

บทที่ 3

กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขัน
ทางการค้า กับการแก้ไขปัญหาคอขวดของฟองชายนในประเทศต่าง ๆ

กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขัน มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยเป็นหลักประกันว่าจะรักษาสภาพการแข่งขันไว้ เนื่องจากเห็นว่า การแข่งขันนั้นสามารถป้องกันมิให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายค้ากาไรเกินควรโดยในระยะยาวการแข่งขันจะทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ขายได้รับเพียงกำไรปกติ คือ เป็นอัตรากำไรที่พอเพียงในการดำเนินธุรกิจต่อไปเท่านั้น อีกทั้งการแข่งขันยังทำให้การวิจัยและการจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีตลาดแข่งขันโดยเสรี ไม่อาจเกิดขึ้นได้ หรือขอบเขตการแข่งขันอาจถูกจำกัดด้วยสาเหตุดังต่อไปนี้ ¹

1. ขนาดของเศรษฐกิจ (Economies of Scale) การแข่งขันอย่างสมบูรณ์นั้น ควรมีผู้ผลิตหลายราย แต่สินค้าบางประเภทเช่นสินค้าสาธารณูปโภคจำเป็นต้องมีการลงทุนสูง หรือเป็นการผลิตขนาดใหญ่ กรณีดังกล่าวผู้ผลิตเพียงสองสามรายหรือเพียงรายเดียวก็เพียงพอสำหรับความต้องการทั้งหมดแล้วการแข่งขันในกรณีดังกล่าวจึงเกิดขึ้นได้ยาก

2. สินค้าสาธารณะ (Public goods) สำหรับสินค้าหรือบริการบางประเภท ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินเพื่อที่จะได้รับสินค้าหรือบริการนั้น เช่น การป้องกันประเทศ หรือการให้การศึกษา ทำให้ภาคเอกชนขาดแรงจูงใจที่จะผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าว การแข่งขันจึงไม่เกิดขึ้น และรัฐจะเข้ามารับภาระดังกล่าว

¹ Areeda, Antitrust Analysis Problems Text Cases, p.10-11

3. ตลาดที่ไม่มีการแข่งขัน (Noncompetitive markets) ตลาดตามความเป็นจริงแตกต่างไปจากตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ซึ่งอยู่ในอุดมคติ ตัวอย่างเช่นตามความเป็นจริงผู้ผลิตสินค้าแทบจะมีจำนวนไม่มาก ด้วยสาเหตุของความแตกต่างในตัวสินค้า การขาดข้อมูลที่สมบูรณ์เกี่ยวกับตลาดทั้งด้านผู้ซื้อและผู้ขาย การเปลี่ยนแปลงหรือเคลื่อนย้ายแรงงาน เงินทุน หรือทรัพยากรการผลิตอาจถูกจำกัด เป็นต้น

3.1 มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขัน

ประเทศต่าง ๆ ย่อมมีสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ ขนาดของตลาดสินค้า หรือระบอบการเมืองการปกครอง การบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาด และจำกัดการแข่งขันนั้น ต้องคำนึงถึงสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันออกไป เพื่อที่จะสามารถนำมาใช้แก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสม กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันของประเทศต่าง ๆ มีสาระสำคัญอยู่ที่การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ 2 ประการคือ 1) การทำสัญญา การรวมตัว และการสมรู้ร่วมคิดกันในการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และ 2) การผูกขาด การรวมตัวกันผูกขาด และการพยายามที่จะผูกขาด ในตลาดสินค้า ซึ่งแต่ละประเทศก็มีแนวทางในการบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้า อยู่ 2 แนวทางคือ

1. ระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control)
2. ระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ (Conduct Control)

สำหรับแนวความคิดในการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าเกิดขึ้นมานานแล้วโดยในประเทศอังกฤษได้ใช้ทฤษฎี Restraint of Trade ตามกฎหมาย common law กับ การจำกัดการประกอบอาชีพของประชาชน ..

และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของสหรัฐอเมริกาคือ The Sherman Act 890 นั้นยังพบว่ามืรากฐานมาจากกฎหมาย common law ของอังกฤษ เช่นเดียวกับกฎหมาย common law ของมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา² ดังเช่นที่วุฒิสมาชิก John Sherman ซึ่งเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายได้กล่าวไว้ว่า

"กฎหมายฉบับนี้มีไว้เป็นการประกาศหลักการใหม่ของกฎหมายแต่เป็นการนำเอาหลักการของกฎหมายคอมมอนลอว์อันเก่าแก่และเป็นที่รู้จักกันดีมาใช้ในการพิจารณาคดีที่อยู่ยากซับซ้อนของมลรัฐและสหพันธรัฐ"³

ดังนั้น การศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิวัฒนาการของทฤษฎี Restraint of Trade จึงมีประโยชน์ต่อการศึกษา การตีความ และความเข้าใจในกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน

3.1.1 ทฤษฎี Restraint of Trade ตามกฎหมาย Common Law

1. สัญญาจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Contracts in Restraint of Trade)

² Calkins, Antitrust Guidelines for the Executives, p.3

³ ibid, p.3

ในสมัยก่อนระบบสมาคมการค้า (guilds) มีอิทธิพลต่อระบบการค้าของอังกฤษเป็นอย่างมาก ผู้ที่ต้องการประกอบอาชีพต่าง ๆ จะต้องผ่านการฝึกหัดงานและการทำงานในกิจการของนายจ้างซึ่งเป็นสมาชิกสมาคมการค้าต่าง ๆ เสียก่อน ระบบสมาคมการค้านี้เป็นระบบที่มีความยุ่งยากซับซ้อนซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสามฝ่าย คือ นายจ้าง ลูกจ้าง และเด็กฝึกหัดงาน ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาการทำงาน ค่าจ้าง และราคาสินค้าจะเป็นไปตามธรรมเนียมประเพณีและกฎหมาย และโดยปกตินายจ้างมักพยายามที่จะเพิ่มระยะเวลาการฝึกงานให้มากยิ่งขึ้นเพื่อมิให้ลูกจ้างสามารถประกอบอาชีพ เช่นเดียวกับตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการจำกัดมิให้ลูกจ้างแข่งขันกับตนนั่นเอง

ในคดี Dyer's Case 1414⁴ จาเลยตกลงทำสัญญากับโจทก์ว่า จาเลยจะไม่ประกอบอาชีพแข่งขันกับโจทก์ในเขตเมืองภายในระยะเวลา 6 เดือน ต่อมาจาเลยละเมิดข้อตกลง โจทก์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งศาลได้ตัดสินให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นสัญญาที่จำกัดมิให้บุคคลใช้ความสามารถของตนในการประกอบอาชีพ หากศาลตัดสินให้สัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้ก็จะมีผลทำให้จาเลยซึ่งเป็นผู้มีฝีมือเลี้ยงชีพด้วยตนเองไม่อาจประกอบอาชีพเลี้ยงตัวได้อันจะตกเป็นภาระแก่สังคม และสังคมก็จะไม่ได้รับประโยชน์จากความสามารถในการประกอบอาชีพของจาเลย ศาลตัดสินในคดีนี้เป็นการวางหลักเกณฑ์ว่า ข้อตกลงจำกัดการประกอบอาชีพซึ่งเป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันลักษณะหนึ่ง ถือว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตามในศตวรรษที่ 18 อิทธิพลแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) เริ่มมีบทบาทและทำให้แนวความคิดของ

⁴ Y. B. Pasch. 2 Hen. V, f. 5, pl. 26 (1414)

ศาลในเรื่องการแข่งขันเปลี่ยนแปลงไป

คดี Mitchel v Reynolds 1711^๕ โจทก์ได้เช่าร้านขายนมปังจากจำเลยเป็นเวลา 5 ปี โดยมีเงื่อนไขว่าจำเลยจะไม่ขายนมปังขายในท้องที่ภายในระยะเวลาการเช่าหากผิดข้อตกลงจำเลยจะต้องชดเชยค่าเสียหายเป็นเงิน 50 ปอนด์ให้แก่โจทก์ ต่อมาจำเลยจงใจละเมิดข้อตกลงโดยอ้างว่า เมื่อตนได้ผ่านการฝึกหัดงานเป็นผู้ขายนมปังและเป็นสมาชิกของสมาคมการค้าแล้ว ย่อมไม่มีเอกชนรายใดที่จะห้ามมิให้ตนประกอบอาชีพได้ โจทก์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลและชนะคดี โดยศาลให้เหตุผลว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าทั้งหลายนั้นอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยสมัครใจและไม่สมัครใจ ซึ่งในคดีนี้เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยสมัครใจ นอกจากนี้ศาลยังได้แยกข้อแตกต่างของการจำกัดการแข่งขันโดยทั่วไป (general restraints) ซึ่งเป็นการห้ามมิให้บุคคลประกอบอาชีพหรือประกอบการค้าทุกหนทุกแห่งในราชอาณาจักรกับการจำกัดการแข่งขันเฉพาะ (particular restraints) ซึ่งเป็นการห้ามเฉพาะท้องที่ใดท้องที่หนึ่งโดยเฉพาะ การจำกัดการแข่งขันทั่วไปนั้นถือว่าเป็นโทษ และผิดกฎหมาย เพราะเป็นข้อตกลงที่มีภาระหนักและไม่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายใด สำหรับการจำกัดการแข่งขันเฉพาะแล้วยังอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การจำกัดการแข่งขันโดยไม่มี การต่างตอบแทน ซึ่งถือว่าเป็นโทษ และการจำกัดการแข่งขันโดยมีการต่างตอบแทน เช่น ในข้อเท็จจริงตามคดีนี้สามารถเข้าบังคับกันได้

คำตัดสินดังกล่าวเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า สัญญาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน อาจสมบูรณ์ได้ถ้าเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยเฉพาะและสัญญานั้นมีการต่างตอบแทนที่สมควรและเหมาะสม

^๕ 1P Williams 181, 24 Eng. Rep. 347 (K.B.1711)

ในคดี Nordenfeldt v. Maxim Nordenfeldt Gun and Ammunition Co. ^๘ จำเลยตกลงที่จะไม่ทำธุรกิจค้ากระสุนปืนและอาวุธเป็นเวลา 25 ปี เว้นแต่จะทำงานในนามบริษัท Nordenfeldt จำเลยละเมิดข้อตกลงโจทก์จึงขอให้ศาลออกคำสั่งห้าม ศาลสูงตัดสินว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันสมบูรณ์ เนื่องจากเป็นเรื่องสมเหตุสมผล โดยศาลได้กล่าวถึงความสมเหตุสมผลว่า สาธารณะ และเอกชนต่างก็ได้รับประโยชน์จากการที่บุคคลประกอบธุรกิจได้โดยเสรี ถ้าไม่มีสิ่งอื่นใดนอกเหนือจากนี้การรบกวนเสรีภาพส่วนบุคคลทางการค้า และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าย่อมขัดต่อนโยบายสาธารณะและตกเป็นโคมะ หลักเกณฑ์ดังกล่าวถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งก็มีข้อยกเว้นกล่าวคือ การจำกัดการแข่งขันทางการค้าและรบกวนเสรีภาพส่วนบุคคลอาจชอบด้วยกฎหมายได้หากมีสถานการณ์พิเศษในแต่ละคดีไป ถ้าหากการจำกัดการแข่งขันนั้นเป็นการสมเหตุสมผล กล่าวคือ เมื่อคำนึงถึงคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง และสมเหตุสมผลเมื่อคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะที่คู่กรณีฝ่ายที่ได้ประโยชน์นามมาใช้ ในเวลาเดียวกันย่อมไม่มีทางที่จะทำให้อสังคัมเสียหาย

