในการพิสูจน์ความเสียหายในคดีแพ่งนอกจากนี้หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามฟ้องที่ได้รับมาก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถนำมาเป็นหลักฐานใช้ในคดีแพ่งได้<sup>87</sup>

### 3.1.2 ระบบกฎหมาย Civil Law

#### 3.1.2.1 สหภาพยุโรป

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (European Union: EU) มีวัตถุประสงค์หลัก เพื่อสนับสนุนและขยายความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกในด้านเศรษฐกิจ การค้า สังคม นโยบาย ต่างประเทศ ความมั่นคง การป้องกัน และความยุติธรรม รวมทั้ง การทำให้เป็นสหภาพเศรษฐกิจและการเงิน (The Economic and Monetary Union หรือ EMU โดยการกำหนดให้ประเทศภาคีที่ใช้เงินสกุลเดียวกัน คือ เงินยูโร (Euro Money)

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น เริ่มมีพัฒนาการมาตั้งแต่เมื่อครั้งเป็นประชาคมยุโรปตามสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome 1957) ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ทวีปยุโรปประสบความเสียหายเป็นอย่างมาก ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปจึงต้องรวมตัวกันก่อตั้งสหภาพยุโรปขึ้นมาเพื่อแก้ไขวิกฤตการณ์และฟื้นฟูเศรษฐกิจยุโรปให้ดีขึ้น ผู้นำของแต่ละประเทศจึงได้ผลักดันแนวคิดเกี่ยวกับความร่วมมือกันระหว่างทวีปยุโรป ทั้งในด้านเศรษฐกิจและ

<sup>85</sup> R.J. Robert. supra note 17. p.484. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5. หน้า 181.

<sup>86</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), Supra note 48. p.60. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5. หน้า 181.

<sup>87</sup> Calvin S. Goldman and John D. Bodrug (Eds), Supra note 48. p.61. อ้างถึงใน สรวิชญ์ รักษาดี. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5. หน้า 181.

เมืองซึ่งเป้าหมายสูงสุดถึงขั้นที่จะจัดให้มีการรวมตัวในระดับเหนือชาติ<sup>88</sup> ทั้งนี้ ส่วนสำคัญที่สุดในด้านนโยบายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ก็คือ ประชาคมยุโรป (European Community) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community) ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสนธิสัญญากรุงโรม อันได้รับการแก้ไขมาตลอดโดย Single European Act เมื่อปี ค.ศ. 1987 Maastricht Treaty เมื่อปี ค.ศ. 1993 และ Amsterdam Treaty เมื่อปี ค.ศ. 1997 ทั้งนี้ มีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปไว้ในมาตรา 81 ถึงมาตรา 89<sup>89</sup>

#### 1) ความหมายและประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

##### (1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ศาลได้ให้ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดว่า คือ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจในการหยุดยั้งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและอำนาจที่สามารถกระทำการใดที่เป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งในระดับที่เห็นได้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ จากความหมายดังกล่าวแสดงว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดมีองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่ ความสามารถในการป้องกันการแข่งขันและความสามารถที่จะกระทำการได้อย่างอิสระ

##### (2) ประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้แบ่งผู้มีอำนาจเหนือตลาดออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(ก) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดี่ยว (A Dominant Position)

(ข) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม (Collective Dominance) กล่าวคือ สนธิสัญญา

กรุงโรม มาตรา 82 (Article 82 “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

<sup>88</sup> ธรรมรัตน์ วงศาโรจน์. (2545). *การศึกษาเปรียบเทียบ: มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป และประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

<sup>89</sup> รวินท์ ชิพจำเป็น. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 28.

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

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

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

ได้บัญญัติห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายราย ซึ่งสามารถอนุมานได้ว่าสถานะของการมีอำนาจเหนือตลาดอาจเป็นการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันได้ นอกจากนั้น คณะกรรมาธิการยังได้ออก Sixteenth Competition Report ซึ่งกำหนดลักษณะสำคัญ 2 ประการ สำหรับการพิจารณาสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม ดังนี้

(1) มีข้อเท็จจริงว่ากลุ่มขนาดเล็กของผู้ประกอบธุรกิจที่มีปริมาณขายจำนวนมากในตลาดซึ่งมีปัญหาโดยปราศจากผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวที่มีอำนาจเหนือตลาด และ

(2) มีความร่วมมือกันระดับสูงในการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลาย ตัวอย่างคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ได้แก่ คดี Italian Flat Glass โดยศาลได้ตัดสินว่าผู้ประกอบธุรกิจกระจก 2 ราย มีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ทั้งนี้ มีข้อเท็จจริงว่าส่วนแบ่งตลาดร่วมกันของทั้งสองรายอยู่ระหว่างร้อยละ 79 ถึงร้อยละ 95 สำหรับกระจกแต่ละชนิด และลักษณะของตลาดกระจกไม่เหมาะสมให้มีการแข่งขันหรือการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ เนื่องจากต้องใช้การลงทุนที่สูงและอุปสงค์ของตลาดก็ไม่มีแนวโน้มว่าจะขยายตัวมากในอนาคต อีกทั้งผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายก็ดำเนินกิจการด้านการตลาดโดยให้ความร่วมมือกันเป็นอย่างดีเป็นคดีที่ศาลตัดสินการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด<sup>90</sup>

2) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องและการพิจารณากำหนดตัวของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

(1) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมาธิการได้ตราประกาศคณะกรรมการเรื่องนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้อง (Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law ซึ่งตีพิมพ์ใน Official Journal: OJC วันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1997) โดยตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นเป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตของการแข่งขัน ซึ่งแยกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการและตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์

<sup>90</sup> รวินท์ ชิพจาเป็น. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 87.

## (1.1) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ

มาตรา 82 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม มิได้ให้ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ ฉะนั้น การพิจารณาความหมายดังกล่าวจึงต้องใช้ประกาศคณะกรรมการเรื่องนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาศาล รวมทั้งความเห็นของนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งได้ทำให้เห็นได้ว่าสถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อาจมาจากทั้งอุปสงค์และอุปทานของตลาด โดยแนวทางหนึ่งในการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาด คือ พิจารณาจากขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ หากมีการกำหนดขอบเขตของตลาดดังกล่าวแคบก็ทำให้เป็นไปได้อย่างยิ่งที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด เมื่อพิจารณากลับกัน หากกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการชนิดใดกว้างก็ทำให้เป็นไปได้ยากที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ฉะนั้น ประเด็นในการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการจึงเป็นสิ่งที่สำคัญและมีการโต้แย้งกันสูง

แนวทางของคณะกรรมการและศาลในการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ คือการใช้ความสามารถของสินค้าหรือบริการหนึ่งจะทดแทนหรือสลับปรับเปลี่ยนกับอีกสินค้าหรือบริการหนึ่งได้ (Interchangeability) โดยการพิจารณาสามารถแยกได้จากทั้งด้านอุปสงค์และด้านอุปทาน ซึ่งปัจจัยในการพิจารณากำหนดขอบเขตที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการนี้มีหลายประการด้วยกัน เช่น วิธีการ SSNIP Test ลักษณะของสินค้าหรือบริการ ราคา วัตถุประสงค์ของการใช้งาน โครงสร้างของอุปสงค์และอุปทาน การทดแทนของอุปทาน กฎเกณฑ์ของรัฐ ห่วงโซ่ของการทดแทนกันได้ วัตถุประสงค์ บริการหลังการขาย ความสามารถในการบริโภค เป็นต้น<sup>91</sup>

