



บทที่ 2

วิวัฒนาการของหลักเกณฑ์การแข่งขันในความตกลงทางการค้าทวิภาคี

บทนี้จะอธิบายว่าความตกลงทวิภาคี คืออะไร มีผลอย่างไรในกฎหมายระหว่างประเทศ และจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการแข่งขัน เพื่อให้ทราบถึงลักษณะของพฤติกรรมที่ถือเป็นการจำกัดทางการค้า จากนั้นจึงจะอธิบายประวัติความเป็นมาในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของนานาประเทศ และเหตุผลในการเพิ่มหลักเกณฑ์การแข่งขันในความตกลงทางการค้าทวิภาคี รวมถึงอธิบายประเภทของความตกลงทางการค้าด้วย

2.1 ความหมายและประเภทของสนธิสัญญา

ความตกลงทวิภาคีคือ สนธิสัญญาประเภทหนึ่งที่มีภาคีสองฝ่าย โดย สนธิสัญญา (Treaties) นับได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีบทบาทและความสำคัญมากที่สุดประเภทหนึ่งในบรรดาบ่อเกิดของกฎหมายและพันธกรณีระหว่างประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ* โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและสงครามโลกครั้งที่สอง สนธิสัญญาได้กลายมาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและพันธกรณีระหว่างประเทศเพียงประการเดียวที่มีความสำคัญในการกำหนดสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์กรระหว่างประเทศ¹

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ว่าด้วยเรื่องกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) ได้ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 2(1)(a) ว่าหมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐ และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

* บ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศตาม ข้อ 38(1)(a) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of International Court of Justice) ได้แก่ 1. สนธิสัญญา 2. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ 3. หลักกฎหมายทั่วไป 4. คำพิพากษาของศาลและคำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง

¹ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 489.

ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียว หรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกัน และไม่ว่าจะเรียกอย่างไรก็ตาม*

จากบทนิยามดังกล่าว เห็นได้ว่า อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ว่าด้วยเรื่องกฎหมายสนธิสัญญาจำกัดคำนิยามสนธิสัญญา เฉพาะสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐเท่านั้นไม่ได้หมายรวมถึงสนธิสัญญาที่กระทำโดยองค์กรระหว่างประเทศ² หรือโดยผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศในทางปฏิบัติ และไม่ครอบคลุมถึงความตกลงที่ไม่ได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษร

สำหรับองค์กรระหว่างประเทศในฐานะที่มีสภาพนิติบุคคลระหว่างประเทศก็มีอำนาจและความสามารถในการทำสนธิสัญญาด้วยเช่นกัน³ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของแต่ละองค์การระหว่างประเทศจะได้บัญญัติไว้ตามที่อนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ.1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986) โดยอนุสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาสาระไม่แตกต่างจากเนื้อหาของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ในส่วนสำคัญมากนัก⁴

กรณีสนธิสัญญามีได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 หรือ ค.ศ. 1986 ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังที่กล่าวไว้ในส่วนของ

* in written form and governed by international law, whether embodied in a single Article 2(1)(a) "treaty means an international agreement concluded between States instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation"

² ลาวีณีย์ ถนัดศิลปกุล และคณะ, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ, ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 1, หน้า 5-13.

³ จตุรนต์ ภิรวัดมณี, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 105.

⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 489.

อารัมภบทแห่งอนุสัญญาดังกล่าว* ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงบทบาทของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยังคงมีต่อสนธิสัญญาต่อไป⁵

องค์ประกอบของสนธิสัญญา มี 4 ประการ⁶ ดังนี้

1. สนธิสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศ

หมายความว่าสนธิสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศชนิดหนึ่ง สนธิสัญญาจึงเป็นการกระทำทางกฎหมายที่สร้างขึ้นตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญาระหว่างภาคีของสนธิสัญญา⁷

2. ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

หมายความว่า สนธิสัญญาทุกฉบับจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นด้วยวาจาจึงไม่ใช่สนธิสัญญาตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนา อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาที่มีได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรยังถือเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับได้ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญา⁸

3. ระหว่างรัฐ** ต่างๆ

สนธิสัญญาทุกฉบับโดยหลักต้องเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐเท่านั้น มิใช่ข้อตกลงที่รัฐทำกับปัจเจกชน เช่น สัญญาสัมปทานยอมมิใช่สนธิสัญญา เพราะเป็นข้อตกลงที่รัฐทำกับปัจเจกชน แม้รัฐจะต้องผูกพันตามข้อสัญญา แต่ก็มีใช้ความผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นความผูกพันภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้นเองหรือของรัฐอื่น

4. อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

* Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention;

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 490.

⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 69-71.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

⁸ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 492.

** ตามอนุสัญญามอนเตวิเดโอ 1933 องค์ประกอบของความเป็นรัฐ คือ 1. พลเมืองประจำ 2. ดินแดน 3. รัฐบาล 4. ความสามารถที่จะมีความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ

ในบางครั้งความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐนั้นไม่ถือเป็นสนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา⁹ หากว่าความตกลงนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งเป็นภาคีแห่งความตกลง หรือของกฎหมายภายในของรัฐที่สาม แทนที่จะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กรณีการทำสัญญาซื้อขาย หรือเช่าที่ดิน อาคาร หรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใด เพื่อใช้ทำสถานทูตหรือสถานกงสุลของรัฐผู้ส่ง ซึ่งจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือสัญญากู้เงินซึ่งสร้างขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐ ซึ่งโดยปกติจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐผู้ให้กู้ ดังนั้นสัญญาตามที่กล่าวมาจึงไม่ใช่สนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เพราะไม่ได้อยู่ใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ⁹

การที่สนธิสัญญาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้ความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญา ผลทางกฎหมายของสนธิสัญญาการสิ้นสุดของสนธิสัญญา ฯลฯ ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศด้วย¹⁰

ความตกลงระหว่างรัฐจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับเจตนาของรัฐ ที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีที่บังคับได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ตาม ดังนั้นจึงต้องพิจารณาตั้งแต่สถานการณ์แวดล้อมเจตนาในการตกลงเจรจาตั้งแต่แรก การขาดเจตนาดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ความตกลงไม่เป็นสนธิสัญญาได้ ตัวอย่างเช่น คดี Aegean Sea Continental ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่า การเจรจาตกลงระหว่างกรีซ และตุรกี ซึ่งขาดเจตนารมณ์ที่จะให้มีผลผูกพันตามกฎหมายตั้งแต่ต้นนั้น หากทำให้ความตกลงมีฐานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาไม่¹¹

สนธิสัญญาเป็นความตกลงที่ผูกพันรัฐภาคี ตามหลักทั่วไปที่ว่าสัญญาต้องเป็นสัญญา หรือ สัญญาต้องได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติซึ่งในภาษาลาตินเรียกว่า *Pacta sunt servanda* ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) ที่นำมาบังคับใช้แก่สนธิสัญญาในลักษณะที่ว่า พันธกรณีตามสัญญาต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม โดยที่ตัว

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 496.

¹⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, หน้า 71.

¹¹ ลาวินธ์ ถนัดศิลปกุล และคณะ, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 5-15.

พันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นไม่ถือเป็นกฎหมาย¹² หลักการปฏิบัติตามสัญญาได้รับการยืนยันใน มาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาซึ่งบัญญัติว่าสนธิสัญญาผูกพันรัฐภาคีซึ่งต้องปฏิบัติตาม โดยสุจริตใจ ดังนั้นไม่ว่าสาระและขอบเขตของพันธกรณีในสนธิสัญญาแต่ละฉบับจะแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม แต่ในสนธิสัญญาแต่ละฉบับก็มีคำมั่นของรัฐภาคีที่ต้องเคารพตามข้อบทของ สนธิสัญญา รัฐภาคีจึงมีหน้าที่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา และไม่สามารถอ้างบทบัญญัติของกฎหมาย ภายในเพื่อเป็นเหตุในการไม่ปฏิบัติตาม ทำให้รัฐจำเป็นต้องวางข้อกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการปรับใช้สนธิสัญญาในระบบกฎหมายภายในด้วย¹³

ความตกลงระหว่างประเทศนั้นอาจเรียกได้มากมายหลายชื่อ แต่ก็ไม่ก่อให้เกิด ความแตกต่างในแง่ของผลทางกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญา (Treaty) อนุสัญญา (Convention) พิธีสาร (Protocol) ปฏิญญา (Declaration) ความตกลง (Agreement) กฎบัตร (Charter) กติกา (Pact) กรรมสาร (Act) บันทึกแลกเปลี่ยน (Exchange of notes) ธรรมนูญ (Statute) กฎบัตร (Charter) ตราสาร (Pact) ธรรมนูญ (Statute) ความตกลงชั่วคราว (Modus Vivendi)

สนธิสัญญาสามารถแบ่งได้หลายรูปแบบ โดยการแบ่งประเภทของสนธิสัญญานั้น ไม่มีเกณฑ์ตายตัว อาจแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าต้องการใช้หลักอะไรในการแบ่ง เช่น

1. แบ่งตามจำนวนของรัฐภาคี*

- สนธิสัญญาทวิภาคี (bilateral treaty) หมายถึงสนธิสัญญาที่มีคู่ภาคีสองฝ่าย หรือสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างสองรัฐ เช่น สนธิสัญญาความร่วมมือ ทางด้านการค้า เศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ทางการเมือง ความร่วมมือ ทางด้านเทคโนโลยี ความร่วมมือทางการศาล และกฎหมาย เป็นต้น

¹² จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 57.

¹³ จตุรงค์ ถิรวัดณ์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 107.

* สนธิสัญญาทวิภาคีและสนธิสัญญาพหุภาคีนั้นนอกจากจะแตกต่างกันในเรื่องจำนวนคู่ภาคีแล้ว ยัง ต่างกันในเรื่องของหลักเกณฑ์การตั้งข้อสงวนอีกด้วย สำหรับสนธิสัญญาทวิภาคีนั้น เนื่องจากมีคู่ภาคีเพียงแค่ 2 ประเทศ การตั้งข้อสงวนโดยรัฐใดรัฐหนึ่งย่อมมีผลเท่ากับเป็นการเสนอประเด็นขึ้นใหม่ ดังนั้น ข้อสงวนดังกล่าว จะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่จึงขึ้นอยู่กับว่ารัฐคู่สนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะยอมรับข้อสงวนดังกล่าวหรือไม่ หากไม่ ยอมรับและฝ่ายที่ขอตั้งข้อสงวนก็ยังยืนยันตามข้อสงวนของตน ก็จะมีผลทำให้รัฐทั้งสองไม่อาจบรรลุข้อตกลง ตามสนธิสัญญาได้ (จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 519.)

- สนธิสัญญาพหุภาคี (multilateral treaty) * หมายถึงสนธิสัญญาที่มีภาคีของสนธิสัญญามากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป เช่น สนธิสัญญาความร่วมมือระดับภูมิภาคทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมาก เช่น สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป ซึ่งสมาชิกของสนธิสัญญาดังกล่าวจำกัดเฉพาะภูมิภาค
2. แบ่งตามคุณสมบัติของภาคี
 - สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐ
 - สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ
 - สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง
 3. แบ่งตามการจำกัดการเข้าร่วมเป็นภาคี
 - สนธิสัญญาแบบปิด เป็นสนธิสัญญาที่จำกัดรัฐที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญา
 - สนธิสัญญาแบบเปิด เป็นสนธิสัญญาที่เปิดกว้างให้รัฐทั้งปวงมีสิทธิเข้าร่วมเป็นภาคีได้ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น
 4. แบ่งตามลักษณะของความผูกพัน
 - สนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (Law-making Treaty)
 - สนธิสัญญาประเภทสัญญา (Treaty Contract)
 5. แบ่งตามสาระสำคัญของเรื่อง
 - สนธิสัญญาเกี่ยวกับการก่อตั้งองค์กร (Constituent Instrument Treaty)
 - สนธิสัญญาเกี่ยวกับเทคนิค (Technical Treaty)
 - สนธิสัญญาเกี่ยวกับการเมือง (Political Treaty)
 6. แบ่งตามขั้นตอนในการทำสนธิสัญญา
 - สนธิสัญญาแบบย่อ ซึ่งสามารถผูกพันรัฐภาคีและใช้บังคับได้ตั้งแต่เมื่อมีการลงนาม

* ต่างจาก Plurilateral agreement โดย The plurilateral agreements of the WTO contrast with the larger multilateral agreements in that the former are signed by only those member countries that choose to do so, while all members are party to the multilateral agreements. (Alan V. Deardorff. Deardorff's Glossary of International Economics [Online]. 2009. Available from: <http://www-personal.umich.edu/~alandez/glossary/p.html>[2009, May 5])

- สนธิสัญญาเต็มรูปแบบ หรือ ตามรูปแบบที่เป็นทางการนั้น จะมีผลผูกพันรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีการยืนยันเจตนาโดยการให้สัตยาบันหลังจากที่มีการลงนามอีกทีหนึ่งเสียก่อน¹⁴

7. แบ่งตามภูมิศาสตร์

- สนธิสัญญาที่ทำกันในภูมิภาค (Regional Treaty)
- สนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นสากล (Universal Treaty)

สำหรับวิทยานิพนธ์เล่มนี้เราจะมุ่งศึกษาความตกลงทางการค้าทวิภาคีซึ่งเป็นสนธิสัญญาประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นระหว่างสองรัฐ หรือระหว่างรัฐกับองค์กรระหว่างประเทศ (เช่น สหภาพยุโรป) โดยตกลงกันในเรื่องการค้าซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าประกอบอยู่ด้วย โดยมากประเทศไทยจะทำความตกลงทวิภาคีทางการค้าในรูปแบบความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement) และกล่าวถึงการแข่งขันทางการค้าประกอบอยู่ในบทย่อย

¹⁴ จตุรงค์ ธีรวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 111.

2.2 หลักเกณฑ์การแข่งขัน

ก่อนที่จะกล่าวถึงบทบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าในความตกลงทวิภาคีทางการค้า ผู้เขียนขออธิบายหลักเกณฑ์การแข่งขันทางการค้า เพื่อให้เข้าใจถึงพฤติกรรมจำกัดทางการค้าของผู้ประกอบการในรูปแบบต่างๆ ซึ่งแต่ละประเทศต่างมีวัตถุประสงค์เดียวกันที่จะควบคุมและป้องกันไม่ให้เกิดพฤติกรรมดังกล่าว วัตถุประสงค์หลักของหลักเกณฑ์การแข่งขันในทุกประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือการรักษาไว้ซึ่งระดับของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดทั้งสินค้าและบริการ โดยวัตถุประสงค์ทั่วไปของหลักเกณฑ์การแข่งขันได้แก่¹⁵

- คุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ
- ส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ
- ส่งเสริมการค้าและความร่วมมือภายในสหภาพเศรษฐกิจหรือเขตการค้าเสรี
- ส่งเสริมเสรีภาพในระบบเศรษฐกิจ การดำเนินการของภาคเอกชน การลดกฎเกณฑ์อันเป็นอุปสรรคต่อการค้า การลงทุน การลดอุปสรรคทางการค้าที่พรมแดน
- ส่งเสริมและรักษาไว้ซึ่งการพัฒนาของตลาดเศรษฐกิจ
- ส่งเสริมประชาธิปไตย อาทิ สร้างความหลากหลายในระบบเศรษฐกิจ
- สร้างความเชื่อมั่นว่าการดำเนินกิจการค้าจะเป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม
- ปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการแข่งขันในเชิงอุตสาหกรรมและการจ้างงาน
- ลดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจตลาดเสรี
- ปกป้องคุ้มครองโอกาสของวิสาหกิจที่มีขนาดเล็กและขนาดกลาง

อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์แต่ละอย่างอาจเกิดความขัดแย้งกันได้ เช่น หากมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเชื่อมั่นว่าการดำเนินกิจการค้าจะเป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม และปกป้องโอกาสของวิสาหกิจขนาดเล็กและขนาดกลาง ก็อาจไม่สามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่จะเพิ่มความมีประสิทธิภาพของวิสาหกิจขนาดใหญ่ได้ในเวลาเดียวกัน

¹⁵ วรภา วรพิชโยทัย, "นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณี คดีฟูจิ - โกดัก," หน้า 18-19.

การจัดประเภทของพฤติกรรมที่จำกัดหรือต่อต้านการแข่งขันตามลักษณะของการเกิดแล้วสามารถแบ่งเป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ ดังนี้

2.2.1 ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (Horizontal Agreement)

2.2.2 ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้ง (Vertical Agreement)

2.2.1 ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal agreement)

ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน คือ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่อยู่ในระดับของการประกอบธุรกิจเดียวกัน หรือในตลาดสินค้าเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มอำนาจทางการตลาดและผลกำไรให้มากขึ้น ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันทางการค้า¹⁶ ไม่ว่าจะโดยนัยหรือโดยชัดเจนระหว่างบริษัทที่เข้าแข่งขันในตลาดสินค้าชนิดเดียวกันหรือเหมือนกัน โดยลักษณะของการดำเนินการที่ชัดเจนนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

2.2.1.1 การร่วมมือกันจำกัดการค้าในแนวนอน (cartel)

ข้อตกลงในรูปแบบ cartel หมายถึงการที่ธุรกิจการค้าหรือการผลิตในแขนงเดียวกันหลายๆ หน่วย ร่วมมือกันจำกัดการค้าในแนวนอน โดยมากจะทำเป็นข้อตกลงด้วยวาจา (gentleman agreement) เกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้า (price fixing) กำหนดปริมาณการผลิต การจัดสรรผู้บริโภคแก่ผู้จัดจำหน่ายแต่ละราย (การแบ่งเขตการขาย) อันเป็นลักษณะการแบ่งตลาดกันระหว่างผู้ผลิต ซึ่งทำให้ราคาสินค้าและปริมาณการผลิตถูกกำหนดไว้ในระดับที่ตนต้องการ บรรดานักวิชาการต่างเห็นว่ข้อตกลงในรูปแบบดังกล่าวเป็นอันตรายอย่างชัดเจนต่อสวัสดิการของผู้บริโภค การป้องกันข้อตกลงลักษณะนี้จึงเป็นสิ่งสำคัญประการแรกที่หน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าจะต้องเข้ามาดำเนินการ

¹⁶ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย, ฉบับที่ 1 การศึกษาทางด้านกฎหมาย เสนอต่อกรมการค้าภายในกระทรวงพาณิชย์, (สิงหาคม 2542): 3, 61.

cartel มีลักษณะพฤติกรรมอันถือว่าการรวมกลุ่ม อันจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและปัญหาการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมได้ โดย cartel ที่รุนแรงเป็นความพยายามของวิสาหกิจสองแห่งหรือมากกว่านั้นร่วมกันกำหนดราคาหรือจำกัดการแข่งขันภายในตลาด อย่างไรก็ตาม อาจเป็นความตกลงระหว่างบริษัทต่างชาติก็ได้ ที่ทำการจัดสรรตลาดภายในที่ตนเข้าไปลงทุน ขณะที่การขยายตัวของ cartel ยากที่จะประเมิน แต่ก็มีหลายคดีเกิดขึ้น แสดงให้เห็นว่า cartel ได้กลายเป็นปัญหาระหว่างประเทศแล้ว และในทางปฏิบัตินั้นเป็นเรื่องยากที่องค์กรผู้มีส่วนอำนาจด้านการแข่งขันทางการค้าของประเทศเล็กๆ จะดำเนินการตรวจสอบ สืบสวน สอบสวน และดำเนินคดีแก่การกระทำดังกล่าวที่อาจอยู่นอกเหนือพรมแดนของตนโดยลำพัง

อย่างไรก็ตามการรวมหัวกันโดยทำข้อตกลงที่ทำให้เกิดการประหยัดต้นทุน ไม่ใช่พฤติกรรมที่จำกัดหรือต่อต้านการแข่งขัน เพราะเป็นประโยชน์ต่อทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบการ ข้อตกลงดังกล่าว ได้แก่ การรวมกลุ่มเพื่อการวิจัยและพัฒนา (R&D) การกำหนดมาตรฐานสินค้าร่วมกัน และกลยุทธ์ระหว่างพันธมิตร ซึ่งรวมถึงการแลกเปลี่ยน know-how ระหว่างบริษัท อาจตกลงเพื่อร่วมกันทำการวิจัยและพัฒนาสินค้าร่วมกัน หรือการเสริมสร้างประสิทธิภาพแก่การผลิตในประการอื่นใด เช่น ซื้อสินค้าร่วมกันจำนวนมากเพื่อให้ต้นทุนในการผลิตต่ำลง สร้างเครือข่ายในการให้บริการ เป็นต้น หลายๆ ประเทศได้กำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ข้อตกลงในรูปแบบ cartel ที่ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวนอนนั้นสามารถแบ่งออกเป็นลักษณะย่อยได้ ดังนี้

- *การกำหนดราคา (price fixing)*

การร่วมมือกันกำหนดราคาสินค้า ถือได้ว่าเป็นรูปแบบหรือตัวอย่างหลักที่สำคัญที่สุด และมีความผิดร้ายแรงที่สุดประเภทหนึ่งของ Cartel โดยการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในลักษณะที่เป็น "สัญญาหรือข้อตกลงร่วมกัน (agreement) ระหว่างผู้แข่งขัน ที่มุ่งหมายและเป็นผลให้เกิดการขึ้น ลด การตรึง หรือทำให้คงที่ ซึ่งราคาสินค้า" ทำให้ราคาที่ถูกกำหนดขึ้นนี้ เป็นราคาที่ไม่สมเหตุสมผล (unreasonable price) ซึ่งคดีส่วนใหญ่มักจะเป็นในรูปแบบนี้ เนื่องจากการแข่งขันทางด้านราคา (price competition) ถือเป็นหัวใจหลักของกลไกตลาด ดังนั้นการกระทำที่เป็นการจำกัด ทำลาย หรือลดการแข่งขันในตลาดจึงถือว่าการกระทำที่ปราศจากเหตุผลอัน

สมควรและส่งผลกระทบต่อกลไกตลาด กฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงจำเป็นต้องควบคุม cartel ในลักษณะนี้ให้มีความเข้มงวดมากที่สุด

ลักษณะของการร่วมมือกันกำหนดราคามีได้หลายรูปแบบ เช่น การกำหนดราคาขายต่ำสุด (Minimum price fixing) การกำหนดราคาขายสูงสุด (Maximum price fixing) การกำหนดราคามาตรฐาน (Standard price fixing) หรือการกำหนดราคาเป้าหมาย (Target price fixing)

- *การร่วมมือกันฮั้วการประมูล (Bid rigging)*

การฮั้วการประมูล ถือได้ว่าเป็น Price fixing ประเภทหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการร่วมกันตกลงกำหนดราคาการประมูลสินค้าหรือบริการ โดยกลุ่มผู้ประกอบการสมาชิกภายในกลุ่มให้มีราคาสูงกว่าราคาแข่งขันการประมูลโดยปกติ ซึ่งวิธีการที่ใช้กันนั้นจะแตกต่างไปจาก price fixing กล่าวคือ การฮั้วประมูลส่วนใหญ่มักจะมีลักษณะของการกำหนดตกลงกันภายในกลุ่มโดยทำการกำหนดให้สมาชิกรายใดรายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะการประมูลหรือการประกวดราคาในแต่ละครั้ง โดยจะทำการผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันไปเรื่อยๆ และนอกจากนี้สมาชิกภายในกลุ่มจะพยายามหาทางป้องกันกำจัดมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาร่วมแข่งขันในการประมูลด้วย¹⁷

- *การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย (Restraint of output หรือ Production control)*

การร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตและจำหน่าย เป็นการแทรกแซงกลไกตลาดอย่างไม่สมควร กล่าวคือ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้กำหนดราคาสินค้าหรือบริการเหมือนกับ price fixing โดยตรงก็ตาม แต่ผู้ประกอบการต่างร่วมมือกันจำกัดปริมาณการผลิต (หรือการจำหน่าย) สินค้าให้น้อยกว่าความต้องการในตลาด ทำให้เกิดปรากฏการณ์สินค้าขาดแคลนและส่งผลกระทบต่อราคาสินค้า คือ ทำให้ราคาสินค้าประเภทนั้นสูงขึ้น ซึ่งถือว่าการร่วมมือกันกำหนดปริมาณในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการปรับสภาพอุปสงค์ อุปทานในตลาดเป็นการล่วงหน้าซึ่งส่งผลกระทบในทางลบต่อ "ราคา" จึงสามารถกล่าวได้ว่าผลลัพธ์ของการร่วมมือกันกำหนดปริมาณ

¹⁷ สิริพร เบญจพรจุลมาศ, "การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 53.