ความเห็นดังกล่าวทำให้เห็นว่า ศาลให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการทำสัญญา และการรักษาความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีมากกว่าผลกระทบของสัญญาที่จะเกิดขึ้นกับเสรีภาพทางการค้าที่บุคคลจะมีอิสระในการประกอบอาชีพ

คดี Mogul Steamship Co. v McGregor 1892 ^๗ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงร่วมกันในการจำกัดการแข่งขัน จำเลยเป็นสมาคมผู้เดินเรือขนส่ง โดยสมาชิกตกลงร่วมกันกำหนดจำนวนเรือที่จะส่งไปเชียงใหม่ระหว่างฤดูส่งออกใบชา จำนวนสินค้าที่เรือแต่ละลำจะบรรทุก และค่าระวางเรือ นอกจากนี้สมาชิกยังตกลงจะให้ส่วนลดแก่ผู้ขนส่งที่ใช้บริการเฉพาะกับเรือของสมาคมเท่านั้น

^๘ (1894) App. Cas. 535

^๗ (1892) App. Cas. 25

และห้ามตัวแทนจีนดำเนินการเป็นตัวแทนของสายการบินเรือของกลุ่มแข่งขัน บริษัท Mogul ซึ่งตอนแรกเป็นสมาชิกของสมาคมแต่ถูกตัดออกจากการเป็นสมาชิก ได้ยื่นฟ้องจำเลยเมื่อทำเรื่องในจีนซึ่งใช้บริการของ Mogul หันไปใช้บริการของจำเลยเพิ่มมากขึ้น จำเลยได้ตัดราคาค่าระวางของ Mogul และยกเลิกการเป็นตัวแทนที่ดูแลธุรกิจของ Mogul และจะไม่ให้ส่วนลดแก่ผู้ขนส่งที่ใช้บริการของ Mogul Mogul จึงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งศาลพิพากษายกฟ้องโดยเห็นว่าเจตจำนงไม่มีสิทธิกล่าวอ้างว่า สัญญาระหว่างสมาชิกของสมาคมขัดต่อหลัก Restraint of Trade เพราะไม่เข้าคู่สัญญา และเห็นฟ้องตอกันว่า ภายใต้อกฏหมาย common law การรวมหัวกัน (Tort of Conspiracy) เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายเฉพาะในกรณีที่มี จุดมุ่งหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในคดีนี้ไม่มี ข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้น เพราะการตกลงร่วมกันนั้นไม่มีเจตนาร้ายที่จะทำลายคู่แข่ง หรือใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด สำหรับปัญหาว่าการรวมหัวกันเช่นนี้ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือไม่ ศาลเห็นว่านโยบายเรื่องเสรีภาพทางการค้าให้อำนาจในการทำข้อตกลงร่วมกันเช่นนี้ได้ และจะเป็นการแปลกที่จะพิจารณาเรื่องเสรีภาพทางการค้า โดยลงโทษผู้ที่ทำความตกลงที่สุจริตโดยความเชื่อมั่นว่า มันจะคุ้มครองผลประโยชน์ของพวกเขา

จากคำพิพากษาทั้งหมดที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า ในคดีแรกคือ Dyer's Case ศาลได้วางหลักไว้ว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการประกอบอาชีพหรือจำกัดการแข่งขันย่อมตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเริ่มมีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจในประเทศอังกฤษ ศาลก็ให้ความสำคัญกับเจตนาของคู่สัญญามากกว่าผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันดังเช่นคดี Mitchel v. Reynolds ที่กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการแข่งขันที่เกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันเฉพาะ อันเป็นการกำหนดข้อยกเว้นการใช้ทฤษฎี Restraint of Trade และในคดี Nordenfeldt v. Maxim Nordenfeldt and Ammunition Co. ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความสมเหตุสมผลจนในคดี Mogul Steamship Co. v. McGregor ที่ศาลใช้หลัก privity of contract เข้ามาตัดสินโดยผู้ที่ไม่เข้าคู่

สัญญาย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้อง ทำให้การคุ้มครองประโยชน์มหาชนจากการจำกัดการ
แข่งขันทางการค้าไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากคำพิพากษาของศาลขาด
ความแน่นอน โดยเปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดในแต่ละยุคสมัย โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งการให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการทำสัญญาหรือเจตนาของคู่สัญญามากกว่าที่
จะคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสาธารณะ และการใช้หลัก *privity of*
contract กับ การจำกัดการแข่งขันทางการค้าทำให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการ
ทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน แต่ไม่ใช่คู่สัญญาไม่อาจฟ้องร้อง และกล่าวอ้างว่าสัญญา
ตกเป็นโรมะได้

2. การผูกขาด และการสมคบกัน (Monopoly and Conspiracy)

กฎหมาย *Common law* ได้นำมาใช้กับการกระทำอันเป็นการผูกขาด
เช่นกัน การผูกขาดบางอย่าง เช่น การผูกขาดโดยสิทธิบัตรของผู้ประดิษฐ์คิดค้น
การผูกขาดโดยธรรมเนียมประเพณี เช่น สมาคมการค้า หรือการผูกขาดโดยรัฐสภา
เป็นผู้ให้อาณานั้นถือเป็นการผูกขาดที่ศาลยอมรับ แต่การผูกขาดนอกเหนือไปจาก
การผูกขาดที่กล่าวมาแล้วศาลเห็นว่า เป็นโรมะ แม้จะเป็นการทำให้สิทธิผูกขาดโดย
สถาบันกษัตริย์ก็ตาม

คดี *Darcey v. Allien 1602*^๘ คดีนี้โจทก์เป็นผู้ได้รับสิทธิในการ
นำเข้าไฟแต่เพียงผู้เดียวจากพระราชินีอลิซาเบธ ต่อมาจายเลย์ได้ผลิตและจำหน่ายไฟ
ในราชอาณาจักร โจทก์จึงฟ้องจายเลย์โดยอ้างว่าจายเลย์ละเมิดสิทธิผูกขาดของตน
ศาลมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า การผูกขาดดังกล่าวตกเป็นโรมะ และยกฟ้องโจทก์
สิทธิผูกขาดจากกษัตริย์เป็นการล่องล้าสิทธิและเสรีภาพในการประกอบการค้า โดย
การผูกขาดทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหาย เป็นการตัดโอกาสในการประกอบการค้า

^๘ 84b, 77 Eng. Rep. 1260 (K.B.1602)

ค้าของผู้อื่น และยังทำให้สังคมได้รับความเดือดร้อนจากการที่ราคาสินค้ามีราคาสูงขึ้น และคุณภาพของสินค้าก็ต่ำลง อย่างไรก็ตามโดยหลักแล้วถือว่าพระราชวงศ์ไม่อาจกระทำผิดได้ศาลจึงให้เหตุผลในคดีนี้ว่า พระราชินีอลิซาเบธถูกหลอกลวงในการทำให้สิทธิผูกขาดไปเช่นนั้น

สำหรับการสมคบกัน ตามกฎหมาย common law เห็นว่า การที่บุคคลหลายคนได้รวมหัวกันโดยมีจุดประสงค์หรือวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการบรรลุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ตามทฤษฎี doctrine of conspiracy คำว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่เป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ ซึ่งก็รวมทั้งการผูกขาดด้วย *

3.1.2 ระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control)

ในช่วงหลังสงครามกลางเมือง สหรัฐอเมริกาขยายตัวอย่างมากในทุก ๆ ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเศรษฐกิจ แต่การขยายตัวทางเศรษฐกิจดังกล่าวก็ก่อให้เกิดปัญหาตามมาเช่นกันโดยในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 อุตสาหกรรมต่าง ๆ ตกอยู่ในความควบคุมของบุคคลเพียงบางกลุ่ม มีการรวมกลุ่มกันทาง

* ดูคดี Mogul Steamship Co v. McGregor ซึ่งโจทก์ฟ้องว่าจาเลยกระทำผิด โดยการสมรู้ร่วมกันทะเลเมิดต่อโจทก์ ตาม doctrine of conspiracy แต่ศาลเห็นว่าจาเลยได้กระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์ ที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตน มิใช่การกระทำอันมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด การกระทำของจาเลยจึงไม่ขัดต่อกฎหมาย

ธุรกิจในรูปแบบของทรัสต์ (Trust) ¹⁰ เริ่มจากกิจการน้ำมัน คือ Standard Oil Company Trust และขยายไปยังอุตสาหกรรมอื่น เช่น กิจการน้ำมันฝ้าย น้ำตาล เหล้าและตะกั่ว เป็นต้น ซึ่งกลุ่มธุรกิจเหล่านี้ประกอบธุรกิจลักษณะการจำกัดการแข่งขันอย่างรุนแรงไม่ว่าจะเป็นการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้า การจำกัดผลผลิต การขายสินค้าแบบตัดคอหอย (cutthroat price) เพื่อทำลายคู่แข่งกันเป็นต้น ซึ่งก่อให้เกิดความไม่พอใจต่อสาธารณะชนเป็นอันมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งพวกเกษตรกรซึ่งได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากถูกกดราคาผลผลิต แต่ขณะเดียวกันต้องจ่ายเงินเพิ่มขึ้นในการซื้อเครื่องมือทางการเกษตร และอุปโภคบริโภคเนื่องมาจากการผูกขาดในอุตสาหกรรมต่าง ๆ ตลอดจนได้รับความเดือดร้อนจากการขนส่งผลิตภัณฑ์ เนื่องจากค่าระวางที่แพงขึ้นอีกทั้งยังมีการเลือกปฏิบัติกับลูกค้าอีกด้วย ตลอดจนการปล่อยสินเชื่อที่เข้มงวดและอัตราดอกเบี้ยที่สูง จากความเดือดร้อนของเกษตรกรที่เกิดขึ้นจากการผูกขาด ตลอดจนสภาพความเดือดร้อนของคณงานในโรงงานอุตสาหกรรม และสภาพสังคมที่เสื่อมโทรม ก่อให้เกิดแรงผลักดันในการปฏิรูป ซึ่งต่อมารัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตรา The Sherman Act 1890 ขึ้น โดยเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติในลักษณะกว้าง ๆ ในการห้ามมิให้มีการจำกัดการแข่งขัน และการผูกขาด โดยนัยแล้ว The Sherman Act 1890 นั้นมีจุดมุ่งหมายหลักในอันที่หยุดแนวโน้มของการกระจุกตัวในอุตสาหกรรมของสหรัฐอเมริกาที่เกิดจากการกระทำของทรัสต์ หยุดการใช้วิธีการดำเนินธุรกิจที่มีชอบของ Standard Oil Trust และทรัสต์อื่น ๆ และแก้ไขปัญหาการรวมตัวกันอันที่จะทำให้เกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าต่าง ๆ นั้นเอง ¹¹

¹⁰ Trust คือ ลักษณะของการรวมตัวขององค์กรธุรกิจ ที่รวมกันทั้งในด้านการขายและการผลิตด้วย โดยจะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเรียกว่า Trustee เพื่อจัดกิจการของกลุ่มให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งหมด

