



บทที่ 3

## แนวทางในการควบคุมพฤติกรรมกรรมการตั้งราคาเพื่อจัดคู่แข่งตามกฎหมาย ป้องกันการผูกขาดของต่างประเทศ

ในบทที่แล้วผู้เขียนได้นำเสนอแนวความคิด หลักการทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งราคาว่า ในสภาวะปกติหน่วยธุรกิจจะตั้งหรือกำหนดราคาอย่างไร โดยพิจารณาจากปัจจัยอะไร สำหรับในบทนี้ผู้เขียนจะขอนำเสนอถึงระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาด หลังจากนั้นก็จะกล่าวถึงแนวทางในการควบคุมของประเทศต่าง ๆ ที่มีต่อพฤติกรรมกรรมการกำหนดราคาเพื่อจัดคู่แข่ง ซึ่งว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไร และใช้สิ่งใดเป็นมาตรฐานในการตัดสิน โดยจะเสนอแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา และของกลุ่มสหภาพยุโรป

### ระบบกฎหมายป้องกันการผูกขาด

กฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาด เป็นผลลัพธ์ที่เกิดจากวิวัฒนาการทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม กล่าวคือในสภาพเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ลักษณะหนึ่ง ก็จะมีเหมาะสมต่อระบบกฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดแบบหนึ่ง จากการศึกษาของผู้เขียน ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดแบ่งออกเป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ

1.1 ระบบควบคุมโครงสร้าง (structural control) ระบบนี้เป็นระบบที่เน้นและให้ความสำคัญกับการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจ ประเทศที่เลือกใช้ระบบนี้มักเป็นประเทศที่ใหญ่ มีทรัพยากร มีตลาดภายในรองรับที่กว้างขวาง เพราะฉะนั้นการส่งเสริมการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจจะตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี ทำให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจโดยรวม และเป็นการลดปัญหาระหว่างธุรกิจขนาดใหญ่และขนาดเล็กลง

ดังนั้นกฎหมายป้องกันการผูกขาดในระบบนี้ จึงเข้มงวดต่อการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันเป็นอย่างมาก โดยถือว่าการผูกขาดและการจำกัดการแข่งขันเป็นพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม เพราะเป็นผลร้ายต่อการแข่งขัน มาตรการทางกฎหมายจะเป็นในลักษณะป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบการในตลาดสินค้าหรือบริการแสวงหาอำนาจผูกขาดได้ และหากปรากฏว่ามีการผูกขาดเกิดขึ้นก็ต้องมีการทำลาย เพื่อลดอำนาจการผูกขาดลง เพราะเชื่อว่าผลเสียหายอย่างร้ายแรงอันเกิดจากการผูกขาดไม่อาจจะควบคุมได้ หากว่าตราบใดที่สภาพการผูกขาดยังคงมีอยู่ในตลาดสินค้า

ค้าและบริการนั้น ซึ่งในแง่นี้เท่ากับเป็นการต้องการที่จะควบคุมโครงสร้างตลาดสินค้าหรือบริการให้มีลักษณะเปิดกว้าง เพื่อให้ผู้ประกอบการหน้าใหม่สามารถเข้ามาโดยสะดวกและไม่ต้องการให้มีการผูกขาด เพราะจะทำให้การแข่งขันหายไป<sup>1</sup>

1.2 ระบบควบคุมพฤติกรรม (conduct control) ระบบนี้จะไม่ได้มุ่งเน้นการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจเป็นหลัก แต่จะมุ่งไปที่การส่งเสริมประสิทธิภาพและพัฒนาการทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ประเทศที่เลือกใช้ระบบนี้มักเป็นประเทศที่เล็กสภาพตลาดภายในไม่ใหญ่โตพอที่จะให้ผู้ประกอบการหลายรายได้ การมีผู้ประกอบการเพียงรายเดียว หรือไม่ก็รายก็เป็นเพียงพอที่จะผลิตสินค้าตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคทั้งประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว เพราะสามารถผลิตสินค้าหรือบริการในราคาที่ถูกลงกว่าการมีผู้ประกอบการหลายราย ซึ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทรัพยากรโดยไม่จำเป็น

กฎหมายในระบบนี้จึงยอมรับถึงสภาพที่อาจมีการผูกขาดทางเศรษฐกิจและไม่มีจุดประสงค์จะทำลายผู้มีอำนาจผูกขาด แต่เพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจไม่ให้ก่อความเสียหาย จึงต้องควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจผูกขาด หรือผู้มีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายในระบบนี้ จึงไม่ได้เอาผิดแก่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างใดแต่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านั้น ไม่ให้ใช้อำนาจที่มีโดยมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้ามาในตลาด และผู้ประกอบการรายย่อย ๆ ที่อยู่ในตลาดเดียวกัน<sup>2</sup>

### แนวทางในการควบคุมของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 2.1 แนวนโยบายในการป้องกันการผูกขาด (Monopoly Policy)

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวนโยบายในการป้องกันการผูกขาดไปในลักษณะที่เพื่อรักษา

<sup>1</sup> ลูธีร์ ศุภนิตย์, "การใช้มาตรการทางกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด," วารสารนิติศาสตร์ 21 (ธันวาคม 2534): 508-509.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 509.



ถ่วงไว้ ซึ่งการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจอย่างเคร่งครัด การกระทำใดที่มีผลเป็นการขัดขวาง จำกัด บิดเบือนการแข่งขัน ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควรให้เกิดขึ้นเลย แนวทางในการบัญญัติกฎหมาย จึงมีบทบัญญัติที่ค่อนข้างเข้มงวดและมักจะมีลักษณะห้ามมิให้กระทำ (Prohibition Approach) ดังนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจึงอยู่ในระบบควบคุมโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (structural control)

สาเหตุที่ทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกามีลักษณะเช่นนี้เป็นผลพลวง สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ กล่าวคือ เป็นผลมาจากขบวนการผู้สนับสนุนรัฐบาลใน ศตวรรษที่ 19 ที่โกรธแค้นพฤติกรรมกรรมการจำกัดการแข่งขันอย่างโจ่งแจ้งของธุรกิจต่าง ๆ ที่รวมตัว กันอย่างมากมาย ดังนั้น จึงต้องการให้มีการแข่งขันเสรีขึ้น ไม่ว่าจะต้องสูญเสียอะไรก็ตาม

ดังนั้นในปี 1890 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายฉบับหนึ่งคือ The Sherman Act ซึ่งเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่สำคัญฉบับแรกของสหรัฐและมีขอบเขตการใช้กว้างขวาง มาก โดยได้บัญญัติห้ามไว้อย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทาง โครงสร้าง และการกระทำที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือได้มาซึ่งการผูกขาด เช่น การรวมธุรกิจ (business trusts) การรวมตัวกันผูกขาด (monopolistic combinations) และการ ควบบริษัทบางชนิด (mergers) เป็นต้น สมมติฐานอันเป็นเหตุพื้นฐานของกฎหมายฉบับนี้ ก็คือ ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการแข่งขันเสรี จะถูกกระทบหากปล่อยให้มีการจำกัดการแข่งขัน

ในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของศาลสหรัฐ ศาลได้ใช้กฎหมายตามหลักข้อ ห้าม (Prohibition Approach) โดยประกาศว่าพฤติกรรมที่ "ส่งผลกระทบโดยตรง และทันที (per se approach) ถือว่าการตกลงร่วมกันทางโครงสร้างเพื่อจำกัดการแข่งขัน หรือการกระทำที่เป็นการผูกขาดเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐาน ว่าการปฏิบัตินั้น ไม่มีเหตุผลหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดการค้า\*

---

\*ในความเป็นจริงศาลสูงสุดของสหรัฐ ได้ปรับความแข็งแกร่งของแนวหลักความ ผิดเด็ดขาด (per se approach) โดยศาลสูงสุดของสหรัฐได้สร้าง rule of reason ขึ้นมา ใช้กับกฎหมาย antitrust ทำให้ศาลจะพิจารณาว่าการทำสัญญา การรวมตัว หรือสมคบกันเพื่อ

## 2.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมกำหนดยุติธรรมการกำหนดราคาเพื่อจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) ของสหรัฐอเมริกา คือบทบัญญัติมาตรา 2 ของ The Sherman Act ซึ่งบัญญัติไว้มีใจความว่า "บุคคลใดกระทำการผูกขาด (monopolize) หรือพยายามจะกระทำการผูกขาด (attempt to monopolize) หรือรวมตัวกันหรือสมคบกันกับบุคคลอื่น เพื่อทำการผูกขาดในธุรกิจ หรือการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา

## 2.3 แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับพฤติกรรม Predatory Pricing

สำหรับพฤติกรรมการตั้งราคาเพื่อจัดคู่แข่ง (predatory pricing) นั้น แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐ มีแนวโน้มในการยึดมาตรฐานการพิสูจน์จากต้นทุน (cost-based test) เป็นหลักสำคัญในการวินิจฉัย กล่าวคือ ถ้าหากศาลค้นพบว่าราคาสินค้าหรือบริการของจำเลยต่ำกว่ามาตรฐานต้นทุนที่ศาลกำหนด (เช่น ต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (AVC) ต้นทุนเพิ่ม (MC)) ศาลมักจะตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า พฤติกรรมการตั้งราคาต่ำกว่าทุนของจำเลยเช่นนั้น เป็นการตั้งราคา

---

จำกัดทางธุรกิจเป็นความผิด ก็ต่อเมื่อเป็นการจำกัดอย่างไม่สมควร และไม่มีเหตุผลเท่านั้น มิใช่ว่าการกระทำทุกอย่างจะเป็นความผิดไปเสียหมด หลัก rule of reason นี้ ท่านผู้พิพากษา White ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดของสหรัฐเป็นผู้วางหลักนี้ไว้ในคำตัดสินคดี Standard Oil Co.v. United States 221 U.S. 1, (1891).

อย่างไรก็ตาม ศาลอเมริกาจะปรับใช้หลัก rule of reason ในลักษณะที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า พฤติกรรมของจำเลยเป็นความผิด แต่สามารถหักล้างได้ โดยให้เป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ว่าพฤติกรรมของตนมีความชอบธรรม ดังนั้นข้อสันนิษฐานความผิดและการกำหนดให้เป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ความชอบธรรมตามหลักแห่งเหตุผลของสหรัฐ จึงต่างกันหลักแห่งเหตุผลของกลุ่มสหภาพยุโรป ซึ่งจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่า การตกลงร่วมกันทางธุรกิจเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และรัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย

จาก ทีโมธี เจ เกรนเดล กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป เยอรมันนีและญี่ปุ่น แปลโดย ฝ่ายกฎหมาย กองแผนงานและวิชาการ กระทรวงพาณิชย์, หน้า 5.



เพื่อจัดคู่แข่ง (predatory pricing) แต่ถ้าหากศาลพบว่าราคาสินค้าหรือบริการของจำเลยนั้น สูงกว่ามาตรฐานต้นทุนที่ศาลกำหนด ศาลมีแนวโน้มอย่างมากในการที่จะตัดสินว่าพฤติกรรมการตั้งราคาของจำเลยเช่นนั้นไม่ใช่การตั้งราคาเพื่อจัดคู่แข่ง โดยไม่ถือเคร่งครัดในประเด็นสถานการณ์ในตลาดของจำเลยมากนัก

อย่างไรก็ตาม แนวคำตัดสินของศาลสหรัฐเกี่ยวกับพฤติกรรมการตั้งราคาเพื่อจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ยังไม่เป็นไปในแนวเดียวกันทุกศาล กล่าวคือ ศาลสหรัฐแต่ละศาลยังมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ว่าควรจะเป็นอย่างไร เท่าที่ผู้เขียนค้นคว้าสามารถแยกแนวทางของคำพิพากษาของศาลสหรัฐ ได้ดังต่อไปนี้

2.3.1 แนวคำพิพากษาที่ใช้มาตรฐานต้นทุนเพิ่มเป็นสำคัญ (The marginal cost standard) แนวนี้ที่มาจากแนวคิดของ Prof Areeda และ Turner ที่นำความคิดทางเศรษฐศาสตร์ เรื่อง Ideal price มาเป็นพื้นฐานในการตัดสินว่า การตั้งราคาสินค้าของจำเลยเป็นพฤติกรรม predatory pricing หรือไม่

กฎเกณฑ์ที่ Prof Areeda และ Turner เสนอนั้น สามารถสรุปรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้คือ

1) ราคาที่สูงกว่าต้นทุนเพิ่ม ( $P > MC$ ) ให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาด (conclusively) ว่า ชอบด้วยกฎหมาย

2) ราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนเพิ่ม ( $P < MC$ ) ให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาด ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่า ถ้าตลาดมีอุปสงค์มาก (strong) ราคาอาจจะน้อยกว่าต้นทุนเพิ่ม ( $P < MC$ ) ได้บ้าง (moderately) ถ้าราคานั้นยังคงสูงกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย ( $P > ATC$ )

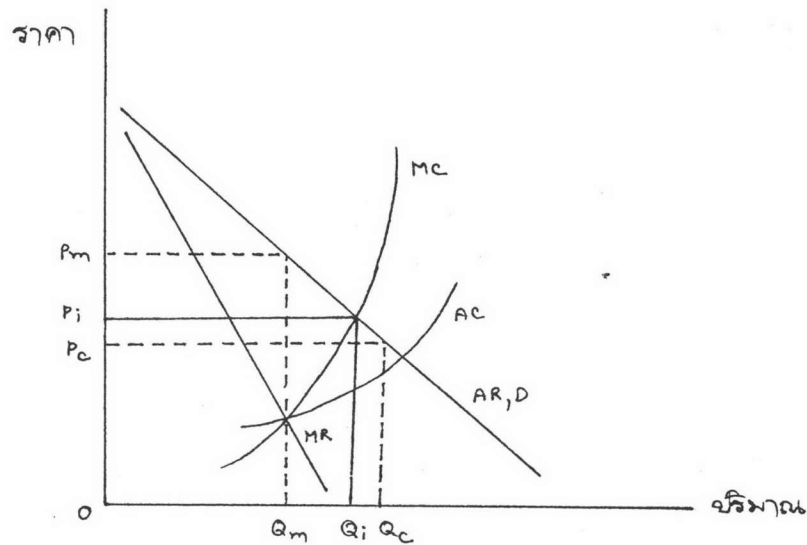
3) เนื่องจากความลำบากในการหาค่าต้นทุนเพิ่ม ดังนั้น ให้ใช้ค่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (AVC) แทนค่าต้นทุนเพิ่ม ทำให้ได้ผลสรุปดังต่อไปนี้