การผลิตและจำหน่ายจึงไม่ต่างไปจาก price fixing เท่าไรนัก ตัวอย่างเช่น กลุ่ม OPEC¹⁸ ที่จำกัดปริมาณส่งออกน้ำมันในตลาดโลก เป็นต้น

- การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรและอุปกรณ์ต่างๆ

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรและอุปกรณ์ หมายถึง ข้อตกลงร่วมมือกันที่

ก. เป็นการจำกัดหรือยกเลิกอัตราการใช้งานหรือการทำงาน (rate of operation) ของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรือ

ข. เป็นข้อตกลงว่าด้วยการปรับปรุงการลงทุนทางด้านเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ต่างๆ ในอนาคต ซึ่งถือว่าการร่วมมือกันกำหนดทางด้านเครื่องจักรในลักษณะนี้เป็นรูปแบบทางอ้อมประเภทหนึ่งของ restraint of output กล่าวคือ ข้อตกลงว่าด้วยการจำกัดอัตราการทำงานของเครื่องจักรที่มีอยู่ ณ ช่วงระยะเวลานั้นจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับ restraint of trade แต่ในทางปฏิบัติจริงแล้ว คดีเกี่ยวกับการจำกัดในลักษณะนี้มีน้อยมาก และโดยมากแล้ว cartel ประเภทที่เป็นการปรับปรุงการลงทุนในอนาคต ถือได้ว่าเป็น cartel ที่ปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างอุปสงค์และอุปทานโดยฝีมือของมนุษย์ในระยะยาว และส่งผลกระทบต่อ การจำกัดการแข่งขันมากกว่า cartel ที่เป็นการจำกัดเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ที่มีอยู่ในขณะนั้น ดังนั้นกฎหมายจึงจำเป็นต้องควบคุมให้เข้มงวดเป็นพิเศษในกรณีนี้

- การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านเทคโนโลยี ยกตัวอย่างเช่น การร่วมมือกันจำกัดการใช้หรือการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ การร่วมกันทำสัญญาว่าด้วยการไม่ใช้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่น สิทธิบัตร ข้อตกลง cross license หรือ patent pool แล้วร่วมกันจำกัดราคา จำกัดปริมาณ แบ่งเขตพื้นที่ตลาด เป็นต้น

- การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

การร่วมมือกันกำหนดทางด้านสินค้า หมายถึง

(ก) การร่วมมือกันจำกัดการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้าเฉพาะที่ได้กำหนดไว้

(ข) การทำสัญญาว่าด้วยสาขาการผลิตเฉพาะทาง หรือ

(ค) การใช้วิธีกำหนดมาตรฐานสินค้า (standardization) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาเสถียรภาพของ price fixing หรือ restraint of output ซึ่งเกิดเลยจากขอบเขตของการร่วมมือกันเพื่อกำหนดมาตรฐานสินค้าโดยเฉพาะ

- การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ (Market division)

การร่วมมือกันกำหนดเขตพื้นที่ตลาด ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันว่าด้วยการแบ่งตลาด ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กรณี กล่าวคือ

(ก) การกำหนดส่วนแบ่งทางการตลาดให้แก่ผู้ผลิตเป็นร้อยละที่แน่นอนของอุปสงค์ที่มีอยู่ (fixed percentage of available demand) หรือ

(ข) การแบ่งตลาดออกเป็นภูมิภาค (geographically) และจำกัดให้ผู้ผลิตแต่ละรายขายได้เฉพาะในเขต (area) ที่กำหนด หรือ

(ค) การแบ่งกลุ่มลูกค้าให้แก่ผู้ขายแต่ละราย หรือ

(ง) การจัดสรรโดยกำหนดมิให้ขายสินค้าแข่งกันในพื้นที่ที่กำหนด เช่น กำหนดว่าในเขต A นาย ก. จะขายเฉพาะเครื่องใช้ขนาดเล็ก (small appliance) ส่วนนาย ข. ต้องขายเฉพาะเครื่องใช้ขนาดใหญ่เท่านั้น (large appliance)

- การร่วมมือกันปฏิเสธการทำธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่น (Group boycott หรือ Collective refusals to deal)

การร่วมมือกันปฏิเสธการทำการค้า โดยทั่วไปจะหมายถึงการที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไป (ซึ่งต่างไปจากกรณีการปฏิเสธการทำการค้าโดยผู้ประกอบการรายเดียว หรือ refusals to deal) ร่วมมือกันไม่ทำการค้าหรือธุรกิจกับผู้ประกอบการรายอื่นทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยมีวัตถุประสงค์ที่แน่ชัด คือ เพื่อเป็นการกำจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด หรือเพื่อป้องกันยับยั้งมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่ๆ (new entrants) สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดกับตน

ได้ ในบางครั้งแม้การรวมตัวกันนี้จะเป็แนวนอน แต่อาจเป็นการรวมตัวในแนวตั้งร่วมด้วย (vertical component) เพื่อให้บรรลุผลที่ต้องการ ตัวอย่างเช่น การที่กลุ่มผู้จัดจำหน่ายรวมตัวกันเพื่อกำจัดผู้จัดจำหน่ายสินค้ารายหนึ่งออกไป กลุ่มผู้จัดจำหน่ายนี้อาจคุกคาม (threaten) โดยตรงและโดยอ้อมแก่ผู้ผลิตโดยแจ้งว่าจะระงับการสั่งสินค้าจากผู้ผลิตหากผู้ผลิตนั้นๆ ขายสินค้าให้กับผู้จัดจำหน่ายที่เขาต้องการกำจัด หรืออาจจะแจ้งแก่ผู้ค้าปลีก (retailer) โดยห้ามมิให้ซื้อสินค้าจากผู้จัดจำหน่ายที่เป็นเป้าหมาย (target distributor)

2.2.1.2 การผูกขาดหรือพยายามผูกขาด (monopolization or attempt to monopolize)

การผูกขาด ในความหมายอย่างกว้างหมายถึง การใช้อำนาจเพื่อการผูกขาด หรือในกรณีความหมายอย่างแคบอาจกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจโดยวิธีไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (ก) "สร้าง" หรือ "รักษา" อำนาจในการผูกขาดของตน หรือ (ข) "ขยาย" อำนาจในการผูกขาดของตน ดังนั้นองค์ประกอบของการใช้อำนาจเพื่อการผูกขาดมี 2 ประการ คือ

- (1) ต้องเป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาด และ
- (2) บริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นได้ใช้อำนาจของตนเพื่อรักษา หรือขยายอำนาจของตนที่มีอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) อย่างมีเจตนา (willfully) แต่ต้องไม่ใช่เป็นผลที่ได้จากความสามารถในการผลิต และการบริหารที่ดีเหนือบริษัทอื่น หรือเป็นผลจากความบังเอิญจากประวัติศาสตร์¹⁹ กล่าวคือ ใช้อำนาจผูกขาดไปในลักษณะไม่ชอบธรรม คือ กำจัดคู่แข่งทางธุรกิจ (predatory practices) หรือกีดกันคู่แข่ง (exclusionary practices)

การพยายามผูกขาด หมายถึง การวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือความพยายามกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง โดยการใช้วิธีที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้มาซึ่งการ "สร้าง" อำนาจในการผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นๆ เงื่อนไขการพิจารณาการกระทำที่เข้าข่าย attempt to monopolize กล่าวโดยหลักคือ

¹⁹ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, เอกสารประกอบการสอน กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า, โครงการตำราและสื่อการสอน, 3 เล่ม (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมหาวิทาลัย ภาคการศึกษาปลายปี การศึกษา 2544) เล่มที่ 2, หน้า 7-8.

- 1) การมีเจตนาที่เฉพาะเจาะจง (specific intent) ที่จะควบคุม (control) ราคา หรือลดการแข่งขันในตลาด
- 2) เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นสิ่งที่ต่อต้านการแข่งขัน (anti-competitive) หรือ การขายตัดราคา (predatory pricing) ที่มีเจตนาดังกล่าวในลักษณะที่จะ พยายามกำจัดคู่แข่ง และ
- 3) การมีความน่าจะเป็นหรือแนวโน้มที่อันตรายที่อาจก่อให้เกิดอำนาจ การผูกขาดได้ในอนาคต (dangerous probability of success)

2.2.1.3 การควบรวมและการซื้อกิจการ (mergers and acquisition) ใน แนวนอน

ต้องพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลให้จำนวนและขนาดของคู่แข่งลดลง หรือไม่ การรวมตัวกันอาจส่งผลเสียต่อผู้บริโภค ทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้น ผลผลิตลดลง และบริษัท ผู้ประกอบการสามารถทำกำไรได้อย่างรวดเร็ว

การควบรวมกิจการ (Mergers) จัดอยู่ในเรื่องของการเข้าครอบงำกิจการของผู้อื่น (take over) ไม่ว่าจะผู้อื่นนั้นจะเป็นคู่แข่งทางการค้า ผู้จัดหา หรือลูกค้าของตนเอง หรืออาจเป็น บุคคลอื่นใดที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงต่อการประกอบกิจการของตนเองก็ได้ ทั้งนี้เพื่อให้สามารถ เข้าควบคุมการบริหาร การดำเนินการของผู้อื่นนั้น หรือเอากิจการนั้นเป็นของตนเอง

การควบรวมกิจการอาจเกิดจากหน่วยทางธุรกิจ 2 หน่วยขึ้นไป รวมเข้าเป็น กิจการเดียวกัน เช่น การควบกิจการอันเกิดจากความยินยอมโดยผ่านการเห็นชอบของ คณะกรรมการบริการ (board of directors) และผู้ถือหุ้น (stockholders) ของทั้งสองฝ่าย หลังจากการควบรวมกิจการแล้วจะเหลือกิจการเพียงแห่งเดียวเท่านั้น ส่วนที่เหลือจะหมดสภาพ ของการเป็นนิติบุคคลตามนัยทางกฎหมาย การควบกิจการลักษณะนี้เป็นการทั้งทรัพย์สินและ หนี้สินทั้งหมด (Amalgamation) กล่าวคือ ทั้งสินทรัพย์และหนี้สินของบริษัทผู้ขายจะถูกโอนเป็น ของผู้ซื้อโดยอัตโนมัติ ยกเว้นในกรณีของ reverse mergers ที่ผู้ขายอาจมีทรัพย์สินบางประการที่ ไม่สามารถจะโอนย้ายได้ด้วยเงื่อนไขของกฎหมายอื่นกำกับไว้อยู่ กิจการของผู้ขายจะยังคงสภาพ อยู่ตามกฎหมายและส่วนของผู้ซื้อจะเป็นผู้หมดสภาพตามนัยของกฎหมายแทน หรือในกรณีของ

consolidation ที่หลังจากควบกิจการแล้ว ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายได้สลายตัวเปลี่ยนเป็นกิจการใหม่และทำการครอบครองทั้งสินทรัพย์และหนี้สินของผู้ซื้อผู้ขายทั้งหมดแทน²⁰

การเข้าซื้อกิจการ (Acquisition) คือ การเข้าซื้อหรือโดยการแลกเปลี่ยนหุ้น หรือ ทรัพย์สินของกิจการนั้น จนเป็นผลให้สามารถเข้าบริหารในกิจการนั้นได้ การรวมกิจการโดยการเข้าซื้อสินทรัพย์ (asset acquisition) ผู้ซื้ออาจซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดจากผู้ขาย หรือเลือกซื้อเฉพาะบางส่วนก็ได้ การโอนกรรมสิทธิ์ของสินทรัพย์และหนี้สินไม่เป็นไปอย่างอัตโนมัติเหมือนในกรณีของ mergers และ consolidation แต่จะเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย สำหรับการซื้อกิจการโดยการซื้อหุ้น (stock acquisitions) ได้แก่ การซื้อกิจการโดยอ้างการซื้อหุ้นทั้งหมด หรือเป็นเพียงบางส่วนจากผู้ขาย โดยทั่วไปแล้วเป็นการซื้อขายอย่างเป็นมิตร (friendly take-over) กล่าวคือ มักจะมีการตกลงโดยตรงระหว่างผู้ซื้อผู้ขาย ในลักษณะที่ผู้บริหารของบริษัทที่ถูกซื้อไม่ปฏิเสธและยินยอมต่อการเข้ามาซื้อหุ้นนั้นในราคาที่ตกลงกัน แต่ก็มีบางกรณีที่เป็นการครอบงำกิจการโดยที่ผู้ขายไม่ยินยอม (hostile take-over) ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายบริหารของกิจการนั้น แต่เป็นการซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นอื่น โดยผู้ซื้อใช้วิธีเสนอราคาที่สูงกว่าราคาตลาดของหุ้นนั้น เช่น การซื้อหุ้นเพื่อให้ผู้ซื้อกลายเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่เกินร้อยละ 51 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด อันจะทำให้มีอำนาจในการดำเนินกิจการหรือหมายถึงการครอบงำกิจการ²¹ นอกจากนี้การควบรวมกิจการอาจเกิดจากการประกอบกิจการในรูปแบบกิจการร่วมค้าก็ได้

การควบรวมกิจการหรือการซื้อกิจการในแนวนอน มี 2 ประเภท คือ

1) การควบรวมกิจการหรือการซื้อกิจการที่เป็นธุรกิจเดียวกัน เป็นการรวมเข้ากันของผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปอยู่ในลำดับขั้นตอนของการผลิตระดับเดียวกันและแข่งขันกันในตลาดสินค้าและบริการประเภทเดียวกัน เช่น บริษัทผู้ผลิตรองเท้าควบรวมกับบริษัทผู้ผลิตรองเท้า ห้างสรรพสินค้าควบรวมกับห้างสรรพสินค้า โรงพยาบาลควบรวมกับโรงพยาบาล

²⁰ สุธีร์ ศุภินิตย์, กมลชัย รัตนสากววงศ์, วชิรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2536), หน้า 55.

²¹ เรื่องเดียวกัน.

บริษัทผลิตและจำหน่ายอาหารสำหรับเด็กทารกควบรวมกับบริษัทผลิตและจำหน่ายอาหารสำหรับเด็กทารก หรือธนาคารพาณิชย์ควบรวมกับธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น²² การรวมตัวเข้าด้วยกันในรูปแบบนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ทางการประหยัดจากขนาด (economies of scale) ซึ่งอาจเกิดจากการที่ต้นทุนคงที่ หรือจากการที่ต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) ลดลงเมื่อขนาดของการผลิตเพิ่ม ประโยชน์ทางการประหยัดจากการร่วมกิจกรรม (economies of scope) ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อมีการผลิตสินค้าร่วมกัน (joint production) สามารถลดต้นทุนได้มากกว่าผลิตเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการรวมตัวนี้เลยไปถึงผลที่ได้รับจากการโอนย้ายและเรียนรู้ทางด้านเทคโนโลยีการผลิต ความรอบรู้ทางการตลาด ความสามารถในการค้นคว้าวิจัย ความสามารถในการบริหาร รวมทั้งชื่อเสียงที่ได้จากการสะสมภายใต้เครื่องหมายการค้า (trade name) แต่ในทางตรงกันข้ามเมื่อมีการควบกิจการทางธุรกิจเกิดขึ้น ทำให้จำนวนหน่วยผลิตที่จะทำการแข่งขันลดน้อยลง และอาจนำไปสู่การรวมหัวกัน (collusion) เพื่อแสวงหาอำนาจในการผูกขาดในระยะยาวได้ ด้วยเหตุนี้เองในการวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่เกิดจากการควบกิจการจึงมักจะต้องพิจารณาในประเด็นของประโยชน์โดยสุทธิที่เกิดขึ้น การหลีกเลี่ยงปัญหาของการได้ อย่างเสียอย่าง (tradeoff) ระหว่างต้นทุนที่ลดลง (cost saving) กับการขยายอำนาจทางการตลาด เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ดังนั้น ในการประเมินผลกระทบของการควบกิจการ โดยทั่วไปแล้ว จะพิจารณาในประเด็นที่ว่า หลังจากการควบรวมกิจการ (ex post merger) นั้น มีการประหยัดทางด้านต้นทุนหรือไม่ และดุลยภาพของการเข้าออกโดยเสรี (free-entry equilibrium) นั้น สอดคล้องกับจำนวนหน่วยผลิตที่เหมาะสมในกิจกรรมทางธุรกิจดังกล่าวหรือไม่²³

2) การควบรวมกิจการหรือซื้อกิจการที่เป็นธุรกิจต่างประเภทกัน (conglomerate merger) คือ การควบกิจการแบบหลากหลายซึ่งรวมบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดต่างกันเข้าด้วยกัน โดยที่กิจการที่ควบเข้ากันนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด สามารถจำแนกในรายละเอียดเป็น 3 กลุ่มย่อย คือ

²² ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2551), หน้า 66.

²³ สุธีร์ ศุภนิติย์, กมลชัย รัตนสกาวงศ์, วชิรียา โตสงวน และวิไลวรรณ วรรณธิกุล, รายงานวิจัยเรื่อง แนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย, หน้า 57.

- 2.1) การควบกิจการที่เป็นการขยายขอบเขตของธุรกิจ (product extension)
 ไปในแขนงต่างๆ
- 2.2) การควบกิจการที่มีลักษณะการขยายขอบเขตพื้นที่ทำการ (market extension) และ
- 2.3) การขยายตัวไปตามโอกาสของธุรกิจและการทำกำไร (pure conglomerate merger)

การประเมินผลกระทบหลังการรวมตัวแบบหลากหลายนี้ค่อนข้างจะทำให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมได้ยากกว่ากรณีของการควบกิจการแบบแนวนอนและการควบกิจการแบบแนวตั้ง ทั้งนี้ เป็นเพราะหลังจากการเข้าควบกิจการ (post merger) นั้นมักไม่มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของการกระจุกตัว (concentration) ที่เห็นอย่างเด่นชัดในอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องหรือทำให้การแข่งขันลดลง ประเด็นที่มักจะถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงผลกระทบของการควบกิจการอย่างหลากหลาย คือประเด็นการแผ่ขยายอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือการสร้างอาณาจักรทางธุรกิจ (empire building) ของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ที่มีกิจการอยู่ในเครือเป็นจำนวนมาก อันเป็นผลทำให้การกระจุกตัวโดยรวมของระบบเศรษฐกิจ (aggregate concentration ratio) สูงขึ้น²⁴ และอาจเป็นการสร้างการกระจุกตัวในระบบเศรษฐกิจที่ทำให้เศรษฐกิจตกอยู่ในมือของคนไม่กี่คนได้

นอกจากนี้กิจการร่วมค้าก็อาจเข้าข่ายข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันด้วย ปกติหากพิจารณาลักษณะของกิจการร่วมค้าโดยมองด้านสังคมแล้ว กิจการร่วมค้าจัดได้ว่าเป็น "รูปแบบขององค์กรร่วม" ในหลายๆ ด้าน เช่น องค์กรร่วมเพื่อการพัฒนาและการวิจัย (Research and Development - R&D) การผลิต การโฆษณา การจัดจำหน่าย เป็นต้น ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ แต่ในทางกลับกันกิจการร่วมค้าบางประเภทอาจเข้าข่ายขัดต่อหลักกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ กล่าวคือ

- เป็นการทำลายหรือลดการแข่งขัน (ทั้งที่ปรากฏเด่นชัดหรือที่แอบแฝงอยู่) ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน
- สมาชิกขององค์กรกิจการร่วมค้าผู้ซึ่งมีอำนาจเด็ดขาด (exclusive rights) ใช้สิทธิดังกล่าวให้ตนมีสถานะเหนือกว่าสมาชิกรายอื่น

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 76.

- กรณีที่ส่งผลกระทบต่อระบบการแข่งขันหรือส่วนประกอบที่สำคัญขององค์กรกิจการร่วมค้าเสียหาย เป็นต้น²⁵

2.2.2 ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (vertical agreement)

ข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง คือ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการซึ่งอยู่คนละระดับชั้นการผลิต (market chain) โดยข้อตกลงดังกล่าวมักอยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายในรัฐนั้นๆ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับวิธีการจัดจำหน่ายสินค้า (product distribution) และเป็นวิธีการที่บริษัทที่มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดใช้จำกัดคู่แข่ง (predatory practices) หรือกีดกันคู่แข่ง (exclusionary practices) แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ถือว่า การกระทำของบริษัทที่ยังไม่มีอำนาจเหนือตลาด เช่น อาจมีสัดส่วนเพียง 15% ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดแล้ว เพียงแต่ถือว่าเป็นการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง เนื่องจากกฎหมายต้องการเพียงจะปรามผู้ประกอบการขนาดกลางไม่ให้ใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ไม่ได้ประสงค์จะลงโทษให้เข็ดหลาบ

การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง ได้แก่

2.2.2.1 การกำหนดราคาขายต่อ (resale price maintenance)

โดยทั่วไปแล้ว ราคาขายต่อจะหมายถึง ราคาขายปลีกและราคาขายส่งด้วย แม้ว่าคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ผลิตสินค้าซึ่งมีอำนาจตลาดกำหนดให้ผู้แทนจำหน่ายต้องจำหน่ายสินค้าของตนในราคาขายปลีกเท่าไร พฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อถือเป็นพฤติกรรมที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าห้ามกระทำก็มาจากเหตุผลที่ว่าจากมุมมองของผู้บริโภคแล้ว การกำหนดราคาขายต่อ คือ การร่วมกันกำหนดราคาขายของบรรดาผู้แทนจำหน่ายทั้งหลายนั่นเอง ตัวอย่าง นาย ก. ต้องการซื้อสินค้า xyz เมื่อนาย ก. เข้าไปในร้านจำหน่ายสินค้า xyz เพื่อสอบถามเรื่องราคา ปรากฏว่าร้านจำหน่ายจำนวน 20 ร้านในเมืองที่นาย ก. อาศัยอยู่ขายสินค้า xyz ในราคาเดียวกันหมด จากมุมมองของนาย ก. แล้วนาย ก. เห็นว่าร้านจำหน่ายสินค้าทั้ง 20 ร้านในเมืองได้ตกลงร่วมกันที่จะจำหน่ายสินค้า xyz ตามราคาของบริษัทผู้ผลิตสินค้า xyz ตกลง

²⁵ สิริพร เบญจพรจุลมาศ, "การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา," หน้า 60.