¹¹ Gellhorn, Antitrust Law and Economics in a nutshell, p.19-20

บทบัญญัติใน The Sherman Act 1980 มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ โดยห้ามจำกัดการแข่งขันเป็นการทั่วไป ดังเช่นมาตรา 1 บัญญัติว่า "สัญญาหรือการรวมตัวใด ๆ ในรูปของทรัสต์ หรือรูปแบบอื่น หรือการสมรู้ร่วมคิดกันในการจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือการพาณิชย์ ในระหว่างมลรัฐ หรือกับต่างประเทศถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย"

บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดว่า การทำสัญญา การรวมตัวกัน หรือการสมรู้ร่วมคิดกันไม่ว่ารูปแบบใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันถือเป็นความผิด ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันศาลมีหลักหรือกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงลักษณะของการจำกัดการแข่งขันต่าง ๆ ที่ถูกฟ้องร้องที่มีกบปในคำพิพากษาหรือความเห็นของศาลเสมอ คือ

1. หลักความผิดในตัวเอง (per se rule) หลักความผิดในตัวเอง ถือเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของกฎหมายในระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ซึ่งกำหนดว่า การกระทำใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างรุนแรง การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นโทษ เพียงแต่โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลก็จะพิจารณาว่าจำเลยมีความผิดโดยจำเลยไม่อาจนำสืบโต้แย้งว่า การกระทำของตนเป็นไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมแต่อย่างใด หรือเป็นการหลีกเลี่ยงให้อุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่งต้องประสบปัญหายุ่งยาก¹² ทั้งนี้เป็นเพราะศาลได้พิจารณา และเห็นแล้วว่า การกระทำเช่นนั้นไม่สมเหตุสมผลอย่างแท้จริง และผลที่ตามมาของการจำกัดการแข่งขันเช่นนั้น สามารถเห็นได้ชัด และไม่เป็นที่ประโยชน์ต่อส่วนรวม

¹² สมชาย รัตน์ชื่อสกุล, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการรวมตัวกัน กำหนดราคาสินค้า ศึกษาเฉพาะกรณีการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าในแนวนอน", หน้า 47

ลักษณะของการจำกัดการแข่งขัน ที่ศาลพิจารณว่าเป็นความผิด per se ได้แก่ การกำหนดราคาสินค้า (price fixing) การห้ามติดต่อค้าขาย หรือการรวมหัวกันปฏิเสธติดต่อค้าขาย (boycotts or collective refusals to deal) การยึดส่วนแบ่งตลาดอย่างมากจากคู่แข่ง (foreclosure of competitors from any substantial market) การแบ่งลูกค้าและพื้นที่การขายระหว่างกัน (Allocation of customer or territories among competitors) และข้อตกลงพ่วงขาย (tie-in) ¹³

2. หลักความสมเหตุสมผล (rule of reason) จากกรณีที่ The Sherman Act ได้บัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันไว้อย่างกว้าง ๆ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับกฎหมาย เพราะทำให้ข้อตกลงทางการค้า ส่วนใหญ่ เป็นข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่กฎหมายมิได้มีวัตถุประสงค์เช่นนั้น ศาลจึงพัฒนาหลักสมเหตุสมผลขึ้นมาใช้โดยถือว่า การกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันถือ ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเมื่อเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่มี เหตุผลอันสม ควร (Unreasonable restraint) เท่านั้น ซึ่งทำให้ต้องมีการวิเคราะห์ตลาดและ อนุญาตให้จำหน่ายเสนอพยานหลักฐานที่ว่าการกระทำนั้นเป็นผลดีมากกว่าที่จะเป็นปฏิกัษ ต่อการแข่งขัน ¹⁴

¹³ Philip Marcus, Antitrust Law and Practice, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1980) p.171-172

¹⁴ Calkins, Antitrust Guidelines for the Business Executives, p.129

คดี Board of Trade of the city of Chicago v. United States ¹⁵ The Chicago Board of Trade ซึ่งเป็นผู้นำในตลาด การซื้อขายล่วงหน้าผลิตผลทางการเกษตรได้ประกาศกฎเกณฑ์ห้ามสมาชิกซื้อผลิตผล การเกษตรภายหลังเวลาปิดการซื้อขายในราคาอื่นนอกจากราคาปิดในวันทำการนั้น และราคาปิดนั้นยังมีผลไปจนกว่าตลาดจะเปิดซื้อขายในวันรุ่งขึ้น การกระทำดังกล่าว ถูกกล่าวหาว่าเป็นการจำกัดช่วงระยะเวลาซื้อขาย ลดอำนาจตลาดของคลังสินค้าบางราย ซึ่งได้ประโยชน์จากการเปิดซื้อขายในเวลากลางคืน และทำให้ตลาดในเวลากลางวัน สมบูรณ์มากขึ้น ศาลสูงสุดเห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยมีข้อสังเกตว่ากฎเกณฑ์นี้เป็นการจำกัด ระยะเวลาในการกำหนดราคาซื้อขายมากกว่าที่จะเป็นการกำหนดราคาสินค้า อีกทั้ง ก็ไม่ได้เป็นการจำกัดการซื้อขายหลังเวลาทำการแต่อย่างใด และกฎเกณฑ์นี้กินมาเข้า เฉพาะกับผลผลิตที่ถูกส่งลงเรือแล้วเพื่อจะนำไป Chicago ซึ่งเป็นปริมาณเพียง เล็กน้อยเท่านั้น ในขณะที่ผลผลิตส่วนใหญ่จะซื้อขายกันระหว่างทำการในราคาใด ก็ได้

คดีดังกล่าวนี้ ศาลได้ใช้ rule of reason ในการตัดสินคดีว่า การ กระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาว่า ข้อจำกัดนั้นเป็นเพียงกฎเกณฑ์ และส่งเสริมให้มีการแข่งขัน หรือเป็นการจำกัดหรือทำลายการแข่งขัน ซึ่งในการ พิจารณาคดีนั้น ศาลต้องพิจารณาข้อเท็จจริงทางธุรกิจ และสภาพการณ์ก่อนและหลัง จากที่นำข้อจำกัดมาใช้ ลักษณะและผลของข้อจำกัดทั้งที่เกิดขึ้นจริง และน่าที่จะเกิดขึ้น ซึ่งศาลก็พิจารณาลักษณะของข้อจำกัดและผลของการกระทำเช่นนั้นแล้ว เห็นว่าการ กระทำดังกล่าวไม่ใช่การกำหนดราคาสินค้าโดยตรง และส่งผลต่อตลาดผลิตผลแต่ เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

¹⁵ 246 U.S. 231 (1981)

ในปัจจุบันหลักความสมเหตุสมผล ถูกนำมาใช้กับลักษณะการจำกัดการ
แข่งขันเป็นส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม แม้หลักความสมเหตุสมผลจะทำให้กฎหมายมี
ลักษณะที่ยืดหยุ่นและน่าที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด โดยต้องมีการพิจารณาข้อ
เท็จจริงในแต่ละคดี แล้วนำมาวิเคราะห์ผลดี และผลเสียที่เกิดขึ้น แต่การพิจารณาคดี
แต่ละเรื่องนั้นจะต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนาน และในบางครั้งก็เกิดความยุ่งยากใน
การพิจารณาตัดสินคดีเช่นกัน

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการ
แข่งขันทางการค้า ตามระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ เกิดขึ้นจากสภาพ
เศรษฐกิจที่มีการกระจุกตัวทางอุตสาหกรรม (industrial concentration)
อย่างมากของสหรัฐอเมริกา โดยอุตสาหกรรมต่าง ๆ ตกอยู่ในมือบุคคลเพียงไม่กี่กลุ่ม
เท่านั้น และการรวมตัวของผู้ประกอบการในรูปของทรัสต์ โดยทรัสต์ต่าง ๆ ได้
ดำเนินธุรกิจในลักษณะการจำกัดการแข่งขันอย่างรุนแรง และก่อให้เกิดการผูกขาด
ซึ่งทําความเดือดร้อนให้กับระบบเศรษฐกิจและประชาชนเป็นอันมาก ดังนั้น กฎหมายที่
ตราขึ้นจึงมีลักษณะเข้มงวด ห้ามมิให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการผูกขาด
อย่างเด็ดขาด เพื่อใช้แก้ปัญหาทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในขณะนั้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ลักษณะสำคัญของกฎหมายระบบโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ก็คือ การทำให้หลักความผิดในตัวเอง (per se rule) กับ การจำกัดการแข่งขันทางการค้าในหลายลักษณะ ทำให้สะดวกและง่ายต่อการพิจารณา อีกทั้งยังทำให้กฎหมายเกิดความแน่นอนชัดเจน อันจะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการทั้งหลายในการหลีกเลี่ยงไม่ดำเนินการ ในสิ่งที่กฎหมายถือเป็นความผิด per se และศาลเองก็จะเกิดความสะดวก และประหยัดเวลาในการพิจารณาคดี โดยมีประเด็นในการพิจารณาแต่เพียงว่าได้มีการกระทำเกิดขึ้นตามที่กล่าวอ้าง หรือไม่โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจะเป็นการกระทำที่มีเหตุผลสมควร หรือส่งผลกระทบต่อส่วนรวมหรือไม่อย่างไร อย่างไรก็ตาม การทำให้หลัก per se ก็ทำให้กฎหมายขาดความยืดหยุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเกิดสถานการณ์เศรษฐกิจตกต่ำ หรือสงคราม ซึ่งอาจมีความจำเป็นต้องให้มีการจำกัดการแข่งขันหรือการผูกขาดบ้าง เพื่อให้อุตสาหกรรมอยู่รอด และผลิตสินค้าให้กับผู้บริโภคได้

3.1.3 ระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ (Conduct - Control)

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ออก The Sherman Act ประเทศอังกฤษยังคงมีระบบเศรษฐกิจที่ขึ้นกับระบบตลาดอย่างมาก โดยนักเศรษฐศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่า ปัจจัยที่กระทบกระเทือนผลประโยชน์ของผู้บริโภค ไม่เข้ามาจากข้อตกลงระหว่างเอกชนด้วยกัน แต่เกิดจากการแทรกแซงโดยรัฐ เช่น การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี ทั้งนี้ เป็นเพราะถ้าหากผู้ประกอบการได้รวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าให้สูง ก็จะมีผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาผลิตแข่งขัน เนื่องจากมีผลกำไรเป็นแรงจูงใจ แต่การที่รัฐเข้าไปแทรกแซง ดังเช่นการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแล้วก็จะเป็นการคุ้มครองอำนาจของเอกชนรายนั้นจากการที่บุคคลอื่นจะเข้ามาแข่งขันได้

ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ระบบเศรษฐกิจของอังกฤษประสบปัญหา รัฐบาลมีความจำเป็นต้องเข้าไปมีส่วนในการกำหนดปริมาณการผลิตรวมทั้งวิธีการแจกจ่ายผลผลิตเพื่อการบริโภคของประชาชนอย่างใกล้ชิด สถานการณ์