ส่วนในประกาศคณะกรรมการ ได้ระบุถึงขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการทั้งหมดซึ่งผู้บริโภคเห็นว่าสามารถทดแทนกันได้ โดยเหตุผลเรื่องลักษณะของสินค้าหรือบริการ ราคาของสินค้าหรือบริการ และความตั้งใจในการนำไปใช้งาน โดยนำวิธีการ SSNIP Test มาใช้ในการพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์

ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ เช่น คดี United Brands ซึ่งศาลได้พิจารณาประเด็นที่ว่า ตลาดสินค้ากล้วยเป็นส่วนหนึ่งของตลาดสินค้าผลไม้ ซึ่งเป็นตลาดสินค้าที่ใหญ่กว่าหรือไม่ โดยในที่สุดศาลได้ตัดสินว่ากล้วยเป็นตลาดซึ่งแยกต่างหากจากตลาดสินค้าผลไม้ชนิดอื่น ซึ่งส่งผลให้ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าในคดีนี้เล็กลง คดี Michelin ศาลได้พิจารณาประเด็นที่ว่า Michelin เป็นผู้ผู้นำในตลาดยางรถบรรทุก รถบัส และ

<sup>91</sup> รวินท์ ชิพจำเป็น. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 89.

ยานพาหนะอื่น ๆ หรือไม่ ศาลได้กล่าวไว้ว่าการที่จะตัดสินว่ามี Supply Side Substitutability หรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาต้นทุนและกรรมวิธีการผลิตด้วย เนื่องจากโรงงานและเครื่องมือในการผลิตยางสำหรับรถที่มีน้ำหนักมาก คือ รถบรรทุก รถบัส และยางสำหรับรถยนต์นั่งนั้นมีความแตกต่างกันมาก ดังนั้น ผู้ผลิตยางทั้งสองชนิดจึงอยู่ในตลาดที่ต่างกันคดีทั้งสองคดีเป็นการวินิจฉัยถึงขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้า

#### (1.2) ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์

ประกาศคณะกรรมการฯ ได้ให้นิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ว่า คือ พื้นที่ซึ่งผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการขายหรือซื้อสินค้าหรือบริการ โดยสถานะการแข่งขันในพื้นที่ดังกล่าวต้องมีความคล้ายคลึงกันมากพอสมควร และต้องสามารถจำแนกออกจากพื้นที่ข้างเคียงได้ เพราะเหตุที่สถานะการแข่งขันในพื้นที่ดังกล่าวมีความแตกต่างจากพื้นที่ข้างเคียงอย่างเห็นได้ชัดเจน ซึ่งมีปัจจัยในการพิจารณาหลายประการ เช่น การขนส่ง หลักฐานการเปลี่ยนแปลงการค้าไปยังพื้นที่อื่น ลักษณะของอุปสงค์ ทักษะคติของผู้บริโภคและผู้ประกอบการอื่น รูปแบบการซื้อทางภูมิศาสตร์ วิธีการค้าขาย อุปสรรคและค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนไปซื้อจากผู้ประกอบการอื่นซึ่งอยู่ในพื้นที่อื่น เป็นต้น<sup>92</sup>

อนึ่ง เมื่อมาตรา 82 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม เป็นกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังนั้น การกระทำที่จะอยู่ในขอบเขตแห่งมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำที่มีผลต่อสหภาพยุโรปเป็นสำคัญจึงต้องพิจารณาด้วยว่ากิจกรรมของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับตลาดของสหภาพยุโรปโดยรวมหรือไม่ด้วย ดังนี้ การพิจารณาดตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์จึงมีความสำคัญ เนื่องจากมาตรา 82 ได้บัญญัติห้ามผู้ประกอบการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในตลาดร่วมหรือส่วนที่สำคัญของตลาดร่วม ส่วนการที่ผู้ประกอบการหนึ่งครอบคลุมพื้นที่ส่วนใหญ่ในการขายสินค้าหรือบริการชนิดใด ๆ ในตลาดของประเทศสมาชิกมิได้หมายความว่ากิจการของผู้ประกอบการนั้นครอบคลุมส่วนใหญ่หรือส่วนสำคัญของการขายสินค้าหรือให้บริการสำหรับตลาดของสหภาพยุโรป ทั้งนี้ การกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ให้แคบลงจากตลาดของสหภาพยุโรปทั้งหมดสามารถกระทำได้ แต่ต้องมีเหตุผลประกอบ เช่น ต้นทุนค่าขนส่งสินค้าไปสู่บริเวณอื่น เป็นต้น โดยกิจการของผู้ประกอบการนั้น แม้มิได้ครอบคลุมตลาดร่วมทั้งหมดแต่ก็ต้องครอบคลุมส่วนที่สำคัญของตลาดร่วมด้วยจึงจะอยู่ภายในขอบเขตของมาตรา 82 โดยศาลในคดี Suiker Unie ได้กำหนดว่าต้องพิจารณาถึง รูปแบบและปริมาณการผลิต การบริโภคสินค้านั้น รวมถึงพฤติกรรมและโอกาสทางธุรกิจของผู้ขายและผู้ซื้อประกอบด้วย ซึ่งเป็นการวินิจฉัยถึงขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

<sup>92</sup> รวินท์ ชิพจำเป็น. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 92.

## (2) การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปไม่ได้บัญญัติถึงการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ แต่จากคำตัดสินต่าง ๆ ของศาลและคณะกรรมการแล้ว จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ใช้วิธีการทางวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์หรือการวิเคราะห์ถึงการเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์ที่เกิดจากการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ แต่สหภาพยุโรปจะให้ความสำคัญกับระดับส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก อนึ่ง แนวโน้มในปัจจุบันนี้ สหภาพยุโรปได้นำแนวทางตามแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบกิจการในแนวราบสหรัฐอเมริกามาเป็นแม่แบบเพื่อลดอำนาจและบทบาทของคณะกรรมการในการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจตลาดลง ทั้งนี้ องค์ประกอบของการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด เช่น

(2.1) ส่วนแบ่งตลาด โดยหากผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดสูง ก็เป็นไปได้ที่จะมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งในคดี Hoffman-La Roche และคดี AKZO Chemie BV ได้ใช้เกณฑ์ร้อยละ 50 ในการตัดสินกรณีอำนาจเหนือตลาด กล่าวคือ หากมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปก็จะถูกสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นว่าผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดเกินร้อยละ 50 ขึ้นไป โดยในคดี United Brand ผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละ 40 ถึง 45 ก็ถูกถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดแล้ว เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจลำดับรองลงมามีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละ 16 และ 10 ตามลำดับ

(2.2) ระยะเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในตลาด โดยในคดี United Brands ศาลได้ระบุว่า ข้อเท็จจริงที่ผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในสถานะเป็นผู้นำตลาดเป็นระยะเวลาอันยาวนานจะสนับสนุนให้อำนาจเหนือตลาดแข็งแกร่งยิ่งขึ้น

(2.3) แหล่งเงินทุนและเทคโนโลยี โดยความสามารถในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนและเทคโนโลยีทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถปรับกลยุทธ์ทางการตลาดอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเพื่อแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นได้และทำให้สถานะในตลาดแข็งแกร่งขึ้นด้วย

(2.4) ความสามารถในการได้มาซึ่งวัตถุดิบและความสามารถในการนำสินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาด โดยหากผู้ประกอบธุรกิจมีความสามารถดังกล่าวสูงย่อมหมายถึงความสามารถที่จะดำเนินกิจการโดยไม่ต้องสนใจต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือภาวะตลาด

(2.5) พฤติกรรมในการดำเนินธุรกิจ โดยคณะกรรมการอ้างว่าพฤติกรรมการดำเนินธุรกิจในลักษณะไม่ต้องสนใจการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจอื่น สามารถนำมาเป็นข้อสนับสนุนการมีอำนาจเหนือตลาดได้

นอกจากนั้น ยังมีองค์ประกอบอื่นอีก เช่น คุณสมบัติของสินค้าหรือบริการ วัตถุประสงค์ในการใช้งาน คุณสมบัติพิเศษของการบริหาร ราคาของสินค้าหรือบริการ ความสามารถ

ในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการใหม่ บทบัญญัติของกฎหมายของแต่ละประเทศ การประหยัดเนื่องจากขนาดและความแข็งแกร่งของผู้ประกอบการ หุ่นส่วนทางการค้า ค่าใช้จ่ายของโอกาส (Opportunity Cost) เป็นต้น<sup>93</sup>

### 3) พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าพฤติกรรมเช่นใดถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด แม้ว่ามาตรา 82 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม ห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือใช้อำนาจในทางมิชอบ แต่มาตรา 82 ก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดอย่างชัดเจนว่าต้องมีอำนาจเพียงใดจึงจะถือว่าเป็น ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 82 ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่จะกำหนดว่าเช่นใดจึงจะถือเป็นการใช้อำนาจเพื่อที่จะเข้าไปอยู่ในฐานะที่มีอำนาจเหนือหรือฐานะที่ได้เปรียบกว่าคนอื่น<sup>94</sup>

### 4) การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต

ศาลของสหภาพยุโรปได้มีคำตัดสินในคดี Euro-pemballage Corp V. E.C. Commission โดยตัดสินว่าคณะกรรมการสามารถบังคับใช้มาตรา 82 แห่งสนธิสัญญากรุงโรมกับการควบคุมกิจการที่บริษัท Continental Can ของสหรัฐอเมริกาเข้าซื้อหุ้นของบริษัท Schmalbach-Lubec-Werke, A.G สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จำนวนร้อยละ 85.5 ได้ ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่า สหภาพยุโรปก็ยอมรับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตของสหภาพยุโรป โดยใช้หลัก Economic Entity Doctrine<sup>95</sup>

## 3.1.2.2 สาธารณรัฐเกาหลี

### 1) ความหมายและประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

#### (1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

สาธารณรัฐเกาหลีมีนโยบายส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมมุ่งเน้นการเพิ่ม Productivity ควบคู่กับการใช้นโยบายการแข่งขัน เพื่อกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันทางการค้า การดำเนินนโยบายดังกล่าวได้ส่งผลให้พฤติกรรมผู้ประกอบการธุรกิจมีการตกลงร่วมกัน มีการควบรวมธุรกิจรัฐบาลจึงได้ปรับปรุงประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เพื่อลดปัญหาการผูกขาด และจัดพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเพื่อรักษาระดับการแข่งขันในตลาด

<sup>93</sup> รวินท์ ชีพจำเริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, หน้า 94.

<sup>94</sup> ศิริศักดิ์ จึงถาวรธรรม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, หน้า 207.

<sup>95</sup> รวินท์ ชีพจำเริญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, หน้า 92.

ปัญหาเรื่องนโยบายการแข่งขันทางการค้าในสาธารณรัฐเกาหลี เริ่มต้นใน ค.ศ. 1960 เมื่อรัฐบาลของสาธารณรัฐเกาหลีได้เริ่มต้นนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมบริษัท หรือบริษัทต่าง ๆ ซึ่งมีอำนาจครอบงำตลาด (ถึงแม้ว่าจะยังมีจำนวนน้อย) ก็ใช้วิธีการปั่นราคาสินค้าของบริษัทตน โดยการฮั้ว (Collusion) หรือแบ่งตลาด (Market Division) ทำให้ประชาชนของสาธารณรัฐเกาหลีเกิดความรู้สึกว่ารัฐบาลควรจะออกกฎหมายควบคุมวิธีการจำกัดทางการค้าดังกล่าวแต่ว่าประชาชนโดยทั่วไปยังไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระบบการแข่งขันที่เป็นธรรมและเสรี นอกจากนี้แล้วแนวความคิดดังกล่าวยังถูกต่อต้านโดยกลุ่มธุรกิจ โดยเฉพาะกลุ่มธุรกิจที่กระทำการปั่นราคาสินค้านี้<sup>96</sup>

ปัญหาเรื่องนโยบายการแข่งขันได้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน เมื่อสาธารณรัฐเกาหลี ประกาศว่าได้ประสบผลกระทบวิกฤตการณ์น้ำมันครั้งแรก (The First Oil Crisis) ในปี ค.ศ. 1973 กลไกตลาดที่บิดเบือนอย่างมาก ราคาน้ำมันที่พุ่งสูงขึ้นอย่างรวดเร็วและราคาของวัตถุดิบที่นำเข้าที่เพิ่มขึ้นก่อให้เกิดภาวะเงินเฟ้อและการขาดดุลใน Demand-supply ในตลาดสินค้าต่าง ๆ รัฐบาลของสาธารณรัฐเกาหลีจำเป็นต้องออกกฎหมายควบคุมราคาสินค้าบางอย่างในปี ค.ศ. 1975 เรียกว่า The Act Concerning Price Stabilization and Fair Trade (PSA) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนับว่าเป็นก้าวแรกและก้าวเริ่มต้นของการออกกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในสาธารณรัฐเกาหลี โดยกฎหมาย PSA มีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการคือ การ ควบคุมราคาสินค้า (Price Control) และการกำกับแนวทางการทำธุรกิจให้เป็นธรรม (Fair Trade Practices) ในการบังคับใช้กฎหมาย PSA หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายเน้นเรื่องการควบคุมราคาสินค้าและวิธีดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมบางประการเท่านั้นเอง การควบคุมราคาสินค้าของสินค้าประมาณ 150 ประเภทที่เป็นสินค้าที่มีลักษณะเป็นการผูกขาด (Monopolistic) หรือกึ่งผูกขาด (Oligopolistic) ได้กระทำและทบทวนรายชื่อทุกปี จนถึงปี ค.ศ. 1979 ส่วนการควบคุมวิธีการดำเนินธุรกิจนั้น คดีที่ได้มีการสั่งเรื่องให้อัยการสั่งฟ้อง (Prosecuted cases) เกือบทั้งหมดจะเป็นคดีเกี่ยวกับการกักตุนสินค้าอาหารจำเป็น (The Hoarding and Concerning of Staple Food Products) เท่านั้น ส่วนการควบคุมวิธีการดำเนินธุรกิจที่เป็นการจำกัดการแข่งขันนั้นรัฐบาลยังไม่ได้จัดการ

กฎหมาย PSA นั้นก่อให้เกิดผลข้างเคียงที่รัฐบาลไม่ได้ตระหนัก กล่าวคือ การที่รัฐบาลพยายามควบคุมราคาสินค้าโดยตรง (Direct Control) จำนวนมากชนิดเกินไม่นับเป็นเรื่องเกินขีดความสามารถทางการบริหาร (Administrative Capacity) และบึงจัยหลายประการทำให้การ

<sup>96</sup> สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. (2542). *โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้า ของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย (การศึกษาทางด้านเศรษฐศาสตร์) เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐศาสตร์. หน้า 2.