กำหนดไว้เท่านั้น หากร้านจำหน่ายใดไม่ปฏิบัติตาม บริษัทที่ผลิตสินค้า xyz ก็จะไม่ส่งสินค้า xyz ให้ และตัดร้านจำหน่ายที่ไม่ปฏิบัติตามออกจากการเป็นร้านตัวแทนจำหน่ายสินค้า xyz ของตน กฎหมายจึงห้ามมิให้บริษัทที่ผลิตสินค้า xyz กำหนดราคาขายต่อ²⁶

พฤติกรรมบางอย่างแม้ว่าจะเป็นกาหนดราคาขายต่อ แต่ศาลถือว่าไม่เป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า ได้แก่

1) การกำหนดราคาขายต่อ โดยปราศจากมาตรการบังคับ แต่เป็นการแนะนำร้านค้าปลีกให้ขายในราคาและผู้ผลิตสินค้าแนะนำ ทั้งนี้พฤติกรรมที่ถือว่ามีมาตรการบังคับ เช่น การไม่ส่งสินค้าให้ขายต่อไป หากร้านขายปลีกไม่ขายในราคาที่แนะนำ (หลัก Colgate Doctrine ตามคดี United States v. Colgate & Co. และ Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.) เป็นต้น

2) การฝากขาย (consignment) ได้แก่ การที่เจ้าของสินค้ายังคงมีกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นอยู่แต่ฝากให้บุคคลอื่นขายให้ เจ้าของสินค้าสามารถกำหนดราคาขายต่อได้ เช่น นาย ก. เป็นจิตรกรฝีมือดี ได้วาดภาพสีน้ำมันที่สวยงามแล้วนำภาพที่วาดนั้นไปฝากขายกับร้าน Gallery เช่นนี้ นาย ก. ก็สามารถกำหนดราคาขายของภาพดังกล่าวได้ เพราะเห็นได้ว่าเป็นการขายโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เดิมโดยตรงไม่ใช่การขายต่อ อย่างไรก็ตามอาจมีการพยายามหลีกเลี่ยง เพื่อให้ไม่เข้าข่ายว่าเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมาย โดยทำสัญญาฝากขายเพื่ออำพรางนิติกรรมการขาย (sham agreement) แบบกำหนดราคาขายต่อ เช่น บริษัทกลั่นน้ำมันทำสัญญากับปั้มน้ำมันจำนวนมากในมลรัฐแคลิฟอร์เนียว่าเป็นสัญญาฝากขาย แต่มีข้อสัญญาว่าหากเกิดอุบัติเหตุขึ้นมาให้ความสูญเสียตกแก่ปั้มน้ำมัน (มีผลเหมือนกับกรรมสิทธิ์โอนแล้วจึงเป็นนิติกรรมขาย ไม่ใช่การขายฝาก) ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการกำหนดราคาขายต่อไม่ใช่สัญญาฝากขาย (consignment agreement) (คำพิพากษาศาลในคดี Simpson v. Union Oil Co.)

3) ร้านจำหน่ายแทนบริษัท (agency) ของบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร (patentee) บริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการผลิตสินค้า สามารถจะจัดตั้งร้านจำหน่ายแทนบริษัทที่เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรทั่วประเทศเพื่อขายสินค้าดังกล่าวในราคาเดียวกับราคาของบริษัทเจ้าของสิทธิบัตรจำหน่ายสินค้า ไม่ถือว่าพฤติกรรมกำหนดราคาขายต่อของบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรเป็นพฤติกรรมที่ขัดกฏหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขัน

²⁶ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 68.

ทางการค้า (คำพิพากษาศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี United States v. General Electric Co.) สำหรับเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ คือ ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิที่จะกำหนดราคาผูกขาดและได้กำไรเกินปกติ (excess profit) โดยไม่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า เพราะสิทธิผูกขาด (exclusive rights) ตามกฎหมายสิทธิบัตรมีเป้าหมายเพื่อให้เป็นแรงจูงใจ (incentive) ให้มีการลงทุนลงแรงประดิษฐ์คิดค้นสิ่งของเครื่องใช้ที่เป็นประโยชน์ต่อมนุษย์ การที่ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถตั้งราคาสูงกว่าราคาในระดับที่มีการแข่งขันได้ ทำให้สามารถได้รับผลตอบแทนการลงทุนลงแรงของตนไป แต่การตั้งราคาขายสินค้าที่สูงเพื่อให้ได้กำไรเกินปกติจะสามารถทำได้ในการสินค้าที่มีสิทธิบัตรครั้งแรกเท่านั้น (First Sale Doctrine) จะไม่สามารถกำหนดราคาขายต่อจากนั้นได้ ดังนั้นผู้ที่คิดค้นสิ่งประดิษฐ์ขึ้นก็มีสิทธิที่จะผลิตสินค้าที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิเอง แล้วกำหนดราคาขายปลีกสินค้าดังกล่าวได้

2.2.2.2 การแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจ (Market division) ในแนวดิ่ง

คือ การที่บริษัทผู้ผลิตสินค้าได้แบ่งพื้นที่ออกเป็นหลายๆ พื้นที่แล้วกำหนดให้มีร้านผู้แทนจำหน่าย (dealer, distributor) ในแต่ละเขตพื้นที่เพียงร้านเดียว ซึ่งจากมุมมองของกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าแล้ว พฤติกรรมดังกล่าวย่อมเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากเป็นการยกการผูกขาดการประกอบธุรกิจในเขตพื้นที่นั้นแก่ร้านผู้แทนจำหน่ายร้านใดร้านหนึ่งเพียงเจ้าเดียว อย่างไรก็ตามศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้นำหลักเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในแต่ละคดีว่า พฤติกรรมการแบ่งพื้นที่ธุรกิจของจำเลยมีผลเป็นการเพิ่มการแข่งขัน (pro-competitive effect) หรือมีผลเป็นการลดการแข่งขัน (anti-competitive effect) อย่างไรบ้าง แล้วชั่งน้ำหนักผลดี-ผลเสียดังกล่าวก่อนตัดสิน ซึ่งวิธีการชั่งน้ำหนักผลดี-ผลเสียของพฤติกรรมดังกล่าว เรียกว่า ศาลใช้หลักเหตุผล (The Rule of Reason) วิเคราะห์พฤติกรรมของจำเลย โดยศาลได้ตัดสินว่าการแบ่งพื้นที่ประกอบธุรกิจแล้วตั้งร้านตัวแทนจำหน่ายสินค้าเพียงร้านเดียวในเขตดังกล่าวเป็นพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจที่ไม่ขัดกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าว อาจจะทำให้การแข่งขันระหว่างร้านตัวแทนจำหน่ายสินค้าของบริษัทจำเลยด้วยตนเอง (intra-brand competition) ลดลงบ้างก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Continental T.V. v. GTE Sylvania)²⁷

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

2.2.2.3 การขายควบ (tying agreement)

เป็นพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่ขายสินค้าชนิดหนึ่งที่บริษัทตนมีอำนาจตลาดให้กับลูกค้า พร้อมกับมีเงื่อนไขว่าลูกค้าจะต้องซื้อหรือเช่าสินค้าอีกชนิดของบริษัทตนด้วย เป็นความพยายามจำกัดมิให้ผู้ซื้อไปซื้อสินค้าจากคู่แข่ง

ข้อยกเว้นที่สำคัญสำหรับพฤติกรรมขายควบ ได้แก่ ข้อสัญญาขายควบในธุรกิจแพนไซส์อาหารจานด่วน หรือธุรกิจเครื่องดื่มประเภทแพนไซส์ ซึ่งข้อสัญญาในธุรกิจแพนไซส์อาหารจานด่วนที่เจ้าของสิทธิจะมีข้อสัญญากำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิต้องซื้อวัตถุดิบของตนหรือจากบริษัทที่ตนกำหนดด้วย เนื่องจากเป็นการประกันคุณภาพของสินค้า (quality control justification)²⁸ จึงไม่ใช่พฤติกรรมจำกัดทางการค้า

2.2.2.4 การห้ามทำธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่น (exclusive dealing)

เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าห้ามมิให้คู่สัญญาอีกฝ่ายที่อ่อนแอกว่าขายหรือจำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง หรือห้ามมิให้ซื้อสินค้าจากคู่แข่งของตน เช่น ผู้ผลิตสินค้าบังคับให้ตัวแทนจำหน่ายสินค้าของตน (dealer) ต้องยอมรับเงื่อนไขที่ว่า จะไม่จำหน่ายสินค้าของคู่แข่ง หรือบริษัทการค้า (trading company) บังคับให้ผู้ผลิตสินค้านำเข้ารับเงื่อนไขที่ว่า จะต้องไม่ขายสินค้าชนิดเดียวกันให้กับบริษัทการค้าคู่แข่ง เป็นต้น²⁹

2.2.2.5 การตั้งราคาที่แตกต่างกัน

เป็นพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ตั้งราคาสินค้าบริษัทตนไว้สูงในเขตพื้นที่หรือกลุ่มผู้บริโภคที่นิยมสินค้าของบริษัทตน และตั้งราคาสินค้าบริษัทตนไว้ต่ำในเขตพื้นที่หรือกลุ่มผู้บริโภคที่ไม่นิยมสินค้าของบริษัทตน เช่น หนังสือพิมพ์บางฉบับอาจตั้งราคาขายปลีกหนังสือพิมพ์ของบริษัทในราคาที่ต่ำในเขตพื้นที่ที่ผู้อ่านนิยมหนังสือพิมพ์ของบริษัทคู่แข่งมากกว่า ส่วนในเขตพื้นที่ที่ผู้อ่านนิยมอ่านหนังสือพิมพ์ของบริษัทตนราคาที่ตั้งจะสูงกว่ามาก แม้ว่าเนื้อหาของหนังสือพิมพ์จะเหมือนกันทุกประการก็ตาม

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

²⁹ วราภา วรพิชโยทัย, "นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณี คดีฟูจิ - โกดัก," หน้า 31.

2.2.2.6 การควบรวมและการซื้อกิจการ (mergers and acquisition) ใน แนวดิ่ง

เป็นการรวมเข้ากันของบรรดาผู้ประกอบการที่อยู่ต่างระดับกันแต่อยู่ในขั้นตอนการผลิตเดียวกัน เช่น การรวมเข้ากันของบริษัทเลี้ยงไก่กับบริษัทผลิตอาหารไก่ บริษัทผลิตรองเท้าซื้อกิจการของร้านขายปลีกรองเท้า เป็นต้น อาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันได้ โดยที่บริษัทเลี้ยงไก่หรือบริษัทผลิตรองเท้าอาจนำกำไรจากการประกอบธุรกิจในระยะกับอื่น (เช่น ขายส่ง) ไปใช้ลดราคาขายปลีก เพื่อให้ธุรกิจของคู่แข่งต้องออกจากตลาดไป ทั้งนี้ ข้อดีของการควบกิจการแบบแนวดิ่งนี้เป็นไปเพื่อลดขั้นตอนในกระบวนการติดต่อทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานทางธุรกิจอย่างครบวงจร อันเป็นผลทำให้ต้นทุนในทางธุรกรรม (transaction cost) ลดลงมาก ทั้งในด้านการจัดเตรียมวัตถุดิบ การผลิต การรักษาระดับสินค้าคงคลัง การตลาด สิ่งต่างๆ เหล่านี้ล้วนก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้ทรัพยากรของหน่วยผลิต และเป็นการลดต้นทุนของหน่วยผลิต แต่ก็มีข้อเสียคือ สร้างอุปสรรคต่อการที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาในตลาดนั้นได้ (barrier to entry) เพราะคู่แข่งหน้าใหม่ที่เข้ามา ต้องแข่งขันแบบครบวงจรให้ทัดเทียมกัน จึงจะสามารถสู้กับผู้ผลิตรายเดิมที่มีทั้งประสบการณ์ทางธุรกิจและมีข้อมูลข่าวสาร รู้ช่องทางในการดำเนินธุรกิจได้

พฤติกรรมที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งทำให้กลไกตลาดไม่สามารถทำงานได้อย่างเต็มที่ และขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรี ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการ ผู้บริโภคจึงควรที่ทุกประเทศจะหาทางจัดการและป้องกันไม่ให้เกิดพฤติกรรมดังกล่าวร่วมกัน โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะนำเสนอแนวทางในการทำความเข้าใจการดำเนินการค้าที่จะช่วยในการจัดการพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันดังกล่าว ที่เหมาะสมกับประเทศไทย

2.3 ประวัติความเป็นมาและเหตุผลในการเพิ่มหลักเกณฑ์การแข่งขันในความตกลงทางการค้าทวิภาคี

ปัจจุบันพรมแดนไม่สำคัญต่อการเคลื่อนไหวของสินค้า บริการ คน หรือแม้กระทั่งความคิด (idea) และเงินตราอีกต่อไปแล้ว การประกอบธุรกิจย่อมมีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ และการมีพฤติกรรมจำกัดทางการค้าในการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับหลายประเทศนี้เองที่สร้างปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

วิธีแก้ไขปัญหาพฤติกรรมจำกัดทางการค้าที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศนั้นอาจทำได้ 3 วิธี³⁰ ได้แก่

- (1) การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยรัฐผู้ได้รับความเสียหายเพียงรัฐเดียว (Unilateral) เช่น การปรับใช้หลักผลกระทบ (effect doctrine) ของศาลประเทศสหรัฐฯ ซึ่งจะอธิบายรายละเอียดต่อไป
- (2) การบังคับใช้กฎหมาย โดยอาศัยความตกลงทวิภาคี (Bilateral agreement)
- (3) การบังคับใช้กฎหมาย โดยอาศัยความตกลงพหุภาคี (Multilateral agreement)

2.3.1 การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยรัฐผู้ได้รับความเสียหายเพียงรัฐเดียว

วัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ คือ ควบคุมให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้บริโภค อย่างไรก็ตามพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอาจเกิดขึ้นจากภายนอกประเทศแล้วส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศได้ ในช่วงแรกนั้นยังไม่มีความตกลงเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านแข่งขันทางการค้า แต่ละประเทศจึงใช้วิธีบังคับตามกฎหมายภายในของตนเพื่อจัดการกับพฤติกรรมเหล่านั้น กล่าวคือ

³⁰ Harve A. Truskett, "This Does Not Matter in Mexico" : Mexico-U.S. Competition Law—Conflicts and Resolutions," *Houston Journal of International Law* (2008): 800.

การบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตของประเทศ* นั้นเอง ซึ่งตัวอย่างที่เป็นกล่าวถึงกันอย่างมาก ก็คือการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของมหาอำนาจ อย่างประเทศสหรัฐฯ

ในการบังคับใช้กฎหมายภายในกับพฤติกรรมจำกัดทางการค้าซึ่งเกิดในต่างประเทศ ทุกประเทศต้องเผชิญกับปัญหาที่ว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าของตนสามารถใช้บังคับออกไปได้มากเพียงใด ปัญหานี้มีสองมุมมอง หากพิจารณาจากมุมมองของประเทศที่ผู้บริโภคของตนได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากภายนอก ประเทศเหล่านี้จะรู้สึกไม่พอใจที่อำนาจของตนมีไม่เพียงพอที่จะจัดการกับผู้ที่ทำผิดกฎหมายนอกประเทศแต่มุ่งจะให้เกิดผลในประเทศตน อย่างไรก็ตามประเทศที่ผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่จะมองปัญหานี้ต่างออกไปอย่างมากเพราะจะรู้สึกว่าอำนาจอธิปไตยของตนถูกแทรกแซง ดังที่ Lord Wilberforce กล่าวไว้ในคดี Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp. ว่า "เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า นโยบายป้องกันการผูกขาดของประเทศหนึ่ง อาจมีเพื่อป้องกันในสิ่งที่นโยบายของอีกประเทศหนึ่ง จะโจมตี"³¹ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในประเทศสหรัฐฯ คือ แม้จะเป็นประเทศที่มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เข้มงวดกลับอนุญาตอย่างชัดแจ้งให้ทำ export cartels ได้ ภายใต้ Webb-Pomerene Act

ในขณะที่ทุกประเทศเห็นพ้องต้องกันว่าความผิดบางประเภท เช่น ฆาตกรรม ลักพาตัว และ ช่มชู้ เป็นอาชญากรรมที่สมควรได้รับโทษ** แต่สำหรับความผิดในเรื่องพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้าเป็นความผิดทางเทคนิค*** แต่ละประเทศจึงมีมุมมองที่แตกต่างกันออกไป

* การบังคับใช้กฎหมายภายในของต้นนอกอาณาเขต หมายความว่า ใช้อำนาจศาลภายในประเทศ ดำเนินคดีกับคดีที่อยู่ในที่อยู่ในเขตอำนาจศาลของประเทศอื่น ทั้งนี้ต่างจากคำว่า "สิทธิสภาพนอกอาณาเขต" ตามสนธิสัญญาเบาว์ริง ที่ทำกับอังกฤษใน พ.ศ.2398 (ค.ศ.1855) ซึ่งทำให้อังกฤษสามารถตั้งศาลในประเทศไทย และคนในบังคับอังกฤษ จะขึ้นกับอำนาจของศาลกงสุลอังกฤษ ไม่ต้องขึ้นศาลไทย ทั้งๆ ที่กระทำความผิดในผืนแผ่นดินไทย

³¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law : text, case, and materials*, 2nd ed., (United States : Oxford University Press, 2004), p.1038.

** เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se)

*** เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) หรือ กฎหมายเทคนิค (Technical law) ซึ่งกฎหมายประเภทนี้มีได้เกิดจากพื้นฐานความคิดเกี่ยวกับความถูกต้องทางศีลธรรม แต่เป็นเรื่องที่กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่าง

ขึ้นอยู่กับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และการเมือง แม้ว่าหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายแข่งขันของบางประเทศจะเหมือนกัน แต่ก็อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน เช่น ในข้อพิพาทในคดีควบรวมกิจการของ Boeing/McDonnell Douglas* ที่สหภาพยุโรปและสหรัฐฯ มีความเห็นที่แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่กฎหมายของทั้งสองฝ่ายมีความคล้ายคลึงกันอย่างมาก และทั้งสองฝ่ายได้ให้ความร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในคดีนี้ประเทศที่ได้ผลประโยชน์จากการควบรวมกิจการก็เห็นด้วยกับการควบรวมกิจการ ส่วนประเทศที่เสียผลประโยชน์ก็ไม่เห็นด้วยกับการควบรวมกิจการ ดังนั้นหากประเทศใดประเทศหนึ่งบังคับใช้กฎหมายภายในของตนนอกอาณาเขต ก็จะทำให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามกฎหมายของหลายประเทศซึ่งอาจไม่ตรงกัน อาจเกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างหน่วยงานป้องกันการผูกขาดของแต่ละประเทศ และอาจทำให้บางประเทศรู้สึกว่าการประเทศของตนถูกละเมิดอำนาจอธิปไตย³²

อย่างไรก็ตามในโลกยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization) นี้ คงเป็นการยากที่จะจำกัดว่าพฤติกรรมจำกัดทางการค้าที่เกิดในตลาดโลกนั้นมีผลกระทบต่อประเทศใดบ้าง ดังนั้นแม้จะสร้างความไม่พอใจให้กับบางประเทศ แต่การบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขต (Extraterritoriality) ก็มีอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยประเทศมหาอำนาจอย่างประเทศสหรัฐฯ เป็นต้นแบบของการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของตนกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในประเทศอื่น แต่มีผลกระทบต่อตลาดภายในประเทศของตน โดยอ้างหลักผลกระทบ (effects doctrine) ซึ่งตัวอย่างของการบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตนี้ มีวิวัฒนาการเรื่อยมา และถือว่าเป็นประเด็นที่มีความสำคัญอย่างมาก ควรแก่การศึกษา ดังนั้นผู้เขียนจะอธิบายการบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตของประเทศสหรัฐฯ และสหภาพยุโรปเป็นหลัก ดังนี้

2.3.1.1 จุดยืนของประเทศสหรัฐฯ

ประเทศที่เป็นตัวตั้งตัวตีในการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้า ได้แก่ ประเทศมหาอำนาจอย่างประเทศสหรัฐฯ และประชาคมยุโรป (EC) เน้นอนว่าการศึกษาถึงเรื่องการบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตนั้น ต้องพิจารณากฎหมายของสหรัฐฯ ก่อน เพราะการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตผ่าน Sherman Act ของสหรัฐฯ ที่ออกเมื่อปี 1890 นั้น เกิดขึ้นก่อนที่จะมี

* The Commission's final decision in this case is at [1997] OJ L336/16.

³² Ibid., p. 1038-1039.

การจัดตั้ง EEC เสียอีก บัจฉัยหลัก 2 ประการที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของ สหรัฐฯ นอกอาณาเขตเป็นที่ยอมรับอย่างมาก คือ

1. กฎหมายของสหรัฐฯ มุ่งที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเองอย่างเข้มแข็ง และ
2. หลักเกณฑ์ที่ให้เอกชนได้รับค่าเสียหายถึงสามเท่าของความเสียหายจริง (treble damages)

โดยศาลของสหรัฐฯ จะอ้างหลักผลกระทบ (effects doctrine)* เพื่อบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของตน

หลังจากที่สหรัฐฯ ได้ออก Sherman Act มาใช้นั้น ในคริสต์ศตวรรษแรกศาลของ สหรัฐฯ ได้นำ Sherman Act มาปรับใช้กับเรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตโดยแตกต่างกัน ในคดี *American Banana case*** ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท American Banana Company เป็นบริษัทที่มีเจ้าของเป็นคนสหรัฐฯ แต่เข้าไปทำธุรกิจปลูกและส่งออกกล้วยหอมในประเทศ Costa Rica และได้ลงทุนสร้างทางรถไฟเพื่อส่งออกกล้วยหอมด้วย บริษัท United Fruit ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งที่มีเจ้าของเป็นคนอเมริกัน แต่มีอำนาจเงินและอิทธิพลมากกว่า ได้ชักจูงให้รัฐบาลของประเทศ Costa Rica ยึดสวนกล้วยหอมและทางรถไฟของบริษัท American Banana บริษัท

* "Restrictive Trade Legislation Committee of the International Law Association" ได้รับรองว่า หลักผลกระทบ (effects doctrine) เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ในการประชุมครั้งที่ 55 ที่กรุงนิวยอร์ก ปี 1972 โดยกล่าวว่าหลักผลกระทบเป็นหลักที่ให้หน่วยงานซึ่งมีอำนาจในรัฐสามารถดำเนินการกับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นนอกดินแดนของตน แต่ผลกระทบของพฤติกรรมนั้นส่งผลมายังดินแดนของตน โดยมีหลักว่ารัฐนั้นจะสามารถใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตของตนเมื่อพฤติกรรมดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- a) พฤติกรรมนั้นละเมิดกฎหมายภายในประเทศ
- b) เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สำคัญของประเทศ และ
- c) ผลกระทบดังกล่าวเป็นผลกระทบโดยตรง และผู้กระทำมีเจตนาให้เกิดผลกระทบนอกดินแดน

"Institut de Droit International" ได้แถลงไว้ในปี 1977 ว่า เขตอำนาจรัฐในการใช้กฎหมายของตนต่อพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของเหล่าวิสาหกิจระหว่างประเทศนั้น สามารถใช้หลักผลกระทบได้ โดยการใช้หลักผลกระทบนอกอาณาเขตต้องปรากฏว่ามีเจตนา หรืออย่างน้อยสามารถสังเกตเห็นผลได้ว่าจะเกิดผลกระทบโดยตรงและสำคัญภายในดินแดนของตน, cited in Industrial Structure Council, METI, Japan, 2006 Report on the WTO Inconsistency of Trade Policies by Major Trading Partners, (2006), p.426.