เช่นนี้ ทำให้พฤติกรรมผูกขาด หรือการจำกัดการแข่งขัน ค่อนข้างเป็นที่คุ้นเคยกัน
ในประเทศอังกฤษ¹⁶ แต่เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ความจำเป็นที่รัฐบาล
จะต้องเข้าไปควบคุมการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าต่าง ๆ จึงหมดไป ประกอบกับ
มาตรการการป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันตามกฎหมาย common law
ก็ไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคได้ เนื่องจากการขาดความแน่นอนชัดเจน
คำพิพากษาเปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดแต่ละยุคสมัย และศาลให้ความสำคัญกับ
เจตนาของผู้กรณีกว่าผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับสาธารณชน ตลอดจนศาลใช้หลัก
Privity of Contract กับข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้า ทำให้ผู้
ประกอบการหรือผู้บริโภคที่ต้องเสียหายจากการทำข้อตกลงเช่นนั้น ไม่อาจฟ้องร้อง
เรียกค่าเสียหายได้ จึงได้มีแนวความคิดที่จะต้องบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อ
ก่อให้เกิดเสรีภาพทางการค้า และส่งเสริมให้มีการแข่งขันมากยิ่งขึ้น

ในปี ค.ศ. 1948 รัฐบาลอังกฤษได้ตรา The Monopolies and
Restrictive Practice Act ขึ้นโดยมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นตามกฎหมายให้ทำ
หน้าที่ สืบสวน สอบถาม วิจัย และสอดส่องควบคุมการกระทำโดยมิชอบในการจำกัด
เสรีภาพในทางการค้า และควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ผูกขาดในการจำกัด
การแข่งขันในทางการค้า กฎหมายฉบับนี้ไม่ถือว่าการมีโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ไม่
ว่าทางการผลิตหรือจำหน่ายที่มีลักษณะผูกขาดเป็นความผิดในตัวเอง แต่จะถือว่าเป็น
การกระทำผิดต่อเมื่อองค์การดังกล่าวได้ปฏิบัติมิชอบในทางการค้า¹⁷ ต่อมาคณะ

¹⁶ สมชาย รัตนชื่อสกุล, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการรวมตัวกัน
กำหนดราคาสินค้า ศึกษาเฉพาะกรณีการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าในแนวนอน", หน้า 54

¹⁷ บรรลือ คงจันทร์, "วิวัฒนาการของกฎหมายอังกฤษว่าด้วยการควบคุมการ
ผูกขาด การปฏิบัติมิชอบทางการค้า และการค้ากำไรเกินควร" วารสารนิติศาสตร์ 1
(มกราคม - มีนาคม 2526), หน้า 45

และเสนอแนวทางแก้ไข จนในที่สุดจึงได้มีการตรา The Restrictive Trade Practice Act 1956 ขึ้น โดยมีสาระสำคัญอยู่ที่

1. การวางหลักกฎหมายในเรื่องการปฏิบัติมิชอบทางการค้าทั่วไป และการห้ามองค์กรทางธุรกิจ ซึ่งมีลักษณะผูกขาดใช้อำนาจในทางที่จะทำให้เกิดการผูกขาดในทางการค้าขึ้น
2. การปฏิบัติมิชอบทางการค้า โดยการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าเพื่อรักษาระดับราคาสินค้า ถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง ส่วนข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในลักษณะอื่นถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นความผิด เว้นแต่ว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการกระทำของตนนั้นเข้าข่ายยกเว้นตามกฎหมาย ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ
3. การกำหนดให้นำข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพทางการค้าไปจดทะเบียนต่อคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการนำเสนอต่อศาล เพื่อพิจารณาว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ¹⁸

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้ในปี 1968 โดยเพิ่มลักษณะของข้อตกลงที่เกี่ยวกับการให้ข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าต้องนำไปจดทะเบียนด้วย และในที่สุดก็ได้มีการตรา The Restrictive Trade Practice Act 1976 ขึ้น โดยเป็นการรวบรวมเอากฎหมายฉบับปี 1956 และ 1968 เข้าไว้ด้วยกัน และเพิ่มบทบัญญัติ เกี่ยวกับการจดทะเบียนให้ใช้บังคับกับการจำกัดเสรีภาพเกี่ยวกับการให้บริการด้วย

¹⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 45-46

จากโครงสร้างของ The Restrictive Trade Practice Act 1976 จะเห็นว่า กฎหมายมิได้ห้ามการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันไว้อย่างเด็ดขาด แต่จะถือว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันที่ทำขึ้นนั้นขัดต่อกฎหมาย เมื่อข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งในการนี้ จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพเศรษฐกิจขณะนั้น และผลกระทบของข้อตกลงที่ทำการขึ้น แล้วนำมาวิเคราะห์และชี้แนะหนักถึงผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้น ซึ่งจะทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และสามารถเข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม กฎหมายตามระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเอง ก็มีข้อบกพร่องตรงที่ว่า จะทำให้กฎหมายขาดความแน่นอนชัดเจน และคำพิพากษาแต่ละคดีซึ่งจะต้องวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ อย่างมากมายนั้นง่ายต่อการถูกโต้แย้ง

3.2 มาตรการทางกฎหมายในการแก้ปัญหาข้อตกลงฟุ้งขายของประเทศต่าง ๆ

กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ทั้งระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ และระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการต่างก็มีแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และการผูกขาดที่แตกต่างกันไป โดยประเทศต่าง ๆ ก็ได้มีแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทั้งสองแนวทางมาใช้กับประเทศของตน โดยจะเลือกใช้ระบบที่สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของแต่ละประเทศ สำหรับข้อตกลงฟุ้งขาย ซึ่งเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยทำให้ผู้ซื้อขาดอิสระในการเลือกซื้อสินค้าหรือซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นที่ถูกกว่า ตลอดจนยังเป็นการยึดส่วนแบ่งตลาดจากผู้ขายรายอื่นโดยมิชอบ ประเทศต่าง ๆ ก็มีแนวทางในการแก้ไขการฟุ้งขายแตกต่างกันออกไป โดยจะยกตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบของประเทศต่าง ๆ และของประเทศออสเตรเลีย ที่มีการพัฒนากฎหมายของตนได้อย่างเหมาะสม

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ปัญหาทางเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกา ในช่วงทศวรรษที่ 18 โดยการรวมกันขององค์กรธุรกิจต่าง ๆ ในรูปของทรัสต์ และการดำเนินธุรกิจในลักษณะจำกัดการแข่งขันและพยายามที่จะผูกขาดตลาดสินค้าต่าง ๆ ไว้ ทำให้เกิดแรงผลักดันให้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด และจำกัดการแข่งขันทางการค้าขึ้น คือ The Sherman Act 1890 ขึ้น ซึ่งบทบัญญัติใน The Sherman Act 1890 นั้น มีลักษณะเป็นข้อห้ามทั่วไป โดยบัญญัติการกระทำผิดไว้อย่างกว้าง ๆ ซึ่งก็ประสบปัญหาในการใช้และตีความกฎหมาย ดังนั้น รัฐจึงได้ตรา The Clayton Act 1914 ในเวลาต่อมา เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของ The Sherman Act โดยการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันในลักษณะต่าง ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ และยังกำหนดโทษจำคุกผู้ที่ต้องเสียหายจากการกระทำดังกล่าวฟ้องเรียกค่าเสียหายจากศาลได้ อีกทั้งได้กำหนดข้อยกเว้นในการนำเอากฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับกับกรณีการรวมตัวของแรงงาน องค์กรการเกษตร การประกันภัย สัญญาของรัฐบาล และธุรกิจขนาดเล็ก ตลอดจนอุตสาหกรรมบางประเภทที่มีกฎหมายควบคุมดูแลอยู่แล้ว กล่าวคือ ธนาคาร หลักทรัพย์ การสื่อสาร เชื้อเพลิงและพลังงาน และการขนส่ง นอกจากนี้ยังได้มีการตรา The Federal Trade Commission Act 1914 เพื่อจัดตั้งองค์กรทำหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และป้องกันการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า และต่อมาก็ได้มีการตรา The Robinson Patman Act 1936 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม The Clayton Act ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้านราคา (price discrimination) เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการรายย่อย (small business) และ The Celler - Kefauver Act 1950 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการรวมกิจการของบริษัทคู่แข่ง

บทบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่นำมาใช้ในการแก้ปัญหาค่าการพ่วงขายคือ มาตรา 1 แห่ง The Sherman Act 1890 ซึ่งบัญญัติว่า

"สัญญาหรือการรวมตัวใด ๆ ในรูปของทรัสต์ หรือรูปแบบอื่น หรือการสมรู้ร่วมคิดกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า หรือการพาณิชย์ในระหว่างมลรัฐ หรือกับต่างประเทศ ถือว่าขัดต่อกฎหมาย" ๑๐

ในระยะต้น คดีที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงพ่วงขาย ซึ่งขึ้นสู่ศาลมักเป็นคดีที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการรั้งสิทธิตามสิทธิบัตร โดยเจ้าของสิทธิบัตรกำหนดเงื่อนไขว่าจะขายหรือให้เช่าสินค้าอันมีสิทธิบัตร ต่อเมื่อผู้ซื้อหรือผู้เช่าตกลงที่จะรับสินค้าอีกชนิดหนึ่งไปจากตนด้วย ซึ่งศาลมักเห็นว่า เป็นสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรที่จะกระทำเช่นนั้นได้

Henry v. A.B Dick Co. 1912 ๒๐ ซึ่งเป็นคดีการพ่วงขายที่ขึ้นสู่ศาลเป็นคดีแรก โจทก์ได้ขายเครื่องอัดสำเนาเอกสารที่มีสิทธิบัตรของตนภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ซื้อจะต้องสั่งซื้อแต่เฉพาะหมึกที่โจทก์จัดหาให้เท่านั้น จำเลยซึ่งเป็นผู้ผลิตและขายหมึกที่เข้ากับเครื่องดังกล่าวถูกตัดสินว่า มีความผิดในการละเมิดการรั้งสิทธิตามสิทธิบัตรของโจทก์

จากคำตัดสินในคดี Henry v. A.B Dick และการที่บทบัญญัติใน The Sherman Act 1914 เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการจำกัดการแข่งขันในลักษณะกว้าง ๆ และคลุมเครือ ซึ่งศาลมักจะใช้หลักความสมเหตุสมผล (rule of reason) ในคดี

๑๐ Marcus, Antitrust Law and Practice , p.4

๒๐ 224 U.S.1, (1912)

ดังกล่าว รวมทั้งข้อตกลงอื่น ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยตรง เช่น การกำหนดราคาสินค้าอยู่เสมอ ๆ ซึ่งทำให้ The Sherman Act ไม่สามารถใช้แก้ปัญหาการจำกัดการแข่งขันและการผูกขาดอย่างเหมาะสม จึงทำให้สภาได้ตรา The Clayton Act 1914 ขึ้น โดยมาตรา 3 แห่ง The Clayton Act 1914 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งหมายถึงการพ่วงขายไว้เป็นการเฉพาะ ²¹ ได้กำหนดว่า