3.1 ราคาที่สูงกว่าค่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย ( $P > AVC$ ) ซึ่งประมาณโดยสมควร (reasonably anticipated) ให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่าชอบด้วยกฎหมาย

3.2 ราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย ( $P < AVC$ ) ให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กฎเกณฑ์ของ Prof Areeda-Turner ข้างต้น มีที่มาจากแนวความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ว่า สินค้าควรทำการผลิตขึ้นมา ตราบเท่าที่ผู้บริโภคเต็มใจที่จะจ่ายค่าสินค้าเป็น

จำนวนที่ไม่ต่ำกว่าต้นทุนเพิ่ม (MC) กล่าวคือ ควรจะทำการผลิตต่ำกว่าที่  $AR > MC$  และ ณ ที่ซึ่งรายรับเฉลี่ย (AR) มีค่าเท่ากับต้นทุนเพิ่ม (MC) นักเศรษฐศาสตร์ถือว่าเป็นราคาสินค้าที่ดีที่สุด (Ideal Price) ซึ่งจะก่อให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพ (รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 2)



จากกราฟข้างต้นจะเห็นได้ว่า ถ้าหากหน่วยผลิตทำการผลิตมากกว่าจำนวน  $Q_1$  เช่น ณ ระดับการผลิต  $Q_c$  ราคา  $P_c$  จะต่ำกว่าต้นทุนเพิ่ม ( $P_c < MC$ ) หน่วยผลิตจะประสบกับการขาดทุน (ในหน่วยสินค้าที่ผลิตเพิ่มเกินออกไปจากจำนวน  $Q_1$ ) เพราะระดับรายรับเฉลี่ยจะต่ำกว่าต้นทุนการผลิต ซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่มีประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรและทำให้ Prof. Areena-Turner เชื่อว่าราคาเช่นนั้นถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อทำลายคู่แข่ง และถ้าหากผู้ผลิตรายอื่นต้องออกไปจากอุตสาหกรรม เพราะการที่ผู้ผลิตรายใหญ่ตั้งราคาเช่นนั้น ( $P < MC$ ) พฤติกรรม predatory pricing จะก่อให้เกิดผลเสียแก่สังคม เพราะ หน่วยผลิตที่ออกไปจากอุตสาหกรรม อาจเป็นหน่วยผลิตที่มีประสิทธิภาพ แต่ไม่มีกำลังเงินทุนที่มากพอที่จะทนต่อภาวะการขาดทุนได้เช่นเดียวกับผู้ผลิตรายใหญ่

ตัวอย่างคำพิพากษตามแนวนั้น ได้แก่ คำพิพากษาคดี Northeasten Telephone Co.v. American Telephone & Telephone Co. (AT&T) ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ (Northeasten Telephone Co.) เป็นบริษัทใหม่ที่เข้ามาในตลาดผลิตชุดอุปกรณ์โทรศัพท์ ในปี ค.ศ. 1972 (โดยใช้เงินทุน 1000 \$) คู่แข่งของบริษัทโจทก์ในตลาด ก็คือ Southern New England Telephone Co. (SNET) ซึ่งเป็นบริษัทในเครือ AT&T ต่อมา SNET ได้ออก

อุปกรณ์โทรศัพท์ชุดใหม่ คือ ชุดอุปกรณ์สลับสายโทรศัพท์ (PBx) และขายในราคาที่สูงมาก โจทก์จึงฟ้องจำเลยโดยหาว่าจำเลยทำพฤติกรรม predatory pricing

ในคดีนี้ ศาลสูงที่พิจารณาคดี คือ ศาลอุทธรณ์ที่ 2 (Second Circuit Court of Appeals) ศาลอุทธรณ์ที่ 2 ได้อธิบายถึงเจตนารมณ์พื้นฐานของ The Sherman Act และวางหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาคัดสินว่าการตั้งราคาเช่นไร ควรถือว่าเป็นพฤติกรรม predatory pricing โดยกล่าวว่า ปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้น คือว่า ควรใช้ค่าต้นทุนใดเพื่อพิจารณาว่าพฤติกรรมของจำเลยเป็นพฤติกรรม predatory pricing หรือไม่ ปัญหานี้จะตอบได้ก็ต่อเมื่อเข้าใจถึงเป้าหมายของกฎหมายป้องกันการผูกขาด และข้อจำกัดของกระบวนการพิจารณาในศาล ในขณะที่รัฐสภาผ่าน The Sherman Act (ในปี ค.ศ. 1890) รัฐสภาได้วางนโยบายเอาไว้ว่า รูปแบบพฤติกรรมธุรกิจการค้าต้องเป็นการแข่งขันที่เข้มแข็ง (The norm for commercial activity must be robust competition) . . . ดังนั้นในบางคดีถ้าเกิดข้อขัดแย้งระหว่างการเลือกที่จะรักษาการแข่งขันหรือการช่วยเหลือคู่แข่งบางรายให้อยู่รอด ศาลต้องเลือกการแข่งขัน<sup>3</sup>

จากเจตนารมณ์ของ The Sherman Act ตามที่ศาลอุทธรณ์ที่ 2 ได้กล่าวมาข้างต้นทำให้ศาลอุทธรณ์ที่ 2 เลือกใช้ค่าต้นทุนเพิ่มเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมของจำเลยเป็นพฤติกรรม predatory pricing หรือไม่ โดยใช้กฎเกณฑ์ที่ Prof Areeda และ Turner นำเสนอ โดยศาลอุทธรณ์ที่ 2 ได้ให้เหตุผลสนับสนุนกฎเกณฑ์ดังกล่าว 3 ประการสำคัญ กล่าวคือ

- กฎค่าต้นทุนเพิ่มสอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันของ The Sherman Act เพราะการตั้งราคาสินค้าเท่ากับค่าต้นทุนเพิ่ม จะมีผลกระทบแต่เฉพาะผู้ประกอบการที่ด้อยประสิทธิภาพเท่านั้น แต่จะไม่กระทบต่อผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันหรือเหนือกว่า เพราะฉะนั้นการตั้งราคาสินค้าเท่ากับค่าต้นทุนเพิ่มถือว่าเป็นการแข่งขันที่ชอบธรรมบนพื้นฐานของประสิทธิภาพที่

<sup>3</sup>Thomas W. Dunfee and Frank F. Gibson, Antitrust and trade regulation case and material (John Willey & Sons, 1985), P. 190.

เท่าเทียมกัน<sup>4</sup>

- กฎค่าต้นทุนเพิ่มสอดคล้องกับการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะเป็นราคาที่ไม่น้อยกว่าค่าต้นทุนที่เกิดขึ้นจากการผลิตสินค้าหน่วยสุดท้าย ส่วนการกำหนดมาตรฐานการตั้งราคาให้สูงกว่าค่าต้นทุนเพิ่มจะทำให้ปริมาณสินค้าถูกจำกัด เพราะจะมีผู้บริโภควางรายไม่สามารถซื้อสินค้านั้นได้ทั้ง ๆ ที่เขายังเต็มใจให้ราคาสินค้าที่ไม่น้อยกว่าค่าต้นทุนเพิ่ม<sup>5</sup>

- กฎค่าต้นทุนเพิ่มเป็นหลักเกณฑ์ที่ง่ายที่สุด โดยศาลอุทธรณ์ที่ 2 ให้เหตุผลว่า เนื่องจากพฤติกรรม predatory pricing นั้นเกิดยาก ดังนั้นการใช้กฎเกณฑ์ที่ยุ่งยากซับซ้อนจะมีโอกาสผิดพลาดได้ง่าย และถ้าหากเกิดความผิดพลาดขึ้นแล้ว อาจเกิดผลข้างเคียงทำให้ผู้ประกอบการไม่กล้าแข่งขันด้านราคากัน เพราะพฤติกรรม predatory pricing มีความใกล้เคียงกับพฤติกรรม competitive pricing มาก เพราะฉะนั้นกฎค่าต้นทุนเพิ่มจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและดีที่สุดที่จะนำมาใช้พิจารณาตัดสินว่าการตั้งราคาของจำเลยเป็นพฤติกรรม predatory pricing หรือไม่<sup>6</sup>

อย่างไรก็ตามในการปรับใช้กฎเกณฑ์ของ Prof Areeda และ Turner ศาลอุทธรณ์ที่ 2 มิได้ถือโดยเด็ดขาดว่า ถ้าราคาต่ำกว่าค่าต้นทุนเพิ่มแล้วจะเป็น predatory pricing แต่ถือในระดับเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเท่านั้น แต่ศาลอุทธรณ์ที่ 2 ได้ยอมรับถึงความยุ่งยากในการคำนวณหาต้นทุนเพิ่ม จึงยอมให้ใช้ค่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ยแทนได้

ข้อสังเกต จากรายละเอียดที่กล่าวมาข้างต้น ศาลอุทธรณ์ที่ 2 ได้ให้ความสำคัญในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างราคากับต้นทุนการผลิตเป็นหลัก กล่าวคือ การตั้งราคาของจำเลยจะเป็นพฤติกรรม predatory pricing หรือไม่ ให้อู่ว่าราคาสินค้าต่ำกว่าต้นทุนเพิ่ม (MC) หรือค่าต้น

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

ทุนแปรผันเฉลี่ย (AVC) หรือไม่ โดยที่ศาลอุทธรณ์ที่ 2 ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นสภาพในตลาดทางเศรษฐกิจของจำเลยแม้แต่น้อย

2.3.2 แนวคำพิพากษาที่ใช้มาตรฐานต้นทุนเพิ่มรวมทั้งปัจจัยอื่นด้วย (The augmented marginal costs standard) แนวการวินิจฉัยแนวนี้ ศาลอุทธรณ์ที่ 9 ของสหรัฐอเมริกา (The Ninth Circuit Court) เป็นผู้วางแนวคำวินิจฉัย\* โดยศาลอุทธรณ์ที่ 9 (The ninth Circuit Court) ได้วางหลักการเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษา William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co. ในคดีดังกล่าวศาลได้สร้างแนวทางในการพิสูจน์โดยให้พิจารณาทั้งพยานหลักฐานเกี่ยวกับต้นทุน และพยานหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาของจำเลย (Cost-based and intent-based evidence) เพื่อที่จะพิจารณาว่ามีพฤติกรรมการตั้งราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) เกิดขึ้นจริงหรือไม่

ข้อเท็จจริงในคดี William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co. มีว่า โจทก์ (Inglis) กล่าวหาจำเลย (Continental) ว่า ละเมิดกฎหมาย Sherman Act เนื่องจากโจทก์มีพฤติการณ์ predatory pricing ในตลาดขายส่งขนมปัง ใน Northern California จากข้อมูลในคดีพบว่า เดิมทีจำเลยขายขนมปังภายใต้ตรา Wonder (ตรา Wonder เป็นชื่อการค้าที่ได้มีการโฆษณา และเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปของจำเลย) ต่อมา (ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีหลายปี) จำเลยได้ประสบกับการแข่งขันด้านราคาอย่างรุนแรงจากขนมปังตราอื่น ๆ เช่น ของโจทก์ เพื่อเป็นการตอบโต้ จำเลย (นอกจากขายขนมปังภายใต้ตรา Wonder ต่อไป) ได้ออกขนมปังภายใต้ตราใหม่ซึ่งมีคุณลักษณะเหมือนขนมปังตรา Wonder ทุกประการ แต่ขายในราคาที่ให้ส่วนลด (ราคาถูกลง) โจทก์จึงกล่าวหาว่าจำเลยขายขนมปังตราใหม่ ในราคาที่ต่ำกว่าทุน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกำจัดคู่แข่งรายอื่นให้ออกไปจากตลาด

---

\*นับตั้งแต่ปี 1973-1992 ศาลอุทธรณ์ที่ 9 (Ninth Circuit Court) ได้ตัดสินคดีเกี่ยวกับ Predatory Pricing มาแล้ว 13 คดี อ้างจาก Nelsonya Causby, Predatory pricing : The Evolution Economic Community, The United States and the European Economic Community, Hastings International and Comparative Law Review.15, 2 (Wint 1992).

ในคดีนี้ ศาลได้ตั้งประเด็นในคดีว่าโจทก์เป็นเพียงคู่แข่งในตลาดแข่งขันที่ปกติ (honest) แต่บังเอิญมีการแข่งขันรุนแรงเท่านั้น (vigorous competition) หรือผู้เคราะห์ร้ายของกลยุทธ์การกำหนดราคาเพื่อจัดคู่แข่งที่ไม่เป็นธรรม (unfair and predatory tactics) ซึ่งถูกนำมาใช้โดยบริษัทที่มีเจตนาจะทำการผูกขาดในตลาด

ในส่วนคำวินิจฉัย ศาลได้วางแนวเอาไว้ว่า "การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย (ATC) แต่สูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (AVC) อาจเป็นวิธีที่ชอบธรรมเพื่อให้เกิดการขาดทุนน้อยที่สุดในช่วงเวลาที่อุปสงค์ในตลาดไม่เพียงพอ"

นอกจากนี้ศาลยังได้วางแผนต่อไปอีกว่า ศาลไม่ได้ต้องการให้โจทก์จัดหาพยานหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาที่แท้จริงของจำเลย พฤติกรรม predatory pricing สามารถที่จะพิสูจน์ได้จากการวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างต้นทุน-ราคา เพียงแต่ว่าพยานหลักฐานเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างต้นทุน-ราคาระนั้น จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าจำเลยคาดหวังว่าราคาที่ต่ำเช่นนั้นสามารถมีผลทำลายการแข่งขันและขยายสถานภาพตลาดของเขาได้\*\*

ในท้ายที่สุด ศาลได้สร้างแนวทางในการพิจารณาว่ามีพฤติกรรม predatory pricing เกิดขึ้นจริงหรือไม่ ดังต่อไปนี้

---

\*"Prices below the average total cost, but above the average variable cost, may represent a legitimate means of minimizing losses during a period of inadequate demand."

\*\*The court did not require all plaintiffs to produce evidence of the defendant's actual intent. Rather, predatory pricing could be proven by a cost and price analysis. However, the evidence of costs and pricing practices had to demonstrate that the defendant anticipated its low prices could have a destructive effect upon competition and would thus enhance its market position.