** *American Banana Company v. United Fruit Company* 213 U.S. 347 (1909).

American Banana Company จึงนำคดีมาฟ้องศาลสหรัฐฯ ว่าพฤติกรรมของบริษัท United Fruit เป็นการผูกขาด (monopolization) ซึ่งผิดมาตรา 2 ของ Sherman Act³³ ผู้พิพากษา Oliver Wendell Holmes ได้กล่าวในคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ว่า “เป็นหลักสากลและหลักทั่วไปที่ว่า พฤติกรรมจะผิดกฎหมายหรือไม่ผิดกฎหมายนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คดีเกิดขึ้น”³⁴ (‘the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done’.) กล่าวคือกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Sherman Act ไม่สามารถบังคับใช้กับพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศอื่นได้นั่นเอง³⁵

ต่อมาเมื่อคดีตัดสินในคดีอื่นที่ต่างออกไป คดีที่โด่งดัง คือ คดี *Alcoa case** ในปี 1945 ผู้พิพากษา Learned Hand ได้วางหลักที่รู้จักกันว่า “หลักผลกระทบ” (effect doctrine) คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Aluminum Company of America (บริษัท Alcoa) ซึ่งเป็นบริษัทผลิตอลูมิเนียมรายใหญ่ที่สุดของสหรัฐฯ มีสัดส่วนการถือครองตลาดประมาณ 53% ได้รวมกับบริษัทผลิตอลูมิเนียมต่างชาติกำหนดราคา โดยผู้พิพากษา Learned Hand ได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า Sherman Act สามารถปรับใช้กับความตกลงที่ทำขึ้นนอกสหรัฐฯ แต่มุ่งที่จะให้เกิดผลกระทบต่อตลาดภายในของสหรัฐฯ และเกิดผลเช่นว่าจริง

การใช้บังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตดังกล่าวสร้างความไม่พอใจให้กับประเทศอื่น อย่างไรก็ตามไม่ใช่ศาลทั้งหมดในสหรัฐฯ ที่ไม่รู้สึกรับเรื่องนี้ ในคดี *Timberlane*** ศาล 9th circuit ได้กล่าวว่าจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์อันที่มิตรระหว่างประเทศ (‘international comity’) ด้วย “ความสัมพันธ์อันที่มิตร” (‘comity’) หมายถึง การอาศัยอยู่อย่างสันติสุขกับประเทศ

³³ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), หน้า 217.

³⁴ Alison Jones and Brenda Sufrin, EC competition law : text, case, and materials, 2nd ed., (United States : Oxford University Press, 2004), p. 1041.

³⁵ Anderson, William R. and Rogers III, C. Paul., Antitrust Law : Policy and Practice, (United States, 1992), p.917.

* *United States v. Aluminum Company of America* 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

** *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 at 613 (9th Cir, 1976).

อื่นๆ โดยเคารพซึ่งกันและกัน และส่งเสริมให้เกิดผลประโยชน์ของส่วนรวม โดยคดี Timberlane ผู้พิพากษา Choy ได้พิจารณาถึงหลักผลกระทบตามคดี Alcoa แต่ต้องคำนึงถึงผลได้เสียของการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศด้วย ซึ่งถือว่าศาลในคดีนี้ได้สร้างหลัก balance of interest test ขึ้นมาใหม่

ผู้พิพากษา Choy กล่าวว่า หลักในการวินิจฉัยคดี Alcoa นั้นถูกวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางในหมู่นักวิชาการต่างประเทศ เพราะก่อให้เกิดความขัดแย้งในกฎหมายระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ฉันท์มิตร และการตัดสินคดีที่ถูกต้อง อย่างไรก็ตามศาลของสหรัฐฯ ก็ยังคงยืนยันว่า Sherman Act สามารถใช้บังคับนอกอาณาเขตได้ในบางกรณี แม้ว่าจะยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนจากผู้พิพากษาและนักวิชาการของสหรัฐฯ ว่า Sherman Act สามารถขยายเขตอำนาจการบังคับใช้ออกไปได้เพียงใด

หลักผลกระทบที่ศาลในสหรัฐฯ นำมาปรับใช้นั้นขาดความสมบูรณ์โดยตัวของมันเอง เพราะเป็นหลักที่ไม่ได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศอื่นเลย โดยการจะใช้หลักผลกระทบในคดีนี้ศาลพิจารณาจากปัจจัย 3 ประการ ดังนี้

1. เกิดผลกระทบทั้งที่เกิดขึ้นจริงและที่ตั้งใจให้เกิดขึ้น กับ American Foreign Commerce
2. สามารถพิสูจน์ได้ว่าผลกระทบดังกล่าวนั้นมีมากพอที่จะทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย
3. เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสหรัฐฯ และกระทบต่อ American Commerce มากเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายของประเทศอื่น เพื่อที่จะใช้อำนาจใช้อำนาจนอกอาณาเขต³⁶

ปัจจัยข้อที่ 3 นี้เป็นปัจจัยที่สำคัญ เพราะว่าในบางกรณีเกี่ยวข้องเพียงผลประโยชน์เล็กน้อยของสหรัฐฯ แต่ความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศมีน้ำหนักมากกว่า จึงไม่สามารถใช้อำนาจใช้อำนาจนอกอาณาเขตได้ ผู้พิพากษา Choy ยังได้กล่าวอีกว่าควรคำนึงถึงปัจจัยต่อไปนี้ด้วย ได้แก่ ระดับของความขัดแย้งของกฎหมายต่างประเทศหรือนโยบาย สัญชาติ

³⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law : text, case, and materials*, 2nd ed., (United States : Oxford University Press, 2004), p.1042.

ของคู่กรณีและแหล่งลงทุน ระดับความร่วมมือในการบังคับคดี ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสหรัฐฯ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายอื่น หลักเกณฑ์ว่าอย่างไรจึงเป็นการตั้งใจให้เกิดผลกระทบต่อ American Commerce อย่างไรจึงเป็นการเล็งเห็นผลกระทบเช่นว่า และเป็นพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายในสหรัฐฯ

ในคดี *Mannington Mills** ศาลก็ได้อธิบายถึงเกณฑ์การใช้หลักผลกระทบเพิ่มเติมด้วย ทั้งคดี *Timberlane* และ *Mannington Mills* ไม่ได้ปฏิเสธเขตอำนาจของศาลสหรัฐฯ แต่วินิจฉัยว่าสหรัฐฯ ไม่ควรใช้กฎหมายภายในของตนบังคับในกรณีที่ผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ที่เกิดจากการใช้เขตอำนาจศาลนั้นน้อยกว่าผลประโยชน์ของประเทศอื่น

ในปี 1982 สภาของเกรสได้ออก FTAIA** (*Foreign Trade Antitrust Improvements Act*) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาแก้ไข *Sherman Act* โดย Section 6a ของ *Sherman Act* ซึ่งได้แก้ไขตาม FTAIA ได้วางเงื่อนไขไว้ว่า

“Section 6a. Conduct involving trade or commerce with foreign nations

Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless -

- (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect -
 - (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or
 - (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and
- (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

* *Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3rd Cir.1979).

** กฎหมาย FTAIA เป็นกฎหมายที่รัฐสภาสหรัฐฯ บัญญัติออกมาโดยยอมรับหลักทฤษฎีผลกระทบ “effect test” ไว้อย่างชัดเจน และมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนของกฎหมายต่อกรณีการส่งออกและการค้ากับต่างประเทศ, cited in Prabhaker Reddy, “The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust law and The United Kingdom's Reaction,” *Emory Journal of International Dispute Resolution* (Spring 1989): 4.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1) (B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States."

เมื่อพิจารณากรณีการค้ากับต่างชาติที่นอกเหนือไปจากการส่งสินค้าออกของสหรัฐฯ แล้ว กฎหมายป้องกัน การผูกขาดจะไม่ถูกนำมาใช้ต่อกรณีดังกล่าว เว้นแต่พฤติกรรมนั้นกระทบต่อการค้าของสหรัฐฯ โดยตรง เป็นจำนวนมาก และสามารถสังเกตเห็นผลดังกล่าวได้ หรือหากจะกล่าวอีกแบบหนึ่งก็คือ FTAIA ได้ยกเว้นให้ธุรกรรมการส่งออกไม่ต้องอยู่ภายใต้ Sherman Act หากไม่ได้ทำให้เศรษฐกิจของสหรัฐฯ ได้รับความกระทบกระเทือน หากไม่คำนึงถึงส่วนที่กล่าวถึง "ธุรกรรมการส่งออก" ของบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะผลกระทบ นั้นคือ กระทบโดยตรง จำนวนมากต่อการค้าในสหรัฐฯ และสามารถสังเกตเห็นได้ (Direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on US commerce) คล้ายกับเกณฑ์ในคดีของ Alcoa มากเว้นแต่ส่วนที่เพิ่มเรื่องสามารถสังเกตเห็นได้ โดยเกณฑ์ของ FTAIA ไม่ต้องพิจารณาถึงผลได้เสียของการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตกับความสัมพันธ์อันที่มีมิตรระหว่างประเทศ (balancing exercise)³⁷

ในคดี *Hartford Fire Insurance** ปี 1993 ศาลฎีกาคำวินิจฉัยถึงหลักความสัมพันธ์อันที่มีมิตรระหว่างประเทศในการพิจารณาคดีด้วย แต่ก็ยังคงยึดถือหลักผลกระทบเป็นตัวหลัก คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ปีจเจกชน 19 ราย ได้นำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลในมลรัฐแคลิฟอร์เนียว่า บริษัทประกันภัยสหรัฐฯ ร่วมกับบริษัทประกันภัยต่อ (Re-insurers) ทั้งที่เป็นบริษัทสหรัฐฯ และบริษัทต่างชาติซึ่งมีสำนักงานอยู่ในกรุงลอนดอน และบริษัทนายหน้าขายประกันได้ร่วมกันปฏิเสธที่จะทำธุรกรรม (to boycott) กับบริษัทประกันภัยซึ่งไม่ยอมเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของกรมธรรม์ประกันภัยประเภทความรับผิดโดยทั่วไปทางพาณิชย์ (Commercial General Liability - CGL) ให้สอดคล้องกับมาตรฐานและเงื่อนไขประกันภัยที่ใช้กันอยู่ในกรุงลอนดอน³⁸ (ตามแนวทางปฏิบัติของ Loyds of London) มาตรฐานและเงื่อนไขประกันภัยดังกล่าวไม่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและ

³⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law : text, case, and materials*, 2nd ed., (United States : Oxford University Press, 2004), p.1043.

* *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 US 764, 113 S Ct.2891 (1993).

³⁸ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 221.

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของอังกฤษ แต่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐฯ ศาลฎีกาของสหรัฐฯ ลงความเห็นโดยเสียงส่วนใหญ่ว่า Sherman Act สามารถใช้กับการกระทำของบริษัทประกันภัยอังกฤษในกรณีนี้ได้ ผู้พิพากษา Souter อธิบายถึงความเห็นของผู้พิพากษาส่วนใหญ่ในคดีนี้ว่า เป็นที่ยอมรับกันในขณะนี้แล้วว่า Sherman Act สามารถใช้กับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในต่างประเทศซึ่งมีเจตนาทำให้เกิดผลกระทบจำนวนมากในสหรัฐฯ คดีนี้ใช้เกณฑ์ตาม FTAIA ที่อธิบายหลักผลกระทบ ซึ่งก่อนอื่นศาลต้องพิจารณาว่ามีเขตอำนาจศาลหรือไม่ แล้วจึงพิจารณาว่าควรใช้เขตอำนาจศาลหรือไม่เมื่อคำนึงถึงความสัมพันธ์ฉันท์มิตรกับต่างประเทศ ในกรณีนี้ศาลไม่มีเหตุผลที่จะไม่ใช้อำนาจศาล ศาลมีความเห็นว่าเป็นแม้ว่ามาตรฐานและเงื่อนไขประกันภัยดังกล่าวไม่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของอังกฤษแต่อังกฤษก็ไม่ได้บังคับให้ผู้รับประกันภัยต้องใช้กรรมวิธีที่มีเงื่อนไขประกันภัยดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่มีความขัดแย้งระหว่างนโยบายของอังกฤษกับสหรัฐฯ จึงไม่มีเหตุด้านความสัมพันธ์ฉันท์มิตรกับต่างประเทศที่จะทำให้ศาลไม่ใช้เขตอำนาจในคดีนี้

อย่างไรก็ตาม หากหลักความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศถูกต้องความอย่างแคบว่าต้องเป็นกรณีที่ขัดกันเช่นนั้น หลักดังกล่าวก็คงยากที่จะป้องกันไม่ให้สหรัฐฯ บังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตได้

ผู้พิพากษา Scalia ได้เขียนคำตัดสินคัดค้าน (dissenting opinion) ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า อันที่จริงแล้วตั้งแต่แรกต้องคำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาว่ามีเขตอำนาจศาลหรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาว่ามีเขตอำนาจศาลก่อนแล้วค่อยพิจารณาถึงหลักนี้เมื่อจะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจศาลหรือไม่³⁹

F.A.Mann ก็ไม่เห็นด้วยกับความคิดเรื่องการพิจารณาผลได้เสียกับความสัมพันธ์ฉันท์มิตร (balancing interests) โดยให้ความเห็นว่า หากมีเขตอำนาจศาล ศาลก็ต้องใช้ จะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจศาลไม่ได้ หรืออีกแง่หนึ่งหากพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วปรากฏว่าไม่มีอำนาจศาล ก็ต้องเป็นไปตามนั้น ศาลจะใช้วิจรรณญาณว่าจะใช้หรือไม่ใช้อำนาจ

³⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law : text, case, and materials*, 2nd ed., (United States : Oxford University Press, 2004), p.1043.

ศาลของตนไม่ได้ Professor Hovenkamp ก็ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลในคดี Timberlane โดยเห็นว่าเป็นการใช้ balancing of interest test ซึ่งผิดพลาดอย่างร้ายแรง⁴⁰

ในปี 1995 เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกัน และมีแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจน กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐฯ และ FTC ได้ออกคู่มือการบังคับคดีป้องกันการผูกขาดสำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (A set of Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations) โดยให้หน่วยงานที่รับผิดชอบพิจารณาความสัมพันธ์อันมีมิตรกับต่างประเทศเมื่อจะดำเนินคดีหรือกำหนดวิธีเยียวยาแก้ไข โดยคู่มือดังกล่าวได้กำหนดปัจจัยที่ต้องพิจารณาประกอบการตัดสินใจ (คล้ายกันกับปัจจัยในคดี Timberlane)

หลักผลกระทบถูกนำมาใช้กับคดี *Nippon Paper** ด้วย โดยกรมต่อต้านการผูกขาด (Antitrust Division) กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ (Department of Justice) ได้นำคดีมาฟ้องศาลสหรัฐฯ โดยกล่าวหาว่า บริษัท Nippon Paper ซึ่งเป็นบริษัทผลิตกระดาษโทรสารประเภทใช้ความร้อน (thermal paper) ได้ร่วมกับบริษัทอื่นกำหนดราคาขายแล้วส่งกระดาษดังกล่าวมายังผู้ซื้อที่เมือง Seattle และ Boston ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดเป็นบริษัทญี่ปุ่น และการกระทำผิดทุกอย่างเกิดขึ้นในดินแดนประเทศญี่ปุ่นทั้งสิ้น⁴¹ ศาลอุทธรณ์ 1st Circuit พิพากษายืนว่าศาลสหรัฐฯ มีเขตอำนาจศาล ศาลกล่าวว่า คดี Hartford Fire ได้ตีกรอบความคิดเรื่องความสัมพันธ์อันมีมิตรในคดีป้องกันการผูกขาด คดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ประกอบการญี่ปุ่นไม่ควรได้รับการปกป้องจากหลักความสัมพันธ์อันมีมิตร และควรถูกดำเนินคดี footnote

คดี Nippon Paper นี้เป็นคดีอาญาที่มีการบังคับใช้กฎหมาย Sherman Act นอกอาณาเขตเป็นคดีแรก แสดงให้เห็นว่าความกระตือรือร้นในการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของสหรัฐฯ ไม่ได้ลดน้อยลงเลย⁴²

⁴⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and Its Practice*, (1994), p. 704.

* *United States v. Nippon Paper Indus. Co., Ltd* 109 F.3d 1 (Cert Denied)

⁴¹ ศักดา ธนิตกุล, *คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า*, หน้า 223.

⁴² Alison Jones and Brenda Sufirin, *EC competition law : text, case, and materials*, p. 1045.

ในปี 2004 มีคดีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการตีความใน Sherman Act คือ คดี *Empagran** คดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับ 'Vitamins Cartel'** โดยผู้ซื้อวิตามินซึ่งเป็นคนต่างชาติ รวมทั้ง *Empagran S.A.* เป็นโจทก์ฟ้องคดีภายใต้กฎหมายของสหรัฐฯ กล่าวหาว่า *F.Hoffmann-La Roche, Ltd.* ร่วมกับบริษัทอื่นกำหนดราคาในตลาดของประเทศตน ทั้งๆ ที่ไม่มีโจทก์คนใด (ในคดี *Empagran*) ได้รับความเสียหายขณะทำการค้าในประเทศสหรัฐฯ จำเลยในคดีนี้ ประเด็นหลักที่ศาลต้องพิจารณาในคดีนี้คือ Sherman Act สามารถใช้กับการกระทำผิดที่เกิดขึ้นนอกสหรัฐฯ และทำให้เกิดผลกระทบในสหรัฐฯ และก่อให้เกิดความเสียหายในต่างประเทศโดยแยกต่างหากจากความเสียหายในที่เกิดสหรัฐฯ ได้หรือไม่

เมื่อพิจารณา Section 6a ใน Sherman Act ตามที่ได้อธิบายไว้ในกรณีการพิจารณาคดี *Mannington Mills* หน้า 42 จะพบว่า FTAIA ไม่ได้อำนาจศาลประเทศสหรัฐฯ เหนือคดีที่เกิดขึ้นในต่างชาติ ฟ้องโดยโจทก์ต่างชาติ และความเสียหายที่ได้รับไม่ได้มาจากตลาดภายในประเทศสหรัฐฯ⁴³

ศาลฎีกาพิพากษายืนในคดีดังกล่าวว่า ศาลสหรัฐฯ ไม่มีอำนาจศาลเหนือคดีที่โจทก์เป็นคนต่างชาติกล่าวหาว่าการกระทำผิดซึ่งฐานการได้รับผลกระทบมีอยู่เพียงในต่างประเทศเท่านั้น โดยไม่มีผลกระทบในสหรัฐฯ*** (ผลกระทบที่เกิดขึ้นนอกสหรัฐฯ ในคดีนี้เป็นอิสระกับ

* *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.* (03-724) 542 U.S. 155 (2004) 315 F.3d 338.

** *Vitamins Cartel* เป็นคดีตกลงกำหนดราคาวิตามิน โดยมี 6 บริษัทจากหลายประเทศ ได้แก่ *F.Hoffman-LA ROCHE*, *BASF Aktiengesellschaft*, *Aventis Animal Nutrition S.A.* (เดิมคือ *Rhone-Poulenc Animal Nutrition*), *Takeda Chemical Industries Ltd.*, *Eisai Co.Ltd.* และ *Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd.* ร่วมกันกำหนดราคา คดีนี้นับว่าเป็นคดีที่มีความเสียหายมากเป็นประวัติการณ์เท่าที่เคยมีการดำเนินคดีภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ (ฟ้องโดยโจทก์สหรัฐฯ) อีกทั้งยังส่งผลให้มีการฟ้องร้องจากมูลเหตุเดียวกันนี้เกิดขึ้นทั่วโลก เช่น ในยุโรปและออสเตรเลีย

⁴³ Sam Foster Halabi, *The "Comity" of Empagran: the Supreme Court decides that foreign competition regulation limits American antitrust jurisdiction over international cartels.* *Harvard International Law Journal* (winter 2005) : 279-293.

*** คดี *Empagran* On July 4, 2004, The supreme Court held that: Where the price-fixing conduct significantly and adversely affects both customers outside and within the United States, but the adverse foreign effect is independent of any adverse domestic effect, the FTAIA exception does

ผลกระทบที่เกิดในสหรัฐฯ) ศาลให้เหตุผลว่า โดยปกติแล้วศาลจะตีความบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน ไปในทางหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจเกิดกับประเทศอื่นโดยไม่มีเหตุผล

คดีนี้ศาลสหรัฐฯ อธิบายอย่างชัดเจนว่า Sherman Act ไม่สามารถใช้กับพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะในต่างประเทศ โดยที่ไม่มีผลกระทบต่อการค้าของสหรัฐฯ กล่าวคือ Sherman Act ที่ได้รับการแก้ไขโดย FTAIA สามารถใช้ได้กับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในการส่งออกของบริษัทสหรัฐฯ เมื่อพฤติกรรมนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าภายในประเทศสหรัฐฯ หรือต่อการส่งสินค้าเข้ามาในสหรัฐฯ เท่านั้น * หมายความว่า ผู้ซื้อในสหรัฐฯ สามารถอ้าง Sherman Act เพื่อฟ้องคดีเมื่อเกิดความเสียหายในสหรัฐฯ แต่ผู้ซื้อในต่างประเทศไม่สามารถอ้าง Sherman Act เพื่อฟ้องคดีเมื่อเกิดความเสียหายในต่างประเทศได้

อย่างไรก็ตาม คำตัดสินดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า Sherman Act ไม่ใช้กับผู้ส่งออกอเมริกันซึ่งมีส่วนร่วมในการทำ Cartels ที่มีผลต่อตลาดในต่างประเทศเท่านั้น ศาลยังได้อธิบายต่อไปอีกว่าเป็นกรณีที่เกิดผลกระทบต่อต่างชาติโดยสิ้นเชิง ไม่ได้กระทบต่อการค้าภายในสหรัฐฯ ดังนั้นพฤติกรรม Cartels ดังกล่าว จึงไม่อยู่ในขอบเขตของ Sherman Act กล่าวคือผู้ที่ฟ้องคดี Cartels ตาม Sherman Act ได้นั้นต้องเป็นคนที่ได้รับผลกระทบจาก Cartel ในตลาดของสหรัฐฯ เท่านั้น

คดีนี้มีความสำคัญตรงที่ศาลฎีกาสหรัฐฯ อธิบายถึงขอบเขตของ Sherman Act อย่างชัดเจน (ตามที่แก้ไขโดย FTAIA) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่ได้กระทำนอกดินแดนสหรัฐฯ ที่ต้องมีผลกระทบต่อการค้าของสหรัฐฯ เท่านั้นจึงจะอยู่ในขอบเขตของ Sherman Act นั่นก็หมายความว่า ประเทศสหรัฐฯ ห้ามไม่ให้กระทำพฤติกรรมจำกัดทางการค้าในประเทศตน แต่อนุญาตให้ไปกระทำในประเทศอื่น ดังที่ นาย Mario Monti กล่าวสุนทรพจน์ไว้ที่ Fordham University ในเดือนตุลาคม ปี 2003 ว่า ประเทศสหรัฐฯ ไม่ควรที่จะ

not apply, and thus, neither does the Sherman Act, to a claim based solely on the foreign effect.

www.cmht.com/cases_vitamininternational.php. [2009, March 10]

* The FTAIA... Confers Subject matter Jurisdiction over the anticompetitive conduct of U.S. firms only when that conduct would have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on trade or commerce within the United States or on import trade or commerce (William R. Anderson and C. Paul Rogers III, *Antitrust Law : Policy and Practice*, p. 926.)