"บุคคลใด ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจพาณิชย์กรรม โดยในการประกอบพาณิชย์กรรมนั้น ได้ให้เช่า ขาย หรือหาสัญญาขายสินค้า เครื่องใช้ เครื่องจักร ผลิตผล หรือพืชผลอื่นใด ไม่ว่าจะมิลิทธิบัตรหรือไม่มิลิทธิบัตร เพื่อการรั้ง บริโภค หรือขายต่อภายในประเทศ หรือสถานที่อื่นซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรือกำหนดราคาสินค้า หรือให้ส่วนลด หรือคืนส่วนลด โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้ซื้อหรือผู้เช่าจะไม่ใช้หรือติดต่อเกี่ยวข้องกับสินค้าของคู่แข่งของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อผลของการกระทำเช่นนั้นอาจเป็นการลดการแข่งขันอย่างมาก หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดในธุรกิจอุตสาหกรรมหนึ่ง ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย"

บทบัญญัติมาตรา 3 แห่ง The Clayton Act 1914 สามารถลดปัญหาความคลุมเคลือของกฎหมาย และสามารถนำกฎหมายป้องกันการผูกขาด และการจำกัดการแข่งขันมาใช้กับกรณีข้อตกลงพ่วงขายได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งข้อตกลงพ่วงขายที่ทำขึ้นนั้น อาจถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อ The Sherman Act หรือ The Clayton Act ฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือทั้งสองฉบับ ²² ก็ได้ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติตามมาตรา 3 แห่ง

²¹ Marcus, "Antitrust Law and Practice", p.8

²² คดี International Salt Co.v. United States, 1947

The Clayton Act นั้นก็มีข้อแตกต่างไปจากมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act กล่าวคือ

1. มาตรา 3 แห่ง The Clayton Act นั้น เป็นการหลีกเลี่ยงความกว้างของ The Sherman Act โดยระบุให้ใช้กฎหมายกับการขาย เช่า หรือการทำสัญญา เช่นนั้น โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อหรือผู้เช่าจะต้องไม่ใช่สินค้าของคู่แข่งชั้นของตน ขณะที่มาตรา 1 ของ The Sherman Act ใช้กับสัญญาการรวมตัว หรือการสมรู้ร่วมคิดใด ๆ ซึ่งมีลักษณะกว้าง ๆ

2. มาตรา 3 แห่ง The Clayton Act ถือว่าการขาย เช่า หรือการทำสัญญา เช่นนั้นจะขัดต่อกฎหมายต่อเมื่อผลของมันอาจจะทำให้เป็นการลดการแข่งขันอย่างมาก หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผูกขาด

3. จากลักษณะตามข้อ 2 ทำให้เห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 3 นี้ มุ่งหมายที่จะหยุดยั้งการกระทำผิดในระยะเริ่มต้น ก่อนที่การกระทำนั้นจะพัฒนาไปเป็นความผิด คือ การจำกัดการแข่งขันทางการค้า และการผูกขาดตาม The Sherman Act

ในการพิจารณาข้อตกลงฟ่วงขายนั้น ศาลเห็นว่า ข้อตกลงฟ่วงขายเป็นความผิด per se ดังเช่น

คดี United States v. International Business Machines Corporation (IBM) ²³ จำเลยได้ให้เช่าเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ได้รับสิทธิบัตร โดยมีเงื่อนไขว่าผู้เช่าจะต้องใช้การ์ดที่ผู้ให้เช่าผลิตและขายให้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ให้เช่าเท่านั้น โดยจำเลยให้เหตุผลว่าการ์ดดังกล่าวมีลักษณะพิเศษ ทั้งขนาดและความหนา และผ่านการทดสอบความผิดพลาดด้วยระบบไฟฟ้าทำให้การ์ดดังกล่าวไม่มีความบกพร่อง และได้ผลที่แม่นยำ ซึ่งข้อตกลงในสัญญาเช่ากำหนดว่าสัญญาเป็นอัน

²³ 298 U.S.131 (1936)

เลิกกัน หากผู้เช่าได้ใช้การ์ดที่ไม่ได้ผลิตโดย IBM ศาลในคดีนี้มีข้อสังเกตว่า ประมาณ 1 ใน 3 ของรายได้ทั้งปีของ IBM มาจากการขายการ์ดเหล่านี้ และศาลตัดสินว่า ข้อตกลงพ่วงขายเช่นนี้เป็นข้อตกลงที่ผิดกฎหมายด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้อื่นสามารถผลิตการ์ดที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมจะใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ของ IBM ได้เช่นกัน และศาลกล่าวว่า IBM ไม่ได้ถูกห้ามที่จะประกาศถึงข้อดีของการ์ดตน หรือค่าเดือนถึงอันตราขายในการใช้การ์ดที่ไม่มีคุณสมบัติพิเศษกับเครื่องของตน หรือกำหนดเงื่อนไขการเช่าโดยให้ผู้เช่าใช้การ์ดที่มีคุณสมบัติเช่นเดียวกับการค้าของตน ซึ่งมาตรการเช่นนั้นจะดูเป็นการคุ้มครองค่านิยม (goodwill) โดยไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขัน

คดี International Salt Co. v. United States ซึ่งได้เคยกล่าวมาแล้วนั้น ศาลได้ใช้คำว่า per se เป็นครั้งแรกในคดีเกี่ยวกับข้อตกลงพ่วงขาย คดีนี้ ผู้ให้เช่าเครื่องจักรผลิตเกลือซึ่งมีสิทธิบัตรได้กำหนดเงื่อนไขการเช่าว่า ผู้เช่าจะต้องซื้อเกลือจากผู้ให้เช่าเท่านั้น ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act และมาตรา 3 ของ The Clayton Act ยอดขายเกลือนั้นตก 500,000 เหรียญต่อปี ซึ่งเป็นปริมาณที่สูง ซึ่งศาลได้กล่าวว่า มันเป็นความผิดในตัวเอง ซึ่งเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะยัดส่วนแบ่งตลาดอย่างมากจากคู่แข่ง และยอดการประกอบธุรกิจเช่นนั้นไม่อาจกล่าวได้ว่าไม่สำคัญหรือเป็นจำนวนไม่มากได้ และแนวโน้มของข้อตกลงที่จะก่อให้เกิดการผูกขาด เห็นได้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม แม้ข้อตกลงพ่วงขายนั้น ศาลจะถือว่าเป็นความผิด per se ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่ความผิด per se ในความหมายที่เคร่งครัด กล่าวคือ นอกจากที่จะต้องพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของข้อตกลงพ่วงขาย เช่นความผิด per se ทั่วไปแล้ว ยังคงมีข้อพิจารณาต่าง ๆ อีกกล่าวคือ

1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับตัวสินค้า (Single or Two Product Issue) ในการพิจารณาเกี่ยวกับตัวสินค้านี้ อาจพิจารณาได้จากความหมายของการฟ้องขายได้ 2 แนวทาง กล่าวคือ ²⁴

1.1 ตามความหมายธรรมดา (simply definition) ถือว่าการฟ้องขายนั้นจะต้องมีสินค้าสองชนิดที่จะฟ้องกัน เพราะโดยความหมายของการฟ้องขายแล้ว สินค้าเพียงชนิดเดียวย่อมไม่สามารถเกิดการฟ้องขายได้

1.2 ความหมายตามเนื้อหาสาระ (substantive definition) ศาลส่วนน้อยเห็นว่า การฟ้องขายจะต้องพิจารณารวมไปถึงเนื้อหาสาระด้วย โดยจะพิจารณาด้วยว่า ผู้ขายมีเหตุผลอันสมควรที่จะขอให้เสนอขายสินค้าสองชิ้นแยกจากกันหรือไม่

สำหรับวิธีการพิจารณานั้น ไม่อาจทดสอบการแยกกันทางกายภาพด้วยวิธีภาวะวิสัย (objective) กล่าวคือ การเห็นหรือการมองส่วนมากไม่เป็นประโยชน์แต่อย่างใด เช่น รองเท้าคู่หนึ่ง ย่อมเห็นได้ว่าเป็นสินค้าสองชิ้น แต่เราก็ถือว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวเท่านั้น ก่อนหน้าปี ค.ศ.1987 ศาลสูงสุดไม่เคยกำหนด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁴ Lynn H. Pasahow, "Tying and the single-product issue," Antitrust Law Journal (Volume 54, 1985) : 1219

ประเด็นหาแนวทางการพัฒนาเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเลย ²⁵ ดังนั้น ศาลล่างก็ได้พยายามหาแนวทางการพิจารณานเรื่องนี้เอง ²⁶ จนกระทั่งคดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v.Hyde ซึ่งมีข้อพิจารณานประเด็นเกี่ยวกับตัวสินค้าว่า บริการดมยาสลบถือว่าเป็นสินค้าที่แยกต่างหากจากบริการอื่นของโรง

²⁵ คดี Times-Picayune Publishing Co.v.United States 345 U.S.594, 73 S.CT.872 (1953)ศาลตัดสินว่า ช่องโฆษณาในหนังสือพิมพ์ฉบับเช้าและฉบับบ่าย ซึ่งเป็นยี่ห้อเดียวกัน ถือว่าเป็นสินค้าเพียงชนิดเดียวกัน เพราะเป็นการขายโฆษณาให้กับผู้ลงโฆษณาในตลาดเดียวกัน (การโฆษณาหนังสือพิมพ์ทั้งสองฉบับล้วนแต่เป็นส่วนหนึ่งของสินค้าชนิดเดียวกัน นั่นคือ ตลาดผู้อ่านหนังสือพิมพ์)

คดี United States v. Jerrold Electronic Corp., ศาลตัดสินว่า ส่วนประกอบต่าง ๆ ของระบบเสอากาศุมนั้น เป็นสินค้าหลายชนิด

คดี Fortner Enterprise, Inc.v.United States Steel Corp.394 U.S.495 (1969) (Fortner I) ศาลได้ตัดสินว่า ชิ้นส่วนบ้านสำเร็จรูปเป็นสินค้าที่แยกต่างหากจากสินค้าของบริษัท เป็นเพราะราคาขายชิ้นส่วนบ้านสำเร็จรูปสูงกว่าของบริษัทอื่นเป็นจำนวนมาก

²⁶ ศาลในคดี Anderson Foreign Motors v. New England Toyota Distributors 475 F.Supp. 973, 982 (D.Mass.1979) ได้พยายามหาแนวทางการวิเคราะห์ไว้ 4 ขั้นตอน คือ

1. ตรวจสอบโครงสร้างของตลาดสินค้านั้นเอง
2. สอบสวนพฤติกรรมทางการตลาดของเจ้าเลยานตัวสินค้านั้น
3. พิจารณาพฤติกรรมของผู้ขายรายอื่น
4. วิเคราะห์ถึงประสิทธิภาพ และความชอบธรรมทางธุรกิจในการรวมสินค้านี้ดังกล่าว

พยาบาล (ห้องผ่าตัด) หรือไม้ ซึ่งศาลฝ่ายข้างมากเห็นว่า บริการดมยาสลบเป็นสินค้าบริการที่แยกต่างหากจากบริการอื่นของโรงพยาบาล โดยกล่าวว่า "ข้อตกลงฟ่วงขายไม้อาจมีอยู่ได้ เว้นเสียแต่ว่าจะมีอุปสงค์ (demand) ที่พอเพียงในการซื้อสินค้าฟ่วงแยกต่างหากจากสินค้าหลัก เพื่อที่จะกำหนดตลาดสินค้าที่ต่างกัน ซึ่งจะมีประสิทธิภาพ หากจะขายสินค้าฟ่วงแยกออกจากสินค้าหลัก"