" เพื่อที่จะพิสูจน์ว่าเกิดพฤติกรรม predatory pricing โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าประโยชน์ที่คาดหวังจากการตั้งราคาของจำเลย เช่น นั้นมีแนวโน้มที่จะสั่งสอน (discipline) หรือจำกัดการแข่งขัน และผลจากการนี้ ทำให้จำเลยมีความสามารถในระยะยาวเพิ่มขึ้น ที่จะกอบโกยประโยชน์จากการมีอำนาจผูกขาด โดยถ้าราคาที่จำเลยตั้งต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ยแต่สูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย โจทก์เป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ให้ได้ว่าราคาที่จำเลยตั้งนั้นเป็นพฤติกรรม predatory pricing แต่ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ว่า ราคาที่จำเลยตั้งนั้นต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีพฤติกรรม predatory pricing เกิดขึ้น และภาระการพิสูจน์จะตกแก่จำเลยในการที่จะต้องพิสูจน์ว่าราคานั้นเป็นราคาที่มีเหตุผลโดยปราศจากการคาดหวังว่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อคู่แข่ง"\*

กล่าวโดยสรุป คือ ศาลได้วางหลักว่า

1. ถ้าราคาที่จำเลยตั้งสูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย ( $P > AVC$ ) โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่าราคาเช่นนั้นถูกกำหนดเพื่อทำลายการแข่งขัน โดยคาดหวังผลกำไรที่ได้จากการผูกขาด
2. ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ว่า ราคาที่จำเลยตั้งนั้น ต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย จำเลยจะต้อง

---

\*To establish predatory pricing a plaintiff must prove that the anticipated benefits of a defendant's price depended on its tendency to discipline or eliminate competition and thereby enhance the firm's longterm ability to reap the benefits of monopoly power. If the defendant's prices were below average total cost but above average variable cost, the plaintiff bears the burden of showing defendant's pricing was predatory. If, however, the plaintiff proves that the defendant's prices were below average variable cost, the plaintiff has established a prima facie case of predatory pricing and the burden shifts to the defendant to prove that the prices were justified without regard to any anticipated destructive effect they might have on competitors.



แสดงให้เห็นว่า ราคาเช่นนั้น ไม่ได้ถูกตั้งขึ้นเพื่อทำลายการแข่งขัน

นอกจากคดี William Inglis & Sons Baking Co. V ITT Continental Baking Co. แล้ว ศาลอุทธรณ์ที่ 9 (The ninth Circuit Court) ยังได้วางแนววินิจฉัย เช่นนี้ซ้ำอีกในคดี Transamerica Computer V. IBM Corp. ในคดีดังกล่าวศาลได้ปฏิเสธที่จะอิงอยู่กับการพิสูจน์ พยานหลักฐานเกี่ยวกับต้นทุนเพียงอย่างเดียว โดยวินิจฉัยว่า "กฎเกณฑ์ซึ่งยึดต้นทุนเป็นสำคัญเพียงประการเดียวจะจำกัดข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัจจัยสำคัญอื่น ๆ เช่น เจตนา อำนาจตลาด โครงสร้างตลาด และพฤติกรรมในระยะยาวในการที่จะประเมินผลในทางทำลายของการตัดสินใจตั้งราคาเช่นนั้น"\* และในท้ายที่สุดศาลยังได้สรุปอีกว่า " แม้แต่ราคาที่ตั้งไว้สูงกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ยอาจถือว่าเป็นพฤติกรรม predatory pricing ก็ได้ แต่ในกรณีเช่นนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าเป็นเช่นนั้นด้วยพยานหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ (Clear and convincing evidence)"\*

ข้อสังเกต จากทั้ง 2 คดีที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลอุทธรณ์ที่ 9 (The ninth Circuit Court) ได้ยอมรับกฎค่าต้นทุนเพิ่มของ Prof Areeda และ Turner ในลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเท่านั้น อีกทั้งยังเปิดโอกาสอย่างกว้างในการนำประเด็นข้อพิจารณาอื่นมาสืบหักล้างได้ แต่มีข้อพิจารณาประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจ คือเรื่องอำนาจตลาด โครงสร้างตลาด ซึ่งแม้ศาลอุทธรณ์ที่ 9 ได้กล่าวไว้ในคดี Transamerica ข้างต้นว่า ศาลนำมาพิจารณาด้วยอย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า ระดับของการนำมาพิจารณา ศาลอุทธรณ์ที่ 9 เพียงแต่นำประเด็นนี้มาพิจารณาประกอบเท่านั้น แต่ไม่ได้วางหลักเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนว่า จำเลยจะต้องมีสถานะเห็นผู้อื่น

---

\*"a rule based exclusively on cost forecloses consideration of other important factors, such as intent, market power, market structure, and long-run behavior in evaluating the predatory impact of a pricing decision."

\*"Even prices set above average total cost might have predatory connotations. In such a case, the plaintiff would have to prove predation by clear and convincing evidence."



(Dominant Position) จึงจะมีความผิดฐานกระทำพฤติกรรม predatory pricing ได้ ประเด็นสำคัญในคดี predatory pricing ยังคงอยู่ที่ความสัมพันธ์ระหว่างราคาและต้นทุนการผลิตเป็นอย่างไร กล่าวคือ ในทางเศรษฐศาสตร์หรือทางธุรกิจ การตั้งราคาของจำเลยในคดีเป็นพฤติกรรมที่ยอมรับได้หรือไม่ เพราะจากข้อมูลที่คุณเขียนค้นคว้าเพิ่มเติมพบว่าในคดี William Inglis ที่ศาลอุทธรณ์ที่ 9 เป็นผู้พิจารณาตัดสินคดีที่น่าเสนามาข้างต้นแล้วนั้น ปรากฏว่า จำเลยในคดีดังกล่าว (Continental) แม้จะใหญ่เป็นอันดับสองในตลาดขนมปังใน Northern California ก็ตาม แต่จากสภาพตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) มีการกระจุกตัวต่ำ\* และส่วนแบ่งทางการตลาดของจำเลย (Continental) ในตลาดก็มีเพียงแค่ 8 % เท่านั้น ซึ่งหากคดี Inglis นี้ตัดสินโดยกฎหมายของกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) กล่าวคือ ตามมาตรา 86 Rome Treaty คดีนี้จะต้องถูกยกฟ้องตั้งแต่แรกเลย เนื่องจากจำเลยไม่ใช่ผู้มีสถานะภาพเหนือผู้อื่น (Dominant Position) โดยไม่ต้องไปพิจารณาในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างราคาสินค้าและต้นทุนการผลิตเลย

2.3.3 แนวคำพิพากษาที่ยึด Recoup Theory เป็นหลักในการพิจารณา คำวินิจฉัยแนวนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษา Matsushita Electric Industrial Co. V. Zenith Radio Corp. ในคำพิพากษาดังกล่าวดังกล่าว ศาลไม่ได้กำหนดวิธีพิสูจน์ที่ได้ชัดชัดในการพิจารณาว่ามีพฤติกรรม predatory pricing เกิดขึ้นหรือไม่ แต่ได้สะท้อนให้เห็นทัศนคติบางประการของศาลเกี่ยวกับพฤติกรรม predatory pricing ว่าเกิดยาก โดยใช้เหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์ คือ Recoup Theory สันนิษฐาน

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Zenith Radio Corporation และ National Union Electric Corporation (NUE) ได้ฟ้อง 21 บริษัทซึ่งผลิตและขายผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าญี่ปุ่น เช่น โทรทัศน์ โดย Zenith และ NUE กล่าวหาว่าจำเลยกระทำผิดตามกฎหมาย โดยจำเลยทั้งหมดได้รวมหัวกันที่จะกำจัดโจทก์ออกไปจากตลาดเครื่องไฟฟ้าในอเมริกา โจทก์อ้างว่าจำเลยรวมหัว

---

\* ค่าการกระจุกตัว หมายถึง จำนวนหน่วยผลิตและลักษณะการกระจายของขนาดของหน่วยผลิตที่อยู่ในตลาด กล่าวคือ ถ้าในตลาดมีผู้ประกอบการน้อยรายและแต่ละรายมีส่วนแบ่งทางการตลาดมากก็จะถือได้ว่าตลาดมีการกระจุกตัวสูง ตลาดที่มีการกระจุกตัวสูง การแข่งขันภายในตลาดจะน้อย เพราะมักมีการรวมหัวกันจำกัดการแข่งขันกันได้ง่าย

กันขายโทรทัศน์ราคาสูง ในญี่ปุ่นแต่ในขณะที่เดียวกันกลับขายในราคาต่ำในประเทศอเมริกา

ในคดีนี้ศาลได้แสดงความสงสัยว่าพฤติกรรม predatory pricing เป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้จริงหรือไม่ โดยอ้างความเห็นของนักเศรษฐศาสตร์ที่เห็นว่าพฤติกรรมเช่นนี้ไม่ค่อยเกิดและยากที่จะประสบความสำเร็จ ในคำวินิจฉัยศาลได้อ้างว่าพฤติกรรมเช่นนี้เป็นพฤติกรรมที่เสี่ยงเพราะ หน่วยธุรกิจที่ทำการจะต้องสูญเสียผลกำไรในระยะสั้น อีกทั้งผลตอบแทนในระยะยาวที่จะได้รับขึ้นอยู่กับว่าสามารถจัดการแข่งขันออกไปจากตลาดได้หรือไม่ เพราะว่าหน่วยธุรกิจที่ทำ predatory pricing นี้จะต้องไม่เพียงแต่ไม่ได้รับอำนาจผูกขาดเท่านั้น แต่จะต้องรักษาอำนาจนี้ไว้ให้นานเพียงพอที่จะชดเชยส่วนที่ขาดทุนและกอบโกยผลกำไรส่วนเกินได้

ศาลแสดงความเห็นต่อไปอีกว่าการรวมหัวกันทำ predatory pricing ไม่น่าจะเกิดภายใน cartel เพราะในกรณีของ cartel ความสำเร็จในการทำ predatory pricing ขึ้นอยู่กับความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน (willingness) ของทุกหน่วยธุรกิจที่จะทนต่อการขาดทุนเป็นระยะเวลาที่ไม่จำกัด ดังนั้นจึงทำให้ผู้รวมหัวแต่ละคนมักจะโกง โดยปล่อยให้พวกพ้องขาดทุนไป แต่จะกลับเข้ามาแบ่งผลประโยชน์ด้วย ถ้าการรวมหัวกันกระทำการเช่นนี้ประสบความสำเร็จ

นอกจากนี้ศาลพบข้อเท็จจริงว่า ส่วนแบ่งตลาดของโจทก์ไม่ได้ลดลงมากมายในช่วง 20 ปีหลังจากมีการรวมหัวกันเช่นนั้น ทำให้ศาลสูงสุด (Supreme Court) เห็นว่าในเมื่อจำเลยไม่มีโอกาสที่จะชดเชยการขาดทุนโดยได้มาและรักษาไว้ซึ่งอำนาจผูกขาด ดังนั้น จำเลยจึงน่าที่จะไม่ได้มีรวมหัวกันทำ predatory pricing

ในท้ายที่สุดศาลได้สรุปอีกว่า ในเมื่อปราศจากแรงจูงใจที่เพียงพอในการรวมหัวกันทำ predatory pricing การปล่อยให้ศาลยังคงค้นหาต่อไปว่ามีการรวมหัวกันจริงหรือไม่ ในเมื่อข้อวินิจฉัยเช่นนั้นเป็นไปไม่ได้เท่ากับเป็นการขัดขวางต่อการแข่งขัน

ข้อสังเกต จากแนวคำพิพากษาในคดี Matsushita แสดงให้เห็นว่า ศาลคิดว่า พฤติกรรม predatory pricing เกิดยาก เพราะฉะนั้นเมื่อข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏว่ามีสภาพแวดล้อมหรือปัจจัยในตลาดที่เอื้อต่อการเกิดพฤติกรรม predatory pricing แล้ว ศาลสูงสุด (Supreme Court) ก็สรุปเลยว่าการตั้งราคาของจำเลยไม่ใช่พฤติกรรม predatory pricing โดยไม่พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างราคาและต้นทุนการผลิต นอกจากข้อสังเกตข้อต้นแล้ว ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ศาลสูงสุดในคดี Matsushita ไม่ได้กล่าวถึงประ

ได้สถานภาพทางเศรษฐกิจของจำเลยว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) หรือไม่แต่อย่างใดเลย

#### 2.4 การบังคับใช้กฎหมาย

ในสหรัฐ หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด มีด้วยกัน 3 องค์กร คือ

- 1) Antitrust Division of the Department of Justice เป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงยุติธรรม
- 2) คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (Federal Trade Commission - FTC)
- 3) ศาล

โดยแต่ละองค์กรมีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- 1) Antitrust Division of the Department of Justice\*

องค์กรนี้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้ช่วยอัยการสูงสุด (an Assistant Attorney General) และภายใต้องค์กรแบ่งหน่วยงานหลักออกได้เป็น 3 หน่วยงาน คือ

---

\*ในทางปฏิบัติ Antitrust Division of the Department of Justice และ คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (The federal Trade Commission) จะแบ่งแยกขอบข่ายอำนาจและหน้าที่กันเพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงาน โดยแต่ละองค์กรจะมีเจ้าหน้าที่คอยประสานงานกับอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ตลอดเวลา จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า Antitrust Division of the Department of Justice จะรับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาแต่ผู้เดียวในความผิดเกี่ยวกับกฎหมายผูกขาดและมีอำนาจดำเนินคดีแพ่งได้ด้วย โดยจะเน้นกิจการเกี่ยวกับการธนาคาร, การทำเบียร์ อุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์รวมทั้งทำการสำรวจสัญญาที่จำกัดการแข่งขันในงานวิชาชีพต่างๆ ส่วนคณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (The Federal Trade Commission) จะเน้นไปทางด้านอุตสาหกรรมนม, อาหาร และการจัดจำหน่าย (distribution) (คณะกรรมาธิการฯ ไม่มีอำนาจดำเนินคดีอาญาใด ๆ ทั้งสิ้น)

1.1 หน่วยพิจารณา (Trial Section) หน่วยงานนี้รับผิดชอบเกี่ยวกับการสืบสวน สอบสวน การพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury Hearings) คดีความต่าง ๆ ใน ศาล (court cases) และการบังคับตามคำพิพากษา