ปกป้องผู้บริโภคในประเทศตน แต่อนุญาตให้ทำพฤติกรรมจำกัดทางการค้าในประเทศอื่นได้
(Forbid poisoned cake at home, but allow it to be exported abroad)

ผู้เขียนเห็นว่าการตัดสินคดีของศาลสหรัฐฯ นั้นเป็นไปในทิศทางเดียวกันตลอด คือ หากเป็นการกระทำความผิดในต่างแดนต้องมีผลกระทบเกิดขึ้นในสหรัฐฯ ศาลจึงจะพิจารณาคดีให้ โดยผลกระทบนั้นจะต้องมีจำนวนมากพอสมควรเมื่อเทียบกับความเสี่ยงในการใช้อำนาจศาลไปกระทบกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เริ่มจากคดี American Banana Case คดีนี้ความผิดเกิดในต่างแดน ผลกระทบก็เกิดในต่างแดน ดังนั้นศาลจึงไม่บังคับใช้กฎหมายสหรัฐฯ กับคดีนี้ ต่อมาคดี Alcoa Case แม้ความผิดเกิดขึ้นในต่างแดน แต่ก็มีผลกระทบในสหรัฐฯ ดังนั้นศาลจึงบังคับใช้กฎหมายสหรัฐฯ กับคดีนี้ โดยอ้างหลักผลกระทบ คดี Timberlane นั้น แม้จะเกิดผลกระทบในดินแดนสหรัฐฯ แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายสหรัฐฯ ในกรณีนี้กับผลเสียที่จะเกิดความขัดแย้งกับประเทศอื่น ศาลเห็นว่าไม่คุ้มที่จะบังคับใช้กฎหมายสหรัฐฯ จึงไม่ใช้กฎหมายสหรัฐฯ กับคดีนี้ คดี Mannington Mills ก็เช่นกัน มีผลกระทบเกิดขึ้นในสหรัฐฯ แต่ศาลเห็นว่าไม่ควรใช้กฎหมายสหรัฐฯ เพราะผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ที่เกิดจากการใช้เขตอำนาจศาลนั้นน้อยกว่าผลประโยชน์ของประเทศอื่น ต่อมาคดี Hartford Fire Insurance คดีนี้แม้ว่าจะเกิดผลกระทบในสหรัฐฯ แต่ก็กระทบถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสหรัฐฯ กับประเทศอังกฤษ แต่ศาลสหรัฐฯ ชั่งน้ำหนักแล้วเห็นว่าผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ในการใช้เขตอำนาจศาลในคดีนี้มีมาก จึงใช้กฎหมายภายในของตนบังคับกับกรณีนี้ คดี Nippon paper ศาลสหรัฐฯ อ้างเขตอำนาจศาลของตนโดยเหตุผลเดียวกันกับคดี Hartford Fire Insurance สำหรับคดี Empagran ศาลสหรัฐฯ อ้างว่าตนไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีที่เกิดขึ้นในดินแดนของตนแต่เกิดผลกระทบในต่างแดนเท่านั้น จาก 7 คดีตัวอย่างที่กล่าวมา พอจะสรุปได้ว่ากฎหมายภายในของสหรัฐฯ นั้นมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์ของสหรัฐฯ เท่านั้น หากมีผลกระทบจำนวนมากเกิดขึ้นในสหรัฐฯ แล้ว แม้ว่าการกระทำความผิดจะเกิดขึ้นในดินแดนของต่างชาติ โดยบริษัทต่างชาติ ศาลสหรัฐฯ ก็มีเขตอำนาจศาลในคดีนั้น ตรงกันข้ามหากกระทำความผิดจะเกิดขึ้นในดินแดนของต่างชาติเช่นกัน แต่ผู้กระทำความผิดเป็นคนของสหรัฐฯ และผลกระทบเกิดในต่างแดนเท่านั้น ศาลสหรัฐฯ ก็ไม่มีเขตอำนาจศาลเหนือคดีนั้น

2.3.1.2 ปฏิกริยาของประเทศอื่นที่มีต่อหลักผลกระทบของสหรัฐฯ

ประเทศอื่นมีแนวโน้มที่ไม่เห็นด้วยต่อการอ้างหลักผลกระทบ เพื่อบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขตของสหรัฐฯ โดยมีสาเหตุมาจากทั้งลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายสหรัฐฯ และทั้งกระบวนการพิจารณาความและการดำเนินคดีที่สหรัฐฯ ใช้ บางประเทศ เช่น ประเทศ

แคนาดา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมันนี และประเทศอังกฤษ ถึงกับตรากฎหมายเรียกว่า blocking legislation เพื่อเป็นการตอบโต้การใช้อำนาจนอกราชอาณาจักรของสหรัฐฯ เรื่องที่ถูกต้องด้านหลักๆ 2 เรื่อง ได้แก่ การเรียกค่าเสียหาย 3 เท่าของความเสียหายจริงตาม Clayton Act และการเรียกพยานหลักฐาน (discovery)⁴⁴

ประเทศที่มี blocking legislation เพื่อป้องกันการเรียกค่าเสียหาย 3 เท่าจากคนชาติตน ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษได้ออก Protection of Trading Interests Act ค.ศ.1980 โดย มาตรา 5 กำหนดว่าจะไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ และยังมีมาตรา 6 ที่เป็น 'clawback provisions' โดยอนุญาตให้คนชาติตนบริษัทของประเทศตนสามารถฟ้องคดีในศาลอังกฤษเพื่อยึดทรัพย์สินของบริษัทสหรัฐฯ ที่ตั้งอยู่ในประเทศตนเพื่อชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งหมดหรือบางส่วนที่ศาลสหรัฐฯ พิพากษาให้คนหรือบริษัทนั้นต้องจ่ายเกินไปจากค่าเสียหายจริง⁴⁵

เรื่องที่สำคัญอีกเรื่อง คือ การสืบหาพยานหลักฐานของสหรัฐฯ ในช่วง Discovery เรียกว่า "US pre-trial discovery" * ที่ให้อำนาจโจทก์ซึ่งเป็นบริษัทสหรัฐฯ เรียกเอาพยานหลักฐานจากต่างชาติ ตัวอย่างความขัดแย้งของเรื่องนี้ ได้แก่ คดี Rio Tinto Zinc ที่ House of Lords ของอังกฤษ ตอบโต้คำขอของสหรัฐฯ ที่ขอให้ศาลสูงของอังกฤษเรียกกรรมการและลูกจ้างของบริษัทอังกฤษมาให้การต่อหน้า Examiner ในกรุงลอนดอน และเรียกให้บริษัทอังกฤษจัดส่งสำเนาพยานหลักฐานให้แก่บริษัทในสหรัฐฯ House of Lord ตัดสินว่า คำร้องขอของศาลสหรัฐฯ เป็นอันตกไปตามข้อยกเว้นของพันธกรณีของศาลต่างประเทศใน Evidence Act ค.ศ.1975 และได้ปฏิเสธกระบวนการ Discovery ของสหรัฐฯ นอกจากนี้มาตรา 2 ของ Protection of Trading Interests

⁴⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 226.

⁴⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, EC competition law : text, case, and materials, 2nd ed., (United States : Oxford University Press, 2004),p. 1045.

* Pretrial discovery หมายความว่า Discovery conducted before trial to reveal facts and develop evidence. Modern procedural rules have broadened the scope of pretrial discovery to prevent the parties from surprising each other with evidence at trial. [Cases: Federal Civil Procedure 1261; Pretrial Procedure 14, 25. C.J.S. *Discovery* §§ 2, 6, 10, 32, 36, 58.]; Black Law Dictionary, 8th Edition.

Act ยังให้อำนาจ Secretary of State ในการห้ามมิให้เอกชนในอังกฤษที่มีพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครอง จัดทำสำเนาหรือส่งพยานหลักฐานให้กับศาลต่างประเทศ⁴⁶

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายภายในของหลายประเทศ เพื่อตอบโต้การใช้อำนาจนอกอาณาเขตของสหรัฐฯ นั้น แสดงให้เห็นถึงความไม่พอใจอย่างรุนแรงที่สหรัฐฯ บัญญัติกฎหมายของตนเอาเปรียบประเทศอื่น เพราะการเรียกค่าเสียหายสามเท่า นั้น สามารถเรียกจากคนชาติอื่นได้ แต่กรณีของคนของสหรัฐฯ มีพฤติกรรมจำกัดทางการค้า แต่มีผลในต่างแดนสหรัฐฯ ก็ไม่บังคับคดีใช้กฎหมายให้ และเมื่อศาลประเทศอื่นบังคับใช้กฎหมายก็เรียกค่าเสียหายเท่าค่าเสียหายจริงเท่านั้น ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เสมือนว่าความผิดแบบเดียวกันหากกระทำกับคนของสหรัฐฯ ต้องรับโทษถึงสามเท่า แต่หากกระทำกับคนของประเทศอื่นรับโทษตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เป็นที่น่าคิดว่าเหตุใดสหรัฐฯ จึงคิดว่าประเทศตนมีอิทธิพลเหนือประเทศอื่น และยิ่งไปกว่านั้นกรณีให้อำนาจศาลสหรัฐฯ เรียกเอาหลักฐานจากบริษัทที่อยู่ในดินแดนของอังกฤษ เท่ากับเป็นการแทรกแซงกิจการภายในของประเทศอังกฤษอย่างชัดเจน เพราะปัจเจกชนในดินแดนของอังกฤษไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลประเทศอื่น การติดต่อเช่นนี้ควรติดต่อผ่านช่องทางทางการทูตจึงจะถูกต้อง

2.3.1.3 ความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าหลักผลกระทบ (effect doctrine) ของสหรัฐฯ ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งกันอย่างรุนแรง จึงควรต้องศึกษาว่าหลักดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ปัญหานี้ไม่มีคำตอบที่ชัดเจน รัฐบาลของสหรัฐฯ เห็นว่าหลักผลกระทบที่ถือเอาเขตอำนาจศาลโดยพิจารณาบนฐานของข้อเท็จจริงที่ว่า "เกิดผลกระทบโดยตรง จำนวนมาก และสามารถสังเกตเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นว่านั้น" ('direct, substantial and reasonable foreseeable') สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แต่รัฐบาลของประเทศอื่นไม่เห็นด้วย⁴⁷

เขตอำนาจศาลในคดีอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมี 2 ประการ ได้แก่

1. หลักสัญชาติ (nationality base)

⁴⁶ Ibid., p. 1046.

⁴⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (5th edn.), United States : Oxford University Press, 1998, p. 305.

2. หลักดินแดน (territory base) แบ่งย่อยได้อีก 2 แบบ ได้แก่

2.1 หลักดินแดนแบบ Subjective territoriality

หลักดินแดนแบบ Subjective นั้น ให้รัฐมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนของตน แต่เป็นความผิดสมบูรณ์ในประเทศอื่น

2.2 หลักดินแดนแบบ Objective territoriality

หลักดินแดนแบบ Objective territoriality ให้รัฐมีเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นแต่เป็นความผิดสมบูรณ์ หรืออย่างน้อยมีบางส่วนเกิดขึ้นในดินแดนของตน

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice; PCIJ) ใช้หลัก Objective territoriality ในการตัดสินคดี Lotus case อย่างไรก็ดีตามยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าคำตัดสินของ Lotus case จะเป็นอย่างไร Brownlie กล่าวว่าคำตัดสินของศาลไม่ได้ช่วยให้เกิดความเข้าใจในหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลมากขึ้นเลย และความเห็นของศาลในคดีนี้ก็คลุมเครือและเป็นหลักการกว้างๆ สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือหลักผลกระทบนั้นใช้ได้และมีที่มาจากหลัก Objective territoriality ในคดี Lotus case หรือเป็นการขยายเขตอำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ ซึ่งแน่นอนว่าสหรัฐฯ เห็นว่าหลักผลกระทบสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁸

หลักเขตอำนาจศาลอีกอย่างหนึ่งที่อาจเป็นไปได้ก็คือ Passive Personality Principle ซึ่งรัฐสามารถอ้างอำนาจศาลเพื่อลงโทษบุคคลต่างด้าวที่กระทำความผิดในต่างประเทศ แต่ผลของความผิดนั้นกระทบกับคนในประเทศตน หรือหลัก Protective or security Principle ซึ่งรัฐสามารถอ้างอำนาจศาลเพื่อลงโทษบุคคลต่างด้าวที่กระทำความผิดในต่างประเทศแต่เป็นภัยกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งหลักนี้สามารถขยายขอบเขตไปอย่างไม่มีขีดจำกัด และอาจใช้เพื่อแสดงอำนาจศาลเหนือการกระทำทางเศรษฐกิจด้วย⁴⁹

หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กฎหมายขัดกัน) และแผนกคดีเมืองก็มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเขตอำนาจศาลที่เป็นปัญหาอยู่ในคดีแข่งขันทางการค้า กฎหมาย

⁴⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law : text, case, and materials*, p. 1046.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 1047.

ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเป็นตัวอย่างที่วางกฎเกณฑ์ว่ารัฐนั้นๆ มีเขตอำนาจศาลหรือไม่ และเป็นตัวอธิบายว่าการใช้อำนาจศาลดังกล่าวอ้างหลักกฎหมายใด

Advocate General Darmon ได้พิจารณาถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามคดี Wood Pulp* แล้วให้ความเห็นว่าหลักผลกระทบนั้นไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะไม่มีกฎเกณฑ์ใดในกฎหมายระหว่างประเทศใดที่สามารถยึดเกณฑ์เกิดผลกระทบโดยตรง จำนวนมาก และสามารถสังเกตเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้น และไม่มีหลักเกณฑ์การคำนึงถึงความสัมพันธ์อันมีตรรกะกับประเทศอื่นเพื่อจะนำมาซึ่งน้ำหนักกับหลักเกณฑ์แรก โดยที่ไม่มีการกำหนดขอบเขตที่แน่นอน อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถปรับใช้ในฐานะที่เป็น Community Law ได้⁵⁰ อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมของยุโรป (European Court of Justice; ECJ) พิจารณาว่าประชาคมยุโรปมีเขตอำนาจศาลในคดี Wood Pulp ตามหลักดินแดน อันเป็นหลักสากลในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง

2.3.1.4 จุดยืนของสหภาพยุโรป

บทบัญญัติหลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรปนั้น คือ มาตรา 81 และ 82 ของ Treaty Establishing the European Community (EC Treaty) ซึ่งเริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม 2004 ประเทศที่ใช้กฎหมายนี้มีอยู่ 27 ประเทศ* ด้วยกัน

* Wood Pulp [1985] OJ L85/1, [1985] 3 CMLR 474.

⁵⁰ Ibid.

* EU-27: Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxemburg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden and the United Kingdom.

มาตรา 81⁵¹ ของ EC Treaty คล้ายกับมาตรา 1 ใน Sherman Act ของสหรัฐฯ โดยกำหนดว่า "ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ...และพฤติกรรมร่วมกันซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และพฤติกรรมที่มีจุดมุ่งหมายหรือส่งผลเป็นการป้องกัน จำกัด หรือ บิดเบือนการแข่งขันใน Common Market นั้น.....ต้องห้ามและตกเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ"

⁵¹ Article 81 (ex Article 85)

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

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

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

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

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

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

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

มาตรา 82* ของ EC Treaty คล้ายกับมาตรา 2 ใน Sherman Act ของสหรัฐฯ ซึ่งกล่าวถึงการจัดการกับการผูกขาด โดย "ห้ามกิจการหนึ่งหรือมากกว่าใช้อำนาจที่เหนือกว่าใน Common Market ไม่ว่าทั้งหมดหรือเฉพาะส่วนที่มีความสำคัญ ... ตราบเท่าที่มันอาจส่งผลกระทบต่อการค้าของประเทศสมาชิก"

EC Treaty ต่างไปจาก Sherman Act และ Clayton Act ตรงที่ EC Treaty ไม่ได้มีข้อกำหนดที่ชัดเจนเกี่ยวกับต่างชาติในมาตรา 81 และ 82 แต่กฎหมายแข่งขันทางการค้าของ EC ปรับใช้กับผู้ประกอบการต่างชาติ หรือพฤติกรรมนอก EC ด้วย หากพฤติกรรมนั้นมี "วัตถุประสงค์" หรือ "ส่งผลกระทบต่อ" ต่อการบิดเบือนการแข่งขันใน Common Market เขตอำนาจศาลของประเทศในยุโรปนั้นต่างไปจากกฎหมายของสหรัฐฯ โดยการอ้างเขตอำนาจศาลของ EC ไม่ต้องมีเจตนา และไม่ต้องมีผลกระทบจำนวนมากที่เกิดขึ้นจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้า อย่างที่อ้างในคดี Hartford Fire และไม่ต้องมี "ผลกระทบโดยตรง จำนวนมาก และสามารถสังเกตเห็นได้" ต่อการค้าภายในประเทศ และผลกระทบที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดเห็นว่าเป็นอันตราย ตามที่ศาลได้ตัดสินในคดี Empagran การอ้างเขตอำนาจศาลของ EC นั้นต้องการเพียงวัตถุประสงค์ในการจำกัดทางการค้าหรือผลกระทบในทางการค้าระหว่างรัฐสมาชิกในประชาคมยุโรป⁵²

* Article 82

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

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

⁵²Tatjana Sachse, Extraterritorial Application of Competition Laws in the US and the European Union. Briefing Papers No. 4/2006. CUTS Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, p. 2.

ในปี 1972 คดี *Chemical Industries* ศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป (European Court of Justice; ECJ) ได้วิเคราะห์ว่ามาตรา 81 แห่ง EC Treaty นั้นสามารถปรับใช้กับบริษัทที่ตั้งและจดทะเบียนในต่างประเทศ แต่ได้ทำความเข้าใจในการกำหนดราคาภายในประชาคมยุโรป โดยผ่านบริษัทสาขาที่ตั้งอยู่ในประชาคมยุโรป ซึ่งบริษัทนั้นเป็นเจ้าของและมีอำนาจควบคุม ได้หรือไม่ ศาล ECJ ตัดสินว่าผลของการตกลงกันกำหนดราคาอันเป็นพฤติกรรมจำกัดทางการค้านั้นกระทบกับประชาคมยุโรป ดังนั้นศาล ECJ จึงตัดสินว่า ประชาคมยุโรปมีเขตอำนาจศาลเหนือพฤติกรรมดังกล่าว โดยไม่ต้องคำนึงว่าอันที่จริงแล้วพฤติกรรมจำกัดทางการค้าดังกล่าวเกิดขึ้นนอกเขตประชาคมยุโรป เพียงปรากฏว่า "มีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก" ("affect trade between Member States") พฤติกรรมดังกล่าวก็จะตกอยู่ใต้บังคับของมาตรา 81 และ 82 ของ EC Treaty 2004⁵³

สิบสามปีต่อมา ในปี 1985 คดี *Wood Pulp* ศาล ECJ ต้องกลับมาตอบปัญหาการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรปนอกอาณาเขต คดีนี้ศาลตัดสินให้ผู้ผลิตเยื่อไม้ที่ใช้ทำกระดาษซึ่งอยู่นอกอาณาเขตประชาคมยุโรป เสียค่าปรับจากการทำความตกลงเพื่อกำหนดราคาพร้อมกันอันเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อมาตรา 81 แห่ง EC Treaty ศาลยืนยันเขตอำนาจศาลของตนโดยอ้างหลักผลกระทบในคำตัดสินคดี *Chemical Industries* และอธิบายว่า มาตรา 81 แห่ง EC Treaty สามารถปรับใช้กับพฤติกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกได้ (แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นนอกอาณาเขตประชาคมยุโรป และผู้กระทำความผิดอาศัยอยู่ในต่างประเทศก็ตาม) นอกจากนี้ยังได้อธิบายต่อไปอีกว่า พฤติกรรมดังกล่าวส่งผลให้เกิดผลกระทบโดยตรง จำนวนมาก และทำด้วยความตั้งใจ ถึงแม้ว่าบริษัทดังกล่าวจะไม่มีบริษัทสาขาอยู่ในประชาคมยุโรปก็ตาม แต่การส่งออกสินค้าของบริษัทมาที่ประชาคมยุโรปเป็นจำนวนถึงสองในสามของการส่งสินค้าทางเรือทั้งหมดของบริษัทก็ทำให้เกิดผลกระทบจากความตกลงดังกล่าว⁵⁴

ศาล ECJ ได้อธิบายถึงปัจจัยสำคัญที่ช่วยในการพิจารณาว่ามีอำนาจศาลหรือไม่ นั่นคือสถานที่ที่มีการใช้ (implementation) ความตกลงดังกล่าว กล่าวคือเพื่อที่จะยืนยันเขตอำนาจศาลของตน ต้องมีการใช้สัญญานั้นในประชาคมยุโรป "การใช้" หมายถึงการทำธุรกรรม

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

หรือสัญญากับผู้บริโภค ซึ่งในคดีนี้ศาล ECJ ตัดสินว่า มีการใช้ในสหภาพยุโรป ดังนั้นประชาคมยุโรปจึงมีเขตอำนาจศาล

คดี *Gencor/Lonrho* * ในปี 1999 ได้อธิบาย “การใช้” (implementation in EC) ให้ละเอียดมากขึ้นในบริบทของข้อเสนอกการควบรวมกิจการระหว่างบริษัทผู้ประกอบการเหมืองแร่ แพลตินัมและโรเดียม แอฟริกัน 2 ราย ถึงแม้ว่ารัฐบาลของแอฟริกาใต้จะอนุญาตให้ควบรวมกิจการได้ แต่ประชาคมยุโรปได้มีคำตัดสินว่าข้อเสนอให้ควบรวมกิจการดังกล่าวอาจนำไปสู่การรวมกลุ่มอำนาจในตลาดแพลตินัมของโลกได้ และแน่นอนย่อมส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรป

Gencor ได้อุทธรณ์คำตัดสินของศาล และได้แย้งว่า เมื่อใช้เกณฑ์การพิจารณาตามคดี *Wood Pulp* แล้วเห็นได้ว่าประชาคมยุโรปไม่มีเขตอำนาจศาลในคดีนี้⁵⁵ เนื่องจากการใช้ความตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นในแอฟริกาใต้ ไม่ใช่ในประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรป ศาล CFI (Court of First Instance) ปฏิเสธข้อโต้แย้งของ *Gencor* และพิพากษายืนยันว่า “การใช้” ตามที่วางหลักไว้ในคดี *Wood Pulp* นั้น เพียงแค่มีการขายแพลตินัมโดยบริษัทในแอฟริกาใต้ในรัฐสมาชิกก็ถือว่ามีการใช้แล้ว ไม่ต้องคำนึงถึงที่มาของวัตถุดิบหรือที่ตั้งของโรงงานที่ผลิตสินค้า เมื่อในปัจจุบันบริษัทมีการขายแพลตินัมในประชาคมยุโรป และจะขายต่อไปหลังจากที่ได้ควบรวมกิจการแล้ว จึงเห็นได้ว่ามีการใช้ในประชาคมยุโรปแล้ว⁵⁶

นอกจากนี้สหภาพยุโรปได้ยืนยันว่ากฎหมายแข่งขันของสหภาพยุโรป (Article 85, 86 ของ Treaty of Rome ในขณะนั้น) สามารถใช้บังคับนอกอาณาเขตตามหลัก Effect Doctrine ได้ตามแนวคำตัดสินของ Court of Justice of the Communities ในคดี *Euro-panballage Corp. v. E.C. Commission* ซึ่งตัดสินว่า European Commission สามารถบังคับใช้มาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม แก่กรณีการควบรวมกิจการที่บริษัท *Continental Can* ของ

* Case IV/M 619 [1997] OJ.L11/30, [1999] 4 CMLR 1076.