คดี Jefferson Parish ศาลได้มีหลักในการพิจารณาว่า หากสินค้าทั้งสองชิ้นมีตลาดที่แยกต่างหากจากกันแล้ว ต้องถือว่าเป็นสินค้าสองชนิด ซึ่งอาจเป็นการฟ่วงขายได้ โดยศาลอาจจะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ว่า ผู้ขายรายใดหรือผู้ขายรายหลาย ซึ่งขายสินค้าคล้ายคลึงกันนั้นได้ขายสินค้าฟ่วงแยกต่างหากหรือไม่ หรือผู้ซื้อต้องการที่จะซื้อสินค้าทั้งสองชิ้นนั้นแยกจากกัน คำว่า "ประสิทธิภาพ" ในคำกล่าวของศาลนั้นไม่ได้หมายความถึง ประสิทธิภาพของการขายฟ่วง ซึ่งจะส่งผลทำให้เป็นการลดต้นทุน นอกเหนือไปจากการลดค่าใช้จ่ายในการขาย แต่จะมีความหมายอย่างแคบ แต่เพียงว่าเป็นการขายสินค้าที่โดยธรรมชาติแล้วจะขายร่วมกันไป เช่น รถยนต์กับยางรถยนต์ รองเท้าข้างซ้ายกับรองเท้าข้างขวา หรือเลือกกับกระดุม เป็นต้น ²⁷

2. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจตลาด (market Power) การฟ่วงขายจะกระทบกระเทือนต่อการแข่งขันก็ต่อเมื่อผู้ขายมีอำนาจตลาดเหนือสินค้าหลัก มิเช่นนั้นแล้วผู้ซื้อย่อมสามารถเลือกซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นได้

แต่เดิมการฟ่วงขายมักทำควบคู่ไปกับการซื้ออำนาจผูกขาด ซึ่งผู้ผูกขาดมักซื้ออำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหนึ่ง ขยายการผูกขาดไปยังตลาดสินค้าอีกชนิดหนึ่ง ซึ่งการพิสูจน์ถึงอำนาจตลาดจึงเป็นการพิสูจน์ถึงการผูกขาดของจำเลยนั่นเอง

²⁷ Pasahow, "Tying and the single-product issue, p.1224

²⁸ 110 F.Supp. 295 (D.Mass 1953)

เช่นคดี United Shoe Machinery Corp. v. United States ²⁸ ซึ่งจำเลยคือ United Shoe Machinery Corp. เป็นผู้ผูกขาดในตลาดเครื่องผลิตรองเท้า โดยครอบครองส่วนแบ่งตลาดประมาณ 75-85% ของตลาดเครื่องผลิตรองเท้าทั้งหมด ได้กำหนดให้ผู้เช่าเครื่องผลิตรองเท้าของตน ซื้อวัสดุที่ใช้ผลิตรองเท้าจากตนแต่เพียงผู้เดียว เช่นเดียวกับคดี International Salt Co. v. United States ซึ่งจำเลยได้ใช้อำนาจผูกขาดในเครื่องจักรผลิตเกลือที่ขุดในอุตสาหกรรมได้ฟุ้งขาย - เกลือสำหรับใช้กับเครื่องจักร

ต่อมาในคดี Times-Picayune Publishing Co. ²⁹ v. United States. ศาลเห็นว่า ข้อตกลงฟุ้งขายจะขัดต่อกฎหมาย ในกรณีนี้จำเลยมีอำนาจตลาดอย่างมากในตลาดสินค้าหลัก ซึ่งจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจครอบงำตลาด (dominant power)

อย่างไรก็ตาม ในคดี Northern Pacific Railway Co. v. United States ซึ่งจำเลยคือ Northern Pacific Railway Co. ได้ขายสิทธิและให้เช่าที่ดิน โดยมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการซื้อและเช่าที่ดินนั้นต้องรับเอาผลผลิตทางการเกษตรที่ปลูกบนที่ดินนั้นไปด้วยทั้งหมด ศาลเห็นว่าในการพิจารณาเรื่องอำนาจตลาดนั้นไม่ต้องพิสูจน์ถึงขั้นที่ว่า จำเลยมีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจครอบงำตลาดเพียง แต่พิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่พอเพียง (sufficient economic power) ที่นำเอาข้อจำกัดการแข่งขันมาใช้กับสินค้าฟุ้ง

²⁸ 110 F.Supp. 295 (D.Mass 1953)

²⁹ 545 U.S. 594 (1953)

จนานที่สูงสุดศาลในคดี United Steel Corp v. Fortner Enterprise ก็ได้ให้คำจำกัดความของอำนาจตลาดในการฟ้องขายนี้ไว้ว่า หมายถึง การที่ผู้ขายมีอำนาจในตลาดสินค้าหลักที่จะขึ้นราคาสินค้าหรือบังคับให้ผู้ซื้อต้องรับเอาภาระหนักบางข้อ ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้จะไม่เกิดขึ้นในตลาดที่มีการแข่งขัน ³⁰

จะเห็นได้ว่าในคดีแรก ๆ นี้ การพิสูจน์อำนาจตลาดในการฟ้องขายมักจะเป็นเรื่องของอำนาจผูกขาด ต่อมาศาลได้ผ่อนคลายการพิสูจน์ลงมาจนถึงขั้นที่ว่า หากจำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างพอเพียงแล้ว ย่อมถือว่า จำเลยมีอำนาจตลาดแล้ว ซึ่งอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างพอเพียงมีความหมายเพียงว่า ไม่ใช้มีอำนาจเล็กน้อย (de minimis) ที่การเคลื่อนไหวของจำเลยนั้นจะไม่มีผลกระทบต่อราคาสินค้าเลย จนกระทั่งศาลได้ให้คำจำกัดความในเรื่องอำนาจตลาดไว้อย่างชัดเจนในคดี Fortner ซึ่งเป็นคำจำกัดความของอำนาจตลาดในทางเศรษฐศาสตร์นั่นเอง ³¹

ในการพิจารณาประเด็นเรื่องอำนาจตลาดนี้ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดตลาดสินค้าที่มีการฟ้องร้องให้ได้เสียก่อน เพราะสินค้าต่าง ๆ นั้นอาจมีสินค้าอื่นที่เข้าทดแทนกันได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าสินค้านั้นดั่งกล่าวทั้งหมด เป็นสินค้าที่แข่งขันกัน และผู้ที่มีอำนาจตลาดนั้นอาจเป็นผู้ที่มีอำนาจตลาดเฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง หรือทั้งประเทศก็ได้

³⁰ เช่นเดียวกับคดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde

³¹ Jeffry J. Keyes, "The Market Power Requirement in Franchise Tie-ins," Antitrust Law Journal 4 (Volume 54, 1985) : 1241-1242

ก. ตลาดสินค้าที่สัมพันธ์กัน (relevant product market) สินค้าต่าง ๆ อาจใช้ทดแทนกันได้ การพิจารณาว่าสินค้าใดใช้ทดแทนกันได้ อันจะถือว่าอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกับสินค้าหลักพิจารณาได้จากความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ในตัวสินค้า (cross elasticity of demand) กล่าวคือ หากมีการขึ้นราคาสินค้าหลักแล้วจะมีผลให้ผู้บริโภคส่วนใหญ่หันไปซื้อสินค้านั้นมาบริโภคทดแทนสินค้าหลัก หรือผู้ผลิตสินค้าที่ใกล้เคียงกัน สามารถหันมาผลิตสินค้าเช่นเดียวกันภายในระยะเวลาอันสั้น และไม่เสียค่าใช้จ่ายมากนัก สินค้าดังกล่าวต้องถือว่าเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกัน

United States v. E.I. duPont DeNemours & Co. ³² duPont เป็นผู้ผลิตสาร cellophane ซึ่งใช้สำหรับการหีบห่อ จำนวน 75% ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สาร cellophane นั้นมีสัดส่วน 20% ของตลาดวัสดุหีบห่อที่ยืดหยุ่นได้ ศาลเห็นว่า cellophane เป็นเพียงหนึ่งในสินค้าหลายอย่างที่ใช้ทดแทนกันได้ สำหรับตลาดวัสดุหีบห่อที่ยืดหยุ่นได้ ดังนั้นตลาดสินค้านั้นนี้ไม่ควรมีเพียงสาร cellophane เท่านั้น แต่รวมไปถึงวัสดุหีบห่อที่ยืดหยุ่นอื่นด้วย

ข. ตลาดสินค้าทางภูมิศาสตร์ (relevant geographic market) โดยทั่วไปการกำหนดตลาดสินค้าทางภูมิศาสตร์ อาจพิจารณาจากพื้นที่ที่ผู้ผลิตและคู่แข่งขายสินค้าในบริเวณใดบริเวณหนึ่ง นอกจากนี้ก็ยังสามารถพิจารณาแบบในการขาย ความสัมพันธ์และความเคลื่อนไหวของราคาของพื้นที่อื่น โดยดูว่าหากผู้ขายขึ้นราคาสินค้าแล้วผู้ซื้อส่วนใหญ่จะหันไปซื้อสินค้าจากท้องที่อื่น หรือผู้ขายสินค้าจากท้องที่อื่นจะนำสินค้าเข้ามาขายแข่งขันหรือไม่

คดี Case-Swayne Co. v. Sunkist Growers, Inc., ³³ จำเลยคือ Sunkist Grower เป็นสมาคมผู้ผลิตผลไม้ตระกูลมะนาว โดยมีผู้ปลูก 12,000 คน ในเขต Southern California ถึง Arizona ผลผลิตรวมของจำเลยคิดเป็น 70% ของผลผลิตส้มในบริเวณนั้น และ 67% ของผลผลิตส้มที่ผู้ผลิตน้ำส้มกระป๋อง แต่ถ้า

³² 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

³³ 369 F.2d 499 (9th Cir. 1966)

คิดตามสัดส่วนทั้งประเทศแล้ว จะเป็นเพียง 6-7% เท่านั้น โจทก์เป็นผู้ผลิตน้ำส้ม กระทบและผสมน้ำส้มกับน้ำผลไม้อื่น พ้องว่า เพราะการผูกขาดของจาลอย ทา ให้โจทก์ไม่สามารถซื้อส้มมาในราคาที่ต่ำพอที่จะขายแข่งขันกับผู้ผลิตน้ำส้มใน Florida ศาลเห็นว่าส้มที่ผลิตได้ใน Florida ไม่ได้ถูกส่งมาที่ California และขายให้กับผู้ ผลิตน้ำส้มในเขตนี้ ดังนั้นตลาดทางภูมิศาสตร์ในกรณีนี้คือ Southern California- Arizona ไม่ใช่ทั้งประเทศแต่อย่างใด

สรุปได้ว่า การพิสูจน์ เรื่องอำนาจตลาดนั้น ศาลมิได้ไปไกลถึงขั้น การพิสูจน์ถึงอำนาจผูกขาด คงเป็นแต่เพียงการพิสูจน์ถึงอำนาจที่มีต่อราคาสินค้า ซึ่ง ในคดี Jefferson Parish ศาลได้ให้แนวทางการพิสูจน์ถึงที่มาของอำนาจตลาด ดังกล่าวไว้ดังนี้ คือ

- 1) การที่ผู้ผลิตมีสิทธิบัตรในตัวสินค้าหรือการผูกขาดในตนเอง เดียวกัน
- 2) การที่ผู้ผลิตมีส่วนแบ่งตลาดมาก
- 3) เอกลักษณะในตัวสินค้าหลัก ซึ่งคู่แข่งชั้นรายอื่นไม่สามารถผลิต สินค้าได้เช่นเดียวกับผู้ผลิต ³⁴