ควบคุมราคาโดยตรงไม่ได้ผลเท่าที่ควร เช่น Cost Push Inflation และวิธีการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรมชาติของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น การฮั้ว และการใช้อำนาจผูกขาด ผลข้างเคียงของกฎหมาย PSA ต่อกลไกตลาด คือการตั้งราคาสินค้า 2 ราคา (Dual Pricing) การที่ผูกขาดคุณภาพของสินค้าลง แต่ราคาขายตามที่ทางการกำหนดและความต้องการที่มีมาก (Excessive Demand) และที่สำคัญกว่านั้นคือผู้ประกอบธุรกิจที่สินค้าถูกจำกัดเรื่องราคา หมดความสนใจที่จะขยายการผลิตและให้ความสำคัญเรื่องการลงทุนในอุปกรณ์การผลิตสินค้า (Capital Investment) น้อยลง ซึ่งมีผลทำให้บรรดาผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีความเข้มแข็งที่จะต่อสู้กับวัฏจักรธุรกิจ (Business Cycle) น้อยลงด้วย การใช้การควบคุมราคาทำให้ราคาสินค้าพุ่งสูงขึ้นแล้วหยุดลงกะทันหันแล้วจะสูงขึ้นและหยุดลงกะทันหันอีก (Stop and go Pattern) ทำให้ผู้บริโภคเองก็มีความสับสนจนไม่สามารถวางแผนการบริโภคสินค้าได้

ประสบการณ์ดังกล่าวบวกกับวิกฤตการณ์น้ำมันครั้งที่สอง (The Second Oil Crisis) ทำให้เกิดความเห็นส่วนใหญ่ในสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ว่าจะใน ค.ศ. 1980 ระบบเศรษฐกิจของสาธารณรัฐเกาหลีควรที่จะต้องเป็นระบบเศรษฐกิจที่กลไกตลาดทำงานได้อย่างดี จึงมีการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการแข่งขันที่เป็นธรรมใน ค.ศ. 1980 โดยคณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจ (The Economic Planning Board; EPB) เป็นเจ้าของความคิดและเป็นผู้ร่างกฎหมายดังกล่าวโดยเลียนแบบมาจากกฎหมายของประเทศพัฒนาแล้ว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่น การออกกฎหมาย MRFTA ดังกล่าวได้รับการขนานนามว่าเป็นรัฐธรรมนูญทางเศรษฐกิจ (The Economic Constitution) ที่เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างสาธารณรัฐเกาหลีกับภาคธุรกิจและเป็นการกฏเกณฑ์ให้กับตลาดเพื่อตอบรับกับปีค.ศ. 1980 นั้นเอง

แม้ว่ากฎหมาย MRFTA จะได้ร่างโดยการลอกเลียนกฎหมายการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน และประเทศญี่ปุ่นตามลำดับ แต่ตอนที่ EFB ร่างกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาที่เป็นปัญหาเฉพาะของสาธารณรัฐเกาหลี (Korea-soecific issues) 2 ปัญหา ที่ EPB ต้องนำมาพิจารณาและเขียนบทบัญญัติไว้ในกฎหมาย MRFTA เพื่อแก้ไข ได้แก่<sup>97</sup>

ปัญหาแรก หลักการที่ว่า จะให้กลไกตลาดเป็นกลไกที่กำหนดราคานั้นจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อโครงสร้างตลาดมีการแข่งขันอย่างเข้มข้น (Market Structure is Competitive) แต่ตลาดของสินค้า (Product Market) เกือบทุกตลาดในสาธารณรัฐเกาหลีจะเป็นตลาดผูกขาดหรือกึ่งผูกขาดเกือบทั้งหมด ดังนั้น การทำให้ราคาสินค้ามีเสถียรภาพ (Price Stabilization) จึงเป็นปัญหาเร่งด่วน (Pressing Economic Goal) EPB จึงร่างกฎหมาย MRFTA โดยมีบทบัญญัติห้ามผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจครอบงำตลาดกำหนดราคาสินค้าโดยไม่เป็นธรรม (Undue Pricing Activities)

<sup>97</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

ปัญหาที่สอง รัฐบาลของสาธารณรัฐเกาหลีควรจะใช้กฎหมาย MRFTA เป็นเครื่องมือ (Legal Justification) ในการจัดการเรื่องการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจ (Concentration of Economic Power) ในสาธารณรัฐเกาหลีได้หรือไม่ ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าปัญหาเรื่องการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจโดยกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ของสาธารณรัฐเกาหลี (Chaebol) เช่น กลุ่ม Hyundai กลุ่ม Daewoo กลุ่ม Samsung กลุ่ม Lucky Star ควรจะต้องได้รับการแก้ไข ดังนั้นมาตรา 1 ของกฎหมาย MRFTA จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันรวมอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากเกินไป (The Prevention of Excessive Concentration of Economic Power) การแก้ไขปัญหาในปี ค.ศ. 1986 ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้ไขปัญหการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจของกลุ่ม Chaebol ด้วยเช่นกัน

เจตนารมณ์ของกฎหมาย MRFTA ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ว่า โดยการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การห้ามการรวมอำนาจทางเศรษฐกิจและการควบคุมการร่วมมือทางธุรกิจที่มิชอบ และการดำเนินธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมซึ่งจะทำให้มีการกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางธุรกิจในเชิงสร้างสรรค์และคุ้มครองผู้บริโภคตลอดจนก่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุล

รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีเชื่อว่าวัตถุประสงค์ 3 ประการของนโยบายจะไม่สามารถบรรลุได้ หากรัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีไปแทรกแซงหรือควบคุมธุรกรรมต่าง ๆ ในตลาด ดังนั้น มาตรการเปิดเสรีต่าง ๆ (Liberalization Measures) เช่น การยกเลิกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของรัฐบาล (Deregulation) และการเปิดโอกาสให้ธุรกิจต่างชาติเข้ามาแข่งขันในตลาดของสาธารณรัฐเกาหลีจะเป็นปัจจัยอันหนึ่งของนโยบายการแข่งขันของสาธารณรัฐเกาหลีและเป็นส่วนช่วยให้กฎหมาย MRFTA บรรลุวัตถุประสงค์

จึงอาจสรุปได้ว่า นโยบายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีมีส่วนประกอบสำคัญ 3 ส่วน คือ กฎหมาย MRFTA การยกเลิกกฎเกณฑ์ของรัฐบาล และการเปิดเสรี โดยมีวัตถุประสงค์ของนโยบายที่สำคัญ 3 ประการ คือ กระตุ้นให้เกิดกิจกรรมในเชิงสร้างสรรค์ คุ้มครองผู้บริโภคและพัฒนาเศรษฐกิจของชาติอย่างสมดุล

## (2) ประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายที่ใช้บังคับการควบคุมกิจการ กฎหมาย The Monopoly Regulation and Fair Trade Act 1980 (MRFTA) มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้<sup>98</sup>

<sup>98</sup> ชลาลัย บุญเปี่ยม. (2549). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 147.