1.2 สำนักงานสาขา (Field offices) ทำหน้าที่ต่าง ๆ คล้ายหน่วยงานกลาง เพียงแต่มีเขตรับผิดชอบอยู่ในส่วนภูมิภาค (regional basis)

1.3 หน่วยงานผู้เชี่ยวชาญ (Specialist offices) รับผิดชอบทางด้านเทคนิค ซึ่ง จำเป็นต่อการบริหารงานของ Division หน่วยงานผู้เชี่ยวชาญแบ่งออกเป็น

- หน่วยงานนโยบายทางเศรษฐกิจ จะทำหน้าที่วิเคราะห์โครงสร้างตลาดที่เป็นอยู่ (existing industry structures) และให้คำแนะนำเกี่ยวกับตลาดหรืออุตสาหกรรมที่หน่วยงานนี้สงสัยว่ามีการจำกัดการแข่งขันหรือการผูกขาด

- หน่วยงานวางแผนนโยบาย (an office of policy planning) จะทำหน้าที่รับผิดชอบปัญหาระยะยาวและเสนอร่างพระราชบัญญัติต่าง ๆ ให้รัฐสภาพิจารณา

- หน่วยงานการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (a foreign commerce section) จะ รับผิดชอบคดีที่มีปัญหาด้านระหว่างประเทศ

- หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมควบคุมต่าง ๆ (various regulated industry sections) จะรับผิดชอบดูแลหน่วยงานของสหพันธ์ที่บริการด้านการขนส่งและสาธารณูปโภค

Antitrust Division of Department of Justice โดยปกติมักจะทุ่มเท กำลังคนและทรัพยากรต่าง ๆ ในสังกัดหน่วยงานของตน เพื่อทำการสืบสวนสอบสวน จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่า Antitrust Division นี้มีวิธีสืบหาข้อมูลที่ต้องการอยู่ 3 วิธีหลัก คือ

- 1) เอกชนสมัครใจให้ข้อมูลเอง ซึ่งอาจกระทำโดยจดหมายโต้ตอบ (correspondence) หรือ Antitrust Division ส่งเจ้าหน้าที่ออกไปสืบสวนสอบสวน เจ้าหน้าที่เหล่านั้นสามารถที่จะเข้าไปในบริษัทต่าง ๆ ได้ และขอตรวจสอบแฟ้มข้อมูลต่าง ๆ ที่เห็นว่า เกี่ยวข้องกับความผิดที่บริษัทถูกกล่าวหา

2) ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งในคดีเกี่ยวกับการผูกขาด (The Antitrust Civil Process Act) เพื่อให้ผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลย บุคคลใดก็ตาม หรือบริษัทจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสืบสวนการสอบสวน นอกจากนี้แล้ว กระทรวงยุติธรรม (The Department of Justice) มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม (Interrogatories to parties)\* และบันทึกคำให้การพยานนอกศาล (Deposition)\* โดยบุคคลที่จะต้องให้การอาจเป็นเจ้าของหน้าที่หรือลูกจ้างของบริษัทก็ได้

3) โดยการสืบสวนของคณะลูกขุนใหญ่ (an investigation by a Grand Jury) มักใช้ในกรณีที่มีความแน่นอนว่า Antitrust Division เห็นสมควรดำเนินคดีอาญา คณะลูกขุนใหญ่นี้เป็นองค์กรที่อิสระและมีอำนาจมาก สามารถออกหมายเรียกเอกสารใดก็ตามหรือพยานบุคคลที่ตนเห็นสมควรได้

แนวทางในการดำเนินคดีของ Antitrust Division จากการศึกษาของผู้เขียน

---

\* การสอบถามข้อเท็จจริงจากคู่ความฝ่ายตรงข้าม (Interrogatories to Parties) หมายถึง การมีหนังสือไปยังคู่ความฝ่ายตรงข้ามเพื่อสอบถามข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่จะต้องตอบมา ส่วนมากจะใช้ในการสอบถามข้อเท็จจริงที่บุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ หรือข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคำคู่ความ (pleading) เพื่อให้ประเด็นในคดีกระจ่างชัด

\* การทำบันทึกคำให้การพยานนอกศาล (Deposition) หมายถึง บันทึกคำให้การของพยานบุคคลที่กระทำนอกศาลต่อหน้าบุคคลที่มีอำนาจกระทำการ โดยคู่ความซึ่งได้แจ้งให้คู่ความทุกฝ่ายทราบเพื่อจะได้มีโอกาสมาถามค้าน วิธีการนี้เป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยอมให้มีการบันทึกคำพยานนอกศาลได้ บันทึกคำให้การพยานนี้มักจะทำให้รูปของคำถามคำตอบโดยถอดจากเทปบันทึกเสียง หรือเครื่องมืออื่น ๆ การคัดค้านคำถามใด ๆ อาจทำได้ แต่จะไม่มีผู้วินิจฉัยว่าคำถามนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คงปล่อยให้ปรากฏเป็นหลักฐานไว้ เพื่อที่ศาลจะได้มีคำสั่งในภายหลัง

จาก พรเพชร วิชิตชลชัย, ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528) , หน้า 818.

พบว่า มีวิธีการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- 1) ฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา และจำเลยต่อสู้คดี
- 2) ฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา แต่จะเลยยื่นคำร้อง nolo contendere กล่าวคือ จำเลยยอมที่จะรับโทษในความผิดที่กล่าวหา แต่ไม่ยอมรับว่าตนเองทำผิด
- 3) อนุญาตให้เอกชนมาเจรจาตกลงเพื่อทำ consent decree วิธีนี้ให้ผลลัพธ์ในลักษณะที่คล้ายกับการยื่นคำร้องแบบ nolo contendere กล่าวคือ ไม่ถือว่าจำเลยยอมรับผิดตามที่ถูกกล่าวหา

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของภาคเอกชนหากสงสัยว่าการกระทำของตนบางประการจะขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือไม่ อาจมีวิธีป้องกันได้โดยขอความเห็นจากกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) โดยขอให้กระทรวงยุติธรรมทำการพิจารณาว่าพฤติกรรมที่เสนอให้พิจารณานั้น ในความเห็นของกระทรวงยุติธรรมถือว่าขัดต่อกฎหมายหรือไม่

ในบางกรณี กระทรวงยุติธรรมอาจจะออก A Formal Business Review Letter โดยจะระบุข้อความว่าทางกระทรวง ไม่มีเจตนาที่จะดำเนินคดีอาญากับพฤติกรรมที่เสนอให้พิจารณานั้น แต่กรณีนี้ที่กระทรวงยุติธรรมจะออก A Formal Business Review Letter นี้ให้ ทางบริษัทเอกชนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการก่อน คือ

- บริษัทเอกชนจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดโดยสมบูรณ์ เพื่อใช้ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมที่เสนอให้พิจารณาขัดต่อกฎหมายหรือไม่
- พฤติกรรมที่เสนอให้พิจารณา จะต้องเป็นแผนการที่จะดำเนินการในอนาคต ไม่ใช่การกระทำที่กระทำอยู่แล้ว

ผลของการออก A Formal Business Review Letter คือกระทรวงยุติธรรมจะไม่ดำเนินคดีอาญาต่อพฤติกรรมดังกล่าวของบริษัท ที่เสนอให้พิจารณา\* อย่างไรก็ตามกระทรวงยุติธรรมยังสงวนสิทธิ์ที่จะดำเนินคดีทางแพ่งกับบริษัทได้

---

\* ความคุ้มครองที่ได้รับนี้อาจจะหมดไป ถ้าปรากฏในภายหลังว่าข้อมูลที่เปิดเผยไม่ครบถ้วน



2) คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (The Federal Trade Commission -FTC)

ภายในองค์กรประกอบด้วยหน่วยงานหลายหน่วย โดยแบ่งออกเป็นหน่วยหลัก ๆ ได้ ดังนี้ คือ

1) หน่วยวิเคราะห์เศรษฐกิจและวางแผนนโยบายระยะยาว มีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ Bureau of Competition เกี่ยวกับข้อคิดเห็นทางเศรษฐศาสตร์เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีต่ออุตสาหกรรมบางประเภท ต่อการรวมการดำเนินกิจการบางราย หรือต่อพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันบางรูปแบบ

2) An Office of General Counsel ทำหน้าที่ให้ข้อแนะนำทางด้านกฎหมายแก่ คณะกรรมาธิการในชั้นอุทธรณ์

3) The Bureau of Competition จะทำหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวน

4) กลุ่มผู้พิพากษากฎหมายปกครอง (A Number of Administrative Law Judges) เป็นหน่วยงานที่อิสระจากหน่วยงานส่วนอื่น ๆ ชำงต้น โดยทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาชั้นต้น พิจารณาคำฟ้องจาก The Bureau of Competition

คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรที่มีอำนาจมาก กล่าวคือ มีอำนาจ

1) ตรวจสอบพฤติกรรมที่สงสัยว่าเป็นการจำกัดทางธุรกิจการค้าหรือการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่ยุติธรรม

2) เรียก หรือสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจมาเป็นพยานให้ข้อเท็จจริง หรือส่งเอกสาร หรือแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติกรรม หรือความสัมพันธ์ของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น หรือความสัมพันธ์กับหน่วยธุรกิจอื่น

3) สืบสวน สอบสวนการปฏิบัติทางธุรกิจที่มีลักษณะเดียวกัน รวมทั้งสอบข้อเท็จจริงที่มีผู้ร้อง และพยานหลักฐานที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมแจ้ง

4) วางระเบียบปฏิบัติทางการค้า รวมทั้งเผยแพร่ข้อมูลต่าง ๆ ให้สาธารณชนรับทราบ

5) พิจารณาฟ้องร้องและออกคำสั่งระงับ หรือยุติการกระทำที่ผิดโดย FTC อาจใช้มาตรการเยียวยาอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างประกอบกันดังนี้ คือ

- คำสั่งให้หยุดระงับการกระทำ

- การลงโทษทางแพ่ง (ไม่เกินความผิดละ 10,000 ดอลลาร์)
- การชดใช้แก่ผู้บริโภค (consumer restitution)

คำตัดสินของ FTC นี้ถือเป็นที่สุด เว้นแต่ได้อุทธรณ์ต่อองค์คณะกรรมการ (commission) การฎีกาคำตัดสินของคณะกรรมการ อาจกระทำผ่านศาลอุทธรณ์โดยตรง เพื่อผ่านไปยังศาลสูงสุด (Supreme Court)

ในส่วนของการดำเนินคดี นอกจากโดยวิธีการฟ้องร้องดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการทางการค้าแห่งสหพันธ์และเอกชนอาจระงับคดีโดยการเจรจา เพื่อทำ consent order (มีลักษณะคล้าย consent decree ของ Antitrust Division) โดยปกติแล้ว คณะกรรมการฯ จะแจ้งไปยังเอกชนที่คณะกรรมการตั้งใจจะฟ้องร้องดำเนินคดีว่า จะสู้คดีความในศาล หรือจะมาเจรจาทำความตกลงกันเพื่อออก consent order ถ้าเอกชนต้องการสู้คดี คณะกรรมการก็จะฟ้องร้องดำเนินคดีต่อไป แต่ถ้าเอกชนตอบรับที่จะขอเจรจากับคณะกรรมการ คณะกรรมการก็จะจัดให้มีการเจรจาขึ้น โดยใช้เวลาประมาณ 30 วันหรือกว่านั้น

นอกจากมาตรการในเชิงควบคุมของคณะกรรมการตามที่กล่าวมาทั้งหมดแล้ว ในบางครั้งคณะกรรมการก็อาจใช้มาตรการในเชิงแนะนำได้เช่นกัน ซึ่งได้แก่

1) การออกข้อแนะนำทางอุตสาหกรรม (Industry Guides) เพื่อแนะนำนักธุรกิจ ในสาขาต่าง ๆ ว่าคณะกรรมการคิดอย่างไรเกี่ยวกับพฤติกรรมต่าง ๆ แต่ข้อแนะนำ (Guides) เหล่านี้ ไม่มีผลผูกพันคณะกรรมการแต่อย่างใด ตัวอย่างข้อแนะนำนี้ ได้แก่ ข้อแนะนำที่เกี่ยวกับการตีความมาตรา 2(d) และ (e) The Robinson Patman Act

2) การออกกฎเกณฑ์ควบคุมทางการค้า (Trade Regulation Rules) มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (delegated legislation) ซึ่งออกโดยคณะกรรมการ กฎเกณฑ์ที่ออกเหล่านี้บางเรื่องก็บังคับใช้เป็นการทั่วไป บางเรื่องก็บังคับใช้เฉพาะบางอุตสาหกรรมเท่านั้น ตัวอย่างของกฎเกณฑ์ควบคุมทางการค้า (Trade Regulation Rules) ได้แก่ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้เฟรนไชส์

3) การออกความเห็นในเชิงแนะนำ (An advisory opinion) เป็นคำแถลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการ ซึ่งออกโดยคณะกรรมการเพื่อตอบคำร้องจากเอกชนว่า แผนการในอนาคตบางประการขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ความเห็นนี้มีผลผูกมัดคณะกรรมการ (ภายใต้เงื่อนไขว่าเอกชนจะต้องเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ โดยครบถ้วน) จนกว่าคณะกรรมการจะมีคำสั่งเพิกถอนความเห็นข้างต้น แต่จะไม่มีผลต่อการกระทำที่ได้ทำไปก่อนหน้าที่จะมีคำสั่งเพิกถอนดังกล่าว

## แนวทางในการควบคุมของกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union)

### 3.1 แนวนโยบายในการควบคุมการผูกขาด (Monopoly Policy)

กลุ่มสหภาพยุโรปมีแนวนโยบายในการควบคุมการผูกขาดที่ผ่อนคลายน้อยกว่าแนวนโยบายของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ กฎหมายควบคุมการผูกขาดของกลุ่มสหภาพยุโรปใช้ระบบควบคุมพฤติกรรมที่ไม่ชอบ (control of abuse) แนวทางของหลักการนี้ อนุญาตให้มีการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้า หรือการมีฐานะเหนือผู้อื่นได้ในระดับหนึ่ง\* แต่จะต้องมีการออกกระเปียบควบคุมอย่างเพียงพอ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจจากการปฏิบัติอันเป็นการจำกัดทางการค้า หรือมีฐานะเหนือผู้อื่น ในทางที่ไม่ชอบ