3. ข้อพิจารณาถึงผลกระทบของการฟ้องขายที่มีต่อตลาดสินค้าฟุ้ง นอก จากผู้ขายจะต้องมีอำนาจตลาดในตลาดสินค้าหลักแล้ว จะต้องมีการพิสูจน์ถึงผลของ การฟ้องขายที่มีต่อตลาดสินค้าฟุ้ง กล่าวคือ การฟ้องขายนั้นกระทบถึงปริมาณการค้า

³⁴ Jeffrey J. Keyes, "The Market Power Requirement in Franchise Tie-ins", : 1243

ในตลาดสินค้าฟองน้ำระหว่างรัฐ ไม่ใช่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น เพราะสาเหตุหนึ่งที่ทำให้มองว่าการฟองขายเป็นสิ่งที่ไม่สมควรทำให้เกิดขึ้นก็คือ การยึดเอาส่วนแบ่งตลาดไปจากคู่แข่งกันเป็นจำนวนมาก ดังเช่นคดี IBM ที่กล่าวมาแล้ว ศาลพบว่า ปริมาณการค้าสินค้าฟองน้ำคือ การดัดนั้นก็มีปริมาณมาก คือ มากกว่า 3 ล้านเหรียญต่อปี ศาลจึงเห็นว่า ผลของการฟองขายไม่ใช่กระทบกระเทือนการแข่งขันเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และเช่นเดียวกับคดี International Salt Co. ซึ่งศาลเป็นผู้ผลิตเกลือที่ใช้ในอุตสาหกรรมรายใหญ่ การที่ศาลได้ฟองขายเกลือซึ่งมีปริมาณการค้าประมาณ 500,000 เหรียญต่อปี เข้ากับการเข้าเครื่องจักรผลิต จึงกระทบต่อตลาดสินค้าฟองน้ำมาก โดยเป็นการยึดส่วนแบ่งตลาดจากผู้อื่นเป็นจำนวนมาก

นอกจากข้อพิจารณาทั้งสามดังกล่าวแล้ว ศาลบางศาลยังอาจต้องให้มีการพิสูจน์ถึงการบังคับซื้อสินค้าฟองน้ำ เพราะถือว่าหากไม่มีการบังคับแล้ว ผู้ซื้อย่อมเลือกซื้อสินค้าจากผู้อื่นได้ ซึ่งก็จะไม่กระทบต่อการแข่งขันแต่อย่างใด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

The Restrictive Trade Practice Act 1976 ซึ่งเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการกีดกันการแข่งขันที่มีผลใช้บังคับอยู่ ณ ปัจจุบันนั้น กำหนดให้นาเอาข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับ สินค้า บริการ ข้อมูลของสินค้า และข้อมูลของบริการ ที่มีลักษณะเป็นการกีดกันการแข่งขันบางประการ จะต้องนาไปจดทะเบียนกับ Office of Fair Trading

ลักษณะของข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเกี่ยวกับสินค้าที่จะต้องนาไปจดทะเบียน ตามที่มาตรา 6(1) แห่ง The Restrictive Trade Practice Act 1976 กำหนดไว้ คือ

1. ข้อตกลงเกี่ยวกับราคามูลค่าการเสนอซื้อหรือขายสินค้า หรือเสนอขอผลิตสินค้า
2. ข้อตกลงเกี่ยวกับการแนะนำราคามูลค่าการขายปลีกสินค้า
3. ข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการซื้อหรือขายสินค้า
4. ข้อตกลงเกี่ยวกับจำนวน ปริมาณหรือชนิดของสินค้าที่ผลิต ซื้อ หรือขาย
5. ข้อตกลงเกี่ยวกับกระบวนการผลิตที่ใช้กับสินค้า จำนวนและชนิดของสินค้า
6. ข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับประเภทลูกค้า หรือสถานที่ซื้อ หรือขายสินค้า

สำหรับข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเกี่ยวกับการให้บริการนั้น ครอบคลุมแล้วอยู่ภายใต้กฎหมายที่ห้ามข้อจำกัดการแข่งขันเกี่ยวกับการซื้อหรือขายสินค้าเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในการให้บริการดังต่อไปนี้จะต้องนาไปจดทะเบียนตามมาตรา 11 แห่ง The Restrictive Trade Practice Act 1976 คือ

1. ข้อตกลงเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมการให้บริการ
2. ข้อตกลงเกี่ยวกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการให้บริการ
3. ข้อจำกัดเกี่ยวกับขอบเขตหรือปริมาณในการให้บริการ
4. ข้อตกลงเกี่ยวกับลักษณะหรือรูปแบบในการให้บริการ
5. ข้อตกลงเกี่ยวกับบุคคลหรือพื้นที่ในการให้หรือรับบริการ

ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเกี่ยวกับสินค้า และการให้บริการที่จะต้องนำไปจดทะเบียนนั้น จะต้องปรากฏว่า 1) เป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่า ดังนั้น ข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างบริษัทแม่ (parent company) และบริษัทย่อย (subsidiaries company) หรือระหว่างบริษัทย่อยของบริษัทใหญ่เดียวกัน ไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงระหว่างบุคคลสองคน จึงไม่ต้องนำไปจดทะเบียน 2) บุคคลสองคนหรือมากกว่า ที่เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงนั้นจะต้องเป็นผู้ที่ประกอบธุรกิจภายในสหราชอาณาจักร (The United Kingdom) เท่านั้น หากบริษัทที่ทำธุรกิจภายในประเทศ ให้ความตกลงกับบริษัทต่างประเทศ ซึ่งไม่ได้ประกอบธุรกิจในสหราชอาณาจักร ให้ความตกลงจำกัดการแข่งขัน เช่น ตกลงจะไม่ส่งสินค้าออกไปยังประเทศของคู่สัญญา หรือตกลงแบ่งตลาดกัน ก็ไม่ต้องนำมาจดทะเบียน และ 3) คู่สัญญาสองคนหรือมากกว่านั้น จะต้องยอมรับข้อจำกัดการแข่งขันด้วย ในกรณีที่คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวยอมรับข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน ก็ไม่ต้องนำข้อตกลงเช่นนั้นไปจดทะเบียน เช่น บริษัท ก. ตกลงที่จะไม่ขายสินค้าในเขตพื้นที่ที่กำหนดเพื่อที่จะไม่แข่งขันกับบริษัท ข. บริษัท ข. ได้จ่ายเงินเป็นการตอบแทนข้อตกลงของ ก. แต่ก็มิได้จำกัดพื้นที่การขายของตนเอง ก็ไม่ต้องนำไปจดทะเบียน แม้ว่าข้อตกลงเช่นนั้นเป็นการจำกัดการแข่งขันในบางพื้นที่ในลักษณะเดียวกับการแบ่งพื้นที่การขายก็ตาม ³⁵

³⁵ John Agnew, Competition Law, (London : Allen & Urwin (Publisher) Ltd, 1985), p.113-114

จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงฟว่งขายเป็นข้อตกลงลักษณะหนึ่งที่จะต้องนำไปจดทะเบียนตามมาตรา 6(1) และมาตรา 11 ซึ่งเมื่อคู่สัญญาได้นำข้อตกลงไปจดทะเบียนแล้ว The Director General of Fair Trading ก็จะทำข้อตกลงดังกล่าวไปให้ศาล The Restrictive Practices Court ทบทวนพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวมาจดทะเบียนนั้นขัดต่อประโยชน์มหาชนหรือไม่ หากศาลพบว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันนั้นขัดต่อประโยชน์มหาชน ข้อตกลงเช่นนั้นย่อมเป็นโหมฆะในการพิจารณาของศาลนั้น กฎหมายได้กำหนดลักษณะของข้อตกลงที่ถือว่าไม่ขัดต่อประโยชน์มหาชน (gateways) ซึ่งคู่กรณีสามารถยกขึ้นอ้างอิงต่อศาลได้ว่า ข้อตกลงของตนนั้นเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือหลายลักษณะดังต่อไปนี้

1. เมื่อคำนึงถึงลักษณะของสินค้า ข้อจำกัดนั้นเป็นสิ่งจำเป็นในการป้องกันสังคมจากภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการบริโภคสินค้านั้น
2. การยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าว ทำให้สังคมในฐานะผู้บริโภคต้องขาดประโยชน์ที่จะเกิดจากข้อจำกัดนั้นเอง หรือจากผลของการดำเนินการตามข้อจำกัดนั้น
3. ข้อจำกัดนั้นเป็นสิ่งจำเป็น สำหรับคู่สัญญาในการใช้ต่อสู้กับบุคคลอื่นที่หน่วยงานเหยี่ยวหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าในธุรกิจที่คู่สัญญาที่คู่สัญญาเกี่ยวข้องอยู่
4. ข้อจำกัดนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับคู่สัญญาในการต่อรอง เพื่อให้ได้มาซึ่งเงื่อนไขในการขายหรือซื้อสินค้าที่เป็นธรรมจากผู้ประกอบการรายใหญ่ หรือจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลซึ่งมิได้ประกอบธุรกิจแต่ควบคุมตลาดสินค้าส่วนใหญ่ไว้
5. การยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าว จะส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อระดับการว่างงานในพื้นที่นั้น

6. การยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อ การให้ระดับ การส่งสินค้าออกลดลงอย่างมาก เมื่อคำนึงถึงธุรกิจการส่ง สินค้าออกของประเทศ หรืออุตสาหกรรมดังกล่าวโดย ส่วนรวม
7. ข้อจำกัดนั้นเป็นสิ่งจำเป็นต่อคู่สัญญาการรักษา หรือปฏิบัติ ตามข้อจำกัดอื่น ซึ่งศาลวินิจฉัยแล้วว่าเป็นข้อจำกัดที่ไม่ขัด ต่อประโยชน์มหาชน
8. ข้อจำกัดไม่ได้ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างรุนแรง ในอุตสาหกรรมใด ๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ³⁶

ถึงแม้ว่าคู่สัญญาสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า ข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน ของตนนั้น อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นใดข้อยกเว้นหนึ่ง (gateway) ดังกล่าวข้างต้น แล้ว ศาลยังพิจารณาถึงเหตุผลอันสมควรอีกด้วย โดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างผลดีของ การจำกัดการแข่งขัน และผลเสียที่เกิดกับสาธารณะ หรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา (balancing tailpiece) ³⁷ ดังเช่นคดี Yarn Spinners แม้ว่าข้อตกลง กำหนดราคาสินค้าจะเข้าข้อยกเว้น โดยการรักษาการจ้างงานไว้ตามข้อ 5 ก็ตาม แต่เมื่อคำนึงผลเสียที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้บริโภคจะต้องซื้อสินค้าในราคาที่แพงขึ้นแล้ว ศาล เห็นว่าข้อตกลงเช่นนั้นก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ข้อตกลงนั้นจึงขัดต่อประโยชน์ มหาชน ³⁸

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁶ สมชาย รัตนชี้อสกุล, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการรวมตัวกัน กำหนดราคาสินค้า ศึกษาเฉพาะกรณีการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าในแนวนอน", หน้า 58-59