(2.1) ห้ามการควบรวมธุรกิจ (Business Integration) บัญญัติไว้ในมาตรา 7<sup>99</sup> โดยบริษัทที่มีทุนจดทะเบียนมากกว่า 1 พันล้านบาท และการรวมธุรกิจนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากในธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(2.1.1) ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจที่มีสินทรัพย์รวมหรือรายได้ตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป

(ก) ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่น ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง

(ข) ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทมหาชนตั้งแต่ร้อยละ 15 ขึ้นไป

(ค) มีแนวโน้มเข้าครอบครองสินทรัพย์ถาวรหรือสินทรัพย์ไม่มีตัวตน (Intangible Assets) ของบริษัทอื่นทั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญมากกว่าร้อยละ 10 หรือมากกว่า 5 พันล้านบาท

(ง) ร่วมจัดตั้งบริษัทใหม่ และเข้าถือหุ้นบริษัทใหม่ ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป

(2.1.2) ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ (Enterprise Company) ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่มีทรัพย์สินหรือรายได้ตั้งแต่ 2 ล้านล้านบาทขึ้นไป ส่งผู้บริหารชุดเดียวกันเข้าบริหารธุรกิจอื่นในเวลาเดียวกันตั้งแต่จำนวน 1 ใน 3 ของจำนวนผู้บริหารชุดดังกล่าว

(2.1.3) ห้ามผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศควบรวมธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศ (ที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ต่างประเทศ) โดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีทรัพย์สินหรือรายได้ตั้งแต่ 1 แสนล้านบาทขึ้นไป และทั้งสองฝ่ายต่างมียอดขายในประเทศรวมบริษัทสาขามีค่าตั้งแต่ 3 พันล้านบาทขึ้นไป

(2.1.4) ข้อห้าม

(ก) ห้ามการรวมธุรกิจทุกรูปแบบกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยการบีบบังคับ ชูเชิญ หรือใช้วิธีที่ไม่เป็นธรรม

(ข) การรวมธุรกิจที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น มีส่วนแบ่งตลาดรวมของบริษัทที่จะรวมธุรกิจกัน และสันนิษฐานได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือรายใหญ่ที่สุดในธุรกิจที่เกี่ยวข้อง (Business Area) หรือส่วนต่างของส่วนแบ่งตลาด หักด้วยส่วนแบ่งตลาดของบริษัทอันดับสอง มีค่าตั้งแต่ร้อยละ 25 ขึ้นไป หรือในกรณีรวมธุรกิจโดยบริษัทใหญ่ที่มีทรัพย์สินหรือเงินทุนหมุนเวียนตั้งแต่ 2 หมื่นล้านบาทขึ้นไป ที่เป็นธุรกิจขนาดกลางหรือ

<sup>99</sup> The Monopoly Regulation and Fairtrade Act 1980. Article 7. อ้างถึงใน ชลาชัย บุญเปี่ยม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 98. หน้า 148.

ขนาดเล็ก (SME) ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 2 ใน 3 ของท้องตลาดขึ้นไป หรือหลังรวมธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป

(2.1.5) การรวมธุรกิจที่อนุญาตให้รวมได้

(ก) การรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นมากกว่าเกิดผลเสียด้านการจำกัดการแข่งขัน

(ข) การรวมธุรกิจกับบริษัทที่เติบโตโดยตนเองมิได้และเป็นบริษัทที่กำหนดไว้ตามประกาศประธานาธิบดี (The Presidential) เช่น กรณีที่บริษัทมีเงินทุนตามงบดุลต่ำกว่าเงินทุนที่ชำระแล้วในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง

(ค) ถ้าธุรกิจขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SME) รวมกับธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้นหรือธุรกิจที่มีความเสี่ยง เพื่อสนับสนุนธุรกิจที่มีความเสี่ยง

2) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องและการพิจารณากำหนดตัวของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

(1) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

การควบคุมบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ (มาตรา 8) หากบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ได้รับการเปลี่ยนการดำเนินการ ไปเป็น Holding Company ผู้จัดตั้งบริษัทต้องรายงานต่อ FTC ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดย Presidential Decree โดยปกติแล้ว Holding Company จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมบริษัทลูกอื่น (Affiliates) ผ่านทางการถือหุ้น ซึ่ง Holding Company ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ MRFTA หากมีสินทรัพย์ตั้งแต่ 1 แสนล้านวอนขึ้นไป และถือหุ้นในบริษัทลูกตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป ซึ่งการจัดตั้ง Holding Company เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันว่าจะให้ตั้งได้หรือไม่ แต่สุดท้ายก็ได้ข้อสรุปว่าให้พิจารณาจากข้อดีและข้อเสียของ Holding Company นั้น ๆ ประกอบ ซึ่งระบบ Holding Company จะเป็นความผิดตรงที่เป็นการแผ่ขยายอำนาจเหนือตลาด โดยการจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยและสร้างช่องว่างระหว่าง Holding Company กับผู้ถือหุ้นรายย่อยอื่นด้วยสิทธิในการควบคุมบริษัทที่แตกต่างกัน

(2) การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ข้อจำกัดเรื่อง Holding Company (มาตรา 8-2)<sup>100</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

(2.1) ห้าม Holding Company ที่มีสินทรัพย์ รวมตั้งแต่ 1 แสนล้านวอนขึ้นไป กระทำการดังต่อไปนี้

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

<sup>100</sup> The Monopoly Regulation and Fairtrade Act 1980. Article 8-2. อ้างถึงใน ชลาชัย บุญเปี่ยม, อ้างแล้ว เจริญรอด ที่ 98, หน้า 149.

(2.1.2) ถือหุ้นในบริษัทลูกที่เป็นบริษัทจำกัด เกินกว่าร้อยละ 50 และถือหุ้นในบริษัทลูกที่เป็นบริษัทมหาชนและอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ เกินกว่าร้อยละ 30

(2.1.3) เป็นเจ้าของหุ้นบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทลูกเพื่อเข้าควบคุมดูแลกิจการนั้น โดยที่หุ้นดังกล่าวได้ออกมาเป็นเวลา 2 ปี นับจากวันที่แปรสภาพหรือจัดตั้งเป็น Holding Company

(2.1.4) ถือหุ้นของบริษัทในประเทศ รวมถึงบริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือธุรกิจประกันภัย เพื่อตั้งเป็น Holding Company

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

(2.2) ห้ามบริษัทลูกของ Holding Company แบบทั่วไปถือหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศเพื่อควบคุมธุรกิจของบริษัทนั้น ยกเว้นบริษัทที่ถูกควบคุมนั้นเป็นบริษัทที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจของตน

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

3) พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ข้อห้ามการถือหุ้นไขว้ (มาตรา 9)<sup>101</sup> ในเรื่องนี้ MRFTA กำหนดห้ามกลุ่มธุรกิจที่มีสินทรัพย์รวม 2 หมื่นล้านบาทขึ้นไป ถือหุ้นไขว้กับบริษัทในเครือที่ถือหุ้นของตนอยู่ เพื่อป้องกันการเพิ่มขึ้นของเงินทุนที่ผิดไปจากความเป็นจริง โดยมีรายละเอียดดังนี้

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

(2) บริษัทใดก็ตามที่เข้าเงื่อนไขในข้อ (1) จำต้องกำจัดโณขายหุ้นภายใน 6 เดือน นับจากวันที่ได้รับหุ้นหรือถือหุ้นนั้น มิฉะนั้นจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับไม่เกิน 200 ล้านบาท ยกเว้นกรณีบริษัทสาขาได้หุ้นที่มาจากกำจัดหุ้นของบริษัทในกลุ่มของตน

(3) ห้ามบริษัทของกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนาดใหญ่ ที่ถูกกำจัดการถือหุ้นไขว้ และเป็นผู้ตั้ง SME ตามพระราชบัญญัติสนับสนุนการก่อตั้งบริษัท SME ได้หุ้นหรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทสาขาที่อยู่ในประเทศ

<sup>101</sup> The Monopoly Regulation and Fairtrade Act 1980. Article 9. อ้างถึงใน ชลาชัย บุญเปี่ยม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 98. หน้า 149.