สาเหตุที่ทำให้กฎหมายควบคุมการผูกขาดของกลุ่มสหภาพยุโรปมีลักษณะเช่นนี้ เพราะเป้าหมายของกฎหมายของอียูอยู่ที่ความมีเหตุผล (Rationalization) ซึ่งต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีเป้าหมายอยู่ที่การแข่งขันเสรี กล่าวคือ เนื่องจากสภาพโครงสร้างเศรษฐกิจขนาดของตลาดภายในอันมีข้อจำกัดอยู่บ้าง นโยบายของอียูจึงมุ่งส่งเสริมประสิทธิภาพและพัฒนาการทางเศรษฐกิจ โดยการจัดสรรทรัพยากรของอียูอย่างมีเหตุผล ดังนั้นหลักแห่งเหตุผลที่อียูใช้ จึงรวมถึงการมองไปถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการกระทำต่างๆว่าเกิดผลเสียอะไรหรือไม่ หรือมีผลดีอะไรที่พอจะอธิบายได้หรือไม่ ซึ่งต่างจากหลักการของสหรัฐอเมริกาที่จะนำผลดีและผลเสียต่อการแข่งขันมาซึ่งน้ำหนักเท่านั้น ยกตัวอย่าง เช่น ตามหลักเหตุผลของอียูการกระทำใดอันเป็นการผูกขาดถ้าหากว่าการกระทำนั้นไม่เป็นพฤติกรรมที่ใช้สภาพที่มีอำนาจเหนือผู้อื่นไปในทางที่มีชอบและเป็นการกระทำที่มีเหตุผลอธิบายได้จะถือว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถกระทำได้ซึ่งต่างจากแนวทางของสหรัฐอเมริกาที่เป็น Structural Control ซึ่งมีแนวโน้มอย่างมากที่จะถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการขัดขวาง จำกัด บิดเบือน การแข่งขันนั่นเอง

ดังนั้น ในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของกลุ่มสหภาพยุโรป จึงมีผลว่า

---

\*มีคำกล่าวในเอกสารของ E.U. ว่า Being big is not a sin. ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสะท้อนแนวความคิดข้างต้นได้เป็นอย่างดี

พฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน หรือการผูกขาด ถูกสันนิษฐานว่าถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งตรงข้ามกับข้อสันนิษฐานของสหรัฐที่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ยิ่งกว่านั้นคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปยังต้องมีการพิจารณาพิสูจน์ว่าพฤติกรรมเหล่านั้นมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก หรือมีการใช้อำนาจอันเกิดจากการมีฐานะเหนือผู้อื่นในตลาดไปในทางที่มีชอบ (abuse of dominant position)

### 3.2 บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมกาตั้งราคา เพื่อจัดคู่แข่งชั้นของกลุ่มสหภาพยุโรป คือ มาตรา 86(a) ของสนธิสัญญากรุงโรม

มาตรา 86 กำหนดไว้มีใจความว่า "ห้ามไม่ให้กิจการใด หรือหลายกิจการ ใช้สภาพของเขาที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมีชอบภายในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญของตลาดร่วม ถ้าอาจจะกระทบต่อการค้าชายระหว่างรัฐสมาชิก"

กล่าวโดยเฉพาะ การใช้อำนาจในทางที่มีชอบดังกล่าว ได้แก่

(a) การตั้ง (โดยตรงหรือโดยอ้อม) ราคาซื้อหรือขายที่ไม่ยุติธรรม หรือเงื่อนไขการค้าอื่น ๆ ที่ไม่ยุติธรรม<sup>7</sup>

จากบทบัญญัติในมาตรา 86 ข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายควบคุมการผูกขาดของ E.U. ไม่ได้มุ่งหมายที่จะห้ามการผูกขาด แต่สิ่งที่ห้าม คือ การใช้อำนาจที่มีเหนือผู้อื่นไปในทางที่มีชอบ (abuse of dominant position) และจะสังเกตเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 86 นี้ ไม่ได้ใช้บังคับกับกิจการทุกราย แต่จะใช้กับกิจการที่มีอำนาจตลาดพอสมควรที่ถือได้ว่าเป็น Dominant Position เท่านั้น (ซึ่งจะเห็นได้ว่าเนื้อหาในประเด็นนี้ต่างจากข้อความในบทบัญญัติมาตรา 2 ของ The Sherman Act อย่างสิ้นเชิง)

<sup>7</sup> วิทิต มันทราภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจการในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป," วารสารนิติศาสตร์ 13 (มีนาคม 2526) : 136.



เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 86 สามารถแบ่งแยกหลักเกณฑ์ออกได้เป็น 4 ประการ  
คือ

1. ต้องมีการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market)
2. กิจการที่กำลังพิจารณาอยู่จะต้องเป็นกิจการที่มีสถานะเหนือผู้อื่น กล่าวคือ เป็น Dominant Position ในตลาดที่เกี่ยวข้องในข้อ 1
3. กิจการดังกล่าวได้ใช้อำนาจที่ตนมีอันเนื่องมาจากการมีสถานะเหนือผู้อื่นไปในทางที่มิชอบ
4. การกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

โดยรายละเอียดของหลักเกณฑ์แต่ละข้อ คณะกรรมการและศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป\* ได้วางแนวทางไว้ดังนี้

#### ประเด็นที่ 1 การกำหนดขอบเขตตลาด

เหตุผลที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ข้อนี้ เนื่องจากสภาพ Dominant Position จะต้องพิจารณาภายในขอบเขตตลาดหนึ่ง ๆ เท่านั้น ดังนั้นการกำหนดขอบเขตตลาดจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อพิจารณาว่าในตลาดดังกล่าว กิจการเป้าหมายมีอำนาจตลาด หรือสถานะในตลาดอย่างไร ซึ่งคณะกรรมการได้เคยแสดงให้เห็นถึงเหตุผลนี้ไว้ในคดี ECS V. AKZO โดยคณะกรรมการได้กล่าวว่า ". . . วัตถุประสงค์ของการกำหนดขอบเขตตลาด คือ เพื่อกำหนดพื้นที่ทางธุรกิจการค้า ซึ่งเงื่อนไขของการแข่งขันและอำนาจตลาดของ Dominant Firm จะต้องถูกประเมิน ภายในเขตดังกล่าว. . ."<sup>๘</sup>

---

\* หลักเกณฑ์ที่จะกล่าวต่อไปนี้ เนื่องจากตัดสินก่อนที่ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจะรวมตัวกันถึงระดับเป็นสหภาพยุโรป เพราะฉะนั้นในเนื้อความบางตอนผู้เขียน จึงขอใช้คำว่า EEC แทนประชาคมยุโรปและ ECJ แทนศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปในขณะนั้น

<sup>๘</sup> Ivo Van Bael and Jean-Francois Bellis, Competition law of the EEC (Chicago : CCH Edition Limited, 1987), p. 50.

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตตลาด คือ

- การกำหนดขอบเขตตลาดโดยพิจารณาด้านตัวผลิตภัณฑ์ (Product Market)
- การกำหนดขอบเขตตลาดโดยพิจารณาจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographic Market)
- การกำหนดขอบเขตตลาดโดยพิจารณาตามเวลา (Temporal Market)

ก. การกำหนดตลาดโดยพิจารณาด้านตัวผลิตภัณฑ์ มีข้อพิจารณา 2 ประการ คือ

1) ความคล้ายคลึง หรือความสามารถในการใช้ทดแทนกัน เป็นการพิจารณาว่าสินค้าใดจะถือว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน จะต้องสามารถใช้แทนกันได้ดีพอสมควร ซึ่งหลักการนี้ศาลยุติธรรมได้เคยกล่าวไว้ในคดี *Europemballage and Continental Can V. Commission* (1973) ว่า "การที่จะมีโอกาสแข่งขันกันได้หรือไม่ ต้องตัดสินโดยคำนึงถึงลักษณะของผลิตภัณฑ์ที่เป็นปัญหา และโดยเหตุเช่นว่าผลิตภัณฑ์เหล่านั้นเหมาะสมอย่างยิ่งแก่การสนองความต้องการที่ไม่ยืดหยุ่น และอาจใช้สลับแทนกับผลิตภัณฑ์อื่นในขอบเขตที่จำกัด"<sup>9</sup>

ตัวอย่างการใช้หลักเกณฑ์ข้างต้น จะเห็นได้จากคดี *United Brands Company V. Commission* (1978) ในคดีดังกล่าวศาลได้ตัดสินว่ากล้วยมีตลาดของตัวเอง เนื่องจากมีลักษณะที่แลกเปลี่ยนกับผลไม้อื่นไม่ได้ เนื่องจากว่ากล้วยเป็นผลไม้ที่หาได้ทั้งปี ไม่ใช่เป็นผลไม้แต่บางฤดู\*

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า หลักเกณฑ์ที่ศาลยุติธรรม (ECJ) และคณะกรรมการการใช้พิจารณาว่าสินค้านี้กล่าวไว้ใช้ทดแทนกันได้พอสมควรนั้น ให้พิจารณา 2 ด้าน คือ

<sup>9</sup> วิทิต มันทาภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจกรรมในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป," วารสารนิติศาสตร์ : หน้า 136.

\* หมายเหตุ จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่าสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลในคดี *UBC* พิจารณาว่าผลไม้อื่นใช้แทนกล้วยไม่ได้ เนื่องจากกล้วยเป็นผลไม้ที่เหมาะสมในการใช้ประโยชน์บางอย่าง โดยเฉพาะเจาะจง เช่น เหมาะสำหรับเป็นอาหารสำหรับเด็กอ่อน คนป่วยและคนแก่ เป็นต้น

- ด้าน Objective เป็นการพิจารณาถึงคุณลักษณะของสินค้า ราคา และประโยชน์ในการใช้ โดยพิจารณาจากทัศนะของลูกค้าเท่านั้น

- ด้าน Subjective เป็นการพิจารณาถึงเงื่อนไขในการแข่งขันและโครงสร้างอุปทาน และอุปสงค์ของสินค้าในตลาด กล่าวคือ ถึงแม้ว่าเมื่อพิจารณาจากทางด้านคุณลักษณะของสินค้า ราคา และประโยชน์ใช้สอย จะถือได้ว่าผลิตภัณฑ์หนึ่งสามารถใช้ทดแทนผลิตภัณฑ์อีกอย่างหนึ่งได้ แต่ผลิตภัณฑ์ทั้งสองอาจใช้โดยกลุ่มของลูกค้าที่แตกต่างกัน (โดยกลุ่มทั้งสองมีสภาพเงื่อนไขในการแข่งขันที่แตกต่างกัน) ในสถานการณ์เช่นนี้ ศาลยุติธรรม (ECJ) เห็นว่าควรที่จะแยกลูกค้า 2 กลุ่มนี้ออกจากกัน เสมือนหนึ่งว่าเป็นคนละตลาด<sup>10</sup>

2) ความพร้อมของหน่วยผลิตอื่นที่อยู่นอกตลาด ในการที่จะเข้ามาผลิตสินค้าเป็นหลักเกณฑ์ที่พิจารณาในแง่ตรงกันข้ามกับข้อที่แล้ว (ข้อที่แล้วเป็นการพิจารณาในด้านอุปสงค์) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาในด้านของอุปทานว่า หน่วยผลิตอื่นที่ไม่ได้ผลิตสินค้าที่ถือว่าใช้ทดแทนกันได้ มีความลำบากในการปรับเปลี่ยนกระบวนการผลิตสินค้าของตน มาผลิตสินค้าที่ผู้ซื้อถือว่าใช้ทดแทนกันได้มากนักหรือไม่ โดยหลักเกณฑ์นี้ ศาลยุติธรรมได้เคยใช้ในคดี Continental Can โดยตัดสินว่า สภาพเหนือผู้อื่น (Dominant Position) ในตลาดบรรจุภัณฑ์ที่เป็นโลหะเบา สำหรับเนื้อและปลาไม้ถือว่าเป็นการเด็ดขาด ถ้าหากว่าผู้ผลิตในส่วนอื่นของตลาดบรรจุภัณฑ์ที่เป็นโลหะเบา มีความพร้อมที่จะเข้ามาในตลาดนี้โดยการปรับตัวที่ไม่ลำบากนักและมีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะทำการแข่งขันด้วย<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Ivo Van Bael and Jean-Francois Bellis, Competition law of the EEC, p. 51.

หมายเหตุ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลยุติธรรม (ECJ) วางไว้ในคดี Michelin V. Commission (1983) โดยศาลยุติธรรม (ECJ) คงเห็นว่าเงื่อนไขทางด้าน Subjective ดังกล่าว ทำให้ผลิตภัณฑ์ที่ใกล้เคียงกัน 2 อย่างนั้น ไม่อาจใช้ทดแทนกันได้อย่างเต็มที่ในกลุ่มตลาดผู้บริโภคทั้ง 2 กลุ่มนั้น

<sup>11</sup> Ibid, p. 52.



ปัจจัยที่ใช้ พิจารณาหลักเกณฑ์ในข้อนี้ ศาลยุติธรรม (ECJ) ในคดี Michelin V. Commission กล่าวว่าให้พิจารณาจากความเหมือนคล้ายทางด้านเทคโนโลยีในการผลิต, ระยะเวลา และจำนวนเงินทุนที่ต้องใช้ในการปรับเปลี่ยนมาผลิตสินค้าอีกอย่าง<sup>12</sup>

ข. การกำหนดขอบเขตตลาดโดยพิจารณาพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Market)

หลักเกณฑ์สืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า หน่วยผลิตที่ผลิตสินค้าอย่างเดียวกันแต่อยู่ต่างท้องที่กัน อาจไม่สามารถแข่งขันกันได้อย่างแท้จริง ยกตัวอย่างเช่น ร้านขายอาหารบนรถไฟสามารถที่จะกำหนดราคาอาหารและเครื่องดื่มของตนได้มากพอสมควร เพราะผู้โดยสารไม่สามารถที่จะหาที่ขายอาหารและเครื่องดื่มที่อื่นได้ และคงไม่มีผู้โดยสารที่จะยอมเสียเวลาลงจากรถไฟเพื่อหาร้านอาหารและเครื่องดื่มระหว่างการเดินทาง ดังนั้นการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) จะต้องกำหนดให้พอเหมาะและอยู่ในขอบเขตที่อุปสงค์อุปทานสามารถตอบสนองซึ่งกันและกันได้

ในศาลยุติธรรม (ECJ) ก็ได้ยอมรับถึงหลักเกณฑ์ในข้อนี้ โดยได้เคยกล่าวในคดี Michelin V. Commission เอาไว้ว่า "ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ คือ พื้นที่ซึ่ง Dominant Firm ที่ถูกกล่าวหาเผชิญหน้ากับการแข่งขันด้วยพฤติกรรมที่ถูกพิจารณาว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่ชอบ"<sup>13</sup> นอกจากนี้ ศาลยุติธรรม (ECJ) ยังให้แนวทางในการกำหนดพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Area) ไว้ในคดี United Brand Company อีกด้วย โดยการกำหนดพื้นที่

<sup>12</sup> Ibid.