³⁷ John Agnew, Competition Law , p.132

³⁸ ibid, p.132-133

งานกรณีที่คู่สัญญาไม่นำข้อตกลง ซึ่งจะต้องจดทะเบียนไปจดทะเบียน ข้อตกลงเช่นนั้นถือว่าเป็นระฆัง งานกรณีที่คู่สัญญาตกลงให้สัญญานั้นมีผลหรือใช้บังคับข้อตกลงนั้น ย่อมถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย แต่การกระทำผิดเช่นนั้นไม่มีบทลงโทษทางอาญา แต่ผู้ที่ต้องเสียหายจากการดำเนินการตามข้อตกลงที่ไม่จดทะเบียน สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้จากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย

สำหรับกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงที่นำมาจดทะเบียนนั้นขัดต่อประโยชน์มหาชน ข้อตกลงนั้นจะตกเป็นระฆังเช่นกัน ซึ่งงานการนี้ The Director อาจขอให้ศาลออกคำสั่งห้าม (injunction) มิให้คู่สัญญาบังคับใช้ข้อตกลง รวมทั้งห้ามมิให้คู่สัญญาทำข้อตกลงที่มีผลกระทบในลักษณะเดียวกันก็ได้

นอกจากนี้ การพ่วงขายยังเป็นพฤติกรรมหนึ่งที่สามารถสอบสวนภายใต้ The Competition Act 1980. เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงแก่ The Director General of Fair Trading ว่าบริษัทใดมีพฤติกรรม ซึ่งถือว่าเป็นการขัดขวางการแข่งขัน The Director ก็จะทำการสอบสวน หากพบว่าการกระทำเช่นนั้นจะเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันแล้ว ก็จะทำการเสนอเรื่องไปที่ The Monopoly and Mergers Commission เพื่อพิจารณาว่า การกระทำนั้นเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันหรือไม่ ถ้าเป็น จะพิจารณาต่อไปว่า การกระทำเช่นนั้นขัดต่อประโยชน์มหาชนหรือไม่ หากพบว่าการกระทำนั้นเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันและขัดต่อประโยชน์มหาชนแล้ว ก็จะส่งเรื่องให้ The secretary of state เพื่อที่จะออกคำสั่งห้ามมิให้ทำการเช่นนั้น หรือเยียวยาผลของการกระทำนั้นเสีย นอกจากนี้ The secretary of state ก็ยังสามารถให้ The Director ขอคำรับรองจากบริษัทว่าจะเลิกการกระทำหรือเยียวยาความเสียหายก็ได้

มาตรการทางกฎหมายตาม The Competition Act มีจุดมุ่งหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมต่าง ๆ ของบริษัทโดยที่บริษัทเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องมีอำนาจผูกขาด กระบวนการดำเนินการสอบสวนและปฏิบัติตามกฎหมายนั้น รวดเร็ว เพราะกฎหมายได้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการไว้ นอกจากนี้ กฎหมายยังให้อำนาจแก่ The secretary of state ที่จะกำหนดข้อยกเว้นไม่นำกฎหมายมาใช้บังคับกับ

บุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยเฉพาะ หรือในสภาวะการณ์ใดสภาวะการณ์หนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ไม่ให้นำกฎหมายมาใช้กับพฤติกรรมของธุรกิจขนาดเล็ก ซึ่งมียอดขายต่ำกว่า 5 ล้านปอนด์ หรือมีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่า 25% ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด นอกจากนี้ ยังไม่ให้นำกฎหมายมาใช้กับการขายสินค้านอกสหราชอาณาจักร และการดำเนินการของ ธุรกิจบางประเภท คือ การขนส่งระหว่างประเทศทางอากาศ และทางเรือ และขนส่งสาธารณะโดยองค์กรของท้องถิ่น รวมทั้ง การกระทำอันเกิดจากข้อตกลงที่ขึ้น ทยเขียนไว้ตาม The Restrictive Trade Practices ³⁹

กล่าวโดยสรุป กฎหมายป้องกันการผูกขาดของอังกฤษนั้นไม่ได้ถือว่า ข้อตกลงฟ่งขายเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายในทันที แต่คู่สัญญาจะต้องนำข้อตกลง ฟ่งขายไปจดทะเบียนเพื่อให้ศาลพิจารณาว่า ข้อตกลงฟ่งขายนั้นขัดต่อ ประโยชน์มหาชนหรือไม่ หากศาลพบว่าข้อตกลงฟ่งขายนั้นขัดต่อประโยชน์มหาชน ข้อ ตกลงดังกล่าวจะตกเป็นโรมะ อันเป็นหลักกฎหมายในระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ ประกอบการ สำหรับมาตรการทางกฎหมายส่วนใหญ่เป็นมาตรการตามกฎหมายแพ่ง โดยกำหนดให้ข้อตกลงฟ่งขายที่ขัดต่อประโยชน์มหาชนเป็นโรมะ และผู้ที่ต้องเสียหาย จากการทำข้อตกลงฟ่งขายอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ส่วนมาตรการทางกฎหมาย อาญา นั้นจะมีเพียงในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามคำสั่งห้ามของศาล ซึ่งจะถือว่าเป็น ความผิดฐานหมิ่นประมาทศาล (contempt of court) เท่านั้น

³⁹ ibid, 70-71

3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

เดิมออสเตรเลียใช้กฎหมาย Restraint of Trade ตามกฎหมาย common law กักการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการผูกขาด เช่นในประเทศอังกฤษ ต่อมาก็ได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกขึ้น คือ The Australian Industries Preservation Act 1906 ตามหลักการของ The Sherman Act 1890 ของสหรัฐอเมริกา แต่ในปี 1965 ออสเตรเลียก็ได้ตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ คือ The Trade Practice Act โดยเปลี่ยนหลักการเดิมมาเป็นระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่ก็ประสบปัญหาในด้านความยุ่งยากในการบังคับใช้ และถูกศาลตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁴⁰ จนในที่สุดก็ได้มีการตรา The Trade Practice Act 1974 ขึ้น และใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะดำรงไว้และส่งเสริมให้มีการแข่งขันในตลาดสินค้า

ตาม The Trade Practice Act 1974 กำหนดว่า การทำสัญญา (contracts) การตกลงร่วมกัน (arrangements) และการทำความเข้าใจร่วมกัน (understandings) รวมทั้งข้อตกลง (covenants) ซึ่งมีผลกระทบต่อการแข่งขัน การทำข้อตกลงผูกมัด (exclusive dealing) และการเลือกปฏิบัติด้านราคา (price discrimination) ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในกรณีที่การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์หรือจะส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมาก ส่วนข้อกำหนดให้สิทธิแต่ผู้เดียว (exclusionary provisions) การกำหนดราคาสินค้า (price - fixing) ข้อตกลงที่เกี่ยวกับราคา (covenants in relation to prices)

⁴⁰ สุธีร์ ศุภนิติย์, "กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาดทางการค้าและธุรกิจของประเทศออสเตรเลีย", นิติศาสตร์, 16 (มีนาคม 2529) : 69-70

ข้อกำหนดให้ซื้อสินค้าจากผู้อื่น (Third line forcing) และการรักษาระดับราคาขายปลีก (resale price maintenance) นั้นถือว่าเป็นความผิด per se กล่าวคือ เป็นความผิดในตัวเอง โดยไม่ต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวน่าจะมีผลเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมากหรือไม่

สำหรับข้อตกลงพ่วงขายนั้น The Trade Practice Act 1974 ถือว่าเป็นข้อตกลงที่อยู่ในลักษณะของข้อตกลงผูกมัด (exclusive dealing) รูปแบบหนึ่ง ตามมาตรา 47 ซึ่งการทำข้อตกลงพ่วงขายนั้นจะถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายต่อข้อตกลงพ่วงขายนั้นมีวัตถุประสงค์ หรือน่าจะมีผลเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมากเท่านั้น

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดวิธีการที่ผู้ประกอบการ ซึ่งทำข้อตกลงพ่วงขายที่มีวัตถุประสงค์ หรือมีผลเป็นปฏิปักษ์ต่อการแข่งขันให้สามารถกระทำการเช่นนั้นต่อไปได้ โดยการขอ Authorization จาก The Trade Practices Commission ด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดผลดีต่อสาธารณะมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้น ซึ่งการขอ Authorization จะทำให้ข้อตกลงพ่วงขายสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แม้ว่าการกระทำนั้นจะมีผลเป็นการลดการแข่งขันก็ตาม

นอกจากวิธีการ Authorization แล้ว ผู้ประกอบการที่ทำข้อตกลงพ่วงขาย ยังอาจนำเอาข้อตกลงดังกล่าวแจ้งให้ The Trade Practices Commission ทราบ และขึ้นทะเบียนไว้ ซึ่งเรียกว่าวิธีการ Notification การกระทำเช่นนั้น จะมีผลทำให้การทำข้อตกลงพ่วงขายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ตราบเท่าที่ The Trade Practices Commission จะเห็นว่า ข้อตกลงพ่วงขายมีผลเป็นการลดการแข่งขันลงอย่างมาก และก่อให้เกิดผลเสียต่อสาธารณะมากกว่าผลดีที่เกิดขึ้น และได้ออกคำสั่งยกเลิกเช่นนั้น

อย่างไรก็ตาม แม้ The Trade Practices Commission มีคำสั่งไม่อนุญาตในการขอ Authorization หรือยกเลิกการทำ Notification ก็ตาม ผู้ประกอบการยังอาจอุทธรณ์คำสั่งเช่นนั้นต่อ The Trade Practices Tribunal เพื่อทบทวนคำสั่งของ The Trade Practices Commission ได้อีก

สรุป

การบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันการทำข้อตกลงฟ่วงขายของประเทศต่าง ๆ นี้ มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ในประเทศที่เห็นว่าการแข่งขันเท่านั้น จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อระบบเศรษฐกิจ และประชาชน ก็จะบัญญัติกฎหมายห้ามการทำข้อตกลงฟ่วงขายไว้อย่างเข้มงวด โดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ศาลก็ได้พิจารณาหลักสมเหตุสมผล (Rule of Reason) และนำมาใช้กับการทำข้อตกลงฟ่วงขายในบางกรณี ซึ่งเราเรียกกฎหมายในระบบนี้ว่า กฎหมายระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Control) สำหรับประเทศที่เห็นว่าการแข่งขันเป็นสิ่งสำคัญ แต่ก็ยังเห็นความจำเป็นของการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบางกรณี ดังเช่นประเทศอังกฤษก็จะบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่ไม่ห้ามการทำข้อตกลงฟ่วงขายไว้อย่างเด็ดขาด แต่จะห้ามแต่เฉพาะในกรณีที่ข้อตกลงฟ่วงขายนั้นขัดต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเราเรียกกฎหมายในระบบนี้ว่า ระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการ (Conduct Control) และสำหรับประเทศออสเตรเลีย ก็ได้บัญญัติกฎหมายห้ามมิให้มีการทำข้อตกลงฟ่วงขาย ในลักษณะเดียวกับระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ แต่ก็ได้พัฒนาระบบ Authorization ขึ้นซึ่งอนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถทำข้อตกลงฟ่วงขายได้ หากก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม และระบบ Notification โดยยินยอมให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างต่อเนื่อง โดยการนำข้อตกลงฟ่วงขายไปจดทะเบียน และสามารถบังคับตามข้อตกลงฟ่วงขายได้ ตราบเท่าที่รัฐไม่มีคำสั่งให้ยกเลิก