รวมถึงการจำกัดจำนวนหุ้น การถือหุ้นในบริษัทอื่น (มาตรา 10)

(1) ห้ามบริษัทใด ๆ ของกลุ่มผู้ประกอบการขนาดใหญ่ ได้มาซึ่งหุ้นหรือเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทอื่นในประเทศ ซึ่งมีมูลค่ามากกว่าร้อยละ 25 ของสินทรัพย์สุทธิของบริษัทตน ยกเว้นกรณีที่เป็นบริษัทที่ได้หุ้นใหม่ หรือเป็นเจ้าของหุ้นใหม่ของบริษัทอื่นในประเทศตามสัดส่วนข้างต้น ให้ทำได้เป็นเวลา 2 ปี นับจากวันที่ได้หุ้นมา หรือเป็นเจ้าของหุ้นในกรณีต่อไปนี้ไม่เกิน 6 เดือน เช่น บริษัทที่อยู่ระหว่างการปรับโครงสร้างตามกฎหมายการปรับโครงสร้างบริษัท หรือบริษัทที่กำลังถูกฟ้องล้มละลาย เป็นต้น

(2) หลักการคำนวณทรัพย์สินสุทธิ

(3) หลักการคำนวณมูลค่าหุ้น

(4) ตามข้อห้าม (1) กรณีการจำกัดการลงทุนที่มีมากกว่ามูลค่าสินทรัพย์อันเนื่องมาจากมูลค่าทรัพย์สินสุทธิค่าลดลง จะยอมให้เป็นเช่นนี้ได้ 2 ปี นับจากวันที่สินทรัพย์มีมูลค่าลดลง

(5) การจำกัดจำนวนการลงทุนตามข้อ (4) ถ้าการลงทุนที่ต่ำกว่ามูลค่าทรัพย์สินสุทธิที่มีมูลค่าเพิ่มขึ้น ไม่ต้องนำหลักการคำนวณการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สินตามข้อ (2) (3) และ (4) มาใช้

(6) การจำกัดจำนวนการลงทุน กรณีบริษัทใดของกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่ได้หุ้นมา หรือเป็นเจ้าของหุ้นต่อไปนี้จะไม่ถือว่าเป็นหุ้นของบริษัทใดของกลุ่มบริษัทอื่นตามข้อห้าม (1) หุ้นดังกล่าวได้แก่ หุ้นของบริษัทที่ทำโครงการลงทุนสาธารณูปโภคของภาคเอกชนซึ่งมีระยะเวลา 20 ปี หุ้นของสถาบันการลงทุนของภาครัฐ หุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้โครงการสาธารณูปโภคของภาคเอกชนซึ่งมีระยะเวลา 20 ปี หุ้นของสถาบันการลงทุนภาครัฐ หุ้นของบริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมายการบริหารจัดการโครงสร้างและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ

(7) ตามข้อห้าม (1) จะไม่ใช้กับกรณี

(ก) บริษัทที่ทำธุรกิจการเงินหรือประกันภัย

(ข) Holding Company

(ค) บริษัทที่อยู่ระหว่างการรับโครงสร้างองค์กรตามกฎหมาย Reorganization Act และ Compensation Act ในกรณีที่ปรับโครงสร้างองค์กรเสร็จจะต้องปฏิบัติตามข้อห้าม (1) ให้เสร็จสิ้นในเวลาหนึ่ง

บริษัทที่รวมกิจการมีสินทรัพย์รวมหรือรายได้ประจำปี (รวมสินทรัพย์รวมหรือรายได้บริษัทในเครือ) ทั่วโลกของแต่ละฝ่ายมากกว่าหรือเท่ากับ 100,000 ล้านบาท และกรณีการรวมบริษัทในประเทศ ธุรกิจที่รวมและบริษัทในเครือมีสินทรัพย์หรือรายได้มากกว่าหรือ

เท่ากับ 2 ล้านล้านวอนกรณีการรวมกับบริษัทต่างประเทศ ต้องแจ้งถ้าสินทรัพย์หรือยอดขายในเกาหลีของหนึ่งธุรกิจที่รวมมากกว่าหรือเท่ากับ 1,00,000 ล้านวอนและยอดขายของแต่ละฝ่ายในเกาหลีมากกว่าหรือเท่ากับ 3,000 ล้านวอน บังคับให้แจ้งภายหลังการรวมธุรกิจภายใน 30 วัน โดยใช้ระยะเวลาในการพิจารณา 30 วันและขยายได้ไม่เกิน 60 วัน นับจากวันสิ้นสุดระยะเวลาพิจารณา<sup>102</sup>

#### 4) การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต<sup>103</sup>

เริ่มแรกองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าโดยธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี คือสำนักงานคณะกรรมการการค้าโดยธรรม (The office of Fair Trade Commission) ถูกตั้งขึ้นโดยกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยให้สำนักงานใหญ่อยู่ภายใต้คณะกรรมการวางแผนทางเศรษฐกิจ (The Economic Planning Board: EPB) ส่วนคณะกรรมการการค้าโดยธรรมนั้น มีสถานะเป็นเพียงองค์กรนิติบุคคลที่มีอำนาจเพียงให้คำปรึกษาแก่คณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจและ คณะกรรมการวางแผนเศรษฐกิจเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าโดยธรรม แต่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการการค้าโดยธรรมได้ แต่ต่อมาในภายหลังในปีค.ศ. 1989 คณะกรรมการการค้าโดยธรรมและสำนักงานคณะกรรมการการค้าโดยธรรม ได้ถูกรวมเข้าเป็นหน่วยงานเดียวกันและกลายเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจหน้าที่ทางด้านการบริหารและการบังคับใช้กฎหมายด้วย

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

(1) กองนโยบายการค้าโดยธรรม(Fair Trade Policy Bureau) กองนี้มีหน้าที่จัดทำนโยบายพื้นฐานและโครงการต่าง ๆ เพื่อให้ตอบสนองการบังคับใช้กฎหมายกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม ให้มีประสิทธิภาพในเชิงรูปธรรม กองนโยบายการค้าที่เป็นธรรมมีหน้าที่ประเมินประสานงานทั้งหลาย ที่เกี่ยวข้องกับงานของคณะกรรมการการค้าโดยธรรม ให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งอาจมีผลเป็นการจำกัดการ

<sup>102</sup> ชลาลัย บุญเปี่ยม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 98. หน้า 297.

<sup>103</sup> ชลาลัย บุญเปี่ยม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 98. หน้า 150.