⁵⁵ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law : text, case, and materials*, p. 1059.

⁵⁶ Tatjana Sachse, *Extraterritorial Application of Competition Laws in the US and the European Union*, p. 3.

สหรัฐอเมริกาเข้ามาถือหุ้น 85.8% ของบริษัท Schmalbach-Lubec-Werke, A.G ซึ่งเป็นบริษัทเยอรมันได้⁵⁷

2.3.1.5 ความขัดแย้งระหว่างประเทศคู่ค้า

คดี General Electric/Honeywell เป็นตัวอย่างว่าการยืนยันการบังคับใช้กฎหมายเรื่องควบรวมกิจการของประชาคมยุโรป (EC's Merger Regulations) ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่าง คู่ค้าอย่างประชาคมยุโรปกับสหรัฐฯ โดยหลักเกณฑ์การพิจารณาของประชาคมยุโรปว่าจะให้ควบรวมกิจการได้หรือไม่ คือพิจารณาว่า "ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันที่สมบูรณ์ใน Common market อย่างมากหรือส่งผลให้เกิดอำนาจเหนือตลาด หรือทำให้อำนาจเหนือตลาดนั้นแข็งแกร่งขึ้น"^{*}

ข้อเสนอเพื่อควบรวมกิจการกันระหว่าง GE และ Honeywell นั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลสหรัฐฯ แต่ประชาคมยุโรปกลับห้ามการควบรวมกิจการดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าการควบรวมกิจการนี้ส่งผลให้เกิดอำนาจเหนือตลาดขึ้นในหลายตลาด (รวมทั้งการจัดหาอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับการบินและเครื่องยนต์ของเครื่องบินไอพ่น) ในสหภาพยุโรป และทำให้อำนาจเหนือตลาดเครื่องยนต์ของเครื่องบินไอพ่นของ GE แข็งแรงมากขึ้น

Mario Monti อดีตกรรมาธิการด้านการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป กล่าวว่า เป็นที่น่าเสียดายที่ประชาคมยุโรปและกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐฯ มีข้อสรุปที่ต่างกัน อย่างไรก็ตามความเสี่ยงที่เกิดจากการความเห็นที่ขัดแย้งเป็นสิ่งที่จะหลีกเลี่ยงไม่ได้⁵⁸

ตั้งแต่กฎเกณฑ์เรื่องการควบรวมกิจการเริ่มใช้บังคับในเดือนกันยายน ปี 1990 คดีนี้เป็นครั้งที่ 15 แล้วที่คณะกรรมการประชาคมยุโรปสั่งห้ามการควบรวมกิจการ และเป็นครั้งที่ 2 ที่สั่งห้ามการควบรวมกิจการที่เกี่ยวข้องเพียงบริษัทที่เป็นอเมริกันเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น นี่เป็นครั้งที่

⁵⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 224.

^{*} "significantly impede effective competition in the Common Market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position"

⁵⁸ Tatjana Sachse, Extraterritorial Application of Competition Laws in the US and the European Union, p. 3.

แรกที่ประชาคมยุโรปห้ามการควบรวมกิจการของบริษัทอเมริกัน 2 ราย ที่หน่วยงานป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ได้เห็นชอบการควบรวมกิจการแล้ว⁵⁹

ผลการพิจารณาข้อเสนอการควบรวมกิจการที่ต่างกันของประชาคมยุโรปและสหรัฐฯ นำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างหน่วยงานที่ดูแลด้านการแข่งขันทางการค้า และความขัดแย้งทางการเมืองด้วย สิ่งที่ต้องคิดคือ ความขัดแย้งจากการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้านอกอาณาเขตของประเศนี้ สามารถหลีกเลี่ยงได้โดยอาศัยความตกลงเพื่อความร่วมมือทวิภาคีหรือไม่

2.3.1.6 ทิศทางในการบังคับใช้กฎหมายฝ่ายเดียวในอนาคต

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อประเทศสหรัฐฯ สามารถอ้างหลักผลกระทบ (Effect Doctrine) เพื่อบังคับใช้กฎหมายของตนนอกอาณาเขตและไม่มีทำที่ว่าจะหยุดใช้ ประเทศอื่นย่อมจะเอาเป็นแบบอย่าง ทั้งนี้เพื่อปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคของตน เห็นได้จาก ปัจจุบันประเทศเกาหลีก็เริ่มที่จะบังคับใช้กฎหมายของตนนอกอาณาเขตแล้ว

ประเทศเกาหลีเป็นตัวอย่างประเทศที่เริ่มบังคับใช้กฎหมายภายในของตนนอกอาณาเขต สาเหตุที่ประเทศเกาหลีเริ่มบังคับใช้กฎหมายภายในของตนนอกอาณาเขตก็เนื่องมาจากผู้บริโภคและผู้ประกอบการเกาหลีได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมจำกัดทางการค้าที่บริษัทต่างชาติทำนอกประเทศเกาหลีมากขึ้นเรื่อยๆ โดย คณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมแห่งเกาหลี (the Korea Fair Trade Commission : KFTC) เริ่มนำกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีซึ่งเป็นกฎหมายภายในมาบังคับใช้นอกอาณาเขตตนเป็นครั้งแรก ในคดีการร่วมกันกำหนดราคาแกรไฟท์ อิเล็กโทรดระหว่างประเทศ (graphite electrodes international cartel)* เพื่อให้

⁵⁹ Ibid.

* ผู้ผลิตแต่ละรายตกลงกันว่า หากผู้ผลิตรายใดขึ้นราคาแกรไฟท์ อิเล็กโทรดในตลาดของประเทศตน (its home market) ผู้ผลิตรายอื่นก็จะขึ้นราคาตาม. แม้จะเป็นผู้ผลิตที่อยู่คนละประเทศกันก็จะขึ้นราคาแกรไฟท์ อิเล็กโทรดในประเทศของตนเองด้วย นอกจากนี้เหล่าผู้ผลิตยังตกลงที่จะจำกัดการแบ่งปันเทคโนโลยีการผลิตต่อผู้ประกอบการที่ไม่ได้ร่วมตกลงใน cartel ด้วย ผู้ผลิตที่ร่วมกันทำ cartel นี้กินส่วนแบ่งตลาดประมาณ 80% ของตลาดโลก และผลของ cartel ครั้งนี้ ทำให้ราคาของแกรไฟท์ อิเล็กโทรดในตลาดโลก สูงขึ้นประมาณ 48.9% ความเสียหายนี้ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคในประเทศเกาหลีอย่างมาก

การบังคับใช้กฎหมายภายในของเกาหลีในกรณีนี้เป็นไปโดยสะดวก KFTC ได้ออกบทบัญญัติใหม่ ภายใต้ the Monopoly Regulations and Fair Trade Act (MRFTA) โดย KFTC คาดหวังว่า บทบัญญัตินี้จะช่วยแก้ปัญหาขั้นตอนในวิธีพิจารณาคดีซึ่งอาจเกิดขึ้นกรณีที่บังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีนอกอาณาเขต ตัวอย่างของบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น มาตรา 32 แห่ง MRFTA ให้อำนาจคณะกรรมการในการตรวจสอบสัญญาระหว่างบริษัทเกาหลีกับบริษัทต่างชาติ อย่างไรก็ตามมาตรานี้ก็ใช้ได้กับบริษัทที่มีบริษัทแม่อยู่ในต่างชาติ และมีบริษัทในเครืออยู่ในเกาหลีเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้น KFTC จึงได้เพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศ (international cooperation)* และการให้ข้อมูล (service of document)** ไว้ด้วย

ในการพิจารณาคดีร่วมกันกำหนดราคาแกรไฟท์ อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศนั้น KFTC ประสบกับปัญหาในการหาพยานหลักฐานเนื่องจากข้อตกลงในการกำหนดราคาดังกล่าวทำในต่างประเทศ ดังนั้น KFTC จึงขอข้อมูลพยานหลักฐานจากกระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐฯ กระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐฯ มีหนังสือตอบกลับมาว่าเอกสารที่ขอมานั้นยังสามารถจัดส่งให้ได้ในทันที แต่จะจัดส่งให้หลังจากที่ศาลเพนซิลเวเนียมีคำตัดสินในคดี U.S. v. Mitsubishi Corp. แล้ว ดังนั้นเมื่อศาลในคดีดังกล่าวได้พิพากษาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

* MRFTA Article 36-2 states that:

The government can sign the agreement for the enforcement of this Act with foreign governments within the scope not violating any laws and interests of the Republic of Korea: (1) Pursuant to the agreement signed under the provision of Paragraph 1, the Fair Trade Commission shall support the law enforcement by foreign government; (2) Even when the agreement under the provision of Paragraph 1 is not signed, the Fair Trade Commission shall support foreign government's law enforcement activity if there is any guarantee from the requesting country that it will also support the same or similar cases requested by the government in the future.

** MRFTA Article 53-3 states that:

(1) Service of document shall be applied mutates mutandis of Article 14 or 16 of the Administrative Procedural Act; (2) Despite the provision under Paragraph 1, business or business association having the address in overseas shall appoint domestic representative, servicing the document to the same representative. If business or business association concerned did not appoint any domestic representative, they shall disclose the content of document on the internet and on the page at least one of daily newspaper, official gazette, official bulletin and board.

กระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็จัดส่งหลักฐานต่างๆ และบันทึกคำให้การแก่ KFTC⁶⁰ คดีนี้ KFTC สั่งปรับ ผู้ผลิตแกรไฟท์ อิเล็กโทรด ทั้ง 6 บริษัท ซึ่งประกอบด้วยบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน และญี่ปุ่น เป็นจำนวน 11.2 พันล้านวอน (ประมาณ 8,532,000 เหรียญสหรัฐ)⁶¹

ต่อมาในปี 2003 KFTC ได้สั่งปรับผู้ประกอบการ ในคดีกำหนดราคาไวตามิน ร่วมกันระหว่างประเทศ (international vitamin cartel) ด้วย คดีไวตามินเกี่ยวข้องกับ 6 บริษัท โดยบริษัททั้งหมดได้ตกลงกำหนดราคาพร้อมกันตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1989 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ 1998 คณะกรรมการ KFTC จึงตัดสินว่าผู้ผลิตทั้ง 6 รายละเมิด MRFTA โดยร่วมกันกำหนด ปริมาณและราคาขายไวตามิน และสั่งปรับจำนวน 1.9 พันล้านวอน (ประมาณ 1,447,400 เหรียญสหรัฐ)

ทั้งคดี คดีแกรไฟท์ อิเล็กโทรด และคดีไวตามิน KFTC อ้างเขตอำนาจ การพิจารณาคดีโดยเหตุผลเดียวกัน นั่นก็คือ แม้ว่าข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันจะทำใน ต่างประเทศ แต่หากมีการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวในประเทศเกาหลี หรือผลของการปฏิบัติ ตามข้อตกลงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อตลาดเกาหลี KFTC ก็สามารถบังคับใช้ MRFTA กับกรณีนั้น ได้⁶²

จากตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายภายในนอกอาณาเขตของประเทศเกาหลีดังกล่าวมานั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยก็อาจบังคับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทยกับ พฤติกรรมจำกัดทางการค้าที่กระทำในต่างแดนบ้าง หากผู้ประกอบการและผู้บริโภค ภายในประเทศไทยได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมจำกัดทางการค้าดังกล่าว ซึ่งประเทศเกาหลีเป็น ตัวอย่างที่ดีในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว อีกทั้งทางประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐฯ ยังให้ ความร่วมมือในการจัดส่งข้อมูลพยานหลักฐานให้ด้วย อย่างไรก็ตามควรมีความตกลงเพื่อ ความร่วมมือในทางระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการขอเอกสาร ข้อมูลพยานหลักฐานด้วย

⁶⁰ Joseph Seon Hur, Extraterritorial Application of Korean Competition Law. Regent Journal of International Law (2008) : 171-187.

⁶¹ Won-Ki Kim, The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea. Singapore Journal of International and Comparative Law (2003) : 409.

⁶² Joseph Seon Hur, Extraterritorial Application of Korean Competition Law, p. 188-189.

2.3.2 การบังคับใช้กฎหมาย โดยอาศัยความตกลงทวิภาคี (Bilateral Agreement)

ตามที่ได้อธิบายถึงการบังคับใช้กฎหมายภายในของตนนอกอาณาเขต เห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายฝ่ายเดียวดังกล่าวก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศ ดังนั้นประเทศต่างๆ จึงเกิดความคิดที่จะประสานความขัดแย้งโดยการจับมือกันเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคี และกำหนดเรื่องความร่วมมือกันโดยอาศัยมิตรไมตรี (comity) ระหว่างกันในความตกลง การทำความตกลงแบบทวิภาคีนั้นได้รับความนิยมอย่างมากเพราะจะสามารถกำหนดเนื้อหาได้ตรงกับความต้องการของประเทศคู่สัญญา โดยประเทศสหรัฐฯ และสหภาพยุโรปได้ทำสนธิสัญญาประเภทนี้กับหลายประเทศ และประเทศอื่นๆ ก็ได้ทำความตกลงประเภทนี้ระหว่างกันด้วยโดยรูปแบบความลึกซึ้งของความร่วมมือนั้นก็มีความแตกต่างกันไป ในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะยกตัวอย่างสนธิสัญญาทวิภาคีทางการค้าที่มีบทบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าของหลายประเทศมาอธิบายและเปรียบเทียบเนื้อหาว่ามีลักษณะที่เหมือนกัน หรือต่างกันอย่างไร

2.3.3 การบังคับใช้กฎหมาย โดยอาศัยความตกลงพหุภาคี (Multilateral Agreement)

การให้ความร่วมมือด้านแข่งขันทางการค้าแบบทวิภาคีนั้นแม้ว่าจะมีข้อดีคือสามารถสนองต่อความต้องการของประเทศคู่สัญญาได้ดี และสามารถทำได้ง่ายแต่ความตกลงแบบทวิภาคีนั้นก็ยังมีข้อจำกัดหลายประการที่สำคัญ คือ ไม่สามารถก้าวทันพฤติกรรมจำกัดการค้าทั่วโลกได้ ดังนั้นจึงเกิดแนวความคิดในการทำความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านแข่งขันทางการค้าแบบพหุภาคี เพื่อความสะดวกในการร่วมมือกันจัดการกับพฤติกรรมจำกัดทางการค้าที่มีอยู่ทั่วโลกได้ อีกทั้งการที่แต่ละประเทศคู่สัญญาต่างก็มีความตกลงที่มีเนื้อหาแตกต่างกันไปอาจทำให้เกิดความสับสนทั้งในองค์กรผู้ใช้อำนาจและทั้งวิสาหกิจที่ประกอบกิจการอยู่ในหลายประเทศด้วย จึงเกิดแนวความคิดว่าความตกลงแบบพหุภาคีอาจเป็นทางแก้ไขสู่ความมีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานในการจัดการกับพฤติกรรมจำกัดทางการค้าได้

ทั้งนี้มุมมองของประเทศมหาอำนาจระหว่างประเทศสหรัฐฯ และสหภาพยุโรปมีความเห็นต่างกัน ซึ่งผู้เขียนขออธิบายดังนี้

2.3.3.1 มุมมองของยุโรปต่อการทำความตกลงพหุภาคี

ประชาคมยุโรปยอมรับว่าเหตุผลหลักที่ต้องการให้ประเทศต่างๆ รับเอาหลักการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศไปใช้กับประเทศตนนั้น ก็เพื่อสนองความต้องการในการเข้าสู่ตลาด (market access) ของประชาคมยุโรป สหภาพยุโรปต้องประสบกับปัญหาการเข้าสู่ตลาด ก็เป็นเพราะในบางประเทศนั้นไม่มีมาตรการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสม ทำให้มีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในประเทศ และมีผลต่อการเข้าสู่ตลาดของสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปต้องการจะจัดการกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันดังกล่าว แต่สหภาพยุโรปสามารถจัดการกับพฤติกรรมเหล่านั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่มี "เครื่องมือ" นั่นก็คือกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศนั่นเอง หากมองในอีกด้านหนึ่งของการทำธุรกิจนั้น จะเห็นได้ว่าการประกอบธุรกิจของบริษัทอื่นในประเทศยุโรปนั้นดูจะไม่มีปัญหา สามารถเข้าสู่ตลาดยุโรปได้ง่ายกว่าการที่บริษัทยุโรปจะไปทำธุรกิจในประเทศอื่น เพราะ EC มีมาตรการภายในเพื่อจัดการกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้าของตนเอง ดังที่นาย Karel Van Miert ได้ให้ความเห็นไว้ใน Annex B ของ Van Miert report⁶³ ว่า ประชาคมยุโรปจะไม่ปรานีปราศรัยกับพฤติกรรมจำกัดทางการค้าของบริษัทยุโรปที่พยายามกีดกันไม่ให้บริษัทประเทศอื่นสามารถเข้าสู่ตลาดของตนได้ และประชาคมยุโรปก็ต้องการให้ประเทศอื่นมีนโยบายในทำนองเดียวกันด้วย ซึ่งหากประเทศอื่นไม่มีกฎเกณฑ์ที่เข้าไปจัดการกับพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของประเทศตนได้ ก็จะทำให้สร้างปัญหาทำให้บริษัทยุโรปไม่สามารถเข้าสู่ตลาดของประเทศนั้นได้ ทั้งนี้มุมมองของประเทศมหาอำนาจอย่างประเทศสหรัฐฯ และสหภาพยุโรป

อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปไม่ได้ถืออย่างเคร่งครัดว่าการแก้ไขปัญหาการเข้าสู่ตลาดจะต้องมีการตอบแทนซึ่งกันและกัน (reciprocity) โดยประเทศอื่น เพราะหากว่าสหภาพยุโรปถือเช่นนั้นแล้ว ก็คงจะมีการเรียกร้องให้ต่างชาติรับเอารูปแบบการบังคับใช้กฎหมายของยุโรป (European enforcement model) ไปใช้ แต่ประชาคมยุโรปก็ไม่ได้เรียกร้องให้มีการตอบแทนกันอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามในปี 1994 Van Miert ได้ตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญเรียกว่า 'Group of Experts' ให้พิจารณาประเด็นต่างๆ เหล่านี้ เพื่อนำมาใช้กับประชาคมยุโรป หลังจากที่ได้ศึกษาวิเคราะห์แล้วคณะผู้เชี่ยวชาญจึงออกรายงานในเดือนกรกฎาคม ปี 1995 โดยมีข้อสรุปว่า

⁶³ European Commission, Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Co-operation and Rules, Report of the Group of Experts (Luxembourg: OOPEC, July 1995), หน้า 3 (the 'Van Miert Report'). (D.G. Goyder, *EC competition law*, 4th ed., United States: Oxford University press, 2003, p.511-512.)

การบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าโดยใช้กฎหมายภายในเท่านั้นไม่สามารถจัดการกับพฤติกรรมจำกัดทางการค้าครบทุกรูปแบบได้ นอกจากนี้คณะผู้เชี่ยวชาญยังได้พบว่าการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศไม่ได้ผลเพราะความตกลงเรื่องการควบคุมการจำกัดทางค้านั้นเป็นความตกลงประเภทที่ไม่มีความผูกพัน และเป็นเพราะช่องว่างในกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่ใช้อยู่ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และยังพบว่าบางประเทศไม่มีแม้แต่หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าด้วยซ้ำไป จากรายงานฉบับดังกล่าว Brittan และ Van Miert ได้จัดทำเอกสารเพื่อความเข้าใจร่วมกันเรื่องการค้าและการแข่งขันสำหรับคณะกรรมการยุโรป (European Commission) และคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (the Council of the European Union) ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เอกสารฉบับดังกล่าวแนะนำให้สมาชิก WTO ทำความตกลงร่วมกันแบบที่มีความผูกพันเพื่อให้นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายใหม่ มีการบังคับใช้ และร่วมมือกันในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ตามมาตรฐานระหว่างประเทศขั้นต่ำ ตั้งแต่นั้นมาคณะกรรมการก็ได้ทุ่มเททำงานเพื่อหาว่ามาตรฐานเหล่านั้นควรเป็นอย่างไร จึงไม่เป็นที่น่าแปลกใจเลยที่ข้อเสนอเพื่อทำความตกลงร่วมกันรุ่นแรกนั้นมีลักษณะที่เป็นยุโรปมาก⁶⁴

ในช่วงเวลา 2-3 ปีนี้ ประชาคมยุโรปได้จัดทำข้อเสนอสำหรับใช้เป็นกฎเกณฑ์สากลทั่วโลกหลายครั้งด้วยกัน ข้อเสนอครั้งแรกทำสำเร็จในปี 1996 โดยคณะกรรมการได้เสนอว่า การจำกัดทางการค้าแบบแนวดิ่งที่ทุกประเทศต้องจัดการก็คือ การจำกัดทางการค้าโดยการสร้างกำแพงการเข้าสู่ตลาด ประเทศสมาชิก WTO ต้องพิจารณาว่าหน่วยงานที่ดูแลเรื่องการแข่งขันสามารถดำเนินการได้สูงสุดเพียงใดในแง่มุมมองของการร่วมมือระหว่างประเทศ และต้องชี้แจงน้ำหนักของผลกระทบของการกีดกันการเข้าสู่ตลาดต่อการแข่งขันภายในประเทศ ข้อเสนอแนะนี้คล้ายคลึงกับนโยบายแข่งขันทางการค้าสำหรับประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรป ซึ่งแน่นอนว่านี่ไม่ใช่เหตุบังเอิญ Sir Leon Brittan อ้างว่ามันเป็นการพัฒนาขั้นต่อไปของกระบวนการที่สมเหตุสมผลเพื่อเปิดตลาดโลกสู่การค้าและการแข่งขัน ซึ่งเป็นเป้าหมายที่ประชาคมยุโรปต้องการมาโดยตลอด 40 ปีนี้ เพื่อเป็นการเตรียมพร้อมเผชิญหน้ากับโลกที่กว้างขึ้น⁶⁵ โดยนโยบายนี้ได้ถูกนำมาปรับใช้กับทั้งกฎหมายส่วนที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีและกฎหมายส่วนที่เป็นเนื้อหา

⁶⁴ Ibid., p. 512.

⁶⁵ Leon Brittan, 'A Framework for International Competition', Address to World Economic Forum, Davos (3 February 1992) in International Economic Insights, Issue 3 (March/April 1992), p. 21-22. (Ibid.)