หลักเกณฑ์ในข้อ 2 โดยปกติแล้วมักจะใช้เป็นข้อพิจารณาเสริมข้อ 1 โดยถ้าหากหน่วยผลิตอื่นที่ผลิตสินค้าอย่างอื่น สามารถปรับเปลี่ยนทรัพยากรของตนที่มีอยู่ มาผลิตสินค้าที่ทดแทนสินค้าของหน่วยผลิตที่กำลังพิจารณาได้โดยไม่เสียเวลา หรือไม่ต้องลงทุนมากนัก และสามารถแข่งขันกับหน่วยผลิตที่กำลังพิจารณาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็อาจถือได้ว่าหน่วยผลิตที่กำลังพิจารณาไม่มีสถานะเหนือผู้อื่นอย่างแท้จริง ถึงแม้ว่าจะมีส่วนแบ่งทางการตลาดมากก็ตาม

<sup>13</sup> Ibid, p. 54.

"ซึ่งสภาพของการแข่งขันเหมือน ๆ กัน ถึงขนาดที่อาจจะประเมินผลของกำลังในทางเศรษฐกิจของกิจกรรมนั้น ๆ " <sup>14</sup>

ปัจจัยที่ใช้เป็นตัวกำหนดขอบเขตตลาดทางภูมิศาสตร์ (Geographical market) ได้แก่ ค่าขนส่งสินค้า ความสะดวกในการเดินทาง (มีช่องทางในการเดินทางหรือขนส่งหรือไม่) พฤติกรรมของผู้จัดจำหน่าย (ที่มุ่งเป้าหมายเฉพาะตลาดกลุ่มผู้บริโภคบางกลุ่มเท่านั้น) หรือพฤติกรรมของผู้บริโภค (ที่มุ่งหาผู้จัดจำหน่ายบางรายเท่านั้น)

ค. การกำหนดขอบเขตตลาดโดยพิจารณาตามเวลา (Temporal Market) ในการคำนึงถึงตลาดจำเป็นต้องพิจารณาเวลาด้วย เพราะ ตลาดอาจจะเปลี่ยนแปลงตามเวลาได้หากความต้องการในผลิตภัณฑ์ใดเปลี่ยนแปลงได้ง่ายตามเวลา อาจจะหมายความว่าผลิตภัณฑ์นั้นไม่มีตลาดของตนเอง แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของตลาดที่กว้างกว่า <sup>15</sup>

ประเด็นที่ 2 สภาพที่อยู่เหนือคนอื่น (Dominant Position) ในประเด็นนี้ศาลยุติธรรม (ECJ) ได้เคยให้ความหมายไว้ในคดี United Brand Company ว่า เป็นสภาพของกำลังในทางเศรษฐกิจที่กิจการมีอยู่ ซึ่งทำให้กิจการนั้นกั้นการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพไม่ให้มีอยู่ได้ในตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยทำให้กิจการนั้นมีอำนาจที่จะประพฤติโดยไม่คำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้า หรือในท้ายที่สุด คือ ผู้บริโภค ทั้งนี้อย่างถึงขนาดที่เห็นได้ชัด <sup>16</sup>

<sup>14</sup> วิฑิต มั่นตราภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจการในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป," วารสารนิติศาสตร์: หน้า 138.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

หมายเหตุ หลักเกณฑ์ Temporal Market นั้น ในตำรา Competition Law บางเล่มจะไม่กล่าวถึง ซึ่งผู้เขียนคิดว่าคงเนื่องมาจากหลักเกณฑ์นี้ยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยที่ชัดเจนของคณะกรรมการและการและศาลยุติธรรม (ECJ)

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน

จากหลักเกณฑ์ข้างต้นเป็นการพิจารณาในด้านของผู้ขายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สภาพที่อยู่เหนือคนอื่น (Dominant Position) อาจเป็นทางด้านผู้ซื้อก็ได้ และอาจไม่ใช่หน่วยผลิตใด หน่วยผลิตหนึ่งเพียงหน่วยเดียว แต่เป็นกลุ่มของหน่วยผลิตรวมตัวกันก็ได้<sup>17</sup>

มาตรฐานที่ใช้ในการพิจารณาว่ามีสภาพเหนือผู้อื่นหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากแนวคำตัดสินของศาลยุติธรรม (ECJ) และคณะกรรมการสิทธิการ แบ่งได้เป็น 2 แนวทาง

1) พิจารณาจากส่วนแบ่งการตลาด (Market Share) กล่าวคือกิจการที่มีส่วนแบ่งการตลาดเป็นอย่างมาก ถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจตลาดมาก ดังนั้นจึงมีสภาพที่อยู่เหนือคนอื่น (Dominant Position) หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ทั้งคณะกรรมการสิทธิการและศาลยุติธรรมใช้เป็นเครื่องตัดสินว่ามีสถานะเป็น Dominant Position หรือไม่อยู่เสมอ\*

ตัวอย่างเช่น ในคดี Hoffman-La Roche V. Commission ศาลยุติธรรมตัดสินว่า จำเลยเป็น Dominant Position เพราะมีส่วนแบ่งการตลาดประมาณ 93%, 84%, 75% และ 65% ในตลาดวิตามินแต่ละชนิดที่จำเลยผลิตหรือในคดี Michelin ศาลยุติธรรม (ECJ) ตัดสินว่า

---

<sup>17</sup> Ivo Van Bael and Jean-Francois Bellis, Competition law of the EEC, p. 55-56.

\* หมายเหตุ จากการค้นคว้าของผู้เขียนพบว่า ถึงแม้ส่วนแบ่งการตลาดจะเป็นเครื่องชี้ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ แต่ในบางสถานการณ์หลักเกณฑ์นี้อาจใช้ไม่ได้ผล เช่น ในช่วงเกิดภาวะขาดแคลน ทำให้การแข่งขันตามปกติหยุดชะงักลง กรณีเช่นนี้คณะกรรมการจะหันไปใช้หลักการพึ่งพา (Dependence) แทน โดยถือว่า Supplier แต่ละรายเป็น Dominant Position ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับลูกค้าประจำของตน โดยไม่พิจารณาว่าในภาวะปกติ Supplier เหล่านั้นมีส่วนแบ่งการตลาดกันคนละเท่าไร โดยคณะกรรมการได้เคยปรับใช้หลักเกณฑ์นี้ในช่วงเกิดภาวะขาดแคลนน้ำมันในเนเธอร์แลนด์

สำหรับเหตุผลหลักเกณฑ์นี้ สืบเนื่องมาจากในช่วงเกิดการขาดแคลนนั้น Supplier แต่ละรายจำเป็นต้องสำรองผลิตภัณฑ์ของตนไว้บริการลูกค้าประจำของตน และไม่มีผลิตภัณฑ์เหลือพอที่จะบริการลูกค้าของคู่แข่งกันได้ ทำให้ Supplier แต่ละรายไม่สามารถแข่งขันกันได้

จำเลยเป็น Dominant Position เพราะว่ามีส่วนแบ่งการตลาดระหว่าง 57-65%<sup>18</sup>

2) พิจารณาจากปัจจัยตัวแปรอื่น ๆ ในกรณีที่ส่วนแบ่งการตลาดของจำเลยไม่มากพอที่จะบ่งชี้ได้อย่างชัดเจนว่า จำเลยเป็น Dominant Position หรือไม่ ศาลยุติธรรม (ECJ) และคณะกรรมการก็จะพิจารณาปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ที่อาจจะช่วยชี้แสดงให้เห็นได้ว่า จำเลยมีสภาพที่อยู่เหนือคนอื่น เช่น

2.1 ส่วนแบ่งทางการตลาดของผู้ประกอบการรายอื่น ยกตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดประมาณ 30-40% โดยปกติแล้วไม่อาจถือได้ว่ามีสภาพที่อยู่เหนือคนอื่น (Dominant Position) แต่ในบางสถานการณ์อาจถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดก็ได้ เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ที่เหลืออยู่ในตลาดมีส่วนแบ่งทางการตลาดน้อยมาก เมื่อเทียบกับผู้ประกอบการรายแรก โดยผู้ประกอบการที่เหลือทั้งหมดอาจเป็นเพียงแค่ผู้ประกอบการรายย่อยที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดไม่เกินร้อยละ 10% เท่านั้น ในทางตรงกันข้าม ในตลาดที่มีผู้ขายน้อยราย เช่น มีผู้ประกอบการเพียง 3 ราย และผู้ประกอบการแต่ละรายก็มีส่วนแบ่งทางการตลาดเท่า ๆ กัน (คนละ 33%) กรณีเช่นนี้ ผู้ประกอบการแต่ละรายก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยลำพังได้ (ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการแต่ละรายเหล่านั้น อาจรวมหัวกันจำกัดการแข่งขันในตลาดได้ก็ตาม)

2.2 สภาพของการเข้าสู่ตลาด (Barrier to Entry) กล่าวคือ ตลาดที่กำลังพิจารณา ถ้าหากว่าสภาพของการเข้าสู่ตลาดเป็นไปได้โดยง่าย ผู้ประกอบการในตลาดนั้นที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดเป็นอย่างมาก ก็อาจถือไม่ได้ว่ามีสภาพเหนือผู้อื่นอย่างแท้จริง

สาเหตุที่ทำให้ตลาดมีการกีดกันการเข้าสู่ตลาดสูง อาจเนื่องมาจาก

- ผู้ประกอบการเดิมในตลาดได้รับประโยชน์จากสิทธิบัตร หรือมีความได้เปรียบทางด้านเทคโนโลยีสูงกว่ามาก (มี know-how ที่สำคัญอยู่ในครอบครอง)
- ผู้ประกอบการเดิมสามารถควบคุมแหล่งวัตถุดิบไว้ได้แต่ผู้เดียว
- ผลกระทบที่ของผู้ประกอบการเดิมมีลักษณะโดดเด่นยากที่สินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น

<sup>18</sup> Ibid, p. 57.

จะทดแทนได้

- ผู้ประกอบการเดิมมีความได้เปรียบทางด้านต้นทุนเหนือผู้ประกอบการรายใหม่มาก
- ระยะเวลาในการที่ผู้ประกอบการรายใหม่ ใช้ในการปรับตัวนั้นยาวนานมาก กว่าที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบการเดิมในตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.3 แหล่งเงินทุน (Financial Resources) กล่าวคือหน่วยผลิตที่มีกำลังเงินทุนเข้มแข็งหรือสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้เป็นอย่างดี (มีสถาบันการเงินหรือบริษัทที่การเงินเข้มแข็งสนับสนุน) จะมีความสามารถในการปรับปรุงเทคโนโลยีและก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของอุปสงค์ของผู้บริโภคได้อย่างรวดเร็วจนคู่แข่งรายอื่นอาจจะปรับตัวตามไม่ทัน ดังนั้นหน่วยผลิตที่มีกำลังเงินทุนเข้มแข็งจึงได้เปรียบผู้ประกอบการรายอื่น และปัจจัยสิ่งนี้อาจใช้เป็นดัชนีที่ใช้ชี้ว่าหน่วยผลิตนั้นมีสภาพเหนือผู้อื่นในตลาด

2.4 พฤติกรรมและผลการดำเนินงานของหน่วยผลิต (Conduct and performance of the undertaking) ในด้านของพฤติกรรม ได้แก่ พฤติกรรมทางด้านราคา นโยบายส่งเสริมการขาย นโยบายการผลิต หรือการวิจัยและคิดค้นสิ่งใหม่ ๆ เป็นต้น ในด้านของผลการดำเนินงาน ได้แก่ ความมีประสิทธิภาพในการผลิต คุณภาพสินค้า ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการวิจัย หรือระดับของผลกำไร เป็นต้น

ในความเป็นจริง ถ้าหากผู้ประกอบการรายใดประพฤติปฏิบัติตัว โดยไม่ต้องคำนึงถึงปฏิกิริยาของคู่แข่งชั้นอย่างใด เช่น กำหนดราคาสินค้าของตนเองตามใจชอบ เพราะถึงอย่างไรลูกค้าก็เลือกซื้อสินค้าของตนเอง อาจถือได้ว่าในตลาดนั้น ๆ ไม่มีการแข่งขันอย่างแท้จริง และผู้ประกอบการรายนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด\*

---

\*ในประเด็นนี้ Prof. Wyatt และ Dashwood ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า หลักเกณฑ์พฤติกรรมและผลการดำเนินงานของหน่วยผลิตจะต้องใช้อย่างระมัดระวัง เพราะ ในบางครั้งเนื่องจากระบบการแข่งขันในตลาดอาจไม่สมบูรณ์ (เช่นเนื่องจากข่าวสารในตลาด ผู้บริโภคอาจได้รับไม่สมบูรณ์) จึงทำให้ผู้ประกอบการบางรายสามารถได้รับกำไรอย่างมากมาหรือสามารถกำหนดราคาโดยเลือกปฏิบัติ (discriminatory pricing) ได้ ทั้ง ๆ ที่ผู้ประกอบการรายนั้นอาจไม่มีอำนาจตลาดมากพอถึงขนาดที่จะถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ (Dominant

ประเด็นที่ 3 การใช้สภาพที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบ (abuse of dominant position)

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 86 จะเห็นว่ามาตรา 86 ได้แสดงให้เห็นตัวอย่างพฤติกรรมที่ถือได้ว่าเป็นการใช้สภาพที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบ เช่น การตั้งราคาซื้อหรือขายที่ไม่ยุติธรรม การจำกัดการผลิต หรือตลาด หรือการพัฒนาเทคโนโลยีที่ก่อความเสียหายให้ผู้บริโภค เป็นต้น แต่พฤติกรรมที่ถือได้ว่าเป็นการใช้สภาพที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบไม่ได้จำกัดแต่เพียงเท่านั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดเป็นการใช้สภาพที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบจึงเป็นสิ่งจำเป็น โดยศาลยุติธรรม (ECJ) ได้วางแนวทางวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นนี้ไว้ในคดี Continental Can ว่า

"...บทบัญญัติ (กล่าวคือ มาตรา 86) ไม่มุ่งหมายแต่เพียงแก่พฤติกรรมซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพฤติกรรมซึ่งเป็นอันตรายต่อพวกเขาด้วยโดยผ่านทางผลกระทบต่อโครงสร้างที่มีการแข่งขัน... เพราะฉะนั้น การใช้อำนาจในทางที่มีขอบจิ่งอาจเกิดขึ้นได้ ถ้าหากว่ากิจการที่มีสภาพเหนือผู้อื่นทำให้สถานะเช่นนั้นของตนเข้มแข็งขึ้นในลักษณะที่ระดับของสภาพที่อยู่เหนือคนอื่นนั้นจะจำกัด (fetter) การแข่งขันลงอย่างมาก"<sup>19</sup>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ศาลยุติธรรม (ECJ) และคณะกรรมการการค้าไม่ได้ใช้มาตรา 86 เฉพาะเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำให้ผู้บริโภคเสียหายโดยตรงเท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายทางอ้อม โดยการกระทบโครงสร้างการแข่งขันในทางปฏิบัติด้วย

Position) ในทางตรงกันข้าม เพื่อรักษาสถานะของตนไว้ให้ได้ตลอดไป ผู้มีอำนาจผูกขาดอาจปฏิบัติต่อลูกค้าของตนในลักษณะที่ไม่เอื้อเปรียบเลยก็ได้ เพราะฉะนั้น Prof. Wyatt และ Dashwood จึงมีความเห็นว่าควรใช้หลักเกณฑ์เสริมหลักเกณฑ์อื่น ไม่ควรใช้หลักเกณฑ์นี้แต่เพียงอย่างเดียว แล้วสรุปทันทีว่าผู้ประกอบการรายที่พิจารณามีอำนาจผูกขาดหรือไม่

<sup>19</sup> John Agnew, Competition Law (London: Allen & Unwin, 1984), p.87-88.

ประเด็นที่ 4 การกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก\*

การกระทำที่ถือว่าเป็นการใช้สภาพที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบ (abuse of dominant position) จะเป็นการละเมิดมาตรา 86 นี้ได้ จะต้องมึผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกด้วย โดยศาลยุติธรรม (ECJ) ได้วางแนวทางในการวินิจฉัยประเด็นนี้ไว้ในคดี Commercial Solvent V. Commission (1974) ว่า ". . . เมื่อกิจการใดที่มีสภาพอยู่เหนือคนอื่นภายในประชาคมยุโรปใช้อำนาจนั้นโดยมิชอบซึ่งอาจจะก้าวจัดคู่แข่งภายในตลาดร่วมนั้น หากพิสูจน์ได้ว่าการจำกัดเช่นว่าจะมีผลกระทบโครงสร้างของการแข่งขันภายใน ตลาดร่วม. . ." <sup>20</sup>

โดยในคดีนี้ ศาลยุติธรรมได้ให้เหตุผลถึงสาเหตุที่วางหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นว่าเป็นเพราะ มาตรา 86 ไม่ได้ครอบคลุมเฉพาะการใช้สภาพที่มีอยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคเสียหายโดยตรงเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีซึ่งทำให้ผู้บริโภคเสียหายโดยอ้อมโดยทำให้โครงสร้างที่มีการแข่งขันภายในตลาดร่วมเสียไปด้วย <sup>21</sup>

ดังนั้น จำเลยจึงไม่สามารถอ้างว่า การกระทำของตนเพิ่มการค้าชายระหว่างรัฐสมาชิก ถ้าหากว่ามีผลกระทบต่อโครงสร้างการแข่งขันภายในตลาดร่วม

---

\*หมายเหตุ หลักเกณฑ์ที่ความจริงเป็นหลักเกณฑ์พิเศษที่สร้างขึ้นเพื่อจำกัดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายของประชาคม โดยบังคับใช้เฉพาะเรื่องที่มีผลกระทบในระดับประชาคมเท่านั้น แต่ปัจจุบันดูเหมือนว่า ศาลยุติธรรม (ECJ) และคณะกรรมการสิทธิการจะไม่ได้คำนึงถึงประเด็นนี้เท่าไร เพื่อขยายผลการบังคับใช้มาตรา 86 ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

<sup>20</sup> วิทิต มันทราภรณ์, "นโยบายการแข่งขันและกิจการในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป." วารสารนิติศาสตร์ : หน้า 141.

<sup>21</sup> Ivo Van Bael and Jean-Francals Bellis, Competition law of the EEC, p. 62.





### 3.3 แนวคำพิพากษาของคณะกรรมการและศาลยุติธรรม (ECJ) เกี่ยวกับพฤติกรรม Predatory Pricing

สำหรับแนวคำตัดสินในเรื่องการกำหนดราคาเพื่อจัดคู่แข่งชั้น (Predatory Pricing) ของกลุ่มประชาคมยุโรป ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการค้า (Commission) ในคดี AKZO Chemie B.V. v. Commission\* ในคดีนี้มีประเด็นข้อพิพาทที่สำคัญ คือ มีการกล่าวหาว่า มีการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม โดยการกระทำที่ใช้สภาพเหนือผู้อื่นไปในทางที่มีขอบในตลาด organic peroxide ของ EC\*

ข้อเท็จจริงในคดี มีว่า AKZO และ ECS (Engineering and Chemical Supplies Ltd.) ต่างเป็นผู้ผลิต benzoyl peroxide ชนิดหนึ่ง โดยมีประโยชน์หลัก ๆ 2 ประการ คือ ใช้เป็นสารฟอกสีในโรงงานทำแป้งและใช้เป็นตัวเริ่มต้นปฏิกิริยาในอุตสาหกรรมพลาสติก โดยตลาดสำคัญของ ECS จะเป็นอุตสาหกรรมทำแป้งใน UK ส่วน AKZO จะมีตลาดสำคัญอยู่ในอุตสาหกรรมพลาสติก ส่วนอุตสาหกรรมแป้งก็พอมีตลาดบ้าง

ต่อมาในปี 1979 ECS ตัดสินใจที่จะขยายตลาดของตนเองเข้าไปในอุตสาหกรรมพลาสติก (อุตสาหกรรมพลาสติกเป็นตลาดที่ใหญ่กว่าอุตสาหกรรมแป้ง) เมื่อ AKZO ทราบแผนการดังกล่าวของ ECS AKZO ได้ส่งตัวแทนของตนไปพบ ECS และได้ขู่ ECS ให้ถอนตัวออกไปจากอุตสาหกรรมพลาสติก มิเช่นนั้นแล้ว AKZO จะกำจัด ECS ให้ออกไปจากอุตสาหกรรมแป้ง ภายหลังจากนั้นไม่นาน AKZO ก็ได้เสนอขาย benzoyl peroxide ในราคาที่ถูกผิดปกติแก่ลูกค้าของ ECS ในอุตสาหกรรมแป้ง นอกจากนี้ AKZO ยังได้เสนอขาย organic peroxide ชนิดอื่น ๆ ในราคาที่ถูกมากแก่ลูกค้าเหล่านี้ด้วย โดยไม่มีการเสนอขายเช่นเดียวกันแก่ลูกค้าเดิมของ AKZO

---

\* Commission Decision 85/609, 1985 O.J. (L374) 1. Case C-62/86 AKZO Chemie B.V. v. Commission, Judgement of 3 July 1991 (Fifth Chamber).

\* ในขณะเกิดคดี AKZO ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปยังไม่ได้รวมตัวกันถึงระดับเป็นสหภาพยุโรป (European Union) ดังเช่นปัจจุบัน

พยานหลักฐานที่ค้นพบจากการทำงานของคณะกรรมการซึ่งได้จากสำนักงานของ AKZO คือ เอกสารภายใน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมาตรการของ AKZO ที่จะแก้แค้น (retaliate) ECS และถ้าหากจำเป็นก็ให้กำจัด (eliminate) ECS โดยการขาย benzoyl peroxide ราคาถูก ให้แก่ลูกค้าสำคัญของ ECS ในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (AVC) โดยยังคงขายสินค้าราคา เดิมแก่ลูกค้าเก่าของตน

ผลจากการกระทำของ AKZO ทำให้ ECS สูญเสียลูกค้าเดิมไปเป็นอันมาก ส่วนลูกค้าที่ เหลืออยู่ ECS ก็ต้องจำใจขายสินค้าราคาถูกซึ่งไม่คุ้ม (uneconomic level) เพื่อสู้ราคากับ AKZO

ประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้ ทั้งในชั้นคณะกรรมการและศาลยุติธรรม มีประเด็นหลักอยู่

4 ข้อ คือ

- 1) ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) คือตลาดอะไร?
- 2) จำเลย (AKZO) มีสถานะที่อยู่เหนือกว่าคนอื่นในตลาดหรือไม่?
- 3) การกระทำของจำเลย (AKZO) เป็นการใช้สภาพที่อยู่เหนือคนอื่นโดยมิชอบหรือไม่?
- 4) การกระทำเช่นนั้น มีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกหรือไม่?

ประเด็นที่ 1 ทั้งศาลและคณะกรรมการ ตัดสินว่า ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) คือ ตลาด organic peroxide ทั้งหมดใน EEC โดยให้เหตุผลว่า เมื่อผลิตภัณฑ์หนึ่ง สามารถใช้ประโยชน์ได้ในลักษณะที่แตกต่างกัน ใน 2 อุตสาหกรรมที่แตกต่างกัน และสามารถโยก ย้ายถ่ายเทได้ระหว่าง 2 อุตสาหกรรมนั้น ๆ ดังนั้นตลาดที่เกี่ยวข้องจึงควรจะรวมถึงตลาดอุตสาหกรรมทั้ง 2 อุตสาหกรรมนั้น\* กล่าวคือ ศาลและคณะกรรมการมองว่าสาร organic

---

\*ผู้เขียนถอดความมาจาก "This analysis suggests that where a product can be substituted between two distinct sectors to meet different end-uses, the court considers that the market definition should be wide enough to embrace both uses".

อ้างอิงบทความ Case c-62/86 AKZO Chemie B.V. v. Commission, Judgement of 3 July 1991 (Fifth Chamber), Common Market Law Review 29 : 417, 1992.

peroxide สามารถใช้ได้ทั้งในอุตสาหกรรมแป้งและอุตสาหกรรมพลาสติกและสามารถโยกย้ายถ่ายเทได้ระหว่าง 2 อุตสาหกรรมนี้ แล้วแต่ว่าตลาดอุตสาหกรรมใดให้ราคาดีกว่ากัน คือ อุตสาหกรรมแป้ง และพลาสติกมีความยืดหยุ่นไขว่กัน ในอุปทานของสินค้า ดังนั้น ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) จึงควรรวมทั้งอุตสาหกรรมแป้งและพลาสติกไม่ใช่แต่เพียงอุตสาหกรรมใด อุตสาหกรรมหนึ่งเท่านั้น

ประเด็นที่ 2 ทั้งศาลและคณะกรรมการ ต่างตัดสินว่า AKZO มีสถานะที่เหนือกว่าผู้อื่นในตลาด (Dominant Position) โดยให้เหตุผลว่า

- AKZO มีส่วนแบ่งในตลาดมากกว่า 50%
- AKZO เป็นหน่วยธุรกิจที่มีการจัดการทางตลาดที่ก้าวหน้าที่สุดในตลาด
- AKZO มีความรู้ที่เหนือกว่าคนอื่นในเรื่องความปลอดภัยและพิษวิทยา (toxicology)

ประเด็นที่ 3 สำหรับประเด็นนี้ ทั้งศาลและคณะกรรมการต่างตัดสินว่า AKZO ใช้สถานะที่เหนือกว่าคนอื่นไปในทางที่มีชอบ แต่ใช้มาตรฐานในการพิสูจน์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

3.1 ในชั้นคณะกรรมการ คณะกรรมการปฏิเสธที่จะใช้ cost-based test ตามแนวศาลสหรัฐอเมริกา แต่ให้พิจารณาจากองค์ประกอบด้านเจตนาเป็นสำคัญ โดยให้เหตุผลว่า

- มาตรา 86 ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ cost-based test เอาไว้ว่าการกำหนดราคาต่ำแค่นั้นถึงเป็นการใช้สถานะที่เหนือกว่าคนอื่นไปในทางที่มีชอบและการพิสูจน์ที่คับแคบเช่นนั้น ไม่สอดคล้องกับแนวความคิดที่กว้างขวางในการควบคุมการใช้สถานะที่เหนือกว่าคนอื่นไปในทางที่มีชอบเพื่อกำจัดการแข่งขัน
- การพิสูจน์โดยพิจารณาแต่เพียงต้นทุนเพิ่มหรือต้นทุนเฉลี่ย ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของแนวนโยบายในการควบคุมการผูกขาดของ EEC

ในท้ายที่สุด คณะกรรมการได้ให้แนวทางในการพิสูจน์ว่า มีพฤติกรรม Predatory Pricing เกิดขึ้นหรือไม่ ดังนี้

"อาจมีบางสถานการณ์ซึ่งผลลัพธ์ของการตัดราคาที่ทำโดย Dominant Firm มีความชัดเจนโดยตัวของมันเอง จนกระทั่งไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นเกี่ยวกับเจตนาในการกำจัดคู่แข่งอีก ในทางตรงกันข้ามถ้าการกำหนดราคาที่ต่ำนั้นสามารถอธิบายได้หลายอย่าง การพิสูจน์ว่ามีการละเมิดกฎหมายจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานที่แสดงถึงเจตนาที่จะกำจัดคู่แข่งหรือจำกัดการแข่งขัน พยานหลักฐานเช่นว่านั้นอาจจะเป็นเอกสารภายในของ Dominant

Company ที่แสดงให้เห็นถึงแผนการที่จะกำจัดคู่แข่งชั้น อย่างไรก็ตามในกรณีที่ปราศจากพยานหลักฐานโดยตรงเช่นนั้น เจตนาเช่นนั้นอาจอนุมานจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ทั้งหมดในคดี\*

3.2 ในชั้นศาลยุติธรรม ศาลได้ลดความสำคัญขององค์ประกอบด้านเจตนาลงมาและสร้างแนวทางการพิสูจน์ว่ามี Predatory Pricing เกิดขึ้นหรือไม่ โดยใช้มาตรฐานทางต้นทุนประกอบกับเจตนาในการพิสูจน์ แนวทางที่ศาลยุติธรรมวางแนวไว้ สรุปได้ดังต่อไปนี้

- ถ้าราคาที่ตั้งนั้นต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (AVC) ให้ถือว่าการตั้งราคานั้นไม่ชอบ เพราะ Dominant Firm ไม่มีเหตุผลอะไรในการที่จะไปกำหนดราคาลดลงเช่นนั้น นอกจากเพื่อทำลายคู่แข่งชั้นเพื่อที่จะได้ขึ้นราคาและกอบโกยกำไรในภายหลัง (เพราะการตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ยมีแต่ทำให้ Dominant Firm ขาดทุน ทั้งต้นทุนคงที่รวมและต้นทุนแปรผันบางส่วน)
- ถ้าราคาที่ตั้งต่ำกว่าต้นทุนรวมเฉลี่ย แต่สูงกว่าต้นทุนแปรผันเฉลี่ย ( $AVC < P < ATC$ ) จะต้องมียานหลักฐานอื่น มาพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ของการตั้งราคาเช่นนั้น โดยพยานหลักฐานเช่นนั้น ต้องเป็นโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำจัดคู่แข่งชั้น\*

---

\*There may be circumstances where the exclusionary consequences of a price cutting campaign by a dominant producer are so self-evident that no evidence of intention to eliminate a competitors necessary. On the other hand, where low pricing could be susceptible of several explanations, evidence of an intention to eliminate a competitor or restrict competition might also be required to prove an infringement. Such evidence may exist in the form of internal documentation of the dominant company pointing to a scheme to damage competitors. In the absence however of direct documentary evidence an exclusionary intention might be inferred from all the circumstances of the case.

\*ผู้เขียนถอดความจาก With respect to prices set at below average total costs (i.e. variable costs plus fixed cost) but above average variable costs, the court held that some predatory purpose must be

### 3.4 การบังคับใช้กฎหมาย

กระบวนการบังคับใช้มาตรา 86 แห่งสนธิสัญญากรุงโรมมีด้วยกัน 3 วิธี คือ

- 1) ทางคณะกรรมการธิการ (commission) ภายใต้กฎข้อบังคับที่ 17/62
- 2) ทางองค์กรผู้มีอำนาจของประเทศต่าง ๆ (national authorities) ภายใต้มาตรา 88 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม
- 3) การฟ้องร้องของกิจการ หรือบุคคล ซึ่งได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจที่มีเหนือบุคคลอื่นโดยมิชอบ

โดยมีรายละเอียดของกระบวนการบังคับใช้แต่ละวิธี ดังต่อไปนี้

#### 1. กระบวนการบังคับใช้มาตรา 86 โดยทางคณะกรรมการธิการ

ตามมาตรา 87 ของสนธิสัญญากรุงโรม ได้กำหนดให้อำนาจแก่คณะมนตรีเพื่อบังคับใช้มาตรา 85, 86 ตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1962 จึงได้มีการตรากฎข้อบังคับที่ 17/62 ออกมาเพื่อมอบอำนาจให้คณะกรรมการควบคุมการกระทำของกิจการและให้อำนาจในการยกเว้นการกระทำของกิจการดังกล่าว

อำนาจหลักของคณะกรรมการที่ใช้ควบคุมผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant Position) มีด้วยกัน 2 ประการ คือ

- อำนาจในการออกคำสั่งให้หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดตามมาตรา 3 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62
- อำนาจในการสั่งให้ปรับผู้ที่กระทำผิดตามมาตรา 15 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62

ตามมาตรา 3 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62 กำหนดว่า

"โดยมีการฟ้องร้อง หรือโดยการเริ่มต้นเอง เมื่อคณะกรรมการพบว่ามีการกระทำ

---

proven and that such prices should only be considered abusive when they are fixed within the frame work of a plan aimed at eliminating a competitor.

ละเมิดตามมาตรา 85, 86 แห่งสนธิสัญญา คณะกรรมการอาชญากรรมออกคำสั่งให้กิจการที่กระทำหยุด การกระทำละเมิดดังกล่าวได้"

จากมาตรา 3 ข้างต้นจะเห็นได้ว่า การเริ่มต้นคดีในชั้นคณะกรรมการอาชญากรรมเริ่มต้น โดยคณะกรรมการเอง หรือมีบุคคลร้องทุกข์ โดยอาจเป็นประเทศสมาชิก บุคคล หรือบริษัทที่เสียหายตามกฎหมายก็ได้

ตามปกติแล้ว ก่อนที่คณะกรรมการจะใช้มาตรการต่าง ๆ ต่อกิจการใด คณะกรรมการ การมักจะแจ้งให้กิจการนั้นทราบก่อนว่า การกระทำของกิจการนั้นไม่ถูกต้อง ขอให้แก้ไข\* และภายใต้ มาตรา 11 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62 ได้กำหนดให้คณะกรรมการมีสิทธิที่จะขอให้องค์กรที่มี อำนาจแห่งชาติ หรือกิจการใด ๆ จัดส่งข้อมูลที่จำเป็นซึ่งคณะกรรมการต้องการได้ รวมทั้งภายใต้ มาตรา 14 คณะกรรมการมีอำนาจที่จะเข้าไปในเคหสถาน (premises) เปิดดูสมุดและ สิ่งบันทึกเกี่ยวกับธุรกิจของกิจการ ทำสำเนาบันทึก

แต่ถ้าหากเมื่อคณะกรรมการแจ้งให้กิจการทำการแก้ไขแล้ว กิจการนั้นไม่ปฏิบัติตาม คณะกรรมการก็จะออกคำสั่งให้หยุดการกระทำดังกล่าวและสั่งลงโทษปรับได้ตามมาตรา 3 และ 15 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62 ตามลำดับ โดยโทษปรับนั้นตามมาตรา 15(2) ของกฎข้อบังคับ ที่ 17/62 ให้อำนาจคณะกรรมการปรับได้ ตั้งแต่หนึ่งพันถึงหนึ่งล้าน ECU หรือ 10% ของ รายได้ของกิจการในปีที่กระทำผิดแล้วแต่ว่าอย่างไรโทษจะมากกว่ากัน

---

\*ตามปกติ หากกิจการใดไม่แน่ใจว่าการกระทำของตนจะเป็นการละเมิดมาตรา 86 หรือไม่ กิจการนั้นสามารถขอให้คณะกรรมการแจ้งว่า การกระทำของตนผิดหรือไม่ผิดมาตรา 86 ได้ ซึ่งการกระทำแบบนี้เรียกว่า Negative Clearance (มาตรา 2 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62) อย่างไรก็ตาม Negative Clearance ก็เป็นเพียงความเห็นของคณะกรรมการเท่านั้น ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ถ้าสถานการณ์เปลี่ยนไป และไม่มีผลผูกมัดอย่างใดต่อศาลของแต่ละรัฐ สมาชิก และศาลยุติธรรมแห่งประชาคม เพียงแต่อาจมีผลบรรเทาเบาบาง ความรับผิดชอบ ของกิจการที่เคยขอ Negative Clearance ได้บ้าง หากความเห็นของคณะกรรมการมีการ เปลี่ยนแปลงในภายหลัง

นอกจากโทษปรับข้างต้น ภายใต้มาตรา 16 ของกฎข้อบังคับที่ 17/62 ยังให้อำนาจแก่คณะกรรมการ ในการสั่งลงโทษปรับกิจการในช่วงที่ยังไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งให้หยุดกระทำการได้อีกด้วย โดยสามารถสั่งปรับได้ตั้งแต่ 50 ถึง 1000 ECU ต่อวัน จนกว่ากิจการจะหยุดกระทำการตามคำสั่งของคณะกรรมการ\*

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ถูกตัดสินว่ากระทำผิด สามารถอุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าวต่อศาลชั้นต้น (The Court of Instance) ได้ ตามมาตรา 172-173 ของ Rome Treaty และหากยังไม่พอใจในคำตัดสินของ The Court of Instance ก็ยังสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรม (The Court of Justice) อีกได้ แต่ในชั้นนี้ผู้อุทธรณ์จะอุทธรณ์ได้เฉพาะข้อกฎหมายเท่านั้น

2. กระบวนการบังคับใช้มาตรา 86 โดยทางองค์กรที่มีอำนาจของประเทศต่าง ๆ (Enforcement by National Authorities)

องค์กรที่มีอำนาจของประเทศต่าง ๆ ในกลุ่มประชาคมยุโรป เช่น สำนักงานควบคุม Cartel ของเยอรมัน หรือ Office of Fair Trading ของประเทศต่าง ๆ เป็นต้น ก็สามารถบังคับใช้มาตรา 85, 86 สนธิสัญญากรุงโรมได้ด้วย (โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 88 ของสนธิสัญญากรุงโรม) แต่โดยกฎข้อบังคับที่ 17/62 ทำให้องค์กรที่มีอำนาจของประเทศต่าง ๆ (national authorities) จะบังคับใช้มาตรา 85, 86 ได้ก็ต่อเมื่อคณะกรรมการยังไม่ได้เริ่มต้นดำเนินการ ซึ่งโดยปกติแล้ว กระบวนการบังคับใช้มาตรา 86 โดยวิธีนี้มีการบังคับใช้น้อยมาก

3. กระบวนการบังคับใช้มาตรา 86 โดยการฟ้องร้องของกิจการ หรือบุคคล ซึ่งได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจที่มีเหนือบุคคลอื่นโดยมิชอบ

หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษเป็นผู้ตัดสินโดยวางหลักไว้ในคดี des Gaz v

---

\* ภายใต้มาตรา 192 ของสนธิสัญญากรุงโรม การปรับและการลงโทษต่าง ๆ จะถูกบังคับการให้เป็นไปตามนั้น โดยองค์กรที่มีอำนาจของแต่ละประเทศ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศนั้น ๆ



Falks Veritas (1974) ว่า เนื่องจากสนธิสัญญากรุงโรมและกฎข้อบังคับที่ออกภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว มีเจตนารมณ์ที่จะให้มีผลบังคับใช้โดยตรงในรัฐสมาชิกต่าง ๆ ดังนั้น บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดตามมาตรา 85, 86 ดังกล่าว จึงสามารถฟ้องร้องต่อศาลอังกฤษเพื่อเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการละเมิดดังกล่าวได้<sup>22</sup>

ต่อมาหลักเกณฑ์ข้างต้นก็ได้รับการยืนยันอีกครั้งในคดี Garden Cottage Foods Ltd v Milk Marketing Board ซึ่ง Lord DipLock ได้ตัดสินว่า เป็นเพราะข้อห้ามในมาตรา 85 และ 86 โดยเจตนารมณ์มุ่งหมายให้มีผลโดยตรงในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชน บทบัญญัติเหล่านี้ก่อให้เกิดสิทธิโดยตรงในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งศาลแห่งชาติต่าง ๆ ต้องคุ้มครองให้ (safeguard)<sup>23</sup>

อย่างไรก็ตาม ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์ข้างต้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษยอมรับเท่านั้น ซึ่งไม่ว่าศาลของประเทศอื่นจะเห็นด้วยหรือไม่ ดังนั้นหลักเกณฑ์กระบวนการบังคับใช้แนวทางนี้ จึงยังไม่แน่นอน

### สรุป

จากแนวนโยบายในการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ซึ่งให้ความสำคัญต่อการรักษาการแข่งขันในตลาดอย่างเคร่งครัดตามแนวทางเศรษฐศาสตร์ ทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา เป็นไปในแนวทางควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) การกระทำได้อันอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขัน ไม่ว่าจะเป็นการขัดขวาง จำกัด บิดเบือน การแข่งขัน มักจะ ถูกห้ามมิให้กระทำ โดยจะไม่พิจารณาไปในรายละเอียดมากกว่าการกระทำเช่นนั้น ในความเป็นจริงแล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลอเมริกาในเรื่องการตั้งราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ซึ่งศาลมีแนวโน้มที่จะตัดสินให้จำเลยผิด ถ้าหากศาลพบว่าราคาสินค้าของจำเลยต่ำกว่ามาตรฐานต้น

<sup>22</sup> John Agnew, Competition Law, p. 96.

<sup>23</sup> Ibid.

ทุนซึ่งศาลนำมาใช้เปรียบเทียบ กล่าวคือ ศาลเห็นว่าการตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนเพิ่มหรือต้นทุนแปรผันเฉลี่ยไม่สอดคล้องกับหลักการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ (allocative efficiency) นั้นเอง โดยศาลได้ให้ความสำคัญในประเด็นสภาพทางเศรษฐกิจในตลาดของจำเลยไม่มากเท่าที่ควร

แต่กรณีของกลุ่มสหภาพยุโรป ซึ่งมีแนวนโยบายควบคุมการผูกขาดที่ยอมรับข้อจำกัดในโครงสร้างทางเศรษฐกิจบางประการ ขนาดของตลาดภายใน ประโยชน์ของการประหยัดต่อขนาด (Economic of Scale) ทำให้กฎหมายป้องกันการผูกขาดยอมรับถึงการมีสถานะเหนือผู้อื่นได้ (Dominant Position) และยอมให้มีการกระทำอันเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันได้บ้าง ถ้าหากการกระทำนั้นไม่เป็นการใช้สถานะเหนือผู้อื่นไปในทางที่มิชอบ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติและคำวินิจฉัยข้างต้นในคดี AKZO ซึ่งศาลและคณะกรรมาธิการจะต้องฟังความหรือพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า พฤติกรรม Predatory Pricing เช่นนั้น เป็นการใช้สถานะที่เหนือกว่าคนอื่นไปในทางที่มิชอบ (abuse of power) จึงจะตัดสินว่าจำเลยกระทำผิดได้

เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่า จากการที่สหรัฐอเมริกาและกลุ่มสหภาพยุโรปมีแนวนโยบายเกี่ยวกับการผูกขาด (monopoly policy) ที่แตกต่างกัน จึงทำให้แนวทางในการควบคุมพฤติกรรม Predatory Pricing ต่างกันออกไป ดังนั้น การที่แต่ละประเทศเลือกใช้แนวทางในการควบคุมแบบใด จึงต้องคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจและแนวคิดทางสังคมของประเทศว่าเป็นอย่างไร และเลือกใช้แนวทางที่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและแนวคิดทางสังคมของประเทศนั้น ๆ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายสามารถควบคุมพฤติกรรม Predatory Pricing ได้อย่างมีประสิทธิภาพ