แข่งขัน จัดทำรายงานการประชุมหัวข้อการประชุมให้กับคณะกรรมการการค้าโดยธรรม ส่งเสริมการแข่งขัน งานด้านระหว่างประเทศ

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

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

(4) กองสืบสวน (Investigation Bureau) กองสืบสวนจะรับผิดชอบเกี่ยวกับการสืบสวนที่มีขนาดใหญ่มาก ระดับทั่วประเทศ ทำหน้าที่วิเคราะห์ตลาดและจัดทำข้อมูลให้กับกองอื่น พัฒนาเทคนิคการสืบสวน

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี บุคคลใดก็ตามหากพบถึงการละเมิดนั้นสามารถที่จะรายงานการกระทำผิดต่อคณะกรรมการ KFTC ได้นอกจากนั้นแล้วหากคณะกรรมการ KFTC เห็นว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็สามารถทำการสอบสวนได้โดยวิธีพิจารณานั้นได้เริ่มตั้งแต่คณะกรรมการ KFTC ใช้อำนาจในการสืบสวนข้อกล่าวหาว่า ได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมาย MRFTA หรือไม่ โดยเป็นอำนาจของเลขานุการสำนักงาน KFTC ที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ KFTC และเลขานุการสำนักงาน KFTC มีอำนาจที่จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ประจำสำนักงาน KFTC เป็นผู้สอบสวนข้อเท็จจริงที่เหมาะสมตามสภาพความผิด เช่น การตรวจสอบเอกสารในสถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้หรือเรียกผู้ประกอบการหรือผู้เกี่ยวข้องมาให้การก็ได้ และเมื่อได้มีการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว หากเลขานุการ KFTC เห็นว่าการกระทำผิดนั้นไม่มีมูลก็จะมีคำสั่งให้หยุดการดำเนินการใด ๆ ต่อไปในการสอบสวน แต่หากสอบสวนได้ว่ามีความผิดจริงแต่เป็นเพียงความผิดที่เล็กน้อยนั้น เลขานุการ KFTC ก็อาจมีคำสั่ง ตักเตือนหรือให้คำแนะนำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้แก้ไขการกระทำเสียใหม่ให้สอดคล้องกับกฎหมายโดยสมัครใจ (Voluntary Correction)



คำตัดสินของคณะกรรมการ KFTC เมื่อภายหลังจากการสอบสวนหากพบว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรง คดีนั้นจะถูกส่งจากเลขาธิการไปยังคณะกรรมการ KFTC เพื่อให้คณะกรรมการได้พิจารณาต่อ โดยจะต้องให้ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดและบุคคลที่เกี่ยวข้องให้การต่อสู้เสียก่อน หลังจากนั้น คณะกรรมการ KFTC จึงจะตัดสิน ซึ่งคำตัดสินของคณะกรรมการ KFTC นั้นจะมีทั้ง มีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจได้แก้ไขให้สอดคล้องกับกฎหมาย (Order for the Correction of the Charged Action) ค่าธรรมเนียมพิเศษ (ค่าปรับประเภทหนึ่ง) (Surcharge Payment) หรือคำร้องขอไปยังกรมอัยการ ให้มีการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด (Complaint for Criminal Prosecution) ด้วยก็ได้<sup>104</sup>

การทบทวนคำสั่งโดยศาล (Judicial Review) ศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการทบทวนคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมเมื่อคณะกรรมการการค้าโดยธรรมได้มีคำตัดสินออกมาแล้ว หากผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไม่พอใจ คำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอุทธรณ์คำตัดสินของคณะกรรมการไปยังศาลสูงเมืองโซล (The Seoul High Court) ได้ และหากผู้กรณียังไม่พอใจอีกก็สามารถที่จะฎีกาคำพิพากษาของศาลสูงไปยังศาลฎีกาได้ แต่การทบทวนคำสั่งศาลนี้ไม่ได้รับความนิยมนในสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าโดยธรรมนั้นมีอำนาจที่ค่อนข้างเด็ดขาดในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรมและ การใช้ดุลยพินิจในการตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม หากบริษัทผู้ประกอบการมีข้อสงสัยไม่แน่ใจว่าการกระทำของตนเป็นการขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือไม่ จะใช้วิธีปรึกษาหารือและขอความเห็นข้อเสนอแนะจากคณะกรรมการการค้าโดยธรรมก่อน

<sup>104</sup> นพนันท์ สถิตภากิจกุล. (2547). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรวมธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 78.

## 3.2 หลักกฎหมายของประเทศไทย

### 3.2.1 ความหมายและการกำหนดตัวของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ได้ให้คำนิยามของคำว่าผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างแล้วแต่กรณีมาประกอบการพิจารณา ทั้งนี้ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปีนับแต่วันออกประกาศ

การนับส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบการรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดให้นับรวมส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดด้วยและให้ถือว่าบรรดาผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังกล่าวเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

จากบทบัญญัติดังกล่าว สรุปได้ว่า ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายถึง

1) ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

2) ผู้ประกอบการสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายใดรายหนึ่งในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาท ขึ้นไป ยกเว้นผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ หรือรายที่มียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท

ผู้ประกอบการตามข้อ 2) นี้ จะพิจารณาจากค่าการกระจุกตัว หรือ Cr (Concentration Ratio) ที่ Cr 3 โดยใช้ตัวเลขรวมที่ร้อยละเจ็ดสิบห้า คือผู้ประกอบการรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละสี่สิบแปด ในขณะที่ผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละสิบ และผู้ประกอบการรายที่เหลือมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละเจ็ด จึงทำให้ผู้ประกอบการในรายที่มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละเจ็ดนี้ ก็จะได้รับการยกเว้นคือไม่เข้าข่าย เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

### 3.2.2 ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเกี่ยวกับขอบเขตของผู้มีอำนาจเหนือตลาดพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเท่านั้น และพิจารณาถึงปัจจัยสภาพการ

แข่งขันทางการค้าของตลาด เช่น จำนวนผู้ประกอบการในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ โดยไม่ได้นำหลักเกณฑ์ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องหรือสินค้าที่สามารถนำมาทดแทนกันได้มาพิจารณาประกอบด้วย สำหรับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ โดยมีการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องนำมาพิจารณาด้วย

### 3.2.3 การใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและผู้ประกอบการร่วมกันกับผู้ประกอบการอื่นใช้พฤติกรรมอย่างไม่เป็นธรรมในการผูกขาดหรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 50 ซึ่งบัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- 1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- 2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการการผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการหรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการอื่น
- 3) ระบายลดหรือจำกัดการบริการการผลิต การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าทั้งนี้เพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- 4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

จะเห็นได้ว่า คำว่า อย่างไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 50 (1) (2) นี้ เป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวฝ่าฝืนบทบัญญัติของมาตรา 50 (1) (2) หรือไม่ ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่าพฤติกรรมใดไม่เป็นธรรมอย่างไร

ดังนั้น การกระทำความผิดฐานนี้เกิดขึ้นเมื่อมีการกำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม มีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการอื่น กระทำการระบาย ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด หรือการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งในกรณีนี้มี

ตัวอย่างของประเทศอินเดีย ที่บริษัทผู้ผลิตก๊าซหุงต้มบังคับให้ผู้ให้บริการรายใหม่ที่ประสงค์จะได้รับการต่อท่อจ่ายก๊าซหุงต้มต้องซื้อเตาแก๊สกับทางบริษัทด้วย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงมีคำสั่งให้บริษัทระงับการกระทำดังกล่าว และกำหนดให้บริษัทต้องเพิ่มข้อความในใบแจ้งค่าบริการ และติดประกาศที่บริษัทว่าการจะซื้อเตาแก๊สกับทางบริษัทหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของลูกค้า<sup>105</sup>

### 3.2.4 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในหมวดที่ 6 บทกำหนดโทษในส่วนที่ 1 กำหนดให้มีโทษทางอาญา เมื่อมีการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา จึงต้องนำประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรมาใช้บังคับ เช่น มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของประมวลกฎหมายอาญากำหนดว่า ความผิดที่กระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดกระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักรโดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักรหรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักรหรือยอมเล็งเห็นผลได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร เป็นเรื่องหลักดินแดนที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดดังกล่าวด้วยอันถือได้ว่าเป็นการยอมรับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ศาลไทยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้

## 3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายต่างประเทศและตามกฎหมายไทย

จากการศึกษามาตรการการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ สหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพยุโรป และสาธารณรัฐเกาหลี โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศไทยทำให้ทราบถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นแนวทางการศึกษาและนำมาปรับใช้กับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย มีดังต่อไปนี้

<sup>105</sup> สรรวช เบญจกุล. (2560). *แข่งขันทางการค้า*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9550000144107>. [2560, 30 ตุลาคม].