ด้วย คณะผู้เชี่ยวชาญยังได้แนะนำอีกว่ากฎของ WTO ควรเป็นเรื่องหลักเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำซึ่งประเทศสมาชิกควรรับไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของประเทศตน เช่นเดียวกับที่ประเทศในยุโรปปฏิบัติตาม European Directives ที่ว่า : แต่ละประเทศต่างมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามเพื่อให้บรรลุผลแต่ไม่ผูกพันที่จะต้องแก้ไขกฎหมายในปัจจุบันหากว่ากฎหมายนั้นได้บัญญัติถึงหลักการดังกล่าวอยู่แล้ว หรือกฎหมายที่มีอยู่นั้นสามารถตีความได้แบบเดียวกัน อย่างไรก็ตามควรมีการให้คำนิยามคำศัพท์บางคำ เช่น หลักเหตุผล (rule of reason), ข้อตกลงในแนวดิ่ง เป็นต้น เพราะหากไม่กำหนดคำนิยามไว้แล้วความหมายของคำเหล่านี้จะแตกต่างกันออกไปตามแง่มุมของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศและจะก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ ซึ่งคณะผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ประสงค์จะให้ประเทศสมาชิกวิเคราะห์และตีความความหมายของคำเหล่านี้ได้อย่างมีอิสระ คณะผู้เชี่ยวชาญยังได้คาดการณ์ว่าในอนาคตอาจเกิดข้อโต้แย้งเรื่องหลักเหตุผลซึ่งเป็นหลักการระหว่างประเทศ จึงแนะนำให้ความตกลง WTO นั้นนิยามมาตรฐานระหว่างประเทศสำหรับหลักเหตุผล และหลักที่ใช้พิจารณาเรื่องการขัดกันของเขตอำนาจศาลด้วย เพื่อป้องกันความขัดแย้งระหว่างประเทศที่อาจเกิดขึ้นได้ โดยวัตถุประสงค์หลักของข้อเสนอแนะของผู้เชี่ยวชาญนั้นก็เพื่อป้องกันการทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันซึ่งมีผลร้ายต่อผู้บริโภค และข้อตกลงซึ่งสร้างอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด⁶⁶

2.3.3.2 มุมมองของสหรัฐอเมริกาต่อการทำความตกลงพหุภาคี

จากอดีตที่ผ่านมาสหรัฐอเมริกาไม่เคยเห็นด้วยกับการทำความตกลงพหุภาคีเพื่อวางระเบียบในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าให้รัฐบาลของแต่ละประเทศปฏิบัติตาม เคยมีผู้เสนอให้จัดทำความตกลงในลักษณะดังกล่าวในทศวรรษที่ 1940 ซึ่งสภาคองเกรสของสหรัฐฯ ก็ปฏิเสธที่จะลงนามในความตกลงดังกล่าวเพราะเกรงว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวจะทำให้มาตรฐานของสหรัฐฯ ตกลงไป ต่อมาเมื่อมีการประชุมหารือกันเรื่องกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าอีกครั้งในปลายทศวรรษที่ 1990 นาย Joel Klein ผู้ช่วยอัยการสูงสุดได้ออกหนังสือเดือนเกี่ยวกับหัวข้อการเจรจาเรื่องนโยบายการแข่งขันทางการค้ากับ WTO โดยนาย Joel Klein ได้ยืนยันว่าการตกลงรับว่าจะผูกพันกฎเกณฑ์ตามที่ WTO เสนอนั้นสามารถทำให้เกิดความตกลงที่เป็นเพียงมาตรฐานทั่วไปเท่านั้น ข้อเสนอของ WTO ไม่มีทางที่จะไปไกลกว่า UNCTAD Set หรือรูปแบบกฎหมายที่สหรัฐฯ พัฒนาไว้ได้และข้อเสนอของ WTO ก็ไม่ได้ให้คำแนะนำต่อประเทศที่อยู่ในช่วงเริ่มต้นพัฒนาหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า ยิ่งไปกว่านั้นการวางหลักตายตัวแบบนี้ในกฎหมาย

⁶⁶ Ibid.

ระหว่างประเทศอาจเป็นการขัดขวางการพัฒนาของหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าด้วย เพราะหลักกฎหมายดังกล่าวควรจะมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาอยู่เสมอเพื่อให้เท่าทันพัฒนาการของพฤติกรรมจำกัดทางการค้า นอกจากนี้ที่กล่าวมาแล้วนั้นปัญหาอีกอย่างหนึ่งก็คือ มาตรฐานขั้นต่ำอาจไม่เพียงพอ กล่าวคือพฤติกรรมจำกัดทางการค้ายังคงสามารถเกิดขึ้นได้ในประเทศที่ไม่ควอดขันเรื่องการบังคับใช้กฎหมายแต่ยังคงอยู่ในเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำสากล นี่เป็นความเสี่ยงอย่างมากเสมือนว่าการเจรจาเพื่อให้เกิดกฎเกณฑ์แบบพหุภาคีที่ผูกพันกับประเทศสมาชิกนั้นเป็นการดิ่งพัฒนาการในเรื่องกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกไปสู่มาตรฐานกฎเกณฑ์ที่ต่ำที่สุดแบบหาร่วมมาก (lowest common denominator) หมายความว่าใช้มาตรฐานแบบต่ำที่สุดเท่าที่ทุกประเทศจะสามารถปฏิบัติเหมือนกันได้⁶⁷

ไม่ว่ารัฐบาลของสหรัฐฯ จะลงนามในกฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าของ WTO หรือไม่ก็ตาม Klein ก็เห็นว่าเกณฑ์ที่น้อยที่สุด (minimalist approach) ของสากลนั่นเองที่เป็นตัวขัดขวางการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐบาลสหรัฐฯ และรัฐบาลของประเทศอื่นๆ ด้วย Klein ได้แสดงความเห็นอีกว่า การปรับปรุงแก้ไขและการขยายความร่วมมือในความตกลงระหว่างรัฐบาลของแต่ละประเทศเป็นเรื่องสำคัญ เพราะความร่วมมือนั้นจะเป็นสิ่งที่ใช้พัฒนาความเข้าใจในตัวกฎหมายทั้งที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติของแต่ละประเทศและทำให้กฎหมายของแต่ละประเทศมาบรรจบด้วยกันได้ นอกจากนี้ยังส่งผลในระยะยาว คือสามารถนำสิ่งที่ได้เรียนรู้จากการร่วมมือนี้มาสร้างหลักเกณฑ์กฎหมายระหว่างประเทศแบบมาตรฐานสูงสุด ไม่ใช่แบบมาตรฐานต่ำสุด เมื่อใดที่ใช้มาตรฐานแบบสูงที่สุดไม่ใช่มาตรฐานแบบต่ำที่สุด เมื่อนั้นคุณประโยชน์ของความร่วมมือกันจึงจะเกิดขึ้นต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าความร่วมมือระหว่างประเทศแบบสองฝ่าย และเป็นประโยชน์ต่อการสร้างหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศแบบหลายฝ่ายด้วย⁶⁸

อย่างไรก็ตามความคิดเห็นในครั้งใหม่ของสหรัฐฯ ไม่ได้รับชัยชนะ ในการประชุม WTO's first Ministerial Conference เพื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าว ประเทศสมาชิก WTO ก็ได้ยอมรับข้อเสนอของประชาคมยุโรปในการจัดตั้ง WTO Working Group เพื่อศึกษาประเด็นต่างๆ เกี่ยวกับการค้า นโยบายแข่งขัน รวมทั้งพฤติกรรมจำกัดทางการค้าที่ประเทศสมาชิกยกขึ้นมาปรึกษาหารือ

⁶⁷ Ibid., 514.

⁶⁸ Ibid.

รวมทั้งรัฐบาลของสหรัฐฯ ก็ตกลงที่จะร่วมมือกับประเทศอื่น ในโปรแกรมศึกษาการลงทุนและการแข่งขันของ WTO

จากการศึกษาของ Working Group เป็นเวลาหลายปี รัฐบาลของแต่ละประเทศได้เรียนรู้อย่างมากมาจากการแข่งขันประสพการณ์การบังคับใช้กฎหมายซึ่งกันและกัน และทราบว่ากฎเกณฑ์การแข่งขันควรประกอบด้วยอะไรบ้าง ซึ่งประชาคมยุโรปก็ได้แก้ไขข้อเสนอนของตนส่วนที่ดูเป็นยุโรปมากเกินไป ให้มีลักษณะตามหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปด้วย⁶⁹

⁶⁹ Ibid., p. 514.

2.4 ประเภทของความตกลงทางการค้า

จากบทที่ 1 ได้แยกประเภทของสนธิสัญญาออกตามลักษณะต่างๆ แล้ว ในบทนี้ผู้เขียนขออธิบายประเภทของความตกลงทางการค้าตามรูปแบบความร่วมมือระหว่างประเทศที่นิยมปฏิบัติกัน โดยรูปแบบที่ทำมีทั้งประเภทที่มีความผูกพันทางกฎหมายและไม่มีความผูกพันทางกฎหมาย บางประเภทเป็นความตกลงที่กล่าวถึงหลายเรื่อง บางประเภทกล่าวถึงกฎหมายและนโยบายแข่งขันเป็นการเฉพาะเจาะจง ในทางปฏิบัติแล้วเส้นแบ่งระหว่างประเภทของความตกลงเหล่านี้ไม่ชัดเจนนัก ทั้งนี้อาจมีความตกลงเพื่อความร่วมมือบางประเภทที่ไม่ได้กล่าวถึงในที่นี้แต่อาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายและนโยบายแข่งขันด้วย เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือในกระบวนการยุติธรรมโดยการแบ่งปันข้อมูลอันเป็นความลับ (sharing of confidential information) ซึ่งตามสนธิสัญญาดังกล่าวทำให้สามารถเรียกให้ส่งข้อมูลอันเป็นความลับเพื่อช่วยในการสืบสวนคดีแข่งขันทางการค้าด้วย ประเภทของความตกลงทางการค้าอาจแบ่งได้เป็น 6 ประเภท⁷⁰ ดังนี้

2.4.1 ความตกลงเพื่อความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition law enforcement cooperation agreements)*

ความตกลงเพื่อความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นความตกลงทางการค้าแบบทวิภาคีที่ทำในรูปแบบของสนธิสัญญาเน้นเฉพาะเรื่องความร่วมมือและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า ประเทศที่นิยมทำสนธิสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกาซึ่งทำสนธิสัญญาประเภทนี้กับหลายประเทศ เช่น ออสเตรเลีย บราซิล แคนาดา สหภาพยุโรป เยอรมัน อิสราเอล ญี่ปุ่น และเม็กซิโก โดยสหภาพยุโรปก็ทำสนธิสัญญาประเภทนี้กับหลายประเทศเช่นกัน ได้แก่ แคนาดา ญี่ปุ่น เกาหลี และ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น

⁷⁰ United Nation, Experience gained so far on international cooperation on competition policy issues and the mechanisms used, United Nation Conference on Trade and Development. September 2006, p. 6.

* ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก ก., หน้า 258.

นอกจากนี้สหภาพยุโรปยังทำความตกลงเรื่องความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายกับบางประเทศในรูปแบบความตกลงการค้าเสรี, ความตกลง customs union (เป็นความตกลงเพื่อส่งเสริมการค้าเสรีและตั้งกำแพงภาษีกับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิก) หรือความตกลงกลุ่มตลาดร่วม (common market)

ประเทศแคนาดาได้ลงนามในความตกลงกับประเทศชิลี ประเทศเม็กซิโก สหราชอาณาจักร และลงนามในความตกลงสามฝ่ายกับประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ (ประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ได้ลงนามในความตกลงสามฝ่ายกับสหราชอาณาจักรต่างหากจากกัน) โดยความตกลงสามฝ่ายเหล่านี้ไม่ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับ ต่อมาประเทศเดนมาร์ก ประเทศไอซ์แลนด์ และประเทศนอร์เวย์ก็ได้ลงนามในความตกลงสามฝ่ายร่วมกันโดยเพิ่มเนื้อหาในส่วนของการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับเพิ่มขึ้นด้วย (เพื่อให้หน่วยงานด้านการแข่งขันของแต่ละประเทศมีอำนาจด้านนิติบัญญัติ (legislative) ก่อน)⁷¹

ประเทศเกาหลีได้ลงนามในบันทึกเพื่อความเข้าใจเรื่องความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายกับประเทศออสเตรเลีย สหภาพยุโรป ประเทศเม็กซิโก และประเทศรัสเซีย และลงนามในความตกลงร่วมกับประเทศลัตเวีย ประเทศโรมาเนีย และ ICAP (CIS Interstate Council for Antimonopoly Policy) ซึ่งได้รวมประเทศที่เป็นผู้นำป้องกันการผูกขาดไว้

ประเทศรัสเซียก็มีความตกลงเรื่องความร่วมมือกับประเทศบราซิลและประเทศเม็กซิโก

ประเทศลิทัวเนียได้ทำความตกลงเพื่อความร่วมมือกับประเทศเอสโตเนีย ประเทศลัตเวีย ประเทศโปรแลนด์ และประเทศยูเครน รวมทั้งได้ทำความตกลง 3 ฝ่ายกับ 3 ประเทศในบอลติก (Baltic States)

ประเทศจีนได้ลงนามความตกลงเพื่อความร่วมมือ (ซึ่งครอบคลุมทั้งเรื่องการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและการป้องกันการผูกขาด) กับประเทศคาซัคสถานและประเทศรัสเซีย

⁷¹ Ibid., p. 6-7.

และประเทศจีนยังได้แลกเปลี่ยนประสบการณ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายแข่งขันและการร่วมมือกันในการบังคับใช้กฎหมายกับประเทศรัสเซีย⁷²

ประเทศออสเตรเลียได้ทำความตกลงครอบคลุมทั้งเรื่องการแข่งขันและการคุ้มครองผู้บริโภคกับประเทศฟิจิและประเทศปาปัวนิวกินี

ความตกลงที่กล่าวมานี้มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่คล้ายคลึงกัน ได้แก่

- การแจ้งให้ทราบถึงการบังคับใช้กฎหมายกรณีที่เกิดผลกระทบต่อประเทศคู่สัญญา
- การรับรองว่าจะคำนึงถึงประโยชน์ของคู่สัญญาเมื่อมีการสืบสวน หรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมจำกัดทางการค้า
- การปรึกษาหารือเพื่อแก้ไขข้อขัดแย้งในกฎหมาย นโยบาย ผลประโยชน์ของประเทศ ระหว่างคู่สัญญา
- การปรึกษาหารือเมื่อมีเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมจำกัดทางการค้าเกิดขึ้นในทั้งสองประเทศ การร้องขอให้ช่วยเหลือในการสืบสวนเมื่อพฤติกรรมจำกัดทางการค้าในประเทศที่ถูกร้องขอส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศที่ร้องขอ
- การร้องขอให้มีการดำเนินการทางกฎหมายตามคำสั่งที่ออกในดินแดนของประเทศคู่สัญญา และ คำมั่นสัญญาว่าจะพิจารณาคำร้องขอเรื่องความช่วยเหลือในการสืบสวนหรือดำเนินการทางกฎหมายอย่างเอาจริงเอาจัง (ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ ผลประโยชน์ และทรัพยากรที่มีอยู่) รวมทั้งให้ความสนับสนุนเรื่องข้อมูลที่ไม่เป็นความลับ และในบางกรณีก็จัดหาข้อมูลที่เป็นความลับให้ด้วย (ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับมาตรการป้องกัน)⁷³

นอกจากนี้ ความตกลงที่สหรัฐอเมริกาตกลงกับประเทศบราซิลและประเทศเม็กซิโกนั้นมิได้รวมถึงเรื่องการให้ความร่วมมือด้านเทคนิคด้วย

ต่อมามีการเพิ่มเรื่อง Positive Comity ในความตกลงระหว่างประเทศด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวมีรากฐานมาจากคำแนะนำในความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกของ OECD

⁷² Ibid., p. 7.

⁷³ Ibid.

ในเรื่องพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ ในปี 1967 (the 1967 OECD Recommendation on Cooperation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade) Positive Comity เป็นหลักการที่ให้ประเทศซึ่งได้รับความเสียหาย (requesting party) จากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของอีกประเทศหนึ่ง (requested party) อาจร้องขอ (request) ให้ประเทศนั้น (requested party) ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันของประเทศที่ถูกร้องขอต่อบริษัทที่เป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน ทั้งนี้พฤติกรรมดังกล่าวจะต้องเป็นพฤติกรรมต้องห้ามภายใต้กฎหมายการแข่งขันของประเทศที่ถูกร้องขอ (requested party) ด้วย แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายของประเทศที่เป็นผู้ร้องขอ (requesting party) ทั้งนี้ ประเทศที่ถูกร้องขอ (requested party) ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ โดยการตอบสนองต่อคำร้องขอเช่นว่าขึ้นอยู่กับ การพิจารณาของประเทศที่ถูกร้องขอ ในทางตรงกันข้ามประเทศที่ร้องขอยังคงมีสิทธิที่จะบังคับใช้กฎหมายต่อบริษัทดังกล่าวในประเทศของตน อย่างไรก็ตามการสืบสวนแบบคู่ขนานโดยกระทำ ทั้งในสองประเทศจะมีความเหมาะสมเมื่อเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นในตลาดของทั้งสองประเทศ ดังนั้น บทบัญญัตินี้จึงช่วยแก้ปัญหาความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจรัฐได้ เพราะเป็นพันธกรณีที่ให้ประเทศผู้ เรียกร้องดำเนินการใดๆ ตามความเหมาะสมเท่านั้น

หลักการ Positive comity เป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นมาใหม่ ซึ่งเดิมทีประเทศต่างๆ จะใช้หลัก Negative comity เพื่อลดความขัดแย้งระหว่างประเทศ ซึ่งตามหลัก Negative Comity นั้นจะใช้วิธีการงดเว้นการบังคับตามกฎหมายของตนเท่านั้น ไม่สามารถเรียกให้อีกฝ่าย บังคับใช้กฎหมายให้ตนได้ กล่าวคือ เมื่อประเทศที่ได้รับผลกระทบจากพฤติกรรมจำกัดการแข่งขัน งดเว้น (negative) การบังคับใช้กฎหมาย แล้วปล่อยให้เป็นที่ของอีกประเทศบังคับใช้กฎหมาย ให้ ประเทศที่งดเว้นการบังคับกฎหมายของตนได้แต่รอให้อีกฝ่ายบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถร้องขอให้ประเทศนั้นดำเนินการได้ ต่างจาก Positive Comity ที่สามารถเรียกให้อีกฝ่าย ดำเนินการให้ได้ และตนเองก็ยังมีสิทธิที่จะดำเนินคดีในประเทศตนอีกด้วย

ความตกลงทวิภาคีด้านการแข่งขันที่มีการกำหนดถึงหลัก positive comity เป็นครั้งแรก เกิดขึ้นในปี 1998 คือ ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและ Commission of the European Communities แก้ไขเพิ่มเติมความตกลงเดิมในปี 1991 (ไม่ใช้กับเรื่องควรรวมกิจการ) โดยการแก้ไขในปี 1998 นี้เองได้เพิ่มหลัก Positive comity ลงไป โดยหลักการดังกล่าวมีข้อ สันนิษฐานว่าหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของประเทศที่ได้รับความเสียหายจะห่วงหาเหินยว หรือพักการดำเนินการทางกฎหมายของตนเมื่อผู้บริโภคไม่ได้รับผลกระทบโดยตรง หรือเมื่อ

การจำกัดทางการค้าเกิดขึ้นในประเทศแต่ส่งผลต่อประเทศอื่นโดยตรง (ถึงแม้ว่าองค์กรที่มีอำนาจดำเนินการทางกฎหมายของรัฐบาลกลางจะผูกพันกับความตกลงนี้ แต่ศาลไม่ได้ผูกพันกับความตกลงดังกล่าว) คู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้คำสัญญาที่จะอุทิศทรัพยากรที่เพียงพอ และทำการสืบสวนอย่างเต็มความสามารถในเรื่องนี้ และจะแจ้งสถานะความคืบหน้าของคดีตามคำขอของหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของอีกประเทศหนึ่ง หรือแจ้งตามระยะเวลาอันควร⁷⁴

เพราะเหตุที่ Positive comity เป็นหลักเพื่อพัฒนาและเสริมสร้างประสิทธิภาพแก่กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื้อหาและกระบวนการพิจารณา และระดับความสัมพันธ์ขององค์กรผู้มีอำนาจของประเทศคู่ภาคีเท่านั้น หลักดังกล่าวจึงไม่ปรากฏในความร่วมมือในระดับระหว่างประเทศอื่นใดนอกจากแบบทวิภาคี ประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกาทำความตกลงในลักษณะคล้ายกันนี้ รวมทั้งอีกหลายประเทศด้วย ในทางปฏิบัติแล้วหลัก Positive comity จะใช้เมื่อประเทศที่ร้องขอต้องการปกป้องการส่งออกสินค้าและต้องการลดการใช้อำนาจนอกอาณาเขตในดินแดนในคดีประเภทนี้ ประเทศผู้ร้องขอสามารถร้องขอได้โดยไม่ต้องแจ้งว่ากฎหมายแข่งขันของประเทศตนต้องถูกละเมิดก่อน แต่ประเทศผู้ถูกร้องขอจะพิจารณาข้อเรียกร้องดังกล่าวก็ต่อเมื่อกฎหมายแข่งขันของตนถูกละเมิด ดังนั้นหลักมิตรไมตรีจึงไม่สามารถใช้กับการจำกัดทางการค้าบางเรื่องได้ เช่น การฮั้วราคาสินค้าส่งออก (export cartels) เป็นต้น (เพราะการฮั้วราคาสินค้าส่งออก ไม่มีผลกระทบต่อประเทศผู้ถูกร้องขอ จึงไม่ขัดต่อกฎหมายของประเทศผู้ถูกร้องขอ)

ข้อจำกัดดังกล่าวอาจไม่สามารถใช้ได้กับบางสถานการณ์ รวมทั้งบทบัญญัติเรื่องการให้ช่วยเหลือในการสอบสวน ตามความตกลงเพื่อความร่วมมืออนุทวีป หรือความตกลงตาม International Antitrust Enforcement Assistance Act ปี 1994 (IAEAA) ที่ทำโดยหน่วยงานด้านการแข่งขันของสหรัฐอเมริกา IAEAA ได้ให้อำนาจหน่วยงานการแข่งขันกลางของสหรัฐอเมริกา (มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน และไม่รวมถึงกรณีการควมรวมกิจการ) ในการสรุปความตกลงระหว่างประเทศเพื่อจัดให้มีกระบวนการตามพันธกรณีในการหาข้อมูลตามข้อเรียกร้องของประเทศอื่น เมื่อผลประโยชน์ของประเทศนั้นได้รับผลกระทบอย่างมากจากพฤติกรรมจำกัดทางการค้าในสหรัฐอเมริกา แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวไม่ได้เป็นการละเมิดกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ตาม จนถึงปัจจุบันนี้มีความตกลงภายใต้ IAEAA เพียง

⁷⁴ Ibid.

ฉบับเดียวเท่านั้น คือ ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย ในปี 1997 (ซึ่งความตกลงเพื่อความร่วมมือกับประเทศนิวซีแลนด์ยังไม่ถึงแนวคิดดังกล่าวนี้) โดยความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียก็มีเนื้อความตามแนวทางของ IAEA อันได้แก่ กำหนดให้มีการแจ้ง (notification) เกี่ยวกับขอบเขตการใช้กฎหมายที่ถูกต้องตรงกัน, นโยบายการบังคับใช้กฎหมายและผลประโยชน์ที่สำคัญอื่นๆ, ข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมที่อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือหมายการดำเนินการทางกฎหมาย ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับองค์กรซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องการแข่งขันของประเทศอื่น แม้จะไม่มี การดำเนินการดำเนินการทางกฎหมายโดยประเทศที่แจ้งจริงก็ตาม สำหรับการทำความตกลงภายใต้ IAEA นั้นประเทศคู่ภาคีจะต้องมีกฎหมายภายในอันเป็นพื้นฐานและมีการยอมรับจากรัฐสภา (ซึ่งออสเตรเลียมีการบัญญัติกฎหมายที่ให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญระหว่างองค์กรผู้มีอำนาจเรื่องการแข่งขันทางการค้าในทางแพ่งแล้ว คือ The Mutual Assistance in Business Regulation Act 1992) โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสามารถที่จะแลกเปลี่ยนข้อมูลการสืบสวนสอบสวนและการปกป้องข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญที่ได้รับมาอย่างเพียงพอด้วย⁷⁵

ความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านการดำเนินการทางกฎหมายอื่นๆ อีกบางฉบับก็มีเนื้อความเกี่ยวกับการแจ้งเช่นนี้ด้วย เช่น ความตกลงระหว่างสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น รายงาน ICPAC 2000 แนะนำว่าองค์กรซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาจะขยายเขตอำนาจการใช้กฎหมายได้โดยผ่านทางความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านการป้องกันการผูกขาด รวมทั้งอาศัยบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักมิตรไมตรีด้วย นอกจากนี้ในรายงานยังได้แนะนำว่าควรกระตุ้นให้ร่วมมือกันระหว่างประเทศเพื่อทบทวนเรื่องการควมรวมกิจการซึ่งถือเป็นเรื่องหลักๆ ที่มีความสำคัญในการทำงานของเครือข่ายด้านการแข่งขันระหว่างประเทศ (International Competition Network)

2.4.2 สนธิสัญญาเพื่อความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย แก่กัน (Mutual legal assistance treaties: MLATs)

ความร่วมมือในระดับทวิภาคีเรื่องการแข่งขัน และหลัก Positive comity ยังคงขาดความเชื่อมโยงกันระหว่างภาคี โดยไม่ยอมลดกฎระเบียบภายในบางประการของแต่ละ

⁷⁵ Ibid., p. 8.

ประเทศลง เช่น ยังมีการป้องกันการให้ข้อมูลที่สำคัญแก่กัน เพราะผู้มีอำนาจจะต้องไม่เผยแพร่ข้อมูลที่สำคัญของบริษัทต่างๆ ที่ได้มาจากอำนาจในการสืบสวนสอบสวน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นอุปสรรคแก่การดำเนินการเพื่อความร่วมมือในระดับทวิภาคีอย่างมาก⁷⁶

MLATs ซึ่งเป็นความตกลงประเภททวิภาคีจึงเป็นเสมือนแนวทางที่จะช่วยเสริมสร้างความแข็งแกร่งในความร่วมมือระหว่างองค์กรผู้มีอำนาจ โดยให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอันเป็นความลับที่สำคัญแก่กัน และเพื่อการช่วยเหลือทางด้านกฎหมายระหว่างกันทั้งในการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า⁷⁷ สหรัฐอเมริกาได้ทำสนธิสัญญาประเภทนี้กับหลายประเทศด้วยกัน (MLATs ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรก็เพิ่งจะขยายขอบเขตความร่วมมือไปให้ครอบคลุมถึงการดำเนินคดีอาญาในคดีเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า) โดยในสนธิสัญญาประเภทนี้ได้ระบุถึงเรื่องการได้มาซึ่งพยานหลักฐานในคดีอาญา (รวมไปถึงการใช้วิธีการบังคับให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน เช่น การออกหมายค้น) และการให้ข้อมูลอันเป็นความลับ (กรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับ safeguards) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีความร่วมมือในสนธิสัญญา การให้ความช่วยเหลือในกระบวนการทางศาลระหว่างประเทศในคดีอาญาเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดนั้นจะสามารถทำได้เพียงใด ต้องพิจารณาถึงหลักการตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ ด้วย เช่น ในประเทศเยอรมัน การจะให้ความช่วยเหลือดังกล่าวจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องการแข่งขัน และจากหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐด้วย⁷⁸

2.4.3 สนธิสัญญาเพื่อมิตรไมตรี การค้าและการเดินเรือ (Friendship, commerce and navigation treaties: FCN)

สนธิสัญญาเพื่อมิตรไมตรี การค้าและการเดินเรือ (FCN) ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำความตกลงกับหลายประเทศด้วยกันนั้น มีเนื้อความเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือในการดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า ภายใต้สนธิสัญญา FCN 1954 ระหว่างประเทศเยอรมันและประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลของแต่ละฝ่ายตกลงที่จะปรึกษา

⁷⁶ วราภา วรพิชโยทัย, "นโยบายการแข่งขันภายในกรอบขององค์การการค้าโลก : ศึกษากรณี คดีฟูจิ - ไกด์ก," หน้า 115.

⁷⁷ United Nation, Experience gained so far on international cooperation on competition policy issues and the mechanisms used, p. 11.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 8.

อีกฝ่ายในเรื่องเกี่ยวกับผลกระทบที่ได้รับในทางการค้าระหว่างอาณาเขตของคู่สัญญาและเพื่อดำเนินการตามที่เห็นสมควรเพื่อกำจัดผลกระทบที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ไม่จำกัดอยู่ภายในกรอบของกฎหมายภายในของแต่ละฝ่าย อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกามีการทำความตกลงประเภทนี้กับประเทศอื่นหลายประเทศและในทางปฏิบัตินั้นความร่วมมือตามสนธิสัญญาประเภทนี้ไม่ต้องเป็นไปตามความร่วมมือด้านการป้องกันการผูกขาด⁷⁹

2.4.4 ความตกลงเพื่อความช่วยเหลือกันทางด้านเทคนิค (Technical cooperation agreement)

ความตกลงทวิภาคีมีทั้งที่เน้นเจาะจงเรื่องการให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิคในกฎหมายและนโยบายการแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะ (เช่น ความตกลงระหว่างหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันของประเทศแอฟริกาใต้และประเทศซิมบับเวย์) และที่นำเรื่องการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวไปรวมไว้กับความช่วยเหลือในรูปแบบของกฎเกณฑ์อื่นๆ ทางเศรษฐกิจ เช่น ความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านเทคนิค 1992 ระหว่าง French Direction-Generale de la Consommation et de la Repression des Fraudes (DGCCRF) และ the Direction-Generale de la Consommation (DGCN) of Gabon ทั้งสององค์กรนี้ตกลงกันเรื่องความร่วมมือในนโยบายแข่งขัน การคุ้มครองผู้บริโภค การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม คุณภาพและความปลอดภัยของสินค้า และการควบคุมราคา ในการนำความตกลงดังกล่าวไปปฏิบัติ DGCN ได้ส่งคนไปศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ DGCCRF เป็นคอร์สระยะยาวและระยะสั้น โดยช่วงแรกเริ่มจากการควบคุมราคาและผลกระทบ นอกจากความตกลงนี้แล้วประเทศฝรั่งเศสและประเทศรัสเซียก็ได้มีการทำความตกลงในลักษณะคล้ายคลึงกันนี้ด้วย⁸⁰

2.4.5 ความตกลงเสรีทางการค้า, พันธมิตรทางเศรษฐกิจ, customs union หรือ common market (Free trade, economic partnership, customs union or common market agreements) *

ความตกลงประเภทนี้โดยมากจะทำในรูปแบบความตกลงการค้าของภูมิภาค (regional trade agreements: RTAs) เพื่อความสะดวก ความแตกต่างระหว่าง RTAs กับ

⁷⁹ Ibid., p. 8-9.

⁸⁰ Ibid., p. 9.

* ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก รฐ., หน้า 267.

ความตกลงเพื่อความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายที่อ้างถึงข้างต้น คือ ความตกลงเพื่อความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายมักกล่าวถึงกฎหมายในส่วนที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติด้วย เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกัน แทนที่จะกล่าวถึงเพียงกฎหมายสบัญญัติที่เกี่ยวกับความร่วมมือเท่านั้น กฎหมายสารบัญญัตินี้กล่าวถึงในแต่ละ RTAs มีขอบเขตที่กว้างมากแตกต่างกัน ทั้งในด้านขอบเขต ความหนักแน่น และการลงรายละเอียด RTAs บางฉบับกล่าวถึงพันธกรณีทั่วไปที่ต้องดำเนินการกำจัดพฤติกรรมจำกัดทางการค้า บางฉบับกล่าวถึงมาตรฐานและกฎเกณฑ์ที่เฉพาะเจาะจง และบางฉบับกล่าวถึงพันธกรณีที่มีต่อเรื่องการควบคุมพฤติกรรมจำกัดทางการค้า ทั้งหมด RTAs ยังอาจกล่าวถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการให้ความช่วยเหลือของรัฐ หรือ การเลือกปฏิบัติ หรือการดำเนินการอื่นๆ โดยรัฐวิสาหกิจ หรือโดยวิสาหกิจที่มีสิทธิพิเศษหรือมีเอกสิทธิ์

สนธิสัญญาประเภทนั้นนอกจากจะมีการทำเป็นแบบทวิภาคีแล้วยังมีเป็นแบบภูมิภาค และภูมิภาคย่อยด้วย เนื้อหาในความตกลงประกอบไปด้วยหลายเรื่อง เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement) ซึ่งมีทั้งลักษณะที่บัญญัติเรื่องนโยบายการแข่งขันเป็นบทหนึ่งต่างหาก หรือนำเรื่องนโยบายการแข่งขันแทรกอยู่ในบางส่วนของบทอื่นเท่านั้น โดยความตกลงด้านการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็ทำในรูปแบบนี้

2.4.6 สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral instruments)*

Multilateral instrument อย่างเดียวที่ใช้ได้อย่างเป็นสากลคือ Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (The Set) ที่ตกลงกันภายใต้ UNCTAD ข้อเสนอแนะของ ICN (the International Competition Network)** เกี่ยวกับการสังเกตพฤติกรรมการควบรวมกิจการ และ

* ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก ข., หน้า 273.

** International Competition Network หรือ ICN จัดตั้งขึ้นตามคำแนะนำของ International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) โดยเริ่มตั้งแต่ปี 1997 ICN ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาและคำแนะนำหน่วยงานกำกับดูแลด้านการแข่งขันทางการค้า (competition authorities) ของประเทศต่างๆ เพื่อให้หลักการนโยบายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกเป็นไปในทิศทางเดียวกัน และใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ (The International Competition Network. About The ICN [Online]. 2009. Available from: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/about-icn> [2009, March])

การทบทวนกระบวนการพิจารณา ซึ่งกล่าวถึงความร่วมมือกันระหว่างหน่วยงาน (interagency coordination) ในการทบทวนเรื่องการควบคุมกิจการ ซึ่ง The Set ก็ถูกประเทศสมาชิกของ ICN ทั่วไปใช้ (รวมเป็นจำนวนมากกว่า 90 หน่วยงาน ในกว่า 80 ประเทศ) และได้รับการส่งเสริมให้ใช้ในประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก ICN ด้วย OECD ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์จำนวนมากซึ่งครอบคลุมเรื่องกฎหมายและนโยบายแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นการตกลงกันในกลุ่มประเทศสมาชิกเท่านั้น แต่การทบทวนข้อแนะนำ (recommendations) เกี่ยวกับการจัดการกับ hardcore cartels และการควบคุมกิจการอย่างมีประสิทธิภาพได้จัดทำขึ้นเพื่อให้ประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก OECD ได้ร่วมกันใช้ด้วย (หลายประเทศได้แสดงความจำนงในการรับเอาข้อแนะนำเกี่ยวกับ hardcore cartels ไปใช้แล้ว) นอกจากนี้แนวทางสำหรับบริษัทระหว่างประเทศ (Guidelines for Multinational Enterprises) ก็ถูกรับเอาไปใช้ไม่เพียงแต่ประเทศสมาชิกของ OECD เท่านั้นแต่ยังมีประเทศแถบละตินอเมริกาบางประเทศ และสาธารณรัฐสโลวาเกียรับเอาไปใช้ด้วย The Set และเอกสารของ OECD ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์จำนวนมากที่นำไปใช้ในความตกลงความร่วมมือการบังคับใช้กฎหมายทวิภาคี (bilateral enforcement cooperation agreements) ความตกลงการค้าเสรี ความตกลง customs union หรือความตกลงกลุ่มตลาดร่วม (common market) แต่ก็มี การเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์บางอย่าง หรือตัดออก หรือเพิ่มเติมหลักเกณฑ์อย่างอื่นด้วย โดยเฉพาะกรณีการนำ The Set ไปใช้ ในการนำ The Set และ เอกสารของ OECD ไปใช้นั้นแต่ละประเทศก็จะคำนึงผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ และผลกระทบในด้านการพัฒนาด้วย ลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์ของทั้ง The Set และเอกสาร OECD ปี 1978 และปี 2000 คือ ไม่เพียงแต่วางหลักเกณฑ์สำหรับรัฐบาลเท่านั้น แต่ยังวางหลักเกณฑ์สำหรับพฤติกรรมของบริษัทเอกชนซึ่งประกอบธุรกิจลักษณะข้ามชาติด้วย นอกจากนี้ยังวางหลักเกณฑ์ของกฎหมายและนโยบายแข่งขันทางการค้า เพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ ดำรงไว้ และบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังช่วยแนะนำหลักเกณฑ์ตามธรรมชาติทั่วไปสำหรับการแข่งขันทางการค้าแก่ประเทศสมาชิกด้วย The Set ยังช่วยให้มีนโยบายแห่งชาติที่จะทำให้แต่ละหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมพฤติกรรมจำกัดทางการค้าสามารถทำงานสอดคล้องไปกับหลักการของ The Set และยังทำการเพิ่มเติมรายละเอียดในส่วนของกฎหมายแม่แบบ (model law) หรือกฎหมายแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้เพื่อช่วยให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถวางรูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมได้ เอกสารของ OECD ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว แม้ว่าเอกสารของ OECD ปี 1998 (1998 OECD recommendation) จะแนะนำให้แต่ละประเทศมีกฎหมายที่สอดคล้องกันในการห้ามทำ hardcore cartels ก็ตาม The Set จะกล่าวถึงการควบคุมพฤติกรรมจำกัดทางการค้าเท่านั้น แต่เอกสารของ OECD ปี 1986 ได้กล่าวถึงความสอดคล้องกันของนโยบายการแข่งขันทางการค้ากับวิธีการทางการค้า (trade measures) ด้วย กล่าวคือเมื่อผู้ออกนโยบายพิจารณาถึงวิถีทางการค้าใน

อนาคตหรือทบทวนวิถีทางการค้าในปัจจุบันควรพิจารณาถึงผลกระทบของมันด้วย รวมทั้งผลต่อโครงสร้างและกลไกการตลาดที่เกี่ยวข้อง โดย OECD ได้เสนอรายการที่ต้องตรวจสอบอันเป็นผลกระทบโดยตรงจากวิธีการทางการค้า ซึ่งรายการดังกล่าวรวมถึงผลกระทบด้านการแข่งขันทางการค้าด้วย⁸¹

เมื่อก้าวถึงความตกลงพหุภาคีก็ต้องพิจารณาถึงองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)* ด้วย โดย WTO มีวัตถุประสงค์หลายประการรวมทั้งส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม (fair competition) WTO ได้พยายามวางกรอบความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการแข่งขัน (Multilateral Competition Framework: MCF) แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ อย่างไรก็ตาม WTO ก็ยังคงพยายามวางหลักนโยบายแข่งขันสำหรับประเทศสมาชิกทั้งหลาย และสหภาพยุโรปก็ยังผลักดันให้ WTO วางหลักเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำเพื่อให้ประเทศสมาชิกรับไปปฏิบัติอีกด้วย ประเทศสหรัฐฯ ก็มีความกระตือรือร้นในการปราบปรามพฤติกรรมจำกัดทางการค้าอย่างมาก ซึ่งทั้งสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐฯ ต่างก็มีเหตุผลเบื้องหลังการสนับสนุนให้ทุกประเทศร่วมมือในการปราบปรามพฤติกรรมจำกัดทางการค้า นั่นก็คือความต้องการในการเข้าสู่ตลาด (market access) นั่นเอง⁸²

จากที่อธิบายประเภทของความตกลงทางการค้า 6 ประเภท ดังที่กล่าวมานั้น ความตกลง 4 ประเภทแรกเป็นความตกลงระหว่าง 2 ประเทศ สำหรับประเภทที่ 5 มีทั้งแบบที่เป็นความตกลงระหว่างสองประเทศและความตกลงระหว่างหลายประเทศในภูมิภาคเดียวกัน และประเภทที่ 6 ความตกลงระหว่างสองประเทศ มีข้อดีคือ รัฐอาจจะกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมต่อสถานการณ์ระหว่างประเทศคู่ภาคีทั้งสองได้ง่ายกว่า การต่อรองผลประโยชน์ย่อมเป็นไปได้ง่ายมากกว่า และความตกลงทวิภาคีเปิดโอกาสให้รัฐอาจเลือกรัฐภาคีที่ตนไว้นับถือได้อย่างแท้จริง

⁸¹ Ibid., p. 15-17.

* องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) เป็นองค์การระหว่างประเทศ ที่มีพัฒนาการมาจากการทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าหรือ แกดต์ (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) เมื่อปี พ.ศ. 2490 ซึ่ง GATT ก็ได้วางกฎเกณฑ์ในการลงทุนและนโยบายแข่งขันเข้าไปในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าด้วย

⁸² Alan Wm. Wolff, "America's Ability to Achieve Its Commercial Objectives and The Operation of the WTO." *Law and Policy in International Business* (Spring 2000): p.1021.

ความตกลงเพื่อความร่วมมือแบบ 2 ฝ่ายรุ่นแรกเกิดขึ้นเนื่องจาก ปัญหาจากการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดมีที่มาจากกรณีที่เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาและศาลใช้อำนาจออกมานอกดินแดนของตน นำไปสู่การทำความตกลงทวิภาคีกับหลายประเทศ เช่น ความตกลงที่ลงนามระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับเยอรมัน (1976) ประเทศสหรัฐอเมริกากับออสเตรเลีย (1982) และระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับแคนาดา (1984 และแก้ไขในปี 1995) ปัจจุบันมีการทำความตกลงเพื่อความร่วมมือในการควบคุมพฤติกรรมจำกัดทางการค้าในรูปแบบสนธิสัญญาทวิภาคีเป็นจำนวนมาก โดยมักเป็นกฎเกณฑ์หรือกฎหมายอย่างอ่อน (soft laws) ซึ่งโดยหลักจะมีข้อกำหนดว่าด้วยการให้ความสนับสนุนหรือส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งทางด้านหน่วยงาน เจ้าหน้าที่รัฐ, ทีมที่ปรึกษาหรือด้านเศรษฐกิจและกฎหมาย, การสอบสวนข้อเท็จจริง, การแลกเปลี่ยนข้อมูล, มาตรการการแจ้งให้ภาคีอีกฝ่ายทราบถึงผลกระทบจากการกระทำของบริษัทที่เกิดขึ้นต่อคู่ภาคีอีกฝ่าย, จาริตประเพณีว่าด้วยหลักมิตรไมตรีระหว่างประเทศ เป็นต้น เช่น the EU and the United States (1991), the United States and Canada (1995), the United States and Australia (1997), the European Union and the United States (1998 รับหลักการ positive comity), the United State and Israel (1999), the United States and Japan (1999), the United States and Brazil (1999), the United States and Mexico (2000)

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำความตกลงระหว่างประเทศสองฝ่ายเป็นจำนวนมาก โดยถือเป็นมาตรการหลักของสหรัฐอเมริกาเพื่อลดความขัดแย้งและเป็นตัวช่วยส่งเสริมหรือทำให้เกิดการยอมรับหลักมาตรฐานสากลของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาพยายามที่จะเป็นผู้ริเริ่มหรือเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อเป็นประโยชน์หรือเอื้อต่อกฎหมายของสหรัฐอเมริกาต่อไปในอนาคตได้ง่ายขึ้น⁸³

เหตุผลที่สหรัฐอเมริกาดำเนินมาตรการความตกลงระหว่างประเทศสองฝ่ายเป็นมาตรการหลัก และถือเป็นมาตรการที่ประสบความสำเร็จมากกว่ามาตรการอื่นๆ เป็นเพราะประการแรก การทำความตกลงระหว่างสองประเทศสามารถตกลงกันได้ง่ายกว่าที่หลายประเทศจะตกลงร่วมกัน ประการที่สอง ความตกลงระหว่างสองประเทศสามารถมุ่งประเด็นให้เกิดข้อสรุปที่

⁸³ สิริพร เบญจพรจุลมาศ, "การใช้เขตอำนาจรัฐนอกดินแดน (Long Arm Jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ : กรณีศึกษาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา," หน้า 142.

ตรงกับความสนใจของทั้งสองประเทศภาคีได้ดีกว่า สมประโยชน์มากกว่า และประการสุดท้าย จากความตกลงระหว่างประเทศสองฝ่ายนี้ จะเป็นตัวช่วยส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือพหุภาคีในอนาคตได้ง่ายขึ้น⁸⁴ สำหรับแนวทางในการทำความตกลงเพื่อความร่วมมือด้านการแข่งขันทางการค้าของไทยก็เป็นไปในทิศทางเดียวกันคือ ทำในรูปแบบความตกลงทวิภาคี

อย่างไรก็ตามความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่น่าสนใจ และได้รับความนิยม มี 3 ประเภท ได้แก่

- (1) ความตกลงเพื่อความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition law enforcement cooperation agreements)
- (2) ความตกลงเสรีทางการค้า, พันธมิตรทางเศรษฐกิจ, customs union หรือ common market (Free trade, economic partnership, customs union or common market agreements) และ
- (3) สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral instruments)

เห็นได้ว่ารูปแบบความตกลงทางการค้าที่กล่าวมามีทั้งแบบที่เป็นทวิภาคีและพหุภาคี แต่ที่ประเทศต่างๆ นิยมทำกันมากกว่าคือ ความตกลงแบบทวิภาคี และสำหรับการทำความตกลงระหว่างประเทศด้านการแข่งขันทางการค้าของไทยนั้น ก็มักทำแบบทวิภาคีเช่นกัน โดยทำในรูปแบบความตกลงเสรีทางการค้า, พันธมิตรทางเศรษฐกิจ ซึ่งบทบัญญัติเรื่องนโยบายแข่งขัน (Competition Policy) จะถูกบัญญัติไว้เป็นบท (Chapter) หนึ่ง ในข้อตกลง เช่น ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA), ความตกลงการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายบทบัญญัติในความตกลงดังกล่าวอย่างละเอียดในบทที่ 4

⁸⁴ Mitsuo Matsushita, "International Cooperation in the Enforcement of Competition Policy," Symposium APEC Competition Policy and Economic Development, *Washington University Global Studies Law Review* (Winter/Summer 2002), p. 3.