### 3.3.1 ความหมายและประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

#### 1) ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้กำหนดบทนิยามผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยบัญญัติไว้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาประกอบการพิจารณา และในมาตรา 50 เป็นการวางข้อกำหนดที่ห้ามไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดประพฤติปฏิบัติไว้ในสาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้กำหนดความหมายผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ เช่นเดียวกันกับสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสหภาพยุโรป แต่สำหรับสหรัฐอเมริกา กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้กำหนดถึงการกระทำที่เข้าข่ายการผูกขาดโดยผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ส่วนประเทศแคนาดา แม้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาไม่ได้ให้กำหนดความหมายไว้โดยตรง แต่ได้มีการพิจารณาจากผู้ประกอบธุรกิจที่มีเจตนาที่จะลดการแข่งขันหรือเจตนาที่จะจำกัดคู่แข่ง และสหภาพยุโรป กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดความหมายผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ แต่ศาลได้ให้ความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดว่า คือ ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจในการหยุดยั้งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและอำนาจที่สามารถกระทำการใดที่เป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งในระดับที่เห็นได้อย่างชัดเจน จากกฎหมายของทั้งสี่ประเทศที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า ทุกประเทศไม่ได้กำหนดความหมายของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยตรง จึงมีความแตกต่างกันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่ได้บัญญัติในส่วนของความหมายของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน

#### 2) ประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยตามบทนิยามมาตรา 5 คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่ง ดังนั้น ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ 1) ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว และ 2) ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่หนึ่งรายขึ้นไปในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด สำหรับสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่ได้แบ่งประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้เหมือนกันก็ตาม แต่ในแต่ละประเทศมีการพิจารณารายละเอียดที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกามีการพิจารณาจากการกระทำของผู้

ประกอบธุรกิจรายเดียวเท่านั้น ในประเทศแคนาดา ให้พิจารณาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่มีกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาดตลาดหรือมีเจตนาที่จะจำกัดการแข่งขันในตลาด และสาธารณรัฐเกาหลี กำหนดให้พิจารณาจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจหลายรายร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาด จึงมีความแตกต่างกันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยซึ่งมีสองประเภท ส่วนสหภาพยุโรป กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้มีการแบ่งผู้มีอำนาจเหนือตลาดออกเป็น 2 ประเภท คือ 1) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว 2) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดร่วม โดยผู้ประกอบธุรกิจหลายรายร่วมกันใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ จึงมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่แบ่งประเภทของผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นสองประเภท

### 3.3.2 ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องและการพิจารณากำหนดตัวของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

#### 1) ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยเกี่ยวกับขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องไว้มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยให้นำขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันหรือที่สามารถนำมาทดแทนกันได้มาพิจารณาประกอบกันสำหรับสหรัฐอเมริกา กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ไม่ได้บัญญัติถึงขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเอาไว้โดยตรง แต่ในการที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจใดมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ นั้น ต้องหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องก่อนทุกครั้ง โดยพิจารณาจากขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการ ในสหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลีมีการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยในสหภาพยุโรป กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้กำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องไว้โดยระบุถึงขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงสินค้าหรือบริการประกอบด้วยสินค้าหรือบริการทั้งหมดซึ่งสามารถทดแทนกันได้ ส่วนประเทศแคนาดา คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศแคนาดาได้กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องจากตัวสินค้าโดยพิจารณาจากสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้เป็นหลัก และสาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี ให้พิจารณาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้าหรือบริการประกอบด้วยสินค้าที่สามารถนำมาทดแทนกันได้มาใช้ในการหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องด้วย จากกฎหมายของทั้งสี่ประเทศที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า ทุกประเทศมีการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องไว้ หากสินค้าหรือบริการใดที่สามารถทดแทนกันได้ถือว่าอยู่ในขอบเขตตลาดเดียวกัน จึงมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

## 2) การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด ตามประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งในตลาดสินค้าหรือบริการ ซึ่งหากมีสินค้าอื่นที่ทดแทนได้จะต้องนำมารวมเข้าไว้ในตลาดเดียวกัน มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือผู้ประกอบการสามรายแรก ในตลาดสินค้าหรือบริการที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกัน ตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายใดที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดขายตามเกณฑ์ ถือว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด สำหรับสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสหภาพยุโรป ไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน แต่มีการกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการตีความว่าผู้ประกอบการใดมีอำนาจเหนือตลาด ส่วนในประเทศแคนาดา ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ แต่มีการกำหนดให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการใดมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าจะพิจารณาจากผู้ประกอบการรายใด หากมีส่วนแบ่งตลาดสูงกว่าร้อยละ 35 ก็จะเข้าข่ายการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและพิจารณาข้อมูลโครงสร้างตลาดอื่นประกอบ และสหภาพยุโรป มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าหากมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปก็จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จึงมีความแตกต่างกันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจน แต่ในสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดกับยอดขายและสถานะของการแข่งขันในตลาดเป็นองค์ประกอบในกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด จึงมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดจากส่วนแบ่งตลาดและยอดขายในปีที่ผ่านมาเช่นเดียวกัน

### 3.3.3 การกำหนดหลักเกณฑ์พฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดว่าเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมอย่างไร แต่ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าใช้ดุลพินิจในการพิจารณาถึงพฤติกรรม

ดังกล่าว สำหรับสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศแคนาดา และสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ได้กำหนดพฤติกรรมดังกล่าวไว้ว่ากระทำอย่างไรเป็นพฤติกรรมที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด แต่ให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือศาลเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย จากกฎหมายของทั้งสี่ประเทศ เห็นได้ว่า ทุกประเทศไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดเป็นพฤติกรรมที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม ซึ่งมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่มีบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน

### 3.3.4 การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกรณีความผิดในมาตรา 71-79 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นการกระทำความผิดที่ต้องรับโทษทางอาญา หากมีการกระทำความผิดลงนอกราชอาณาจักรจึงต้องนำหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรมาใช้ ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติไว้ว่า ความผิดที่กระทำแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดกระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักร โดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักรหรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักรหรือยอมถึงเห็นผลได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร จึงนำหลักดินแดนมาใช้กับผู้กระทำความผิดดังกล่าวด้วยอันถือได้ว่าเป็นการยอมรับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตสำหรับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพยุโรป และสาธารณรัฐเกาหลี มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขต กล่าวคือ หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกประเทศและการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อตลาดภายในประเทศ จากกฎหมายของทั้งสี่ประเทศ จึงมีเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยที่มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตหรือนอกราชอาณาจักร หากมีความผิดเกิดขึ้นศาลไทยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้

จากการที่ได้ศึกษา วิเคราะห์เปรียบเทียบการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายต่างประเทศและตามกฎหมายไทยทำให้ทราบถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและของต่างประเทศ ข้อดีและข้อเสียของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา โดยนำหลักกฎหมายที่ดีของกฎหมายต่างประเทศและที่เป็นประโยชน์นำมาปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย