

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการรายย่อยภายใต้พระราชบัญญัติ  
การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2563  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

Problems on Employment Agreement between Business Operators under Trade  
Competition Act B.E. 2560



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
FACULTY OF LAW  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2020  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงาน ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขัน ทางการค้า พ.ศ. 2560
โดย	นายพงศ์ศิริ นิเทศัญญกิจ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ รัตนกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(อาจารย์สรวิศ ลิ้มปรั่งซี่)

พงศ์ศิริ นิเทศธัญญกิจ : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. ( Problems on Employment Agreement between Business Operators under Trade Competition Act B.E. 2560) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์

ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ เป็นพฤติกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อลูกจ้างผู้ประกอบการและจำกัดการแข่งขันทางการค้า จึงเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า มาตรา 54 ยังมีความไม่ชัดเจนที่สามารถนำไปปรับใช้กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดนิยามของคำว่า บริการ ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน และมาตรา 54 ได้กำหนดประเภทของการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดเพียงบางลักษณะเท่านั้น ประกอบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีแนวปฏิบัติและหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่มีแนวทางและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาพฤติกรรมดังกล่าว

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวปฏิบัติ คำวินิจฉัยและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และแก้ไขเพิ่มเติมแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ผู้ประกอบการ ผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้เกี่ยวข้อง ทราบว่าข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการลักษณะใดเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6186037234 : MAJOR LAWS

KEYWORD: EMPLOYMENT AGREEMENT BETWEEN BUSINESS OPERATORS

Pongsiri Nithetthanyakit : Problems on Employment Agreement between Business Operators under Trade Competition Act B.E. 2560. Advisor: Asst. Prof. WIROTE WATINPONGPUN, Ph.D.

Employment agreement between business operators may impact on employees, business operators and restrict competition. It is deemed as a joint agreement between business operators under Section 54 of Trade Competition Act B.E. 2560

However, the study found that Section 54 is still unclear whether it can apply to employment agreement between business operators because Trade Competition Act B.E. 2560 Section 5 defines the definition of service, excluding labor employment. Moreover, Section 54 defines the type of action that monopolizes, reduces or restricts competition in the market only in certain aspects. In addition, Thailand's trade competition law does not have guidelines and rules for regulating employment agreement between business operators, which are different from foreign competition laws that have clear guidelines and criteria for considering such behaviors.

Therefore, this thesis aims to study the provisions of foreign competition laws, guidelines, rulings and judgments, namely the United States of America, the European Union, Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and Republic of Korea. The results of that study can lead to improve Trade Competition Act B.E. 2560 and amend the guidelines of the Trade Competition Commission for business operators, law enforcers and others knowing that the employment agreement between business operators, according to the competition law of Thailand, is unlawful or not.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2020

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้เนื่องจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยเสียสละเวลา ให้คำแนะนำและคอยช่วยเหลือ แม้ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อ COVID-19 อาจทำให้ต้องติดต่อกันผ่านช่องทางออนไลน์ แต่ท่านอาจารย์ได้ติดตามความก้าวหน้า ช่วยแก้ไขปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น และให้กำลังใจจนกระทั่งผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดี ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ที่กรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และอาจารย์ สรวิศ ลิ้มปริงซี่ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยเสียสละเวลาและมอบคำแนะนำให้ผู้เขียนเห็นมุมมองใหม่ ๆ ทำให้ผู้เขียนสามารถนำไปปรับใช้กับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณคุณสมศักดิ์ นิเทศธัญญกิจและคุณสุภา ติระศิริพงษ์ ผู้เป็นบิดามารดาของผู้เขียน ที่อบรมเลี้ยงดู ให้โอกาสในการศึกษา และคอยสนับสนุนจนผู้เขียนประสบความสำเร็จ รวมถึงคุณสกันต์ นิเทศธัญญกิจ พี่สาวที่เป็นกำลังใจมาโดยตลอด

นอกจากนี้ ขอขอบคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทุกท่านที่ได้มอบความรู้ด้านกฎหมาย และแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณเพื่อน ๆ ร่วมรุ่นทุกคนในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต หมวดวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ผู้บังคับบัญชาทุกระดับตลอดจนเพื่อนร่วมงานกองสอบสวน และกองกฎหมายธุรกิจ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ที่คอยให้กำลังใจและความช่วยเหลือตลอดระยะเวลาการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมไปถึงทุก ๆ ท่านที่มีส่วนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าทางวิชาการกับวงการกฎหมายของประเทศไทยและผู้ที่ได้ศึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบคุณความดีและประโยชน์แก่บิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องนั้นไว้เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ ที่นี้

พงศ์ศิริ นิเทศธัญญกิจ

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฅ
สารบัญรูปภาพ.....	ณ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
1.6 วิธีการวิจัย .....	4
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง .....	5
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	8
2.1 วิวัฒนาการของข้อตกลงการจ้างแรงงาน.....	9
2.1.1 วิวัฒนาการในต่างประเทศ.....	9
2.1.1.1 ยุคสังคมนุภาพกาล .....	9
2.1.1.2 ยุคสังคมนุทาส.....	10
2.1.1.3 ยุคสังคมนุคตินา .....	10
2.1.1.4 ยุคสังคมนุสมัยใหม่ .....	13



2.1.2	วิวัฒนาการในประเทศไทย.....	16
2.1.2.1	ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	16
2.1.2.2	ยุคตั้งแต่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จนถึงช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง .....	17
2.1.2.3	ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองถึงช่วงมีพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499....	18
2.1.2.4	ยุคหลังยกเลิกพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 จนถึงช่วงมีการใช้ประกาศ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 .....	19
2.1.2.5	ยุคตั้งแต่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 จนถึงปัจจุบัน.....	19
2.1.3	วิวัฒนาการของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับนายจ้าง .....	21
2.2	ตลาดแรงงาน .....	23
2.2.1	ความหมายของตลาดแรงงาน .....	24
2.2.2	ประเภทของตลาดแรงงาน.....	25
2.2.3	หน้าที่ของตลาดแรงงาน.....	26
2.2.4	ความสัมพันธ์และความแตกต่างระหว่างตลาดสินค้าและบริการกับตลาดแรงงาน .....	27
2.2.5	ความสัมพันธ์ระหว่างตลาดแรงงานกับการแข่งขัน .....	31
2.2.6	การผูกขาดในตลาดแรงงาน .....	33
2.3	แนวคิดพื้นฐานของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน.....	38
2.3.1	ความหมายของการตกลงร่วมกัน .....	39
2.3.2	รูปแบบของการตกลงร่วมกัน .....	40
2.3.2.1	การตกลงร่วมกันในแนวนราบ (horizontal agreement).....	40
2.3.2.2	การตกลงร่วมกันในแนวตั้ง (vertical agreement) .....	41
2.3.3	ลักษณะของการตกลงร่วมกัน .....	41
2.3.3.1	การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel).....	41

2.3.3.2 การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างไม่ร้ายแรง(Non-Hardcore Cartel).....	42
2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	43
2.3.4.1 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวนราบ (Horizontal).....	43
2.3.4.2 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวตั้ง (Vertical).....	44
2.3.5 ประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	46
2.3.5.1 ข้อตกลงการจ้างแรงงานในแนวนราบ (horizontal agreement).....	46
2.3.5.2 ข้อตกลงการจ้างแรงงานในแนวตั้ง (vertical agreement).....	47
2.3.6 ข้อยกเว้นการกระทำความผิด.....	47
2.3.7 ขอบเขตตลาด.....	48
2.3.8 ผลกระทบของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	50
2.3.8.1 ผลกระทบต่อลูกค้า.....	51
2.3.8.2 ผลกระทบต่อผู้บริโภค.....	51
2.3.8.3 ผลกระทบต่อผู้ประกอบการ.....	52
2.3.8.4 ผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม.....	53
2.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศไทย.....	53
2.4.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	53
2.4.2 กฎหมายแรงงาน.....	57
2.4.2.1 การจ้างแรงงานและจ้างทำของ.....	57
2.4.2.2 แรงงานนอกระบบ.....	59
2.4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.....	63
2.4.4 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ของประเทศไทย.....	65
2.4.4.1 แนวความคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย.....	65

2.4.4.2	มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกับข้อตกลงการ จ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	68
2.5	ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการจ้างแรงงาน .....	87
2.5.1	บทบาทของการจ้างแรงงานกับการแข่งขัน .....	88
2.5.2	ทฤษฎีการจ้างแรงงานภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า .....	88
2.5.2.1	ทฤษฎีค่านิยมของการแข่งขัน.....	88
2.5.2.2	ทฤษฎีสวัสดิภาพผู้บริโภค.....	89
2.5.2.3	ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ .....	91
2.6	ปัญหาของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า .....	94
2.6.1	นิยามของคำว่า “บริการ” .....	94
2.6.2	ประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	94
2.6.3	การปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า .....	95
บทที่ 3	กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงาน ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	96
3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา .....	100
3.1.1	แนวคิดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา .....	100
3.1.2	หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำความผิด.....	101
3.1.2.1	หลักเหตุและผล (the rule of reason).....	102
3.1.2.2	หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal).....	104
3.1.2.3	หลักการพิจารณาอย่างรวดเร็ว (quick look rule).....	107
3.1.2.4	ข้อยกเว้นการใช้หลักเหตุและผล (the rule of reason).....	107
3.1.3	แนวคิดของตลาดแรงงานกับการป้องกันการผูกขาด .....	109
3.1.4	ขอบเขตตลาด.....	113

3.1.5 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	115
3.1.5.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาด	115
3.1.5.2 แนวปฏิบัติการป้องกันการผูกขาดสำหรับผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคล (Antitrust Guidance for Human Resource Professionals)	120
3.1.6 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	122
3.1.6.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน	123
3.1.6.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน	137
3.1.6.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน	157
3.1.6.4 ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด	164
3.2 สหภาพยุโรป	168
3.2.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป	168
3.2.2 หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำความผิด	171
3.2.2.1 หลัก by object	172
3.2.2.2 หลัก by effect	172
3.2.2.3 ข้อยกเว้นหลัก by object และ by effect	173
3.2.3 แนวคิดของตลาดแรงงานกับการแข่งขันทางการค้า	176
3.2.4 ขอบเขตตลาด	177
3.2.5 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	178
3.2.5.1 สนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)	179
3.2.5.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรา 101 แห่งสนธิสัญญากำหนดอำนาจ หน้าที่ของสหภาพยุโรปกรณีการตกลงร่วมกันในแนวราบ	184
3.2.6 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	186

3.2.6.1	ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน .....	187
3.2.6.2	ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	199
3.2.6.3	ข้อตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน .....	207
3.2.6.4	ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด.....	210
3.3	เขตบริหารพิเศษฮ่องกง.....	211
3.3.1	แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตบริหารพิเศษฮ่องกง.....	212
3.3.2	หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำความผิด.....	213
3.3.2.1	หลัก by object.....	213
3.3.2.2	หลัก by effect.....	214
3.3.2.3	ข้อยกเว้นการใช้หลัก by object และ by effect .....	215
3.3.3	แนวคิดของตลาดแรงงานกับการแข่งขันทางการค้า .....	216
3.3.4	กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	216
3.3.4.1	พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (The Competition Ordinance) .....	216
3.3.4.2	ประกาศ Competition Commission Advisory Bulletin .....	223
3.3.5	ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	225
3.3.5.1	ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน .....	226
3.3.5.2	ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	231
3.3.5.3	ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	233
3.3.5.4	ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด.....	234
3.4	สาธารณรัฐเกาหลี .....	240
3.4.1	แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี .....	240
3.4.2	ขอบเขตตลาด.....	242

3.4.3 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	243
3.4.3.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม (The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 : MRFTA)	243
3.4.3.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review)	244
3.4.4 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	245
3.4.4.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน	245
3.4.4.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน	249
3.4.4.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน	250
3.4.4.4 ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด	257
3.5 สรุป	260
บทที่ 4 วิเคราะห์การนำข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมาบังคับใช้ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า	261
4.1 ปัญหานิยามของคำว่า “บริการ”	261
4.1.1 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ	262
4.1.2 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย	266
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ	269
4.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	270
4.2.2 สหภาพยุโรป	271
4.2.3 เขตบริหารพิเศษฮ่องกง	272
4.2.4 สาธารณรัฐเกาหลี	272
4.3 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า	273

4.3.1 การปรับใช้มาตรา 54 กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	273
4.3.2 การปรับใช้มาตรา 57 กับข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างงาน .....	277
4.3.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาความผิด .....	280
4.3.3.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน .....	280
4.3.3.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	285
4.3.3.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	289
4.3.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	293
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	296
5.1 บทสรุป .....	296
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	300
5.2.1 การปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 .....	300
5.2.2 การปรับปรุงประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า .....	302
5.2.2.1 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 .....	302
5.2.2.2 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น พ.ศ. 2561 .....	304
5.2.3 การจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า .....	304
5.2.3.1 ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	305
5.2.3.2 ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าไม่เป็นธรรม .....	307
บรรณานุกรม .....	310
ประวัติผู้เขียน .....	322



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**



## สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 ความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ .....	58
ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบระหว่างผู้รับจ้าง ผู้ประกอบอาชีพอิสระและผู้ว่าจ้างตนเอง.....	61
ตารางที่ 3 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามแนวปฏิบัติ Antitrust Guidance for Human Resource Professionals .....	122
ตารางที่ 4 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามแนวปฏิบัติ Competition Commission Advisory Bulletin.....	225
ตารางที่ 5 สรุปเปรียบเทียบข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	268
ตารางที่ 6 สรุปเปรียบเทียบประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ .....	273
ตารางที่ 7 สรุปเปรียบเทียบการปรับใช้ข้อตกลงแต่ละประเภทกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.....	279
ตารางที่ 8 สรุปเปรียบเทียบข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผลกระทบต่อการแข่งขัน .....	292
ตารางที่ 9 สรุปเปรียบเทียบข้อยกเว้นการกระทำความผิด.....	294

## สารบัญรูปร่าง

	หน้า
รูปที่ 1 ความสัมพันธ์ระหว่างตลาดสินค้าและบริการกับตลาดแรงงาน.....	31
รูปที่ 2 จุดดุลยภาพของตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์ .....	32
รูปที่ 3 รูปแบบการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	41
รูปที่ 4 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวนอน (Horizontal).....	44
รูปที่ 5 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการธุรกิจในแนวตั้ง (Vertical) .....	45
รูปที่ 6 พฤติกรรมการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 54 และ 55 .....	78
รูปที่ 7 การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 54 .....	81
รูปที่ 8 การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 55 .....	84
รูปที่ 9 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ.....	87
รูปที่ 10 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน .....	97
รูปที่ 11 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	98
รูปที่ 12 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน .....	99

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ในทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ หนึ่งในสี่ปัจจัยการผลิตที่สำคัญของการประกอบธุรกิจคือ แรงงาน ซึ่งผู้ประกอบการในฐานะนายจ้างมักทำข้อตกลงหรือสัญญาจ้างแรงงานโดยฝ่ายนายจ้างจะจ้างลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์เข้ามาทำงานกับตน และหวังว่าลูกจ้างจะทำประโยชน์ให้กับธุรกิจ ส่วนฝ่ายลูกจ้างก็หวังว่าจะได้รับผลตอบแทนหรือเงินเดือนที่คุ้มค่าและอยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีความสุข นอกจากนี้ ผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้างบางรายอาจทำข้อตกลงกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานเพื่อจำกัดขอบเขตการจ้างงานอันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการทั้งสองฝ่าย ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการดังกล่าวเป็นสภาพที่ปัจเจกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) โดยจะเลือกเข้าทำสัญญากับใครหรือไม่ก็ได้ จะตกลงกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือหากต้องการบอกเลิกสัญญาก็สามารถทำได้ภายใต้ข้อสัญญาและเงื่อนไขที่ตกลงกัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติลูกจ้างของผู้ประกอบการแต่ละรายจะไม่ทราบถึงข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้างของตนว่า ได้ตกลงกำหนดเงื่อนไขหรือทำสัญญากันอย่างไรบ้าง และมีความเสี่ยงต่อลูกจ้างอย่างไร ทำให้ลูกจ้างได้รับผลกระทบโดยที่ไม่สามารถแก้ไขหรือป้องกันได้ เนื่องจากข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวมักเป็นความลับระหว่างผู้ประกอบการ ประกอบกับลูกจ้างไม่ได้เป็นคู่สัญญาและไม่มีนิติสัมพันธ์ในข้อตกลงที่ผู้ประกอบการกระทำร่วมกัน ลูกจ้างจึงไม่อยู่ในฐานะที่สามารถเจรจาตกลงในสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการได้

ในตลาดสินค้าและบริการมักมีการจ้างแรงงานซึ่งเป็นปัจจัยในการผลิต (input) ผู้ประกอบการธุรกิจมักจ้างแรงงานที่มีความรู้ความสามารถ แต่แรงงานที่มีความรู้ความสามารถในลักษณะงานเฉพาะมีอยู่อย่างจำกัด ผู้ประกอบการที่แข่งขันกันในตลาดจึงต้องหาทางให้แรงงานผู้นั้นมาทำงานกับตนเพื่อให้ธุรกิจของตนมีกำไรมากที่สุด นอกจากเสนอเงินเดือน ค่าตอบแทน หรือสวัสดิการที่ดีแล้ว ผู้ประกอบการยังมีข้อตกลงหรือกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเพื่อผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้น เช่น การกำหนดเงื่อนไขร่วมกันห้ามจ้างลูกจ้างของตน หรือข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อกำหนดอัตราค่าจ้างให้เป็นอัตราเดียวกันหรือเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เป็นต้น ข้อตกลงร่วมกันหรือกำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดโดยถือว่าเป็นหนึ่งในลักษณะของการจำกัดการแข่งขันโดยกีดกันมิให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถจ้างลูกจ้างได้ ภายใต้ข้อตกลงในสัญญา อีกทั้งเป็นการจำกัดโอกาสในการทำงานของลูกจ้าง และกรณีที่ข้อตกลงดังกล่าวถูกนำไปใช้กับลูกจ้างที่ได้รับค่าแรงต่ำ จะส่งผลให้ลูกจ้างค่าแรงต่ำนั้นไม่มีโอกาสที่จะได้รับ

การขึ้นเงินเดือนที่สูงกว่าเดิมหรือสูงกว่าที่ควรจะเป็น และโดยปกติแล้วข้อตกลงและการกำหนดเงื่อนไขระหว่างผู้ประกอบการมักเพิ่มอำนาจผู้ประกอบการ และลดค่าใช้จ่ายด้านแรงงานอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาด

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ให้นิยามของ คำว่า “บริการ” หมายความว่า “การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น **แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน**” ทำให้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ (employment agreement between business operators) ที่ผู้ประกอบการร่วมกับผู้ประกอบการอื่นที่แข่งขันในตลาดกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดยังมีความไม่ชัดเจนว่าจะสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้หรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานแต่ก็ไม่ครอบคลุมเพียงพอสำหรับการนำไปปรับใช้กับข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าว อีกทั้ง กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่ชัดเจน เป็นเหตุให้ไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 ได้กำหนดลักษณะการกระทำอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดเพียงบางลักษณะเท่านั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงพฤติกรรมที่ตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลและการกำหนดเงื่อนไขร่วมกันของผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

แม้ว่า มาตรา 17 (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กระทรวงพาณิชย์ ในการกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม แต่ปัจจุบันประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 อันเป็นกฎหมายลำดับรอง มีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนถึงข้อตกลงร่วมกันที่ผู้เขียนได้เสนอ ส่งผลให้ยังมีปัญหาอยู่ว่าการกระทำดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี ต่างมีบทบัญญัติว่าด้วยพฤติกรรมการแข่งขันที่มีเนื้อหาชัดเจนและสามารถนำมาปรับใช้กับข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลและการกำหนดเงื่อนไขร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ตลอดจนมีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวของผู้ประกอบการอีกด้วย ทำให้ปัญหาดังกล่าวไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ดังนั้น มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงไม่ชัดเจนและไม่ครอบคลุมข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจและไม่สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจได้

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงต้องการศึกษาแนวคิด หลักเกณฑ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและนำไปเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศที่ครอบคลุมการจ้างแรงงานและพฤติกรรมเกี่ยวกับข้อตกลงและเงื่อนไขการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว เพื่อนำมาพัฒนาบทบัญญัติแห่งมาตรา 54 ให้สอดคล้องกับกฎหมายในประเทศสากลและสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อนำเสนอรายละเอียด และผลกระทบของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยอาศัยวิวัฒนาการของการคุ้มครองแรงงานและบทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้แก่ วิวัฒนาการ เจตนารมณ์ องค์กรประกอบ การทำความผิดของมาตรา 54 แนวความคิดเกี่ยวกับการจ้างแรงงานกับการแข่งขันทางการค้า ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงปัญหาการบังคับใช้มาตรา 54

2. เพื่อให้ทราบถึงรายละเอียดของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี โดยศึกษา วิวัฒนาการ เจตนารมณ์ วัตถุประสงค์และองค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้และพัฒนาการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจภายใต้มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้ชัดเจนมากขึ้น

## 1.3 ขอบเขตของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ มุ่งศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ปัญหา ผลกระทบ และรายละเอียดของข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 มาตรา 54 ซึ่งในขณะนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ครอบคลุมข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ จึงศึกษาเปรียบเทียบกับข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขต

บริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อนำมาปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมต่อไป

#### 1.4 สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้นิยามคำว่า “บริการ” โดยไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงระหว่างนายจ้างเกี่ยวกับค่าจ้าง ข้อมูลที่อ่อนไหว การแย่งตัวลูกจ้างและเงื่อนไขเกี่ยวกับการจ้างก็ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแต่ยังไม่ชัดเจนว่าสามารถนำมาปรับใช้กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ จึงควรศึกษากรณีต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

#### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้เข้าใจวิวัฒนาการ รายละเอียด และผลกระทบของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศไทยโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตาม มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้แก่ เจตนารมณ์ องค์ประกอบการกระทำความผิดของมาตรา 54 แนวคิดเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ รวมถึงปัญหาการบังคับใช้มาตรา 54

2. ได้ทราบถึงรายละเอียดของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี ตลอดจนทราบถึงเจตนารมณ์ วัตถุประสงค์และองค์ประกอบความรับผิดของบทบัญญัติ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการกระทำความผิด และสามารถนำไปปรับใช้และพัฒนาการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจภายใต้มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้ชัดเจนมากขึ้น

3. สามารถวิเคราะห์ปัญหาข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกรณีการจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเทียบเคียงกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

4. ได้คำตอบของปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกรณีการจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

#### 1.6 วิธีการวิจัย

ศึกษาด้วยวิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาข้อมูลจากหนังสือ ตำรา วารสาร บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัย และสื่อสิ่งพิมพ์อื่น ๆ รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมาย ประกาศ คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยและแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

## 1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

### ทบทวนวรรณกรรมต่างประเทศ

ในการค้นคว้าวิจัยครั้งนี้ มุ่งศึกษาถึงการกำหนดความชัดเจนของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นบทความ ตำรา และแนวปฏิบัติได้มีการเขียนอธิบายแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง การบังคับใช้กับการกระทำดังกล่าวไว้มากมาย โดยมีวรรณกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. แนวปฏิบัติ Antitrust Guidance for Human Resource Professionals จัดทำโดยคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐ และฝ่ายป้องกันการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>1</sup> มีเนื้อหากล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

แนวปฏิบัติฉบับนี้จัดทำขึ้นเพื่อเตือนให้ผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคลระมัดระวังในการทำสัญญาจ้างลูกจ้าง ซึ่งมีกฎหมายป้องกันการผูกขาดควบคุมอยู่ในตลาดของการแข่งขันทางการค้านั้น นายจ้างที่ประกอบธุรกิจเดียวกันหรือคล้ายกันอาจมีส่วนทำให้ลูกจ้างในธุรกิจแข่งขัน ได้รับเงินเดือนและสวัสดิการเพิ่มมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ในมุมมองของการแข่งขันทางการค้า บริษัทที่แข่งขันกันจ้างลูกจ้างหรือเก็บตัวลูกจ้างเอาไว้ ถือว่าเป็นคู่แข่งทางการค้าในตลาดแรงงานโดยไม่ต้องพิจารณาว่าบริษัทคู่แข่งดังกล่าวผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือให้บริการแบบเดียวกัน

การกระทำที่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายป้องกันการผูกขาด (antitrust law) จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำข้อตกลงกันไว้ว่าจะไม่แข่งขันกัน (ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม) กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากผู้ประกอบการธุรกิจ (นายจ้าง) บริษัทหนึ่งตกลงกับนายจ้างอีกบริษัทหนึ่งจำกัดอัตราเงินเดือนและค่าตอบแทนของลูกจ้างหรือตกลงกันปฏิเสธว่าจ้างลูกจ้างคนดังกล่าว ถือว่ากระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ทั้งนี้ ไม่ว่านายจ้างจะตกลงกันด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร หากเป็นการจำกัดเรื่องการจ้างงานหรือการกำหนดค่าตอบแทนแล้ว ถือว่าผิดกฎหมาย นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นความรับผิดในตัวเอง (per se illegal) ซึ่งมีโทษทางอาญาด้วย

<sup>1</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals," (October, 2016).

จากคู่มือดังกล่าว ผู้เขียนได้ทราบถึงการกระทำที่ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกรณีที่นายจ้าง 2 ฝ่ายขึ้นไปตกลงกันจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงาน และสามารถนำมาเปรียบเทียบกับพฤติกรรมทางการค้าในประเทศไทยและประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องได้

2. ประกาศ เรื่อง การแข่งขันทางการค้าเกี่ยวกับพฤติกรรมในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องกับการว่าจ้าง ข้อกำหนดและเงื่อนไขการจ้างแรงงาน (Competition Commission Advisory Bulletin: Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to hiring and terms and conditions of employment)<sup>2</sup> โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฮ่องกง มีเนื้อหากล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฮ่องกง ได้ออกคู่มือระเบียบการกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎ The First Conduct Rule ถือว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า มีดังนี้

(1) ข้อตกลงกำหนดอัตราค่าจ้างระหว่างผู้ประกอบการ (wage fixing) อัตราค่าจ้างหมายรวมถึงค่าตอบแทน เงินเดือน หรือสวัสดิการ เช่น ผลประโยชน์ด้านการประกันชีวิต เป็นต้น

(2) ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของตน (no poaching agreement) กล่าวคือ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่จะไม่แย่งลูกจ้างของกันและกัน หรือจะไม่จ้างลูกจ้างคนเดียวกัน

(3) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information) กล่าวคือ การแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้ประกอบการเกี่ยวกับค่าตอบแทนของลูกจ้าง ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม

บทความนี้ ทำให้ผู้เขียนทราบถึงประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการอันฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของฮ่องกง ผู้เขียนจึงได้ข้อมูลที่ครอบคลุมกรณีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อวิทยานิพนธ์ และนำไปเป็นแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ได้ต่อไป

3. แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 101 แห่งสนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) กรณีการตกลงร่วมกันในแนวราบ<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advisory Bulletin: Competition Concerns Regarding Certain Practices in the Employment Marketplace in Relation to Hiring and Terms and Conditions of Employment,"(9 April 2018).

<sup>3</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," *Official Journal of the European Union*, 11(January 2011).



แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้อธิบายถึงที่มา วัตถุประสงค์ ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 101 ใน TFEU และหลักการที่เกี่ยวข้องของมาตรา 101 ในแต่ละอนุมาตรา โดยยกตัวอย่างเป็นกรณีศึกษาเพื่อให้ผู้เขียนเข้าใจมากขึ้น

### บททวนวรรณกรรมในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่มีวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจดังนี้

1. ผกาวิรี ผาติเวทย์. “ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555 ได้ศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การแบ่งกลุ่มพฤติกรรมที่ร้ายแรงที่ห้ามกระทำเด็ดขาดและพฤติกรรมที่ยกเว้นให้กระทำได้ในกรณีการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน โดยศึกษาวิธีการของต่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะนำแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ ข้อดีข้อเสียของการตกลงร่วมกันดังกล่าวมาใช้วิเคราะห์ต่อไป

2. วัจนธนิศร์ ศรีวิชัย. “แนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย: ศึกษากรณีการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรองและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพเกษตรกร” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560 ได้ศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์โดยทำการศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการในต่างประเทศ ได้แก่ สนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย (Competition and Consumer Act 2010) กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา (Antitrust Law) กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่น (Antimonopoly Act) ซึ่งผู้เขียนจะนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าตามสนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาของงานวิจัยนี้มาวิเคราะห์ในเชิงลึกเพื่อเป็นแนวทางให้แก่ประเทศไทย

3. ศักดา ธนิตกุล. หนังสือ “กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย” มิถุนายน 2562. ได้อธิบายเจาะลึกในแนวคิด หลักเกณฑ์ องค์ประกอบของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศดังกล่าวในฐานะที่เป็นกลุ่มประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้เขียนจะนำมาศึกษาและปรับใช้กับการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ต่อไป

## บทที่ 2

### แนวคิดเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ

ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมหรือระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาดมีแนวคิดพื้นฐานที่ว่า เมื่อความต้องการของมนุษย์มีไม่จำกัด (unlimited wants) ขณะที่ทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัด (limited resource)<sup>4</sup> ตลาดจะเป็นเครื่องมือที่ทำให้เกิดดุลยภาพและจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาแทรกแซงตลาด แต่ควรให้หน่วยเศรษฐกิจมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการบริหารจัดการทรัพยากรของหน่วยเศรษฐกิจ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของ Adam Smith ที่อธิบายถึงมือที่มองไม่เห็น (invisible hand) จะทำให้มีการนำทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดไปผลิตและตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด<sup>5</sup>

ในโลกแห่งความเป็นจริง ปรากฏว่าในประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดการผูกขาดโดยบริษัทรายใหญ่ในสินค้าสำคัญหลายรายการ เช่น น้ำมัน บุหรี่ น้ำตาล เป็นต้น ทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบการขนาดเล็กได้รับผลกระทบ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว<sup>6</sup> ด้วยเหตุนี้เอง เมื่อตลาดเกิดการผูกขาด รัฐจึงมีความจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงกลไกตลาดโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่ผูกขาดตลาดสินค้าหรือบริการ เพื่อให้ตลาดกลับมาเป็นตลาดที่สามารถแข่งขันได้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ตลาดมีความซับซ้อนมากขึ้นโดยมีได้มีเพียงแต่ตลาดสินค้าหรือบริการอย่างเดียวแต่ยังมีตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องในระบบเศรษฐกิจด้วย ซึ่งในเรื่องของนายจ้างกับตลาดแรงงานและการจำกัดการแข่งขันทางการค้าไม่ใช่เรื่องใหม่ สังเกตได้จาก Adam Smith ได้เคยกล่าวไว้ในหนังสือ The Wealth of Nations<sup>7</sup> ว่า “นายจ้างในทุกๆ ที่มักจะไม่เพิ่มค่าจ้างให้ลูกจ้างเกินกว่าอัตราที่เกิดขึ้นจริง”<sup>8</sup> หากแต่ในปัจจุบันพฤติกรรมของการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการมักกระทำผ่านข้อตกลงร่วมกันในหลายรูปแบบ ซึ่งหลายปีที่ผ่านมากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามักกล่าวถึงกรณีการจำกัดการแข่งขันในสินค้าและบริการ แต่เมื่อเทคโนโลยีพัฒนา ทำให้การกระทำ

<sup>4</sup> ธนาคารแห่งประเทศไทย, "เศรษฐศาสตร์เล่มเดียวอยู่" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: [https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/Doc\\_Publication/Book\\_Economic2555.pdf](https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/Doc_Publication/Book_Economic2555.pdf)

<sup>5</sup> ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า. 37.

<sup>6</sup> ibid. หน้า 38.

<sup>7</sup> Alan B. Krueger and Eric A. Posner, "A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion," (February 2018). page 6.

<sup>8</sup> Adam Smith said in The Wealth of Nation "[Employers] are always and everywhere in the sort of tacit, but constant and uniform combination, not to raise the wages of labour above their actual rate."

ความผิดมีความซับซ้อนมากขึ้น จึงเกิดข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้าง ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกกล่าวถึงกันในหลายประเทศทั่วโลก ดังนั้น การศึกษาวิจัยภายใต้หัวข้อนี้จะต้องศึกษารากฐาน แนวคิด และวิวัฒนาการของการจ้างแรงงานเสียก่อนว่ามีที่มาที่ไปอย่างไร และเกี่ยวข้องกับ การแข่งขันทางการค้าอย่างไร เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องครบถ้วน

## 2.1 วิวัฒนาการของข้อตกลงการจ้างแรงงาน

จากที่กล่าวไปแล้วว่า แรงงาน (labor) เป็นปัจจัยการผลิตสินค้าและบริการในทางทรัพยากรมนุษย์ โดยจะต้องอาศัยแรงงานทั้งด้านกำลังกายและกำลังความคิด ความรู้ ความสามารถ ซึ่ง การศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะต้องทราบความเป็นมาและวิวัฒนาการของแรงงานและการคุ้มครอง แรงงาน ตลอดจนพัฒนาการของกฎหมายแรงงานทั้งในด้านข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้าง กับลูกจ้างและโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับนายจ้างซึ่งไม่เพียงแต่ในประเทศไทย เท่านั้น แต่จะต้องศึกษาวิวัฒนาการของต่างประเทศเพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ และปรับใช้กับ บริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยต่อไป

### 2.1.1 วิวัฒนาการในต่างประเทศ

ความสัมพันธ์ของมนุษย์ที่เกิดขึ้นเริ่มมาจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว และนำไปสู่ชุมชนหรือชนเผ่า เมื่อมีหลายๆ ชุมชนหรือหลายชนเผ่าที่มีความแตกต่างกันด้านวัฒนธรรม จึงเกิดการต่อสู้กัน ฝ่ายที่ชนะก็จะนำคนของฝ่ายที่แพ้ไปใช้แรงงานหรือนำไปเป็นทาส ต่อมา มีนักปราชญ์หรือผู้รู้ได้เสนอการปลดปล่อยทาส จึงเกิดเป็นไพร่ หลังจากนั้นก็จะมีการพัฒนาทางด้าน อุตสาหกรรม มีการผลิตสินค้าและบริการมาแลกเปลี่ยนซื้อขายซึ่งกันและกัน เกิดสัญญาจมนักกฎหมาย มารองรับ ซึ่งกฎหมายแรงงานเริ่มจากประเทศอังกฤษขยายไปสู่ประเทศอื่นๆ โดยมีมุ่งหมายให้ความ คุ้มครองลูกจ้าง จัดให้มีสิทธิหน้าที่และสวัสดิการต่างๆ<sup>9</sup> โดยวิวัฒนาการของการจ้างแรงงานสามารถ แบ่งออกเป็น 4 ยุค ได้แก่

#### 2.1.1.1 ยุคสังคมนุภาพกาล

มนุษย์ถือเป็นผู้สร้างสังคมซึ่งสังคมมนุษย์ในยุคแรกนั้น มีลักษณะเป็นสังคมใน ระบบเครือญาติโดยอาศัยความสัมพันธ์ในครอบครัวช่วยเหลือซึ่งกันและกันในสถานะที่เท่าเทียมกัน แล้วค่อยๆ ขยายความช่วยเหลือไปยังครอบครัวอื่นภายในชุมชนจนมีวิวัฒนาการสู่การมีผู้นำชุมชนที่ ถูกคัดเลือกมาจากความอาวุโสหรือการเป็นที่ยอมรับนับถือ สำหรับแรงงานของมนุษย์ในยุคนี้มี ลักษณะที่อาศัยธรรมชาติเป็นส่วนใหญ่ เช่น การประกอบอาชีพเกษตรกรรม เมื่อเกิดภัยแล้ง เกษตรกร

<sup>9</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า. 28-29.

ก็จะบนบานศาลกล่าวต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ตามธรรมชาติเพื่อให้มีฝนตกลงมาใช้ในการเพาะปลูกพืชต่างๆ ให้ได้ผลดี เป็นต้น<sup>10</sup>

### 2.1.1.2 ยุคสังคมทาส

สังคมทาสเริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยกรีก โดยเกิดจากความขัดแย้งหรือต้องการขยายอาณาเขตของชุมชนตนเอง ความขัดแย้งเกิดจากการที่มนุษย์ที่อยู่รวมกันเป็นชุมชนมีขนบธรรมเนียมประเพณีหรือวัฒนธรรมแตกต่างกัน เมื่อแต่ละชุมชนหรือสังคมมีความขัดแย้งไม่ลงรอยกันก็จะเกิดการสู้รบหรือสงคราม ฝ่ายใดชนะก็จะกลายเป็นฝ่ายผู้มีอิทธิพลหรือมีอำนาจครอบงำอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายแพ้ และกวาดต้อนฝ่ายที่แพ้ไปใช้แรงงาน ทำให้เกิดแรงงานทาสและสังคมทาส โดยฝ่ายชนะจะกลายเป็นนายทาสส่วนอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นทาส ซึ่งนายทาสมีอำนาจเหนือหรือครอบงำทาสทั้งในด้านการใช้ชีวิต ความเป็นอยู่และการใช้แรงงานด้วย สถานะของทาสในยุคนี้เป็นเพียงทรัพย์สินของนายทาส ซึ่งนายทาสมีอำนาจบังคับบัญชาให้ทำงานและมีอิทธิพลครอบงำการดำเนินชีวิตส่วนตัวของทาสด้วย<sup>11</sup>

ต่อมาในสมัยโรมัน มนุษย์เริ่มมีความคิดที่พัฒนาขึ้นโดยเห็นว่า ควรลดจำนวนคนที่จะมาขายเป็นทาสให้กับนายทาสและเริ่มมีแนวคิดที่ให้ความคุ้มครองทาสโดยการควบคุมการใช้แรงงานทาส แต่สถานะของทาสยังคงเป็นทรัพย์สินของนายทาสอยู่ และนายทาสสามารถลงโทษทาสด้วยการเขียนตีอย่างรุนแรงหรือฆ่าทาสได้ ต่อมาในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) เริ่มมีแนวความคิดให้คุ้มครองทาสจนกระทั่งสามารถออกกฎหมายจำกัดอำนาจของนายทาสโดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่นายทาสฆ่าทาสโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร นอกจากนี้ หากนายทาสโหดร้ายทารุณจนทาสไม่อาจทนอยู่กับนายทาสต่อไปได้ กฎหมายยังบังคับให้นายทาสที่มีพฤติกรรมดังกล่าวต้องขายทาสให้กับบุคคลอื่นด้วย<sup>12</sup>

### 2.1.1.3 ยุคสังคมศักดินา

สังคมยุคศักดินาเริ่มขึ้นในประเทศอังกฤษ เป็นสังคมที่เจ้านายเป็นเจ้าของที่ดินและปล่อยเช่าแก่ไพร่ โดยไพร่มีหน้าที่ส่งส่วยและถูกเกณฑ์ไปใช้แรงงานให้กับเจ้าของที่ดินโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน ในยุคนี้มีการขยายจากอาชีพเกษตรกรรมเป็นพาณิชย์กรรม ค้าขาย การช่าง และอุตสาหกรรม เกิดอาชีพต่างๆ หลากหลายอาชีพ ได้แก่ เกษตรกร พ่อค้า ช่างฝีมือ และเริ่มมีการ

<sup>10</sup> ibid. หน้า 29.

<sup>11</sup> ibid. หน้า 29-30.

<sup>12</sup> ibid.

รวมตัวกันเป็นสมาคมพ่อค้า (guild merchant) แต่เมื่อพ่อค้าเอารัตเอาเปรียบช่างฝีมือโดยการกดราคาสินค้าที่ช่างฝีมือเป็นผู้ผลิตและเอากำไรมากเกินสมควร ช่างฝีมือจึงรวมตัวกันเป็นสมาคมช่างฝีมือ (craft guilds) และขายสินค้าที่ผลิตเองโดยไม่ผ่านพ่อค้าคนกลาง ส่งผลให้สมาคมพ่อค้าอยู่ต่อไปไม่ได้จนต้องเลิกดำเนินการ เมื่อเกิดสมาคมช่างฝีมือแล้ว ก็มีการเปิดรับสมัครสมาชิกและผู้สนใจเข้ารับการอบรม โดยมีการควบคุมผู้เข้ารับการอบรมต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต และห้ามมิให้ผู้สำเร็จการอบรมกระทำการในทางแข่งขันกับช่างฝีมือผู้ฝึกอบรม ซึ่งสมาคมการช่างของประเทศอังกฤษได้รับการยอมรับเป็นอย่างมาก และในปี ค.ศ. 1652 ได้มีการออกพระราชบัญญัติการช่างและการฝึกงาน ค.ศ.1652 โดยมีเหตุผลในการออกกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบกิจการค้าขายจะต้องผ่านการฝึกอบรมหรือฝึกหัดงานก่อนเพื่อต้องการให้สินค้าที่ผลิตออกมามีคุณภาพดีสามารถแข่งขันทางการค้าในระดับระหว่างประเทศได้<sup>13</sup>

ต่อมาในศตวรรษที่ 18 ได้เกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้นในประเทศอังกฤษ มีการนำเครื่องจักรเข้ามาใช้แทนแรงงานคนเป็นจำนวนมากทำให้มีความต้องการลูกจ้างน้อยลงจนต้องลดจำนวนลูกจ้าง โดยลูกจ้างมีเฉพาะเพื่อควบคุมเครื่องจักรเท่านั้น จึงเกิดภาวะการว่างงานมากขึ้น และมีการจ้างเด็กเข้ามาทำงานแทนแรงงานผู้ใหญ่ เพราะสามารถจ่ายค่าจ้างน้อยลงได้และเด็กมักเชื่อฟังไม่มีปากเสียงโต้เถียงกับนายจ้าง นอกจากนี้ สภาพการใช้แรงงานในโรงงานนั้นเป็นสภาพที่เลวร้าย เนื่องจากนายจ้างให้เด็กทำงานในสภาพแวดล้อมที่ไม่ถูกสุขลักษณะอนามัย ในขณะที่กระบวนการผลิตสินค้าก้าวหน้าไปโดยมีการใช้เครื่องจักรมากขึ้น แต่กฎหมายยังไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับการใช้แรงงานเด็กในโรงงาน เด็กจึงขาดการพัฒนาทางด้านความรู้ความชำนาญในการทำงานเพราะทำงานควบคุมเครื่องจักรเพียงอย่างเดียว และในปี ค.ศ. 1793 จากสภาพแวดล้อมในโรงงานที่สกปรกไม่ถูกสุขอนามัย ก็ทำให้เกิดโรคระบาดอย่างหนักในโรงงานต่างๆ ของประเทศอังกฤษ เด็กที่ถูกใช้แรงงานเสียชีวิตเป็นจำนวนมากจนทำให้ผู้พิพากษาแห่งเมืองแมนเชสเตอร์ทนดูไม่ได้ จึงออกมามีบทบาทเรียกร้องให้มีการควบคุมเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมในโรงงาน ทำให้มีการออกคำสั่งให้ดำเนินการตรวจตราดูแลป้องกันมิให้เด็กต้องทำงานในสภาพของโรงงานที่เลวร้ายและยังมีการออกกฎหมายห้ามมิให้วัดส่งเด็กที่วัดเลี้ยงดูไปทำงานในโรงงานช่วงเวลากลางวัน นอกจากนั้น นักปราชญ์ชาวอังกฤษชื่อ โรเบิร์ต โอเวน (Robert Owen) ยังได้พยายามช่วยแก้ไขสถานการณ์เลวร้ายในโรงงานของอังกฤษ โดยเสนอความเห็นให้พยายามให้ความรู้แก่นายจ้างในการปรับปรุงสภาพการทำงานในโรงงานให้ดีขึ้น เนื่องจากเขาเชื่อว่านายจ้างหรือนายทุนอุตสาหกรรมได้กดขี่แรงงานโดยไม่รู้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เขาจึงพยายามผลักดันให้มีการชี้แจงให้ข้อมูล

<sup>13</sup> ibid. หน้า 31.

แก่นายจ้างเพื่อให้ปฏิบัติอย่างถูกต้องโดยเฉพาะในเรื่องค่าจ้าง สวัสดิการ และการศึกษาถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญ<sup>14</sup>

นอกจากนี้ บุคคลสำคัญอีกคนหนึ่งได้แก่ คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) เป็นนักปรัชญาการเมืองที่มีแนวคิดที่รู้เท่าทันการฉกฉวยผลประโยชน์และอำนาจของชนชั้นปกครองเข้าข้างชนชั้นล่างหรือชนชั้นที่ถูกปกครองหรือถูกกดขี่ ได้เสนอทฤษฎีความขัดแย้งระหว่างชนชั้นกรรมกรกับนายทุนว่า นายทุนมีเป้าหมายเพื่อการสะสมทุนเพื่อนำไปลงทุนเพื่อแสวงหาผลกำไรสูงสุดในขณะที่คนงานเป็นเพียงปัจจัยการผลิตอย่างหนึ่งเท่านั้น การที่นายทุนจะมีกำไรได้ก็เพราะการขูดรีดแรงงานจากคนงานนั่นเอง<sup>15</sup> โดย คาร์ล มาร์กซ์ ได้สร้างกระแสสำนึกในสิทธิและผลประโยชน์ของตนและตระหนักว่าความวุ่นวายและความขัดแย้งที่บังเกิดจากการกดขี่ขูดรีดเอาเปรียบทางชนชั้นปกครองที่เป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต ความขัดแย้งไม่ได้เกิดขึ้นโดยความบังเอิญ แต่เป็นผลพวงมาจากระบบชนชั้นทุนนิยมและโครงสร้างทางเศรษฐกิจของผู้มีอำนาจ มาร์กซ์ได้แบ่งสังคมมนุษย์ออกเป็น 3 ยุค คือ 1) ยุคทาส เกิดการต่อสู้ทางชนชั้นในสังคมระหว่างทาสกับนายทาส 2) ยุคศักดินา เกิดการล้มล้างระบบศักดินาหรือมูลนายเจ้าของที่ดิน จากนั้นเป็นระบบทุนนิยมได้เกิดขึ้น และ 3) ยุคนายทุน นายทุนเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต ผู้ใช้แรงงานเป็นอิสระก็จริง แต่การดำรงชีวิตขึ้นอยู่กับนายทุน เพราะต้องขายแรงงานแก่นายทุน เปิดโอกาสให้นายทุนกดขี่ขูดรีด การมีอยู่ของชนชั้นปกครองทางสังคมนั้นก่อให้เกิดโทษมีผลในทางลบ เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ชนชั้นแรงงานหรือชนชั้นต่ำจะถูกกดขี่รอนสิทธิผลประโยชน์และถูกบีบบังคับ โดยไม่รู้ตัวด้วยวิธีการต่างๆ ดังนั้น จะต้องมีการจัดระเบียบระบบการเมืองการปกครองกันใหม่ การเสนอแนวทางออกของการแก้ปัญหาความขัดแย้งทางสังคม ไม่อาจทำได้ตราบเท่าที่ยังมีชนชั้นปกครองอยู่ นอกเสียจากการล่มสลายทางชนชั้นปกครองทั้งหลายเสียก่อน นั้นนำไปสู่แนวคิดปฏิวัติเด็ดขาด สร้างรูปแบบการปกครองหรือรัฐในอุดมคติในรูปแบบใหม่ ไปสู่สังคมที่คนทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน<sup>16</sup>

กล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับสภาพการใช้แรงงานในสมัยปฏิวัติอุตสาหกรรม ได้ดังนี้

<sup>14</sup> ibid.

<sup>15</sup> พิระพงษ์ สุพรวิภาต, "พัฒนาการและบทบาทของสหภาพแรงงานในภาคตะวันออก: การวิเคราะห์เชิงวัฒนธรรม," วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 8, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2559). หน้า 214.

<sup>16</sup> พระมหาดวงเด่น ฐิตญาโณ (ตุนิน) และ วีระชาติ นิมมอนงค์, "สันติภาพบนพื้นฐานความยุติธรรม : วิเคราะห์แนวคิดปรัชญาการเมืองของคาร์ล มาร์กซ์," วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์ 1, 3 (2556). หน้า 31-32.

1. มีการจัดตั้งสมาคมพ่อค้าและช่างฝีมือ (Guild) ซึ่งเป็นชนชั้นกลางที่มีบทบาทสำคัญในการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมและการขยายการค้า กลุ่มชนชั้นกลางนี้มีฐานะดี และมีบทบาทสำคัญทางการเมืองและเศรษฐกิจของยุโรปในปลายสมัยกลาง
2. มีการนำเครื่องจักรใช้ในการผลิตแทนแรงงานคน จึงทำให้เกิดภาวะการว่างงานเป็นจำนวนมาก
3. มีการแข่งขันกันระหว่างผู้ผลิตหรือเจ้าของสถานประกอบการ ทำให้เกิดความพยายามในการลดต้นทุนการผลิต โดยกดค่าจ้าง นำเด็กมาใช้แรงงานแทนผู้ใหญ่เพื่อจ่ายค่าจ้างน้อยลง
4. มีอิทธิพลของลัทธิเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ทำให้ทุกคนมีเสรีภาพในการประกอบกิจการโดยรัฐบาลไม่เข้าแทรกแซง เนื่องจากอาจทำให้เป็นอุปสรรคต่อการทำการค้าของเอกชน นายทุนส่วนใหญ่เป็นพวกขุนนางซึ่งมีส่วนในการพิจารณาออกกฎหมายด้วย จึงพยายามขัดขวางมิให้การออกกฎหมายมาขัดต่อผลประโยชน์ของตน

#### 2.1.1.4 ยุคสังคมนิยมใหม่

ประมาณต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 แนวความคิดของโรเบิร์ต โอเวน (Robert Owen) และ คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) มีอิทธิพลต่อการใช้แรงงานในสังคมนิยมใหม่ ทำให้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานในลักษณะที่เป็นธรรม ซึ่งกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถคุ้มครองคนงานในอังกฤษได้ โดยเฉพาะคนงานที่เป็นเด็ก รัฐบาลอังกฤษในขณะนั้นจึงออกกฎหมายว่าด้วยสุขภาพและจิตใจของผู้ฝึกงาน ค.ศ. 1802 (The Health and Moral of Apprentices Act 1802) เพื่อกำหนดชั่วโมงการทำงานในอัตราสูงสุดเพราะผู้ฝึกงานในสมัยก่อนถูกใช้แรงงานอย่างหนัก และกำหนดค่าจ้างไว้ อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ยังไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน เป็นเพียงการวางแนวทางการใช้แรงงานของผู้ฝึกงานเท่านั้น<sup>17</sup> ต่อมามีการออกกฎหมายแรงงานมาคุ้มครองลูกจ้างหรือคนงานทั่วไป คือ พระราชบัญญัติโรงงาน ค.ศ. 1819 (The Factory Act 1819) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับแรกของอังกฤษ เนื่องจากเป็นกฎหมายฉบับแรกที่กำหนดให้รัฐคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นผู้เสียเปรียบกว่านายจ้างในทางเศรษฐกิจ มีการกำหนดชั่วโมงการทำงานไม่เกิน 12 ชั่วโมงต่อวัน ค่าจ้างแรงงานขั้นต่ำและวางเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้แรงงานเด็กในรายละเอียดอีกด้วย ทั้งนี้ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของผู้สัญญาไม่อาจทำให้เกิดการจ้างแรงงานโดยปราศจากการควบคุมจากรัฐ รัฐจึงมี

<sup>17</sup> นิคม จันทรวินิจ, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า.17.

บทบาทในการออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้าง อันเป็นการลดความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจในการเข้าทำสัญญาระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง<sup>18</sup>

นอกจากนี้ หลายประเทศในโลกไม่เฉพาะแต่ประเทศอังกฤษเท่านั้นที่มีความตื่นตัวของรัฐในการออกกฎหมายมาเพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้าง เช่น ประเทศฝรั่งเศสมีการประกาศใช้กฎหมายโรงงาน ค.ศ. 1874 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็มีการออกกฎหมายคุ้มครองการใช้แรงงานเด็ก ค.ศ. 1830 และกฎหมายโรงงาน ค.ศ. 1878 เช่นเดียวกับกับประเทศรัสเซีย ประเทศเบลเยียม ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฟินแลนด์และประเทศสวีเดน ได้มีการประกาศใช้กฎหมายโรงงานในลำดับต่อมาเช่นกัน<sup>19</sup>

ในช่วงทศวรรษเดียวกันประเทศในทวีปยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายรองรับสิทธิของลูกจ้างในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน (Labor Union) สิทธิในการต่อรองกับนายจ้างและนัดหยุดงานอีกด้วย ซึ่งการก่อตั้งสหภาพแรงงานได้รับอิทธิพลจากคาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) ที่เชื่อว่าชนชั้นแรงงานจำเป็นต้องมีการรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงานเพื่อต่อรองในเรื่องของผลประโยชน์มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากชนชั้นนายทุน<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญและกฎหมายสิทธิมนุษยชนในหลายๆ ประเทศให้การรับรองเสรีภาพในการสมาคมไว้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชน (Human Rights) อย่างหนึ่ง เช่นในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (the US constitution) หรืออนุสัญญาแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ในมิติทางด้านแรงงาน เสรีภาพในการสมาคม หมายถึงสิทธิของลูกจ้างและนายจ้างที่จะรวมตัวกันก่อตั้งหรือเข้าร่วมองค์การ (right to organize) ที่ส่งเสริมหรือคุ้มครองผลประโยชน์จากการทำงานของคนเหล่านี้โดยปราศจากการแทรกแซงระหว่างกันหรือการแทรกแซงจากภาครัฐ แต่รัฐควรรับรองสิทธินี้แก่ทุกคนโดยไม่แยกเพศ สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติและความเชื่อทางการเมือง นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงสิทธิในการดำเนินกิจกรรมขององค์การโดยอิสระเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของตน เช่น สิทธิในการเจรจาต่อรองร่วม (right to collectively bargain) สิทธิในการนัดหยุดงาน (right to strike) เป็นต้น<sup>21</sup>

<sup>18</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า. หน้า 32.

<sup>19</sup> นิคม จันทรวาท, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, หน้า.

<sup>20</sup> ประสาน มุสิกศิริ, สิทธิในการรวมตัวของลูกจ้าง : ศึกษาเปรียบเทียบอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 87 และ 98 กับกฎหมายไทย (สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม: วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม, 2562), หน้า. 11.

<sup>21</sup> *ibid.* หน้า 10.



สำหรับในประเทศแถบเอเชีย เริ่มจากประเทศที่อยู่ภายใต้การปกครองของประเทศในยุโรปซึ่งได้รับอิทธิพลจากงานอุตสาหกรรม ก็มีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวเช่นเดียวกัน เช่น ประเทศอินเดีย ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย และประเทศศรีลังกา ได้ประกาศใช้กฎหมายโรงงานในปี ค.ศ. 1891 ค.ศ. 1908 ค.ศ. 1912 และ ค.ศ. 1923 ตามลำดับ<sup>22</sup>

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 (ค.ศ. 1914-1918) มีการประชุมเพื่อจัดทำสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Versailles) โดยที่ประชุมมีมติว่าคนงานต้องได้รับความยุติธรรมและดูแลอย่างเพียงพอ เพื่อความสงบสุขของสังคม จึงวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้แรงงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าจ้างที่เพียงพอต่อการดำรงชีวิตของลูกจ้าง คุ้มครองการใช้แรงงานเด็กและสตรี<sup>23</sup> กำหนดเวลาทำงานวันละ 8 ชั่วโมงหรืออาทิตย์ละ 48 ชั่วโมง<sup>24</sup> จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1919 หรือ พ.ศ. 2462 เกิดการรวมกลุ่มของประเทศต่างๆ ร่วมกันก่อตั้งเป็นองค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization - ILO) เพื่อร่วมกันดูแลการใช้แรงงานในประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้เป็นไปตามมาตรฐานโดยมิให้ผู้ใช้งานต้องถูกเอารัดเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งประเทศไทยก็ได้เข้าเป็นสมาชิกประเภทเริ่มก่อตั้งด้วย โดยมาตรฐานแรงงานที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศออกมาใช้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศนั้นมี 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็นอนุสัญญาต่างๆ (Conventions) และลักษณะที่เป็นข้อเสนอแนะต่างๆ (Recommendations)<sup>25</sup> โดยสาระสำคัญที่ถือว่าเป็นรากฐานของอนุสัญญาและข้อเสนอแนะดังกล่าว ได้แก่ บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน อาทิ สิทธิของผู้ใช้แรงงานและนายจ้างในการก่อตั้งองค์การของตนเองโดยไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐ สิทธิร่างกฎระเบียบเพื่อปกครองตนเองโดยรัฐไม่เข้าไปแทรกแซง สิทธิในการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการว่าจ้างและประกอบอาชีพ และสิทธิที่จะได้รับอัตราค่าจ้างที่เท่ากันไม่ว่าเพศใด เพื่อตอบแทนการทำงานที่มีลักษณะเหมือนกัน เป็นต้น<sup>26</sup>

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองลูกจ้างในเรื่องการเจ็บป่วย ชราภาพ การหยุดงาน เช่น ในประเทศอังกฤษภายใต้รัฐบาลพรรคแรงงาน ได้ประกาศใช้กฎหมายสวัสดิการสังคม ค.ศ. 1945 เพื่อคุ้มครองราษฎรทุกคนโดยเฉพาะผู้ใช้แรงงานในด้านหลักประกันตั้งแต่เกิดจนตาย เช่นเดียวกับประเทศในทวีปเอเชีย เมื่อประเทศต่างๆ ได้รับเอกราช

<sup>22</sup> นิคม จันทรวิฑูร, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, หน้า.18.

<sup>23</sup> กัลยณัฐ พรหมนอก, "การคุ้มครองการทำงานบุคลากรมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า. 11.

<sup>24</sup> หลวงประเจิดอักษรลักษณ์, กฎหมายอุตสาหกรรมและกฎหมายกรรมกร, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493), หน้า.29.

<sup>25</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า. 33.

<sup>26</sup> นิคม จันทรวิฑูร, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, หน้า. 21.

จากประเทศตะวันตก ความเคลื่อนไหวและตื่นตัวเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานก็มีอย่างกว้างขวาง มีการออกกฎหมายคุ้มครองแรงงานสตรีรวมถึงกฎหมายประกันสังคม<sup>27</sup>

จะเห็นได้ว่า การมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานใช้บังคับในประเทศต่างๆ นั้น มักจะเริ่มต้นจากการให้ความคุ้มครองเด็กและสตรีก่อน ซึ่งเป็นแรงงานที่มีสภาพร่างกายอ่อนแอโดยธรรมชาติอันพึงได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษกว่าลูกจ้างโดยทั่วไป ต่อมา มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองลูกจ้างทั่วไปทั้งด้านระยะเวลาในการทำงาน จำนวนค่าจ้างที่ได้รับ และให้สิทธิลูกจ้างในการก่อตั้งสหภาพแรงงานเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตนและการนัดหยุดงาน ตลอดจนคุ้มครองสวัสดิภาพ การเจ็บป่วย ชราภาพ ทูพพลภาพจนถึงตาย และการว่างงาน การคุ้มครองแรงงานที่กล่าวมานี้ เป็นลักษณะที่รัฐออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่มีสถานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่านายจ้าง และมักถูกกดขี่ข่มเหงจากนายจ้างโดยมิได้มุ่งเน้นให้ความคุ้มครองนายจ้างแต่อย่างใด

## 2.1.2 วิวัฒนาการในประเทศไทย

บทบัญญัติแห่งกฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามข้อตกลงหรือสัญญาจ้างแรงงาน เป็นกฎหมายที่มีลักษณะทางแพ่ง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจกฎหมายคุ้มครองแรงงานไทย จึงควรศึกษาเกี่ยวกับวิวัฒนาการของกฎหมายแรงงานเพื่อนำไปเชื่อมโยงและวิเคราะห์กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

วิวัฒนาการของการจ้างแรงงานในประเทศไทย สามารถแบ่งออกเป็น 5 ยุค ได้แก่

### 2.1.2.1 ยุคก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับในประเทศไทยแต่สมัยดั้งเดิมนั้นไม่มีการบัญญัติกฎหมายแรงงานไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวข้องกับการใช้แรงงานออกมาใช้บังคับ เช่น กฎมณเฑียรบาล พ.ศ. 2100 ซึ่งประกาศใช้บังคับในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ราษฎรสามัญชายต้องมีหน้าที่ถูกเกณฑ์แรงงานเข้ามาฝึกหัดและรับใช้งานราชการในสังกัดเจ้าขุนมูลนาย เรียกว่า “ไพร่” ต่อมา มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้แรงงานทาสในปี พ.ศ. 2181 ในสมัยสมเด็จพระเจ้าปราสาททอง และในปี พ.ศ. 2444 เป็นช่วงที่ประเทศไทยมีการติดต่อกับชาวต่างชาติมากขึ้น จึงมีชาวต่างประเทศเข้ามาพักอาศัยในประเทศไทยเป็นจำนวนมากและมีการจ้างคนไทยเข้าไปทำงานเป็นคนรับใช้ในบ้านพักของชาวต่างชาติเหล่านั้นและมีข้อร้องทุกข์จาก

<sup>27</sup> ibid. หน้า 19.

ชาวต่างชาติว่าเกิดการลักทรัพย์ของนายจ้างชาวต่างชาติขึ้น<sup>28</sup> กรมตำรวจจึงได้ออกข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมคนรับใช้ที่ทำงานอยู่ในบ้านของชาวต่างประเทศ พ.ศ. 2444 โดยกำหนดให้มีการจดทะเบียนคนรับใช้ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ข้อบังคับนี้จะเกี่ยวกับการใช้แรงงานโดยตรงแต่วัตถุประสงค์ของการออกข้อบังคับฉบับนี้ คือ การรักษาผลประโยชน์ของนายจ้างชาวต่างชาติและควบคุมมิให้คนไทยที่เข้าไปอยู่ในบ้านชาวต่างชาติมีโอกาสลักทรัพย์ของนายจ้างชาวต่างชาติได้โดยง่าย มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการคุ้มครองดูแลลูกจ้างคนไทยหรือแรงงานไทยแต่อย่างใด<sup>29</sup>

ต่อมาในปี พ.ศ. 2447 ซึ่งตรงกับสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีการออกกฎหมายพระบรมราชโองการประกาศลดค่าตัวทาสในมณฑลบูรพา ร.ศ. 123 (พ.ศ. 2447) อันถือเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อแรงงานไทยฉบับแรก ในพระบรมราชโองการเกี่ยวกับการเลิกทาสหรือลดค่าตัวทาสนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าจ้างขั้นต่ำไว้ด้วย คือ ห้ามมิให้จ่ายค่าจ้างแก่แรงงานทาสที่เป็นไทแล้วต่ำกว่าเดือนละ 4 บาท<sup>30</sup> ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายแรงงานไทยในปัจจุบันที่ได้รับอิทธิพลเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองลูกจ้างเพื่อให้ได้ค่าจ้างที่เหมาะสมเพียงพอต่อการดำรงชีวิต<sup>31</sup>

### 2.1.2.2 ยุคตั้งแต่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จนถึงช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง

ในปี พ.ศ. 2459 ได้มีบทบัญญัติออกมาให้กรมกรลากรต้องจดทะเบียนเพื่อมีใบอนุญาต โดยกำหนดว่า ผู้ขออนุญาตต้องมีร่างกายแข็งแรง มีอายุระหว่าง 18-40 ปี พูดภาษาไทยได้ นับเป็นก้าวแรกของการที่ได้มีกฎหมายกำหนดมาตรฐานการใช้แรงงานและควบคุมอาชีพคนต่างด้าว ในเวลานี้เป็นระยะที่ประเทศไทยมีการจัดตั้งโรงงานอุตสาหกรรม กล่าวคือ มีการตั้งโรงสีไฟสำหรับสีข้าวเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2401 และมีการขยายตั้งโรงสีไฟเป็นจำนวนมาก จนกระทั่งปี พ.ศ. 2467 กิจการโรงสีไฟเป็นกิจการที่ได้รับความนิยมที่สุด และโรงสีบางแห่งใช้คนงานถึง 200 คน ในขณะเดียวกันก็มีการจัดตั้งโรงพิมพ์ดำเนินการทางด้านเหมืองแร่ ป่าไม้ รถไฟ โรงงานยาสูบ โรงปูนซีเมนต์ โรงงานไม้ขีดไฟ โรงงานกลั่นสุรา เป็นต้น ในปี พ.ศ. 2472 ทางรัฐบาลก็ได้กำหนดระเบียบหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการจ้างแรงงานขึ้น โดยรวมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 6 เรื่องการจ้างแรงงาน ถือว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องการจ้างแรงงาน

<sup>28</sup> ibid.36.

<sup>29</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า. 34.

<sup>30</sup> นิคม จันทรวีฑูร, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, หน้า. หน้า 35-36.

<sup>31</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า. 34

โดยตรงฉบับแรกโดยเน้นเรื่องการกำเนิดและสิ้นสุดของการจ้างแรงงานและเน้นเรื่องค่าจ้างเป็นสำคัญ<sup>32</sup>

ในปี พ.ศ. 2475 ได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชเป็นระบอบประชาธิปไตย มีการเปลี่ยนแปลงทางด้านความคิด การเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ และสังคม ซึ่งคณะราษฎรได้ประกาศนโยบายด้านแรงงานอันถือเป็นนโยบายด้านแรงงานฉบับแรกของไทย และเป็นต้นแบบในการจัดทำพระราชบัญญัติสำนักงานจัดหางาน พ.ศ. 2475 และพระราชบัญญัติสำนักงานจัดหางานประจำท้องถิ่น พ.ศ. 2475 โดยให้รัฐบาลจัดหางานให้กับผู้ว่างงาน และควบคุมสำนักจัดหางานเอกชนให้เสนอบริการแก่ผู้หางานโดยไม่คิดค่าธรรมเนียมสูงเกินไปและไม่เอารัดเอาเปรียบผู้ว่างงาน<sup>33</sup> ต่อมาในปี 2482 มีการเสนอร่างกฎหมายแรงงานอย่างจริงจังเป็นพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ....ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นไม่เห็นด้วยเนื่องจากเหตุผลที่ว่ากรรมกรส่วนใหญ่ในขณะนั้นเป็นคนจีน หากออกกฎหมายดังกล่าวมาก็เป็นการคุ้มครองคนจีนไม่ใช่คนไทย<sup>34</sup> จนกระทั่งในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 (พ.ศ. 2484-2488) ประชาชนได้รับผลกระทบจากสงคราม แนวคิดในการร่างกฎหมายแรงงานจึงหยุดชะงักลง เมื่อสงครามสงบลงแล้วแนวคิดนี้ก็เริ่มกลับมาอีกครั้งทำให้ลูกจ้างและประชาชนหันมาสนใจปัญหาทางด้านแรงงานมากขึ้น

### 2.1.2.3 ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองถึงช่วงมีพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ.

2499

เริ่มตั้งแต่ปี พ.ศ. 2491 เริ่มมีความขัดแย้งและข้อพิพาทแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง มีการนัดหยุดงาน กรมประชาสงเคราะห์ได้เสนอให้รัฐบาลอนุมัติร่างพระราชบัญญัติแรงงานสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานและพระราชบัญญัติสหภาพแรงงาน ต่อมาในปี 2496 ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวทางการร่างพระราชบัญญัติแรงงานโดยรวมเป็นฉบับเดียวกันให้ครอบคลุมการคุ้มครองแรงงานและรองรับการตั้งสหภาพแรงงาน ปี พ.ศ. 2498 มีการนัดหยุดงานเพิ่มมากขึ้นและมีปัญหาการทำงานโดยไม่มีวันหยุด จนในที่สุดได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเป็น 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (รวมพระราชบัญญัติสวัสดิภาพคนงานหญิงและเด็กเข้าด้วยกัน) พระราชบัญญัติสหภาพแรงงานและพระราชบัญญัติข้อพิพาทในขณะนั้นได้ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องรวมถึงนายจ้างลูกจ้างเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นจนมีการรวมร่างพระราชบัญญัติทั้งสามเป็นฉบับเดียวคือพระราชบัญญัติว่าด้วยคนงาน และในปี พ.ศ. 2499 ได้เปลี่ยน

<sup>32</sup> นิคม จันทรวิฑูร, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, หน้า.หน้า 37.

<sup>33</sup> *ibid.*

<sup>34</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า.36.

ชื่อเป็นร่างพระราชบัญญัติแรงงาน จนในวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2499 คณะรัฐบาลมีมติเห็นชอบให้ประกาศใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499<sup>35</sup>

พระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 ถือเป็นกฎหมายแรงงานฉบับแรกของประเทศไทยที่แยกออกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมีการกำหนดคุ้มครองลูกจ้างไว้อย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นชั่วโมงการทำงาน การหยุดงาน การเจ็บป่วย การใช้แรงงานเด็กและสตรี การกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา เงินชดเชย เงินทดแทน และการก่อตั้งสหภาพแรงงาน

#### 2.1.2.4 ยุคหลังยกเลิกพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 จนถึงช่วงมีการใช้ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103

ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2501 เกิดการรัฐประหาร มีการประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 19 ทำให้พระราชบัญญัตินี้ถูกยกเลิกไป กระทรวงมหาดไทยจึงมีอำนาจในการออกกฎหมายเรื่องการคุ้มครองแรงงานมาใช้แทนพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 แต่ถึงกระนั้นหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กองแรงงานก็ยังพยายามผลักดันและแสดงให้รัฐบาลเห็นถึงความจำเป็นในการมีกฎหมายแรงงาน จนกระทั่ง ปี พ.ศ. 2508 รัฐบาลได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทแรงงาน พ.ศ. 2508 กฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิลูกจ้างในการเจรจาต่อรองกับนายจ้างได้ แต่ยังไม่มียกเว้นที่ให้อำนาจแรงงานได้ และในระหว่างการพิจารณาวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 3 รัฐบาลมีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานและพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ แต่เกิดการปฏิวัติอีกครั้งในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2514 กฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวจึงตกไป<sup>36</sup>

#### 2.1.2.5 ยุคตั้งแต่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 จนถึงปัจจุบัน

หลังจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานและพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ตกไป เจ้าหน้าที่และนักวิชาการก็มีความพยายามในการผลักดันให้คณะปฏิวัติเห็นถึงความสำคัญของกฎหมายแรงงานจนมีการประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 กำหนดแนวทางการคุ้มครองแรงงานและแรงงานสัมพันธ์ขึ้น ทำให้ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองข้างต้นได้ถูกประกาศบังคับใช้เป็นกฎหมาย ครอบคลุมการคุ้มครองแรงงาน เวลาทำงาน วันหยุด สวัสดิการ ความปลอดภัย ค่าจ้าง ค่าชดเชย และกองทุนสงเคราะห์ลูกจ้าง

<sup>35</sup> นิคม จันทรวิฑูร, กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา, หน้า.40-41.

<sup>36</sup> ibid. หน้า 42-43.

ในช่วงปี 2516-2517 มีปัญหาข้อพิพาทแรงงาน การนัดหยุดงานมากเป็นพิเศษ กรมแรงงานในขณะนั้นเห็นเป็นเวลาอันสมควรที่จะให้สิทธิคนงานในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน รัฐบาลจึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 อีกด้วย ต่อมา ปี พ.ศ. 2522 รัฐบาลได้ตราพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลแรงงานเพื่อ พิจารณาคดีแรงงานโดยเฉพาะเพื่อระงับความขัดแย้งทางแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง<sup>37</sup>

ต่อมา ปี พ.ศ. 2537 มีการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นมาก ทำให้กิจการอุตสาหกรรมต้องมีการปรับปรุงกระบวนการผลิต การจำหน่าย และการให้บริการ โดยนำ เครื่องจักรกลและเทคโนโลยีมาใช้แทนแรงงานคน ทำให้เกิดการเลิกจ้างเป็นจำนวนมาก ลูกจ้างอยู่ใน ภาวะตกงานและว่างงาน จนในปี พ.ศ. 2541 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541<sup>38</sup> ที่รวบรวมกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานเป็นฉบับเดียว มุ่งคุ้มครองลูกจ้างในหลายๆ ด้าน เช่น การจ่ายค่าชดเชย ค่าจ้าง การปฏิบัติต่อลูกจ้าง เป็นต้น ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผล บังคับใช้จนถึงปัจจุบัน

จากการศึกษาวิวัฒนาการการจ้างแรงงานทั้งต่างประเทศและประเทศไทย นายจ้าง มีอำนาจเหนือกว่าลูกจ้างในทุกยุคทุกสมัย จนต้องมีการออกกฎเพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่มีสถานะที่ด้อย กว่า และเมื่ออุตสาหกรรมมีมากขึ้น นายจ้างจะต้องผลิตสินค้าและบริการให้ทันกับความต้องการของ ตลาดเพื่อให้ตนได้รับกำไรมากที่สุด นายจ้างจึงมีความจำเป็นต้องลดต้นทุนการผลิตประกอบกับการที่ นายจ้างมีอำนาจต่อรองมากกว่าลูกจ้าง ลูกจ้างจึงต้องยอมรับข้อเสนอของนายจ้างทั้งที่ตนอาจจะไม่ เต็มใจหรือไม่สามารถปฏิเสธได้เพราะสถานะทางเศรษฐกิจและชีวิตความเป็นอยู่ที่ด้อยกว่า เป็นผลให้ ได้รับค่าจ้างในการจ้างงานที่ต่ำเมื่อเทียบกับสภาพการทำงานที่เป็นอยู่ ได้รับสวัสดิการที่ไม่เพียงพอกับ สภาพการจ้างงานนั้นๆ มีการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดแนวความคิดเพื่อให้ความ สมอบภาคในการต่อรองจึงเกิดการรวมกลุ่มของลูกจ้างเพื่อให้ตนมีอำนาจต่อรองกับนายจ้างเพื่อ เรียกร้องให้ปรับเปลี่ยนสภาพการจ้างที่ดีขึ้น คุ้มครองลูกจ้างให้สามารถรวมกลุ่มเจรจาและต่อรอง และให้เกิดความสัมพันธ์อันดีระหว่างนายจ้างและลูกจ้างสามารถทำงานร่วมกันได้อย่างราบรื่น ตลอดจนเพื่อความสงบสุขในสังคม<sup>39</sup>

<sup>37</sup> ibid. หน้า 45.

<sup>38</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า.41.

<sup>39</sup> กัลยณัฐ์ พรหมนอก, "การคุ้มครองการทำงานบุคลากรมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ," หน้า.32-33.

อย่างไรก็ตาม กฎหมายคุ้มครองแรงงานที่มุ่งคุ้มครองการจ้างแรงงานที่เกิดขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้างอาจไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ในยุคปัจจุบันได้อย่างเพียงพอ กล่าวคือนอกจากความตกลงด้านการจ้างงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่ลูกจ้างมักมีอำนาจทางเศรษฐกิจและสังคมน้อยกว่าซึ่งมีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองมิให้นายจ้างเอารัดเอาเปรียบลูกจ้างแล้ว นายจ้างยังมีวิธีการใหม่ในการจำกัดและเอารัดเอาเปรียบลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นเรื่องค่าจ้าง สวัสดิภาพ หรือการทำงานของลูกจ้าง วิธีการใหม่นั้นได้แก่ การที่นายจ้างกับนายจ้างด้วยกันเองในฐานะที่เป็นผู้ประกอบการร่วมมือกันกำหนดเงื่อนไขการจ้างแรงงานของลูกจ้างทั้งสองฝ่าย ทำให้กฎหมายคุ้มครองแรงงานที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่ครอบคลุมหรือไม่สามารถบังคับใช้ในสถานการณ์ดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาวิวัฒนาการของการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับนายจ้างด้วย

### 2.1.3 วิวัฒนาการของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับนายจ้าง<sup>40</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น เป็นวิวัฒนาการของการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่มีกฎหมายคุ้มครองลูกจ้างจากการเอารัดเอาเปรียบของนายจ้างเนื่องจากในอดีตที่ผ่านมามักกล่าวในมุมมองของความเป็นอยู่ในสังคมจึงมีการปกป้องลูกจ้างที่มีสถานะทางสังคมด้อยกว่า แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป ระบบเศรษฐกิจและเทคโนโลยีเริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นกับคนในสังคม ก็มีการขยายขอบเขตไปเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับนายจ้างที่ส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของลูกจ้างได้เช่นเดียวกัน ซึ่งการศึกษาข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับนายจ้าง จะต้องมีความรู้เกี่ยวกับความเป็นมาของข้อตกลงดังกล่าวด้วย

การแลกเปลี่ยนทาสหรือการตกลงซื้อขายทาส ถือเป็นจุดเริ่มต้นของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับนายจ้าง โดยในอดีตที่เป็นยุคสังคมทาส ได้กำหนดให้ “ทาส” เปรียบเสมือน “สินค้าที่มีชีวิต” หัวหน้าชนเผ่าจึงมีการแลกเปลี่ยนทาสหรือตกลงซื้อขายทาสกันเองระหว่างชนเผ่าต่างๆ ที่สู้รบกัน ต่อมาเมื่อพ่อค้านักเดินเรือจากทวีปยุโรปเดินทางไปถึงทวีปแอฟริกา สินค้าที่ชาวป่าทั้งหลายต้องการที่สุด คืออาวูธป็น ดินป็น กระจกเพื่อนำไปต่อสู้อัน ชาวป่าในแอฟริกาไม่มีเงินที่จะนำมาซื้ออาวูธได้ ทาสจึงเป็นสิ่งที่นำมาแลกเปลี่ยนกับอาวูธ เสื้อผ้า และของใช้ เมื่อทาสถูกจับกุมมาได้จะถูกคัดเลือกประเภท สัตว์ส่วน แล้วจะถูกนำมาขังรวมกันไว้บริเวณใกล้ๆ ทำเรือเพื่อรอกำหนดเวลาเรือที่จะมาซื้อ

<sup>40</sup> นิพัทธ์ ทองเล็ก, "ตีแผ่ตำนานการค้าทาส โดยพลเอก นิพัทธ์ ทองเล็ก" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 27 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: [https://www.matichon.co.th/news-monitor/news\\_818598](https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_818598)

ปี ค.ศ. 1492 Christopher Columbus ได้ค้นพบทวีปอเมริกา ทำให้ชาวยุโรปอพยพข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกเข้าไปตั้งรกรากในดินแดนที่เรียกว่า “โลกใหม่” (New World) เป็นจำนวนมาก การตั้งถิ่นฐานในประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องการแรงงานในการบุกเบิก การทำเหมืองแร่ และเกษตรกรรม ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นดินแดนที่ต้องการแรงงานมหาศาลโดยเฉพาะภาคเกษตรกรรมทางตอนใต้ ทาสจากทวีปแอฟริกาจึงเป็นพลังขับเคลื่อนที่ใช้ในการผลิต น้ำตาล ฝ้าย กาแฟ ยาสูบ และข้าว

ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 16 มีชาวแอฟริกาจำนวน 12-15 ล้านคน ถูกส่งตัวลงเรือข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกไปยังบราซิล และอาณานิคมต่างๆ ของสเปน อังกฤษ ฝรั่งเศส และฮอลันดา ที่ในเวลานั้นอยู่ในความปกครองของอังกฤษ การนำทาสมาเป็นสินค้าแลกเปลี่ยนได้ขยายตัวออกไปอย่างรวดเร็ว กลายเป็น “ธุรกิจเกิดใหม่” ที่ทำให้ประเทศในทวีปยุโรป เช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส ฮอลแลนด์ เดนมาร์ก เข้ามาร่วมตกลงแลกเปลี่ยนทาสด้วยเนื่องจากในช่วงเวลานั้นยุโรปเป็นศูนย์กลางอุตสาหกรรมของโลกที่ต้องการแรงงานคนเมื่อเรือค้าทาสเดินทางมาถึงเมืองท่าปลายทางแล้ว เหล่าทาสก็จะถูกประมูลขาย ซึ่งในขณะนั้น การค้าทาส เป็นธุรกิจที่ทำกำไรมหาศาลที่พ่อค้าจากทวีปยุโรปไปซื้อผู้ชาย ผู้หญิง เด็ก มาจากทวีปแอฟริกาและยังแล่นเรือไปแสวงหาทาสอีกแห่งจากหมู่เกาะเปอร์โตริโก ซึ่งประเทศเหล่านี้ยังไม่ได้คำนึงถึงกฎหมาย คุณธรรม หรือสิทธิมนุษยชน เมื่อทาสเป็นสินค้าที่มีมูลค่าจึงเกิดการแย่งชิง ทำให้ทาสเริ่มขาดตลาดจึงเกิดการปล้น การลักพาตัว เพื่อนำมาขายเป็นทาส

หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1660 กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษมีบริษัทค้าทาสจดทะเบียนที่ถูกกฎหมาย ชื่อ The Royal African Company ก่อตั้งโดยพระเจ้าเจมส์ที่ 2 พระองค์ผูกขาดการค้ามนุษย์ตามกฎหมาย โดยสั่งการให้กองทัพเรืออังกฤษเข้าไปจัดตั้งสถานีการค้าในทวีปแอฟริกา ประเทศอังกฤษนำทาสจำนวนมหาศาลไปปลูกอ้อยบนเกาะบาเบโดส อาณานิคมของอังกฤษเพื่อผลิตน้ำตาลออกขายเช่นเดียวกับบราซิล ในขณะเดียวกันปี ค.ศ. 1688 เมืองวิดดาห์กลายเป็นศูนย์กลางของการค้าทาส มีพ่อค้าทาสผู้มีชื่อเสียงคนหนึ่งในกาฬทวีป คือ นายฟรานซิสโก เฟลิซ เดอ ซูซา (Francisco Felix de Souza) อุปราชแห่งเมืองวิดดาห์ (Quidah) เป็นผู้ผูกขาดการค้าทาสในภูมิภาค เดอ ซูซา ร่ำรวยจากธุรกิจค้ามนุษย์ ทำเรือเมืองวิดดาห์ ส่งออกทาสไปขายประมาณ 1 ล้านคน ซึ่งปัจจุบันเมืองวิดดาห์อยู่ในประเทศเบนิน

ในศตวรรษที่ 18 ชาวคริสต์ในประเทศอังกฤษบางกลุ่ม เริ่มตระหนักว่า การใช้แรงงานทาสเช่นนี้ผิดศีลธรรม นำไปสู่การต่อต้านการค้าทาสในประเทศอังกฤษ จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. 1815 วิลเลียม วิลเบอร์ฟอร์ซและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 9 คน ในรัฐสภาอังกฤษ เป็นกลุ่มแรกที่



ออกมารณรงค์ให้เลิกค้าทาสในประเทศอังกฤษ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1833 ได้มีพระราชบัญญัติเลิกใช้แรงงานทาสออกมา โดยมีผลบังคับใช้ 1 ปีหลังจากนั้น แต่การใช้แรงงานทาสหมดไปอย่างแท้จริงประมาณปี ค.ศ. 1838 นับว่าอังกฤษคือประเทศแรกที่ประกาศเลิกทาสอย่างเป็นทางการ และนำไปสู่การเลิกทาสในอีกหลายๆ ประเทศในยุโรป<sup>41</sup>

จะเห็นได้ว่า การตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานมิได้เกิดขึ้นระหว่างพ่อค้ากับทาสที่เป็นแรงงานมนุษย์เท่านั้น แต่ยังมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างพ่อค้ากับพ่อค้าหรือนายทุนด้วยกัน โดยเฉพาะการตกลงแลกเปลี่ยนทาสหรือการค้าทาส จนมีพ่อค้าที่มีอำนาจผูกขาดการตกลงร่วมกันค้าทาสและเมื่อสังคมพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป ในที่สุดก็มีการประกาศเลิกทาสเนื่องจากคนในสังคมเห็นว่าการค้าทาสเป็นความผิดทั้งทางศีลธรรมและกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป ในอดีตนายทุนหรือพ่อค้าเอาไรต์เอาเปรียบแรงงาน ข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างจึงมักเกิดขึ้นด้วยความไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะกับลูกจ้างเพราะนายจ้างมีสถานะและอำนาจต่อรองเหนือกว่าลูกจ้างจึงมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานเพื่อปกป้องลูกจ้างเกิดขึ้น แม้ในขณะเดียวกันจะมีการแลกเปลี่ยนทาสหรือลูกจ้างที่เกิดจากการเจรจาระหว่างหัวหน้าเผ่าหรือนายทุน แต่ก็ยังไม่ได้รับความสำคัญเท่ากับการคุ้มครองลูกจ้างจากข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง แต่ต่อมาสังคมเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไปรูปแบบของข้อตกลงได้ขยายขอบเขตไปเป็นข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับนายจ้างมากขึ้น ทำให้สังคมเล็งเห็นความสำคัญของข้อตกลงในลักษณะนี้ โดยเฉพาะในต่างประเทศเนื่องจากส่งผลกระทบต่อลูกจ้างและนายจ้างรายอื่นๆ ส่งผลให้ประเทศต่างๆ บัญญัติกฎหมายไปควบคุมพฤติกรรมข้อตกลงร่วมกันของนายจ้างในเรื่องการจ้างแรงงานโดยนำไปบังคับใช้ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากกฎหมายแรงงานมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองการจ้างแรงงานของลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้น วิวัฒนาการของข้อตกลงการจ้างแรงงาน จึงสามารถนำมาเป็นแนวคิดพื้นฐานและกำหนดแนวทางของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

## 2.2 ตลาดแรงงาน

โดยปกติ การแข่งขันทางการค้ามักเกิดขึ้นในตลาดสินค้าหรือบริการ เห็นได้จากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ตลาด” ไว้ในมาตรา 5 หมายความว่า “ตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันหรือที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ โดยให้พิจารณาตามคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ และด้านพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ” ส่วนนิยามของคำว่า “สินค้า” หมายความว่า “สิ่งของที่ใช้

<sup>41</sup> นิตยสารไทยโพสต์, "ธุรกิจค้าทาสของชาวผู้ดี" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา:

ในการอุปโภคหรือบริโภค รวมทั้งเอกสารแสดงสิทธิในสิ่งของนั้น” ส่วนคำว่า “บริการ” หมายความว่า “การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน” อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ในระบบเศรษฐกิจไม่ได้มีเพียงตลาดสินค้าหรือบริการเท่านั้น แต่ยังมีตลาดอื่นๆ ด้วย เช่น ตลาดแรงงาน เป็นต้น ซึ่งแรงงานถือเป็นปัจจัยหลักในการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศและทุนมนุษย์ถือเป็นหัวใจสำคัญในการที่จะขับเคลื่อนประเทศให้แข่งขันในเวทีโลกได้

จุดเริ่มต้นในการวิเคราะห์การแข่งขันประเภทใด ๆ คือ การกำหนดขอบเขตตลาด “ที่เกี่ยวข้อง” ขอบเขตตลาดมีสองลักษณะ คือ (1) ตลาดสินค้า ซึ่งคือ กลุ่มสินค้า และ (2) ตลาดในเชิงภูมิศาสตร์ ซึ่งคือ กลุ่มพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ การกำหนดขอบเขตตลาดจะพิจารณาทั้งอุปสงค์และอุปทาน ด้านอุปสงค์ สินค้าจะต้องทดแทนกันได้จากมุมมองของผู้ซื้อ ด้านอุปทาน ผู้ขายจะต้องรวมถึงผู้ซื้อที่ผลิตหรือสามารถเปลี่ยนการผลิตไปผลิตผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องหรือทดแทนกันได้ การกำหนดขอบเขตตลาดโดยทั่วไปรวมถึงผู้ขายจริงและผู้ที่มีความเป็นไปได้ที่จะเป็นผู้ขาย กล่าวคือ บริษัทสามารถเปลี่ยนกระบวนการผลิตอย่างรวดเร็วเพื่อจำหน่ายสินค้าที่ทดแทนกัน ถ้าหากราคาสมเหตุสมผล ซึ่งบริษัทเหล่านี้จะขัดขวางไม่ให้บริษัทที่อยู่ในตลาดขึ้นราคาสินค้าเหนือราคาในระดับที่มีการแข่งขัน ตลาดในเชิงภูมิศาสตร์อาจเป็นตลาดท้องถิ่น ภูมิภาค ประเทศหรือระหว่างประเทศ การกำหนดขอบเขตตลาดที่กว้างเกินไปหรือแคบเกินไปจะนำไปสู่การวัดส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวที่ต่ำเกินไปหรือสูงเกินไป<sup>42</sup>

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันผู้ประกอบการมักอำพรางหรือซ่อนเร้นวิธีการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันโดยใช้การจ้างแรงงานทั้งในรูปของการตกลงร่วมกันหรือสัญญาจ้างแรงงานเป็นเครื่องมือ ทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประเทศ เช่น ยุโรป และสหรัฐอเมริกา ขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้รวมการจ้างแรงงานด้วย

### 2.2.1 ความหมายของตลาดแรงงาน

ตลาดแรงงาน คือ แหล่งที่นายจ้างและลูกจ้างจะพบกันได้ เพื่อจะได้ตกลงทำสัญญาเข้าทำงานโดยนายจ้างได้รับบริการจากคนงานในฐานะ “ผู้ซื้อแรงงาน” และลูกจ้างได้รับค่าจ้างเป็นผลตอบแทนจากการขายแรงงานในฐานะ “ผู้ขายแรงงาน” ถ้ามองในแง่วิชาการ ตลาดแรงงาน ก็คือแหล่งที่ก่อให้เกิดอุปสงค์และอุปทานของแรงงานนั่นเอง ซึ่งทางด้านอุปสงค์ของแรงงานคือ ฝ่ายนายจ้างผู้ต้องการจ้างแรงงาน และทางด้านอุปทานของแรงงานก็คือฝ่ายลูกจ้างหรือคนงานที่ต้องการ

<sup>42</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "คำศัพท์เศรษฐศาสตร์องค์การอุตสาหกรรมและกฎหมายแข่งขันทางการค้า" [Online] Accessed: 13 ธันวาคม 2562 Available from: [https://otcc.or.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=638&lang=TH](https://otcc.or.th/ewt_dl_link.php?nid=638&lang=TH)

เสนอขายแรงงานหรือหางานทำ ดังนั้น แหล่งที่เป็นตลาดแรงงาน ได้แก่ สำนักงานจัดหางาน แหล่งที่มีคนว่างงาน และแหล่งที่มีงานว่าง เช่น โรงงาน บริษัทต่าง ๆ เป็นต้น<sup>43</sup>

ความหมายของตลาดแรงงานประกอบด้วย 3 องค์ประกอบ ได้แก่

1. ประเภทของงาน (Type of Job) ในบริบทของตลาดแรงงาน ประเภทของงานอาจมีความหมายกว้างมาก เช่น นักบัญชีและผู้ตรวจสอบบัญชี มีความหมายกว้างมากเนื่องจากนักบัญชีที่มีประสบการณ์การทำงานอาจถูกเรียกเป็นตำแหน่งนักบัญชีอาวุโสมากกว่านักบัญชีปฏิบัติการ แต่สิ่งที่สำคัญคือมีงานวิจัยพบว่า ค่าจ้างมิได้มีผลต่อการตัดสินใจเลิกงานหรือลาออกจากงานของลูกจ้าง ทำให้นายจ้างมีอิสระในการลดค่าจ้างให้ต่ำกว่าผลผลิตส่วนเพิ่ม (Marginal Productivity) โดยไม่ส่งผลต่อการลาออกของลูกจ้าง ประกอบกับการเปลี่ยนงานอาจมีค่าใช้จ่ายมากทำให้ลูกจ้างตัดสินใจไม่เปลี่ยนงานและนายจ้างก็ถือโอกาสลดค่าจ้างโดยไม่ต้องเสียลูกจ้างไป<sup>44</sup>
2. ขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ของตลาด (Geographic Scope) ได้แก่พื้นที่ที่ลูกจ้างทำงานและอาศัยอยู่ รวมถึงเขตที่พักอาศัยชานเมือง (Commuting Zone : CZ)<sup>45</sup>
3. ระยะเวลา (Time) ที่จำกัด เนื่องจากผู้ที่หางานสามารถรองรับการว่างงานได้ในระยะเวลาที่จำกัดเท่านั้น<sup>46</sup>

## 2.2.2 ประเภทของตลาดแรงงาน

ตลาดแรงงานอาจจำแนกประเภทได้หลายแบบ ได้แก่<sup>47</sup>

1. จำแนกตามเขตภูมิศาสตร์หรือการปกครอง เช่น ตลาดแรงงานในประเทศไทย อาจแบ่งเป็นตลาดแรงงานภาคกลาง ตลาดแรงงานภาคใต้ ตลาดแรงงานภาคเหนือและตลาดแรงงานภาคตะวันออกเฉียงเหนือ หรืออาจแบ่งระหว่างประเทศ เช่น ในยุโรป ในเขตตลาดรวมที่ยอมให้คนงานข้ามไปทำงานระหว่างประเทศได้ การจำแนกตามเขตภูมิศาสตร์หรือการปกครองเพื่อประโยชน์ในการแบ่งเขตการจัดหางานทำและการจัดทำข่าวสารเกี่ยวกับตลาดแรงงาน

<sup>43</sup> ธเนศ ศรีวิชัยลำพันธ์, เศรษฐศาสตร์แรงงาน (Labor Economics) (เชียงใหม่: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558), หน้า. 68.

<sup>44</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?," (March 10,2019).page 8.

<sup>45</sup> ibid. page 9.

<sup>46</sup> ibid.

<sup>47</sup> ธเนศ ศรีวิชัยลำพันธ์, เศรษฐศาสตร์แรงงาน (Labor Economics), หน้า. หน้า 69-70.

2. จำแนกตามอาชีพ คือ การแบ่งแรงงานโดยการถือเอาอาชีพของตนเป็นเกณฑ์ เช่น ตลาดแรงงานของช่างก่อสร้าง ตลาดแรงงานเสมียนพนักงาน ตลาดแรงงานของวิศวกร เป็นต้น เพื่อให้ง่ายแก่ผู้ที่ทำงานทำ จำเป็นต้องบอกอาชีพ ซึ่งนายจ้างมักจะระบุอาชีพพร้อมกับคุณสมบัติเพื่อแรงงานจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการทำงาน เพราะการมีความรู้อย่างหนึ่งไปทำงานอีกอย่างหนึ่ง แรงงานอาจไม่ยอมทำงานก็ได้ ดังนั้นจึงมีผู้คิดแยกประเภทอาชีพไว้ เช่น องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้จัดกลุ่มอาชีพมาตรฐาน (International Standard Classification of Occupation) เพื่อประเทศสมาชิกจะได้ถือตามและนำมาจัดทำในประเทศของตน

3. จำแนกตามอุตสาหกรรม (industry) โดยแยกตามประเภทของอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมทอผ้า อุตสาหกรรมรถยนต์ เป็นต้น

4. จำแนกตามระเบียบการว่าจ้างแรงงาน แยกได้เป็น ตลาดแรงงานของรัฐและ ตลาดแรงงานของธุรกิจเอกชน

ตลาดแรงงานของรัฐบาล ได้แก่ แรงงานที่เข้าไปทำงานให้แก่ทางราชการ ซึ่งแรงงานเหล่านี้เรียกว่า เป็นข้าราชการ ลูกจ้าง แรงงานเหล่านี้เข้าไปทำงานโดยผ่านระเบียบ กฎข้อบังคับ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แน่ชัด

ส่วนตลาดแรงงานธุรกิจเอกชน ได้แก่ แรงงานที่เข้าไปทำงานในภาคเอกชน ซึ่ง สัญญาว่าจ้างไม่ได้มีกฎเกณฑ์แน่นอนตายตัวขึ้นอยู่กับการตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเป็นราย ๆ ไป และอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

### 2.2.3 หน้าที่ของตลาดแรงงาน

หน้าที่ของตลาดแรงงานคือทำให้แรงงานกับตำแหน่งงานว่างมีความสอดคล้องกัน ซึ่งความจริงแล้วแรงงานกับตำแหน่งงานว่างไม่อาจสอดคล้องกันได้โดยง่าย การหางานทำของคนงานและหาคนมาบรรจุเข้าทำงานเป็นเรื่องที่ซับซ้อน ทั้งนี้ อาจมีสาเหตุมาจากการขาดข่าวสารเกี่ยวกับตลาดแรงงาน หรือแรงงานมีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับตำแหน่งงานที่ว่างอยู่ เพื่อที่จะเป็นแนวทางในการพัฒนากำลังคนให้มีคุณภาพดีขึ้น และปรับปรุงทางด้านข่าวสารเกี่ยวกับตลาดแรงงาน ซึ่งจะทำให้แรงงานกับตำแหน่งว่างมีความสอดคล้องกันได้ดีขึ้น มาตรการต่อไปนี้อาจเป็นสิ่งเหมาะสมคือ<sup>48</sup>

<sup>48</sup> ibid. หน้า 70.

1. ด้านข่าวสารเกี่ยวกับตลาดแรงงาน รัฐบาลควรจัดตั้งสำนักงานจัดหางานเพิ่มขึ้น อีกเพื่อที่จะเป็นแหล่งกลางให้นายจ้างและผู้หางานทำได้มาพบกัน ทำให้เกิดการจ้างงาน โดยวิธีที่ใ้บุคคลว่างงานไปติดต่อสมัครงานที่สำนักงานจัดหางาน และฝ่ายนายจ้างเมื่อต้องการคนงานอาจใช้วิธีติดประกาศรับสมัครงานไว้ที่สำนักงานจัดหางานด้วย และสำนักงานจัดหางานก็ควรจัดทำข่าวสารเกี่ยวกับตลาดแรงงานออกเผยแพร่อีกด้วย เช่น การจัดวันนัดพบแรงงานที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นอกจากสำนักงานจัดหางานแล้ว แรงงานยังอาจได้ข่าวสารเกี่ยวกับตลาดแรงงานจากหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์และญาติมิตรคนรู้จักกัน ที่มาของข่าวสารเหล่านี้จัดว่าเป็นระบบข่าวสารของเอกชน

2. ด้านการพัฒนากำลังคนให้มีคุณภาพดีขึ้น อาจทำได้โดยการให้การศึกษาในโรงเรียนและการฝึกอบรมหรือฝึกอาชีพ ซึ่งการศึกษาในโรงเรียนใช้เวลานาน แต่การฝึกอบรมหรือฝึกอาชีพเป็นการฝึกกระยะสั้น ๆ

3. ด้านการฝึกอาชีพ (vocational training) เป็นการฝึกอบรมงานฝีมือให้แก่แรงงานเพื่อเตรียมตัวเข้าทำงานจะได้มีฝีมือและความสามารถเพิ่มขึ้น จะได้ค่าจ้างสูงขึ้น ตลอดจนเพื่อก้าวไปรับตำแหน่งที่สูงขึ้น แต่เป็นการฝึกงานระยะสั้นเพียง 3 เดือน ถึง 1 ปีในบางประเทศมีการฝึกลูกมือผู้ฝึกหัดงาน โดยให้ผู้ฝึกเข้าทำงานระยะเวลาหนึ่งแล้วฝึกในชั้นเรียนอีกระยะเวลาหนึ่ง ตามเวลาที่กำหนด อาจให้ค่าจ้างด้วย แต่ให้ในอัตราต่ำ เมื่อเรียนจบก็จะมีประกาศนียบัตรให้ ซึ่งนายจ้างเป็นผู้จัดร่วมกับรัฐบาล ในบางประเทศ เช่น อังกฤษ ออสเตรเลีย มีการฝึกอาชีพแก่คนพิการ เพื่อฟื้นฟูสมรรถภาพแล้วจัดให้ทำงานในโรงงานที่รัฐบาลให้เงินอุดหนุน หรือรัฐบาลออกค่าจ้างให้กับคนพิการที่ทำงาน หรือตั้งโรงงานให้คนพิการทำโดยเฉพาะ เพื่อความเหมาะสมโดยไม่มุ่งหวังกำไร

#### 2.2.4 ความสัมพันธ์และความแตกต่างระหว่างตลาดสินค้าและบริการกับตลาดแรงงาน

โดยปกติ คำว่า การแข่งขันในตลาด มีนิยามค่อนข้างซับซ้อนและกำหนดความหมายได้ยาก ทำให้ผลการศึกษาหลายฉบับใช้ตลาดสินค้าเป็นสิ่งแทนของการแข่งขันเนื่องจากเป็นตลาดที่มีการจำกัดการเข้าออกหรือเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ การวัดผลกระทบในตลาดสินค้าจึงเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันทางการค้า ส่วนมาตรการอื่นๆ เช่น ดัชนีการรวมตัวกันหรืออำนาจตลาดค่อนข้างมีความเกี่ยวข้องน้อยกว่าเมื่อต้องการวัดผลกระทบของการแข่งขันในตัวแปรขนาดใหญ่ เช่น การจ้างงานหรืออัตราการเติบโตของการผลิตแม้ว่าจะถูกนำไปใช้วัดระดับผลกระทบทางอุตสาหกรรม ผลการศึกษาของ OECD หลายฉบับได้ศึกษาผลกระทบของกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับในตลาดสินค้าและการปฏิรูปกระบวนการผลิต พบว่าข้อบังคับเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าทำให้การเปลี่ยนแปลงกระบวนการผลิตช้าลง ประกอบกับมีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในกระบวนการผลิตสินค้าดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ข้อบังคับหรือกฎหมายเกี่ยวกับตลาดแรงงาน

เช่น การกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ การจ้างงาน การลาออก การเจรจาต่อรองร่วมกัน มีความสอดคล้องกับข้อบังคับที่เข้มงวดในตลาดสินค้าซึ่งทำให้อัตราการว่างงานสูงขึ้นและทำให้อัตราการจ้างงานลดลง<sup>49</sup> นักวิชาการ Nicoletti and Scarpetta ได้วิเคราะห์ผลกระทบของการจ้างแรงงานที่มีต่อการปฏิรูปตลาดสินค้า พบว่าข้อบังคับที่จำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าส่งผลต่ออัตราการจ้างงานภายในประเทศอย่างมีนัยสำคัญในขณะที่การไม่ปฏิรูปตลาดสินค้าไม่ส่งผลกระทบต่ออัตราการจ้างงานแต่อย่างใด<sup>50</sup> และจากการศึกษาดังกล่าวพบว่าตัวชี้วัดของข้อบังคับตลาดสินค้าที่เพิ่มมาตรการควบคุมโดยรัฐและจำกัดการเข้ามาของตลาดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการผลิตถูกประเมินว่าส่งผลต่ออัตราการจ้างงานอย่างมีนัยสำคัญด้วยเช่นกัน<sup>51</sup> นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการที่วิเคราะห์ผลกระทบของการส่งเสริมการแข่งขันในตลาดสินค้าที่มีต่อการจ้างแรงงานโดยการใช้นโยบายปฏิรูปตลาดสินค้า พบว่าจำนวนผลกระทบของการจ้างแรงงานจากการเพิ่มการแข่งขันในตลาดสินค้าแปรผันตามความเข้มแข็งขององค์กรทางด้านตลาดแรงงานซึ่งการเพิ่มขึ้นของการแข่งขันในตลาดสินค้าส่งผลให้การจ้างแรงงานโดยรวมและค่าจ้างเพิ่มขึ้นด้วย แต่ในประเทศที่มีระดับการเจรจาต่อรองร่วมกันมากค่าจ้างจริงที่ลูกจ้างได้รับจะต่ำ และผลการศึกษาเหล่านี้มุ่งวิเคราะห์เพียงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับระบบเศรษฐกิจโดยรวมเท่านั้น ดังนั้น การแข่งขันหรือการจ้างงานเพียงประการเดียวไม่สามารถประเมินผลกระทบสุดท้ายของการเจริญเติบโตทางแรงงานจากการเพิ่มขึ้นของการแข่งขันในตลาดสินค้าโดยปราศจากการบังคับใช้โดยองค์กรทางด้านตลาดแรงงาน เมื่อตลาดหนึ่งเปลี่ยนแปลงก็จะกระทบกับอีกตลาดหนึ่ง<sup>52</sup>

นอกจากนี้ ยังมีอีกปัจจัยหนึ่งที่พบว่าการแข่งขันในตลาดสินค้าส่งผลต่อการจ้างงานคืออัตราค่าจ้าง เมื่อมีการให้ค่าจ้างมากก็จะมีแรงงานมากเพราะลูกจ้างต้องการค่าจ้างที่สูง แต่ค่าจ้างที่อยู่ในระดับต่ำกว่าปกติก็มีสาเหตุมาจากการเจรจาต่อรองระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างซึ่งจะส่งผลต่อการเคลื่อนย้ายแรงงาน เมื่อเปรียบเทียบกับราคาสินค้า ราคาสินค้าก็มีผลต่อระดับการแข่งขันในตลาดสินค้าเช่นกัน ดังนั้น การกำหนดราคาสินค้าและการกำหนดอัตราค่าจ้าง จึงเป็นตัวกำหนดระดับการจ้างงานในโรงงานอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบการ คุณภาพของตลาดแรงงานในประเทศคือ ค่าจ้างที่จ่ายจริง (จากค่าจ้างที่กำหนดไว้) เทียบกับค่าจ้างที่จ่ายจริงที่แสดงออกมาจากการกำหนดราคาสินค้า<sup>53</sup> วรรณกรรมเรื่องการแข่งขัน ค่าจ้าง กับการจ้างงานส่วนใหญ่ใช้การวิเคราะห์คุณภาพ

<sup>49</sup> Ania Thiemann, "Does Competition Kill or Create Jobs?," OECD Competition Division (26 October 2015). page 8-9.

<sup>50</sup> *ibid.* page 10.

<sup>51</sup> *ibid.* page 11.

<sup>52</sup> *ibid.* page 9.

<sup>53</sup> *ibid.* page 11-12.

เฉพาะส่วน (ตลาดอื่นที่ไม่ได้วิเคราะห์ไม่มีผลกับตลาดที่กำลังวิเคราะห์อยู่) ซึ่งอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าส่งผลด้านลบกับประสิทธิภาพของตลาดแรงงาน กล่าวคือ เมื่อบริษัทใช้อำนาจผูกขาดเท่ากับเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยมิให้ผู้อื่นเข้ามาในตลาด (monopoly rent) บริษัทดังกล่าวจึงเป็นผู้ประกอบการรายเดียวที่สามารถกำหนดค่าจ้างได้ อำนาจผูกขาดดังกล่าวมาจาก 3 สาเหตุได้แก่ การเจรจาต่อรองร่วมกัน การกำหนดค่าจ้าง และการวางแผนแบ่งกำไรกัน ในบางกรณีการเจรจาต่อรองร่วมกันอาจนำไปสู่การผูกขาดโดยลูกจ้างที่ตกลงขึ้นค่าจ้างกัน แต่การขึ้นค่าจ้างก็จะทำให้การจ้างงานลดลง และเมื่อลูกจ้างไม่มีงานทำหรือตกงาน ค่าจ้างที่นายจ้างเสนอให้ก็จะต่ำลง นอกจากนี้ อุปสงค์แรงงานจะมีมากขึ้นเมื่อการแข่งขันลดลง<sup>54</sup> ดังนั้น ความสามารถของค่าจ้างในการปรับเปลี่ยนการแข่งขันในตลาดสินค้าเป็นกระบวนการเปลี่ยนผ่านจากการเพิ่มการแข่งขันไปสู่การเติบโตของการจ้างแรงงาน<sup>55</sup> ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างตลาดแรงงานกับตลาดสินค้าสามารถพิจารณาจากกลไกค่าจ้าง กล่าวคือ หากค่าจ้างถูกกำหนดตามกลไกราคาที่มีประสิทธิภาพ การแข่งขันจะเพิ่มขึ้นตามราคาดังกล่าว และยิ่งตลาดสินค้ามีการแข่งขันมากเท่าไร ตลาดแรงงานก็จะเกิดการแข่งขันทันทีนั้น นอกจากนี้การเพิ่มขึ้นของการแข่งขันนำไปสู่การได้รับค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมกัน เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นในสินค้าและค่าจ้างในโรงงานดังกล่าว การทำงานในโรงงานอุตสาหกรรมภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ลูกจ้างจะได้รับค่าจ้างมากกว่าค่าจ้างเฉลี่ยแม้ลูกจ้างดังกล่าวจะเป็นลูกจ้างที่มีทักษะน้อยก็ตาม<sup>56</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผลกระทบของการแข่งขันกับการจ้างงานส่งผลต่อตลาดแรงงานโดยผ่านตัวแปรที่สำคัญคือการกำหนดอัตราค่าจ้างและความเคลื่อนไหวของค่าจ้าง ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอาจส่งผลต่อพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ฉะนั้น การปฏิรูปกฎหมายและการลดจำนวนกฎหมายที่มีอยู่ก็จะส่งผลต่อผู้ประกอบธุรกิจและการแข่งขันในตลาด<sup>57</sup> นอกจากนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวสะท้อนความกังวลของรัฐบาลในด้านประโยชน์สาธารณะ เช่น เงื่อนไขการผูกขาด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับอาจไม่เป็นไปตามความมุ่งหมายของประโยชน์สาธารณะโดยอาจนำไปสู่การปกป้องประโยชน์ของบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น อันเป็นอุปสรรคต่อการปฏิรูปกฎหมาย เช่น การปฏิรูปตลาดแรงงานอาจทำให้องค์กรหรือสหภาพที่มีอำนาจได้รับประโยชน์เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น การปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพต้องเกิดจากการร่วมกันระหว่างตลาดสินค้าและตลาดแรงงาน<sup>58</sup> นักวิชาการ Berger

<sup>54</sup> ibid. page 12.

<sup>55</sup> ibid. page 13.

<sup>56</sup> ibid.

<sup>57</sup> ibid.

<sup>58</sup> ibid.

and Danninger พบว่า การลดจำนวนกฎระเบียบเกี่ยวกับตลาดสินค้าและตลาดแรงงานทำให้มีการจ้างงานเพิ่มมากขึ้น<sup>59</sup>

ลักษณะของตลาดแรงงานแตกต่างจากตลาดสินค้าและบริการอื่น ๆ คือ<sup>60</sup>

1. ปัจจัยอื่น ๆ ที่กำหนดเรื่องการทำงาน แรงงานไม่ใช่จะตกลงแลกเปลี่ยนซื้อขายแรงงานด้วยราคา (ค่าจ้าง) สูงอย่างเดียวเหมือนกับตลาดสินค้าและบริการ เพราะแรงงานเป็นสิ่งที่มีความชีวิตจิตใจแรงงานเมื่อบางคนชอบทำงานใกล้บ้าน สะดวกสบาย ถึงแม้ว่าจะได้รับค่าจ้างต่ำก็ตาม แต่บางคนอาจจะเสนอขายได้ค่าจ้างสูง ดังนั้นค่าจ้างในแรงงานอย่างเดียวกันจึงอาจมีได้หลายระดับ

2. อัตราค่าจ้างในตลาดแรงงานไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเหมือนราคาสินค้าโดยทั่วไป กล่าวคืออัตราค่าจ้างแรงงานที่ไม่มีสหภาพแรงงาน นายจ้างมักจะกำหนดอัตราค่าจ้างไว้แน่นอนคงที่ เพราะถ้าอัตราค่าจ้างเปลี่ยนแปลงเร็วเกินไปย่อมไม่เป็นผลดีแก่นายจ้างในด้านต้นทุนการผลิตและลูกจ้างจะรู้สึกว่าการทำงานของเขาไม่มีเสถียรภาพ ทำให้เกิดปัญหาแรงงานย้ายเข้าออกจากงาน (problem of labor turnover)

3. การเคลื่อนย้ายแรงงาน (labor mobility) เนื่องจากอัตราค่าจ้างแรงงานในตลาดแรงงานมีหลายระดับไม่แน่นอนตายตัวเหมือนราคาสินค้าและบริการต่าง ๆ แรงงานที่มีความรู้ความสามารถอย่างเดียวกัน นายจ้างต่างคนอาจให้ค่าจ้างต่างกันได้ และถึงแม้ว่านายจ้างผู้ซึ่งให้ค่าจ้างแก่ลูกจ้างสูงนั้นก็ไม้อาจทำให้ลูกจ้างรายอื่นเคลื่อนย้ายไปทำงานกับนายจ้างคนนั้นเสมอไป เพราะลักษณะของงานอาจไม่มั่นคง หรือไม่มีตำแหน่งงานว่างพอ เป็นต้น

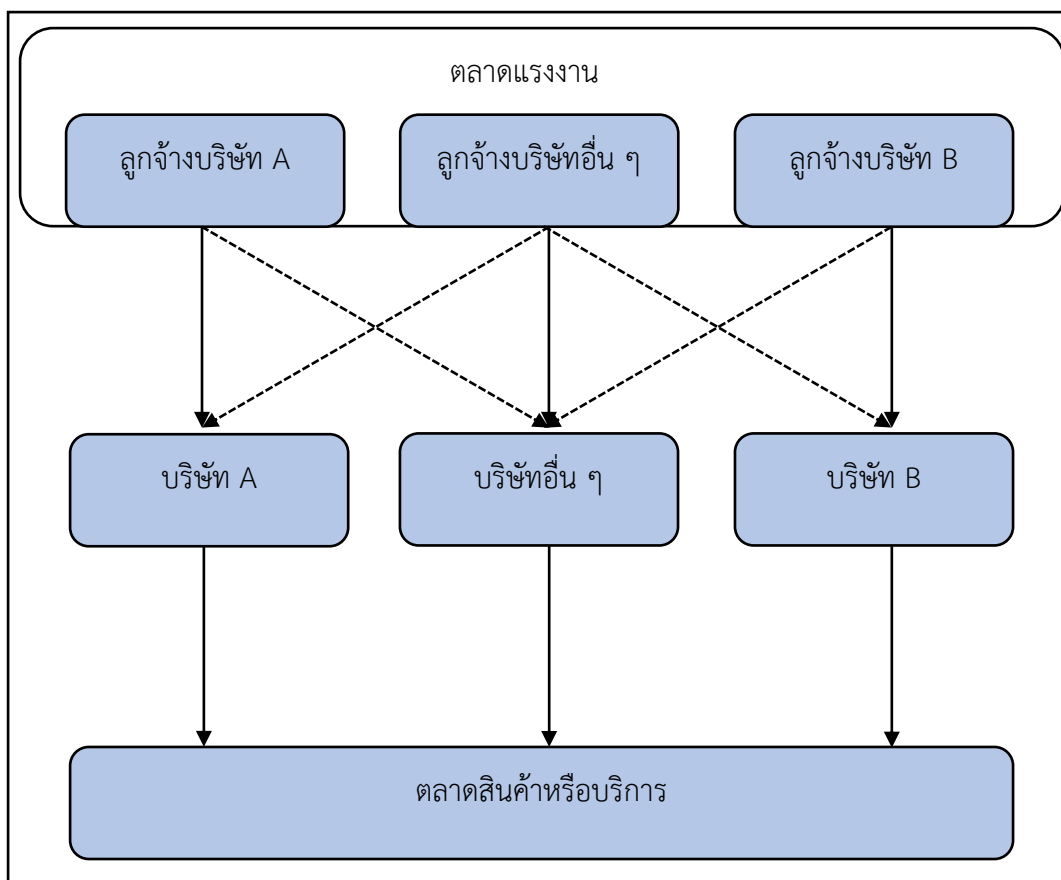
จะเห็นได้ว่า ตลาดแรงงานเป็นตลาดที่มีความสมบูรณ์น้อยที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับตลาดชนิดอื่น ๆ ดังนั้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ต่าง ๆ เปลี่ยนแปลง ตลาดแรงงานมักปรับตัวได้ช้ากว่าตลาดอื่น ๆ เช่นเมื่อค่าจ้างสูงขึ้น การเสนอขายแรงงานอาจไม่เพิ่มขึ้นทันที และในบางครั้งอาจลดลง เพราะแรงงานอาจพอใจพอเพิ่มขึ้นได้ ซึ่งผิดกับตลาดสินค้าและบริการถ้าระดับราคาสินค้าสูงขึ้นในขณะที่ค่าใช้จ่ายในการผลิตไม่เปลี่ยนแปลง จำนวนสินค้าที่เสนอขายก็จะเพิ่มขึ้นค่อนข้างแน่นอน<sup>61</sup>

<sup>59</sup> *ibid.* page 14.

<sup>60</sup> จินตนา พรพิไลพรรณ, เศรษฐศาสตร์ทรัพยากรมนุษย์ 1 (Human Resource Economics 1), (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง: 2548), หน้า. 63.

<sup>61</sup> *ibid.*





รูปที่ 1 ความสัมพันธ์ระหว่างตลาดสินค้าและบริการกับตลาดแรงงาน

### 2.2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างตลาดแรงงานกับการแข่งขัน

นับตั้งแต่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดแข่งขันกันสมบูรณ์ (perfect competition) เป็นระบบเศรษฐกิจที่ดีที่สุดที่ทำให้เกิดการจ้างแรงงานอย่างมีประสิทธิภาพ และสิ่งจำเป็นในระบบเศรษฐกิจดังกล่าวคือการแข่งขัน<sup>62</sup> อุตสาหกรรมหรือตลาดจะแข่งขันกันสมบูรณ์ได้ต้องประกอบไปด้วย 5 ปัจจัยได้แก่ 1) ทุกบริษัทหรือผู้ประกอบการสามารถขายสินค้าได้เหมือนกันและเท่าเทียมกัน 2) แต่ละบริษัทไม่สามารถควบคุมราคาสินค้าของตนเองในตลาดได้ 3) แต่ละบริษัทมีส่วนแบ่งตลาด 4) ผู้ซื้อทราบข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่ขายและราคาของแต่ละบริษัท 5) อุตสาหกรรมมีอิสระในการนำเข้าหรือส่งออก<sup>63</sup> ซึ่งสภาวะการแข่งขันในตลาดแข่งขันกันสมบูรณ์

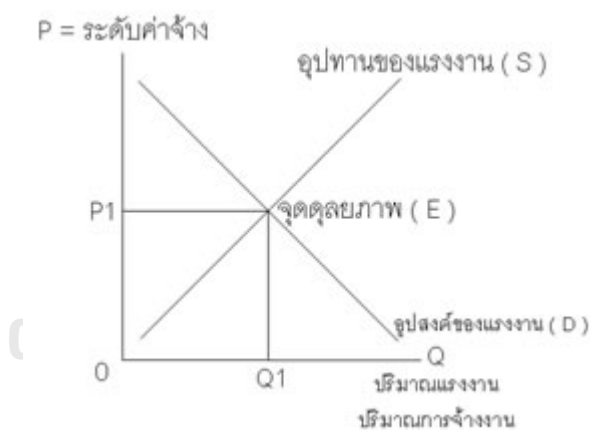
<sup>62</sup> Victor D. Norman, "Competition and Employment," OECD Competition Division (15 October 2015).

Page 2.

<sup>63</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 12, 2 (6 January 2018). page 293.

ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการก็จะรู้โดยสัญชาตญาณเพื่อความอยู่รอด กล่าวคือ ผู้ผลิตที่มีต้นทุนการผลิตสูงจะไม่สามารถแข่งขันในตลาดได้หรือไม่สามารถอยู่รอดในตลาดเมื่อเทียบกับผู้ผลิตรายอื่นที่สามารถลดต้นทุนการผลิตได้เป็นอย่างดี

สำหรับตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์ (perfectly competitive labor market) จะมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการคือ 1) ผู้ประกอบการทั้งหลายรายมีการแข่งขันกันจ้างแรงงานที่มีลักษณะเฉพาะ 2) ลูกจ้างที่มีลักษณะแบบเดียวกันสามารถรับจ้างแรงงานได้อย่างอิสระ 3) มีพฤติกรรมการรับ-จ่ายค่าจ้างที่สมดุลกัน (wage-taking behavior) 4) มีข้อมูลและการเคลื่อนไหวแรงงานอย่างสมบูรณ์ซึ่งในตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันอย่างสมบูรณ์ ผู้ประกอบการก็ต้องจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างในอัตราที่เท่ากับจุดดุลยภาพหากจ่ายในราคาต่ำกว่า ลูกจ้างก็จะไปหางานทำใหม่ ในขณะที่ลูกจ้างก็ต้องได้ค่าจ้างในอัตราดุลยภาพเช่นเดียวกันเพราะความต้องการของลูกจ้างเป็นแบบเดียวกับนายจ้าง ความสมดุลระหว่างค่าจ้าง นายจ้าง ลูกจ้าง คือความสมดุลของพฤติกรรมการรับ-จ่ายค่าจ้าง (wage-taking behavior) นั่นเอง และจุดสมดุลของค่าจ้างก็คือจุดร่วมของอุปสงค์และอุปทานในตลาดแรงงาน<sup>64</sup> ดังปรากฏตามรูปด้านล่าง



## รูปที่ 2 จุดดุลยภาพของตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์<sup>65</sup>

แต่ในความเป็นจริงแล้วตลาดแรงงานอาจไม่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์ตามทฤษฎีที่กล่าวไว้ข้างต้น เมื่ออุปทานแรงงาน (ความต้องการของลูกจ้างในการได้รับการจ้าง) มีมากกว่าอุปสงค์แรงงาน (ความต้องการของนายจ้างในการจ้าง) อัตราค่าจ้างก็จะลดลง กรณีนี้จะเกิดขึ้นในอุตสาหกรรมที่ไม่ได้ใช้แรงงานที่มีทักษะขั้นสูง หากอุปสงค์แรงงานมีมากกว่าอุปทานแรงงานค่าจ้างก็

<sup>64</sup> ibid. page 300-301.

<sup>65</sup> ทักษิณัย ไชยลังกา, "[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 17 มกราคม 2563. แหล่งที่มา:

[http://119.46.166.126/self\\_allU/selfaccess11/m5/economics5\\_2/socialeconomic/lesson2/item2.php](http://119.46.166.126/self_allU/selfaccess11/m5/economics5_2/socialeconomic/lesson2/item2.php)

จะสูงขึ้นซึ่งกรณีนี้จะเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมที่ต้องการแรงงานทักษะขั้นสูง ในอุตสาหกรรมแรงงาน ความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานแรงงานส่งผลต่ออัตราค่าจ้าง ซึ่งความยืดหยุ่นนี้สื่อให้เห็นถึง วิธีการของนายจ้างลูกจ้างที่ตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงค่าจ้าง วิธีที่ลูกจ้างตอบสนองกับอัตรา ค่าจ้างแสดงถึงความยืดหยุ่นของอุปทานแรงงาน หากอุปทานแรงงานมีความยืดหยุ่นกล่าวคือมีจำนวน ลูกจ้างมาก อุปทานแรงงาน(ลูกจ้าง) จะพึงพอใจในอัตราค่าจ้างที่กำหนดไว้คงที่ ในทางกลับกันใน อุตสาหกรรมที่ต้องใช้แรงงานทักษะขั้นสูง เช่น อุตสาหกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยี การแพทย์ วิศวกรรม และกฎหมาย ลูกจ้างต้องมีคุณสมบัติพิเศษได้แก่ต้องมีประสบการณ์ ใบประกอบวิชาชีพ หรือได้รับการ ฝึกอบรม และต้องผ่านการทดสอบ เช่น การสอบเนติบัณฑิต หรือการสอบวิชาชีพวิศวกรรม ควบคุม เป็นต้น ความต้องการคุณสมบัติเหล่านี้เป็นการกีดกันการเข้าสู่อุตสาหกรรมนั้นๆ ซึ่งทำให้ อุปทานแรงงานลดลง เนื่องจากแรงงานทักษะขั้นสูงในตลาดมีจำนวนจำกัด อุปทานแรงงานจึงไม่มี ความยืดหยุ่นในอุตสาหกรรมที่ต้องการแรงงานทักษะดังกล่าว ทำให้ไม่มีการตอบสนองต่ออัตราค่าจ้าง แรงงาน<sup>66</sup>

ในทางปฏิบัติของปัจจัยการผลิตประเภทแรงงาน ผู้ผลิตจะต้องรู้จักเปรียบเทียบ รายได้ว่าคุ้มหรือไม่คุ้มกับค่าจ้าง ซึ่งโดยปกตินายจ้างจะไม่จ้างคนงานที่ทำงานไม่คุ้มกับค่าแรง หรือใน กรณีจะต้องปลดคนงานออก นายจ้างมักจะปลดผู้ที่ได้รับอัตราค่าจ้างสูงเมื่อเทียบกับลูกจ้างคนอื่นๆ ที่ มีความสามารถในระดับเดียวกันแต่อัตราค่าจ้างต่ำกว่า เพื่อลดต้นทุนการผลิตอีกทางหนึ่งด้วย แสดง ว่านายจ้างรู้จักเกณฑ์การจ้างเพื่อจะให้ได้กำไรสูงสุดโดยสัญญาอนุญาตอยู่แล้ว เมื่อนายจ้างต้องกำหนด ค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้างก็จะพยายามลดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจ้างลงให้น้อยที่สุดควบคู่ไปกับการ ดึงดูดลูกจ้างให้เข้ามาทำงานด้วย ในทางกลับกันลูกจ้างก็สามารถลาออกและเลือกไปทำงานกับ นายจ้างคนอื่นได้ ส่วนนายจ้างก็จะจ่ายค่าจ้างเท่ากับรายรับที่เพิ่มขึ้นจากการผลิต<sup>67</sup>

## 2.2.6 การผูกขาดในตลาดแรงงาน

การผูกขาดในตลาดแรงงานหรือ Labor Monopsony<sup>68</sup> เกิดขึ้นเมื่อไม่มีการแข่งขัน ในตลาดแรงงานจนทำให้นายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจกดค่าจ้างลูกจ้างได้ ที่ผ่านมานักเศรษฐศาสตร์มี ความเห็นว่าตลาดแรงงานเป็นตลาดที่มีการแข่งขันสูง กล่าวคือ เมื่อลูกจ้างถูกเลิกจ้างก็สามารถหางาน ทำใหม่ได้ง่าย เช่น เมื่อพนักงานทำแซนวิชถูกเลิกจ้างก็สามารถไปทำงานที่ร้านอาหาร ร้านกาแฟอื่นๆ

<sup>66</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, page 302.

<sup>67</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?," page 5.

<sup>68</sup> คำว่า Monopsony หมายถึงการผูกขาดในแง่ "ผู้ซื้อ" แตกต่างจาก Monopoly ที่หมายถึงการผูกขาดในแง่ "ผู้ขาย"

ได้ หรืออาจจะไปเป็นพนักงานขับรถของบริษัท Uber ก็ได้ แม้กระทั่งนักกฎหมายหากต้องการลาออกก็สามารถไปทำงานให้กับบริษัทอื่นได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามมีรายงานวิจัยล่าสุดเปิดเผยว่า สมมติฐานข้างต้นเป็นไปได้อีกต่อไปเนื่องจากในความเป็นจริงแล้วตลาดแรงงานไม่ได้มีการแข่งขันสูง มีเพียงแรงงานจำนวนเล็กน้อยเท่านั้นที่กระจายตัวอยู่ในประเทศ แม้แต่ในพื้นที่ที่มีประชากรหนาแน่น ก็มักมีการทำข้อตกลงห้ามลูกจ้างไปรับทำงานกับคู่แข่งของนายจ้าง (non-compete agreement) แม้ว่า จะลาออกไปแล้วซึ่งเป็นการจำกัดโอกาสในการเข้าถึงการจ้างงานในอนาคต แต่ความตกลงลักษณะนี้เป็นประโยชน์ต่อนายจ้างที่สามารถกำหนดค่าจ้างให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขันได้โดยไม่ต้องกังวลว่า ลูกจ้างจะลาออกไปทำงานกับคู่แข่ง นักวิจารณ์บางท่านได้กล่าวว่าหากมีการผูกขาดในตลาดแรงงานมากเท่าไร ค่าจ้างที่ลูกจ้างได้รับก็จะหยุดนิ่งนานเท่านั้น<sup>69</sup>

การผูกขาดส่งผลต่อการแข่งขันในตลาดการผลิตแรงงานโดยทำให้ระบบเศรษฐกิจด้อยประสิทธิภาพ ซึ่งในตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันบริษัทจะจ่ายค่าตอบแทนส่วนเพิ่มให้ลูกจ้าง แต่การผูกขาดในตลาดแข่งขันทางการค่านายจ้างผู้ผูกขาดจะกำหนดกำไรสูงสุดจากการผลิตในขณะ ที่ต้นทุนส่วนเพิ่มด้านแรงงานต้องเท่ากับรายได้ส่วนเพิ่มของสินค้า หากนายจ้างรายเดียวต้องการจ้างแรงงานใหม่ นายจ้างจะต้องขยายค่าจ้างส่วนเพิ่ม ทำให้ต้นทุนส่วนเพิ่มด้านแรงงานมากกว่าต้นทุนเฉลี่ยของการจ้างแรงงาน ในการลดต้นทุนเฉลี่ยด้านแรงงาน ผู้ผูกขาดจะลดค่าจ้างที่จ่ายจริงแม้ว่าจะทำให้ลูกจ้างลาออกก็ตาม ผลกระทบต่อแรงงานจะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับระดับความยืดหยุ่นของอุปทานแรงงานและความสามารถของผู้ผูกขาดในการจ่ายค่าจ้างที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ลูกจ้างที่มีระดับหรือตำแหน่งต่างกันก็จะจ่ายค่าตอบแทนที่แตกต่างกัน<sup>70</sup> อำนาจผูกขาดของผู้ซื้อแรงงานก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมเนื่องจากนายจ้างที่ผูกขาดจ่ายค่าจ้างน้อยลงจนทำให้เสียลูกจ้างไปเนื่องจากได้รับค่าจ้างลดลง และที่สำคัญการผูกขาดทำให้ประสิทธิภาพของระบบเศรษฐกิจขาดหายไปและนำไปสู่การสูญเสียผลผลิตและแรงงาน<sup>71</sup>

หากผู้ผูกขาดไม่สามารถจ่ายค่าจ้างที่ต่างกันกับลูกจ้างที่มีตำแหน่งต่างกันได้นายจ้างก็จะลดปริมาณหรือคุณภาพในตลาดสินค้าปลายน้ำแทนการลดค่าจ้าง และถ้าผู้ผูกขาดมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดปลายน้ำ การลดปริมาณสินค้าก็จะทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้น หากผู้ผูกขาดเผชิญกับตลาดปลายน้ำที่มีการแข่งขัน ราคาสินค้าจะไม่เปลี่ยนแปลงและผลกระทบจากการรวมกันผูกขาดจะเป็นการลดค่าจ้างซึ่งการลดค่าจ้างดังกล่าวจะไม่กระทบกับผู้บริโภค แต่หากผู้ผูกขาดสามารถจ่ายค่าจ้างที่

<sup>69</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?," page 2.

<sup>70</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets," [Online] Accessed: 9 June 2020. Updated: 5 June 2019. Available from: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)2/en/pdf)

<sup>71</sup> ibid.

ต่างกับปลุกจ้างที่มีตำแหน่งต่างกันได้ จะทำให้ผู้ผูกขาดลดค่าจ้างของปลุกจ้างแต่ละรายได้ หรืออาจลดสวัสดิการของปลุกจ้างลงได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เชี่ยวชาญบางท่านพิจารณาว่า แม้ว่าการกำหนดค่าจ้างที่แตกต่างกันสำหรับปลุกจ้างที่มีตำแหน่งต่างกันมีโอกาสเกิดขึ้นได้ แต่เป็นการยากสำหรับนายจ้างจะปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน<sup>72</sup>

ตัวอย่าง ในชุมชนขนาดเล็กที่ห่างจากตัวเมืองออกไป มีโรงงานเพียงโรงงานเดียว และมีปลุกจ้างกำลังหางานทำอยู่โดยที่ไม่มีโรงงานอื่นที่ตนสามารถทำงานได้ นายจ้างก็มักตั้งราคาจ้างให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน คือ ต่ำกว่าระดับที่ปลุกจ้างอาจได้รับเสนอหากมีโรงงานอื่นแข่งขันกันจ้างปลุกจ้างคนดังกล่าว ดังนั้น โรงงานในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจหรือนายจ้างจึงมีอำนาจผูกขาดเนื่องจากสามารถกำหนดค่าจ้างที่ต่ำกว่าเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งกรณีนี้ส่งผลให้มีการลดปริมาณและคุณภาพของสินค้าที่ผลิตและอาจนำไปสู่การกำหนดราคาสินค้าที่สูงขึ้นในตลาดปลายทาง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระดับการแข่งขันในตลาด<sup>73</sup> นายจ้างผู้ผูกขาดสามารถลดค่าจ้างให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน ลดจำนวนการจ้างแรงงาน หรือกำหนดเงื่อนไขการจ้างงานได้ และในรูปแบบเศรษฐกิจในอดีต การผูกขาดเกิดขึ้นในตลาดแรงงานที่มียาจ้างที่เกี่ยวข้องกับงานที่ต้องใช้ทักษะพิเศษเท่านั้น แต่ในปัจจุบันการผูกขาดจะเกิดขึ้นในธุรกิจที่หลากหลาย มีนายจ้างหรือผู้ประกอบการหลายคนรวมตัวกันเพื่อผูกขาดในตลาด<sup>74</sup>

การผูกขาดในตลาดแรงงานถูกควบคุมโดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแบบเดียวกับการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการ ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์การผูกขาดทั้ง 2 รูปแบบถือว่ามี ความท้าทายในระบบเศรษฐกิจที่เหมือนกันคือการกำหนดราคาของทรัพยากร (การกำหนดราคาสินค้าคือการกำหนดราคาประเภทวัตถุหรือเครื่องมือ ส่วนการกำหนดราคาจ้างคือการกำหนดราคาในทรัพยากรมนุษย์) ซึ่งนำไปสู่การจ้างงานในระดับต่ำอันเป็นการทำลายระบบเศรษฐกิจและส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการผลิต ด้วยเหตุนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงควรนำไปบังคับใช้กับการผูกขาดในตลาดแรงงานเหมือนกับการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการ ดังเช่นศาลฎีกาในคดี *Weyerhaeuser v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Ltd.*<sup>75</sup> ได้ตั้งข้อสังเกตว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดควรจะนำไปปรับใช้กับทั้งการผูกขาดในตลาดสินค้าและบริการกับการผูกขาดในตลาดแรงงานอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในความเป็นจริงผู้มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายหรือรัฐบาลนำกฎหมายดังกล่าวไปใช้กับการผูกขาดในตลาดแรงงานน้อยมาก หรือแม้ว่าจะถูกนำไปใช้ก็ตามแต่ก็

<sup>72</sup> *ibid.*

<sup>73</sup> *ibid.*

<sup>74</sup> *ibid.*

<sup>75</sup> *Weyerhaeuser v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Ltd.*, 549 U.S. 312,322 (February 20, 2007)

นำไปปรับใช้เฉพาะกรณีที่เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่ชัดเจนเท่านั้น เช่น ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน<sup>76</sup>

การผูกขาดในตลาดแรงงานเกิดจาก 3 สาเหตุ ได้แก่

1. การกระจุกตัว (Concentration) กล่าวคือ การที่นายจ้างเพียงรายเดียวหรือน้อยรายจ้างลูกจ้างที่มีความสามารถเฉพาะด้านในพื้นที่ที่ลูกจ้างอาศัยอยู่ เมื่อมีนายจ้างเพียงน้อยราย ลูกจ้างที่ได้รับค่าจ้างน้อยก็จะมีโอกาสเปลี่ยนไปทำงานที่มีค่าจ้างสูงกว่าได้ กรณีดังกล่าวทำให้นายจ้างสามารถตรึงค่าจ้างได้ นอกจากนี้การกระจุกตัวของนายจ้างน้อยรายจะนำไปสู่การรวมตัวกันระหว่างนายจ้างโดยจะมีนายจ้างรายหนึ่งเป็นผู้แทนและประชุมกันเพื่อกตรึงค่าจ้างตามที่นายจ้างแต่ละรายยอมรับได้<sup>77</sup>

2. ความเสี่ยงในการหางานใหม่ (Search Friction) คือ ความยากหรือความไม่สบายใจในการหางานใหม่เมื่อลูกจ้างไม่พอใจในงานที่ทำหรือถูกเลิกจ้าง ความเสี่ยงในการหางานใหม่นี้เกิดขึ้นเพราะลูกจ้างอาจไม่ได้คำนึงถึงสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ใหม่เนื่องจากลูกจ้างยังไม่ทราบสภาพแวดล้อมในการทำงานที่ใหม่เป็นอย่างไร หากการหางานเป็นไปได้ยากหรือมีความเสี่ยง ลูกจ้างมักจะทำงานอยู่ที่เดิมที่ได้รับค่าจ้างน้อยกว่าแทนที่จะไปหางานทำใหม่<sup>78</sup>

3. ความแตกต่างของเงื่อนไขการจ้างงาน (Job Differentiation) คือ กรณีที่นายจ้างแต่ละรายเสนอเงื่อนไขการจ้างงานที่แตกต่างกัน เช่น เวลาทำงาน สวัสดิการต่างๆ วันหยุด วันลาป่วย และบรรยากาศในการทำงานอื่นๆ โดยลูกจ้างก็จะพิจารณาความสะดวกสบายในส่วนนี้ด้วยหากต้องเปลี่ยนงานจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งซึ่งลูกจ้างก็มักจะจะไม่เปลี่ยนงานหากอีกที่หนึ่งให้สวัสดิการต่างๆที่ดีกว่า<sup>79</sup>

สาเหตุที่สำคัญในการผูกขาด ได้แก่ การกระจุกตัวของนายจ้างเนื่องจากจะนำไปสู่การผูกขาดในตลาดแรงงานระหว่างนายจ้างน้อยราย ตัวอย่าง ในประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับตลาดสินค้า Coca cola มีส่วนแบ่งมากที่สุดถึงร้อยละ 43 ในตลาดสินค้าประเภทเครื่องดื่มไร้แอลกอฮอล์ ส่วนตลาดแรงงาน Home Depot มีส่วนแบ่งมากที่สุดถึงร้อยละ 100 ในตลาดตัวแทนขนส่งสินค้า

<sup>76</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 3.

<sup>77</sup> ibid. page 5.

<sup>78</sup> ibid.

<sup>79</sup> ibid.

เป็นต้น ดังนั้น วิธีการหนึ่งที่จะควบคุมการกระจุกตัวดังกล่าวได้คือการกำจัดการควมรวมหรือการรวมกลุ่มระหว่างนายจ้าง<sup>80</sup>

ตัวชี้วัดของการผูกขาดในตลาดแรงงาน ได้แก่ (1) ระดับความยืดหยุ่นของอุปทานแรงงาน (labour supply elasticity) กล่าวคือปฏิกิริยาของลูกจ้างที่รู้สึกกับการปรับเปลี่ยนค่าจ้าง โดยลูกจ้างจะลาออกหรือไม่ทำงานหากถูกลดค่าจ้างในอัตราที่ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน<sup>81</sup> ซึ่งถูกตีความว่าเป็นหลักฐานการผูกขาดในตลาดแรงงาน ที่ผ่านมานงานวิจัยตลาดแรงงานเฉพาะ พบอำนาจตลาดของนายจ้างในธุรกิจเหมืองแร่ถ่านหิน และผู้ช่วยพยาบาล ในขณะที่เดียวกันพบอำนาจตลาดที่แข่งขันกันสมบูรณ์ในวิชาชีพครูที่สอนในโรงเรียน<sup>82</sup> ขณะที่ความยืดหยุ่นของตลาดแรงงานที่เหลืออาจประเมินยาก งานวิจัยหลายฉบับสนับสนุนการมีอยู่ของระดับอำนาจผูกขาดของนายจ้างในตลาดต่างๆ อย่างมีนัยสำคัญ แม้ว่าตลาดแรงงานในยุโรปจะมีความยืดหยุ่นของอุปทานแรงงานที่เหลือมากกว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย แต่ระดับการตอบสนองของลูกจ้างเกี่ยวกับการลดค่าจ้างมีระดับที่ต่ำกว่า การศึกษาทดลองกับเจ้าหน้าที่รัฐในประเทศแม็กซิโก เมื่อปี ค.ศ. 2013 พบว่าร้อยละ 33 ของการเสนอขึ้นค่าจ้างโดยนายจ้างส่งผลให้เกิดการเพิ่มขึ้นของการสมัครงานในอัตราร้อยละ 26 และทำให้ระดับการยืดหยุ่นของตลาดแรงงานต่ำลง นอกจากนี้การศึกษาของประเทศเยอรมนี พบว่าระดับความยืดหยุ่นของแรงงานในประเทศหญิงต่ำกว่าในประเทศชาย และการศึกษาอื่น ๆ ยังพบว่าระดับความยืดหยุ่นของอุปทานแรงงานในตลาดแรงงานออนไลน์มีระดับที่สูงกว่าเมื่อเทียบกับตลาดแรงงานอื่น ๆ ระดับความยืดหยุ่นของอุปทานแรงงานที่ต่ำนี้อาจเกิดจากการใช้ข้อตกลงที่ห้ามลูกจ้างประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างในพื้นที่เดียวกัน ค่าใช้จ่ายในการย้ายงาน การย้ายที่พักไปอยู่ไกลที่ทำงาน การได้รับข้อมูลที่ไม่เพียงพอ ไม่มีอำนาจต่อรองกับนายจ้าง และความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้เกิดอำนาจผูกขาดในตลาดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการลดค่าจ้างที่ให้กับลูกจ้าง<sup>83</sup> และ (2) อำนาจตลาด (Market Power) หากตลาดมีการรวมอำนาจกันก็จะมีนายจ้าง 1-3 ราย ซึ่งนายจ้างเหล่านี้ก็จะมีอำนาจเหนือตลาด<sup>84</sup>

จากการศึกษาตลาดแรงงาน เป็นตลาดที่นายจ้างและลูกจ้างได้ตกลงทำสัญญาเข้าทำงานโดยนายจ้างได้รับบริการจากคนงานในฐานะ “ผู้ซื้อแรงงาน” และลูกจ้างได้รับค่าจ้างเป็นผลตอบแทนจากการขายแรงงานในฐานะ “ผู้ขายแรงงาน” กล่าวคือเป็นแหล่งที่ก่อให้เกิดอุปสงค์และอุปทานของ

<sup>80</sup> ibid. page 6.

<sup>81</sup> ibid. page 9.

<sup>82</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets."

<sup>83</sup> ibid. page 10.

<sup>84</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 10.

แรงงาน จึงเป็นกรณีข้อตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่มีลักษณะในแนวดิ่ง (Vertical Agreement) แต่นายจ้างกับนายจ้างอาจทำข้อตกลงการจ้างแรงงานเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานอันมีลักษณะในแนวนอน (Horizontal Agreement) ได้เช่นเดียวกัน

### 2.3 แนวคิดพื้นฐานของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน

ในทางเศรษฐศาสตร์ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์มักถูกใช้เป็นเกณฑ์ในการเปรียบเทียบกับข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันเนื่องจากการจัดสรรทรัพยากรที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดไม่ก่อให้เกิดความสูญเสียในเชิงเศรษฐกิจ (deadweight welfare loss) การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันผู้ประกอบการมักขึ้นราคาสินค้าหรือบริการเพื่อเพิ่มกำไรให้มากขึ้นซึ่งจะทำให้ปริมาณผู้บริโภคส่วนเกินลดลงในที่สุด โดยหลักการแล้ว พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเป็นกรณีนี้ที่ผู้ประกอบการใช้อำนาจตลาดเพื่อจำกัดการแข่งขันและขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ อำนาจตลาดดังกล่าวส่งผลให้เกิดตลาดที่ไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากอำนาจตลาดนั้นบิดเบือนราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการไปจากจุดดุลยภาพ ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันมีหลายรูปแบบ เช่น การตกลงด้านราคา ปริมาณการผลิต ส่วนแบ่งตลาด การร่วมมือกันฮั้วประมูล เป็นต้น ซึ่งการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมีทั้งแบบเปิดเผยและไม่เปิดเผย<sup>85</sup> แต่ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการมักจะร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในลักษณะที่ไม่เปิดเผยมากกว่า นอกจากนี้ ผู้ประกอบการมักอ้างสิทธิเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจที่สามารถกระทำได้อย่างเต็มที่ โดยสามารถเลือกที่จะดำเนินธุรกิจอะไรก็ได้ และเลือกที่จะดำเนินธุรกิจในตลาดใด ซึ่งในบางครั้งผู้ประกอบการอาจร่วมมือกันกระทำการบางอย่างเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันคือกำไรสูงสุดโดยใช้ข้ออ้างว่าแต่ละฝ่ายมีอิสระทางแพ่ง (private autonomy) เหมือนกัน<sup>86</sup> อย่างไรก็ตาม หลักอิสระทางแพ่งนั้นอาจถูกกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจำกัดขอบเขตในการบังคับใช้ได้หากส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือก่อผลเสียกับเศรษฐกิจมวลรวมของประเทศ

นอกจากนี้ เมื่อนำปัจจัยที่พิจารณาโครงสร้างตลาดในมุมมองของการแข่งขันทางการค้ามาปรับใช้กับการตกลงร่วมกัน (agreement) ระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปแล้วจะพบว่า พฤติกรรมการกระทำตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปดังกล่าวที่ถือว่าผิดกฎหมายชัดเจน ได้แก่ การกำหนดราคาร่วมกัน (price fixing) และการร่วมมือกันกำหนดราคาประมูล (bid rigging) เนื่องจากพฤติกรรมทั้งสองกรณีนี้ไม่สามารถหาเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์มา

<sup>85</sup> เบนจอร์จตัน ตั้งสถาพรพันธุ์, "การตกลงร่วมกันภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : เจตนารมณ์และประเด็นความท้าทาย," วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 37, มีนาคม 2562. หน้า 170.

<sup>86</sup> กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, ธันวาคม 2561. หน้า 919.



รองรับได้ และเป็นอุปสรรคขัดขวางการเข้าสู่ตลาดหรือการผลิตสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งของผู้ผลิตรายใหม่ ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยทั่วไปจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องผิดกฎหมาย และมักจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ขณะที่การตกลงร่วมกันกรณีอื่นๆ อาจจะได้มีจุดประสงค์ (object) เพื่อจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันเสมอไป เช่น การตกลงร่วมกันทำงานวิจัยและพัฒนาสินค้า การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางธุรกิจ การสร้างเครือข่ายในการให้บริการร่วมกันหรือการแบ่งพื้นที่การขายสินค้า เป็นต้น<sup>87</sup>

### 2.3.1 ความหมายของการตกลงร่วมกัน

การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน หมายถึง พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป มาร่วมตกลงกันไม่ว่าโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อดำเนินการบางอย่าง อันส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน เป็นเหตุให้การแข่งขันในตลาดเปลี่ยนแปลงไป<sup>88</sup> การทำความตกลงที่จะจำกัดการแข่งขันอาจเป็นเรื่องราคา การผลิต ตลาดและลูกค้า ซึ่งการทำความตกลงประเภทนี้มักจะเหมือนกับ คาร์เทล (cartel) หรือการสมรู้ร่วมคิด (collusion) และศาลส่วนใหญ่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากมีผลเพิ่มราคาสินค้า จำกัดผลผลิต และผลที่ตามมาก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจ การทำความตกลงร่วมกันอาจเป็นแบบเป็นทางการและอาจเขียนเงื่อนไขต่าง ๆ เป็นลายลักษณ์อักษรที่เด่นชัดหรือไม่เด่นชัดแต่เป็นที่เข้าใจตรงกันในหมู่สมาชิก การทำความตกลงร่วมกันที่เด่นชัดไม่จำเป็นต้องเป็นการทำความตกลงแบบเป็นทางการและ “เปิดเผย” ซึ่งผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้ที่ตกลงร่วมกันสามารถสังเกตเห็น ในความเป็นจริงแล้ว การทำความตกลงร่วมกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขันส่วนใหญ่จะเป็นแบบซ่อนเร้นซึ่งองค์กรกำกับการแข่งขันไม่สามารถตรวจพบได้ง่าย แต่ไม่ใช่การตกลงร่วมกันทุกประเภทจะเป็นผลร้ายต่อการแข่งขันหรือถูกห้ามตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายประเทศ ยกเว้นการจัดการร่วมกันระหว่างบริษัทซึ่งอาจส่งเสริมประสิทธิภาพ หรือการเปลี่ยนแปลงในตลาด ตัวอย่างเช่น อาจยอมให้มีการตกลงร่วมกันระหว่างบริษัทในการที่จะพัฒนามาตรฐานผลิตภัณฑ์ให้เป็นแบบเดียวกันเพื่อการประหยัดต่อขนาด เพิ่มการใช้ผลิตภัณฑ์และการเผยแพร่เทคโนโลยี ในทำนองเดียวกัน อาจยอมให้บริษัทร่วมมือกันในด้านการทำงานวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ (R&D) การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางสถิติ หรือการลงทุนร่วมกันเพื่อกระจายความเสี่ยงและก่อตั้งกองทุนรวมใน

<sup>87</sup> เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, เอกสารเหตุการณ์ปัจจุบันหมายเลข 6 Trade and Competition, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า. 12-13.

<sup>88</sup> ชลลดา คุ่มม่วง, "ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 56(2) : ศึกษาเฉพาะการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), หน้า. 22.

โครงการอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ อย่างไรก็ตาม การยกเว้นนี้โดยทั่วไปมีพื้นฐานมาจากการทำความตกลงร่วมกันหรือการจัดการที่ไม่ใช่การกำหนดราคาหรือพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันประเภทอื่น<sup>89</sup>

การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันมักจะเกิดขึ้นในตลาดที่มีผู้ประกอบการรายย่อย เนื่องจากในทางทฤษฎี ผู้ผลิตสามารถขึ้นราคาสินค้าและกำไรที่ผิดกฎหมายบางอย่างเพราะลักษณะการตกลงร่วมกันนี้ทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดในการควบคุมราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการ<sup>90</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง พฤติกรรมการตกลงร่วมกันพยายามที่จะเลียนแบบพฤติกรรมผูกขาด โดยการจำกัดผลผลิตทางอุตสาหกรรม การขึ้นราคาสินค้าหรือการกำหนดราคาสินค้าเพื่อให้ได้กำไรสูงขึ้น

อย่างไรก็ตาม ปัญหาในทางเศรษฐศาสตร์กับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน คือ การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันเป็นสิ่งที่แตกสลายได้ง่าย<sup>91</sup> ซึ่งเกิดจากสาเหตุดังต่อไปนี้

1. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีมาตรการบังคับกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันหรือที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน

2. การตกลงร่วมกันมีลักษณะที่ไม่คงทนถาวร กล่าวคือ ผู้ประกอบการรายบางรายอาจหักหลังกันเองโดยไม่ผลิตและจำหน่ายสินค้าตามที่ตกลง หรือไม่รักษาระดับราคาสินค้าที่ตกลงกัน โดยเฉพาะผู้ประกอบการรายเล็กที่อยู่ในกลุ่มการกระทำร่วมกัน มีโอกาสที่จะไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงสูงกว่าผู้ประกอบการรายใหญ่เนื่องจากผู้ประกอบการรายใหญ่มีส่วนแบ่งในตลาดที่มากกว่า<sup>92</sup>

### 2.3.2 รูปแบบของการตกลงร่วมกัน

การตกลงร่วมกันทางธุรกิจ แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ<sup>93</sup> ได้แก่

#### 2.3.2.1 การตกลงร่วมกันในแนวนอน (horizontal agreement)

<sup>89</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "คำศัพท์เศรษฐศาสตร์องค์การอุตสาหกรรมและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า" หน้า 2-3.

<sup>90</sup> ชลลดา คุ่มม่วง, "ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 56(2) : ศึกษาเฉพาะการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง," หน้า 172.

<sup>91</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "พฤติกรรมความร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในแนวนอน (Cartel) : ศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา," ใน นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม ตุลาคม (กันยายน-ธันวาคม 2557). หน้า 104.

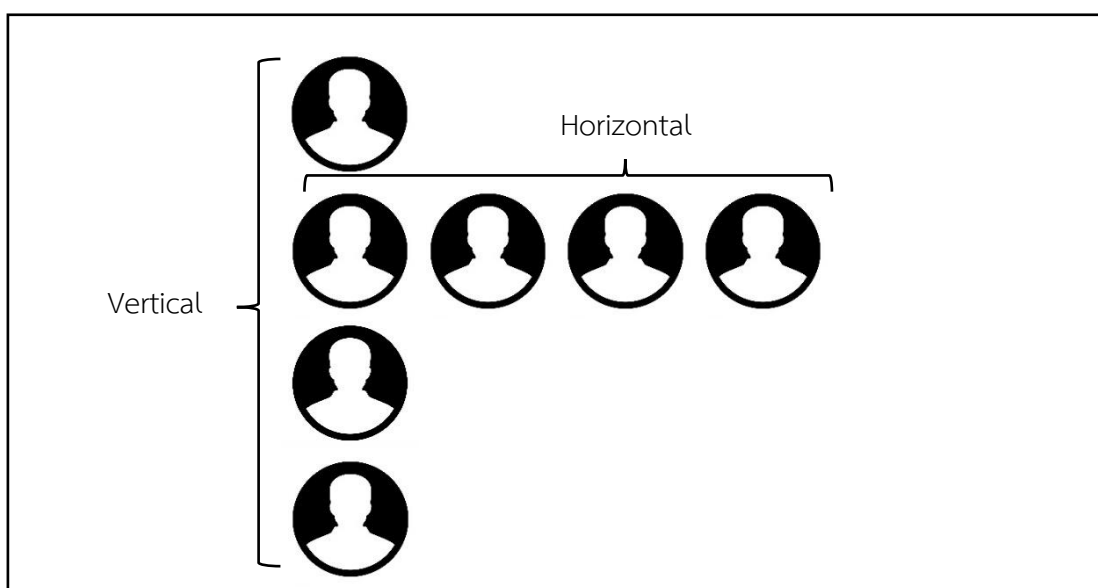
<sup>92</sup> ibid. หน้า 105.

<sup>93</sup> สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, แนวปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (กระทรวงพาณิชย์, 2553), หน้า 1.

เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นคู่แข่งกันในตลาด (คู่แข่ง) เช่น การตกลงระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิต (manufacturers) ผู้จัดจำหน่ายกับผู้จัดจำหน่าย (distributors)

### 2.3.2.2 การตกลงร่วมกันในแนวดิ่ง (vertical agreement)

เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในระดับต่างกัน กล่าวคือ เป็นผู้ประกอบธุรกิจในลักษณะที่เกี่ยวเนื่องหรือพึ่งพาอาศัยกันในตลาด (คู่ค้า) เช่น การตกลงระหว่างผู้ผลิต (manufacturer) กับผู้ค้าปลีก (retailer) หรือผู้จัดจำหน่าย (distributor)



รูปที่ 3 รูปแบบการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

### 2.3.3 ลักษณะของการตกลงร่วมกัน

#### 2.3.3.1 การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel)

การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบร้ายแรง (Hardcore-Cartel) คือ การตกลงร่วมกันระหว่างคู่แข่งที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน เพื่อที่จะกำหนดราคา ปริมาณ หลักเกณฑ์ กติกา เงื่อนไขทางการค้า รวมไปถึงการฮั้วประมูล พฤติกรรมดังกล่าวเป็นการทำลายการแข่งขันอย่างร้ายแรง ผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าข่ายว่าเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ซึ่งมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดพฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อแข่งขันอย่างร้ายแรงได้แก่ 1) ผู้ประกอบการธุรกิจที่กำหนดราคาซื้อหรือราคาขาย หรือเงื่อนไขทางการค้าใดๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ 2) การจำกัดปริมาณของ

สินค้าหรือบริการ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละราย หรือบริการตามที่ตกลงกัน 3) การกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขลักษณะแบบสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูล หรือ ได้ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือการที่ไม่ให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูล หรือการประกวดราคาสินค้า บริการ 4) การกำหนดแบ่งท้องที่ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือ ลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่ นั้นๆ หรือการกำหนดผู้ซื้อ หรือผู้ขาย ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่ซื้อ หรือจำหน่าย<sup>94</sup>

### 2.3.3.2 การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างไม่ร้ายแรง(Non-Hardcore Cartel)

การตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อไม่ร้ายแรง คือ การตกลงร่วมกันระหว่างคู่ค้า เป็นการทำลายการแข่งขันที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อร้ายแรง แต่บางกรณีการตกลงร่วมกันระหว่างคู่ค้า อาจเป็นรูปแบบธุรกิจแบบแฟรนไชส์หรือเรียกว่า ธุรกิจที่แตกออกมาจากบริษัทแม่ หรืออาจเป็นตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับการอนุญาต (Franchise, Authorized dealer) แต่จะต้องไม่เป็นการลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด สินค้าหรือบริการนั้น ซึ่งมาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดพฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่ออย่างไม่ร้ายแรง ได้แก่ (1) ตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 54 (1) (2) หรือ (4) 2) การลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการ 3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน 4) การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน<sup>95</sup>

วิธีพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีการตกลงร่วมกันแบบร้ายแรง และไม่ร้ายแรง พิจารณาจาก<sup>96</sup> 1) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่ผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบการ การส่งเอกสาร การสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด 2) มีการตัดสินใจของสมาคม หรือ ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะมติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญ ของสมาชิก เป็นต้น 3) มีการกระทำร่วมกันที่ไม่

<sup>94</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "มาตรา 54 และ มาตรา 55 : การตกลงร่วมกัน ผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน (CARTEL & BID-RIGGINGS)" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/section-54-55-cartel-bid-riggings/>

<sup>95</sup> ibid.

<sup>96</sup> ibid.

ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้กระทำการร่วมกัน

แนวทางการพิจารณาการกระทำที่เป็นการลดการแข่งขัน พิจารณาถึงการแข่งขันที่ลดลงในตลาด เช่น จำนวนคู่แข่งในตลาดลดลง จำนวนสินค้า หรือบริการในตลาด ที่แข่งขันกันลดลง ทั้งนี้ ให้พิจารณาเฉพาะกรณีผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละสิบขึ้นไป

แนวทางการพิจารณาการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน พิจารณาจากการกระทำอันเป็นการจำกัดการแข่งขัน ให้พิจารณาถึงการแข่งขันที่ถูกจำกัดในตลาดใดตลาดหนึ่ง เช่น คู่แข่งขันในตลาดรายหนึ่งถูกจำกัดสิทธิหรือโอกาสในการจำหน่ายสินค้าหรือบริการในตลาด หรือถูกจำกัดสิทธิหรือโอกาสในการดำเนินการเพื่อแข่งขันในตลาด ทั้งนี้ ให้พิจารณาเฉพาะกรณีผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ร้อยละสิบขึ้นไป

จากการศึกษารูปแบบและลักษณะของข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ผู้เขียนจะนำไปศึกษาวิเคราะห์พฤติกรรมการตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจว่ามีลักษณะเป็นแนวราบหรือแนวตั้ง และส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรง ซึ่งจะช่วยให้สามารถแยกประเภทและกำหนดหลักเกณฑ์ของข้อตกลงการจ้างแรงงานที่ต้องการศึกษาได้อย่างชัดเจน

### 2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ

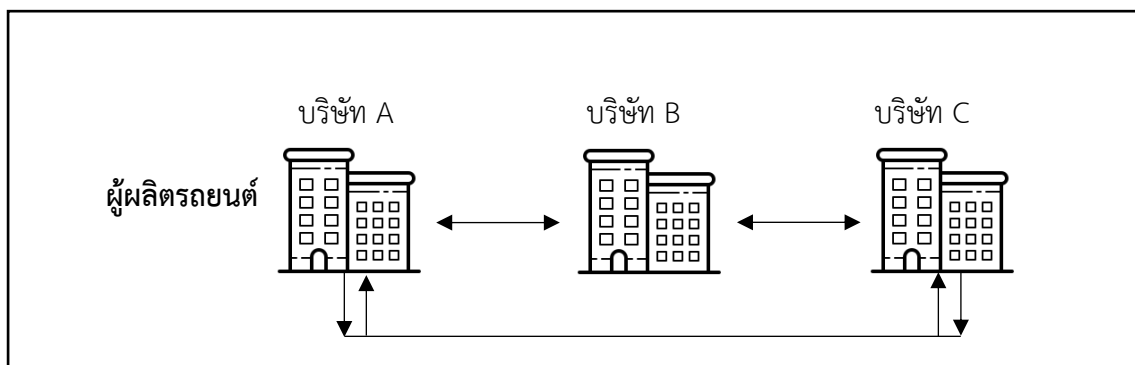
จากรูปแบบของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันที่แบ่งเป็น 2 รูปแบบได้แก่ การตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวราบและแนวตั้ง สามารถอธิบายความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างผู้ประกอบธุรกิจต่าง ๆ ได้ 2 ประเภท ดังนี้

#### 2.3.4.1 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในแนวราบ (Horizontal)

ความสัมพันธ์ในแนวราบเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ตามปกติต้องแข่งขันซึ่งกันและกันในอันที่จะต่อสู้แย่งชิงลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดเพื่อที่จะให้ได้จำนวนลูกค้าและส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้เป็น “คู่แข่ง” กัน ตามปกติการแข่งขันในตลาดหากผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งสามารถทำให้ส่วนแบ่งการตลาดของตนเพิ่มมากขึ้นแล้ว ก็จะมีผลทำให้ส่วนแบ่งการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งลดน้อยลง หรือในกรณีของการประมูลเพื่อทำโครงการใดโครงการหนึ่ง หากผู้ประกอบ

ธุรกิจรายใดรายหนึ่งชนะการประมูลนั้น ก็จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอื่นที่มีความสัมพันธ์ในแนวระนาบเดียวกันและเข้าร่วมแข่งขันในการประมูลไม่ได้รับผลประโยชน์จากการประมูลรายนั้น<sup>97</sup> เป็นต้น

ตัวอย่าง เช่น บริษัท A บริษัท B และบริษัท C ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันคือรถยนต์ และทำการขายสินค้าในพื้นที่เดียวกัน จึงเกิดการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการทั้งสาม



#### รูปที่ 4 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวราบ (Horizontal)

##### 2.3.4.2 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบการในแนวตั้ง (Vertical)

ความสัมพันธ์ในแนวตั้งเป็นความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ประกอบการที่ตามปกติไม่ได้แข่งขันซึ่งกันและกัน แต่จะมีส่วนเกี่ยวเนื่องในการประกอบธุรกิจระหว่างกัน โดยอาจจะอยู่ในรูปของผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ค้าปลีก โดยอาจจะกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้เป็น “คู่ค้า” ซึ่งกันและกันและมีหน้าที่ในวงจรทางเศรษฐกิจคนละส่วนกัน ดังนั้น ในระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งเหล่านี้โดยหลักจึงไม่ได้มีการแข่งขันกัน แต่การทำหน้าที่ของผู้ประกอบการแต่ละรายอาจจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการอื่นที่อยู่ในแนวตั้งเดียวกัน เช่น หากผู้ค้าปลีกไม่ได้ทำการขายสินค้าอย่างมีประสิทธิภาพให้แก่ผู้บริโภค ก็จะทำให้จำนวนสินค้าที่ผู้ขายส่งสามารถขายให้แก่ผู้ค้าปลีกลดน้อยลงตามไปด้วย และจะส่งผลกระทบเป็นลูกโซ่ต่อไปยังผู้ผลิตที่เป็นผู้อยู่บนยอดของความสัมพันธ์ในแนวตั้งนี้<sup>98</sup>

ตัวอย่าง คือ ในตลาดของสินค้ารถยนต์ มีผู้ประกอบการ ได้แก่

1. บริษัท A ผลิตรถยนต์ยี่ห้อ AA มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท ก. และมีผู้ค้าปลีกคือ บริษัทหนึ่ง

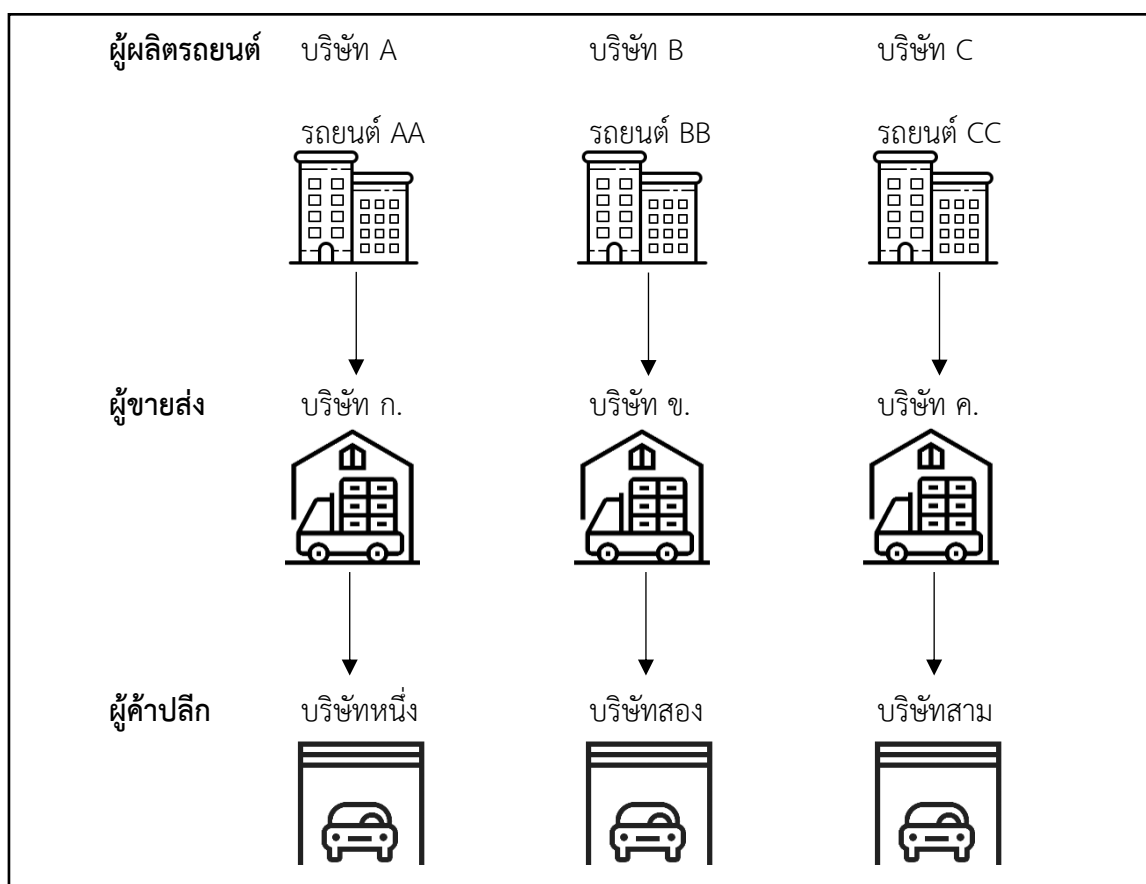
<sup>97</sup> สรวิต ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, หน้า. 118.

<sup>98</sup> ibid. หน้า 119.

2. บริษัท B ผลิตรถยนต์ยี่ห้อ BB มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท ข. และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัทสอง

3. บริษัท C ผลิตรถยนต์ยี่ห้อ CC มีผู้ขายส่ง คือ บริษัท ค. และมีผู้ค้าปลีก คือ บริษัทสาม

รูปแบบความสัมพันธ์จากข้อเท็จจริงข้างต้น แสดงได้ตามแผนภูมिนี้



### รูปที่ 5 ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบธุรกิจในแนวดิ่ง (Vertical)

จากแผนภูมิต้นอธิบายได้ว่า บริษัท A บริษัท B และบริษัท C มีความสัมพันธ์กันในแนวนราบ ซึ่งต้องมีการแข่งขันระหว่างกันในการจำหน่ายสินค้า (รถยนต์) ยี่ห้อที่ตนผลิตให้ได้มากที่สุด เช่นเดียวกับกับบริษัท ก. ข. ค. และบริษัทหนึ่ง สอง สาม ที่อยู่ใรระนาบเดียวกัน<sup>99</sup>

ในทางตรงกันข้าม ความสัมพันธ์ของบริษัท A บริษัท ก. และบริษัทหนึ่ง เป็นความสัมพันธ์ในแนวดิ่ง ซึ่งต้องเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน กล่าวคือ บริษัท A เป็นผู้ผลิตสินค้า

<sup>99</sup> ibid. หน้า 120.

(รถยนต์) และขายให้บริษัท ก. ที่ทำหน้าที่กระจายสินค้า (รถยนต์) ไปตามพื้นที่ต่างๆ และบริษัท หนึ่ง ก็จะเป็นผู้ซื้อสินค้าไปเพื่อขายให้กับผู้บริโภคเป็นขั้นตอนสุดท้าย หากบริษัทหนึ่งสามารถขายสินค้าได้ เป็นจำนวนมาก ก็จะสร้างผลประโยชน์เพิ่มขึ้นให้กับทั้งบริษัท A และบริษัท ก. โดยความสัมพันธ์ใน แนวตั้งนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับความสัมพันธ์ของบริษัท B บริษัท ข. บริษัท สอง และ ความสัมพันธ์ของบริษัท C บริษัท ค. และบริษัทสาม<sup>100</sup>

### 2.3.5 ประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

จากความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน คือ พฤติกรรมของ ผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปมาร่วมตกลงกันไม่ว่าโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อบำเพ็ญกิจการบางอย่างอันส่งผลให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน เป็นเหตุให้การแข่งขันในตลาดเปลี่ยนแปลงไป

เมื่อทราบถึงความหมายของการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันแล้ว สามารถกำหนดนิยามของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อจำกัดการแข่งขัน ได้ว่า “การที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีฐานะเหนือกว่า (โดยปกติจะมีฐานะเป็นนายจ้าง) ตกลงร่วมกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานเพื่อผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันอันส่งผลกระทบต่อลูกจ้าง ผู้ประกอบการรายอื่น ตลาดแรงงาน หรือระบบเศรษฐกิจโดยรวม”

เมื่อพิจารณาข้อตกลงการจ้างแรงงานโดยอาศัยคู่สัญญาเป็นเกณฑ์ สามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบคือ

#### 2.3.5.1 ข้อตกลงการจ้างแรงงานในแนวนอน (horizontal agreement)

เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในฐานะนายจ้างที่อยู่ในระดับเดียวกัน เช่น การตกลงระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิต ผู้จัดจำหน่ายกับผู้จัดจำหน่าย หรือนายจ้างกับนายจ้าง ในเรื่องการจ้างแรงงานเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงาน

##### ตัวอย่าง

1. ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกัน (no poaching agreement)
2. ข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage fixing agreement)

<sup>100</sup> ibid.



3. ข้อตกลงร่วมกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างงาน (exchange of information)

4. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement)

### 2.3.5.2 ข้อตกลงการจ้างแรงงานในแนวตั้ง (vertical agreement)

เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับบุคคลอื่นที่อยู่ในระดับที่ต่างกัน เช่น การตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับลูกจ้าง ในเรื่องการจ้างแรงงานเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาด เป็นต้น

#### ตัวอย่าง

1. ข้อตกลงห้ามประกอบธุรกิจแข่งกับนายจ้าง (non-compete covenants)

2. ข้อตกลงห้ามชักจูงลูกค้าของนายจ้างมาทำธุรกิจกับตนเอง (a customer non-solicitation covenants)

3. ข้อตกลงห้ามลูกจ้างชักชวนเพื่อนร่วมงานลาออก (a co-employee non-solicitation covenants)

4. ข้อตกลงรักษาความลับ (confidentiality agreement)

### 2.3.6 ข้อยกเว้นการกระทำความผิด

กรณีการตกลงร่วมกันในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด ได้แก่

1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561

2) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้า และการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในระดับกันโดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้ใช้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือสนับสนุน การประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือผลตอบแทนอื่นใด ตามที่ระบุในสัญญา เช่น สัญญาในการทำธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์ (Franchise Agreement) หรือรูปแบบตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับอนุญาต (Authorized Dealer) เป็นต้น

การตกลงร่วมกันตามข้อ 2) และ 3) จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ที่กำหนดไว้ตามข้อ 1.1 , 1.2 โดยจะต้องพิจารณาว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นตามวัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นจะต้องสมเหตุสมผล ต่อการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบที่เป็นข้อจำกัดของการแข่งขันในตลาด

2) ไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือ จำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การกระทำร่วมกันที่เข้าข่ายข้อยกเว้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดในตลาด หรือผู้ประกอบการที่กระทำการร่วมกันจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันน้อยกว่าร้อยละ 10

3) ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคในด้านราคา คุณภาพ ปริมาณ หรือทางเลือกของการใช้สินค้า หรือ บริการ

### 2.3.7 ขอบเขตตลาด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าใช้ในการกำกับดูแลพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดไม่ให้มีการจำกัด กีดกันหรือลดการแข่งขันทางการค้า ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าพฤติกรรมทางการค้าที่เกิดกรณีพิพาทกันว่าอยู่ในตลาดใด ตลาดกว้างมากน้อยเพียงใด ผู้กระทำความผิดอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ และมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างไร ดังนั้น ลำดับแรกที่ต้องพิจารณา คือ การกำหนดขอบเขตตลาด (market definition) หรือที่เรียกว่า “ตลาดที่เกี่ยวข้อง” (relevant market) ก่อน เนื่องจากการกำหนดขอบเขตตลาด จะเป็นเครื่องมือที่ทำให้ทราบว่าผู้เกี่ยวข้องในตลาดจำนวนเท่าใด และแต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาดขนาดใด และเป็นกรอบในการวิเคราะห์ผลกระทบของพฤติกรรมที่มีต่อการแข่งขันในตลาดนั้น เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ว่าเป็นพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าที่เข้าข่ายฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่<sup>101</sup>

<sup>101</sup> ระพีพรรณ พรหมเลขา, "มารู้จักขอบเขตตลาดกัน," *Competition Focus มมองโลกแข่งขัน* 58(ตุลาคม 2560). หน้า 1.

แนวคิดของตลาดที่เกี่ยวข้อง เป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตการแข่งขันของตลาดที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งดำเนินกิจการอยู่ และผู้ประกอบการรายนั้นตกอยู่ภายใต้แรงกดดันของการแข่งขันจากผู้ประกอบการรายอื่นๆ ที่ดำเนินกิจการอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกันนั้น<sup>102</sup> ในการพิจารณาสถานะของผู้ประกอบการและพฤติกรรมความผิดภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า จำเป็นต้องมีการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ในการพิจารณาในแต่ละกรณี ซึ่งแนวปฏิบัติในการกำหนดขอบเขตตลาดของทุกประเทศจะมีความใกล้เคียงกันคือเน้นการทดแทนกันได้จากทัศนะของผู้บริโภค โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ออกประกาศแนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดโดยนำแนวทางการพิจารณาจากสหภาพยุโรปเนื่องจากมีรายละเอียดที่ครบถ้วนสมบูรณ์และมีการไต่เรียงการกำหนดขอบเขตตลาดที่เข้าใจง่าย ชัดเจนกว่ากฎหมายลำดับรองของประเทศอื่นๆ โดยปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจอุตสาหกรรม สังคม และตลาดของประเทศไทยด้วย<sup>103</sup>

สำหรับประเทศไทยได้กำหนดนิยาม หลักการ และการพิจารณาขอบเขตตลาดไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 โดย “การกำหนดขอบเขตตลาด (Market Definition)” หมายความว่า การวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนกันได้ โดยพิจารณาตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสรุปของขอบเขตตลาดในการบังคับใช้ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) หมายความว่า ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (Relevant Product Market) หมายความว่า ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้โดยผู้บริโภค เมื่อพิจารณาจากคุณลักษณะราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการนั้น<sup>104</sup> โดยพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ซื้อและผู้ผลิตเกี่ยวกับความสามารถในการทดแทนทั้งด้านอุปสงค์และอุปทาน ถ้าขอบเขตของ

<sup>102</sup> สรวิศ ลิ้มปริงซี, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง", วารสารนิติศาสตร์ 29, 3 (3 กันยายน 2542), หน้า 376.

<sup>103</sup> ศักดา ธนิตกุล และ พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า. 392.

<sup>104</sup> ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 3.

การใช้ทดแทนกันมีมาก กล่าวคือ ผู้บริโภคสามารถนำผลิตภัณฑ์นั้นมาใช้ทดแทนกันด้วยความมุ่งหมายเดียวกันอย่างสมเหตุสมผล ก็ถือว่าผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่ถ้าขอบเขตการใช้ทดแทนกันไม่เป็นไปตามความมุ่งหมายเดียวกันผลิตภัณฑ์นั้นก็ถือว่าแยกออกไปคนละตลาด<sup>105</sup>

2. ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant Geographic Market) หมายความว่า ตลาดที่ประกอบด้วยพื้นที่ที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการซึ่งสามารถใช้ทดแทนกันได้โดยผู้บริโภคและมีเงื่อนไขการแข่งขันในลักษณะเดียวกัน<sup>106</sup> พื้นที่ดังกล่าวนี้ อาจจะหมายถึง พื้นที่ที่ประเทศหรือเฉพาะภาคใดภาคหนึ่งของประเทศหรือเฉพาะจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งเท่านั้น ปัจจัยในการพิจารณาอาณาเขตของพื้นที่ขึ้นอยู่กับบริเวณที่ตั้งของผู้ขายที่สามารถเสนอขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อจะได้รับความสะดวกสบายในการเลือกซื้อสินค้าจากพื้นที่ดังกล่าว สำหรับปัจจัยที่ใช้เป็นตัวกำหนดขอบเขตของตลาดทางภูมิศาสตร์ (Geographic boundaries) ได้แก่ ค่าขนส่งสินค้า (Cost of shipping) ความคงทนของสินค้า (The perishability of a product) สินค้าที่เสียหายได้เนื่องจากอายุสินค้ามีจำกัด ทำให้คู่แข่งถูกจำกัดโดยพื้นที่ ความสะดวกในการเดินทาง พฤติกรรมของผู้จัดจำหน่าย หรือ พฤติกรรมของผู้บริโภค เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ย่อมมีผลทำให้เกิดการที่กีดกันการแข่งขันได้<sup>107</sup>

ดังนั้น ในบริบทของการจ้างแรงงานจะอยู่ในขอบเขตตลาดสินค้าหรือบริการหรือตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องหรือไม่อย่างไรนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่มี การกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างแน่นอน ประกอบกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดนิยามคำว่า บริการ ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน จึงยังไม่ชัดเจนว่าการจ้างแรงงานสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ต้องศึกษากฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาเทียบเคียงและปรับใช้กับกฎหมายไทยให้ชัดเจนต่อไป

### 2.3.8 ผลกระทบของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

การแข่งขันเป็นกลไกสำคัญในการเพิ่มผลิตภาพของประเทศ ในตลาดที่มีการแข่งขันสูงผู้ผลิตจะมีแรงจูงใจในการเพิ่มผลิตภาพของตนเองผ่านการลงทุนและการทำวิจัยและพัฒนา เพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดและเพิ่มโอกาสในการอยู่รอดและเติบโต นอกจากนี้ การแข่งขันยังทำให้ผู้ผลิตที่มี

<sup>105</sup> ผกาวิริ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า. 24.

<sup>106</sup> ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 3.

<sup>107</sup> ผกาวิริ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า. 24

ผลิตภาพต่ำไม่สามารถอยู่รอดในตลาดได้ และเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตรายใหม่ที่มีผลิตภาพสูงกว่าเข้ามาเริ่มต้นทำธุรกิจ<sup>108</sup>

ในทางกลับกัน ในตลาดที่มีการแข่งขันต่ำ ผู้ผลิตที่มีอำนาจตลาดมากอาจสามารถอยู่รอดได้ถึงแม้ว่าจะมีผลิตภาพต่ำ ทำให้ขาดแรงจูงใจในการลงทุน และยังเป็นการตัดโอกาสของผู้ผลิตรายใหม่ ๆ ในการเข้าสู่ตลาดอีกด้วย ดังนั้น ระดับการแข่งขันที่ลดลงในประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงเป็นตัวกระตุ้นการเติบโตของผลิตภาพ และความสามารถในการแข่งขันของประเทศนั้น ๆ ในตลาดโลก<sup>109</sup>

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการในตลาดอาจหาช่องทางหรือทางลัดที่จะทำให้เกิดการแข่งขันที่ลดลง โดยการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการเพื่อจำกัดการแข่งขันแล้ว มีผลกระทบดังต่อไปนี้

### 2.3.8.1 ผลกระทบต่อลูกจ้าง

เนื่องจากลูกจ้างมักไม่ทราบถึงข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้างของตนว่าได้ตกลงหรือทำสัญญากันอย่างไรบ้าง เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการในธุรกิจหนึ่งเพื่อกำหนดอัตราค่าจ้าง มักกำหนดในอัตราเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน หากนายจ้างตกลงกันจำกัดค่าจ้างที่จะจ่ายให้ลูกจ้าง ก็จะทำให้ลูกจ้างไม่มีโอกาสได้รับค่าจ้างที่สูงขึ้นตามศักยภาพ (performance) หรือไม่สามารถได้รับค่าจ้างในอัตราที่มีการแข่งขันกันแต่กลับได้รับค่าจ้างในอัตราที่ถูกกำหนดไว้แล้ว

ผลที่ตามมาคือลูกจ้างอาจลาออกเพื่อหางานทำใหม่ หรือกรณีการตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้างที่ห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันในตลาด ลูกจ้างจะไม่สามารถหางานทำใหม่ได้ทำให้เกิดปัญหาต่อลูกจ้างเองและสังคม หรือในกรณีธุรกิจนั้นมีเพียง 3 รายที่ผลิตสินค้าหรือบริการดังกล่าว ลูกจ้างก็อาจจะไม่ลาออกแต่อดทนทำงานต่อไป การแข่งขันในตลาดแรงงานก็จะไม่เกิด หรือเกิดขึ้นน้อยกว่าที่ควรจะเป็น เป็นต้น

### 2.3.8.2 ผลกระทบต่อผู้บริโภค

<sup>108</sup> ธนาคารแห่งประเทศไทย, "ไม่แข่งยิ่งแพ้ : อำนาจตลาดกับการยกระดับศักยภาพของธุรกิจ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2561. แหล่งที่มา:

[https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article\\_23Aug2019.aspx](https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article_23Aug2019.aspx) ; ibid.

<sup>109</sup> ibid.

การที่ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดร่วมมือกันเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขันเป็นการกระทำที่ผู้ประกอบการเข้าควบคุมตลาดสินค้าหรือบริการนั้นๆ หากเป็นไปเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดในตลาดร่วมกันจะทำให้ผู้บริโภคไม่มีโอกาสที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ถูกลง<sup>110</sup> กล่าวคือผู้ประกอบการมักตกลงร่วมกันในการกำหนดสินค้ากันเองภายในกลุ่มซึ่งโดยปกติมักจะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการตามอำเภอใจและมีแนวโน้มที่จะกำหนดราคาสินค้าหรือบริการที่สูงกว่าที่ควรจะเป็นเพื่อให้ได้กำไรมากที่สุด หากเป็นการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการในฐานะนายจ้าง ซึ่งนายจ้างมักตกลงกันกำหนดค่าจ้างให้อยู่ในระดับต่ำเพื่อลดต้นทุนการผลิตและค่าใช้จ่าย ก็จะส่งผลให้ลูกจ้างในฐานะผู้บริโภคไม่มีโอกาสได้รับค่าจ้างที่สูงขึ้น หรือไม่มีโอกาสได้รับการจ้างงานใหม่ที่ดีกว่า

นอกจากนี้ การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทำให้ผู้บริโภคได้บริโภคสินค้าที่ไม่มีคุณภาพเมื่อเทียบกับกรณีที่มีการแข่งขันในตลาดเพราะผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันนั้นมักจะไม่พัฒนาคุณภาพสินค้าหรือบริการให้ดีขึ้น ซึ่งในทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ให้ข้อสรุปว่า การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อผูกขาดเป็นตัวการที่ทำให้ประโยชน์ส่วนเกินที่ผู้บริโภคควรได้รับลดลงหรือขาดหายไป<sup>111</sup>

### 2.3.8.3 ผลกระทบต่อผู้ประกอบการ

นอกจากผู้ประกอบการในกลุ่มที่ร่วมมือจำกัดการแข่งขันกันจะได้รับผลกระทบเนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแข่งขันโดยอิสระ และผู้ประกอบการดังกล่าวไม่มีอำนาจในการตัดสินใจโดยอิสระ<sup>112</sup> แล้ว การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการในกลุ่มทำให้ผู้ประกอบการในกลุ่มที่ร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันได้เปรียบจากการแข่งขันในตลาด ส่วนผู้ประกอบการที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มหรืออยู่นอกกลุ่มที่มีการร่วมมือกันจะเสียเปรียบแม้ผู้ประกอบการนอกกลุ่มจะมีความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการที่มีประสิทธิภาพก็ตาม เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการในกลุ่มตกลงราคาขายกันเพื่อจูงใจให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือบริการกับผู้ประกอบการในกลุ่มทำให้ผู้ประกอบการนอกกลุ่มต้องเปลี่ยนแปลงราคาหรือลดราคาสินค้าหรือ

<sup>110</sup> สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชย์), หน้า. 83.

<sup>111</sup> ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า. 50.

<sup>112</sup> กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 924.

บริการนั้นลงตามไปด้วยเพื่อรักษาส่วนแบ่งตลาดของตนให้คงเดิม<sup>113</sup> จนอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกกลุ่มนั้นไม่สามารถดำเนินธุรกิจในตลาดได้ สิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในหมู่ผู้ประกอบการด้วยกันเอง และทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ (new entrants) ไม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาด<sup>114</sup>

ส่วนในบริบทของการตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนอกกลุ่มไม่มีความสามารถในการแข่งขันในตลาดและผู้ประกอบการธุรกิจนอกกลุ่มที่มีกำลังผลิตน้อยหรือไม่มีอำนาจตลาดก็ไม่สามารถเข้ามาแข่งขันได้ อีกทั้ง ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอาจจะส่งผลให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ได้ตกลงกันในเรื่องการจ้างงานหรืออัตราค่าจ้างต้องลดค่าจ้างลงให้เท่ากับอัตราค่าจ้างที่ผู้ประกอบการที่ร่วมมือกันกำหนด ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจและส่งผลกระทบต่อส่วนแบ่งในตลาดแรงงานอีกด้วย

#### 2.3.8.4 ผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม

กล่าวคือ ไม่เกิดการพัฒนางานวิจัยและเทคโนโลยีที่เหมาะสมมากขึ้นในการผลิตที่มีประสิทธิภาพ ส่งผลให้ต้นทุนการผลิตลดลงและราคาสินค้าก็จะลดลงตามไปด้วยและไม่เกิดสินค้าหรือบริการใหม่ ๆ เมื่อไม่มีการแข่งขันในตลาดแล้วคุณภาพของสินค้าก็จะไม่พัฒนา<sup>115</sup> นอกจากนี้ การตกลงร่วมกันดังกล่าวยังเป็นการบิดเบือนและแทรกแซงกลไกตลาด เป็นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ข้อตกลงในลักษณะที่ห้ามจ้างลูกจ้างไปทำงานกับผู้ประกอบการหรือบริษัทคู่แข่ง เป็นเหตุให้เกิดการกระจุกตัวของลูกจ้าง การเคลื่อนไหวแรงงาน (labor mobility) ก็จะน้อยลงอันอาจนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของอัตราการว่างงานซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

### 2.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศไทย

บทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศไทยมีอยู่หลายฉบับ ดังต่อไปนี้

#### 2.4.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

<sup>113</sup> ชลลดา คุ่มม่วง, "ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 56(2) : ศึกษาเฉพาะการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง," หน้า. 26.

<sup>114</sup> ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า. 50.

<sup>115</sup> สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชกุล), หน้า. 83.

ในปัจจุบัน ปัจเจกชนมีเสรีภาพอย่างอิสระในการทำความตกลงหรือสัญญาอย่างใดกับใครก็ได้ (freedom of contract) หรือเสรีภาพในการบอกเลิกสัญญาตามเงื่อนไขและข้อตกลงที่กำหนดในสัญญาก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หากปล่อยให้ปัจเจกชนมีเสรีภาพได้อย่างเต็มที่อาจเกิดการใช้เสรีภาพเกินขอบเขต กฎหมายจึงต้องเข้ามาควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นๆ เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือสังคมได้

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา มีอยู่ 2 ความหมาย<sup>116</sup> คือ

1. เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา

2. เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดแล้ว หมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นได้ เสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป

เนื่องจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่ซ่อนอยู่ในหลักอิสระทางแพ่ง หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงมีบทบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ในมาตรา 151<sup>117</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหากจะพิจารณาให้เห็นเป็นรูปธรรม อาจพิจารณาได้ดังนี้

1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา<sup>118</sup>

(1) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม

(2) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประสงค์เฉพาะของเอกเทศสัญญาในลักษณะวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัยหรือวัตถุประสงค์เฉพาะของตัวคู่สัญญาเองในลักษณะวัตถุประสงค์ตามอัตวิสัยหรือวัตถุประสงค์แบบผสม

(3) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญาไม่ว่าด้วยวาจา กิริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

(4) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะคิด ตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไร และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจไว้ หากการตัดสินใจผิดปกติเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายมาทำ

<sup>116</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า. 295.

<sup>117</sup> มาตรา 151 การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

<sup>118</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า. 295.



กลฉ้อฉล ข่มขู่ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลฉ้อฉล ข่มขู่จะเสียเสรีภาพในการตัดสินใจก็จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย โดยกฎหมายจะให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะ หากคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับที่ตัดสินใจไว้เช่นเพราะความสำคัญผิดในสาระสำคัญ กฎหมายก็จะคุ้มครองเจตนาที่แท้จริงอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นตกเป็นโมฆะไป

2. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้ในเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด หากมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นไม่เป็นโมฆะ<sup>119</sup>

3. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ และเมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา นั่นก็คือสัญญาต้องเป็นสัญญาตามหลัก *pacta sunt servanda*<sup>120</sup>

สำหรับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเป็นสภาพที่ปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจในฐานะนายจ้างมีเสรีภาพในการทำข้อตกลงระหว่างกัน โดยนายจ้างจะเลือกเข้าทำสัญญากับนายจ้างคนอื่น ๆ หรือไม่ก็ได้ หากต้องการบอกเลิกสัญญาก็สามารถทำได้ภายใต้ข้อสัญญาและเงื่อนไขที่ตกลงกัน ดังนั้น การที่นายจ้างเข้าทำสัญญากันจึงไม่น่าก่อให้เกิดความผิดใดๆ เนื่องจากการใช้เสรีภาพของตนในการเข้าทำสัญญา

อย่างไรก็ตาม แม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพดังกล่าว แต่ต้องกระทำภายใต้ขอบเขตที่เหมาะสม ตามกฎหมายกำหนดเพื่อมิให้กระทบกระเทือนหรือส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่น ๆ ดังนั้น เสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจถูกจำกัดได้ดังนี้<sup>121</sup>

1. การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับองค์ประกอบของสัญญา<sup>122</sup>

(1) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินกิจการในลักษณะผูกขาด เขาย่อมไม่มีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย เพราะกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอหน้ากัน

(2) เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและด้วยความเป็นไปได้ตามมาตรา 150

(3) เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

<sup>119</sup> *ibid.*

<sup>120</sup> *ibid.*

<sup>121</sup> *ibid.* หน้า 296-297.

<sup>122</sup> *ibid.*

(4) เสรีภาพในการตัดสินใจอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น กรณีแสดงเจตนาเพราะถูกกลั่นแกล้งโดยบุคคลภายนอก แทนที่กฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ถูกกลั่นแกล้ง กฎหมายกลับไปคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาทำสัญญาโดยไม่รู้หรือไม่ควรรู้ถึงกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกโดยให้สัญญาที่เกิดจากกลั่นแกล้งของบุคคลภายนอกนั้นสมบูรณ์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการตัดสินใจถูกจำกัดจากหลักการคุ้มครองความไว้นับถือใจของคู่กรณีที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

## 2. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดย<sup>123</sup>

(1) การใช้เสรีภาพของคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าไม่มีอำนาจในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

(2) กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจเศรษฐกิจเหนือกว่า ได้แก่ การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

(3) กฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาควบคุมสำหรับสินค้าบางประเภท เป็นต้น

(4) ข้อตกลงของสหภาพแรงงานนายจ้างและสหภาพแรงงานลูกจ้างซึ่งส่งผลให้นายจ้างและลูกจ้างที่เป็นสมาชิกของสหภาพไม่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาเป็นประการอื่น

3. เสรีภาพของสัญญาในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลัก *Rebus sic Stantibus* อันเป็นหลักที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ยังไม่ได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา หากยังต้องไปปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปจนสมควรถูกและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไปจนสมควรถูก ทำให้ ณ เวลาที่มีการชำระหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้และการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจะไม่สมดุลกัน สัญญาจึงไม่ควรเป็นสัญญาอีก ตามหลักที่ว่าเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (*Rebus sic Stantibus*)<sup>124</sup>

ดังนั้น แม้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างกัน โดยนายจ้างจะเลือกเข้าทำสัญญากับใครหรือไม่ก็ได้ จนทำให้เกิดกรณีนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจรวมตัวกันเพื่อ

<sup>123</sup> *ibid.*

<sup>124</sup> *ibid.*

มิให้มีการแข่งขันทำให้เสรีภาพในการทำสัญญาดังกล่าวอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้อง คือ ผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งคนอื่นๆ โดยอาจถูกจำกัดและเป็น ความผิดต่อกฎหมายได้ เช่น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายคุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาทำสัญญานั้นเอง

## 2.4.2 กฎหมายแรงงาน

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 นิยามคำว่า “บริการ” ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน กรณีจึงต้องทราบนิยามของคำว่า “จ้างแรงงาน” ภายใต้กฎหมายแรงงาน ของประเทศไทยซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับ

### 2.4.2.1 การจ้างแรงงานและจ้างทำของ

จากวิวัฒนาการของกฎหมายแรงงานมีมาตั้งแต่ยุคก่อนมีประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ซึ่งมีแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายคล้ายคลึงกับกฎหมายแรงงานไทยในปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นหลักในการให้ความคุ้มครองลูกจ้างเพื่อให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้างที่เหมาะสมและได้รับการ ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน<sup>125</sup> แม้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2537 เป็นต้นมา ได้มีการแข่งขันทางการค้าระหว่าง ประเทศกันมาก ทำให้อุตสาหกรรมต้องมีการปรับปรุงกระบวนการผลิต การจำหน่าย และการบริการ โดยนำเครื่องจักรและเทคโนโลยีมาใช้ทดแทนแรงงานคน กฎหมายแรงงานจึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไข ปัญหาและช่วยเหลือลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างให้ได้รับความคุ้มครองมากกว่าการได้รับค่าชดเชยกรณี ปกติ<sup>126</sup> ฉะนั้น กฎหมายแรงงานจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบของคู่สัญญาตาม สัญญาจ้างแรงงาน ได้แก่ นายจ้างและลูกจ้าง ตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์อันดีระหว่างนายจ้างและ ลูกจ้าง กำหนดความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างเพื่อให้ลูกจ้างได้รับความเป็นธรรมจากการ ปฏิบัติของนายจ้าง เป็นหลักประกันแก่ลูกจ้างในทางเศรษฐกิจ และกำหนดมาตรการเจรจาต่อรอง เพื่อให้ลูกจ้างและนายจ้างสามารถตกลงกันได้ โดยไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายจ้างอันจะก่อให้เกิด ความสงบสุขขึ้นในการทำธุรกิจ<sup>127</sup>

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 อธิบายสัญญา “จ้างแรงงาน” โดยบัญญัติว่า อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้าง

<sup>125</sup> วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, หน้า.34.

<sup>126</sup> ibid. หน้า 40-41.

<sup>127</sup> ibid. หน้า 27-28.

ตลอดเวลาที่ทำงานให้ ดังนั้น ข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเกี่ยวกับการจ้างงาน คือ สัญญาจ้างแรงงานที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน นอกจากนี้มาตรา 587 ได้อธิบายเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา “จ้างทำของ” ไว้ก็คือ เป็นสัญญาที่มีบุคคลอยู่สองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จ ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น สัญญาจ้างทำของนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนเช่นเดียวกับสัญญาจ้างแรงงาน กล่าวคือ สัญญาจ้างทำของนั้นเป็นสัญญาที่ต้องมีการตอบแทนซึ่งกันและกัน การตอบแทนซึ่งกันและกันของสัญญานี้คือ ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องทำงานจนสำเร็จเพื่อแลกกับสินจ้าง ส่วนผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายสินจ้างเพื่อตอบแทนการทำงานของผู้รับจ้าง

สำหรับความแตกต่างของสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของปรากฏตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 ความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ<sup>128</sup>

ลักษณะความแตกต่าง	จ้างแรงงาน	จ้างทำของ
1.การทำงาน	ลูกจ้างจะต้องให้แรงงานหรือทำงานโดยไม่คำนึงถึงผลสำเร็จของงาน แต่ต้องทำงานให้ครบถ้วนตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลง	ผู้รับจ้างต้องทำการงานโดยมุ่งประสงค์ถึงผลสำเร็จของงานที่กระทำ โดยไม่คำนึงถึงแรงงาน หรือระยะเวลาที่จะต้องปฏิบัติงาน
2. วิธีคำนวณสินจ้าง	คำนวณสินจ้างตามระยะเวลา เช่น รายชั่วโมง รายเดือน รายวัน	คำนวณสินจ้างตามผลสำเร็จของงาน
3. คุณสมบัติของผู้ทำ การงาน	เป็นสัญญาที่มุ่งถึงคุณสมบัติของลูกจ้างเป็นการเฉพาะตัว ลูกจ้างหรือนายจ้างจะโอนสิทธิ-หน้าที่ของตนไปให้บุคคลภายนอกโดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอมไม่ได้ (มาตรา 577 วรรค1 และ วรรค 2)	ไม่ใช่สัญญาเฉพาะตัว แต่มุ่งถึงผลสำเร็จของงานเป็นหลัก แต่อาจเป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ความรู้ความสามารถของผู้รับจ้างก็ได้ (มาตรา 607) เช่น ทำสัญญาจ้างสถาปนิกออกแบบบ้าน เป็นสัญญา

<sup>128</sup> ความเหมือนและความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา: <https://hivrtch.blogspot.com/>

ลักษณะความแตกต่าง	จ้างแรงงาน	จ้างทำของ
		ที่มุ่งถึงความรู้ความสามารถของผู้รับจ้าง
4. อำนาจบังคับบัญชา	นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างให้ทำงานตามสั่ง	ผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาควบคุมการทำงาน ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องทำงานให้เสร็จเท่านั้น โดยจะใช้วิธีการใดก็ได้
5. เครื่องใช้สัมภาระ	เครื่องมือเครื่องใช้สัมภาระเป็นของนายจ้าง	เครื่องมือเครื่องใช้ในการทำงานนั้น ผู้รับจ้างจะเป็นผู้จัดหาเอง (มาตรา 588) รวมตลอดถึงสัมภาระชนิดที่ดีด้วย เว้นแต่จะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 589)
6. ความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกอันเกิดจากการกระทำในทางการที่จ้าง	นายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น (มาตรา 425)	ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนได้ให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง (มาตรา 428)

เมื่อพิจารณาตารางข้างต้นหากสัญญาใดเป็นสัญญาจ้างแรงงาน พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็จะไม่นำไปบังคับใช้เนื่องจากมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดนิยามคำว่า บริการ ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน แต่หากการตกลงเป็นลักษณะจ้างทำของ สามารถนำไปปรับใช้กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้

#### 2.4.2.2 แรงงานนอกระบบ

นอกจากจะมีแรงงานที่อยู่ภายใต้กฎหมายข้างต้นแล้ว ยังมีแรงงานนอกระบบ (Informal Workers) คือ แรงงานที่ทำงานอิสระ ไม่มีการจ้างงานอย่างเป็นทางการ ไม่มีค่าจ้าง

ค่าตอบแทนที่แน่นอน ไม่ได้อยู่ในกรอบความคุ้มครองของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือเป็นแรงงานที่ไม่ได้รับความคุ้มครองในระบบประกันสังคม ได้แก่ แรงงานที่ทำงานไม่เต็มเวลา (Part-Time Worker) แรงงานที่รับงานไปทำที่บ้าน (Home-Base Worker) แรงงานที่ทำงานแบบเหมาช่วง (Sub-Contract Worker) และแรงงานที่ทำงานระยะสั้น (Short-Time Worker) โดยสามารถจำแนกประเภทของแรงงานนอกระบบได้ 2 กลุ่ม ดังนี้

1. กลุ่มที่ทำงานรับจ้าง และมีเงินเดือนประจำ ได้แก่ แรงงานที่รับเอางานไปทำที่บ้าน แรงงานรับจ้างทำการเกษตรตามฤดูกาล แรงงานประมง คนรับใช้ คนทำงานบ้าน คนขับรถส่วนตัว ฉะนั้น กฎหมายแรงงานยังให้ความคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน (Homeworker) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ซึ่งการรับงานไปทำที่บ้านนั้น ผู้รับงานไปทำที่บ้านมีอิสระที่จะทำงานที่ไหน เวลาใด หยุดพักเมื่อไร หรือแต่งกายอย่างไรก็ได้ เพียงแต่ต้องทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ตกลงกันไว้กับผู้จ้างงาน (นายจ้าง) เท่านั้น ผู้จ้างงานไม่มีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับงานไปทำที่บ้าน ด้วยเหตุนี้สัญญาจ้างให้รับงานไปทำที่บ้านจึงมีลักษณะเป็น “สัญญาจ้างทำของ” ตามมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่ได้มีสถานะเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน จึงส่งผลให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่ได้รับความคุ้มครองตามระบบกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เช่น ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เป็นต้น<sup>129</sup> แต่ยังคงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้มีให้ใช้บังคับกับเฉพาะการจ้างแรงงานเท่านั้น

2. กลุ่มที่ทำอาชีพอิสระทั่วไป ได้แก่ คนขับรถรับจ้าง นางแบบ ช่างเย็บผ้า มัคคุเทศก์ เป็นต้น<sup>130</sup> แรงงานประเภทนี้เปรียบเสมือนผู้ประกอบการอาชีพอิสระ (Freelance) ซึ่งไม่มีนิยามที่ระบุไว้ในกฎหมาย แต่จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6067/2545 ได้วินิจฉัยว่า การพิจารณาว่าโจทก์และจำเลยเป็นลูกจ้างและนายจ้างหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาว่าโจทก์และจำเลยมีความสัมพันธ์กันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 5 แล้ว ยังต้องปรากฏว่าโจทก์อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาโดยต้องปฏิบัติตามคำสั่งระเบียบและข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของจำเลยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา

<sup>129</sup> ชญาณี กลีบบัว, "การรับงานไปทำที่บ้าน" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า. 1-2.

<sup>130</sup> โสธญา พิกุลหอม, "สิทธิประโยชน์ของแรงงานนอกระบบตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533," สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (กันยายน 2561). หน้า 1.

583 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 119 ด้วย คดีนี้โจทก์รับจ้างจำเลยทำงานตำแหน่ง ไม้คูกเทศก์อิสระ อัตราค่าจ้างขึ้นกับการทำงานแต่ละครั้งโดยนำนักท่องเที่ยวยุโรปตามตารางทัวร์ที่กำหนดไว้ หากไม่มาทำงานก็จะไม่ได้ค่าจ้าง กำหนดวันทำงานไม่แน่นอน ไม่มีการกำหนดวันหยุดวันลาและสวัสดิการสำหรับโจทก์ แสดงว่าโจทก์มีอิสระในการทำงานกับจำเลยไม่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชา ไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานของจำเลย นิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยจึงไม่ใช่การจ้างแรงงานหรือเป็นลูกจ้างและนายจ้างกันตามกฎหมายข้างต้นโจทก์ไม่เป็นลูกจ้างของจำเลย ดังนั้น ผู้ประกอบอาชีพอิสระถือเป็นลักษณะของการจ้างทำของ

อย่างไรก็ตาม มีลูกจ้างอีกประเภทหนึ่ง คือผู้ว่าจ้างตนเอง หรือ self-employed ในกรณีของผู้ว่าจ้างตนเองจะไม่ได้มีการทำสัญญาการจ้างงานกับนายจ้างเนื่องจากเป็นการทำธุรกิจของตนเอง ผู้ว่าจ้างตนเองจึงเป็น “นายจ้าง” ของตนเอง และสามารถที่จะตัดสินใจได้เองว่าจะคิดค่าตอบแทนสำหรับการทำงานเท่าไร หรือจะทำงานในเวลาใด และจะหยุดพักเมื่อไร ดังนั้นผู้ว่าจ้างตนเองจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการจ้างงาน<sup>131</sup> เช่น เกษตรกร ชาวนา ชาวสวน แม่ค้าหาบเร่ แม่ค้าแผงลอย ช่างเสริมสวย ช่างตัดผม แม่ค้าออนไลน์ จิตรกร เจ้าของร้านค้ากาแฟและเจ้าของร้านขายของชำ เป็นต้น

## ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบระหว่างผู้รับจ้าง ผู้ประกอบอาชีพอิสระและผู้ว่าจ้าง

ตนเอง

ลักษณะความเหมือนและความแตกต่าง	ผู้รับจ้างทำงาน	ผู้ประกอบอาชีพอิสระ (Freelance)	ผู้ว่าจ้างตนเอง (Self-employed)
1. ลักษณะข้อตกลงหรือสัญญา	จ้างทำของ	จ้างทำของ	จ้างทำของ
2. ความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน	- ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน  - แต่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ	ไม่ได้รับความคุ้มครอง	ไม่ได้รับความคุ้มครอง

<sup>131</sup> ชฎานี กสิบบัว, "การรับงานไปทำที่บ้าน," หน้า.104.

ลักษณะความเหมือนและความแตกต่าง	ผู้รับจ้างทำงาน	ผู้ประกอบการอาชีพอิสระ (Freelance)	ผู้ว่าจ้างตนเอง (Self-employed)
	คุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553		
3. การปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	ต้องปฏิบัติตาม	ต้องปฏิบัติตาม	ต้องปฏิบัติตาม
4. การรับจ้างทำงาน	รับงานจากผู้ว่าจ้าง	รับงานจากผู้ว่าจ้าง	ไม่ได้รับงานจากผู้ว่าจ้างเนื่องจากเป็นการทำธุรกิจของตนเอง
5. ลักษณะการดำเนินธุรกิจ	มีอิสระที่จะทำงานที่ไหน เวลาใด หยุดพักเมื่อไร หรือแต่งกายอย่างไรก็ได้ อัตราค่าจ้างอยู่ที่การตกลงกับผู้ว่าจ้าง และต้องทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ตกลงกันไว้กับผู้ว่าจ้าง	มีอิสระในการทำงาน อัตราค่าจ้างขึ้นกับการทำงานแต่ละครั้ง หากไม่มาทำงานก็จะไม่ได้ค่าจ้าง กำหนดวันทำงานไม่แน่นอน ไม่มีการกำหนดวันหยุดวันลาและสวัสดิการ	เป็นนายจ้างของตนเอง และสามารถตัดสินใจได้เองว่าจะคิดค่าตอบแทนสำหรับการทำงานเท่าไร หรือจะทำงานในเวลาใด และจะหยุดพักเมื่อไร
6. ตัวอย่างอาชีพ	แรงงานที่รับเอางานไปทำที่บ้าน แรงงานรับจ้างทำการเกษตรตามฤดูกาล แรงงานประมง คนรับใช้ คนทำงานบ้าน คนขับรถส่วนตัว	คนขับรถรับจ้าง นางแบบ นักออกแบบ มัคคุเทศก์	เกษตรกร ชาวนา ชาวสวน แม่ค้าหาบเร่ แม่ค้าแผงลอย ช่างเสริมสวย ช่างตัดผม แม่ค้าออนไลน์ จิตรกร เจ้าของร้านกาแฟและเจ้าของร้านขายของชำ



หากพิจารณาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว ข้อตกลงการจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างแรงงานภายใต้กฎหมายแรงงานในประเทศไทยเป็นข้อตกลงในแนวดิ่ง (vertical agreement) ที่เกิดจากการกระทำระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่มีฐานะทางเศรษฐกิจไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งกฎหมายแรงงานไทยมุ่งคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างแต่ไม่ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า

ในทางตรงกันข้าม แม้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจจะมีความเกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานแต่ข้อตกลงการจ้างแรงงานในลักษณะดังกล่าวเป็นการตกลงร่วมกันในแนวนราบ (horizontal agreement) กล่าวคือ เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันในฐานะนายจ้างกับนายจ้าง

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งไม่สามารถนำกฎหมายแรงงานมาปรับใช้และเทียบเคียงกับปัญหาที่จะศึกษาได้ เพราะกฎหมายแรงงานมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิหน้าที่ของลูกจ้างตามที่กล่าวไปข้างต้น

#### 2.4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

การประกอบธุรกิจในปัจจุบัน คู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจและความรู้ทางเทคโนโลยี สัญญาจึงเกิดขึ้นโดยขาดอำนาจการต่อรองและการเจรจาตกลงกันอย่างแท้จริง<sup>132</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงออกมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคหรือคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองในสังคมที่ด้อยกว่าให้ได้รับความเป็นธรรมจากการผูกพันตามสัญญา<sup>133</sup> รัฐจึงกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองการกระทำที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว สังเกตได้จากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่ว่า “เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมี

<sup>132</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า.47.

<sup>133</sup> ibid. หน้า 89.

อำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคมสมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

กฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตบังคับใช้เฉพาะประเภทนิติกรรมสัญญาที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมาตรา 4 กำหนดประเภทสัญญาที่เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมไว้โดยเฉพาะ ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป สัญญาขายฝาก และข้อตกลงอื่นๆ ที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการอาจเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ใช้บังคับแก่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวเกิดจากการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดแข่งขันที่มักมีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ ซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่มุ่งคุ้มครองคู่สัญญาที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคหรือผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่า ดังนั้น ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการจึงไม่สามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาปรับใช้และเปรียบเทียบกับปัญหาที่จะศึกษาได้เพราะมีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคู่สัญญาที่แตกต่างกัน และคู่สัญญาในข้อตกลงการจ้างแรงงานเป็นคู่สัญญาที่อยู่ในระดับเดียวกัน ส่วนคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นคู่สัญญาที่อยู่ในระดับต่างกัน

สำหรับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง เช่น ข้อตกลงที่นายจ้างกำหนดห้ามประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้าง เป็นต้น เข้าข่ายเป็นข้อตกลงตามมาตรา 5 ซึ่งกำหนดว่า ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหวังได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

## 2.4.4 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

### 2.4.4.1 แนวความคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจการค้าในประเทศอย่างมากทั้งในด้านการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้อย่างยั่งยืน การพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่ ๆ เกิดขึ้นในตลาด รวมทั้งผู้บริโภคที่จะได้ประโยชน์จากการแข่งขัน สามารถเลือกซื้อสินค้าได้หลากหลาย มีคุณภาพ และราคาถูกลง เป็นต้น ในประเทศที่พัฒนาแล้วจะให้ความสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้อย่างเข้มข้น ถึงกับมีการเทียบเคียงสถานะเปรียบเทียบดังเช่นธรรมนูญทางเศรษฐกิจ ที่ผู้ประกอบการทุกรายไม่ว่าจะเป็นขนาดใหญ่ กลาง เล็ก ต้องปฏิบัติตามอย่างเท่าเทียมกัน แต่ระบบตลาดสินค้าและบริการที่เป็นอยู่ในประเทศไทย โครงสร้างตลาดส่วนใหญ่เป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic Competition) และตลาดผู้ขายน้อยราย (Oligopoly) ทำให้ผู้ประกอบการขนาดใหญ่มีความได้เปรียบและใช้อำนาจตลาดที่มีอยู่กลั่นแกล้งหรือจำกัดโอกาสในการดำเนินธุรกิจของคู่แข่งที่มีขนาดเล็กกว่าได้ง่าย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะที่มุ่งปกป้องตลาดให้มีการแข่งขัน ไม่ให้เกิดการผูกขาดและมีพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายที่เรียกกันว่า “กฎหมายการแข่งขันทางการค้า” หรือบางประเทศใช้คำว่า “กฎหมายป้องกันการผูกขาด”<sup>134</sup>

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศมีความเป็นมาที่ต่างกันไป หลายประเทศมีกฎหมายฉบับนี้เพราะถูกบังคับให้มี ตัวอย่างในทวีปเอเชีย เช่น ญี่ปุ่น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สหรัฐอเมริกาได้บังคับให้ญี่ปุ่นต้องมีกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-Monopoly Act) โดยมุ่งหวังให้เปิดตลาดโดยปราศจากการครอบงำของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ ซึ่งในขณะนั้นเรียกว่ากลุ่ม Zaibatsu ส่วนประเทศอินโดนีเซียมีกฎหมายเพราะถูกกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) บังคับ ประเทศสิงคโปร์และประเทศเวียดนาม มีกฎหมายสืบเนื่องจาก

<sup>134</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย," [Online] Accessed: 27 กันยายน 2563., Available from: <https://otcc.or.th/history-of-thailands-trade-competition-law/>

การจัดทำความตกลงการค้าเสรี (FTA) เป็นต้น ในส่วนของประเทศไทยมีกฎหมายฉบับนี้เพราะประชาชนต้องการ ไม่ใช่การบังคับจากองค์กรหรือประเทศใดๆ ทั้งสิ้น<sup>135</sup>

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีพัฒนาการมาจากพระราชบัญญัติการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 พระราชบัญญัติป้องกันการการค้ากำไรเกินควร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 และพระราชกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522<sup>136</sup> ซึ่งประเทศไทยถือเป็นประเทศสมาชิก ASEAN ประเทศแรกที่ตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกมาใช้บังคับคือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก่อนที่จะมีประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ได้มีการร่างกฎหมายในสมัยของนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี โดยมีสาเหตุมาจากประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหลายเรื่อง เช่น ปัญหาการใช้อำนาจผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่บางรายที่กีดกันผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นไม่ให้มีการนำเข้สินค้าที่ตนเองจำหน่าย ทำให้นักวิชาการและผู้เกี่ยวข้องเกิดการถกเถียงถึงเรื่องการแข่งขันเสรีมากขึ้น ประธานคณะทำงานยกร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในขณะนั้นจึงนำเอากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้และเยอรมันมาเป็นต้นแบบที่สำคัญในการยกร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเห็นว่าเขียนไว้ดีและเหมาะสมที่สุดที่จะนำมาผสมผสานกับสภาพความเป็นจริงกับสภาพตลาดสินค้าและบริการของประเทศไทย กล่าวคือ สภาพตลาดสินค้าและบริการในประเทศไทยเป็นตลาดที่มีขนาดเล็ก เป็นตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic market) ดังนั้นจึงมีความเหมาะสมที่จะใช้แนวทางการควบคุมพฤติกรรม (conduct control) ของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจผูกขาดหรือที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นสำคัญ โดยยืนอยู่บนหลักการที่ว่า ผู้ใดมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด ที่สามารถควบคุมราคาและปริมาณสินค้าในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง จะยังไม่เป็นความผิดทางกฎหมาย แต่จะมีความผิดเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติในปี พ.ศ. 2541 ในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการของวุฒิสภา คณะกรรมการสิทธิการได้มีการขอแก้ไขเพิ่มเติมจากร่างที่กระทรวงพาณิชย์เสนอในหลายมาตรา และมีการเพิ่มมาตรา 30 ให้อำนาจคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 75 ระบุ หัก หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาดได้ซึ่งเป็นการควบคุมโครงสร้าง (structure control) ของตลาด ทำให้พระราชบัญญัติ

<sup>135</sup> ibid.

<sup>136</sup> ผกาวิรี ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการค้าตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า. 53.

การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กลายเป็นกฎหมายที่ควบคุมทั้งพฤติกรรมและโครงสร้างของตลาด<sup>137</sup>

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ในขณะนั้นยังไม่มีประสิทธิภาพ โดยไม่เคยมีการดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบการแม้แต่รายเดียว เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดด้านสาระกฎหมาย ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย ผู้บังคับใช้กฎหมาย การสืบสวน การดำเนินคดีและการลงโทษ จึงจำเป็นต้องมีการปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัย สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และเพื่อให้การแข่งขันเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นเพื่อปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้า 4 องค์ประกอบที่จำเป็นต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ได้แก่ การปฏิรูปสาระของกฎหมาย การปฏิรูปขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย การปฏิรูปผู้บังคับใช้กฎหมาย และการปฏิรูปการสืบสวน การดำเนินคดีและบทลงโทษ<sup>138</sup>

กระทรวงพาณิชย์ โดยกรมการค้าภายใน ในฐานะสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ดำเนินการเกี่ยวกับการปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยศึกษาประเด็นปัญหา ข้อจำกัดในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ตามนโยบายของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสม สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งภายหลังจากการศึกษาได้จัดทำประเด็นการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และนำไปรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ เอกชน รัฐวิสาหกิจ และนักวิชาการเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว ผลจากการรับฟังความคิดเห็นทุกภาคส่วนเห็นด้วยกับแนวทางการปรับปรุงและได้นำเสนอพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. .... ต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาด้วยเหตุผลความจำเป็นซึ่งคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาและมีมติเห็นชอบประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2560 โดยให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และให้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าขึ้นเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการและไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ และให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า 7 คน และให้เลขาธิการเป็นเลขานุการคณะกรรมการ การฟ้องคดีอาญาและการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง

<sup>137</sup> ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า. 42-43.

<sup>138</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม: การปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), หน้า.1-2.

ประเทศ<sup>139</sup> โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า ทำให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร สมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและมืองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

#### 2.4.4.2 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกับ

##### ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ

#### 1. นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

มาตรา 5 กำหนดนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการ” หมายความว่า “ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ” ดังนั้น หากผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างที่ต้องจ้างลูกจ้างเพื่อเข้ามาผลิตสินค้าหรือบริการ ผู้ประกอบการดังกล่าวถือว่าเป็นผู้ซื้อแรงงานจากลูกจ้างที่เป็นผู้ขายแรงงานเพื่อผลิตสินค้าและบริการให้แก่ผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้าง

#### 2. แนวคิดของนิยาม คำว่า “บริการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “บริการ” มาตรา 3 ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 โดยนิยามคำว่า บริการ ไม่ให้หมายความรวมถึงการจ้างแรงงานนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายอาจจะพิจารณาว่าการจ้างแรงงานต้องถูกควบคุมและบังคับใช้ตาม

<sup>139</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2562. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/article-views.php?nid=367&lang=TH> เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2562 แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/article-views.php?nid=367&lang=TH>

กฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่มีการประกาศและบังคับใช้มาแล้วในปัจจุบัน ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงานของประเทศไทยมุ่งคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้าง ความสัมพันธ์อันดีระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง แก้ไขปัญหาและช่วยเหลือลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้าง ดังนั้น ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจจึงอาจไม่สามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายแรงงานได้

นอกจากนี้ สภาพการณ์ในปัจจุบันพฤติกรรมและการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาดเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างรวดเร็วเนื่องจากธุรกิจในปัจจุบันมีอัตราการแข่งขันที่สูงขึ้น ผู้ประกอบการธุรกิจจึงต้องปรับตัวเพื่อความอยู่รอดและให้ตนได้รับผลกำไรมากที่สุด นำไปสู่การกระทำที่เป็นการลด หรือจำกัดการแข่งขันที่มีการเปลี่ยนแปลงและซับซ้อนมากขึ้นตามไปด้วย

### 3. ข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับองค์กรต่างๆ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมตามนโยบายของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ เอกชน รัฐวิสาหกิจ และนักวิชาการเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ผลจากการรับฟังความคิดเห็นทุกภาคส่วนเห็นด้วยกับแนวทางการปรับปรุง และประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบัน ซึ่งมาตรา 4 ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกำหนดข้อยกเว้นมิให้ใช้พระราชบัญญัตินี้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น เช่น กระทรวง ทบวง กรม องค์กรบริหารส่วนตำบล องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เป็นต้น เนื่องจากหน่วยงานเหล่านี้ทำเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยไม่ได้แสวงหาผลกำไร

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค กล่าวคือ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐจะทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีรองรับให้ถือว่าทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ส่วนรวม

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร กล่าวคือกลุ่มเกษตรกรหรือสหกรณ์ดังกล่าวต้องมีการจดทะเบียนอย่างถูกต้องและมีกฎหมายรองรับว่ากระทำไปเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพทางด้านเกษตรกร

(4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า เช่น ธนาคารพาณิชย์ถูกกำกับดูแลโดยธนาคารแห่งประเทศไทย หรือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) กำกับดูแลบริษัทที่เกี่ยวกับคลื่นความถี่ หากองค์กรธุรกิจเหล่านี้มีบทบาทยุติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าอยู่แล้ว เมื่อมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าก็ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติขององค์กรธุรกิจเหล่านั้น แต่หากไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560<sup>140</sup>

#### 4. ที่มาและความสำคัญของการกำกับดูแลพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจถือเป็นพฤติกรรมทางการค้ารูปแบบหนึ่งซึ่งหากการกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันอาจเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า พฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ปรากฏในมาตรา 27<sup>141</sup> โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันที่มีผลเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันเป็นความผิดอย่างร้ายแรงและเป็นความผิดในตัวเอง

<sup>140</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, "Panal Discussion : Competition Law," โครงการอบรมเชิงปฏิบัติการ หลักสูตร "TAI Smart Internship" 2020 (3 สิงหาคม 2563), หน้า 3-4.

<sup>141</sup> มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ
  - (2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ
  - (3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด
  - (4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ
  - (5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้น
- แข่งขัน



หลักการตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจมีที่มาจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Sherman Act 1890) มาตรา 1<sup>142</sup> มีสาระสำคัญในช่วงต้นว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดทำสัญญา ตกลงร่วมกัน หรือสมรู้ร่วมคิด เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือทางธุรกิจ” บทบัญญัติดังกล่าวมีใจความที่ค่อนข้างกว้าง ทำให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (common law) สามารถใช้ดุลยพินิจในการตีความและกำหนดหลักกฎหมายโดยคำพิพากษาซึ่งผลจากการสร้างหลักกฎหมายของศาลทำให้เกิดความชัดเจนและกำหนดเป็นบรรทัดฐานว่าพฤติกรรมแบบใดบ้างที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งมาตรา 1<sup>143</sup>

ความมุ่งหมายของมาตรา 27 คือการห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันกันในตลาดร่วมกันลดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวกำหนดลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการทั้งสิ้น 10 ลักษณะ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศตลอดจนผู้บริโภคที่เป็นผู้ได้รับผลกระทบปลายน้ำ ดังนั้น คณะผู้ยกร่างจึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการควบคุมกำกับพฤติกรรมดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดเพื่อป้องกันการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือบริการ<sup>144</sup>

## 5. หลักเกณฑ์การกำกับดูแลพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ

(6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35

<sup>142</sup> The Sherman Act of 1890 Section 1 “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...”

<sup>143</sup> ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า.158.

<sup>144</sup> สุธีร์ ศุภินิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.กมลวรรณ จิรวินิชกุล), หน้า.83.

**(1) หลักเกณฑ์การห้ามการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**

เดิมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 ได้กำหนดพฤติกรรมต้องห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งทั้งสิ้น 10 ลักษณะ มีรายละเอียดลักษณะการกระทำที่ชัดเจน เมื่อพิจารณามาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว พบว่าพฤติกรรมที่ห้ามมิให้มีการตกลงร่วมกันทั้ง 10 ลักษณะนั้น เป็นการควบคุมเฉพาะพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในระบบเดียวกันในตลาดสินค้าหรือบริการ หรือเรียกว่าพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ (horizontal restraint) เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ผลิตกับผู้ผลิต การตกลงร่วมกันระหว่างผู้จำหน่ายกับผู้จำหน่าย หรือการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ซื้อ เป็นต้น<sup>145</sup>

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ได้ออกแนวปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542<sup>146</sup> เพื่อใช้เป็นหลักในการพิจารณาผลกระทบที่มีต่อตลาดและแนวปฏิบัติตามมาตรา 27 ดังนี้

**องค์ประกอบพิจารณาตามมาตรา 27<sup>147</sup> ได้แก่**

- (ก) เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ
- (ข) มีการกระทำตามบทบัญญัติมาตรา 27 (1)-(10)
- (ค) เป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง

**หลักในการพิจารณาผลกระทบที่มีต่อตลาด<sup>148</sup> ได้แก่**

<sup>145</sup> ibid. หน้า 85.

<sup>146</sup> สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, แนวปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า. 1

<sup>147</sup> ibid.

<sup>148</sup> ibid.

(ก) การผูกขาด หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ตกลงร่วมกันมีอำนาจในการกำหนดสิ่งเหล่านี้ของทั้งตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เช่น กำหนดราคาซื้อหรือขายในตลาดได้ จำกัดหรือควบคุมปริมาณที่ซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดพื้นที่และ/หรือกำหนดลูกค้าที่จะซื้อหรือขายในตลาดได้ กำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ทำให้ผู้ตกลงร่วมกันได้รับผลประโยชน์ตามที่ตกลงกันเพื่อให้ได้กำไร หรือผลตอบแทนเท่าเดิมหรือสูงกว่าที่เคยได้รับในช่วงที่ตลาดมีการแข่งขัน ซึ่งการร่วมกันของคู่แข่งนั้นส่งผลร้ายแรงทำให้ตลาดที่เกี่ยวข้องไม่สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ เนื่องจากเมื่อมีการผูกขาด ตลาดดังกล่าวจะถูกทำให้ไม่มีการแข่งขัน

(ข) การลดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ซื้อหรือผู้ขายมีทางเลือกในการซื้อหรือขายหรือทำธุรกรรมด้วยลดลงเมื่อเทียบกับช่วงเวลาก่อนการตกลงร่วมกัน เช่น ทำให้รายการหรือปริมาณสินค้าหรือบริการที่ออกสู่ตลาดลดลง ทำให้จำนวนผู้ขายผู้ซื้อในแต่ละพื้นที่ตลาด หรือตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งลดลง ซึ่งการลดการแข่งขันจะทำให้การแข่งขันในตลาดนั้นลดน้อยลงจากที่มีอยู่เดิม

(ค) การจำกัดการแข่งขัน หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปตกลงร่วมกัน มีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ใช่สมาชิกไม่สามารถแข่งขัน หรือเข้าสู่ตลาดได้ เช่น ทำให้คู่แข่งไม่สามารถประกอบธุรกิจได้ตามปกติหรือมียอดขายลดลง ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก หรือไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้

จากบทบัญญัติมาตรา 27 สามารถแบ่งพฤติกรรมการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันได้ 2 รูปแบบ คือ พฤติกรรมที่ห้ามกระทำโดยเด็ดขาด ปรากฏในมาตรา 27 (1)-(4) เป็นลักษณะของพฤติกรรมที่เป็นความผิดร้ายแรงและเป็นความผิดในตัวเอง (per se illegality) สังเกตได้จากกฎหมายไม่ได้เปิดช่องให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้แม้มีความจำเป็นในทางธุรกิจก็ตาม ประกอบกับการกระทำดังกล่าวเป็นการทำลายการแข่งขันอย่างเสรีในตลาดระหว่างผู้ประกอบการที่ร่วมกันกระทำลงอย่างสิ้นเชิง ไม่ว่าผู้ประกอบการที่ร่วมกันนั้นจะมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หรือจะมีส่วนแบ่งในตลาดมากน้อยเพียงใด<sup>149</sup>

ส่วนพฤติกรรมตามมาตรา 27 (5)-(10) ที่ผู้ประกอบการสามารถขออนุญาตต่อคณะกรรมการได้หากผู้ประกอบการมีความจำเป็นในทางธุรกิจ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้หลักเหตุผล

<sup>149</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, หน้า.101.

(rule of reason) มาประกอบการพิจารณาอนุญาต ทั้งนี้ต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

หลักการสองหลักการที่กล่าวมาข้างต้นมีรายละเอียดดังนี้<sup>150</sup>

**1) หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegality)** เป็นกรณีที่กฎหมายถือว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นความผิดเด็ดขาดชัดแจ้งในตัวเอง กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งถือว่าเป็นความผิดโดยไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ผลกระทบของการกระทำนั้นต่อการแข่งขันในตลาด และไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นจะจำกัดการแข่งขันในตลาดพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ เนื่องจากว่าการกระทำบางอย่างนั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาด การกระทำที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยว่าเป็นความผิดเด็ดขาด คือ การร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ (price fixing)<sup>151</sup> ดังนั้น หลักความผิดเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้จะต้องปรากฏว่าการกระทำร่วมกันนั้นจะต้องเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดในระดับที่สูงมากและผลประโยชน์ที่ได้จากการตกลงร่วมกันต้องมีมากกว่าผลประโยชน์ที่เศรษฐกิจโดยรวมได้รับ<sup>152</sup>

**2) หลักเหตุและผล (rule of reason)** เป็นการวิเคราะห์ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดเป็นหลัก แม้ว่าการกระทำนั้นจะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอยู่บ้าง แต่หากพอสมควรแก่เหตุ (reasonable) หรือผลประโยชน์ที่เศรษฐกิจโดยรวมมีมากกว่าผลประโยชน์ที่ได้จากการตกลงร่วมกัน การตกลงร่วมกันนั้นถือว่าไม่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>153</sup> อย่างไรก็ตาม การตกลงร่วมกันจะเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับปัจจัยด้านข้อเท็จจริงเฉพาะของธุรกิจนั้นๆ ลักษณะของการกระทำ สภาพของธุรกิจก่อนและหลังจากที่มีการกระทำที่ส่งผลเสียต่อการแข่งขันในตลาด

สำหรับข้อดีของหลักเหตุและผล คือ มีความยืดหยุ่นในการปรับให้เข้ากับสถานการณ์และข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เพราะการกระทำรูปแบบหนึ่งหากกระทำในสถานการณ์หนึ่งหรือเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหนึ่ง อาจจะเป็นการมุ่งหรือส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดเพิ่มขึ้นก็ได้ แต่หากนำไปใช้ในอีกสถานการณ์หนึ่งอาจจะเป็นการทำลายการแข่งขันในตลาดก็ได้ และ

<sup>150</sup> ผกาวิรี ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า.64-65.

<sup>151</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, หน้า.99.

<sup>152</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "พฤติกรรมกรรมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในแนวราบ (Cartel) : ศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา," หน้า 111.

<sup>153</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, หน้า. 96.

ขอบเขตการใช้กฎหมายในการแทรกแซงการประกอบธุรกิจในตลาดจะจำกัดเฉพาะกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างร้ายแรงเท่านั้น ส่วนการกระทำใดที่แม้จะมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดบ้างแต่เป็นผลกระทบที่เล็กน้อยแต่ผลจากการร่วมตกลงกันเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจมากกว่า กฎหมายก็ไม่ควรเข้าไปแทรกแซง<sup>154</sup>

ส่วนข้อเสียของหลักเหตุและผล คือ ผลกระทบของการตกลงร่วมกันนั้นหาได้ยากต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่าย จะต้องวิเคราะห์ให้ถี่ถ้วนถึงสาเหตุและผลกระทบที่เกิดขึ้น ตลอดจนเป็นดุลยพินิจของหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ ได้แก่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ในการวิเคราะห์ผลกระทบและวินิจฉัยว่าการกระทำใดสมเหตุสมผลหรือพอสมควรแก่เหตุหรือไม่<sup>155</sup>

## (2) หลักเกณฑ์การห้ามการกระทำร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ<sup>156</sup>ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

เมื่อสภาพสังคม เศรษฐกิจ และรูปแบบการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดเปลี่ยนแปลงไป พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้มาเป็นเวลานานจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีความจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาบังคับใช้แทนที่กฎหมายฉบับเดิม ในปี 2560 เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น โดยประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 5 กำหนดหลักในการพิจารณาการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามบทบัญญัติมาตรา 54 และ 55 ให้พิจารณาลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) ข้อตกลงที่มีผลบังคับและไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยวาจา ทั้งนี้ ข้อตกลงอาจมาจากการประชุมหารือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ การส่งเอกสารการสื่อสารทางโทรศัพท์ หรือวิธีการอื่นใด

<sup>154</sup> ผกาวิรั ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า. 65.

<sup>155</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา, หน้า.97.

<sup>156</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 “ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ

(ข) การตัดสินใจของสมาคมหรือผู้ประกอบการหลายรายที่รวมตัวกัน โดยเป็นการดำเนินการที่เกิดเป็นข้อสรุปต่าง ๆ เช่น ข้อบังคับ ข้อเสนอแนะ มติของคณะกรรมการบริหาร มติของที่ประชุมสามัญของสมาชิก เป็นต้น

(ค) การกระทำร่วมกันที่ไม่ปรากฏข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ปรากฏการตัดสินใจที่มีหลักฐานชัดเจน ซึ่งจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตระหนักรู้ของผู้ประกอบการว่าได้กระทำการร่วมกัน

ส่วนบทบัญญัติในการควบคุมพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันมีการแบ่งแยกไว้ 2 ประเภท<sup>157</sup> ได้แก่

(ก) การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่งที่เกี่ยวข้องกับราคา ปริมาณ พื้นที่ และการประมูลตามมาตรา 54<sup>158</sup> วรรค 1 ซึ่งถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่ก่อความเสียหายอย่างร้ายแรง (hardcore cartels) และเป็นความผิดชัดแจ้งในตัวเอง (per se) ทั้งนี้ ในมาตรา 54 วรรค 2 ได้ยกเว้นความผิดสำหรับการกระทำดังกล่าว หากเป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

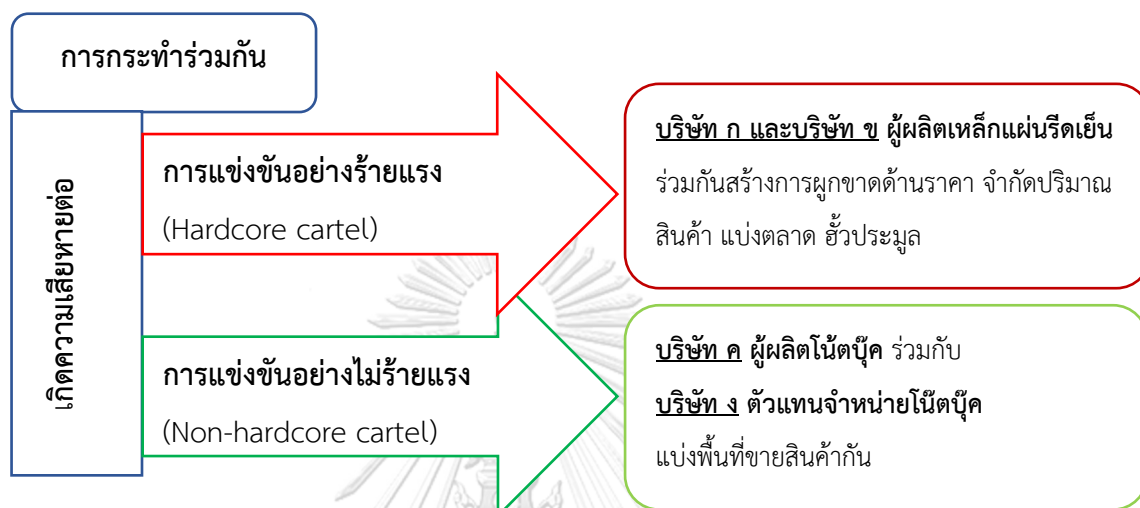
<sup>157</sup> กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 919.

<sup>158</sup> มาตรา 54 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าหรือบริการ
- (2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่ายหรือบริการตามที่ตกลงกัน
- (3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการหรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ
- (4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบการอื่นจะมิซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับการกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(ข) การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในรูปแบบอื่น เป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่ก่อความเสียหายอย่างไม่ร้ายแรง (non hardcore cartels) ตามมาตรา 55<sup>159</sup> ทั้งนี้ จะได้รับการยกเว้นความรับผิดหากเข้าเงื่อนไขมาตรา 56<sup>160</sup>



<sup>159</sup> มาตรา 55 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งในลักษณะอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54 (1) (2) หรือ (4) ระหว่างผู้ประกอบการที่มีคู่แข่งในตลาดเดียวกัน
- (2) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการ
- (3) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน
- (4) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน
- (5) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

<sup>160</sup> มาตรา 56 บทบัญญัติมาตรา 55 มิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
  - (2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้าและการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ
  - (3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการในต่างระดับกันโดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือการสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือให้ผลตอบแทนอื่นใดตามที่ระบุในสัญญา
  - (4) ลักษณะข้อตกลงหรือรูปแบบธุรกิจตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามคำแนะนำของคณะกรรมการ
- การตกลงร่วมกันตามวรรคหนึ่ง (2) และ (3) ต้องไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ข้างต้น และไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นอย่างมีนัยสำคัญโดยคำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคด้วย

รูปที่ 6 พฤติกรรมการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 54 และ 55<sup>161</sup>

จากรูปภาพข้างต้นขอแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 54

เมื่อพิจารณามาตรา 54 สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้<sup>162</sup>

(ก) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ (horizontal cartels) เท่านั้น

(ข) ผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงร่วมกันนั้นต้องเป็นคู่แข่งในตลาดเดียวกัน (same market level)

(ค) มีการกระทำในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง (hardcore cartels) ดังต่อไปนี้

- การตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ (price fixing)
- การร่วมกันจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ (quantity limitation)
- การร่วมกันจำกัดการแข่งขันในการประมูล (bid rigging)
- การร่วมกันกำหนดท้องที่หรือคู่ค้า (market allocation)

(จ) การกระทำลักษณะดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (per se illegality)

<sup>161</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "บทที่ 6 การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการธุรกิจอันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/factsheet/2020/08/08/factsheet-6/>

<sup>162</sup> เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์, "การตกลงร่วมกันภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : เจตนารมณ์และประเด็นความท้าทาย," วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 173.



อย่างไรก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 54 วรรค 2

นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นในการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 54 ปรากฏในประกาศ ข้อ 8 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

“ข้อ 8 การกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่แข่งขันกันที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 54 มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ (Price Fixing) มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายของสินค้าหรือบริการในตลาด เช่น การกำหนดเป็นราคาเดียวกันหรืออยู่ในช่วงราคาที่ตกลงกันหรือเป็นไปในทิศทางเดียวกัน การกำหนดช่วงราคาหรือสัดส่วนที่ผู้ประกอบการแต่ละรายสามารถขึ้นหรือลดราคาได้ เป็นต้น

(ข) การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการในตลาด เช่น ส่วนลด (Discount) ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เช่น ค่าขนส่ง บริการเสริมเงื่อนไขการชำระเงิน เงื่อนไขการรับประกัน เป็นต้น

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิตหรือจำหน่ายหรือบริการตามที่ตกลงกันได้ (Quantity Limitation) มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดปริมาณในการผลิต ซื้อ หรือจำหน่ายสินค้า หรือให้การบริการของผู้ประกอบการแต่ละราย

(ข) การกำหนดสัดส่วนในการผลิต ซื้อ หรือจำหน่ายสินค้า หรือให้การบริการของผู้ประกอบการแต่ละราย

(ค) การกำหนดโควตาในการผลิต ซื้อ หรือจำหน่ายสินค้า หรือให้การบริการของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละราย

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ (Bid Rigging) มีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) การประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ และ

(ข) การกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

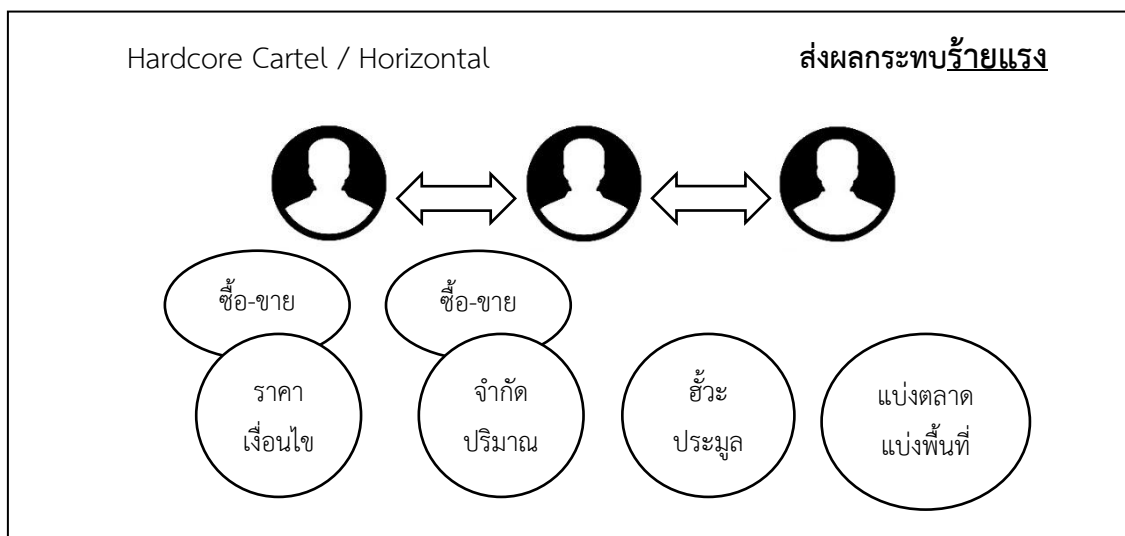
1) เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใดได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการนั้น

2) เพื่อมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใดเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการนั้น

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจัดจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น (Market Allocation) มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) การกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น

(ข) การกำหนดคู่ค้า ได้แก่ ผู้ซื้อหรือผู้ขาย ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจัดจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น”



รูปที่ 7 การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตามมาตรา 54

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 8 ใช้ถ้อยคำว่า “ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้” ถือเป็นถ้อยคำที่ใช้จำกัดขอบเขตของบทบัญญัติให้ชัดเจน ดังนั้น การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือไปจากอนุมาตราที่ระบุไว้ ก็จะไม่เข้าข่ายความผิดตามมาตรา 54 นี้ทั้งสิ้น<sup>163</sup> ทำให้ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงานมีความไม่ชัดเจนว่าสามารถนำไปปรับใช้กับมาตรา 54 ดังกล่าวได้หรือไม่

(2) การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 55

เมื่อพิจารณามาตรา 55 สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้<sup>164</sup>

(ก) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวนราบ (horizontal cartels) หรือในแนวตั้ง (vertical cartel) ก็ได้

(ข) ผู้ประกอบการที่ตกลงร่วมกันนั้นอยู่ในตลาดใดตลาดหนึ่งที่ไม่ใช่ตลาดเดียวกัน (different market level)

<sup>163</sup> กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 929.

<sup>164</sup> เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์, "การตกลงร่วมกันภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : เจตนารมณ์และประเด็นความท้าทาย," วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 174.

(ค) มีการกระทำในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartels) ดังต่อไปนี้

- กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54 (1) (2) หรือ (4) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีคู่แข่งกันในตลาดเดียวกัน

- ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการ

- แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

- กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

- ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(จ) การกระทำลักษณะดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง แต่ใช้หลักการเหตุและผล (rule of reason) มาประกอบการพิจารณา

นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นในการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 55 ปรากฏในประกาศ ข้อ 10 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

“ข้อ 10 การกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 55 มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำร่วมกันตามข้อ 8 (1) (2) หรือ (4) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีคู่แข่งกันในตลาดเดียวกัน จะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในข้อ 8

(2) การลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่ายหรือให้บริการโดยจะพิจารณาถึงการลดคุณภาพสินค้าหรือบริการในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละราย ให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยผู้ประกอบการแต่ละรายอาจลดคุณภาพสินค้าหรือบริการในรายละเอียดที่แตกต่างกัน

(3) การแต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) มีการแต่งตั้งหรือมอบหมาย โดยอาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่นก็ได้

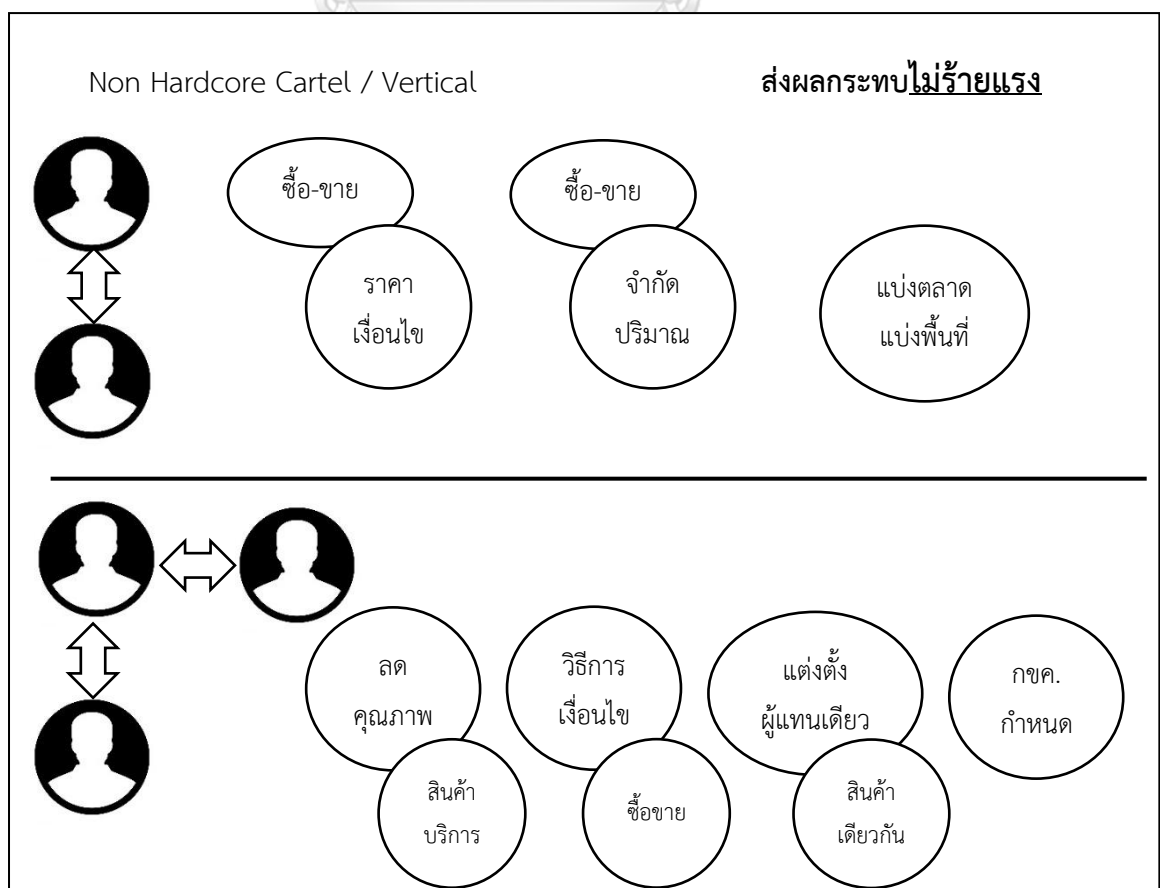
(ข) บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งหรือมอบหมายอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

(ค) บุคคลนั้นได้รับมอบหมายหรือแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนจำหน่ายสินค้าหรือผู้แทนให้บริการในตลาดที่เป็นอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(4) การกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน มีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) มีการกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติให้ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายปฏิบัติตาม โดยอาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือรูปแบบอื่นก็ได้

(ข) เป็นเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการในตลาด”



### รูปที่ 8 การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 55

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 55 และประกาศคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 10 ใช้ถ้อยคำว่า “ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้” เช่นเดียวกับที่อธิบายในมาตรา 54 จึงถือว่าเป็นถ้อยคำที่ใช้จำกัดขอบเขตของบทบัญญัติให้ชัดเจน ดังนั้น การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือไปจากอนุมาตราที่ระบุไว้ ก็จะไม่สามารถตีความกฎหมายเอาผิดพฤติกรรมอื่นใดดังกล่าวได้แม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด<sup>165</sup> ทำให้ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงานมีความไม่ชัดเจนว่าสามารถนำไปปรับใช้กับมาตรา 55 ดังกล่าวได้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 56 ก็ไม่ต้องรับผิด ซึ่งคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นในการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยข้อยกเว้นการกระทำความผิดตามมาตรา 56 ปรากฏในประกาศ ข้อ 11 และข้อ 12 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

“ข้อ 11 การกระทำร่วมกันในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ไม่เป็นการกระทำที่ผิดตามมาตรา 55

(1) การกระทำระหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบาย หรืออำนาจสั่งการตามประกาศคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561

(2) การตกลงร่วมกันในธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการผลิต การจัดจำหน่ายสินค้าและการส่งเสริมให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือเศรษฐกิจ

(3) การตกลงร่วมกันในรูปแบบธุรกิจที่มีสัญญาระหว่างผู้ประกอบการในต่างระดับกันโดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ให้ใช้สิทธิในสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายการค้า วิธีการดำเนินธุรกิจ หรือสนับสนุนการประกอบธุรกิจ และอีกฝ่ายเป็นผู้รับสิทธิซึ่งมีหน้าที่ชำระค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือ

<sup>165</sup> กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 941.

ผลตอบแทนอื่นใดตามระบุในสัญญา เช่น สัญญาในการทำธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์ (Franchise Agreement) หรือรูปแบบตัวแทนจำหน่ายที่ได้รับอนุญาต (Authorized Dealer) เป็นต้น

ข้อ 12 การตกลงร่วมกันตามข้อ 11 (2) และ (3) ต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ไม่สร้างข้อจำกัดที่เกินกว่าความจำเป็นในการบรรลุประโยชน์ที่กำหนดไว้ตามข้อ 11 (2) และ (3) โดยจะต้องพิจารณาว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นตามวัตถุประสงค์ของข้อยกเว้นจะต้องสมเหตุสมผลต่อการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบที่เป็นข้อจำกัดของการแข่งขันในตลาด

(2) ไม่ก่อให้เกิดอำนาจผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นอย่างน้อยมีนัยสำคัญ กล่าวคือการกระทำร่วมกันที่เข้าข่ายข้อยกเว้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดในตลาด หรือผู้ประกอบการที่กระทำการร่วมกันจะต้องมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันน้อยกว่าร้อยละ 10

(3) คำนึงถึงผลกระทบต่อผู้บริโภคในด้านราคา คุณภาพ ปริมาณ หรือทางเลือกของการใช้สินค้าหรือบริการ”

**ข้อยกเว้น** การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการถือว่าไม่มีความผิดตามมาตรา 54 และมาตรา 55 เนื่องจากการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการจะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีสถานะเสมือนเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน (single economic entity) ที่ไม่มีการแข่งขันระหว่างกัน ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ ไว้ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561 ข้อ 3<sup>166</sup>

<sup>166</sup> ข้อ 3 ในประกาศนี้

“ความสัมพันธ์กันทางนโยบาย” หมายความว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปที่มีแนวทางนโยบาย หรือวิธีการในการบริหาร การอำนวยการ หรือการจัดการธุรกิจที่อยู่ภายใต้บุคคลที่มีอำนาจสั่งการของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกัน

“อำนาจสั่งการ” หมายความว่า อำนาจควบคุมอันเนื่องมาจากเหตุหนึ่งเหตุใด ดังต่อไปนี้

(1) การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจนั้น

(2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

(3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการในผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีความแตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในหลักเกณฑ์การห้ามการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ กล่าวคือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 บัญญัติการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงและไม่ร้ายแรงไว้ในมาตราเดียว ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แยกการตกลงร่วมกันเป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 54 เป็นกรณีการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการหรือคู่แข่งเพื่อกำหนดราคา ปริมาณ หลักเกณฑ์ กติกา เงื่อนไขทางการค้าหรือการฮั้วประมูลซึ่งเป็นการทำลายการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) และมาตรา 55 เป็นกรณีการร่วมกันระหว่างคู่แข่งหรือคู่ค้าที่เป็นการทำลายการแข่งขันที่ไม่ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรง (non hardcore cartel) และในบางกรณีอาจมีเหตุผลในทางธุรกิจ (franchise authorized agent) แต่ต้องไม่เป็นการลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการนั้น<sup>167</sup> ดังนั้น บทบัญญัติหลักเกณฑ์การห้ามการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น และสามารถนำไปปรับใช้ได้ดียิ่งขึ้น

ทั้งนี้ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ไปปรับใช้กับกรณีข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่มีลักษณะผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่า ควรศึกษากฎหมาย หลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ พร้อมทั้งคำพิพากษาที่เกิดขึ้น เพื่อนำมาเทียบเคียงและปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยต่อไป

### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

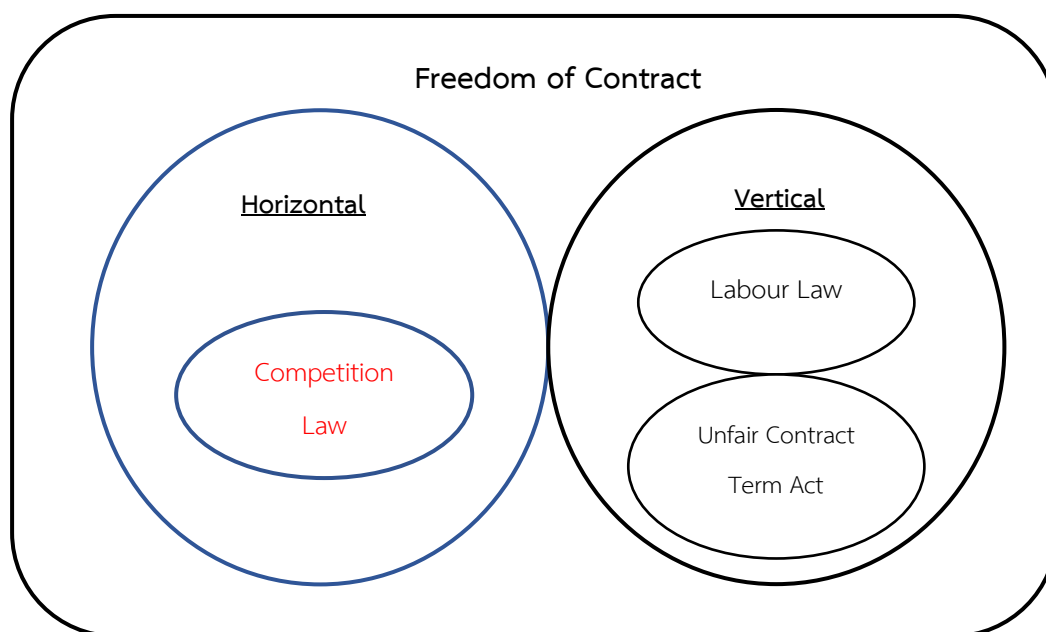
กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ พบว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กฎหมายคุ้มครองแรงงานและพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่คุ้มครองข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างหรือผู้บริโภคนที่มีรูปแบบเป็นข้อตกลงในแนวตั้ง (Vertical) ส่วนบทบัญญัติที่นำไปปรับใช้กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการซึ่งมีรูปแบบเป็นข้อตกลงในแนวนอน (Horizontal) ที่ศึกษาภายใต้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้แก่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่อย่างไรก็ดี โดย

(4) การมีอำนาจสั่งการตาม (1) หรือ (2) ต่อไปเป็นทอด ๆ ทุกทอด โดยเริ่มจากการมีอำนาจสั่งการตาม (1) หรือ (2) ในผู้ประกอบการในทอดแรก

<sup>167</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "Competition Law 2017," [ออนไลน์]. เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2562 แหล่งที่มา: [https://otcc.or.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=400&lang=TH](https://otcc.or.th/ewt_dl_link.php?nid=400&lang=TH).



หลักผู้ประกอบการก็ย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญา โดยจะเลือกเข้าทำสัญญากับใครหรือไม่ก็ได้ จะตกลงกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอย่างไรก็ได้ แต่หากเสรีภาพนั้นไม่มีขอบเขตหรือขัดต่อการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือเป็นการกีดกันหรือผูกขาดทางการค้า ก็จะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งในตลาด และส่งผลกระทบต่อลูกค้าด้วย ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเพื่อมิให้การแข่งขันและกลไกตลาดถูกบิดเบือน



รูปที่ 9 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ

## 2.5 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการจ้างแรงงาน

จากที่กล่าวมาในเรื่องวิวัฒนาการของการจ้างแรงงานทั้งในประเทศและต่างประเทศ จะเห็นว่า รัฐออกกฎหมายแรงงานโดยมุ่งคุ้มครองลูกจ้างที่มีลักษณะเป็นคนใช้แรงงานต่าง ๆ (blue collar worker) ได้แก่ ผู้ใช้แรงงานที่ทำงานในโรงงานซึ่งมักสวมใส่ชุดทำงานสีน้ำเงินเท่านั้น เนื่องจากมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่านายจ้างและไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรอง ทำให้การจ้างแรงงานที่ผ่านมาไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ในปัจจุบันมีแรงงานประเภทต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมายทั้งแรงงานที่มีทักษะสูงหรือแรงงานที่ประกอบอาชีพอิสระ ซึ่งกฎหมายแรงงานไม่สามารถคุ้มครองและครอบคลุมแรงงานประเภทต่าง ๆ ได้อย่างทั่วถึง ทำให้หลายประเทศทั่วโลกได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในการนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับการจ้างแรงงานเพื่อปกป้องคุ้มครองและสร้างความเป็นธรรมให้แก่ลูกจ้างอีกทางหนึ่ง เช่น ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นนายจ้างเพื่อลด หรือตรึงค่าจ้างให้คงที่ หรือการตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกัน เป็นต้น ความตกลงเหล่านี้มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดซึ่งส่งผลกระทบในแง่ลบต่อลูกจ้างซึ่ง

กฎหมายแรงงานทั่วไปไม่ได้มีการบัญญัติไว้ ประเทศต่างๆ จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์รวมทั้งกฎหมายที่จะลงโทษทั้งในทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองกับนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจหากการกระทำร่วมกันเข้าข่ายเป็นการลด จำกัด หรือกีดกันการแข่งขันในตลาด

### 2.5.1 บทบาทของการจ้างแรงงานกับการแข่งขัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด มีหน้าที่ต่อต้านการกระทำความผิดทุกรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาด ซึ่งหมายรวมถึงการแข่งขันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ซื้อและผู้ขายกับผู้ขาย แต่การแข่งขันที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อไม่ว่าเป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงินได้รับการยอมรับและถูกให้ความสำคัญน้อยกว่าการแข่งขันระหว่างผู้ขาย<sup>168</sup> หากเปรียบเทียบในมุมมองของนายจ้างและลูกจ้างแล้ว นายจ้างถือว่าเป็นผู้ซื้อแรงงานในขณะที่ลูกจ้างเป็นผู้ขายแรงงาน แต่ในหลายปีที่ผ่านมา พฤติกรรมการต่อต้านการแข่งขันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ซื้อเริ่มได้รับการกล่าวถึงมากขึ้น จนทำให้ผู้เชี่ยวชาญและผู้บังคับใช้กฎหมายเริ่มให้ความสนใจในผลกระทบที่อำนาจตลาดและอำนาจต่อรองในฝั่งของผู้ซื้อในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันระหว่างนายจ้างในการจ้างลูกจ้างและเก็บรักษาลูกจ้างของตน<sup>169</sup>

### 2.5.2 ทฤษฎีการจ้างแรงงานภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ที่ผ่านมาภายใต้บริบทของผลกระทบของตลาดแรงงานกับการต่อต้านการแข่งขัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าถูกอ้างถึงในกรณีการจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้างน้อยมาก ซึ่งมีหลายทฤษฎีที่อธิบายความเป็นไปได้ที่ไม่นำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไปบังคับใช้กับการแข่งขันระหว่างนายจ้างในตลาดแรงงาน ได้แก่

#### 2.5.2.1 ทฤษฎีค่านิยมของการแข่งขัน

นโยบายการแข่งขันกับการจ้างแรงงานมีกรอบความคิดที่แตกต่างกันและมีทางเลือกท่ามกลางค่านิยมของการแข่งขัน (competing values) เช่น การยกเว้นด้านแรงงานไม่ว่าจะเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ให้นำไปใช้ร่วมกันเพื่อป้องกันพฤติกรรมร่วมในการเจรจาต่อรองด้านแรงงาน นอกจากนี้ ในทางทฤษฎีค่าจ้างที่สูงขึ้นจากการเจรจาต่อรองอาจทำลายการแข่งขันในตลาดสินค้าปลายน้ำ เนื่องจากเป็นการเพิ่มต้นทุนของนายจ้างทำให้นายจ้างต้องลดปริมาณการผลิตสินค้าลง การยกเว้นมิให้แรงงานกับการบริหารเข้าไปเกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาดในเรื่องการเจรจา

<sup>168</sup> Randy M. Stutz, "The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice," (July 31, 2018). Page 1.

<sup>169</sup> *ibid.* page 2.

ต่อรองร่วมกันตามกฎหมาย สภาแห่งสหรัฐอเมริกาจึงได้สนับสนุนให้มีการจ่ายค่าจ้างที่เท่าเทียมกัน เพื่อประโยชน์สาธารณะและให้มีเงื่อนไขการจ้างที่ส่งเสริมการแข่งขันระหว่างลูกจ้าง แต่ทฤษฎีค่านิยมของการแข่งขัน ไม่ได้กล่าวถึงความเท่าเทียมกันในการบังคับใช้กฎหมายกับการจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้างนอกเหนือบริบทของการเจรจาต่อรองร่วมกัน เมื่อเรื่องดังกล่าวไม่ขัดกับพฤติกรรมขององค์กรทางด้านแรงงาน นโยบายการจำกัดผู้ซื้อในตลาดแรงงานสามารถช่วยปกป้องลูกจ้างจากค่าจ้างที่ต่ำกว่ามาตรฐานและการบริโภคสินค้าที่ราคาสูงเกินจริง ดังนั้น จากที่กล่าวมาก็เป็นประโยชน์ทั้งทางด้านแรงงานและนโยบายการแข่งขันและเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย<sup>170</sup>

ผู้เชี่ยวชาญฝ่ายอนุรักษ์นิยมโต้แย้งว่าการจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานไม่ใช่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการค้าการพาณิชย์จึงไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายป้องกันการผูกขาด เช่น ในกฎหมาย The Clayton Act 1914 มาตรา 6 ส่วนแรก บทบัญญัติกำหนดว่าการจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์<sup>171</sup> เนื่องจากข้อห้ามที่กำหนดใน The Clayton Act จำกัดเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าการพาณิชย์<sup>172</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อกล่าวอ้างของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวถูกหักล้างโดยคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ หลังจาก The Clayton Act 1914 มีผลบังคับใช้เป็นเวลา 12 ปี ศาลฎีกาในคดี Anderson v. Shipowners' Ass'n of Pacific Coast<sup>173</sup> ได้ตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดสามารถนำไปบังคับใช้กับกรณีนายจ้างตกลงร่วมกันกำหนดค่าจ้างได้และข้อสงสัยที่ว่าตกลงในลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อในทางการค้ามากกว่าผลกระทบต่อทางด้านแรงงานหรือไม่นั้นไม่ต้องนำไปประกอบการพิจารณา หลังจากนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงนำกฎหมายป้องกันการผูกขาดไปใช้บังคับกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วย

### 2.5.2.2 ทฤษฎีสวัสดิภาพผู้บริโภค

<sup>170</sup> *ibid.* page 2-3.

<sup>171</sup> The Clayton Act 1914 Section 6 : The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.

<sup>172</sup> Stutz, R. M., "The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice." Page 2-3.

<sup>173</sup> Anderson v. Shipowners' Ass'n of Pacific Coast, No 306 (Nov. 22, 1926).

มาตรฐานสวัสดิภาพของผู้บริโภค (consumer welfare standard) ผู้บริโภคถือว่าเป็นผู้ซื้อสินค้าและบริการคนสุดท้ายในตลาดซึ่งสวัสดิภาพของผู้บริโภคในฐานะผู้ซื้อคนสุดท้ายเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรกในการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้เชี่ยวชาญมองว่าตลาดแรงงานไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากสวัสดิภาพผู้บริโภคทำให้ผู้เชี่ยวชาญและผู้บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดต้องให้ความสนใจผู้ประกอบการธุรกิจในฐานะผู้ขายในตลาดเพื่อคุ้มครองผู้ซื้อและควบคุมผู้ขายมิให้เอาเปรียบผู้ซื้อในตลาดและส่งเสริมการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจโดยรวมซึ่งผู้บริโภคและผู้ซื้อเป็นผู้เกี่ยวข้องโดยตรง<sup>174</sup> ในขณะที่ตลาดแรงงานภายใต้บริบทของการแข่งขันทางการค้าผู้ประกอบการหรือนายจ้างจะถูกมองในมุมมองของผู้ซื้อ (แรงงาน)

อย่างไรก็ตาม สวัสดิภาพผู้บริโภคถูกนำไปใช้ในทางที่ผิด Robert Bork อธิบายว่า สวัสดิภาพผู้บริโภคร่วมกับสวัสดิภาพโดยรวมนั้นผสมปนเปกัน นักวิจารณ์ได้โต้แย้งว่ามาตรฐานสวัสดิภาพแรงงานสอดคล้องกับมุมมองของ Robert Bork ซึ่งไม่สามารถเข้าถึงผลกระทบด้านราคาสำหรับผู้บริโภคได้รับได้อย่างแท้จริง<sup>175</sup> กล่าวคือ มีผู้เชี่ยวชาญหลายท่านมีความเห็นว่าการจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างต่ำจะทำให้ผู้ประกอบการกำหนดราคาสินค้าต่ำตามไปด้วย แต่ในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์และในทางปฏิบัติ การจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างต่ำอาจทำให้บริษัทผู้ผลิตสินค้ามีลูกจ้างน้อยลงอันส่งผลต่อปริมาณการผลิตสินค้าที่น้อยลง ทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าดังกล่าวในราคาที่สูงขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผลผลิตถูกลดจำนวนลงในปริมาณที่ต่ำกว่าระดับการแข่งขันเนื่องจากผู้ประกอบการไม่จ้างลูกจ้างที่อยู่ในระดับการแข่งขันทำให้ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคที่ต้องจ่ายเงินซื้อสินค้าและอาจได้รับสินค้าที่มีคุณภาพต่ำ<sup>176</sup> ยิ่งไปกว่านั้นยังมีทวิจารย์มาตรฐานดังกล่าวว่าไม่สามารถนำไปปรับใช้กับการป้องกันการผูกขาดในระยะยาวได้ ในมุมมองของการจ้างแรงงาน มาตรฐานสวัสดิภาพผู้บริโภคเพียงอย่างเดียวไม่สามารถขัดขวางการกระทำที่จำกัดการแข่งขันของนายจ้างในตลาดแรงงานหรือการจำกัดการแข่งขันของฝ่ายผู้ซื้อได้<sup>177</sup> อีกทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับนายจ้างที่มีอำนาจผูกขาด และหากตีความมาตรฐานสวัสดิภาพผู้บริโภคอย่างแคบแล้วนั้น ผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะมุ่งความคิดไปที่ความผิดเด็ดขาด (per se / by object) เท่านั้น เช่น ข้อตกลงจำกัดค่าจ้างระหว่างนายจ้างและข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน เนื่องจากความผิด

<sup>174</sup> Stutz, R. M., "The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice."; ibid. Page 4.

<sup>175</sup> ibid.

<sup>176</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century," (July 15,2019). page 3-4.

<sup>177</sup> Stutz, R. M., "The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice." page 5.

ประเภทนี้ไม่ต้องมีพยานหลักฐานและไม่ต้องพิสูจน์ว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีผลกระทบต่อการแข่งขัน ก็ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดอันเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม อดีที่ดี ข้อเท็จจริงที่ว่า การผูกขาดด้านแรงงานไม่มีผลกระทบในทางลบในตลาดสินค้านั้น หน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าสามารถตรวจสอบพฤติกรรม การจำกัดการแข่งขันและความผิดเกี่ยวกับการผูกขาดดังกล่าว และสามารถประเมินผลกระทบจากการรวมตัวกันในตลาดแรงงานได้<sup>178</sup>

นอกจากนี้คำว่า ผู้บริโภค หมายถึงถึงผู้ซื้อทางตรงและทางอ้อมซึ่งครอบคลุมผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการตั้งราคาซื้อสูงหรือราคาขายต่ำรวมถึงกรณีลูกค้าที่ถูกกดราคา ค่าจ้างด้วย และในคดี Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. และ Mandeville Island Farms, Inc. v. Am. Crystal Sugar Co. สามารถตีความได้ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดคุ้มครองกระบวนการแข่งขันไม่ว่าจะฝั่งผู้ซื้อหรือผู้ขาย<sup>179</sup>

### 2.5.2.3 ทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ

การคุ้มครองแรงงานกับประโยชน์สาธารณะ (public interest) จากที่กล่าวมาแล้วว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคและทำให้กระบวนการแข่งขันมีประสิทธิภาพ ในหลายประเทศมีปัจจัยเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะซึ่งถูกกำหนดไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อรับรองว่าประเด็นปัญหาต่าง ๆ ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถนำไปวิเคราะห์ผลกระทบของการรวมตัวกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้ สิทธิในการได้รับความคุ้มครองของลูกค้าอาจเป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ ซึ่งอาจมีมาตรการรองรับว่าการจ้างงานจะได้รับการปกป้อง อันอาจขัดกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม มาตรการด้านประโยชน์สาธารณะนี้ไม่ได้เป็นประเด็นปัญหาทางตรงในการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานหรือการลดค่าจ้างที่เกิดจากการควบรวมกิจการอันส่งผลกระทบต่อตลาดแรงงาน แต่นโยบายด้านประโยชน์สาธารณะในการควบรวมกิจการทำให้มีวิธีการปกป้องการจ้างแรงงานและปกป้องสิทธิของลูกค้า<sup>180</sup>

เมื่อก้าวถึงพฤติกรรมการควบรวมกิจการ ประโยชน์สาธารณะถูกระบุไว้ในข้อกำหนดการควบคุมพฤติกรรมเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ ซึ่งในบางกรณีกำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้านำเรื่องประโยชน์สาธารณะไปพิจารณาวินิจฉัยการควบรวมกิจการด้วย หน่วยงานดังกล่าวที่มีอำนาจมักเป็นหน่วยงานของรัฐมากกว่าเอกชน แต่ภาคเอกชนก็มีอำนาจในการ

<sup>178</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets." Page 11.

<sup>179</sup> ibid. page 14.

<sup>180</sup> ibid. Page 15.

นำเรื่องประโยชน์สาธารณะไปพิจารณาเช่นเดียวกัน ในบางประเทศ กำหนดว่าการจ้างแรงงานเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งซึ่งจะต้องถูกนำไปพิจารณาในกรณีที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการควบรวมกิจการ<sup>181</sup>

ในหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับความเหมาะสมและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับตลาดแรงงาน หลายหน่วยงาน อาทิ คณะกรรมาธิการทางการค้าแห่งสหพันธรัฐและกระทรวงยุติธรรมแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังกับกรณีอำนาจซื้อของนายจ้าง ข้อตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้าง เช่น ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างของแต่ละฝ่าย จึงเป็นเป้าหมายของกระทรวงยุติธรรมและอัยการในการฟ้องร้องคดีว่าเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด (per se) เนื่องจากการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>182</sup> ซึ่งหลายปีที่ผ่านมา ประเทศสหรัฐอเมริกา สมัยรัฐบาลของประธานาธิบดี Barack Obama จนถึงรัฐบาล Donald Trump ฝ่ายป้องกันการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการทางการค้าแห่งสหพันธรัฐ ได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับข้อตกลงระหว่างนายจ้างที่ห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน ในขณะเดียวกันนักวิชาการ ผู้บังคับใช้กฎหมายแห่งรัฐ ผู้เชี่ยวชาญด้านการป้องกันการผูกขาดได้ให้ความสนใจผลกระทบของการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ซื้อ (นายจ้าง) เกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันซึ่งก่อความเสียหายแก่ลูกจ้าง ประกอบด้วยลูกจ้าง ในธุรกิจเกษตรกรรม การพยาบาล เทคโนโลยีขั้นสูง fast-food ฯลฯ นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญและนักวิชาการได้ค้นหาแนวคิดและขอบเขตของอำนาจตลาดแรงงานและแนวทางการแก้ปัญหาที่เป็นไปได้ ซึ่งมีนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญได้เขียนบทความขึ้นเพื่อเป็นแนวทางเชื่อมต่อการเจริญเติบโต การพัฒนา และวิวัฒนาการของความคิดสมัยใหม่ในบริบทของการป้องกันการผูกขาดกับตลาดแรงงานไว้อย่างแพร่หลาย<sup>183</sup> จนทำให้ประเทศต่างๆ ได้ให้ความสนใจในประเด็นการจ้างแรงงานกับการแข่งขันทางการค้า และนำแนวทางปฏิบัติของกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการทางการค้าแห่งสหพันธรัฐเป็นแบบอย่างในการออกกฎหมายหรือระเบียบเพื่อใช้บังคับในประเทศของตน

ข้อตกลงระหว่างนายจ้างที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานและค่าตอบแทนอาจละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งศาลฎีกาในคดี *Brown v. Pro Football, Inc.* เคยมีคำ

<sup>181</sup> ibid.

<sup>182</sup> Daniel G. Swanson Cynthia E. Richman, "Balancing the Interests of Antitrust and Labor Laws," *Daily Journal* (July 9,2019).

<sup>183</sup> Stutz, R. M., "The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice." page 7.

พิพากษาว่า ข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง เช่น นายจ้าง ที่ลดการแข่งขันอย่างไม่สมเหตุสมผลต้องห้ามกระทำตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>184</sup> จากที่กล่าวมาข้างต้น The Clayton Act 1914 ได้กำหนดว่าการจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์และสหภาพแรงงานหรือองค์กรแรงงานได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่ศาลฎีกาในคดี *Allen Bradley v. Local Inion No.3 International Brotherhood of Electrical Workers*<sup>185</sup> ปฏิเสธความคุ้มกันให้กับสหภาพแรงงานลูกจ้างการไฟฟ้า

แม้ว่า ในคดี *Phoenix Elec. Co. v. National Elec. Contractors Ass'n.*<sup>186</sup> ศาลอุทธรณ์ได้กำหนดว่าคู่สัญญาภายใต้ข้อตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้รับการยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดสำหรับกรณีที่เข้าองค์ประกอบ 3 ข้อ คือ 1) การจำกัดการแข่งขันส่งผลต่อคู่สัญญาภายใต้ข้อตกลงในระยะแรกเริ่มและไม่ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่น ๆ 2) มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าจ้าง เวลาทำงาน หรือเงื่อนไขการจ้างซึ่งเป็นสาระสำคัญในการเจรจาต่อรองร่วมกัน และ 3) ข้อตกลงได้จัดทำขึ้นโดยสุจริตและเป็นการเจรจาต่อรองร่วมกันระหว่างคู่สัญญาที่ไม่มีความสัมพันธ์หรือไม่อยู่ในเครือเดียวกัน แต่ต่อมา ในปี 2011 ศาลอุทธรณ์คดี *California v. Safeway, Inc.*<sup>187</sup> มลรัฐ California ฟ้องเจ้าของร้านขายของชำว่าข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับรายได้เป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se) ซึ่งเจ้าของร้านขายของชำอ้างว่าตนได้รับการยกเว้นเนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องการจ้างแรงงาน ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าข้อตกลงระหว่างนายจ้างไม่ได้ถูกควบคุมโดยกฎหมายแรงงาน ซึ่งอัยการผู้ฟ้องคดีนี้ก็มีประสบการณ์ในการส่งคำฟ้องกรณีที่นายจ้างตกลงร่วมกันห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันในธุรกิจเทคโนโลยีขั้นสูง ซึ่งอัยการมีความเห็นว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นการทำร้ายลูกจ้างที่มีความสามารถและทำให้การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศหยุดชะงัก<sup>188</sup>

ดังนั้น ข้อตกลงระหว่างนายจ้างเกี่ยวกับการจ้างแรงงานจึงตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด แม้ว่าข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจะเป็นเรื่องการจ้างแรงงานที่จำเลยในคดีมักอ้างว่าต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายแรงงาน แต่ศาลในหลายคดีที่เกิดขึ้นในช่วง 10-15 ปีที่ผ่านมา ได้กำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวตกอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของ The Sherman Act ซึ่งเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศต่างๆ จึงเริ่มให้

<sup>184</sup> *Brown v. Pro Football, Inc.*, 518 U.S. 231, 241 (1996).

<sup>185</sup> *Allen Bradley v. Local Inion No.3 International Brotherhood of Electrical Workers*, 325 U.S. 797 (1945).

<sup>186</sup> *Phoenix Elec. Co. v. National Elec. Contractors Ass'n*, 81 F.3d 858, 861 (9<sup>th</sup> Cir. 1996)

<sup>187</sup> *California v. Safeway, Inc.*, 651 F.3d 1118 (9<sup>th</sup> Cir. 2011)

<sup>188</sup> Cynthia E. Richman, D. G. S., "Balancing the Interests of Antitrust and Labor Laws," *Daily Journal*.

ความสนใจและนำไปปรับใช้กับกฎหมายประเทศตนโดยเทียบกับแนวทางปฏิบัติ (Guideline) ของกระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา

## 2.6 ปัญหาของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

### 2.6.1 นิยามของคำว่า “บริการ”

จากการศึกษาในบทนี้ พบว่า กฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศไทยมีวัตถุประสงค์ คือ การคุ้มครองลูกจ้างที่มีสถานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่านายจ้าง มุ่งปกป้องลูกจ้างที่ได้รับความเดือดร้อนจากข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมซึ่งข้อตกลงลักษณะนี้เป็นข้อตกลงในแนวตั้ง (Vertical Agreement) แต่สำหรับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับนายจ้างที่มีลักษณะเป็นแนวนราบ (Horizontal Agreement) ซึ่งอาจมีผลเป็นการจำกัด หรือลดการแข่งขันในตลาด กฎหมายคุ้มครองแรงงานไม่สามารถนำไปบังคับใช้ได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังนิยามคำว่า “บริการ” หมายความว่า “การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน” ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนของการนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไปใช้กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ (นายจ้าง) ที่แข่งขันกันในตลาดกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงต้องศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดนิยามของคำว่า บริการ ที่ไม่นำการจ้างแรงงานมาบังคับใช้กับการแข่งขันทางการค้า โดยเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ

### 2.6.2 ประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

แม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดประเภทข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการไว้ 2 แบบ คือ การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรง (hardcore cartel) และการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่ส่งผลกระทบต่ออย่างไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartel) แต่เมื่อพิจารณารายละเอียดในมาตราดังกล่าว ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ในข้อ 8 และข้อ 10 พบว่า เป็นการบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 54 และมาตรา 55 ซึ่งค่อนข้างชัดเจนและมีขอบเขตที่จำกัดเฉพาะการกระทำที่ระบุไว้เท่านั้นจึงจะเป็น



การกระทำที่ลดหรือจำกัดการแข่งขัน หากข้อตกลงใดไม่เข้าข่ายลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดก็อาจไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันที่อาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหลายรูปแบบ ซึ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังไม่มีการกำหนดประเภทและลักษณะข้อตกลงดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละประเภทมีหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์พฤติกรรมที่แตกต่างกันตามหลักกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจโดยค้นคว้าและวิเคราะห์จากกฎหมายและแนวปฏิบัติในต่างประเทศ

### 2.6.3 การปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

เมื่อศึกษาและสามารถกำหนดประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้แล้ว ปัญหาต่อมาที่จะต้องศึกษา ได้แก่ หลักเกณฑ์และรายละเอียดการนำข้อตกลงประเภทต่างๆ ไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย โดยต้องวิเคราะห์ว่า มาตรา 54 และมาตรา 55 ที่กำหนดการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีผลเป็นการบิดเบือนกลไกตลาดอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) และไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartel) ซึ่งประกอบด้วยหลายอนุมาตรา และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดไว้หลายกรณี จะสามารถนำไปปรับใช้กับอนุมาตราใดจึงจะถูกต้องเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการปรับใช้มากที่สุด

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงต้องศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละประเภทว่าสามารถนำไปบังคับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้หรือไม่ อย่างไร โดยเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ

### บทที่ 3

#### กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่าง ผู้ประกอบการธุรกิจ

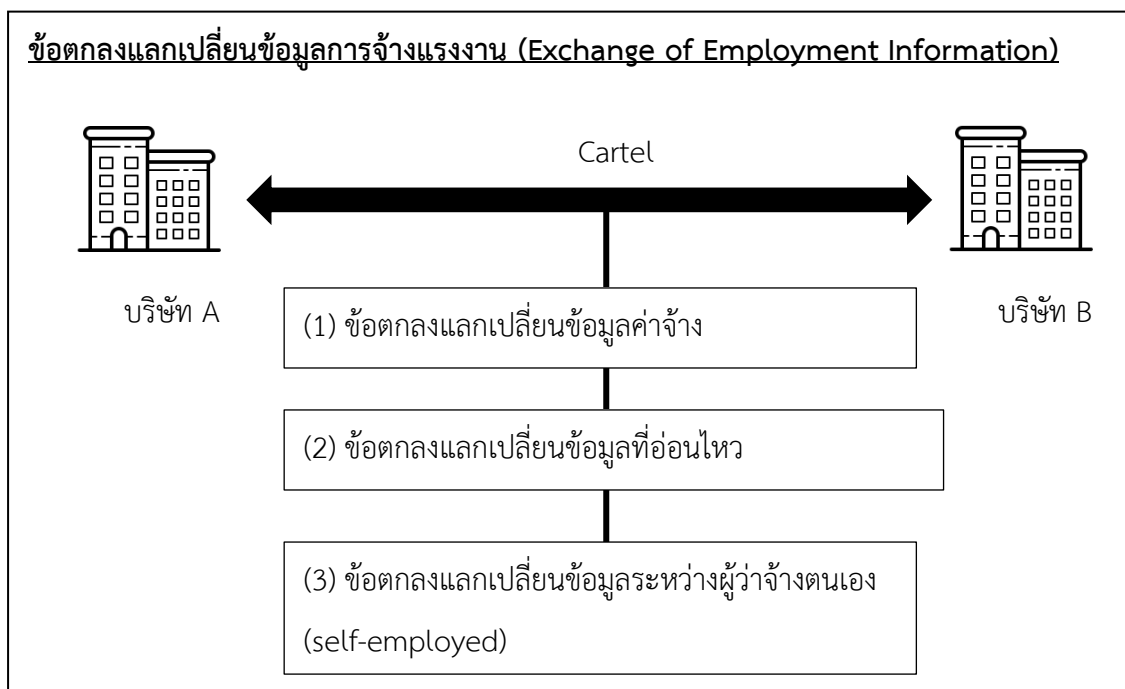
ในปัจจุบันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดมีการบังคับใช้  
อย่างแพร่หลายในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีระบบการค้าและเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็น  
ธรรม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศในสหภาพยุโรป เป็นต้น วัตถุประสงค์ของการบัญญัติ  
กฎหมายดังกล่าวเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันการกระทำที่อาจเกิดขึ้นอันส่งผลกระทบต่อ  
ต่อระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาดและผู้บริโภค ซึ่งกฎหมายจะแตกต่างกันไปตามบริบทและ  
สถานการณ์ต่างๆ ของแต่ละประเทศและจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมสืบเนื่องกันมาเพื่อให้เหมาะสมกับ  
สภาวะการณ์ในแต่ละยุคสมัย ทั้งนี้ ในการร่างและตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละ  
ประเทศจะอาศัยการวิเคราะห์ตลาด บริบททางสังคมและเศรษฐกิจ ความเป็นไปได้ หลักการและ  
เหตุผลในการตรากฎหมายเพื่อป้องกันการกระทำที่อาจเป็นการผูกขาด ลด จำกัด หรือบิดเบือนการ  
แข่งขันในตลาดหรือส่งผลกระทบต่อตลาดในอนาคต

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงรายละเอียดของข้อตกลงการจ้างแรงงาน  
ระหว่างผู้ประกอบการโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ  
ธุรกิจในต่างประเทศ ในทางกลับกันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยไม่ทำให้บังคับกับ  
การจ้างแรงงาน ทำให้การกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขร่วมกันและการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการ  
จ้างแรงงานยังไม่ชัดเจนว่าสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยได้หรือไม่  
ในบทนี้ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการในกฎหมายต่างประเทศ  
ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี พร้อมทั้ง  
หลักกฎหมายและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องที่สามารถนำไปบังคับใช้กับพฤติกรรมระหว่างผู้ประกอบการ  
ธุรกิจดังกล่าวได้ โดยแต่ละประเทศจะมีรายละเอียดที่เหมือนและแตกต่างกันไป เพื่อจะสามารถนำมา  
เปรียบเทียบและเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานอันเป็นการ  
ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้  
อย่างแท้จริงต่อไป

ผู้เขียน ได้รวบรวมข้อมูลและแยกประเภทความตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้  
ประกอบการธุรกิจที่อาจเข้าข่ายลดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ดังต่อไปนี้

1. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน

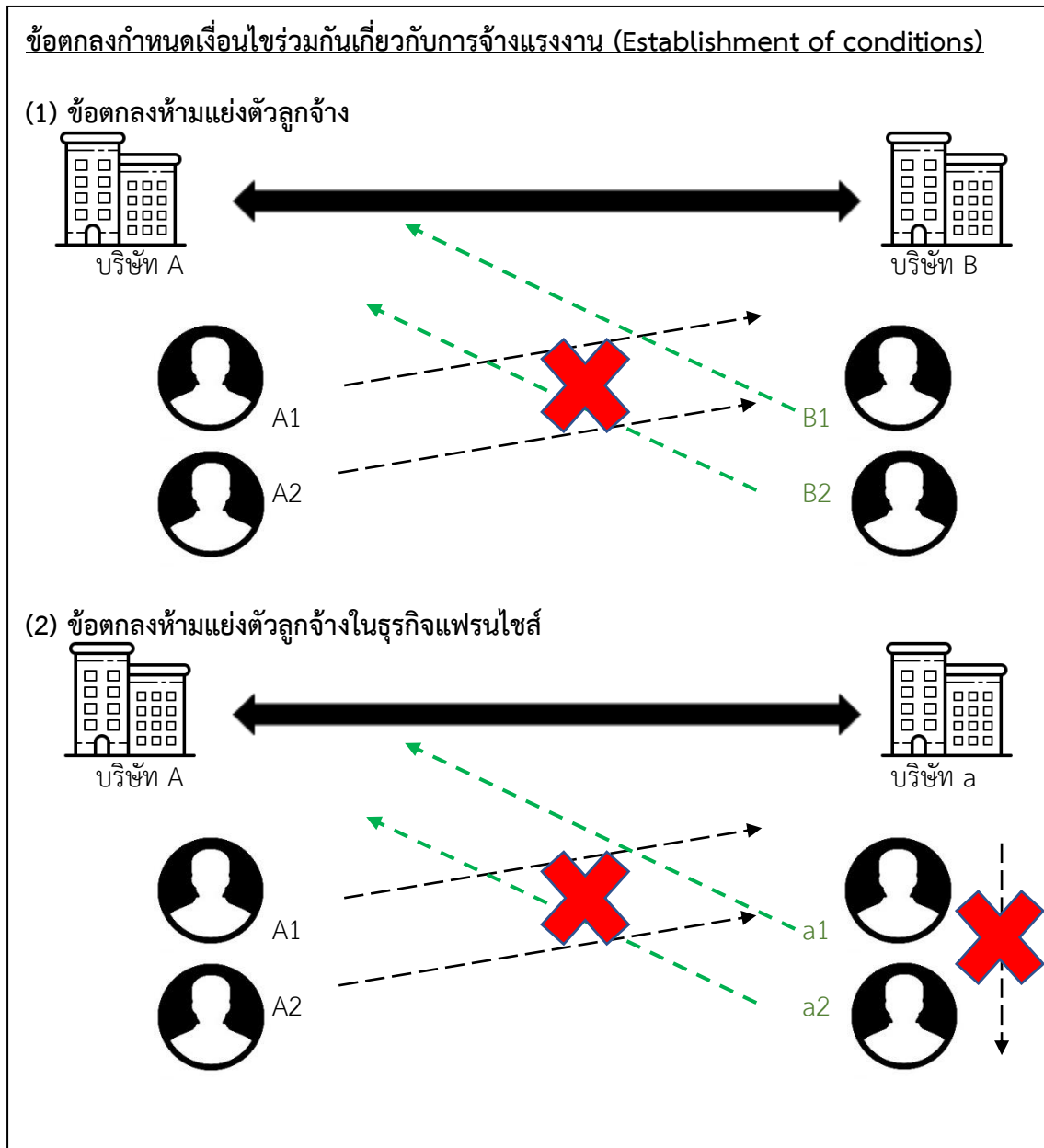
- (1) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง
- (2) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว
- (3) การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง (self-employed)



**รูปที่ 10 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน**

2. ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

- (1) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง
- (2) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์



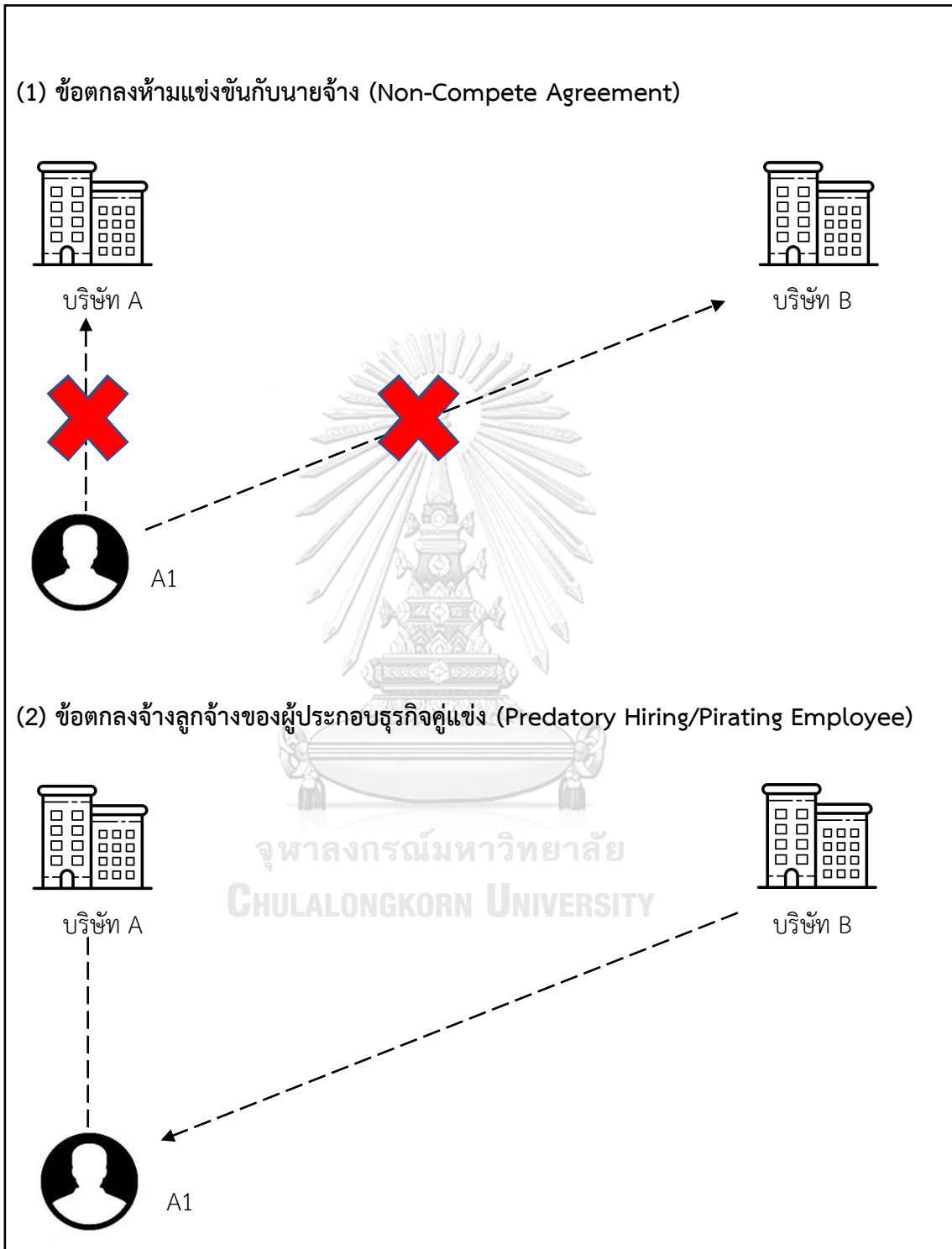
รูปที่ 11 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

3. ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

(1) ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement)

(2) ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Predatory Hiring/Pirating

Employee)



รูปที่ 12 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

จากรูปแบบและประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจข้างต้น ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงานและข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เป็นข้อตกลงร่วมกันในแนวนราบ (Horizontal Agreement) ซึ่งอาจมีลักษณะผูกขาด ลด หรือจำกัด การแข่งขันในตลาด ส่วนข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ได้แก่ 1) ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับ นายจ้าง (Non-Compete Agreement) และ 2) ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการธุรกิจคู่แข่ง (Predatory Hiring/Pirating Employee) เป็นข้อตกลงร่วมกันในแนวตั้ง (Vertical Agreement) ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างแต่อาจส่งผลกระทบต่อขีดขวางการแข่งขันและเป็นอุปสรรค ต่อการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งได้

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานในแนวนราบ พร้อมทั้งยังศึกษาเพิ่มเติมข้อตกลงในแนวตั้งเพื่อให้ครอบคลุมข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่อยู่ ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งหมดโดยเทียบเคียงกับกฎหมายการแข่งขันทาง การค้า แนวปฏิบัติและคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องด้วย

### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย common law และเป็นประเทศ อันดับที่สองของโลกถัดจากประเทศแคนาดา<sup>189</sup> ที่มีการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดเพื่อควบคุม การดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการรายใหญ่ ซึ่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บังคับให้ประเทศเยอรมันตะวันตกและประเทศญี่ปุ่นตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการ แข่งขันทางการค้าออกมาบังคับใช้โดยอาศัย The Sherman Act 1890 เป็นต้นแบบ ซึ่งประเทศไทย เองก็ได้นำเอากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมัน และญี่ปุ่น (ผ่านเกาหลีใต้) มาเป็น ต้นแบบในการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยเช่นเดียวกัน

#### 3.1.1 แนวคิดของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก และ เป็นผู้นำในการใช้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยเปิดโอกาสให้นักลงทุน นักธุรกิจต่างชาติสามารถ เข้าไปลงทุนในประเทศได้อย่างเสรี ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าในตลาดของประเทศสูงมาก ส่งผล ให้ผู้ประกอบการมีแนวโน้มผูกขาดทางการค้าหรือร่วมมือกันผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน รัฐจึง ต้องเข้ามาแทรกแซงการดำเนินธุรกิจโดยบัญญัติกฎหมายป้องกันการผูกขาด เพื่อควบคุมพฤติกรรม

<sup>189</sup> ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า. 17.

ดังกล่าว<sup>190</sup> ซึ่งทราบกันในนามของกฎหมายต่อต้านทรัสต์ (Antitrust Law) ประกอบด้วยกฎหมาย 3 ฉบับ<sup>191</sup> ได้แก่

1. The Sherman Act 1890 เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐบาลกลางเพื่อห้ามปรามกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จำกัดการดำเนินธุรกิจและการแข่งขันในตลาดระหว่างรัฐ<sup>192</sup> เรียกว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดซึ่งตราขึ้นเพื่อคุ้มครองวิสาหกิจขนาดย่อมมิให้ถูกเอาเปรียบจากบริษัทรายใหญ่

2. The Clayton Act 1914 เป็นกฎหมายที่สภาครองเกรสได้ตราขึ้นเพื่อกำกับการรวมธุรกิจและพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในรูปแบบอื่นๆ

3. Federal Trade Act เป็นกฎหมายที่กำกับดูแลพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันที่เรียกว่า วิธีการแข่งขันทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม (unfair method of competition)

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังให้อำนาจหน่วยงานที่เกี่ยวข้องออกแนวทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นและให้มีการบังคับใช้กับการกระทำที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ

### 3.1.2 หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำผิด

กระทรวงยุติธรรมและ FTC ได้ร่วมกันออกแนวปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเกี่ยวกับพฤติกรรมความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors, Guideline) ในปี ค.ศ. 2000 ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ประกอบการว่าภาครัฐใช้กฎเกณฑ์ใดในการพิจารณาพฤติกรรมความร่วมมือในทางธุรกิจว่าขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แม้ว่า Guideline จะไม่สามารถตอบปัญหาได้ในทุกกรณีว่าพฤติกรรมความร่วมมือทางธุรกิจอย่างไรจะถือว่าต้องห้ามตามกฎหมาย หากแต่

<sup>190</sup> วุฒิสมาชิก ครีวีซี, "แนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย: ศึกษากรณีการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรองและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพเกษตรกร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาด้านนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า. 94.

<sup>191</sup> คักดา ธนิตกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 25.

<sup>192</sup> Legal Information Institute, [Online] Accessed: 6 January 2020. Available from: [https://www.law.cornell.edu/wex/sherman\\_antitrust\\_act](https://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act).

Guideline ก็ให้แนวทางซึ่งเพียงพอที่จะทำให้ผู้ประกอบการเชื่อมั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่าพฤติกรรมอย่างไรเป็นพฤติกรรมที่ภาครัฐบังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มงวดเป็นพิเศษ<sup>193</sup>

แนวปฏิบัตินี้ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 หลักตามหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา คือ หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal) และหลักเหตุและผล (the rule of reason)

### 3.1.2.1 หลักเหตุและผล (the rule of reason)

หลักการพิจารณาเหตุผลเป็นวิธีการทางกฎหมายขององค์กรกำกับการแข่งขันหรือศาลซึ่งพยายามที่จะประเมินผลส่งเสริมการแข่งขัน (pro-competitive) ของการปฏิบัติที่เป็นการจำกัดการค้าต่อผลต่อต้านการแข่งขันเพื่อที่จะตัดสินว่าควรห้ามการปฏิบัติดังกล่าวหรือไม่ การตรวจสอบการจำกัดการแข่งขันในตลาดบางประเภทซึ่งมีหลักฐานชัดเจนทำให้เกิดประเด็นด้านการแข่งขันว่ามีประโยชน์ในการเพิ่มประสิทธิภาพที่ชอด้วยกฎหมาย ตัวอย่าง ผู้ผลิตอาจจำกัดให้ผู้ค้าปลีกจำหน่ายสินค้าในตลาดเชิงภูมิศาสตร์ที่แตกต่างเพื่อให้ผู้ค้าปลีกมีกำไรสูงขึ้นและมีแรงจูงใจที่จะโฆษณาสินค้าและให้บริการแก่ลูกค้าดีขึ้น ซึ่งอาจมีผลเป็นการเพิ่มอุปสงค์ของสินค้าของผู้ผลิตมากกว่าการเพิ่มปริมาณที่ต้องการในราคาที่ต่ำลง<sup>194</sup> นอกจากนี้ศาลมักจะวิเคราะห์พฤติกรรมและข้อตกลงของผู้ประกอบการโดยใช้หลักเหตุและผลเมื่อผลกระทบของการผูกขาดนั้นไม่สามารถสังเกตเห็นได้อย่างชัดเจน (immediately obvious) หรือโดยอาศัยประสบการณ์ครั้งก่อนของศาลแล้ว ศาลไม่สามารถตัดสินได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง ซึ่งโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่สมเหตุสมผลและจำเลยมีอำนาจตลาด<sup>195</sup> ซึ่งตามหลักนี้ DOJ และ FTC ได้วางหลักการพิจารณาดำเนินคดีกับผู้ประกอบการไว้ 3 ประการ คือ 1. พิจารณาถึงลักษณะและรูปแบบของความร่วมมือ 2. พิจารณาผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า และ 3. พิจารณาว่าความร่วมมือนั้นส่งผลดีต่อการแข่งขันทางการค้า

<sup>193</sup> สยามล เจริญผล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการด้วยกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559), หน้า.78.

<sup>194</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "คำศัพท์เศรษฐศาสตร์องค์การอุตสาหกรรมและกฎหมายแข่งขันทางการค้า "

<sup>195</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*. page 286.



อย่างไรหรือไม่<sup>196</sup> ในการพิจารณาตามหลักเหตุผล คู่ความจะมีโอกาสในการอธิบายว่าข้อตกลงในคดีมีผลดีหรือส่งเสริมการแข่งขัน เช่น ทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ในตลาด สร้างประสิทธิภาพการผลิตมากกว่าการต่อต้านการแข่งขัน เป็นต้น<sup>197</sup>

ในช่วงแรกที่ใช้กฎหมาย The Sherman Act 1890 ศาลได้พิจารณาความผิดฐาน cartel ตามตัวอักษรในมาตรา 1 ทุกประการ กล่าวคือ หากเป็นการกระทำในลักษณะ “restraint of trade” ศาลก็ตัดสินโดยทันทีว่ามีความผิดตามกฎหมาย แต่ต่อมาในภายหลังศาลเองก็ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขเกณฑ์การพิจารณาขึ้นมาใหม่เป็น “undue restrain” แทน ซึ่งหมายถึงการร่วมมือกันในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นถึงจะมีความผิดตามมาตรา 1 โดยจะอาศัยองค์ประกอบต่างๆโดยรวมพิจารณาในคดีที่แตกต่างกันไป เรียกว่า “หลักแห่งเหตุและผล (the rule of reason)”

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเสียของหลักแห่งเหตุและผลก็คือ เกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณานั้นไม่มีความแน่นอนและชัดเจน ดังจะเห็นได้จากคดี Chicago Board ในปี ค.ศ. 1918 ซึ่งเป็นคดีแรกที่ได้มีการเรียกร้องให้ใช้หลักแห่งเหตุและผล ซึ่งประเด็นสำคัญของคดีนี้อยู่ที่การตกลงและร่วมมือกันจำกัดโดยห้ามการทำธุรกรรมสินค้านอกเหนือจากเวลาทำการนั้นถือว่าเป็นการร่วมมือกันในลักษณะที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลสูงได้พิจารณาโดยใช้หลักแห่งเหตุและผล (rule of reason) ดังต่อไปนี้<sup>198</sup>

1. การพิจารณาแค่เพียงเป็นการนำองค์ประกอบต่างๆ มาเรียงไว้ด้วยกันเท่านั้น เช่น สภาพการณ์ของอุตสาหกรรมที่มีการจำกัดในช่วงเวลานั้น การเปลี่ยนแปลงทางด้านสถานการณ์ก่อนและหลังที่มีการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขัน ลักษณะการจำกัดและผลลัพธ์ที่อาจเกิดจากการจำกัด เหตุผลที่เลือกใช้วิธีการจำกัด ความเป็นมาเกี่ยวกับการจำกัด ความร้ายแรงที่คาดว่าจะมีอยู่ในขณะนั้น วัตถุประสงค์ในการจำกัด เป็นต้น

2. เป็นการพิจารณาโดยอาศัยความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษาเป็นหลัก (subjectively) ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อหลักความยุติธรรมของศาล

<sup>196</sup> สยามล เจริญผล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542," หน้า. 78.

<sup>197</sup> Amanda L. Wait, "Competitor Information Exchanges: Practical Considerations from Ftc Consent Decrees,," (May 6, 2011). page 6.

<sup>198</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "พฤติกรรมกรรมการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในแนวราบ (Cartel) : ศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา,," หน้า 110.

จากเหตุผลทั้งสองข้อจึงสามารถสรุปได้ว่าหลักแห่งเหตุและผลที่ถูกนำมาใช้ในคดีมีข้อเสียค่อนข้างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่ชัดเจนของเกณฑ์ในการพิจารณาคดี นอกจากนี้ปัญหาทางด้านเวลาที่ใช้ในการพิจารณาคดีก็นับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง เพราะเนื่องจากต้องอาศัยข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญตามหลักแห่งเหตุและผล ดังนั้นจึงจำเป็นต้องใช้เวลาค่อนข้างมากในการรวบรวมและวิเคราะห์หลักฐานต่างๆ ส่วนอีกประเด็นหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า กรณีที่มองจากฝ่ายผู้ประกอบการแล้ว หากเกณฑ์การพิจารณานั้นไม่มีความแน่นอนในตัวมันเองแล้วผู้ประกอบการเองก็ไม่สามารถดำเนินกิจการได้อย่างสบายใจ เพราะพฤติกรรมต่างๆ ที่ผู้ประกอบการเลือกอาจเข้าข่ายพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายได้<sup>199</sup>

เนื่องจากเหตุผลต่างๆ ข้างต้นนี้เอง นักวิชาการส่วนมากได้วิพากษ์วิจารณ์ถึงข้อเสียของหลักแห่งเหตุและผลในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป และตั้งแต่หลังช่วงปี ค.ศ. 1920 ศาลก็ได้เริ่มหันมาใช้หลักอื่นที่มีความเหมาะสมกว่าในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับ cartel ในลักษณะต่างๆ ซึ่งเรียกว่า “หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal)” โดยการกำหนดประเภทของพฤติกรรมตามองค์ประกอบที่เข้าข่ายความผิดไว้อย่างแน่นอน และข้อดีของหลักความผิดเด็ดขาดนี้ก็คือ ไม่เสียเวลามากในการพิจารณาและยังเป็นการหลีกเลี่ยงการพิจารณาโดยรวมซึ่งมีความซับซ้อนค่อนข้างมาก<sup>200</sup>

### 3.1.2.2 หลักความผิดเด็ดขาด (per se illegal)

หลักความผิดเด็ดขาดหรือความผิดในตัวเอง (per se illegal) จะถูกนำมาใช้เมื่อการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมีความชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันและผลเสียจากการจำกัดการแข่งขันนั้นเห็นได้อย่างชัดเจนทันที (immediately obvious)<sup>201</sup> และห้ามกระทำโดยเด็ดขาด ถ้าทำจะถือว่าผิดกฎหมายทันทีโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการแข่งขัน และมีโทษทางอาญา

แนวปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเกี่ยวกับพฤติกรรมความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (The Antitrust Guideline for Collaborations Among Competitors) ได้ระบุว่า ความร่วมมือกันในการประกอบธุรกิจบางกรณีจะถูกพิจารณาโดยใช้หลัก per se illegal ได้แก่ ความร่วมมือกันเพื่อกำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (fix price/price fixing) กำหนด

<sup>199</sup> ibid. หน้า 111.

<sup>200</sup> ibid.

<sup>201</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, page 285.

ปริมาณผลผลิตร่วมกัน (fix output) ฮั้วประมูล (bid rigging) แบ่งตลาดกันไม่ว่าจะเป็นการแบ่งในเชิงลูกค้า เชิงผู้ขายวัตถุดิบ เชิงพื้นที่หรือในแง่ตัวสินค้า (share or divide market by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce) ซึ่งศาลจะสันนิษฐานว่าความตกลงร่วมมือกันดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่พิจารณาวัตถุประสงค์ของธุรกิจ ผลกระทบต่อการแข่งขัน หรือผลกระทบอื่นใด และกระทรวงยุติธรรมจะดำเนินคดีอาญากับผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันอันก่อความเสียหายอย่างร้ายแรง (hard-core cartel agreement)<sup>202</sup>

กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักความผิดเด็ดขาดหรือความผิดในตัวเอง (per se illegal) จะถูกใช้เมื่อศาลได้เคยพิจารณามาก่อนแล้วว่าการตกลงกันในลักษณะนั้นๆ โดยลักษณะของข้อตกลงส่งผลเสียต่อการค้าขายอย่างเสรีหรือโดยอาศัยประสบการณ์ครั้งก่อนของศาลแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง (net anti-competitive effect) ดังนั้น ศาลจะไม่รับฟังความสมเหตุสมผลของการตกลงกัน หรือผลกระทบที่แท้จริงของการตกลงกันในการพิจารณาว่าการตกลงกันนั้นๆ เป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้น ในกรณีเหล่านี้จึงไม่มีการค้นหาความจริงในเรื่องของผลกระทบที่แท้จริงของข้อตกลงนั้นต่อตลาด วัตถุประสงค์ของข้อตกลง หรือแม้แต่อำนาจทางตลาดของผู้ร่วมตกลงกันว่ามีมากพอที่จะทำให้เกิดผลเสียต่อการค้าอย่างเสรีหรือไม่ ศาลฎีกาประเทศสหรัฐอเมริกาเคยพิพากษาให้การตกลงกันในหลายลักษณะเข้าข่ายต้องตัดสินโดยใช้หลักความผิดในตัวเอง (per se illegal) เช่น การตกลงกันในเรื่องราคาสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นการขึ้นราคา กดราคาหรือทำให้ราคาคงที่ การตกลงกันจำกัดผลผลิต (output restrictions) การตกลงกันแบ่งพื้นที่ตลาดการค้า (territorial market divisions) การตกลงกันกำหนดโควตาการค้า (quota allocations) การตกลงกันแบ่งลูกค้า (customer allocations) การตกลงกันแบ่งสายการผลิต (production fields divisions) หรือการร่วมกันคว่ำบาตรทางการค้า (group boycotts) แต่หากเป็นการตกลงกันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งศาลไม่เคยตัดสินว่าเป็นการตกลงกันในลักษณะที่เป็นหลักความผิดในตัวเอง (per se illegal) มาก่อนและศาลไม่มีประสบการณ์หรือความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อตกลงลักษณะนั้นๆ ของธุรกิจประเภทนั้นๆ มาก่อน ศาลจะใช้หลักแห่งเหตุผล (the rule of reason) ในการพิจารณาคดี<sup>203</sup>

<sup>202</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals." page 8.

<sup>203</sup> สยามล เจริญผล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542," หน้า.76.

สำหรับข้อดีของเกณฑ์การพิจารณาตามหลักความผิดเด็ดขาดคือ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการพิจารณาในลักษณะ case by case ที่ต้องอาศัยหลักฐานต่างๆ มาใช้ประกอบโดยรวม (rule of reason) แต่ก็ได้หมายความว่า หลักความผิดเด็ดขาดจะไม่มีขอบเขตในการนำมาใช้ แต่หากกฎหมายหรือศาลให้ความสำคัญกับหลักความผิดเด็ดขาดนี้มากเกินไป กล่าวคือขยายอำนาจหรือขอบเขตการพิจารณาให้กว้างมากเกินไปในบางกรณี ยกตัวอย่างเช่น การร่วมมือกันในรูปแบบซึ่งแท้ที่จริงแล้วจัดได้ว่าเป็น “พฤติกรรมที่ส่งเสริมการแข่งขันในตลาด” ก็อาจถูกตัดสินทันทีว่ามีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด ดังนั้น หลักความผิดเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>204</sup>

- (1) การร่วมมือนั้นจะต้องเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดในระดับที่สูงมาก
- (2) ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการร่วมมือในข้อ (1) มากกว่าผลประโยชน์ที่ได้รับทางด้านประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐกิจ

หลักความผิดเด็ดขาดได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายจนกระทั่งถึงช่วงปี ค.ศ. 1960 โดยศาลได้จำแนกประเภทต่างๆ ของการผูกขาด (cartel) ที่มีแนวโน้มผิดกฎหมายไว้อย่างชัดเจนซึ่งการร่วมมือกันจำกัดทางด้านราคา (price fixing) นับได้ว่าเป็น cartel ประเภทแรกที่ใช้หลักความผิดเด็ดขาดในการพิจารณา ยกตัวอย่างเช่น คดี *Trenton Potteries* ในปี ค.ศ. 1927 ซึ่งเป็นคดีที่กลุ่มสมาชิกสมาคมผู้ประกอบการเครื่องปั้นดินเผาสำหรับเครื่องสุขภัณฑ์ห้องอาบน้ำ (Sanitary Potters' Association) ทั้ง 23 บริษัท ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาด 82% ในตลาดสินค้าดังกล่าวได้ถูกฟ้อง 2 ข้อหา คือ ข้อหาแรก กลุ่มสมาคมดังกล่าวได้ร่วมมือกันปรับและรักษาราคาสินค้าให้อยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งถือว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างมลรัฐ (in restraint of interstate commerce) และข้อหาที่สอง กลุ่มสมาคมฯ ยังได้ทำข้อตกลงร่วมกับร้านค้าขายส่งให้ทำสัญญาว่าจะจำหน่ายสินค้าของตนเป็นหลักเท่านั้น (ซึ่งเรียกว่า “legitimate jobbers”) โดยกำหนดเงื่อนไขว่าด้วยการจำหน่ายสินค้าของตนเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ทางฝ่ายสมาคมฯ ได้อ้างว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวถือว่าการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลอันควร และไม่ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ และศาลสูงก็ได้พิพากษาให้กลุ่มสมาคม มีความผิดตามมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act โดยกำหนดไว้ว่า ในกรณี price fixing ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างแท้จริง จะไม่ใช้วิธีการ

<sup>204</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "พฤติกรรมกรรมการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในแนวราบ (Cartel) : ศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา," หน้า 111-112.

พิจารณาตามสภาพการณ์ที่แตกต่างกันไปโดยลักษณะโดยรวมตามหลักแห่งเหตุและผล อันเนื่องมาจาก price fixing นั้นถือว่า “พฤติกรรมในตัวเองเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง”

จากคดีข้างต้น สามารถกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า price fixing ในทุกกรณีถือว่า 1) มีวัตถุประสงค์ของการจำกัดการแข่งขันในตลาด และ 2) ส่งผลลัพธ์หรือผลกระทบต่อตลาดอันเนื่องมาจากการจำกัดหรือลดการแข่งขันในตลาด ดังนั้น cartel (price fixing) จึงมีความผิดตามมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act โดยไม่มีข้อยกเว้น และหลังจากคดีนี้เป็นต้นมา ความผิดตามมาตรา 1 ในกรณีของ price fixing จึงมีความผิดตามหลักความผิดเด็ดขาด

ในส่วนของข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no-poaching agreement) ศาลได้นำหลักความรับผิดเด็ดขาดมาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวอย่างเป็นทางการเมื่อปี ค.ศ. 2010 ในคดีที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูง ซึ่งคดีแรกได้แก่ คดี Adobe Case โดย DOJ ฟ้องร้อง 6 บริษัทที่ร่วมกันตกลงห้ามจ้างลูกจ้างนักเทคโนโลยีขั้นสูงเมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 2010 หลังจากนั้น DOJ ก็ได้ฟ้องร้อง LucasFilm และ eBay ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายต่อไป<sup>205</sup>

### 3.1.2.3 หลักการพิจารณาอย่างรวดเร็ว (quick look rule)

หลักการพิจารณาอย่างรวดเร็วนี้เป็นหลักการที่ใช้วิเคราะห์กรณีความตกลงที่ไม่ใช่ความรับผิดเด็ดขาดแต่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขันที่เพียงพอที่ศาลสามารถตัดสินหรือวิเคราะห์ได้ทันทีว่าพฤติกรรมนั้นมีลักษณะต่อต้านการแข่งขันทางการค้า<sup>206</sup> หลักการนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักเหตุและผล (the rule of reason) แต่แตกต่างกันตรงที่เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลโจทก์เพียงแต่แสดงให้ศาลเห็นรูปแบบของความเสียหายที่ตลาดได้รับก็เพียงพอแล้วโดยไม่ต้องวิเคราะห์หรือพิสูจน์เรื่องผลกระทบของตลาดและพฤติกรรมนั้นๆ ว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าอย่างไร ศาลจะนำหลักการนี้มาปรับใช้กับคดีที่พฤติกรรมของจำเลยเป็นประเภทที่แม้จะไม่ผิดกฎหมาย แต่อาจจะมีผลกระทบกับการต่อต้านการแข่งขันซึ่งศาลไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์อย่างเต็มรูปแบบ<sup>207</sup>

### 3.1.2.4 ข้อยกเว้นการใช้หลักเหตุและผล (the rule of reason)

<sup>205</sup> Valentin Depenne, "One Size Does Not Fit All: A Comparative Approach to Antitrust Enforcement against No-Poaching Agreements," *Sorbonne Student Law review* 2(2019). page 252.

<sup>206</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*. page 285.

<sup>207</sup> Bona Law PC, "Antitrust Standards of Review: The Per Se, Rule of Reason, and Quick Look Tests " [Online] Accessed: 25 Feb 2020. Available from: <https://www.businessjustice.com/antitrust-standards-of-review-the-per-se-rule-of-reason-and-quick.html>

กระทรวงยุติธรรม และ FTC ได้กำหนดกรณีที่ความร่วมมือกันของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าจะไม่ถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (“Safety Zone”) 2 กรณี คือ

1. ความร่วมมือของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าซึ่งเมื่อคำนวณส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นรวมกันแล้วไม่เกิน 20 เปอร์เซ็นต์ของตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>208</sup> อย่างไรก็ตาม Safety Zone นี้จะไม่ใช้กับกรณีที่ความร่วมมือตกอยู่ภายใต้หลัก per se illegal หรือเป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายในเรื่องการรวมธุรกิจ

2. ความร่วมมือของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าในการพัฒนาวัตกรรมใหม่ๆ หากในตลาดยังคงมีคู่แข่งเกี่ยวกับนวัตกรรมประเภทนั้นๆ อีกตั้งแต่ 3 รายขึ้นไป อย่างไรก็ตาม Safety Zone นี้จะไม่ใช้กับกรณีที่ความร่วมมือตกอยู่ภายใต้หลัก per se illegal หรือเป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายในเรื่องการรวมธุรกิจ<sup>209</sup> และในทางกลับกันแม้ว่าความร่วมมือของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นคู่แข่งกันในการค้าจะไม่อยู่ในขอบเขตของ Safety Zone ก็ไม่ได้หมายความว่าความร่วมมือนั้นจะเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ความร่วมมือทางการค้าจะเป็นความผิดหรือไม่ก็ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมาย<sup>210</sup>

<sup>208</sup> **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors** Section 4.2 : Safety Zone for Competitor Collaborations in General “ Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration when the market shares of the collaboration and its participants collectively account for no more than twenty percent of each relevant market in which competition may be affected. The safety zone, however, does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis, or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.”

<sup>209</sup> **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors** Section 4.3 : Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets “Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration on the basis of effects on competition in an innovation market where three or more independently controlled research efforts in addition to those of the collaboration possess the required specialized assets or characteristics and the incentive to engage in R&D that is a close substitute for the R&D activity of the collaboration. In determining whether independently controlled R&D efforts are close substitutes, the Agencies consider, among other things, the nature, scope, and magnitude of the R&D efforts; their access to financial support; their access to intellectual property, skilled personnel, or other specialized assets; their timing; and their ability, either acting alone or through others, to successfully commercialize innovations. The antitrust safety zone does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis, or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.”

<sup>210</sup> สยามล เจริญผล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542," หน้า. 79.

### 3.1.3 แนวคิดของตลาดแรงงานกับการป้องกันการผูกขาด

การประกอบธุรกิจที่มีการแข่งขันกันอย่างเสรี มักจะคำนึงถึงตำแหน่งของตลาดที่มีการขายสินค้าหรือบริการ แต่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถใช้อำนาจตลาดทั้งในด้านของผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดทางการค้าโดยการลดผลผลิตและเพิ่มราคาในตลาดสินค้าที่ขาย อำนาจเหล่านั้นก็สามารถจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยการลดการซื้อในตลาดปัจจัยการผลิตเพื่อลดราคาซึ่งรวมไปถึงราคาแรงงานหรือค่าจ้างด้วย ผู้ประกอบการธุรกิจบางรายอาจมีอำนาจมากพอที่จะกระทำเพียงคนเดียวแต่ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นๆ จะกระทำโดยรวมตัวกันผูกขาดการซื้อในตลาด รวมไปถึงการรวมกันเพื่อลดค่าจ้าง อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการธุรกิจไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจตลาดเพื่อผูกขาดตลาดในฝั่งซื้อและฝั่งขายในเวลาเดียวกันแต่อาจผูกขาดการซื้อแต่ไม่ผูกขาดการขายก็ได้<sup>211</sup> ดังนั้น กฎหมายป้องกันการผูกขาดสามารถนำไปปรับใช้กับตลาดแรงงานโดยใช้วิธีการแบบเดียวกับตลาดสินค้าและบริการ กล่าวคือ การกระทำที่ส่งผลต่อการผูกขาดโดยการลดค่าจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำในตลาดที่มีความเกี่ยวเนื่องกันในเชิงภูมิศาสตร์ (geographical relevant market) ซึ่งเป็นตลาดที่โดยระยะทางสามารถจ้างแรงงานในพื้นที่นั้นได้และงานอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกันในพื้นที่นั้นทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันของนายจ้าง<sup>212</sup>

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดและตลาดแรงงานมีมาอย่างยาวนานและค่อนข้างซับซ้อน ในการพิจารณาร่างกฎหมายป้องกันการผูกขาด ค.ศ. 1890 (The Sherman Act 1890) ของวุฒิสภา โดยสมาชิกวุฒิสภาท่านหนึ่งคือ นาย Sherman ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการใช้อำนาจผูกขาดมาควบคุมค่าแรงงาน และแน่นอนว่านายจ้างใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดต่อสู้กับสหภาพแรงงานก่อนการบังคับใช้ The Clayton Act 1914 ต่อมาข้อยกเว้นโดยชอบและโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้เกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาจุดแบ่งระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับตลาดแรงงานและที่ผ่านมามีการดำเนินคดีเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดในตลาดแรงงานค่อนข้างยาก<sup>213</sup> อย่างไรก็ตาม ในช่วง 25 ปีที่ผ่านมา ผู้บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเกิดการตื่นตัวจนกระทั่งประมาณปี ค.ศ. 1990 คณะกรรมาธิการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission: FTC) คัดค้านพฤติกรรมของบ้านพักคนชราที่คว่ำบาตรผู้ลงทะเบียนเข้ารับบริการชั่วคราวและความพยายามของสภานักออกแบบแฟชั่นแห่งสหรัฐอเมริกาที่จะลดค่าจ้างและ

<sup>211</sup> OECD, "Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp," (5 June 2019). page 3.

<sup>212</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." Page 3.

<sup>213</sup> Michael Murray, "Antitrust Enforcement in Labour Markets: The Department of Justice's Efforts," Department of Justice (March, 2019). page 6.

คำตอบแทนอื่นๆ ที่ให้กับนางแบบ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1994 สหรัฐอเมริกาฟ้องร้องสมาคมเพื่อการดูแลสุขภาพและการบริหารทรัพยากรบุคคลแห่งมลรัฐ Utah ในประเด็นที่สมาคมร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างของพยาบาลหรือลูกจ้าง หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 2007 กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา ได้ฟ้องร้องสมาคมโรงพยาบาลแห่งรัฐ Arizona ในประเด็นที่สมาคมร่วมกันกำหนดค่าเบี้ยเลี้ยงรายวันของพยาบาลในอัตราเดียวกัน<sup>214</sup>

ในทศวรรษที่ผ่านมา กระทรวงยุติธรรมติดตามการบังคับใช้กฎหมายแพ่งกับบริษัทเทคโนโลยีหลายบริษัทที่ตกลงร่วมกันไม่จ้างลูกจ้างของบริษัทคู่แข่ง ซึ่งกระทรวงยุติธรรมให้เหตุผลว่าพฤติกรรมดังกล่าวถือว่าการละเมิดและเป็นความผิดเด็ดขาด (per se violation) จนในช่วง 3-4 ปีที่ผ่านมาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับตลาดแรงงานนี้เริ่มมีความสำคัญมากขึ้น และในเดือนตุลาคมปี ค.ศ. 2016 ฝ่ายป้องกันการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมและ FTC ได้ประกาศใช้แนวปฏิบัติกำหนดยุติธรรมป้องกันการผูกขาด สำหรับผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคล (Antitrust Guidance for Human Resource Professionals) ซึ่งรองผู้ช่วยอัยการสูงสุด ได้กล่าวโดยสรุปว่า แนวปฏิบัติฉบับนี้เป็นการย้ำเตือนว่าข้อตกลงระหว่างนายจ้างที่จะไม่จ้างลูกจ้างคนเดียวกันหรือจะไม่แข่งขันกันเกี่ยวกับคำตอบของลูกจ้าง เป็นความผิดเด็ดขาดและมีโทษทางอาญา<sup>215</sup> โดยไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหายหรือผลกระทบของตลาดสินค้าหรือตลาดอื่นๆ จากการจำกัด หรือลดการแข่งขันดังกล่าว<sup>216</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน พฤติกรรมของนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจอาจเข้าใจได้ง่ายว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันระหว่างนายจ้าง เช่น ข้อตกลงการห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน<sup>217</sup> แต่พฤติกรรมบางอย่างอาจจะยากในการตีความว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งข้อตกลงจำกัดการแข่งขันมิได้จำกัดเฉพาะงานที่มีรายได้หรือเงินเดือนสูงหรือเฉพาะแรงงานสมองเท่านั้น แต่อาจเกี่ยวกับงานที่มีเงินเดือนต่ำด้วยก็ได้<sup>218</sup> นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่ผูกขาดตลาดแรงงานและใช้อำนาจผูกขาดนั้นในการลดค่าจ้างต่ำกว่าระดับการแข่งขันถือเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่หากผู้ประกอบการหรือนายจ้างไม่ได้ตั้งใจที่จะได้รับอำนาจตลาดนั้น เช่น ผู้ประกอบการรายใหญ่ควบคุมตลาดแรงงานใน

<sup>214</sup> *ibid.* page 7.

<sup>215</sup> *ibid.* page 7-8.

<sup>216</sup> Elinor R. Hoffmann, "Looking at Labor from Both Sides Now," (October 2019). page 4.

<sup>217</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 3.

<sup>218</sup> *ibid.*



เมืองขนาดเล็กเพื่อลดค่าจ้างให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขันเนื่องจากผู้ประกอบการรายอื่นเลิกกิจการไปแล้วกรณีเช่นนี้ถือว่าไม่ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>219</sup>

สำหรับการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับสภาพการจ้างของสหภาพแรงงานที่เกิดจากการรวมตัวกันของลูกจ้าง เช่น การขึ้นค่าจ้าง ได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจาก The Clayton Act 1914 มาตรา 6 กำหนดว่า “การจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์” (labor of a human being is not a commodity or article of commerce) ซึ่งจุดประสงค์ของการบัญญัติในลักษณะนี้คือต้องการปกป้องการดำเนินการขององค์กรด้านแรงงานหรือสหภาพแรงงาน (trade unions) โดยให้ถือว่าการกระทำของสหภาพแรงงานได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>220</sup> แต่ในคดี *Apex Hosiery Co. v. Leader*<sup>221</sup> ศาลฎีกาได้พิจารณาว่าการสมรู้ร่วมคิดของลูกจ้างที่นัดหยุดงานในข้อพิพาทแรงงานและหยุดทำงานในโรงงานของนายจ้างเพื่อเรียกร้องค่าจ้างของตนกับนายจ้างเป็นการจำกัดการแข่งขันการค้าหรือพาณิชย์กรรมตาม The Sherman Act ถือว่าเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินกลับคำพิพากษาคดีในอดีต เช่น คดี *United Mine Workers v. Pennington*<sup>222</sup> ที่ศาลฎีกาตัดสินว่าการร่วมตกลงกันของลูกจ้างในสหภาพแรงงานเหมืองถ่านหินไม่ถือว่าเป็นเรื่องการค้าพาณิชย์ The Sherman Act จึงไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับการกระทำเหล่านั้นได้โดยความสำคัญของนโยบายแรงงานในประเทศสนับสนุนการเจรจาต่อรองร่วมกัน สหภาพแรงงานและนายจ้างไม่สามารถกำหนดมาตรฐานแรงงานนอกเหนือไปจากที่ตกลงกันได้<sup>223</sup> ซึ่งคดี *Apex Hosiery Co. v. Leader* ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยนักวิชาการทางกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมากเนื่องจากกฎหมาย The Clayton Act 1914 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่นำไปบังคับใช้กับการรวมตัวกันของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงาน หลังจากนั้น ศาลฎีกาในคดี *Milk Wagon Drivers Union v. Lake Valley Farm Products*<sup>224</sup> และคดี *United States v. Hutcheson*<sup>225</sup> ก็ได้ตัดสินยืนยันสิทธิของสหภาพแรงงานในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆ ที่มุ่งหมายให้เกิดผลลัพธ์ต่อกระบวนการเจรจาต่อรองร่วมกัน

<sup>219</sup> Alan B. Krueger and Eric A. Posner, "A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion." page 9.

<sup>220</sup> Elinor R. Hoffmann, "Looking at Labor from Both Sides Now." page 1.

<sup>221</sup> *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469, 60 S.Ct. 982, 84 L.Ed. 1311 (1940)

<sup>222</sup> *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965)

<sup>223</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 2.

<sup>224</sup> *Milk Wagon Drivers' Union v. Lake Valley Co.*, 311 U.S. 91 (1940)

<sup>225</sup> *United States v. Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941)

(collective bargaining) รวมถึงการนัดหยุดงาน การถือป้ายประท้วงอย่างสงบ และการคว่ำบาตร โดยไม่นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับ<sup>226</sup>

แม้ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยกเว้นการบังคับใช้กับการเรียกร้องของลูกจ้างหรือการกระทำของสหภาพแรงงาน แต่ในคดี *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Associations*<sup>227</sup> กรณีกลุ่มทนายความประมาณ 100 คนในเขตโคลัมเบียได้รับแต่งตั้งให้เป็นตัวแทนผู้ยากไร้ที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญา ค่าตอบแทนสำหรับงานนี้คือ 30 ดอลลาร์ต่อชั่วโมงในศาล และ 20 ดอลลาร์ต่อชั่วโมงสำหรับเวลานอกศาล ในปี 1982 ทนายความเหล่านี้ได้รับการสนับสนุนโดยกลุ่มทนายความอื่น ๆ เพื่อขอเพิ่มค่าจ้างเป็นอย่างน้อย 35 ดอลลาร์ต่อชั่วโมง แต่นายกเทศมนตรีกล่าวว่าไม่สามารถจ่ายในอัตราดังกล่าวได้ ทนายความจึงรวมตัวกันนัดหยุดงาน จนกระทั่งนายกเทศมนตรีต้องให้สัญญาว่าจะจ่ายค่าจ้างในอัตรา 35 ดอลลาร์ต่อชั่วโมงตามที่เรียกร้อง ทนายความจึงกลับไปทำงานตามที่ได้รับมอบหมาย FTC ได้รับทราบการนัดหยุดงานของทนายความผ่านสื่อต่าง ๆ และลงมติฟ้องร้องสมาคมทนายความผู้ทำการรวมตัวกันนัดหยุดงานว่าสมคบคิดเพื่อกำหนดราคาและดำเนินการคว่ำบาตรเป็นการละเมิดมาตรา 1 ของ The Sherman Act และมาตรา 5 แห่ง FTC Act<sup>228</sup> ซึ่งศาลฎีกาตัดสินว่าการกระทำของทนายความที่นัดหยุดงานถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นความรับผิดชอบในตัวเองตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยไม่ต้องคำนึงถึงแรงจูงใจหรืออำนาจตลาด และยังให้ข้อสังเกตว่าหากการกระทำดังกล่าวได้รับการคุ้มกันไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้ว คู่แข่งก็จะมีอิสระในการตกลงร่วมกันกำหนดราคาได้อย่างเสรีเท่าที่ตนต้องการ<sup>229</sup> นอกจากนี้ ศาลฎีกาในคดี *Allen Bradley v. Local Union No.3 International Brotherhood of Electrical Workers*<sup>230</sup> ได้ตัดสินปฏิเสธความคุ้มกันการบังคับใช้ The Sherman Act กับสหภาพแรงงานลูกจ้างการไฟฟ้า เช่นเดียวกับในคดี *FTC v. Indiana Federation of Dentist*<sup>231</sup> FTC ฟ้องว่าทันตแพทย์รวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงานและพยายามที่จะเพิ่มรายได้ของ

<sup>226</sup> Michael J. O'Neal, "Apex Hosiery Co. V. Leader," [Online] Accessed: 13 August 2021. Available from: <https://www.encyclopedia.com/history/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/apex-hosiery-co-v-leader>

<sup>227</sup> *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n* - 493 U.S. 411, 110 S. Ct. 768 (1990)

<sup>228</sup> Thomas D. Morgan, "The Impact of Antitrust Law on the Legal Profession " *Fordham Law Review* 67, 2 (1998). page 437.

<sup>229</sup> *ibid.* page 438-439.

<sup>230</sup> *Allen Bradley v. Local Union No.3 International Brotherhood of Electrical Workers*, 325 U.S. 797 (1945).

<sup>231</sup> *FTC v. Indiana Federation of Dentist*, 476 U.S. 447 (1986)

ตนเอง ศาลฎีกาเห็นพ้องกับ FTC และพบว่าผลกระทบของทันตแพทย์เหล่านั้นบั่นทอนความสามารถของตลาดในการพัฒนาสวัสดิการสังคม<sup>232</sup>

### 3.1.4 ขอบเขตตลาด

ขอบเขตตลาดภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาดสามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบได้แก่

#### 1. ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของสินค้า (The Relevant Product Market)

สินค้าที่ถือว่าแข่งขันกับสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการตรวจสอบและควรถูกรวมเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องต้องเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้ ความสามารถในการทดแทนกันได้พิจารณาจากองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการคือ 1) คุณลักษณะหรือคุณภาพ กล่าวคือ สินค้านั้นมีคุณลักษณะหรือคุณประโยชน์ที่คล้ายคลึงกันจนสามารถทดแทนกันได้หรือไม่ 2) การใช้งาน ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคสามารถเปลี่ยนการใช้งานสินค้าหนึ่งไปใช้อีกสินค้าหนึ่งแทนได้หรือไม่ และ 3) ราคา เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุด กล่าวคือ แม้ว่าคุณลักษณะและการใช้งานของสินค้าจะทดแทนกันได้ หากราคาแตกต่างกันมากก็ไม่ถือว่าเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งจะต้องพิจารณาจากปฏิกิริยาตอบโต้ของผู้ซื้อในกรณีที่มีการขึ้นราคาสินค้ารายหนึ่ง ผู้ซื้อจะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าใดบ้าง หากมีสินค้านั้นอยู่ สินค้านั้นก็ควรถูกรวมอยู่ในกลุ่มสินค้าที่เกี่ยวข้อง<sup>233</sup>

#### 2. ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ (The Relevant Geographic Market)

ขอบเขตตลาดในแง่ของภูมิศาสตร์ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นการค้นหาขอบเขตพื้นที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งทำการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจที่กำลังถูกตรวจสอบการประกอบกิจการของตนอยู่ ขอบเขตพื้นที่จะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายด้านโดยเฉพาะลักษณะสินค้าที่เกี่ยวข้อง ผู้ซื้อ ผู้ขายว่าอยู่ในเขตพื้นที่ใดบ้าง

ในประเทศสหรัฐอเมริกาประสบปัญหานี้มากพอสมควรเนื่องจากพื้นที่ของระบบเศรษฐกิจค่อนข้างกว้างมาก ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจอาจจะไม่ได้ดำเนินธุรกิจทั่วประเทศสหรัฐอเมริกาและอาจไม่ได้แข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจทุกรายในตลาด ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาว่าตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นมีขอบเขตพื้นที่ที่มากน้อยเพียงใด

<sup>232</sup> Thomas D. Morgan, "The Impact of Antitrust Law on the Legal Profession " *Fordham Law Review*, page 430.

<sup>233</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง", *วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 382-383.

FTC ได้กำหนดนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์ว่า หมายถึง เขตพื้นที่ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่สมมติขึ้นซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องเพียงรายเดียวในเขตนั้นทั้งในปัจจุบันและอนาคตสามารถขึ้นราคาสินค้าในอัตราที่มากพอสมควรโดยที่มิใช่การขึ้นราคาสินค้าเพียงชั่วคราวโดยไม่ส่งผลกระทบต่อการขายสินค้าชนิดเดียวกันนั้นในเขตพื้นที่อื่นๆ ในขณะที่ยังมีกำไรจากการขึ้นราคาดังกล่าว<sup>234</sup>

สำหรับตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวกับแรงงานก็คือกรณีที่ลูกจ้างย้ายงานไปยังพื้นที่หนึ่งซึ่งค่อนข้างแคบ ส่วนตลาดภูมิศาสตร์ที่นายจ้างขายสินค้ามักกว้างกว่าซึ่งแต่ละตลาดต้องพิจารณาแยกจากกันซึ่งตลาดในฝั่งซื้อและฝั่งขายจะมีความแตกต่างกัน หากพิจารณาในมุมมองของตลาดแรงงาน ลูกจ้างส่วนใหญ่ที่ลูกจ้างมักอยู่ในตลาดที่แคบกว่าการหางานในตลาดแรงงาน การจำกัดการแข่งขันก็ต้องพิจารณาเฉพาะตลาดที่ถูกจำกัดเท่านั้น ตัวอย่าง คดี *California v. eBay, Inc.*<sup>235</sup> ศาลพิพากษาข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างวิศวกรคอมพิวเตอร์ระหว่าง eBay และ Intuit ทั้ง 2 บริษัทไม่ใช่คู่แข่งกันในตลาดสินค้าเนื่องจาก บริษัท Intuit ทำธุรกิจเกี่ยวกับซอฟต์แวร์ รวมถึงโปรแกรมที่เป็นที่นิยมของผู้บริโภค เช่น TurboTax และ Quickbook ส่วนบริษัท eBay มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจเกี่ยวกับการประมูลออนไลน์บนเว็บไซต์ ไม่ได้มีการผลิตซอฟต์แวร์ออกมาเพื่อขาย ดังนั้น ในบริบทของตลาดสินค้าทั้งสองบริษัทจึงไม่ใช่คู่แข่งกันและไม่สามารถได้รับประโยชน์จากการกำหนดราคาสินค้ากันได้ แต่ในมุมมองของแรงงานบริษัททั้งสองแข่งขันกันจ้างลูกจ้าง และอาจได้รับประโยชน์จากการตกลงกันลดค่าจ้าง อาจกล่าวได้ว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันระหว่างทั้งสองบริษัทเปรียบเสมือนข้อตกลงแบ่งตลาดในตลาดสินค้า<sup>236</sup> ศาลได้พิจารณาในประเด็นนี้ว่า “ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันระหว่างสองบริษัทเกี่ยวกับลูกจ้างนี้เป็นการก่อความเสียหายแก่ลูกจ้างโดยการลดเงินเดือนสวัสดิการ และโอกาสการทำงานที่ลูกจ้างควรได้รับหากมีการแข่งขันกันอย่างเสรี ข้อตกลงดังกล่าวยังเป็นการบิดเบือนการแข่งขันระหว่างนายจ้างสำหรับลูกจ้างทักษะดี และส่งผลต่อลูกจ้างที่จะไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้านของตน นอกจากนี้ข้อตกลงยังเป็นการทำลายเศรษฐกิจในมลรัฐแคลิฟอร์เนียอีกด้วย”<sup>237</sup> นอกจากนี้ ในคดี *Mandeville Island Farms v. American Crystal*

<sup>234</sup> ibid. หน้า 378.

<sup>235</sup> *California v. eBay, Inc.*, 2015 WL 5168666 (N.D.Cal. Sept. 3, 2015)

<sup>236</sup> OECD, "Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp." page 4-5.

<sup>237</sup> The court summarized the allegations : “eBay’s agreement with Intuit eliminated competition for employees, and it harmed employees by reducing the salaries, benefits, and employment opportunities they might otherwise have earned if competition had not been eliminated. The agreement also distorted the competition among employers for skilled employees and likely resulted in some of eBay’s and Intuit’s employees remaining in jobs that did not fully use their unique skills. Additionally, the agreement harmed California’s economy by depriving Silicon Valley of its usual pollinators of ideas, hurting the overall competitiveness of the region”

*Sugar Co.*<sup>238</sup> ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการผูกขาดระหว่างบริษัทกลั่นน้ำตาลเพื่อลดค่าใช้จ่ายในการผลิต ศาลอธิบายว่า บริษัทสามารถดำเนินการในตลาดเกี่ยวเนื่องทางภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกันทั้งฝั่งซื้อและฝั่งขาย<sup>239</sup>

จะเห็นได้ว่า การจ้างแรงงานถือว่าเป็นตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเนื่อง กล่าวคือ ตลาดที่ประกอบด้วยพื้นที่ที่มีการจ้างแรงงานซึ่งสามารถใช้ทดแทนกันได้ พื้นที่ดังกล่าวนั้นอาจจะหมายถึงพื้นที่ที่ประเทศหรือเฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น โดยผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่ได้ขายสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันแต่จ้างแรงงานลูกจ้างที่มีลักษณะ คุณสมบัติ หรืออาชีพเดียวกันซึ่งสามารถใช้ทดแทนกันได้โดยเฉพาะกลุ่มลูกจ้างแรงงานที่มีทักษะ (skilled worker) เช่น หมอ พยาบาล วิศวกร เป็นต้น ซึ่งผู้เชี่ยวชาญจะศึกษาคำพิพากษาและอธิบายในลำดับถัดไป

### 3.1.5 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

#### 3.1.5.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดที่เป็นต้นแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ The Sherman Act 1890 และ The Clayton Act 1914 สามารถอธิบายรายละเอียดหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

1. **The Sherman Act 1890 มาตรา 1**<sup>240</sup> “บรรดาสัญญาหรือการรวมตัวกันหรือการสมคบกันไม่ว่าในรูปใดเพื่อจำกัดการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐถือว่าการอันมิชอบด้วยกฎหมาย บรรดาบุคคลที่ทำสัญญา รวมตัวกันหรือสมคบกันในลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมายข้างต้นถือว่ามีผิด โดยอาจต้องโทษปรับไม่เกินสิบล้านเหรียญสหรัฐกรณีนิติบุคคลและ

<sup>238</sup> *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219 (1948)

<sup>239</sup> OECD, "Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp." page 3-5.

<sup>240</sup> The Sherman Act of 1890 Section 1 “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

ไม่เกินสามแสนห้าหมื่นเหรียญสหรัฐกรณีบุคคลธรรมดา หรือจำคุกไม่เกินสามปีหรือทั้งจำทั้งปรับ แล้วแต่ศาลเห็นสมควร<sup>241</sup>”

มาตรา 1 แห่ง The Sherman Act 1890 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraint of trade) ซึ่งมาตรา 1 นี้ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมาย common law ของประเทศอังกฤษ (British law of property and commercial transactions) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “ความผิด (ความไม่ถูกต้อง) ของการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันจะพิจารณาจากการร่วมมือกันจำกัดอิสระในการทำธุรกรรมใดๆ” ยกตัวอย่างเช่น กฎหมาย common law ของประเทศอังกฤษจะถือว่า การร่วมมือกันจำกัดทางด้านราคา (price fixing) เป็นการร่วมมือกันจำกัดอิสระในการกำหนดราคาสินค้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกัน ดังนั้น การร่วมมือกันในลักษณะนี้ทุกกรณีจึงถือเป็นการ “จำกัดการแข่งขันทางการค้า” เพราะเป็นการที่สมาชิกผู้ประกอบการธุรกิจด้วยตนเองร่วมมือกันตัดสินใจที่จะจำกัดอิสระการทำธุรกรรมซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่า common law ของประเทศอังกฤษจะกำหนดไว้อย่างตายตัวว่า การร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในทุกกรณีเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่จะหมายถึง ในกรณีที่มีการร่วมมือกันนั้นเป็นพฤติกรรมที่มี “ความผิด (ความไม่ถูกต้อง)” เท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นการ “จำกัดการแข่งขันทางการค้า” ส่วนในเรื่องการพิจารณาว่า “ความผิด (ความไม่ถูกต้อง)” นั้นหมายถึงอะไร ก็จะเป็นหน้าที่ของกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ที่จะต้องกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาตามแนวบรรทัดฐานของ common law ของประเทศอังกฤษข้างต้น<sup>242</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งจะส่งผลให้เป็นความผิดตามมาตรา 1 นี้ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ข้อ คือ 1) ต้องมีข้อตกลง สัญญา ความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และ 2) ข้อตกลง สัญญา ความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันนั้นก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรี ซึ่งในช่วงต้นของการบังคับใช้ The Sherman Act ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตีความมาตรา 1 ตามตัวอักษรส่งผลให้การร่วมมือกันของผู้ประกอบการธุรกิจที่ก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรีเป็นความผิดเสียทั้งสิ้นโดยไม่มีข้อยกเว้น ดังเช่นที่ผู้พิพากษา Peckham ได้ตัดสินไว้ในคดี *Trans-Missouri Freight Ass'n* ในภายหลังศาลฎีกาจึงได้บังคับใช้มาตรา 1 ของ The Sherman Act เปลี่ยนแปลงไปโดยได้กำหนด

<sup>241</sup> วัจนันต์ ศรีวิชัย, "แนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย: ศึกษากรณีการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรองและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพเกษตรกร," หน้า. 96.

<sup>242</sup> วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์, "พฤติกรรมความร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในแนวราบ (Cartel) : ศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา," หน้า 107.

หลักเกณฑ์ในการตีความและบังคับใช้ The Sherman Act เรียกว่า “the rule of reason” ขึ้น โดยหลายคดี เช่น คำพิพากษาของผู้พิพากษา Taft ในคดี *United States v. Addy-Ston Pipe* (1899) และคำพิพากษาของหัวหน้าผู้พิพากษา White ในคดี *Standard Oil Co. v. United States* (1911) และในคดี *United States v. American Tobacco co.* (1911)<sup>243</sup>

ในคดี *Standard Oil Co.*<sup>244</sup> ผู้พิพากษา White ได้บัญญัติข้อกำหนดสามประการในการตีความและบังคับใช้มาตรา 1 ของ The Sherman Act โดยสองประการแรกยังคงเหมือนเดิมดังที่กล่าวมาข้างต้น หากแต่ได้กำหนดข้อที่ 3 เพิ่มเติมขึ้นมาคือ การจำกัดการค้าอย่างเสรีตามองค์ประกอบข้อ 2 นั้นต้องมีลักษณะที่ไม่สมเหตุสมผล ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจและการค้าขาย (the unreasonable restraints of trade or commerce) ดังนั้นภายใต้ข้อกำหนดสามประการนี้ เฉพาะข้อตกลง สัญญาความร่วมมือหรือการสมคบคิดกันที่ก่อให้เกิดการจำกัดการค้าอย่างเสรีที่ไม่สมเหตุสมผลเท่านั้นที่เป็นความผิดตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีลักษณะของการตกลงกัน รวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมชี้ให้เห็นได้ชัดว่าการตกลงกันนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการจำกัดการค้าอย่างเสรีและเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับราคาสินค้าหรือบริการแล้ว การบังคับใช้มาตรา 1 ของ The Sherman Act จะใช้หลักความผิดในตัวเอง (per se illegal) คือ พิจารณาเพียงแค่องค์ประกอบสองประการแรกเท่านั้นในการพิจารณาความผิด<sup>245</sup>

ดังนั้น กฎหมาย The Sherman Act มาตรา 1 จึงวางหลักกฎหมายไว้ค่อนข้างกว้าง ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมาย common law จะเป็นผู้ตีความว่า พฤติกรรมแบบใดหรือการตกลงร่วมกันอย่างไรที่เป็นความผิดตามมาตรา 1 หรือมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยมิชอบ นอกจากนี้ โดยหลักการของระบบกฎหมาย common law ศาลที่วินิจฉัยหรือพิพากษาคดีหนึ่งอาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเดิมที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกันได้เพื่อให้เกิดความเหมาะสม เป็นธรรมและสอดคล้องกับยุคสมัยนั้นๆ มากที่สุด แต่การตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ จะเป็นความผิดตามมาตรา 1 หรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและการวินิจฉัยของศาล

<sup>243</sup> สยามล เจริญผล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542," หน้า. 75-76.

<sup>244</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502 (1911)

<sup>245</sup> สยามล เจริญผล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542," หน้า.76.

ในส่วนของคำว่า “จำกัดการแข่งขันทางการค้า” หรือ “restraint of trade” ที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ข้างต้นนั้นมีความหมายรวมถึงการกตราคาค่าจ้างเช่นเดียวกับการขึ้นราคาสินค้า<sup>246</sup> ซึ่งมาตรา 1 นี้นำไปใช้บังคับกับข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงาน เช่นเดียวกับตลาดสินค้าและบริการตามหลักการคู่ขนาน (Parallelism) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อคู่แข่งน้อยรายสามารถงราคาหรือค่าจ้างเหนือกว่าระดับการแข่งขันอันถือเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในตลาดที่ส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อ ทั้งนี้ ศาลอาจไม่ทราบว่าราคาในระดับแข่งขันคืออะไรเว้นแต่มีข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย<sup>247</sup> คดีส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา โจทก์จะได้เปรียบจากหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (per se rule) เมื่อมีข้อตกลงที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าจ้าง หรืออาจใช้หลักเหตุและผล (the rule of reason) ซึ่งโจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยใช้อำนาจตลาดเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานและข้อตกลงดังกล่าวทำให้การแข่งขันในตลาดเกิดความเสียหายมากกว่า<sup>248</sup> ตัวอย่าง คดี *Fleischman v. Albany Medical Center*<sup>249</sup> พยาบาลห้องโรงพยาบาลในพื้นที่ Albany ว่าตกลงร่วมกันกตราคาค่าจ้าง เป็นต้น<sup>250</sup>

ส่วน The Sherman Act มาตรา 2<sup>251</sup> เป็นกฎหมายที่กำกับดูแลพฤติกรรมการผูกขาดซึ่งบัญญัติห้ามทำการผูกขาดหรือพยายามที่จะทำการผูกขาด หรือรวมกัน หรือสมคบกับบุคคลอื่นๆ เพื่อผูกขาดทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างรัฐ หรือกับต่างชาติ ด้วยวิธีการที่ต่อต้านการแข่งขัน (monopolization and attempted monopolization)<sup>252</sup> ซึ่งองค์ประกอบของมาตรานี้มี 2 องค์ประกอบ ได้แก่<sup>253</sup>

(1) การมีอำนาจผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยโจทก์ต้องอธิบายตลาดที่เกี่ยวข้องและพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องและเป็นตลาดที่โจทก์และจำเลย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>246</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 16.

<sup>247</sup> *ibid.* page 31.

<sup>248</sup> *ibid.* page 17-18

<sup>249</sup> *Fleischman v. Albany Medical Center*, 728 F. Supp. 2d 130, 159 (N.D.N.Y. 2010).

<sup>250</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 18.

<sup>251</sup> The Sherman Act of 1890 Section 2 "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

<sup>252</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 21.

<sup>253</sup> Nicole Page, "The Predatory Hiring Standard for Section 2 Violation of the Sherman Antitrust Act " *Northern Illinois University Law review* 8, 2 (2017),page 95.



แข่งขันกัน ซึ่งอำนาจผูกขาดก็คืออำนาจในการควบคุมราคาและกำจัดการแข่งขันในตลาด นอกจากนี้ มาตรา 2 ลงรายละเอียดของ คำว่า “การพยายามผูกขาด” ทำให้การพิสูจน์เจตนาจงใจทุจริตของผู้ ประกอบธุรกิจ่ายตายมากยิ่งขึ้น แนวทางการพิสูจน์เจตนาการพยายามผูกขาดจะใช้การพิสูจน์ หลักฐานทั้งทางตรงและทางอ้อมประกอบกัน โดยแนวทางการพิสูจน์เจตนาทางตรง ได้แก่ การหาข้อ พิสูจน์จากปัจจัยที่เป็นรูปธรรมที่สามารถเป็นตัวชี้วัดการพยายามผูกขาดได้อย่างแท้จริงและชัดเจน ส่วนแนวทางการพิสูจน์เจตนาพยายามผูกขาดในทางอ้อม ได้แก่ ปัจจัยที่ไม่เป็นรูปธรรมในการชี้วัดว่า อาจเป็นการพยายามผูกขาด แต่หากผลจากการก่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันครั้งนั้นสื่อเจตนาว่า อาจเป็นการพยายามผูกขาด<sup>254</sup>

(2) เจตนาในการได้มาหรือคงไว้ซึ่งอำนาจผูกขาดดังกล่าวเพื่อแบ่งแยก ความเติบโตหรือการพัฒนาของธุรกิจ โดยมีพฤติกรรมในการต่อต้านการแข่งขันเพื่อควบคุมตลาด

คดีที่เกิดขึ้นมักจะเป็นกรณีที่จำเลยผูกขาดในตลาดสินค้าและใช้อำนาจผูกขาดกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่ตลาดหรือขยายอำนาจผูกขาดไปยังตลาดอื่น และ โจทก์มักจะอ้างว่าจำเลยมีอำนาจควบคุมส่วนแบ่งตลาดและพิสูจน์ว่าจำเลยใช้อำนาจดังกล่าวอย่างผิด กฎหมาย<sup>255</sup> ส่วนตลาดแรงงานโจทก์อาจนำมาตรา 2 มาบังคับใช้กับนายจ้างผู้มีอำนาจผูกขาดหรือมี อำนาจควบคุมส่วนแบ่งตลาดในตลาดแรงงานแต่ที่ผ่านมามีคดีที่นำมาตรา 2 มาใช้กับ ตลาดแรงงานน้อยมาก ตัวอย่าง คดี *In Thomsen v. Western Electric Co.*<sup>256</sup> ลูกจ้างฟ้องบริษัท Western Electric Co. และบริษัทในเครือว่าผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากบริษัทต่างๆ เหล่านั้นตกลงกันที่จะไม่จ้างลูกจ้างของกันและกัน ศาลในคดีนี้พิจารณาว่าการตกลงดังกล่าวไม่ผิด กฎหมายป้องกันการผูกขาด มาตรา 1 เพราะการกระทำของทั้งสามบริษัทเป็นการตกลงร่วมกัน ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกซึ่งเป็นการบริหารงานภายในซึ่งแต่ละบริษัทไม่สามารถสมรู้ร่วมคิดกัน ได้ ส่วนประเด็นมาตรา 2 โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยผูกขาดในตลาดสินค้าแทนที่จะเป็นตลาดแรงงานซึ่ง โจทก์ควรระบุและชี้แจงว่าลูกจ้างนั้นอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องกันทางภูมิศาสตร์ ศาลให้เหตุผลอีกว่า บริษัทที่ผูกขาดในตลาดแรงงานสร้างความเสียหายต่อผู้บริโภคแต่ไม่ได้ก่อความเสียหายแก่ลูกจ้าง เสมอไปและลูกจ้างน่าจะได้รับประโยชน์หากผู้บริหารแบ่งผลประโยชน์จากการผูกขาดให้ลูกจ้างและ

<sup>254</sup> ญัตินันท์ ยนต์วิทย์, "หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศึกษาเฉพาะกรณีพฤติกรรมการแข่งขัน ประเภทการส่งเสริมการขาย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า. 308.

<sup>255</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?," page 21.

<sup>256</sup> *In Thomsen v. Western Electric Co.* 680 F. 2d 1263 (9th Cir. 1982)

ถ้าตลาดแรงงานมีการแข่งขันก็จะไม่ผิดกฎหมาย ประกอบกับนโยบายบริษัทที่ไม่ให้ลูกจ้างย้ายไปทำงานกับอีกบริษัทหนึ่งไม่ผิดมาตรา 2 เนื่องจากไม่เป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขัน<sup>257</sup>

**2. The Clayton Act 1914 มาตรา 6<sup>258</sup>** ส่วนแรก กำหนดว่าการจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์ (labor of a human being is not a commodity or article of commerce) ซึ่งจุดประสงค์ของการบัญญัติในลักษณะนี้ คือ ต้องการปกป้องการดำเนินการขององค์กรด้านแรงงานหรือสหภาพแรงงานและเพื่อกำจัดการแข่งขันระหว่างผู้ใช้แรงงาน (ลูกจ้าง) ที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการจ้าง ค่าจ้าง เวลาทำงานที่ดีกว่า ถือว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายด้านแรงงานและเป็นข้อยกเว้นการกระทำตามนโยบายการแข่งขันทางการค้า แต่ไม่ถือว่าเป็นแรงงานสมองหรือแรงงานฝีมือเป็นปัจจัยการผลิตที่สำคัญในการผลิตสินค้าและบริการเพื่อขายให้ผู้บริโภค และแรงงานเป็นตลาดประเภทหนึ่งที่มีผลต่อการค้าการพาณิชย์ที่อาจถูกจำกัดโดยพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน<sup>259</sup>

ส่วน The Clayton Act 1914 มาตรา 7 ห้ามรวมตัวกันเพื่อจำกัดหรือลดการแข่งขันหรือเป็นเหตุให้เกิดการผูกขาดในตลาด สำหรับการรวมธุรกิจกันในแนวราบ หากการรวมนั้นมุ่งที่จะยึดตลาด ก็ถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเว้นแต่บริษัทที่รวมกันนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าการรวมกันสร้างประสิทธิภาพตอบแทนโดยผู้บริโภคซื้อสินค้าในราคาที่ถูกลงซึ่งการพิจารณาการรวมธุรกิจในบริบทของตลาดแรงงานก็ทำนองเดียวกับในตลาดสินค้าและบริการ<sup>260</sup>

### 3.1.5.2 แนวปฏิบัติการป้องกันการผูกขาดสำหรับผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคล (Antitrust Guidance for Human Resource Professionals)

แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้กำหนดแนวทาง รายละเอียด และพฤติกรรมการกระทำความผิดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดควบคุมอยู่ มีวัตถุประสงค์เพื่อเตือนและให้ข้อสังเกตแก่ผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคลและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานและการกำหนดอัตราค่าจ้างระมัดระวังการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยฝ่ายป้องกันการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมร่วมกับคณะกรรมการสิทธิการแห่งสหพันธรัฐได้

<sup>257</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 22-23.

<sup>258</sup> The Clayton Act Section 6 "The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor organizations; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws."

<sup>259</sup> Elinor R. Hoffmann, "Looking at Labor from Both Sides Now." page 1.

<sup>260</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 24.

ประกาศใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดเพื่อบังคับใช้กับการแข่งขันกันจ้างแรงงานระหว่างบริษัท ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหรือนายจ้างที่แข่งขันกันอันเป็นการจำกัดเงื่อนไขการจ้างงานอาจ ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดหากข้อตกลงระหว่างนายจ้างดังกล่าวจำกัดการตัดสินใจของ นายจ้างที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง เงินเดือน ผลประโยชน์ เงื่อนไขการจ้างงาน หรือโอกาสในการทำงานซึ่ง ในตลาดแข่งขันแบบเสรี การแข่งขันระหว่างผู้ขายทำให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าและบริการที่ราคาถูกลง คุณภาพสินค้าและบริการดีขึ้น มีตัวเลือกมากขึ้น และสินค้าหรือบริการนั้นผลิตจากนวัตกรรมขั้นสูง ส่วนการแข่งขันระหว่างนายจ้างทำให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้างที่สูงขึ้น ผลตอบแทนและเงื่อนไขการจ้างที่ดี ขึ้น ผู้บริโภคยังได้รับประโยชน์จากการแข่งขันของนายจ้างเนื่องจากยังมีการแข่งขันในกำลังแรงงาน มากขึ้น คุณภาพสินค้าและบริการก็ยิ่งดีขึ้น ส่วนในมุมมองของการป้องกันการผูกขาด ผู้ประกอบการธุรกิจ ที่แข่งขันกันจ้างหรือจำกัดจำนวนลูกจ้างถือว่าเป็นคู่แข่งในตลาดแรงงาน ไม่ว่าจะผู้ประกอบการคู่แข่ง ดังกล่าวจะผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือให้บริการแบบเดียวกันหรือไม่ ก็อาจเป็นความผิดตามกฎหมาย ป้องกันการผูกขาดหากคู่แข่งดังกล่าวจะไม่แข่งขันกันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมแม้ว่าคู่แข่งจะถูกจูง ใจว่าการกระทำดังกล่าวจะสามารถลดค่าใช้จ่ายของผู้ประกอบการธุรกิจได้ก็ตาม<sup>261</sup>

การกระทำที่ความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดอาจก่อผลกระทบต่อที่ ร้ายแรงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ซึ่งกระทรวงยุติธรรม อาจนำดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำ ความผิด ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือทั้งผู้กระทำและผู้ประกอบการธุรกิจก็ได้ และหน่วยงานป้องกันการผูกขาด ของรัฐบาลกลางอาจดำเนินคดีแพ่งได้อีกด้วย นอกจากนี้ หากลูกจ้างหรือบุคคลอื่นได้รับผลกระทบ จากข้อตกลงที่ผิดกฎหมายของคู่แข่ง บุคคลดังกล่าวสามารถฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายเป็น สามเท่าของค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ โดยการกระทำที่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายป้องกันการผูกขาด จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจทำข้อตกลงกันไว้ว่าจะไม่แข่งขันกัน (ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หากผู้ประกอบการธุรกิจ (นายจ้าง) รายหนึ่งตกลงกับผู้ประกอบการธุรกิจ (นายจ้าง) อีก รายหนึ่งจำกัดอัตราเงินเดือนและค่าตอบแทนของลูกจ้างหรือตกลงกันปฏิเสธการว่าจ้างลูกจ้างคน เดียวกัน ถือว่ากระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ทั้งนี้ ไม่ว่านายจ้างจะตกลงกันด้วยวาจาหรือ ลายลักษณ์อักษร หากเป็นการจำกัดเรื่องการจ้างงานหรือการกำหนดค่าตอบแทนแล้ว ถือว่าผิด กฎหมาย นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาดหรือความรับผิดในตัวเอง (per se illegal) ซึ่งมีโทษทางอาญาด้วย<sup>262</sup>

<sup>261</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals." page 1-3.

<sup>262</sup> *ibid.*

ส่วนการกระทำอีกประการที่อาจเข้าข่ายจำกัดการแข่งขันได้แก่ ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหรือนายจ้าง (exchange of information) โดยเฉพาะการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information) แต่ไม่ถือว่าเป็นความลับที่เด็ดขาด ต้องใช้หลักเหตุและผล (the rule of reason) มาวินิจฉัยเป็นรายกรณีว่าพฤติกรรมเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตามแนวปฏิบัติดังกล่าว การกระทำที่อาจเป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอันละเมิดต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่ กรณีที่นายจ้าง 2 บริษัทขึ้นไปตกลงกันจำกัดการแข่งขันในตลาด แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้<sup>263</sup>

1. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no poaching agreement)
2. ข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage fixing agreement)
3. ข้อตกลงร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างงาน (exchange of information)

### ตารางที่ 3 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามแนวปฏิบัติ Antitrust Guidance for Human Resource Professionals

หลักที่ใช้พิจารณาการกระทำผิด	ประเภทข้อตกลง
Per se rule	No poaching agreement Wage fixing agreement
The rule of reason	Exchange of information

ทั้งนี้รายละเอียดข้อตกลงแต่ละประเภท ผู้เขียนจะอธิบายในลำดับถัดไป

#### 3.1.6 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

นักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญได้พิจารณาให้ลูกจ้างเปรียบเสมือนทรัพย์สินที่มีค่ามากที่สุดของนายจ้างซึ่งลูกจ้างที่มีทักษะสูงมักจะได้รับการสนับสนุนจากนายจ้างให้มีความเชี่ยวชาญในการทำงานให้มากขึ้น เช่น การส่งลูกจ้างไปศึกษาดูงานหรืออบรมในหลักสูตรต่างๆ อันถือเป็นต้นทุนของนายจ้างทำให้นายจ้างไม่อาจรับมือกับการลาออกของลูกจ้างโดยเฉพาะอย่างยิ่งการลาออกไปทำงานให้กับคู่แข่งของนายจ้าง ด้วยเหตุนี้ นายจ้างจึงมีแนวทางที่จะลดความเสี่ยงดังกล่าวโดยการให้ลูกจ้างลงนามสัญญาห้ามผู้ประกอบการธุรกิจแข่งขันหรือเข้าไปเป็นลูกจ้างกับคู่แข่งของนายจ้างหรือการให้

<sup>263</sup> ibid. page 2-5.

ค่าตอบแทนที่สูงขึ้นแก่ลูกจ้าง<sup>264</sup> ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวมักจะกำหนดระยะเวลาเอาไว้ทำให้เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาตามที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน ลูกจ้างก็สามารถทำธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างหรือไปทำงานกับคู่แข่งของนายจ้างเดิมได้โดยนำความรู้ความสามารถหรือในบางครั้งอาจนำทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้กับงานที่ได้รับจ้างใหม่

ด้วยเหตุนี้เอง นายจ้างจึงต้องหาวิธีการลดความเสี่ยงที่อาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจของตน โดยการตกลงร่วมกับนายจ้างรายอื่นที่เกี่ยวข้องกันในตลาดเพื่อจำกัดการแข่งขัน ลักษณะและประเภทของข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นนายจ้างเป็นข้อตกลงในแนวนราบ (horizontal agreement) สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### 3.1.6.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน

ในบางครั้งการแลกเปลี่ยนข้อมูลกับคู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หากข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information) ที่ผู้ประกอบการไม่ต้องการแลกเปลี่ยนหรือไม่ต้องการให้คู่แข่งรับรู้ เช่น กลยุทธ์ด้านราคา ข้อมูลค่าใช้จ่าย ผู้จัดการจำหน่าย รายชื่อหรือจำนวนลูกค้า ผู้ประกอบธุรกิจก็ควรมีวิธีการป้องกันมิให้คู่แข่งทราบ ซึ่งการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งอาจนำไปสู่การละเมิดกฎหมาย The Sherman Act มาตรา 1 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแลกเปลี่ยนข้อมูลนำไปสู่การกำหนดราคา (price fixing) หรืออื่นๆ ที่ส่งผลเสียต่อการแข่งขัน<sup>265</sup> การพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันอย่างไม่มีเหตุผลและเป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ศาลมักจะใช้ 1 ใน 2 หลักในการพิจารณา กล่าวคือ หากเป็นข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่ร่วมกันกำหนดราคา แบ่งตลาด หรือร่วมกันกระทำการใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ ศาลจะใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด (per se illegal) ในการพิจารณา ในทางกลับกัน หากเป็นข้อตกลงที่ไม่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างชัดแจ้งหรือมีส่วนที่ส่งเสริมการแข่งขันในตลาด ศาลจะใช้หลักเหตุและผล (rule of reason) ในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างการส่งเสริมการแข่งขันกับผลกระทบของการต่อต้านการแข่งขันซึ่งผลของข้อตกลงร่วมกันที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขัน ได้แก่ การพัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ การทำให้สินค้าใหม่นั้นปรากฏในตลาด

<sup>264</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, page 280.

<sup>265</sup> Amanda L. Wait, "Competitor Information Exchanges: Practical Considerations from Ftc Consent Decrees," page 2-3.

การลดราคา การเพิ่มจำนวนสินค้าให้เพียงพอต่อการบริโภค และการลดค่าใช้จ่ายในกระบวนการผลิต  
จัดจำหน่ายและขาย<sup>266</sup>

### 1. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง

ประเภทของข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจคู่แข่งที่มักกระทำกัน ได้แก่ การตกลงกันเพิ่มราคาหรือลดปริมาณสินค้าในตลาด ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวถือเป็นความผิด  
เด็ดขาด (per se) อันละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ตัวอย่าง ข้อตกลงที่เป็นความผิดเด็ดขาด  
ได้แก่ การตกลงร่วมกันกำหนดราคาและข้อตกลงจำกัดจำนวนการผลิตโดยมิต้องมีการพิสูจน์  
ผลกระทบของการจำกัดการแข่งขัน ความร่วมมือระหว่างคู่แข่งที่เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูล  
อ่อนไหวง่ายโดยเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับราคาหรือการผลิตอาจเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้า  
ร่วมตกลงที่เป็นความผิดเด็ดขาดได้ภายใต้มาตรา 1 แห่ง The Sherman Act ซึ่งมีทั้งโทษทางแพ่ง  
และอาญา<sup>267</sup>

สำหรับการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคาที่เป็นค่าจ้าง ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ที่แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนมักนำข้อมูลไปใช้ในการกำหนดอัตราค่าจ้าง  
หรือค่าตอบแทนร่วมกัน ซึ่งข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง หรือ wage fixing agreement เป็น  
กรณีที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งตกลงร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายกำหนดค่าจ้างหรือ  
ค่าตอบแทนที่ให้แก่ลูกจ้างที่อยู่ในตลาดเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเป็นจำนวนเงินที่ชัดเจน หรือ  
เป็นช่วงอัตราเงินเดือนก็ตาม ซึ่งต้องผ่านการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้างจากบุคคลทั้งสองฝ่าย แม้ว่า  
บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะไม่ได้ตกลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะจำกัดอัตราค่าจ้างหรือจำกัด  
การจ้างงาน เช่น การประชุมหรือพฤติกรรมในทำนองเดียวกัน แต่หากกระทำการตกลงกันด้วยวิธีการ  
ในรูปแบบอื่นที่อาจอนุมานได้ว่าเป็นการตกลงร่วมกันเช่นว่านั้น ก็ถือว่าเป็นความผิด อาทิ การ  
แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับอัตราค่าจ้างเป็นครั้งคราวระหว่างนายจ้างในอุตสาหกรรมอาจเป็นการ  
ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันนั้นอาจมีผลทำให้เกิดการลดค่าจ้าง  
ของลูกจ้างได้<sup>268</sup>

### คดีที่เกี่ยวข้อง

<sup>266</sup> ibid. page 4.

<sup>267</sup> ibid.

<sup>268</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for  
Human Resource Professionals." page 3.

1. United States v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation<sup>269</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้กระทรวงยุติธรรม สหรัฐอเมริกาได้ฟ้องบริษัท Arizona Hospital and Healthcare Association และ AzHHA Service Corporation โดยระบุรายละเอียดในคำฟ้องดังต่อไปนี้

(ก) สมาคมโรงพยาบาลและการดูแลสุขภาพ Arizona Hospital and Healthcare Association (“AzHHA”) ทำสัญญากับตัวแทนจัดหาพยาบาลให้บริการชั่วคราวในโรงพยาบาล ณ มลรัฐ Arizona (AzHHA Registry Program<sup>270</sup>) ในแผนงานดังกล่าวโรงพยาบาล Arizona และโรงพยาบาลภายใต้สมาคมได้กำหนดราคาและเงื่อนไขการจ่ายค่าบริการให้กับตัวแทนพยาบาลที่ให้บริการชั่วคราวแบ่งเป็น 2 ประเภทคือพยาบาลที่ให้บริการเป็นระยะเวลาสั้นๆ (Per Diem Nurse<sup>271</sup>) และพยาบาลแบบ Travel Nurse<sup>272</sup> โรงพยาบาลใน Arizona จ่ายค่าบริการให้กับตัวแทนเป็นรายชั่วโมงซึ่งตัวแทนจะเป็นผู้จ่ายค่าจ้างและค่าตอบแทนให้กับพยาบาลเองโดยตรงและจัดสรรค่าใช้จ่ายต่างๆให้เหมาะสมกับกำไรที่ได้รับ

AzHHA อนุญาตให้ตัวแทนจัดหาพยาบาลกำหนดอัตราค่าจ้าง ซึ่งตัวแทนได้กำหนดอัตราค่าจ้างของพยาบาลเท่ากันทุกคน ทั้งนี้ AzHHA กำหนดอัตราค่าบริการที่ตัวแทนเสนอให้ทุกโรงพยาบาลในอัตราที่เท่ากัน AzHHA ในฐานะผู้แทนโรงพยาบาลใน Arizona กำหนดอัตราค่าบริการต่ำกว่าอัตราที่โรงพยาบาลต่างๆ ควรจะได้โดยการเจรจาต่อรองกับตัวแทนแต่ละฝ่าย นอกจากนี้ AzHHA ยังกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ในสัญญาที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอีกด้วย พฤติกรรมดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลและความจำเป็น และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(ข) ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) การให้บริการของพยาบาลในระยะเวลาสั้นๆ (Per Diem Nurse) อยู่ในตลาดบริการที่เกี่ยวข้องในความหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ โรงพยาบาลได้กำหนดอัตราค่าบริการและค่าตอบแทนให้พยาบาล

<sup>269</sup> United States et al v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation, No CV07-1030 (Sept. 12, 2007)

<sup>270</sup> Registry Program หมายถึง โปรแกรมที่ใช้เพื่อจัดหาพยาบาลลูกจ้างชั่วคราวรายวัน หรือ Travel Nurse ซึ่งโปรแกรมนี้ถูกดำเนินการโดย AzHHA

<sup>271</sup> Per Diem Nurse คือ พยาบาลที่ให้บริการเป็นระยะเวลาสั้นๆ ในช่วงที่โรงพยาบาลต้องการแบบเร่งด่วน ส่วนใหญ่มักเป็นคนในพื้นที่ มักได้รับค่าจ้างสูง แต่ไม่ได้สวัสดิการ เช่น ประกันสุขภาพ หรือเงินตอบแทนตอนเกษียณ

<sup>272</sup> Travel Nurse คือ พยาบาลที่สามารถย้ายที่ทำงานไปในที่ต่าง ๆ ในรัฐนั้น หรืออาจย้ายไปทำงานในรัฐอื่นๆ ตามที่ต้องการ โดยทั่วไปจะได้รับ Assignment นาน 13 สัปดาห์ โดยโรงพยาบาล Arizona เสนอที่พักรับฟรี พร้อมค่าใช้จ่ายในการเดินทางเพื่อตั้งดูแลพยาบาล โรงพยาบาลใน Arizona มีความต้องการพยาบาลประเภทนี้สูง

ประเภทนี้ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน ตลาดบริการนี้ได้รวมตลาดบริการที่เกี่ยวข้องไว้หลายตลาด เช่น การบริการพยาบาลชั่วคราว พยาบาลศัลยกรรมศาสตร์ พยาบาลชำนาญการพิเศษระยะสั้น พยาบาลวิชาชีพระยะสั้น และผู้ช่วยพยาบาลระยะสั้น และพยาบาลประเภทนี้ให้บริการในเขตเทศบาล Phoenix และ Tucson ซึ่งเป็นเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Geographical Market) ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากทั้งสองเขตมีที่ตั้งห่างกันเพียง 120 ไมล์ (ประมาณ 193 กิโลเมตร) ซึ่งในรัฐ Arizona พยาบาลมักพักอาศัยใกล้กับโรงพยาบาลเพื่อสามารถมาทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ กรณีที่โรงพยาบาลร้องขอจะได้เดินทางมาได้ทันทั่วทั้งที่

ส่วนการให้บริการของพยาบาลประเภท Travel Nurse ก็อยู่ในตลาดบริการที่เกี่ยวข้องในความหมายของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ โรงพยาบาลได้ให้สิทธิประโยชน์แก่ Travel Nurse มากกว่าพยาบาลทั่วไป และแผนงานการจัดหาได้กำหนดอัตราค่าบริการและค่าตอบแทนให้พยาบาลประเภทนี้ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน ตลาดบริการนี้ได้รวมตลาดบริการที่เกี่ยวข้องไว้หลายตลาด เช่น พยาบาลศัลยกรรมศาสตร์ พยาบาลชำนาญการพิเศษ และพยาบาลประเภทนี้ให้บริการทั่วมลรัฐ Arizona ซึ่งเป็นเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Geographical Market) โดยพยาบาลชอบที่จะทำงานใน Arizona มากกว่ามลรัฐอื่นด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ประสบการณ์ทำงานที่เคยมีมา โอกาสในการพักผ่อน ความใกล้ชิดกับเพื่อนและญาติมิตร และ Arizona ยังเป็นสมาชิกในข้อตกลงเกี่ยวกับใบอนุญาตพยาบาลในขณะที่ California และ Florida ไม่ได้เป็นสมาชิก ซึ่งพยาบาลที่ได้รับใบอนุญาตในรัฐสมาชิกจะจ่ายค่าทำธุรกรรมหรือค่าธรรมเนียมการให้บริการต่างๆ น้อยกว่า และได้รับค่าตอบแทนสูงกว่าหากไปให้บริการที่ California หรือ Florida เนื่องจากได้รับใบอนุญาตในรัฐที่เป็นสมาชิกของข้อตกลง ซึ่งอัตราค่าบริการของพยาบาลประเภทนี้ถูกกำหนดใน Arizona ต่ำกว่าในมลรัฐอื่นๆ

#### (ค) อำนาจผูกขาดหรืออำนาจตลาด (Market Power)

ในปี ค.ศ. 2005 โรงพยาบาลในรัฐ Arizona ที่เข้าร่วมแผนงานจัดหาพยาบาลระยะสั้นๆ มีอำนาจควบคุมประมาณ 80% ของจำนวนเตียงในโรงพยาบาลทั้งหมดในเขต Phoenix และประมาณ 84% ของจำนวนเตียงในโรงพยาบาลทั้งหมดในเขต Tucson ฉะนั้นโรงพยาบาลดังกล่าวจึงมีอำนาจผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง

ส่วนการให้บริการของพยาบาลประเภท Travel Nurse มีอำนาจควบคุมประมาณ 78% ของจำนวนเตียงในโรงพยาบาลทั้งหมดในมลรัฐ Arizona โรงพยาบาลดังกล่าวจึงมีอำนาจผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน

#### (ง) ผลกระทบของการต่อต้านการแข่งขัน



AZHHA และโรงพยาบาลภายใต้สมาคม AZHHA ได้ลดค่าจ้างสำหรับพยาบาลลูกจ้างชั่วคราวต่ำกว่าระดับการแข่งขัน โดยบังคับตัวแทนให้ลดอัตราค่าบริการให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขัน ในการติดต่อสื่อสารกับสมาคมโรงพยาบาลรัฐอื่นๆ AZHHA ยอมรับว่าโรงพยาบาลภายใต้สมาคมจ่ายค่าบริการให้พยาบาลลูกจ้างชั่วคราวในอัตราที่ต่ำกว่าที่พวกเขาควรได้รับ โดย AZHHA จ่ายค่าบริการให้กับตัวแทนต่ำกว่า 12% เมื่อเทียบกับกรณีที่ตัวแทนสามารถเจรจากับโรงพยาบาลได้อย่างเสรีโดยตรง AZHHA แจ้งให้โรงพยาบาลทราบว่าอัตราค่าบริการที่จ่ายให้กับพยาบาลระยะสั้นนั้นต่ำกว่าประมาณ 9-16% ส่วนพยาบาลประเภท Travel Nurse ต่ำกว่าประมาณ 7% ซึ่งโรงพยาบาลหลายแห่งสรุปว่าหากไม่ทำตามแผนงานจัดหาแล้ว โรงพยาบาลต้องจ่ายค่าบริการในอัตราที่สูงกว่าที่พยาบาลลูกจ้างชั่วคราวได้รับ

ในช่วง 2 ปีที่ผ่านมา หลายโรงพยาบาลได้ออกจากแผนงานดังกล่าวและลงนามสัญญากับคู่แข่งของ AZHHA ซึ่งสัญญานี้ได้ให้ค่าบริการแก่ตัวแทนในอัตราที่สูงกว่า ซึ่งตัวแทนที่ไม่ได้อยู่ในแผนงานจะได้รับอัตราค่าบริการที่สูงกว่าจากโรงพยาบาลซึ่ง AZHHA ได้ทำการศึกษาพบว่าอัตราค่าบริการที่จ่ายโดยโรงพยาบาลสูงกว่าที่จ่ายโดยผ่านแผนงานการจัดหาประมาณ 5-40% แต่ตัวแทนหลายๆ แห่งยังคงร่วมแผนงานการจัดหาเนื่องจากเกรงว่าจะถูกกีดกันออกจากตลาด Arizona

เมื่อตัวแทนได้รับค่าบริการที่ต่ำ ตัวแทนก็จะจ่ายค่าจ้างให้พยาบาลในอัตราต่ำกว่าเช่นกัน ฉะนั้น พยาบาลลูกจ้างชั่วคราวที่ถูกจ้างผ่านแผนงานการจัดหา ก็จะได้รับค่าจ้างต่อชั่วโมงต่ำกว่าพยาบาลที่ถูกจ้างโดยไม่ผ่านแผนงานการจัดหา ผลกระทบที่ตามมาคือเป็นการลดความสามารถของตัวแทนในการสรรหาพยาบาลชั่วคราว แผนงานการจัดหาลดอัตราค่าบริการของตัวแทนส่งผลให้พยาบาลได้รับค่าจ้างต่ำลงซึ่งเป็นการบิดเบือนแรงจูงใจของพยาบาล

#### (จ) การละเมิดกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1

AZHHA สมาคมผู้ให้บริการ AZHHA และ โรงพยาบาลที่เป็นสมาชิกในสมาคม ที่กระทำการผ่านแผนงานการจัดหาพยาบาลของ AZHHA ตกลงกันกำหนดเงื่อนไขการจ่ายเงินให้กับพยาบาลลูกจ้างชั่วคราวและอัตราค่าบริการที่ตัวแทนจะได้รับ ความตกลงดังกล่าวเป็นการละเมิดกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ดังนี้

(1) ลดการแข่งขันในการจัดหาพยาบาลแบบ per diem nurse ในเขต Phoenix รัฐ Arizona และเป็นการลดอัตราค่าบริการที่จ่ายให้กับตัวแทนจัดหาและอัตราเงินเดือนที่จ่ายให้กับพยาบาลในท้องถิ่น

(2) ลดการแข่งขันในการจัดหาพยาบาลแบบ per diem nurse ในเขต Tucson รัฐ Arizona และเป็นการลดอัตราค่าบริการที่จ่ายให้กับตัวแทนจัดหาและอัตราเงินเดือนที่จ่ายให้กับพยาบาลในท้องถิ่น

(3) ลดการแข่งขันในการจัดหาพยาบาลแบบ Travel Nurse และเป็นการลดอัตราค่าบริการที่จ่ายให้กับตัวแทนจัดหาและอัตราเงินเดือนที่จ่ายให้กับพยาบาลในท้องถิ่น

ศาลแขวงแห่งมลรัฐ Arizona สหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาให้พฤติกรรมต่อไปนี้เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ได้แก่

(ก) จำเลยต้องไม่ระบุเงื่อนไข ข้อกำหนด คำแนะนำในสัญญาหรือแผนงาน ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

1) อัตราค่าบริการที่จ่ายให้กับตัวแทนโดยโรงพยาบาล รวมถึงกระบวนการหรือรูปแบบที่ตัวแทนเสนอ เจรจา หรือทำสัญญากับโรงพยาบาลเกี่ยวกับค่าบริการ

2) โครงสร้างของอัตราค่าบริการ

3) เงื่อนไขการจ่ายเงินระหว่างโรงพยาบาลกับตัวแทนจัดหาพยาบาล

4) นโยบายการบอกเลิกข้อกำหนด เงื่อนไขหรือบทลงโทษกรณีบอกเลิกข้อกำหนด หรือเงื่อนไขของโรงพยาบาลหรือตัวแทน

5) การจ่ายเงินโบนัสของโรงพยาบาลหรือตัวแทน

6) ข้อกำหนดหรือการสนับสนุนที่โรงพยาบาลต้องให้กับตัวแทน รวมถึงข้อกำหนดการใช้งานขั้นต่ำของโรงพยาบาลหรือตัวแทน

(ข) จำเลยต้องไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1) กำหนด สนับสนุน อำนวยความสะดวก ชักชวน หรือเรียกร้องไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ให้โรงพยาบาล 1) ใช้แผนงานการจัดหาหรือผูกขาดตัวแทนรายใดรายหนึ่งหรือให้สิทธิพิเศษแผนงานจัดหาหรือตัวแทน 2) คว่ำบาตร กีดกัน ปฏิเสธการจัดการหรือเลือกปฏิบัติกับตัวแทนที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในแผนงานจัดหา 3) ใช้ข้อกำหนดขั้นต่ำกับตัวแทนยกเว้นจำเลยจะสนับสนุนรูปแบบแผนงานจัดหาให้แก่โรงพยาบาล ตัวแทน และบุคคลอื่น โดยการสนับสนุนไม่รวมถึงการให้ส่วนลดหรือสิ่งจูงใจทางการเงินแก่สมาชิก

2) เรียกร้อง สนับสนุน หรือชักจูงตัวแทนเพื่อประสานงานกับโรงพยาบาล โดยใช้แผนงานจัดหา

3) สนับสนุน อำนวยความสะดวก ชักชวน เข้าร่วม หรือรับรองข้อตกลง ร่วมกันระหว่างสมาชิก AZHHA หรือโรงพยาบาล ในเรื่อง 1) การเปลี่ยนแปลงแผนงานหรือสัญญา หรือเข้าร่วมในแผนงานดังกล่าว หรือ 2) เข้าไปเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขตามสัญญาที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน

4) ให้ส่วนลดหรือสิ่งจูงใจทางการเงินอื่นๆ แก่โรงพยาบาลเพื่อจูงใจหรือเพิ่ม การมีส่วนร่วมในแผนงานหรือตัวแทน เว้นแต่กรณีที่จำเป็นเปลี่ยนแปลงแผนงานเพื่อให้โรงพยาบาลจ่าย ค่าธรรมเนียมมากกว่าตัวแทน โครงสร้างค่าธรรมเนียม

5) ยอมรับ รวบรวมเงื่อนไขตามสัญญาที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน เว้น แต่เงื่อนไขตามสัญญานั้นมีความจำเป็นในการทำงานตามแผนงาน

6) ติดต่อ สื่อสาร ประกาศ ร่วมกัน หรือเผยแพร่เงื่อนไขตามสัญญาที่มีความ อ่อนไหวต่อการแข่งขันให้สมาชิก AZHHA โรงพยาบาล หรือตัวแทน

7) เลือก หรือพิจารณาการคัดเลือกตัวแทนที่จะเข้าร่วมแผนงาน ไม่ว่าจะ ทางตรงหรือทางอ้อม โดยอาศัยเงื่อนไขตามสัญญาที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน

8) เลือก หรือพิจารณาการคัดเลือกตัวแทนที่จะเข้าร่วมแผนงานโดยอาศัย จำนวนชั่วโมงที่ให้แก่วงพยาบาลผ่านแผนงาน ก่อนหรือหลังจากคำพิพากษาถึงที่สุด เว้นแต่ จำเลย สามารถตั้งจำนวนการคำนวณค่าขึ้นตำรายปีที่ต้องการได้

9) ติดต่อ สื่อสาร ประกาศ ร่วมกัน หรือเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ แผนงานโดยโรงพยาบาลหรือตัวแทน เว้นแต่จำเป็นเรียงเรียงและเผยแพร่การใช้แผนงานทั้งหมดของ โรงพยาบาลเป็นรายปี

อย่างไรก็ดี ศาลได้วางหลักเกณฑ์และกำหนดพฤติกรรมที่จำเลยสามารถ กระทำได้ตามกฎหมาย ดังต่อไปนี้

(ก) สัญญาเกี่ยวกับแผนงานสามารถกำหนดความตกลงได้ดังนี้

1) กำหนดค่านิยมของประเภทพยาบาล เช่น พยาบาลผู้เชี่ยวชาญทั่วไป และเฉพาะด้าน

2) กำหนดเงื่อนไขการจ่ายเงินระหว่างโรงพยาบาลและตัวแทน รวมถึงกำหนดค่าธรรมเนียมด้วย

3) กำหนดแผนงานเกี่ยวกับหนังสือรับรอง รวมถึงการตรวจสอบและข้อกำหนดเกี่ยวกับการเก็บรักษาเอกสารหากตัวแทนร้องขอ

4) สร้างข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ้างพนักงานของตัวแทนรวมถึงการตรวจสอบประวัติส่วนตัว ประวัติเกี่ยวกับยาเสพติด และประสบการณ์ต่างๆ

5) กำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับประกันภัยและค่าชดเชยโดยตัวแทน

6) อนุญาตให้โรงพยาบาลและตัวแทนเจรจาต่อรองและเข้าถึงข้อตกลงโดยอิสระเป็นการเฉพาะตัวเกี่ยวกับเงื่อนไขตามสัญญาที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน

(ข) จำเลยสามารถ

1) ร้องขอข้อมูลและความเห็นจากโรงพยาบาลเกี่ยวกับแผนงานหรือสัญญาตราบเท่าที่จำเลยปฏิบัติตามพฤติกรรมต้องห้ามข้างต้นอย่างต่อเนื่องและไม่เผยแพร่ข้อมูลหรือความเห็นของโรงพยาบาลให้กับโรงพยาบาลอื่นเกี่ยวกับเงื่อนไขตามสัญญาที่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขัน

2) กำหนดเงื่อนไขตามสัญญาและกำหนดวิธีการบริหารจัดการร่วมกับพฤติกรรมต้องห้ามตามที่คำพิพากษาถึงที่สุดกำหนด

3) ประชุมร่วมกับโรงพยาบาลเพื่อกำหนดเกณฑ์ในการคัดเลือกตัวแทนโดยมีเงื่อนไขว่าเกณฑ์นั้นต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาถึงที่สุดและการประชุมต้องปฏิบัติตามข้อห้ามในคำพิพากษาถึงที่สุดเช่นเดียวกัน

4) ติดต่อสื่อสารกับโรงพยาบาลเพื่อทราบผลการตรวจสอบและและการตรวจสอบเอกสารของตัวแทน

5) ติดต่อสื่อสารกับโรงพยาบาลหรือตัวแทนเกี่ยวกับข้อมูลหรือข้อความจากโรงพยาบาลหรือตัวแทน โดยมีเงื่อนไขว่าการติดต่อสื่อสารนั้นต้องไม่ละเมิดพฤติกรรมต้องห้ามตามที่คำพิพากษาถึงที่สุดกำหนด

(ค) จำเลยสามารถสนับสนุนหรือปรึกษาหารือในหลักการแห่งคดี Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961), United

Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965) เรื่องการบังคับใช้ อำนาจศาล การปฏิบัติ ตามข้อบังคับ หรือนโยบายรัฐบาล

## 2. Modeling agency and Fashion Designer

FTC ได้ออกข้อกำหนดว่าด้วยการกำหนดราคาและค่าตอบแทนให้กับ ตัวแทนจัดหานายแบบ นางแบบและนักร้องแบบแฟชั่น โดยระบุว่าข้อตกลงที่พยายามกำหนดอัตรา ค่าตอบแทนให้แก่บุคคลดังกล่าวเป็นการต่อต้านการแข่งขันและเป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการ ผูกขาด<sup>273</sup>

ข้อกำหนดดังกล่าว ห้ามมิให้สมาคมออกแบบแฟชั่นแห่งสหรัฐอเมริกา (The Council of Fashion Designers of America: CFDA) และบริษัท 7<sup>th</sup> on 6<sup>th</sup> ที่อยู่ในมลรัฐ นิวยอร์ก เข้าร่วม จัดการ ตรีเตรียม หรือดำเนินการทำข้อตกลงเพื่อเพิ่ม ลด หรือกำหนดราคาใน อัตราคงที่ หรือกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าตอบแทนให้กับตัวแทนจัดหานายแบบนางแบบและนั ก่อแบบแฟชั่น หรือสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้บุคคลใดมีส่วนร่วมในพฤติกรรมดังกล่าว เนื่องจาก เป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ทั้งนี้ ข้อกำหนดดังกล่าวมิได้ห้าม CFDA และบริษัท 7<sup>th</sup> on 6<sup>th</sup> ในการจ้างตัวแทนคนเดียวหรือจ้างนายแบบนางแบบคนเดียว

นอกจากนี้ CFDA และบริษัท 7<sup>th</sup> on 6<sup>th</sup> ต้องส่งจดหมายพร้อมแนบ ข้อกำหนดดังกล่าวเพื่อแจ้งให้สมาชิกในสมาคม พนักงาน ผู้บริหารของบริษัท ตัวแทนบริการจัดหา นายแบบนางแบบและนักร้องแบบแฟชั่นที่ได้เจรจาสิทธิประโยชน์กับบริษัท ทราบ ซึ่งในจดหมายต้อง ระบุว่า “CFDA และบริษัท 7<sup>th</sup> on 6<sup>th</sup> จะไม่เจรจาต่อรองในฐานะนักร้องแบบแฟชั่นกับนายแบบ นางแบบหรือตัวแทนและจะไม่เข้าร่วมหรือทำข้อตกลงเพื่อวัตถุประสงค์หรือที่ส่งผลต่ออัตราค่าบริการ ของตัวแทนผู้จัดหานายแบบนางแบบ”

## 3. Verdin v. R&B Falcon Drilling

คดีนี้โจทก์และจำเลยประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขุดเจาะน้ำมันและก๊าซ โดยโจทก์ฟ้องจำเลยและพวกรวม 22 รายในธุรกิจขุดเจาะน้ำมันว่าสมรู้ร่วมคิดกันโดยการประชุมเพื่อ กำหนด คงไว้ และจำกัดอัตราค่าจ้างและค่าตอบแทนของลูกจ้างที่ทำงานในแท่นขุดเจาะน้ำมันใน

<sup>273</sup> FTC, "Council of Fashion Designers of America " [Online] Accessed: 9 June 2020. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1995/06/council-fashion-designers-america>.

ทะเล โดยผู้แทนบริษัทตกลงกันลับๆเป็นเวลากว่า 10 ปี<sup>274</sup> ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิด The Sherman Act มาตรา 1<sup>275</sup>

#### 4. Reed v. Advocate Health Care

ในคดีทางการแพทย์ คดีนี้เป็นคดีที่โด่งดังคดีหนึ่ง โดยพยาบาลวิชาชีพฟ้องโรงพยาบาลและผู้ให้บริการทางการแพทย์ว่าสมรู้ร่วมคิดกันกำหนดค่าจ้างของพยาบาลซึ่งถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดและตกลงกันแลกเปลี่ยนข้อมูลรายละเอียดและข้อมูลอันเป็นความลับเกี่ยวกับโครงสร้างของค่าตอบแทนซึ่งใช้หลักเหตุผลในการวิเคราะห์ จากแบบสำรวจของสมาคมทางการแพทย์และการติดต่อกันโดยตรง คดีนี้ศาลพิพากษาเห็นพ้องกับจำเลยโดยศาลปฏิเสธคำร้องเพื่อรับรองการกระทำที่เป็นการป้องกันการผูกขาด ศาลวิจารณ์รูปแบบธุรกิจของโจทก์เพื่อใช้พิสูจน์ความเสียหาย<sup>276</sup>

#### 5. Cason-Merenda v. Detroit Medical Center

คดีนี้ โจทก์เป็นพยาบาลในสถานบริการทางการแพทย์ในมลรัฐ Detroit ฟ้องเรื่องการตกลงกำหนดค่าจ้างและการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างโรงพยาบาล โดยโรงพยาบาล 8 แห่ง<sup>277</sup> ตกลงกันกำหนดอัตราค่าจ้างพยาบาลโดยการติดต่อกันโดยตรงระหว่างเจ้าหน้าที่ทรัพยากรบุคคลผ่านการประชุม<sup>278</sup> จำเลยโต้แย้งว่าการกำหนดค่าจ้างของสมาชิกสหภาพของโรงพยาบาลเป็นการกำหนดค่าจ้างผ่านการเจรจาต่อรองร่วมกันซึ่งป้องกันสมาชิกจากผลกระทบของการลดการแข่งขันที่อาจได้รับ ศาลพิจารณาว่าโจทก์ต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ากระทำของจำเลยส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดซึ่งโจทก์ก็ได้ชี้ให้เห็นว่าพยาบาลรับผลกระทบจากการกำหนดค่าจ้าง คือ ได้รับค่าจ้างที่คงที่ ไม่เปลี่ยนแปลงตามกลไกของการแข่งขัน และศาลยืนตามคำร้องของโจทก์<sup>279</sup>

#### 6. United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration

<sup>274</sup> Verdin et al v R&B Falcon Drilling USA, Inc et al. Action No. G-00-488 (S.D. Texas. Galveston Div.)(2002)

<sup>275</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," Journal of European Competition Law & Practice 4, 3 (1 June 2013),page 9.

<sup>276</sup> Reed v. Advocate Health Care, No. 06 C 3337 (Sep 28, 2009)

<sup>277</sup> Cason-Merenda v. Detroit Medical Center, Case No. 06-15601 (E.D. Mich. Mar. 24, 2009)

<sup>278</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," Journal of European Competition Law & Practice. page 20.

<sup>279</sup> Casetext: Smarter Legal Research, "Cason-Merenda V. Detroit Medical Center," [Online] Accessed: 5 February 2021. Available from: <https://casetext.com/case/cason-merenda-v-detroit-medical-center>

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า กระทรวงยุติธรรมฟ้องร้องโรงพยาบาลในมลรัฐ Utah จำนวน 8 แห่ง สมาคมโรงพยาบาลแห่งรัฐ Utah และสมาคมเพื่อการดูแลสุขภาพและการบริหาร ทรัพยากรบุคคลแห่งมลรัฐ Utah<sup>280</sup> ว่ากระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเนื่องจากได้ร่วมมือกันแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างของพยาบาลวิชาชีพและจำกัดจำนวนค่าจ้างแรกเข้าที่พยาบาลวิชาชีพจะได้รับ ตั้งแต่เดือนมกราคม 1984 ถึงเดือนมิถุนายน 1992 พฤติกรรมที่จำเลยทำการสมรู้ร่วมคิดหรือร่วมมือกัน ได้แก่ การประชุมร่วมกัน การสำรวจความคิดเห็น และคุยกันทางโทรศัพท์ระหว่างโรงพยาบาลเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างพยาบาลวิชาชีพได้รับในปัจจุบัน และอัตราค่าจ้างแรกเข้าที่คาดว่าจะได้รับ นอกจากนี้ยังมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลภายในเกี่ยวกับงบประมาณที่ใช้เป็นค่าจ้างของพยาบาลวิชาชีพด้วย

ศาลพิพากษาว่า พฤติกรรมของจำเลยที่ต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่

(1) การร่วมมือกันแลกเปลี่ยนหรือหารือระหว่างสถานพยาบาลเกี่ยวกับข้อมูลของลูกจ้าง ดังต่อไปนี้

(ก) ค่าตอบแทนที่จ่ายให้กับพยาบาลวิชาชีพในอัตราที่ได้รับในปัจจุบันและที่คาดว่าจะได้รับในอนาคต

(ข) ค่าใช้จ่ายที่พยาบาลวิชาชีพเคยได้รับไม่ว่าการแลกเปลี่ยนหรือหารือเกี่ยวกับข้อมูลนั้นจะถูกบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือบันทึกเสียง ก็ตาม

(2) การสื่อสาร การร้องขอ หรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าตอบแทนของพยาบาลวิชาชีพระหว่างสถานพยาบาลในมลรัฐ Utah เว้นแต่ไม่มีพฤติกรรมในวาระนี้ที่ต้องห้ามแลกเปลี่ยนหรือหารือค่าจ้างที่เคยได้รับใน (1) (ข)

### 7. Todd v. Exxon Corporation

คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทด้านอุตสาหกรรมน้ำมันและปิโตรเคมี 14 แห่ง แลกเปลี่ยนข้อมูลด้านทรัพยากรบุคคลกัน ได้แก่ ค่าจ้างและค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่ช่างเทคนิคผู้เชี่ยวชาญและผู้บริหาร เพื่อลดการแข่งขันระหว่างบริษัท นอกจากนี้ยังแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเงินเดือน งบประมาณเงินเดือนที่จะจ่ายในอนาคตซึ่งเป็นความลับ และได้จัดประชุมกันเกี่ยวกับ

<sup>280</sup> United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (94C282G, 03/14/94)

ประเด็นดังกล่าว โดยบริษัทมีระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลคือได้จ้างบุคคลที่สามเพื่อเก็บข้อมูลค่าจ้าง และจัดทำแบบสอบถามทุกๆ 2 ปี<sup>281</sup> ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้ตรวจสอบการต่อต้านการผูกขาดที่ กว้างขวางมากขึ้นโดยไม่จำกัดเพียงบริบทของการจ้างงานเท่านั้น ซึ่งในคดีนี้ไม่มีการกล่าวหาว่าบริษัท ต่างๆ ตกลงกำหนดค่าจ้างกันว่าระดับค่าจ้างเหล่านั้นจะเป็นอย่างไร ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดย ปริยาย<sup>282</sup> แต่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการ แลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างของนายจ้างในอุตสาหกรรมน้ำมันและปิโตรเคมี 14 แห่งที่มีการกระจุก ตัวของอุตสาหกรรมสูงมีความเป็นไปได้ว่าจะสมรู้ร่วมคิดกันต่อต้านการแข่งขัน<sup>283</sup> ประกอบกับจำเลย พบกันบ่อยครั้งเพื่อหารือแลกเปลี่ยนเกี่ยวกับข้อมูลเงินเดือน ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำ ลักษณะดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการกำหนดเงินเดือนร่วมกัน<sup>284</sup>

#### 8. U.S. v. Neeraj Jindal and John Rodgers

คดีนี้จำเลยคือนาย Jindal เป็นเจ้าของบริษัท A จัดหานักกายภาพบำบัด (บริษัท A) ส่วนนาย Rodger เป็นผู้บริหารบริษัท A ทั้งสองคนได้ร่วมมือกับบริษัท B ที่ทำธุรกิจนัก กายภาพเหมือนกันในรัฐเท็กซัส ตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างของนักกายภาพบำบัดและตกลงกัน กำหนดค่าจ้างให้เป็นอัตราเดียวกัน ศาลพิพากษาว่าผิด The Sherman act มาตรา 1<sup>285</sup>

สำหรับการตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง ไม่ว่าจะกระทำโดยตรงหรือ ผ่านบุคคลที่สาม ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegality) ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ผลกระทบของการกระทำนั้นต่อการแข่งขันในตลาด กล่าวอีกนัยหนึ่ง หาก ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการเกิดขึ้นจากการร่วมมือกันโดยไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นทาง กฎหมาย ถือว่าผิดกฎหมายโดยปราศจากข้อสงสัย อย่างไรก็ตาม กิจกรรมร่วมค้า (Joint Ventures) ที่ ถูกต้องตามกฎหมาย อาทิ การแลกเปลี่ยนสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดสรรไว้ ไม่ถือว่าเป็นความผิด เด็ดขาดภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>286</sup>

<sup>281</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice* page 28.

<sup>282</sup> Lee A. Rau, "Employer Salary Information Exchange Held Basis for Antitrust Claim," *ReedSmith* (January 2002). page 1.

<sup>283</sup> *ibid.* page 2.

<sup>284</sup> *ibid.* page 3.

<sup>285</sup> U.S. v. Neeraj Jindal and John Rodgers Case 4:20-cr-00358 (2021)

<sup>286</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals." page 3.



นอกจากนี้ กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา ยังกำหนดแนวทางการกระทำดังกล่าวว่าเป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันที่ก่อความเสียหายต่อตลาดอย่างร้ายแรง (hardcore cartel conduct) นอกจากบุคคลธรรมดาผู้กระทำต้องรับผิดทางอาญาแล้ว นิติบุคคลคือบริษัท อาจต้องรับผิดในทางอาญาด้วย (ค่าปรับทางอาญา) ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป<sup>287</sup>

## (2) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว

การแลกเปลี่ยนข้อมูลอื่นๆ ที่ไม่ใช่ค่าจ้างแต่เป็นข้อมูลที่อ่อนไหว (Sensitive Information) ซึ่งข้อตกลงร่วมกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างงาน (Exchange of term and condition of employment) หมายถึง กรณีที่คู่แข่งในตลาดแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือเงื่อนไขการจ้างงานซึ่งกันและกันที่ไม่ใช่ค่าจ้างหรือค่าตอบแทนแต่อาจเข้าข่ายผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด แม้ว่าบุคคลที่ตกลงร่วมกันจะมีได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งก็ตาม ทั้งนี้ ข้อตกลงระหว่างนายจ้างประเภทนี้ไม่เป็นความผิดเด็ดขาด ผู้กระทำผิดจึงไม่ต้องรับผิดในทางอาญาแต่อาจต้องรับผิดในทางแพ่งหากข้อตกลงดังกล่าวมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรืออาจมีผลกระทบต่อการแข่งขัน<sup>288</sup> อย่างไรก็ตาม การแลกเปลี่ยนข้อมูลอื่นๆ ที่ไม่ใช่ค่าจ้างไม่ได้หมายความว่าทุกข้อตกลงที่แลกเปลี่ยนข้อมูลกันนั้นจะเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดทั้งหมด จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

ข้อมูลที่อ่อนไหวเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (sensitive information) เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการถูกคุกคามทางเพศ การเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน เชื้อชาติ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา และการถูกพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา<sup>289</sup>

ส่วนข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันแล้วอาจไม่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่ ข้อมูลที่มีบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางเป็นจัดการแลกเปลี่ยน ข้อมูลที่ค่อนข้างเก่า ข้อมูลที่รวบรวมมาเพื่อป้องกันแหล่งข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะ ข้อมูลที่รวมมาเพื่อปกป้องคู่แข่งจากการเชื่อมโยงแหล่งข้อมูลส่วนบุคคล<sup>290</sup> ข้อมูลที่ไม่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขันทางการค้า ข้อมูลสาธารณะ ข้อมูลที่ถูกรวบรวมโดยไม่มีแหล่งที่มาจากบุคคลที่สาม<sup>291</sup> เป็นต้น

<sup>287</sup> *ibid.* page 4.

<sup>288</sup> *ibid.*

<sup>289</sup> International Labour Organization, "Protection of Workers' Personal Data," *International Labour Review* (1997). page 16.

<sup>290</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals." page 5.

<sup>291</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets."

จะเห็นได้ว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะพิจารณาลักษณะข้อมูลที่อ่อนไหวที่อาจผิดกฎหมาย ได้แก่ ข้อมูลที่อ่อนไหวเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอันอาจนำไปสู่การกำหนดค่าจ้าง ส่วนข้อมูลอื่นๆ ที่อ่อนไหวเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานที่กล่าวมาข้างต้น ยังไม่มีกฎหมาย แนวปฏิบัติและคดีชั้นศาลเลย

ผู้ประกอบการธุรกิจต้องมีการกำหนดขอบเขตการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อมิให้มีการกระทำผิดกฎหมาย ได้แก่ การป้องกันการใช้ข้อมูลที่ไม่เหมาะสม หรือการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันและลดความเสี่ยงต่อการละเมิดกฎหมาย คู่ความร่วมมือต้องลดขอบเขตของข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันคือวิธีการใช้และผู้เข้าถึงข้อมูล เช่น การออกกฎบริษัทที่เกี่ยวกับการใช้ข้อมูลของคู่แข่ง การตระหนักถึงการแข่งขันอย่างเสรี และการกำกับกับการปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด วิธีการที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถกระทำได้เพื่อลดความเสี่ยงและหลีกเลี่ยงการกระทำผิดกฎหมาย ได้แก่<sup>292</sup>

(1) การจ้างที่ปรึกษาภายนอก เพื่อทำการวางระบบความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งจะช่วยจำกัดการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้งานหรือลูกจ้างของผู้ประกอบการ

(2) การจัดเก็บข้อมูลที่จำเป็นเท่านั้น ผู้ประกอบการควรจัดเก็บเฉพาะข้อมูลที่จำเป็นเท่านั้นเพื่อลดความเสี่ยงเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูล

(3) การจำกัดลูกจ้างที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ โดยเฉพาะลูกจ้างที่สามารถใช้ข้อมูลที่อ่อนไหวง่าย

(4) การทำสัญญาการรักษาความลับ บริษัทที่ได้รับข้อมูลจากคู่แข่งควรกำหนดให้ลูกจ้างของบริษัทผู้ได้รับข้อมูลลงนามสัญญาการรักษาความลับโดยกำหนดให้ลูกจ้างดังกล่าวต้องใช้ข้อมูลตามวัตถุประสงค์ของสัญญาและห้ามเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ให้บุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องหรือโดยมิได้รับอนุญาต นอกจากนี้ผู้ที่ทราบข้อมูลจะต้องผ่านการอบรมประจำปีของบริษัทเพื่อรับรองว่าในแต่ละปีบุคคลนั้นมีได้รับข้อมูลหรือไม่ได้นำข้อมูลไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

(5) การกำกับกับการปฏิบัติ การอบรมและการรับรอง การที่บริษัทแจกคู่มือการทำงานให้ลูกจ้างในวันเริ่มงานวันแรกอาจไม่เพียงพอ ดังนั้น บริษัทต้องจัดอบรมอย่างน้อยปีละ 1 ครั้งเพื่อเน้นย้ำลูกจ้างให้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของบริษัท

<sup>292</sup> Amanda L. Wait, "Competitor Information Exchanges: Practical Considerations from Ftc Consent Decrees," page 11-13.

### 3.1.6.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

#### (1) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no poaching agreement)

ข้อตกลงร่วมกันห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no poaching agreement) เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งตกลงร่วมกับบุคคลในอีกบริษัทหนึ่งปฏิเสธที่จะจ้างหรือเชิญชวนลูกจ้างของอีกบริษัทหนึ่งให้มาทำงานกับตน<sup>293</sup> ข้อตกลงรูปแบบนี้อาจเรียกว่าเป็นข้อตกลงที่ห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันอย่างชัดแจ้ง (Naked No-Poach Agreement) หรือข้อตกลงห้ามสลับตัวลูกจ้าง (No-Switching Agreement) หรือ No Cold Call Agreement<sup>294</sup> อันเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างที่อาจลดหรือจำกัดการแข่งขันทำให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้างที่น้อยลงเนื่องจากไม่มีการแข่งขันในตลาด การลดหรือจำกัดการแข่งขันในลักษณะนี้เปรียบเสมือนผู้ประกอบการธุรกิจตกลงกันปฏิเสธที่จะซื้อขายสินค้ากับลูกค้าของแต่ละฝ่ายทำให้ลูกค้าต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูงขึ้นเนื่องจากไม่มีการแข่งขันเกิดขึ้นในตลาด<sup>295</sup> ซึ่งที่ผ่านมาข้อตกลงดังกล่าวถูกวิญญูญัยภายใต้หลักเหตุและผล (the rule of reason) ดังที่ปรากฏในคดี *Union Circulation Co. v. FTC.*<sup>296</sup> และคดี *Eichorn v. AT&T Corp.*<sup>297</sup> จนกระทั่งเมื่อเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2016 ฝ่ายป้องกันการผูกขาด กระทรวงยุติธรรมและ FTC ประกาศใช้แนวปฏิบัติการป้องกันการผูกขาดสำหรับผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคล (Antitrust Guidance for Human Resource Professionals) สำระสำคัญคือหากการกระทำระหว่างผู้ประกอบการหรือ นายจ้างเข้าข่ายข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดหรือ per se illegal<sup>298</sup> อันเป็นการฝ่าฝืน The Sherman Act มาตรา 1 ซึ่งแนวปฏิบัติฉบับนี้แสดงให้เห็นว่าข้อตกลงที่เป็นความผิดนั้นเปรียบเสมือนข้อตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งแยกตลาด (Market Allocation Agreement)<sup>299</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>293</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals."page 3.

<sup>294</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*. page 281.

<sup>295</sup> *ibid.* page 287.

<sup>296</sup> *Union Circulation Co. v. FTC.* 241 F. 2d at 657 (2d Cir.1957)

<sup>297</sup> *Eichorn v. AT&T Corp.* 248 F 3d. (2001)

<sup>298</sup> Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission, "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals." page 3.

<sup>299</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*. page 283.

จากที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์ (perfectly competitive labor market) จะมีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการ คือ 1) ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีการแข่งขันกันจ้างแรงงานที่มีลักษณะเฉพาะ 2) ลูกจ้างที่มีทักษะแบบเดียวกันสามารถรับจ้างแรงงานได้อย่างอิสระ 3) มีพฤติกรรมการรับ-จ่ายค่าจ้างที่สมดุลงัน (wage-taking behavior) 4) มีข้อมูลและการเคลื่อนไหวแรงงานอย่างสมบูรณ์ ซึ่งข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจขัดกับหลักตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์ กล่าวคือ

ประการแรก เมื่อนายจ้างตกลงกันไม่จ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย นายจ้างที่ตกลงก็มักจะจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายหากฝ่ายนั้นไม่จ้างลูกจ้างของตนเองเหมือนกัน การกระทำดังกล่าวถือเป็นการจำกัดหรือลดการแข่งขันกันระหว่างนายจ้างที่แข่งขันกันจ้างแรงงานที่มีลักษณะเฉพาะ

ประการที่สอง คือข้อตกลงระหว่างนายจ้างดังกล่าวเป็นการกีดกันนายจ้างอีกฝ่ายไม่ให้เสนอค่าจ้างที่มากกว่าให้กับลูกจ้างรายนั้นเพราะเขาตกลงกันห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกัน นำไปสู่การกำหนดราคาค่าจ้าง (wage fixing) ที่ขัดกับการจ่ายค่าจ้างในอัตราคุณภาพ อย่างไรก็ตาม นายจ้างที่ต้องการจ้างแรงงานที่มีทักษะอาจมีข้อโต้แย้งว่า ในทางปฏิบัติตลาดแรงงานไม่ได้เป็นตลาดที่แข่งขันกันสมบูรณ์เนื่องจากอุปทานแรงงานในลูกจ้างที่มีทักษะสูงมีน้อยทำให้เกิดจุดที่ไม่เป็นคุณภาพ ดังนั้น ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่ห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันจึงไม่มีผลกระทบที่รุนแรงในตลาดที่แข่งขันกันแบบไม่สมบูรณ์ ข้อโต้แย้งดังกล่าวถือว่าจับต้องไม่ได้และฟังไม่ขึ้นเนื่องจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่อนุญาตให้ทำธุรกิจที่ผิดหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด เช่น ข้อตกลงกำหนดราคาค่าจ้างระหว่างนายจ้าง ประกอบกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดมุ่งเน้นไปที่การจำกัดหรือลดการแข่งขัน และการแทรกแซงตลาด

ประการสุดท้าย ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันเป็นข้อตกลงที่จำกัดการเคลื่อนไหวแรงงานและฝ่าฝืนหลักเสรีภาพในการเลือกงานของลูกจ้าง การจ้างงานเป็นวิธีการหนึ่งที่นายจ้างแข่งขันหาลูกจ้างที่มีความสามารถ ดังนั้น หากนายจ้างตกลงกันจะไม่จ้างลูกจ้างคนเดียวกัน นายจ้างจึงใช้ข้อตกลงนั้นเป็นเครื่องมือในการกีดกันลูกจ้างมิให้ไปทำงานกับคู่แข่ง ซึ่งในตลาดที่มีการแข่งขันลูกจ้างจะมีอิสระในการเลือกงานหรือย้ายไปทำงานกับบริษัทอื่น แต่ข้อตกลงดังกล่าวขัดขวางความเป็นอิสระในเรื่องดังกล่าว จึงขัดต่อ The Sherman Act มาตรา 1 โดยศาลจะนำหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดมาใช้กับข้อตกลงที่เข้าลักษณะดังกล่าวอย่างชัดแจ้งอันมีความรับผิดชอบอาญาอยู่ด้วย<sup>300</sup>

<sup>300</sup> ibid. page 304-306.

สำหรับข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันเปรียบเสมือนการแบ่งลูกค้า (customer allocation market) ซึ่งการแบ่งตลาดหรือ Market Allocation ถือเป็น การต่อต้านการ แข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับการกำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (price fixing) และจะเกิดขึ้นเมื่อมี 2 บริษัทขึ้นไปตกลงไม่แข่งขันกันในตลาดซึ่งบริษัทเหล่านั้นอาจตกลงแบ่งกันตามพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ตามประเภทของลูกค้า เช่น แบ่งตามอายุของลูกค้า หรือประเภทของสินค้า เช่น ร้านขาย เครื่องประดับตกลงแบ่งขายสินค้ากันตามประเภทสินค้าที่เป็นสร้อย ต่างหู ข้อมือ เป็นต้น ซึ่งการแบ่ง ตลาดในแนวดิ่ง (Vertical Market Allocation) ศาลมักใช้หลักเหตุและผลมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงใน คดี แต่หากเป็นการแบ่งตลาดในแนวนอน (Horizontal Market Allocation) ศาลจะใช้หลักความรับ ผิดผิดเดชาตมาวินิจฉัยแทน ซึ่งผลวิเคราะห์กฎหมายป้องกันการผูกขาดระบุชัดเจนว่าการแบ่งตลาดใน แนวนอนเป็นการต่อต้านการ แข่งขันเนื่องจากการจำกัด หรือลดการ แข่งขันในตลาดโดยที่ข้อตกลง ลักษณะดังกล่าวจำกัดอิสระในการเข้าถึงสินค้าของลูกค้าในอาณาเขตต่างๆ อีกทั้งยังทำให้ผู้ประกอบการ ธุรกิจมีอำนาจในการจำกัดผลผลิตและตั้งราคาสินค้าให้สูงขึ้นอันเป็นการจำกัดการ แข่งขันด้านราคา ด้วย ดังนั้น จากเหตุผลข้างต้นศาลจึงนำหลักความรับผิดเดชาต (per se rule) มาใช้บังคับโดย พิจารณาว่าการแบ่งตลาดเป็นการจำกัดการ แข่งขันของลูกค้า จำกัดการ แข่งขันด้านราคา และจำกัด อิสระในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคอันเป็นการขัดกับหลักการป้องกันการผูกขาดและนโยบายทาง เศรษฐกิจ ตัวอย่าง คดี *Blackburn v. Sweeney*<sup>301</sup> ศาลเชื่อว่าความตกลงแบ่งตลาด แม้จะจำกัดการ แข่งขันเพียงบางส่วนก็ถือว่าเป็นความผิดเดชาต<sup>302</sup> ในส่วนของข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและ กันอย่างชัดแจ้ง (Naked No-Poaching Agreement) ในตลาดแรงงานเปรียบเสมือนข้อตกลงการ แบ่งลูกค้า (Customer Allocation Agreement) ในตลาดสินค้า กล่าวคือเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ ประกอบธุรกิจในการแบ่งลูกค้ากันและข้อตกลงทั้ง 2 แบบเป็นการครอบครองอาณาเขตและการให้ สิทธิที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าลูกค้าหรือลูกจ้างเป็นของตน ห้ามแย่งตัวกัน เช่น ในคดี *United States v. Cadillac Overall Supply Co.*<sup>303</sup> เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตัดเย็บเสื้อผ้าในมลรัฐ Florida ที่จะไม่แย่งลูกค้ากัน โดยมีการนัดประชุมเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนชื่อลูกค้าและบัญชีต่างๆ ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าเป็นการละเมิด The Sherman Act มาตรา 1 โดยศาลนำหลักความรับผิด เดชาต มาใช้บังคับเนื่องจากเป็นข้อตกลงที่จำกัดอิสระในการเข้าถึงสินค้าและทำให้ราคาสินค้าคงที่ เมื่อเปรียบเทียบ Naked No-Poaching Agreement ในตลาดแรงงานกับ Customer Allocation

<sup>301</sup> *Blackburn v. Sweeney* 53 F. 3d 825,828 (7th Cir. 1995)

<sup>302</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, page 290-294.

<sup>303</sup> *United States v. Cadillac Overall Supply Co.*, 568 F 2d. at 1081

Agreement ในตลาดสินค้า จะพบว่า Customer Allocation Agreement ทำให้ราคาสินค้าเพิ่มขึ้น จำกัดอิสระภาพในการเลือกซื้อสินค้าและทำให้ทางเลือกของผู้บริโภคลดลง ส่วน Naked No-Poaching Agreement จะทำให้ราคาค่าจ้างลดลงและจำกัดอิสระภาพของลูกจ้างในการเลือกงาน ทั้งสองข้อตกลงจึงส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน<sup>304</sup>

เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 2018 Mr. Cory Booker และ Mrs. Elizabeth Warren วุฒิสมาชิกแห่งสหรัฐอเมริกาได้เสนอร่างพระราชบัญญัติ The End Employer Collusion Act ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่กล่าวถึงลักษณะของข้อตกลงการจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน (no-poaching agreement) ว่าเป็นข้อตกลงที่ผิดกฎหมายและเปิดโอกาสให้ลูกจ้างสามารถฟ้องร้องและมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ ร่างกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติลักษณะข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการจ้างแรงงาน (restrictive employment agreement) โดยให้นิยามว่าเป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นระหว่างนายจ้างตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปและรวมถึงสัญญาแฟรนไชส์หรือสัญญาผู้รับจ้างกับผู้รับจ้างช่วงด้วย ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ห้าม ยับยั้ง หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการจำกัดนายจ้างฝ่ายหนึ่งจากการจ้าง ชักจูง ชักชวน หรือว่าจ้าง ลูกจ้างของนายจ้างอีกฝ่ายหนึ่งหรือลูกจ้างที่เคยทำงานกับตน<sup>305</sup> อาจกล่าวได้ว่าร่างกฎหมายฉบับนี้มีเป้าหมายที่จะกำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ผิดกฎหมายเช่นเดียวกับ The HR Guidance ของ DOJ และ FTC เมื่อปี ค.ศ. 2016 ร่างกฎหมายดังกล่าวและ The HR Guidance มิได้มีความซ้ำซ้อนกันเพียงแต่หากร่างกฎหมายฉบับนี้ได้รับการอนุมัติจากวุฒิสภาและประกาศใช้เป็นกฎหมาย จะทำให้เกิดความชัดเจนว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของนายจ้างอีกฝ่ายเป็นการกระทำที่เป็นความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) โดยไม่นำหลักเหตุและผลมาใช้ (the rule of reason)<sup>306</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>304</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, page 307-309.

<sup>305</sup> The End Employer Collusion Act (a bill ) Section 2 (2) "RESTRICTIVE EMPLOYMENT AGREEMENT.— The term "restrictive employment agreement" means any agreement that—

(A) is between two or more employers, including through a franchise agreement or a contractor-subcontractor agreement; and

(B) prohibits, restricts, or in any way limits its one employer from employing, soliciting, enticing, or hiring another employer's employees or former employees."

<sup>306</sup> Valentin Depenne, "One Size Does Not Fit All: A Comparative Approach to Antitrust Enforcement against No-Poaching Agreements," *Sorbonne Student Law review*, page 268.

คดีที่ศาลตัดสินว่าพฤติกรรมการตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจผิดกฎหมาย ป้องกันการผูกขาด ได้แก่ การตกลงระหว่างผู้ประกอบการด้านสุขภาพและธุรกิจด้านเทคโนโลยี<sup>307</sup> ทั้งนี้ กระทรวงยุติธรรม ฟ้องร้องบริษัทผู้เชี่ยวชาญทางเทคโนโลยีว่ามีพฤติกรรมการตกลงร่วมกันห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน ดังนี้

### คดีที่เกี่ยวข้อง

#### 1. United States v. Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit, Pixar

ข้อเท็จจริงในคดีนี้กระทรวงยุติธรรม สหรัฐอเมริกาได้ฟ้องบริษัท Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit, Pixar โดยระบุรายละเอียดในคำฟ้องดังต่อไปนี้<sup>308</sup>

(1) แรงงานเทคโนโลยีขั้นสูงมีคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญที่โดดเด่น จำเลยจึงแข่งขันกันจ้างลูกจ้างตำแหน่งดังกล่าวที่มีความเชี่ยวชาญด้านวิทยาศาสตร์และวิศวกรรมคอมพิวเตอร์โดยเสนอเงินเดือน สิทธิประโยชน์ และโอกาสการทำงานที่ดีกว่า ซึ่งลูกจ้างเหล่านี้เป็นที่ต้องการในตลาดมาก แม้ว่าจำเลยจะจ้างนักเทคนิคหลายด้านแต่การเสนองานให้ลูกจ้างอีกบริษัทส่งผลต่อการแข่งขันไม่ว่าจะเป็นการเสนอทางวาจา ลายลักษณ์อักษร โทรศัพท์ หรือติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งทั้งสองบริษัทมักเสนองานให้ลูกจ้างโดยที่ลูกจ้างไม่รู้จักรับบริษัทนั้นมาก่อน (cold calling) เนื่องจากลูกจ้างอีกบริษัทมีความเชี่ยวชาญเฉพาะที่จำเป็นต่อตำแหน่งงานที่ว่างลงและอาจจะไม่สนใจการรับสมัครงานโดยวิธีอื่น เช่น จำเลยยังเสนองานให้กับวิศวกรและนักวิทยาศาสตร์ของอีกบริษัทเพื่อมาเติมเต็มตำแหน่งงานของบริษัทตน

(2) ในตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันอย่างเสรี นายจ้างจะแข่งขันกันจ้างลูกจ้างที่มีความสามารถให้มาทำงานกับตน แต่พฤติกรรมการตกลงระหว่างบริษัทที่จะไม่เสนองานให้ลูกจ้างอีกบริษัทหนึ่งเป็นการลดความสามารถในการแข่งขันของลูกจ้างและขัดขวางการกลไกราคาในการจ้างแรงงาน ซึ่งข้อตกลงที่จะไม่เสนองานเป็นข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันโดยชัดแจ้ง (facially anticompetitive) ถือเป็นการจำกัดรูปแบบการแข่งขันในตลาดแรงงานทำให้ลูกจ้างได้รับความเสียหายเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดและก่อความเสียหายแก่ลูกจ้างที่สูญเสียข้อมูลการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญและไม่มีโอกาสเข้าถึงการจ้างงานที่ดีขึ้น

<sup>307</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 4.

<sup>308</sup> United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar, Case: 1:10-cv-01629 (18 March 2011).

(3) ในคดีนี้มีจำเลยทั้งสิ้น 6 บริษัทร่วมกันทำข้อตกลงที่ละเมิดกฎหมายทั้งสิ้น 5 ข้อตกลงซึ่งถูกจัดทำและบังคับใช้โดยผู้บริหารระดับสูงของบริษัทและไม่ได้ถูกจำกัดโดยพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา สามารถพิจารณารายละเอียดของแต่ละข้อตกลงได้ดังนี้

(ก) ข้อตกลงระหว่างบริษัท Apple และบริษัท Google

ในช่วงต้นปี ค.ศ. 2006 Apple และ Google ตกลงกันว่าจะไม่เสนองานให้กับลูกจ้างของอีกบริษัท ผู้บริหารสูงสุดของทั้งสองบริษัทเป็นผู้จัดทำ ดำเนินการและบังคับใช้ข้อตกลงนั้นโดยการติดต่อสื่อสารกันโดยตรงและเปิดเผย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนในบริษัททั้งสองโดยไม่จำกัดพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา อีกทั้งลูกจ้างไม่ทราบและไม่ยินยอมภายใต้ข้อตกลงนี้ด้วย นอกจากนี้ที่ระบุในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว Apple ยังมีคำแนะนำ (Do Not Call List) สำหรับลูกจ้างของ Apple ว่าห้ามเสนอลูกจ้างในสังกัดให้กับบริษัท Google และบริษัทอื่นที่ระบุไว้ในคำแนะนำด้วย ในขณะเดียวกัน คู่มือนโยบายและหลักเกณฑ์การจ้างงานของ Google ได้ระบุข้อห้ามเสนอลูกจ้างให้บริษัท Apple และบริษัทอื่นๆ ตามรายนามที่ระบุไว้ในคู่มือนี้ เช่นเดียวกัน

(ข) ข้อตกลงระหว่างบริษัท Apple และบริษัท Adobe

ในช่วงต้นเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2005 Apple และ Adobe ตกลงกันว่าจะไม่เสนองานให้กับลูกจ้างของอีกบริษัท ผู้บริหารสูงสุดของทั้งสองบริษัทเป็นผู้จัดทำ ดำเนินการและบังคับใช้ข้อตกลงนั้นโดยการติดต่อสื่อสารกันโดยตรงและเปิดเผย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนในบริษัททั้งสองโดยไม่จำกัดพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา อีกทั้งลูกจ้างไม่ทราบและไม่ยินยอมภายใต้ข้อตกลงนี้ด้วย นอกจากนี้ที่ระบุในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว Apple ยังมีคำแนะนำ (Do Not Call List) ให้กับลูกจ้างของ Apple ว่าห้ามเสนอลูกจ้างในสังกัดให้กับบริษัท Adobe และบริษัทอื่นที่ระบุไว้ในคำแนะนำด้วย ในขณะเดียวกัน Adobe ก็มีคำแนะนำ (Companies that are off limits) ให้กับผู้สรรหาลูกจ้างในบริษัท Adobe ว่าห้ามเสนอลูกจ้างให้ Apple เช่นเดียวกัน

(ค) ข้อตกลงระหว่างบริษัท Apple และบริษัท Pixar

ในช่วงต้นเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2005 Apple และ Pixar ตกลงกันว่าจะไม่เสนองานให้กับลูกจ้างของอีกบริษัท ผู้บริหารสูงสุดของทั้งสองบริษัทเป็นผู้จัดทำ ดำเนินการและบังคับใช้ข้อตกลงนั้นโดยการติดต่อสื่อสารกันโดยตรงและเปิดเผย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนในบริษัททั้งสองโดยไม่จำกัดพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา อีกทั้งลูกจ้างไม่ทราบและไม่ยินยอมภายใต้ข้อตกลงนี้ด้วย นอกจากนี้ที่ระบุในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว Apple ยังมี



คำแนะนำ (Do Not Call List) ให้กับลูกจ้างของ Apple ว่าห้ามเสนอลูกจ้างในสังกัดให้กับบริษัท Pixar และบริษัทอื่นที่ระบุไว้ในคำแนะนำด้วย ในขณะที่เดียวกันบริษัท Pixar ก็มีคำแนะนำกับเจ้าหน้าที่ทรัพยากรบุคคลให้ทำตามข้อตกลงดังกล่าวโดยบริษัท Pixar จะไม่เสนอลูกจ้างให้บริษัท Apple เช่นเดียวกัน

(ง) ข้อตกลงระหว่างบริษัท Google และบริษัท Intel

ในช่วงต้นเดือนกันยายน ค.ศ. 2007 Google และ Intel ตกลงกันว่าจะไม่เสนองานให้กับลูกจ้างของอีกบริษัท ผู้บริหารสูงสุดของทั้งสองบริษัทเป็นผู้จัดทำ ดำเนินการและบังคับใช้ข้อตกลงนั้นโดยการติดต่อสื่อสารกันโดยตรงและเปิดเผย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนในบริษัททั้งสองโดยไม่จำกัดโดยพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา อีกทั้งลูกจ้างไม่ทราบและไม่ยินยอมภายใต้ข้อตกลงนี้ด้วย นอกจากนี้ระบุในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ในคู่มือนโยบายและหลักเกณฑ์การจ้างงานระหว่างบริษัทที่มีข้อตกลงพิเศษกับ Google ได้ระบุข้อห้ามเสนอลูกจ้างให้บริษัท Intel และบริษัทอื่นๆ ตามรายนามที่ระบุไว้ในคู่มือนี้ (Do Not Call List) ในขณะที่บริษัท Intel ก็มีคำแนะนำให้เจ้าหน้าที่ทรัพยากรบุคคลห้ามกระทำในลักษณะเดียวกันภายใต้ข้อตกลงของบริษัท

(จ) ข้อตกลงระหว่างบริษัท Google และบริษัท Intuit

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2007 Google และ Intuit ตกลงกันว่าจะไม่เสนองานให้กับลูกจ้างของอีกบริษัท ผู้บริหารสูงสุดของทั้งสองบริษัทเป็นผู้จัดทำ ดำเนินการและบังคับใช้ข้อตกลงนั้นโดยการติดต่อสื่อสารกันโดยตรงและเปิดเผย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนในบริษัททั้งสองโดยไม่จำกัดพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา อีกทั้งลูกจ้างไม่ทราบและไม่ยินยอมภายใต้ข้อตกลงนี้ด้วย นอกจากนี้ระบุในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ในคู่มือนโยบายและหลักเกณฑ์การจ้างงานระหว่างบริษัทที่มีข้อตกลงพิเศษกับ Google ได้ระบุข้อห้ามเสนอลูกจ้างให้บริษัท Intuit และบริษัทอื่นๆ ตามรายนามที่ระบุไว้ในคู่มือนี้ (Do Not Call List)

(4) การละเมิดกฎหมาย the Sherman Act มาตรา 1

จำเลยทั้งหมดเป็นคู่แข่งกันโดยตรงเกี่ยวกับลูกจ้างที่มีความเชี่ยวชาญด้านวิศวกรรมและวิทยาศาสตร์คอมพิวเตอร์ ข้อตกลงร่วมกันของจำเลยมีลักษณะเป็นการลดความสามารถในการแข่งขันของลูกจ้างและขัดขวางการกลไกราคาในการจ้างแรงงานข้อตกลงที่จะไม่เสนองานเป็นข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันโดยชัดแจ้ง (facially anticompetitive) ถือเป็นการจำกัดรูปแบบการแข่งขันในตลาดแรงงานทำให้ลูกจ้างได้รับความเสียหายเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาด

และก่อความเสียหายแก่ลูกจ้างที่สูญเสียข้อมูลการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญและไม่มีโอกาสเข้าถึงการจ้างงานที่ดีขึ้น ข้อตกลงนี้เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่มีเหตุผล (unreasonable restraint of trade) การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นการจำกัดการความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) อันละเมิดต่อมาตรา 1 แห่ง the Sherman Act

ศาลแขวงแห่งมลรัฐ Columbia สหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาถึงที่สุดให้พฤติกรรมการกระทำและต้องห้ามกระทำตามกฎหมายเหมือนกับคดี United States v. eBay Inc. และ United States v. LucasFilm Ltd.

## 2. United States v. LucasFilm Ltd.

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ กระทรวงยุติธรรม สหรัฐอเมริกาได้ฟ้องบริษัท Lucasfilm โดยระบุรายละเอียดในคำฟ้องดังต่อไปนี้<sup>309</sup>

(1) ลูกจ้างตำแหน่งผู้วาดภาพเคลื่อนไหวดิจิทัลมีคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญอย่างสูง บริษัท Lucasfilm และบริษัท Pixar จึงแข่งกันจ้างลูกจ้างตำแหน่งดังกล่าวโดยอาศัยข้อเสนอด้านเงินเดือน สิทธิประโยชน์ และโอกาสการทำงาน ซึ่งลูกจ้างตำแหน่งนี้เป็นที่ต้องการในตลาดมาก แม้ว่าจะจ้างนักเทคนิคหลากหลายด้านแต่การเสนองานให้ลูกจ้างอีกบริษัทส่งผลต่อการแข่งขันไม่ว่าจะเป็นการเสนอทางวาจา ลายลักษณ์อักษร โทรศัพท์ หรือติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งทั้งสองบริษัทมักเสนองานให้ลูกจ้างโดยที่ลูกจ้างไม่รู้จักบริษัทนั้นมาก่อน (cold calling)

(2) ในตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันอย่างเสรี นายจ้างจะแข่งกันจ้างลูกจ้างที่มีความสามารถให้มาทำงานกับตน แต่พฤติกรรมการตกลงในลักษณะดังกล่าวนั้นเป็นการลดความสามารถในการแข่งขันของลูกจ้างและขัดขวางการกลไกราคาในการจ้างแรงงาน ซึ่งข้อตกลงที่จะไม่เสนองานหรือหากมีการเสนองานให้ลูกจ้างของอีกฝ่าย จะต้องแจ้งให้ฝ่ายผู้เป็นเจ้าของแรงงานทราบถือเป็นการต่อต้านการแข่งขันและเป็นการจำกัดรูปแบบการแข่งขันในตลาดแรงงานทำให้ลูกจ้างได้รับความเสียหาย

(3) ข้อตกลงระหว่างสองบริษัทประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ข้อ คือ 1) บริษัทหนึ่งต้องไม่เสนองานให้ลูกจ้างกับอีกบริษัทหนึ่ง 2) หากมีการเสนองานให้ลูกจ้างของอีกบริษัท จะต้องแจ้งให้บริษัทนั้นทราบ 3) บริษัทที่เสนองานให้ลูกจ้างอีกบริษัทต้องไม่รับข้อเสนอจากอีกฝ่ายด้วย

<sup>309</sup> United States v. Lucasfilm Ltd. No 1:10-cv-02220-RBW (June 3, 2011)

ข้อตกลงในลักษณะนี้เป็นข้อตกลงที่ผิดกฎหมาย ประกอบกับผู้บริหารระดับสูงของทั้งสองบริษัทตกลงกันอย่างชัดเจนโดยตรงและเป็นผู้ดำเนินการและบังคับใช้ข้อตกลงผ่านการสื่อสารกันโดยตรง นอกจากนี้ข้อเท็จจริงยังปรากฏว่าข้อตกลงนี้ครอบคลุมทั้งผู้วาดภาพเคลื่อนไหวดิจิทัลและลูกจ้างตำแหน่งอื่นๆ และไม่ได้ถูกจำกัดพื้นที่ ตำแหน่งงาน กลุ่มสินค้า หรือช่วงเวลา อีกทั้งลูกจ้างไม่ทราบถึงการตกลงนี้ด้วย

#### (4) การละเมิดกฎหมาย the Sherman Act มาตรา 1

บริษัท Lucasfilm เป็นคู่แข่งกันโดยตรงกับบริษัท Pixar เกี่ยวกับลูกจ้างในตำแหน่งผู้วาดภาพเคลื่อนไหวดิจิทัลและลูกจ้างตำแหน่งอื่นๆ ข้อตกลงระหว่างบริษัท Lucasfilm กับบริษัท Pixar ที่กีดกันการแข่งขันการจ้างผู้วาดภาพเคลื่อนไหวดิจิทัลที่มีความเชี่ยวชาญระดับสูง เป็นการละเมิดมาตรา 1 แห่ง Sherman Act โดยทั้งสองบริษัทตกลงร่วมกันที่จะไม่เสนอ (cold calling) หรือรับข้อเสนอเกี่ยวกับการจ้างลูกจ้างดังกล่าว และต้องแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการจ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย (mutual obligation to notify) การตกลงในลักษณะนี้เป็นการลดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานและจำกัดการแข่งขันด้านการจ้างงานอย่างชัดเจนระหว่างบริษัท Lucasfilm และบริษัท Pixar และยังเป็น การขัดขวางกลไกราคาในการจ้างแรงงาน การกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) ข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันโดยชัดเจน (facially anticompetitive) เพราะเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดและก่อความเสียหายแก่ลูกจ้างที่สูญเสียข้อมูลการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญและไม่มีโอกาสเข้าถึงการจ้างงานที่ดีขึ้น ข้อตกลงนี้เป็นการจำกัดขอบเขตทางการค้า (unreasonable restraint of trade) อย่างไม่มีเหตุผล การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นการจำกัดการความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) อันละเมิดต่อมาตรา 1 แห่ง the Sherman Act

ศาลแขวงแห่งมลรัฐ Columbia สหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาถึงที่สุดให้พฤติกรรมการกระทำและต้องห้ามกระทำตามกฎหมายเหมือนกับคดี United States v. eBay, Inc

#### 3. United States v. eBay, Inc

ข้อเท็จจริงในคดีนี้กองป้องกันการผูกขาด กระทรวงยุติธรรม สหรัฐอเมริกาได้ฟ้องบริษัท eBay โดยระบุรายละเอียดในคำฟ้องดังต่อไปนี้<sup>310</sup>

<sup>310</sup> United States et al v. eBay, Inc., No 12-CV-05869-EJD-PSG (Sept. 2, 2013)

(1) ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2005 หัวหน้าฝ่ายปฏิบัติการของบริษัท eBay ขอคำแนะนำจากผู้ก่อตั้งและประธานคณะกรรมการบริหารบริษัท Intuit ในเรื่องการจ้างและขออนุญาตจ้างลูกจ้างของบริษัท Intuit ที่เข้ามาติดต่อขอทำงานกับบริษัท eBay และเสนอข้อตกลงในอนาคตว่าบริษัท eBay จะไม่จ้างลูกจ้างของบริษัท Intuit โดยข้อเสนอกำหนดว่า ลูกจ้างในระดับที่ต่ำกว่าผู้อำนวยการอาวุโสที่เข้ามาสมัครงานกับ eBay eBay สามารถจ้างได้และต้องแจ้งให้ Intuit ทราบหลังจากที่ลูกจ้างคนดังกล่าวตอบรับที่จะเข้าทำงานให้ eBay แล้ว ส่วนลูกจ้างตั้งแต่ระดับผู้อำนวยการอาวุโสขึ้นไป eBay จะไม่จ้างลูกจ้างดังกล่าวเว้นแต่ Intuit จะแจ้งให้ทราบล่วงหน้า บริษัท Intuit ไม่รับข้อเสนอดังกล่าวเนื่องจากการจ้างงานนั้นกำหนดให้บริษัท eBay ไม่ต้องแจ้งบริษัท Intuit ซึ่งบริษัท intuit เห็นว่าไม่เป็นธรรม ต่อมาในเดือนธันวาคม 2005 ผู้บริหารสูงสุดของ eBay และผู้ก่อตั้ง/ประธานคณะกรรมการบริหารบริษัท Intuit ทำข้อตกลงจำกัดการแข่งขันโดยห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกัน

(2) บริษัททั้งสองประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมเดียวกันแข่งขันกันจ้างงานและรักษาไว้ซึ่งลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถ ข้อตกลงระหว่างบริษัทส่งผลกระทบต่อลูกจ้างเนื่องจากการลดค่าจ้าง เงินเดือน สิทธิประโยชน์ และโอกาสการจ้างงานที่ลูกจ้างอาจได้รับหากมีการแข่งขัน ซึ่งการแข่งขันระหว่างนายจ้างในลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถก่อนประโยชน์กับลูกจ้างทั้งในเรื่องเงินเดือนและค่าตอบแทนต่างๆ ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างระหว่างบริษัทเป็นการบิดเบือนกระบวนการแข่งขันและส่งผลกระทบต่อลูกจ้างของทั้งสองบริษัทที่ยังทำงานแบบเดิมๆ จนไม่ยอมพัฒนาตนเอง

(3) ผู้บริหารสูงสุดของบริษัท eBay และผู้ก่อตั้งและประธานคณะกรรมการบริหารบริษัท Intuit ตกลงที่จะไม่จ้างลูกจ้างของกันและกัน แม้ว่าลูกจ้างของบริษัท Intuit ต้องการไปทำงานกับบริษัท eBay ก็ตาม โดยผู้บริหารของบริษัท eBay ได้ตกลงกับผู้บริหารของบริษัท Intuit ห้ามจ้างลูกจ้างที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีระดับสูง หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายจะต้องแจ้งให้ฝ่ายนั้นทราบก่อน การตกลงกันในลักษณะนี้อาจทำให้ลูกจ้างได้รับเงินเดือนหรือค่าตอบแทนน้อยกว่าที่ควรจะได้รับและเป็นการกีดกันโอกาสการทำงานของลูกจ้างที่จะทำกับบริษัทอื่นที่ดีกว่า และเป็นการลดแรงจูงใจและความสามารถในการแข่งขันในการจ้างแรงงานและจำกัดการเคลื่อนย้ายแรงงานของทั้งสองบริษัท นอกจากนี้ข้อตกลงระหว่างสองบริษัทดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยชัดแจ้ง (naked restraint of trade) อันถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) ภายใต้มาตรา 1 แห่ง Sherman Act

(4) การละเมิดกฎหมาย the Sherman Act มาตรา 1

บริษัททั้งสอง เป็นคู่แข่งกันโดยตรงในข้อตกลงการจ้างแรงงาน ประกอบด้วย วิศวกรคอมพิวเตอร์และนักวิทยาศาสตร์ โดยบริษัททั้งสองตกลงร่วมกันโดยชัดแจ้งที่จะไม่ชักชวนลูกจ้างและไม่จ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง ทำให้เกิดการลดความสามารถและแรงจูงใจที่จะแข่งขันกันในการจ้างแรงงาน ข้อตกลงนี้ทำลายการแข่งขันระหว่างบริษัททั้งสองอันเป็นการจำกัดความสามารถของลูกจ้างที่จะได้รับค่าตอบแทน สิทธิประโยชน์และเงื่อนไขการจ้างที่ดียิ่งขึ้น ฉะนั้น การกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) โดยไม่ต้องพิสูจน์รายละเอียด อุตสาหกรรมว่ามีลักษณะต่อต้านการแข่งขันภายใต้ข้อตกลงนี้หรือไม่

นอกจากนี้ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงจำกัดขอบเขตทางการค้า (unreasonable restraint of trade) อย่างไม่มีเหตุผลภายใต้หลักการพิจารณาอย่างรวดเร็ว (Quick Look) ตามมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act กล่าวคือวัตถุประสงค์หลักของข้อตกลงระหว่างบริษัท eBay และ Intuit คือการจำกัดการแข่งขัน และข้อตกลงฉบับนี้ไม่มีเหตุผลทางกฎหมายอันควรเชื่อได้ว่าเป็นการสนับสนุนการแข่งขัน แม้แต่ผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจขั้นพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ยังเข้าใจได้ว่าข้อตกลงนี้มีลักษณะต่อต้านการแข่งขันอันส่งผลกระทบต่อลูกจ้างและเป็นการทำลายกระบวนการแข่งขันในตลาด

ศาลแขวงแห่งมลรัฐ California สหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาให้พฤติกรรมต่อไปนี้เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ได้แก่ พฤติกรรมที่จำเลย (eBay) เข้าร่วม พยายามเข้าร่วมหรือกระทำการตกลงกับบุคคลหนึ่งเพื่อละเว้น หรือร้องขอบุคคลเพื่อละเว้นหรือกดดันบุคคลหนึ่งเพื่อละเว้นมิให้จ้าง ชักชวน เสนอ สรรหาลูกจ้างของกันและกัน โดยคำพิพากษานี้ให้ใช้บังคับกับ eBay และบรรดาบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับ eBay เช่น บุคคลธรรมดา นิติบุคคล บริษัท หุ้นส่วน กิจการร่วมค้า องค์กร ตัวแทน คณะกรรมการ หน่วยธุรกิจ หรือหน่วยงานทางกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นของรัฐหรือเอกชน<sup>311</sup>

ศาลได้วางหลักเกณฑ์และกำหนดพฤติกรรมที่จำเลยสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ดังต่อไปนี้

<sup>311</sup> The definition of “Person” stated in the Final Judgement of United States et al v. eBay, Inc., No 12-CV-05869-EJD-PSG (Sept. 2, 2013) means any natural person, corporation, company, partnership, joint venture, firm, association, proprietorship, agency, board, authority, commission, office, or other business or legal entity, whether private or governmental.

(ก) การเข้าร่วม หรือพยายามเข้าร่วม สนับสนุนหรือบังคับใช้ ข้อตกลงกีดกันบุคคลอื่นจากการชักชวน สรรหา หรือจ้างลูกจ้าง (no direct solicitation provision<sup>312</sup>) ภายใต้งบเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) ข้อตกลงกีดกันการจ้างนั้นถูกระบุไว้เรียบร้อยแล้วและที่จะมีในอนาคตหรือข้อตกลงเรื่องค่าชดเชยกับลูกจ้างของจำเลย

2) มีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลสำหรับการรวมธุรกิจ (merger) การลงทุน หรือการถอนหุ้นบริษัท รวมถึงการสอบทานธุรกิจ

3) มีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลสำหรับสัญญาจ้างที่ปรึกษา หรือผู้รับบริการให้คำปรึกษา ผู้สอบบัญชี ผู้ให้บริการบุคคลภายนอก ผู้แทนสรรหาบุคคล หรือผู้ให้บริการลูกจ้างชั่วคราวหรือพนักงานสัญญาจ้างพิเศษ

4) มีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลสำหรับการตกลงหรือประนีประนอมยอมความในข้อพิพาททางกฎหมาย หรือ

5) มีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลสำหรับการทำสัญญากับ 1. ตัวแทนจำหน่ายหรือผู้รับจ้างผลิตสินค้า 2. การทำสัญญากับผู้ให้บริการหรือผู้รับบริการนอกจากที่ระบุไว้ใน (ก) 1) - 4) หรือ 3. การปฏิบัติตามข้อตกลงร่วมกันอย่างถูกกฎหมาย เช่น การพัฒนาร่วมกัน การบูรณาการทางเทคโนโลยี การทำกิจการร่วมค้า การทำโครงการร่วมกัน (รวมถึงข้อตกลงร่วมมือกันทำงานเป็นทีม) และการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกร่วมกัน

(ข) ข้อตกลงกีดกันการจ้างตามข้อ (ก) 5) ที่จัดทำเป็นเป็นลายลักษณ์อักษรที่จำเลยเข้าร่วม เริ่มใหม่ หรือยินยอมขยายหลังจากวันที่คำพิพากษาถึงที่สุดมีผลบังคับใช้โดยต้อง

1) ระบุไว้ในข้อตกลงเป็นการเฉพาะเพิ่มเติม

2) ปรับให้เหมาะสมกับผลกระทบที่เกิดขึ้นลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงนั้น

โดยตรง

<sup>312</sup> The definition of “ no direct solicitation provision ” stated in the Final Judgement of United States et al v. eBay, Inc., No 12-CV-05869-EJD-PSG (Sept. 2, 2013) means any agreement, or part of an agreement, among two or more persons that restrains any person from cold calling, soliciting, recruiting, hiring, or otherwise competing for employees of another person.

- 3) ระบุลูกจ้างเฉพาะเจาะจงอย่างสมเหตุสมผลภายใต้ข้อตกลงนั้น
- 4) ระบุวันที่และเหตุแห่งการบอกเลิกเงื่อนไขอย่างเฉพาะเจาะจง และ
- 5) ลงนามในข้อตกลงโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมถึงข้อตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา

(ค) สำหรับข้อตกลงกีดกันการจ้างตามข้อ (ก) 5) ที่มีได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่จำเลยเข้าร่วม เริ่มใหม่ หรือยินยอมขยายหลังจากวันที่คำพิพากษาถึงที่สุดมีผลบังคับใช้ จำเลยต้องมีเอกสารอย่างเพียงพอที่สามารถแสดงว่า

- 1) ข้อตกลงเฉพาะนั้นมีเงื่อนไขโดยการชักชวนทางอ้อมเพิ่มเติม
- 2) มีลูกจ้างเฉพาะเจาะจงอย่างสมเหตุสมผลภายใต้เงื่อนไขนั้น
- 3) มีวันที่และเหตุแห่งการบอกเลิกเงื่อนไขอย่างเฉพาะเจาะจง

(ง) จำเลยไม่สามารถแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนข้อตกลงกีดกันการจ้างในขอบเขตของการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาถึงที่สุด หากข้อตกลงกีดกันการจ้างปรากฏในสัญญาให้บริการหรือให้คำปรึกษาของจำเลยมีผลบังคับใช้ตามวันที่ระบุในคำพิพากษาถึงที่สุด (หรือมีผลบังคับใช้ในวันที่จำเลยเข้าถือสิทธิในบริษัทตามสัญญา)

(จ) การตัดสินใจฝ่ายเดียวเพื่อเปลี่ยนแปลงนโยบายที่จะไม่พิจารณาลูกจ้างของบุคคลอื่นที่เข้ามาสมัครงาน หรือชักชวน เสนอ สรรหา หรือจ้างลูกจ้างของบุคคลอื่น โดยมีเงื่อนไขว่าจำเลยถูกห้ามมิให้ร้องขอให้บุคคลอื่นเปลี่ยนแปลง บังคับ หรือคงไว้ซึ่งนโยบาย และถูกห้ามมิให้กดดันให้บุคคลอื่นเปลี่ยนแปลง บังคับ หรือคงไว้ซึ่งนโยบายนั้น

#### 4. United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation

ข้อเท็จจริงในคดีนี้กระทรวงยุติธรรม สหรัฐอเมริกาได้ฟ้องบริษัท Knorr-Bremse AG (“Knorr”) และ บริษัท Westinghouse Air Brake Technologies Corporation (“Wabtec”) โดยระบุรายละเอียดในคำฟ้องดังต่อไปนี้<sup>313</sup>

<sup>313</sup> United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation No. 1:18-cv-00747 (11 July 2018).

(1) ข้อตกลงฉบับนี้เกิดขึ้นระหว่างผู้จำหน่ายอุปกรณ์รางรถไฟ 3 รายที่ใหญ่ที่สุดในโลก ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในตลาดแรงงานเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน จำเลยในคดีได้แก่ Knorr และ Wabtec เป็นคู่แข่งกันในตลาดอุปกรณ์รางรถไฟด้านการขนส่งและการโดยสารทางรถไฟ ซึ่งแข่งขันกันจูงใจ จ้าง และผูกขาดลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถรวมถึงผู้จัดการโครงการอุตสาหกรรมระบบราง วิศวกร ผู้บริหารการขาย หัวหน้าหน่วยธุรกิจ และเจ้าหน้าที่ประสานงาน ก่อนการรวมบริษัทเป็น Wabtec ในเดือนพฤศจิกายน ปี ค.ศ. 2016 บริษัท Faiveley Transport S.A. (“Faiveley”) ได้แข่งขันกันในการจูงใจ จ้าง และผูกขาดลูกจ้างกับ Knorr และ Wabtec เช่นเดียวกัน

ข้อตกลงที่ ผิดกฎหมายระหว่าง Knorr, Wabtec และ Faiveley ประกอบด้วยคำสัญญาและข้อตกลงร่วมกันที่จะไม่ชักชวน สรรหา จ้างงานโดยปราศจากการอนุญาตจากอีกฝ่ายก่อน (no-poach agreement) ข้อตกลงนี้ไม่มีเหตุผลและความจำเป็นกับการติดต่อทางธุรกิจหรือการร่วมมือกันของบริษัทอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งข้อตกลงถูกจัดการและบังคับใช้โดยผู้บริหารระดับสูงของบริษัทและส่งผลกระทบต่อการจัดสรรลูกจ้างที่ผิดกฎหมายระหว่างบริษัทซึ่งส่งผลต่อลูกจ้างและผู้บริโภคทั่วประเทศ

การเข้าร่วมตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันระหว่าง 3 บริษัทเป็นการลดการแข่งขันที่ก่อความเสียหายกับลูกจ้างในอุตสาหกรรมที่สำคัญของประเทศ ซึ่งการตกลงนี้เป็น การปฏิเสธโอกาสของลูกจ้างในอุตสาหกรรมระบบรางรถไฟชาวอเมริกันที่จะเข้าถึงงานที่ดีกว่า เป็นการลดการขับเคลื่อนแรงงานและทำให้พวกเขาขาดการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญที่สามารถใช้ในการเจรจาต่อรองในเงื่อนไขตามสัญญาจ้างแรงงาน นอกจากนี้ยังเป็น การขัดขวางการจัดสรรแรงงานที่มีประสิทธิภาพของทั้ง 3 บริษัทกับการแข่งขันการจ้างแรงงานในอุตสาหกรรมระบบรางรถไฟ

(2) Knorr และ Wabtec (รวม Faiveley) เป็นผู้จำหน่ายอุปกรณ์ระบบรางที่ใหญ่ที่สุดในโลกและทั้งสองบริษัทเป็นคู่แข่งกันในการพัฒนา ผลิต และจำหน่ายอุปกรณ์ด้านการขนส่งและการโดยสารทางรถไฟ จำเลยทั้งสองแข่งขันกันและแข่งกับบริษัทอื่นจูงใจ จ้าง และรักษาไว้ซึ่งลูกจ้างโดยเสนอเงินเดือน ค่าตอบแทน โอกาสและเงื่อนไขสัญญาจ้างที่เป็นประโยชน์ เนื่องจากลูกจ้างในอุตสาหกรรมรางรถไฟเป็นที่ต้องการของตลาด บริษัทจึงพยายามใช้เทคนิคในการดึงดูดลูกจ้างให้มาทำงานกับตน เช่น การชักจูงลูกจ้างบริษัทอื่นโดยการโทรศัพท์ อีเมล หรือการพบกันต่อหน้า ทั้งนี้ ในตลาดแรงงานที่แข่งขันกัน นายจ้างในอุตสาหกรรมระบบรางรถไฟจะแข่งกับนายจ้างบริษัทอื่นเพื่อจูงใจลูกจ้างที่มีความสามารถสูง การแข่งขันนี้เป็นประโยชน์ต่อลูกจ้างเนื่องจากการเพิ่มโอกาสในการ



ทำงานและช่วยเพิ่มความสามารถในการเจรจาต่อรองให้ลูกจ้างได้เงินเดือนสูงขึ้น แต่ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของจำเลยทั้งสองเป็นการจำกัดการแข่งขันและขัดขวางกลไกราคาในตลาดแรงงานด้วย

(3) ทั้งสามบริษัทร่วมกันตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันเพื่อจำกัดการแข่งขันในการจ้างลูกจ้างโดยข้อตกลงถูกระงับและบังคับใช้โดยผู้บริหารระดับสูงของบริษัทและผูกพันบริษัทสาขาในประเทศทั้งหมด

(ก) ข้อตกลงระหว่าง Wabtec และ Knorr

Wabtec และ Knorr ร่วมตกลงที่จะไม่จ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย ผู้บริหารระดับสูงของบริษัทได้ทำการตกลงกันในลักษณะดังกล่าวโดยการสัญญาและตกลงกันที่จะไม่ชักจูงหรือจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายโดยมิได้รับอนุญาต ข้อตกลงนี้กระทบต่อการสรรหาผู้จัดการโครงการ อดสาหกรรมระบบราง วิศวกร ผู้บริหารการขาย หัวหน้าหน่วยธุรกิจ และเจ้าหน้าที่ประสานงานและจำกัดบริษัทจากการชักชวนลูกจ้างให้ไปทำงานกับอีกฝ่าย

ลักษณะของการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้บริหารระดับสูงของทั้งสองบริษัท เช่น ผู้จัดการของ Knorr เขียนจดหมายถึงผู้บริหารระดับสูงของ Wabtec ข้อความว่า “ทั้งสองบริษัทตกลงกันว่าจะไม่จ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย” แม้ว่าข้อตกลงนั้นจะทำขึ้นที่สาขาในสหรัฐอเมริกาแต่ผู้บริหารระดับสูงที่สำนักงานใหญ่ ณ ประเทศเยอรมนี ได้รับทราบด้วย นอกจากนี้ ทั้งสองบริษัทยังแจ้งให้ผู้สรรหาลูกจ้างของทั้งสองบริษัททราบว่าจะไม่แข่งขันกันจ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย ข้อตกลงดังกล่าวยังกระทบไปถึงธุรกิจการขนส่งทางรางของทั้งสองบริษัทโดยผู้บริหารระดับสูงที่ Knorr สาขานิวยอร์กแจ้งผู้จัดการทรัพยากรบุคคลว่าลูกจ้างของ Wabtec จะไม่ได้รับการพิจารณาเนื่องจากทั้งสองบริษัทมีข้อตกลงดังกล่าว

ทั้งสองบริษัทปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นอย่างเคร่งครัดและมีการติดต่อกันโดยตรงเพื่อมิให้เกิดการละเมิดข้อตกลง เช่น กรณีที่ผู้บริหารของ Knorr ร้องเรียนไปยังผู้บริหารของ Wabtec ว่าผู้สรรหาภายนอกของ Wabtec ได้ชักชวนลูกจ้างของ Knorr ไปทำงานด้วย Wabtec จึงทำการสอบสวนเรื่องที่เกิดขึ้นและรายงานให้ Knorr ทราบว่าผู้สรรหาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจะรับผิดชอบและ Wabtec ได้สั่งให้หยุดการกระทำดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ทำร่วมกัน

(ข) ข้อตกลงระหว่าง Knorr และ Faiveley

ผู้บริหารของทั้งสองบริษัทตกลงกันจะไม่จ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายโดยสัญญาว่าจะแจ้งให้อีกฝ่ายทราบก่อนการชักชวนลูกจ้างของอีกฝ่ายให้ไปทำงานด้วย ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ.

2011 ผู้บริหารระดับสูงของ Knorr ได้ชี้แจงผู้บริหาร Faiveley ทางอีเมลว่า เขาได้ประชุมกับผู้บริหารบริษัท Faiveley สาขาในประเทศแล้วว่าภายใต้ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย เราจะไม่จ้างลูกจ้างอีกฝ่าย เราตกลงที่จะประชุมกันหากมีลูกจ้างต้องการหางานทำใหม่ ซึ่งผู้บริหารทั้งสองบริษัทได้ทำตามข้อตกลงผ่านการติดต่อสื่อสารกันโดยตรง

ในปี ค.ศ. 2012 Knorr และ Faiveley Transport North America ได้รับประกันเกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวในประเทศเยอรมนี ผู้บริหารในบริษัททราบถึงข้อตกลงนี้และได้ใช้ข้อตกลงผ่านการติดต่อสื่อสารกันโดยตรง เช่น การติดต่อกันเป็นการภายในว่า จะต้องแจ้งให้ Knorr ทราบก่อนการจ้างวิศวกรของ Faiveley

#### (ค) ข้อตกลงระหว่าง Wabtec และ Faiveley

ผู้บริหารของทั้งสองบริษัทตกลงกันจะไม่จ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายโดยสัญญาว่าจะแจ้งให้อีกฝ่ายทราบก่อนการชักชวนลูกจ้างของอีกฝ่ายให้ไปทำงานด้วยและต้องได้รับอนุญาตก่อน ทั้งสองบริษัทได้ใช้ข้อตกลงผ่านการติดต่อสื่อสารกันโดยตรง เช่น ผู้บริหาร Wabtec ปฏิเสธการประชุมเกี่ยวกับการจ้างโดยปราศจากการอนุญาตจาก Faiveley นอกจากนี้ การส่งอีเมลภายในองค์กรไปให้เพื่อนร่วมงาน ผู้บริหารของ Wabtec ชี้แจงว่าผู้สมัครงานเป็นคนดีแต่เขาไม่ต้องการละเมิดข้อตกลงกับ Faiveley แต่หลังจากที่ได้รับอนุญาตจาก Faiveley ให้ Wabtec สามารถจ้างผู้จัดการโครงการของ Faiveley ได้ ผู้บริหารระดับสูงของ Wabtec ได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ของตนทราบว่าจ้างพนักงานของ Faiveley นั้นเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตตามข้อตกลงที่ทำกับ Faiveley ที่จะไม่จ้างลูกจ้างของกันและกัน

#### (4) การละเมิดกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1

จำเลย เป็นคู่แข่งกันในตลาดแรงงานในลูกจ้างประเภทอุตสาหกรรมรางรถไฟด้านการขนส่งและการโดยสารทางรถไฟ ประกอบด้วยผู้จัดการโครงการอุตสาหกรรมระบบราง วิศวกร ผู้บริหารการขาย หัวหน้าหน่วยธุรกิจ และเจ้าหน้าที่ประสานงาน จำเลยร่วมกันตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานและขัดขวางการเจรจาต่อรองระหว่างนายจ้างและลูกจ้างซึ่งควรจะมีในตลาดแรงงาน

ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันโดยชัดแจ้ง (facially anticompetitive) ถือเป็น การจำกัดรูปแบบการแข่งขันในตลาดแรงงานทำให้ลูกจ้างได้รับความเสียหายเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดและก่อความเสียหายแก่ลูกจ้างที่สูญเสียข้อมูลการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญและไม่มีโอกาสเข้าถึงการจ้างงานที่ดีขึ้น ข้อตกลงนี้เป็นการจำกัดขอบเขตทางการค้า

(unreasonable restraint of trade) อย่างไม่มีเหตุผล การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นการจำกัดการ  
ความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) อันละเมิดต่อมาตรา 1 แห่ง the Sherman Act

ศาลแขวงแห่งมลรัฐ Columbia สหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาให้พฤติกรรม  
ต่อไปนี้เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ได้แก่ พฤติกรรมที่จำเลยเข้า  
ร่วม พยายามเข้าร่วม รักษาไว้หรือบังคับใช้ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกัน ศาลได้วาง  
หลักเกณฑ์และกำหนดพฤติกรรมที่จำเลยสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ดังต่อไปนี้

(ก) การเข้าร่วม หรือพยายามเข้าร่วม สนับสนุนหรือบังคับใช้ข้อตกลงอย่าง  
สมเหตุสมผลที่จะไม่ชักชวน สรรหา หรือจ้างลูกจ้างซึ่งเป็นไปตามความร่วมมือทางธุรกิจที่ถูกต้องตาม  
กฎหมาย

(ข) ข้อตกลงทั้งหลายที่จะไม่ชักชวน สรรหา หรือจ้างลูกจ้างตามข้อ (ก) ซึ่ง  
จำเลยเข้าร่วม เริ่มใหม่ หรือยินยอมขยายหลังจากวันที่คำพิพากษาถึงที่สุดมีผลบังคับใช้โดยต้อง

- 1) ระบุไว้ในข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยคู่สัญญาทั้งสอง  
ฝ่าย
- 2) ระบุไว้ในข้อตกลงเป็นการเฉพาะเพิ่มเติม
- 3) ปรับให้เหมาะสมกับผลกระทบที่เกิดขึ้นลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงนั้น  
โดยตรง

- 4) ระบุลูกจ้างเฉพาะเจาะจงอย่างสมเหตุสมผลภายใต้ข้อตกลงนั้น
- 5) ระบุวันที่และเหตุแห่งบอกเลิกเงื่อนไขอย่างเฉพาะเจาะจง และ

(ค) จำเลยไม่สามารถแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนข้อตกลงกีดกันการจ้างใน  
ขอบเขตของการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาถึงที่สุด หากข้อตกลงกีดกันการจ้างปรากฏในสัญญา  
ให้บริการหรือให้คำปรึกษาของจำเลยมีผลบังคับใช้ตามวันที่ระบุในคำพิพากษาถึงที่สุด (หรือมีผล  
บังคับใช้ในวันที่จำเลยเข้าถือสิทธิในบริษัทตามสัญญา)

(ง) การตัดสินใจฝ่ายเดียวเพื่อเปลี่ยนแปลงนโยบายว่าจะไม่พิจารณาลูกจ้าง  
ของบุคคลอื่นที่เข้ามาสมัครงาน หรือไม่ชักชวน เสนอ สรรหา หรือจ้างลูกจ้างของบุคคลอื่น โดยมี  
เงื่อนไขว่าจำเลยถูกห้ามมิให้ร้องขอ โน้มน้าว แนะนำให้บุคคลอื่นนอกจากจำเลย เปลี่ยนแปลง บังคับ  
หรือคงไว้ซึ่งนโยบาย หรือแจ้งบุคคลอื่นว่าจำเลยได้เปลี่ยนแปลงนโยบายนั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับข้อตกลงห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างในกรณีที่บริษัททั้งสองเป็นบริษัทในเครือหรือมีความสัมพันธ์กัน เช่น คดี *Eichorn v. AT&T Corp.* ซึ่ง AT&T ห้ามลูกจ้างของ Paradyne (บริษัทลูกของ AT&T) เฉพาะที่ได้รับค่าจ้างมากกว่า 50,000 USD กลับมาทำงานกับ AT&T อีกครั้งเป็นเวลา 8 เดือน ทำให้ลูกจ้างเก่าของ Paradyne ฟ้องว่า AT&T และบริษัทลูก สมรู้ร่วมคิดกันกีดกันโอกาสจากการได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวและสมรู้ร่วมคิดกันกำหนดอัตราค่าจ้างซึ่งละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ศาลมีความเห็นว่าข้อตกลงว่าด้วยการกระทำการก่อนหรือหลังทำธุรกรรมเสร็จสมบูรณ์ (pre-closing/post-closing covenants) สามารถระบุข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นข้อตกลงเพิ่มเติมหรือข้างเคียงสำหรับการทำธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมาย

## (2) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement)

ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ ได้แก่ การตกลงระหว่างแฟรนไชส์ซอร์กับแฟรนไชส์ซีที่จะไม่จ้างลูกจ้างคนเดียวกันหรือการห้ามแฟรนไชส์ซอร์จ้างลูกจ้างของแฟรนไชส์ซี เมื่อแฟรนไชส์ซอร์เป็นเจ้าของบริษัทไปทำการตกลงในลักษณะนี้อาจดูเหมือนเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งแต่ผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันจะเหมือนการตกลงระหว่างคู่แข่งที่จะไม่แย่งกันจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน (no-hire clauses/ no poaching agreement) อันถือเป็นการกระทำเพื่อจำกัดการแข่งขันในแนวราบ<sup>314</sup> ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทแฟรนไชส์หลายแห่งมักมีข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ระบุไว้ในสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งมักถูกพิจารณาว่าเป็นความตกลงในแนวตั้งและถูกมองว่าเป็นเหตุผลเพื่อสนับสนุนการแข่งขันทางการค้า กล่าวคือ เป็นการปกป้ององค์ความรู้ (Know-how) ปกป้องการลงทุนในการฝึกอบรมและทรัพย์สินทางปัญญา ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี อย่างไรก็ตาม ความตกลงดังกล่าวอาจพิจารณาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวราบได้อันส่งผลต่อการวิเคราะห์ประสิทธิภาพของการแข่งขัน<sup>315</sup> นอกจากการตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีแล้ว ยังมีความตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซีด้วย ซึ่งความตกลงทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวเป็นความตกลงของนายจ้างโดยไม่เกี่ยวข้องกับลูกจ้างหรือไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้างแต่อย่างใด<sup>316</sup>

<sup>314</sup> Elinor R. Hoffmann, "Looking at Labor from Both Sides Now." Page 5.

<sup>315</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets." page 21.

<sup>316</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 5.

ข้อตกลงในลักษณะข้างต้นส่งผลกระทบต่อการรักษาแรงงานในร้านค้าของแฟรนไชส์ซี กล่าวคือ เป็นการเพิ่มอำนาจผูกขาดในแฟรนไชส์ซีอันส่งผลเป็นการลดความคล่องตัวของอุปทานแรงงานและลดค่าจ้างที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน ฉะนั้นแฟรนไชส์ซีในตลาดแรงงานแบบผูกขาดรายเดียวจะมีอำนาจผูกขาดในตลาดทั้งหมดจากข้อตกลงดังกล่าว นอกจากนี้ข้อตกลงนั้นยังเพิ่มความเป็นไปได้ของการรวมหัวกันในธุรกิจแฟรนไชส์อื่นๆ อีกด้วย

นักวิชาการบางท่านเห็นว่าข้อตกลงลักษณะนี้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการเข้าร่วมโดยแฟรนไชส์ซอร์ที่มีอิสระต่อกันหรือระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซอร์ที่อยู่ในระดับเดียวกัน เนื่องจากเหตุผลที่ว่าพวกเขาอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมจากเหตุผลด้านการป้องกันการลงทุน<sup>317</sup> ในคดี *Williams v. I.B.Fischer Nevada*<sup>318</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าแฟรนไชส์ซีของธุรกิจ Jack-In-The-Box บังคับให้แฟรนไชส์ซีทุกๆ แห่งทำข้อตกลงกันว่าห้ามเปลี่ยนตัวลูกจ้างภายใน 6 เดือนหลังสิ้นสุดสัญญาจ้างเพื่อป้องกันการเสนองานให้แก่ผู้บริหารของแฟรนไชส์ซี ศาลได้พิพากษาว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างซึ่งกีดกันผู้บริหารของแฟรนไชส์ซีที่ยังคงทำงานให้กับธุรกิจ Jack-In-The-Box ไปทำงานกับแฟรนไชส์ซีอื่นในธุรกิจ Jack-In-The-Box ไม่ละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจากแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีของธุรกิจ Jack-In-The-Box เป็นกิจการร่วมกันหรือกิจการเดียวกัน (Common Enterprise) และอนุญาตให้ใช้ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างดังกล่าวได้<sup>319</sup> ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาสนับสนุนข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างสำหรับกรณีที่บริษัทให้บริการหรือให้ลูกจ้างไปทำงานกับบริษัทอื่นเป็นการชั่วคราว ในคดี *ProTherapy, LLC v. AFS Bastian, Inc.* ว่าสถานพยาบาลที่ส่งเสริมคู่แข่งในการจ้างลูกจ้างของสมาคม ProTherapy เป็นการกระทำที่ละเมิดข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างที่ถูกระบุในสัญญาให้บริการรักษาโรคระหว่างสถานพยาบาลกับสมาคม ProTherapy<sup>320</sup>

หลายปีต่อมา ศาลได้กลับคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการจ้างลูกจ้างของธุรกิจแฟรนไชส์ ตัวอย่าง คดีแฟรนไชส์ Fast food ในสหรัฐอเมริกา 3 คดี ได้แก่ *Joseph Stigar v. Dough Dough, Inc. et al.*, *Myriah Richmond and Raymond Rogers v. Bergey Pullman, Inc. et al.*, and *Ashlie Harris v. CJ Star, llc et al.* โจทก์ซึ่งเป็นอดีตลูกจ้างของแฟรนไชส์ซีฟ้องว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างที่ระบุในสัญญาแฟรนไชส์ว่า “แฟรนไชส์ซีต้องไม่จ้างหรือพยายามจ้าง

<sup>317</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets." Page 22.

<sup>318</sup> *Williams v. I.B.Fischer Nevada*, 794 F. Supp. 1026, 1033-34 (D. Nev. 1992)

<sup>319</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*. page 5.

<sup>320</sup> *ibid.* page 6.

ลูกจ้างของแฟรนไชส์ซอหรือลูกจ้างของแฟรนไชส์ซีอื่น” เป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งกระทรวงยุติธรรม สหรัฐอเมริกา แย้งว่าโดยปกติข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งซึ่งต้องอาศัยหลักเหตุและผล (rule of reason) ในการวิเคราะห์ ปัญหาแห่งคดีโดยซึ่งนำหน้าระหว่างการส่งเสริมการแข่งขันและผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อตกลงนี้อาจทำให้มีการเพิ่มการแข่งขันต่างยี่ห้อกันมากกว่าการลดการแข่งขันในยี่ห้อเดียวกัน<sup>321</sup>

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์อาจเป็นข้อตกลง การแบ่งตลาดในแนวนอนอย่างชัดเจนซึ่งต้องนำหลักความผิดเด็ดขาด (per se rule) อันเป็นผลดีต่อ ลูกจ้าง<sup>322</sup> มาใช้ ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่ 1) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ ซีที่มีอิสระต่อกันในเครือข่ายหรือแบรนด์เดียวกัน 2) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน ระหว่างแฟรนไชส์ซีที่อยู่คนละเครือข่ายหรือคนละแบรนด์แต่แข่งขันกันจ้างลูกจ้างที่ประกอบอาชีพ ประเภทเดียวกัน 3) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซอร์ ในแบรนด์เดียวกัน มีลักษณะเป็นคู่แข่งกันจ้างลูกจ้างในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องกันทาง ภูมิศาสตร์<sup>323</sup> ตัวอย่าง คดี *Leinani Deslandes v McDonald's LLC*<sup>324</sup> นับตั้งแต่ปี 1987 จนถึงปี 2017 ข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่าในระหว่างที่ข้อตกลงแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้ ห้ามแฟรนไชส์ ซีร์จ้างหรือพยายามจ้างบุคคลใดๆ ที่เป็นลูกจ้างของ McDonald's บริษัทในเครือ หรือผู้ที่ดำเนินการ ภายใต้อาหารของ McDonald's ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ลาออกจากบริษัท และห้ามชัก ูงบุคคลใดๆ ให้ลาออกไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม<sup>325</sup> ศาลได้พิจารณาข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้าง ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์กับแฟรนไชส์ซีของ McDonald ว่า เป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal) และให้นำหลักความรับผิดเด็ดขาด (per se rule) และ quick look theory มาใช้ ประกอบการพิจารณาและข้อตกลงดังกล่าวจะผิดกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาว่าข้อตกลงนั้นๆ สนับสนุนหรือต่อต้านการแข่งขัน<sup>326</sup> นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาว่าข้อตกลงในคดีนี้เกิดขึ้นในตลาดที่

<sup>321</sup> *ibid.* page 22.

<sup>322</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." page 34.

<sup>323</sup> *ibid.*

<sup>324</sup> *Leinani Deslandes v McDonald's LLC et al*, No. 17 C 4857 (N.D. IL June 25, 2018).

<sup>325</sup> During the term of this Franchise, Franchisee shall not employ or seek to employ any person who is at the time employed by McDonald's, any of its subsidiaries, or by any person who is at the time operating a McDonald's restaurant or otherwise induce, directly or indirectly, such person to leave such employment. This paragraph [ ] shall not be violated if such person has left the employ of any of the foregoing parties for a period in excess of six(6) months.

<sup>326</sup> Ioana Marinescu and Eric A. Posner, "Why Has Antitrust Law Failed Workers?."

เกี่ยวเนื่องกันทางภูมิศาสตร์ขนาดเล็กซึ่งลูกจ้างส่วนใหญ่เป็นแรงงานฝีมือน้อยหรือแรงงานไร้ฝีมือที่ต้องการหางานในพื้นที่ขนาดเล็กที่ตนเองอาศัยอยู่หรือทำงานอยู่ โดยลูกจ้างส่วนใหญ่ที่เป็นแรงงานไร้ฝีมือมักจะหางานที่อยู่ไกลหรือต้องการย้ายถิ่นฐานไปอยู่ที่อื่น<sup>327</sup>

### 3.1.6.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

#### 1. ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement)

ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) มีลักษณะเป็นข้อตกลงในแนวดิ่ง (Vertical Agreement) และเกี่ยวข้องกับนายจ้างและลูกจ้างซึ่งเป็นข้อตกลงจำกัดความสามารถของลูกจ้างในเข้าทำงานกับคู่แข่งของนายจ้างหลังจากลาออกหรือถูกไล่ออกจากบริษัทเดิม เนื่องจากนายจ้างได้ลงทุนให้ลูกจ้างอบรม ฝึกฝนเกี่ยวกับงานที่ได้รับมอบหมายทำให้ลูกจ้างมีความรู้ความสามารถ หากลูกจ้างลาออกแล้วไปทำงานกับคู่แข่งก็อาจนำความรู้ความสามารถที่ได้รับไปทำงานให้กับคู่แข่งได้ (Free Ride)<sup>328</sup> สัญญาหรือข้อตกลงลักษณะนี้มักจะกำหนดเงื่อนไขเวลาและสถานที่ไว้ เช่น ข้อตกลงห้ามแข่งขันของพนักงานขายซอฟต์แวร์จะกำหนดห้ามพนักงานทำงานในฐานะพนักงานขายกับบริษัทที่ขายซอฟต์แวร์นั้นเป็นระยะเวลา 1 ปีและภายในพื้นที่ที่นายจ้างดำเนินกิจการไม่ว่าจะเป็นในระดับประเทศหรือมลรัฐ เป็นต้น รายละเอียดของข้อตกลงจะขึ้นอยู่กับรูปแบบและลักษณะของธุรกิจหรืออุตสาหกรรมนั้นๆ<sup>329</sup> ซึ่งในระบบกฎหมาย common law ศาลจะพิจารณาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ประกอบกับกฎหมายแพ่งและพิธีเสฐเฉพาะสัญญาห้ามแข่งขันที่มีลักษณะไม่สมเหตุสมผล โดยคำว่า “สมเหตุสมผล” ศาลจะพิจารณาจากข้อตกลงนั้นทำขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างมากเกินไปหรือไม่และข้อตกลงครอบคลุมพื้นที่กว้างเกินไปหรือไม่<sup>330</sup> ในหลายปีที่ผ่านมาการตกลงในลักษณะนี้ถูกนำไปเป็นประเด็นแห่งคดีสู่ศาลมากมาย และในหลายมลรัฐมักพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่เป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด หากการตกลงนั้นมีขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์ของธุรกิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ความลับทางการค้า รายชื่อลูกค้า และต้องเป็นข้อตกลงที่กำหนดระยะเวลาที่จำกัดและมีอยู่เฉพาะในตลาดที่เกี่ยวข้องกันในเชิงภูมิศาสตร์ แรงงานชาวอเมริกันประมาณ 20% ได้ถูกผูกพันด้วยสัญญาในลักษณะนี้ โดย 12% ของแรงงานชาวอเมริกันจำนวนดังกล่าวเป็นแรงงานฝีมือที่มีค่าแรงน้อยซึ่งไม่ได้

<sup>327</sup> Valentin Depenne, "One Size Does Not Fit All: A Comparative Approach to Antitrust Enforcement against No-Poaching Agreements," *Sorbonne Student Law review*. page 258.

<sup>328</sup> OECD, "Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp." page 9.

<sup>329</sup> Alan B. Krueger and Eric A. Posner, "A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion." page 7.

<sup>330</sup> *ibid.* page 10.

เข้ารับการศึกษาหรือไม่สามารถเข้าไปรับทราบความลับทางการค้าของนายจ้างแต่อย่างใด จึงไม่สามารถนำความรู้หรือความลับไปใช้ได้ และในระยะหลังข้อตกลงห้ามลูกจ้างประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างเริ่มถูกนำมาใช้กับนักศึกษาจบใหม่หรือนักศึกษาฝึกงาน อย่างไรก็ตาม การจำกัดการเคลื่อนย้ายแรงงานโดยเฉพาะกับแรงงานค่าจ้างต่ำข้อตกลงดังกล่าวเป็นการจำกัดโอกาสและความมั่นคงทางเศรษฐกิจของลูกจ้าง<sup>331</sup> แม้ว่าในคดีที่เกิดขึ้นนายจ้างมักอ้างถึงความลับทางการค้าหากลูกจ้างไปทำงานให้กับคู่แข่งก็อาจทำให้ข้อมูลที่เป็นความลับนั้นรั่วไหลได้ ศาลก็ต้องปกป้องลูกจ้าง โดยเฉพาะลูกจ้างที่มีค่าแรงต่ำ เนื่องจาก 1) ลูกจ้างส่วนใหญ่มักไม่อ่านหรือไม่เข้าใจเนื้อหาของข้อตกลงเพราะสัญญานั้นค่อนข้างยาวและมีรายละเอียดซับซ้อนและลูกจ้างก็คงไม่มีนายความหรือนักกฎหมายที่จะมาตรวจและตีความสัญญาดังกล่าวได้ หรือในบางครั้งนายจ้างอาจเพิกเฉยลูกจ้างว่ามีข้อตกลงดังกล่าวเมื่อได้เริ่มงานแล้วหรือขณะที่ลูกจ้างต้องการลาออก 2) ค่าชดเชยสำหรับกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นข้อตกลงที่ไม่สมเหตุสมผลเป็นเพียงการสั่งให้นายจ้างไปแก้ข้อตกลงหรือข้อตกลงนั้นบังคับใช้ไม่ได้แต่ไม่มีการจ่ายเงินค่าเสียหายแก่ลูกจ้าง ซึ่งลูกจ้างมักมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่ามักจะไม่ไปจ้างนายความเพื่อให้มาว่าความให้ตนเองได้ เมื่อลูกจ้างไม่ได้รับค่าเสียหายก็จะมีเงินไปจ่ายให้นายความ<sup>332</sup> หลายมลรัฐและองค์กรต่างๆ จึงออกกฎหมายหรือระเบียบเพื่อห้าม ควบคุมการบังคับใช้ข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่เข้าข่ายในลักษณะดังกล่าวโดยใช้อัตราเงินเดือนของลูกจ้างเป็นเกณฑ์ ได้แก่<sup>333</sup>

(1) มลรัฐ California และมลรัฐ Montana พิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้กับคู่สัญญาได้

(2) สถาบันตลาดการเงิน (Open Market Institute) และสหภาพแรงงานแห่งอเมริกาและสภาองค์การอุตสาหกรรม (The American Federation of Labour and Congress of Industrial Organizations: AFL-CIO)<sup>334</sup> ต่อด้านการกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขสัญญาในลักษณะดังกล่าว

<sup>331</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 6.

<sup>332</sup> Alan B. Krueger and Eric A. Posner, "A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion." page 10.

<sup>333</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 7.

<sup>334</sup> AFL-CIO เป็นองค์กรที่มีอำนาจต่อรองในการกีดกันการนำเข้าสินค้าจากประเทศที่เห็นว่ามีการช่วยเหลือจากภาครัฐในการส่งออกที่ไม่เป็นธรรม ถือว่าเป็นองค์กรที่ทรงอิทธิพลทางด้านเศรษฐกิจและการเมือง (ที่มา: สำนักนโยบายการออมและการลงทุน



(3) ในปี ค.ศ. 2016 มลรัฐ Illinois มีการออกกฎหมาย the Illinois Freedom to Work Act โดยห้ามใช้ข้อตกลงที่ห้ามลูกจ้างประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้าง หรือ Non-compete Agreement กับลูกจ้างที่ได้รับค่าจ้างไม่เกิน 13 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมง

(4) ส่วนในปี ค.ศ. 2018 มลรัฐ Massachusetts ได้ออกกฎหมายควบคุมและจำกัดการบังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าว ตลอดจนกำหนดและรวบรวมลักษณะหรือรูปแบบข้อตกลงดังกล่าวที่สามารถบังคับใช้ได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย

(5) ต่อมาในเดือนเมษายน ค.ศ. 2019 มลรัฐ Washington ได้ผ่านพระราชบัญญัติห้ามแข่งขันซึ่งมีผลบังคับใช้ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2020 เพื่อห้ามกำหนดข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวกับลูกจ้างภายในมลรัฐยกเว้นกรณีลูกจ้างได้รับเงินเดือนมากกว่า 100,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อปี

(6) เดือนตุลาคม ค.ศ. 2019 สมัชชาแห่งมลรัฐ Maryland ออกกฎหมายซึ่งระบุว่า การกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขห้ามลูกจ้างแข่งขันกรณีลูกจ้างที่ได้รับเงินเดือนต่ำกว่า 15 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมงหรือ 31,210 ดอลลาร์สหรัฐต่อปี เป็นข้อตกลงที่บังคับใช้กับคู่สัญญาไม่ได้ เนื่องจากขัดต่อนโยบายสาธารณะแห่งมลรัฐ

(7) เดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2019 วุฒิสภาแห่งมลรัฐ New Hampshire ผ่านร่างกฎหมายเหมือนกับ the Illinois Freedom to Work Act ที่ห้ามนายจ้างกำหนดข้อตกลงกับลูกจ้างที่มีค่าจ้างต่ำซึ่งเมื่อปี ค.ศ. 2016 ได้เคยออกกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงนี้แต่ให้บังคับใช้กับแพทย์เท่านั้น นอกจากนี้ ในปีเดียวกันมลรัฐ Vermont ยังมีการออกกฎหมายห้ามข้อตกลงนั้นด้วย ส่วนมลรัฐ New York โดยพนักงานอัยการแห่งมลรัฐได้เสนอกฎหมายห้ามนายจ้างทำข้อตกลงนั้นกับลูกจ้างที่ได้รับค่าจ้างต่ำกว่า 75,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อปี

นอกจากนี้ ในอดีตนักวิชาการอธิบายว่าข้อตกลงนี้มักใช้กับเฉพาะแรงงานที่มีทักษะขั้นสูงจนกระทั่งปี ค.ศ. 2014 ตามรายงานการศึกษาวิจัยของ Starr, Prescott, and Bishara (2017) ระบุว่าร้อยละ 12 ของแรงงานรายได้น้อย (น้อยกว่า 40,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อปี) ซึ่งไม่ได้จบการศึกษาจากมหาวิทยาลัย จะต้องทำสัญญาห้ามแข่งขันกับนายจ้างนอกจากนี้ประมาณ 1 ใน 5 ของแรงงานทั้งหมดต้องทำสัญญาลักษณะดังกล่าวเช่นกัน<sup>335</sup> ตัวอย่าง คดี *People v. Jimmy John's*

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง <http://www2.fpo.go.th/S->

[I/Source/word/Word.php?Language=Thai&BeginRec=2192&NumRecShow=8&sort=1&search=](http://www2.fpo.go.th/S-)

<sup>335</sup> Alan B. Krueger and Eric A. Posner, "A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion." page 7.

*Enterprise LLC*.<sup>336</sup> บริษัท Jimmy John ได้ว่าจ้างลูกจ้างเพื่อห่อและบรรจุแซนวิชขายให้กับผู้บริโภคโดยได้ทำสัญญาห้ามลูกจ้างไปทำงานให้กับคู่แข่งของบริษัทที่ตั้งอยู่ภายใน 3 ไมล์ถัดจากร้านของบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยห้ามลูกจ้างกระทำการดังกล่าวในระหว่างที่ทำงานให้บริษัทหรือภายหลังจากลาออกจากบริษัทไปแล้วเป็นระยะเวลา 2 ปี ศาลแขวง Cook มลรัฐ Illinois พิพากษาว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากเป็นการจำกัดโอกาสของลูกจ้างค่าแรงต่ำในการเปลี่ยนหรือเลือกงานที่มีค่าแรงสูงกว่าเพื่อคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

ต่อมา เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 2019 Mr. Joseph Crowley สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหรัฐอเมริกา ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติ The Workforce Mobility Act ต่อวุฒิสภา เพื่อกำหนดห้ามทำข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง หากร่างกฎหมายฉบับนี้ผ่านการอนุมัติจากวุฒิสภาและบังคับใช้เป็นกฎหมาย ก็จะทำให้ข้อตกลงในแนวดังกล่าวนี้เป็นข้อตกลงที่มีความผิดตามกฎหมาย<sup>337</sup>

นอกจากนั้น เพื่อป้องกันกรณีที่ลูกจ้างนำความลับทางการค้าของนายจ้างไปใช้หรือไปให้กับคู่แข่งของนายจ้าง ในปี ค.ศ. 2016 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้กฎหมาย The Defend Trade Secret กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความลับทางการค้าสามารถห้ามลูกจ้างของตนไปทำงานกับคู่แข่งหากลูกจ้างรับรู้ความลับทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจ<sup>338</sup>

ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำกฎหมายแพ่งตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญามายกบังคับใช้กับข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของแต่ละมลรัฐออกมาบังคับใช้เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การกระทำที่ไม่สามารถทำได้และสามารถทำได้ภายใต้ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง

## 2. ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Predatory Hiring)

ในคดี *Universal Analytics, Inc. v. McNeal-Schwendler Corporation* (1990)<sup>339</sup> ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Universal Analytics, Inc. และ McNeal-Schwendler Corporation ประกอบกิจการเกี่ยวกับการผลิตและพัฒนาโปรแกรมซอฟต์แวร์ที่ใช้ในอุตสาหกรรม

<sup>336</sup> *People v. Jimmy John's Enterprise LLC.*, Circuit Court of Cook County, Illinois, No. 2016-CH-07746. (8 June 2016)

<sup>337</sup> Valentin Depenne, "One Size Does Not Fit All: A Comparative Approach to Antitrust Enforcement against No-Poaching Agreements," *Sorbonne Student Law review*. page 268-269.

<sup>338</sup> *ibid.* page 270.

<sup>339</sup> *Universal Analytics, Inc. v. McNeal-Schwendler Corporation* (1989).

เทคโนโลยีอวกาศ (Nastran) โดยโจทก์จะใช้โปรแกรม UAI Version ส่วนจำเลยใช้ MSC Version ซึ่งทั้งสอง Version มีระบบปฏิบัติการที่เหมือนกันทำให้การเข้าสู่ตลาดคอมพิวเตอร์ของทั้งสองบริษัทอยู่ในตลาดเดียวกัน โดยจำเลยมีส่วนแบ่งในตลาดถึง 90% ส่วนโจทก์มีส่วนแบ่งในตลาดเพียง 5% เท่านั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เนื่องจากความซับซ้อนของโปรแกรมซอฟต์แวร์ Nastran การทำงานของช่างเทคนิคในบริษัทต้องใช้เวลาดึกฝนเก็บเกี่ยวประสบการณ์หลายปีกว่าจะมีความเชี่ยวชาญและมีการจำกัดจำนวนช่างเทคนิคที่ได้รับใบรับรองเมื่อผ่านการทดสอบ นอกจากนี้ จำนวนช่างเทคนิคซึ่งเป็นลูกจ้างของโจทก์จำนวน 5 ใน 6 นั้นลาออกและไปทำงานกับจำเลยในช่วงฤดูใบไม้ผลิ ปี 1986 ถึงฤดูร้อน ปี 1987 รวมระยะเวลาประมาณ 15 เดือน ดังนั้น โจทก์จึงอ้างว่าการลาออกของช่างเทคนิคดังกล่าวส่งผลกระทบต่อโจทก์ในการพัฒนาโปรแกรมซอฟต์แวร์ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย การประสบปัญหาของโจทก์ดังกล่าวส่งผลกระทบต่อยอดขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โจทก์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องร้องให้จำเลยรับผิดชอบตาม The Sherman Act

ประเด็นทางกฎหมายในการฟ้องร้อง มี 2 ประเด็นดังนี้

ประเด็นที่ 1 จำเลยรับจ้างช่างเทคนิคของโจทก์จำนวน 5 คนไปทำงานด้วย ซึ่งมีการวางแผนไว้ล่วงหน้าอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทั้งจำเลยและลูกจ้างได้สมคบกันกระทำผิดกฎหมายตาม The Sherman Act มาตรา 1

คำฟ้องโจทก์ โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยสมคบกันกีดกันการค้าในอุตสาหกรรมโปรแกรม Nastran และผูกขาดในตลาดการขายโปรแกรมดังกล่าวโดยเข้าไปมีส่วนร่วมกับผู้สมรู้ร่วมคิดที่เป็นบริษัทตัวแทนจัดหางานจำนวน 3 รายมีวัตถุประสงค์เพื่อจูงใจลูกจ้างของโจทก์ให้ไปทำงานกับจำเลย ซึ่งส่งผลให้เกิดการกีดกันทางการค้า

คำให้การของจำเลย

(ก) สัญญาระหว่างบริษัทตัวแทนจัดหางานกับจำเลยไม่ได้มีการตกลงให้ชักจูงลูกจ้างโจทก์มาทำงานด้วย และจำเลยก็ไม่เคยบอกรายชื่อคู่แข่งทางการค้าของจำเลยกับบริษัทตัวแทนเลย ตลอดจนเมื่อบริษัทตัวแทนขอข้อมูลเกี่ยวกับคู่แข่งของจำเลย จำเลยก็ปกปิดโดยไม่เปิดเผยให้บริษัทตัวแทนทราบ สิ่งที่พูดคุยหรือตกลงกันเป็นเรื่องตำแหน่งงานว่างที่จำเลยจะรับจ้างเท่านั้น นอกจากนี้ จำเลยได้ให้การว่าโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานที่เพียงพอว่าบริษัทตัวแทนจัดหางานกับจำเลยตกลงกันที่จะจ้างลูกจ้างของโจทก์โดยตรงโดยที่ไม่จ้างลูกจ้างจากที่อื่น ประกอบกับโจทก์ไม่มีหลักฐานว่าบริษัทตัวแทนมีการติดต่อกับลูกจ้างของโจทก์ทั้ง 5 รายและไม่มีหลักฐานเพียงพอว่าจำเลยได้บอกข้อมูลของโจทก์แก่บริษัทตัวแทน

(ข) ข้อกล่าวอ้างของโจทก์เรื่องจำเลยสมคบกับลูกจ้างเก่าของโจทก์ ซึ่งโจทก์อ้างว่านาย Lam ซึ่งเป็นลูกจ้างเก่าโจทก์บอกกับนาย Jalil ว่ามีคนของจำเลย (ไม่ทราบชื่อ) บอกว่าจำเลยสนใจจะจ้างนาย Jalil การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการสมคบกันชักชวนลูกจ้างของโจทก์ให้ไปทำงานกับจำเลย

กรณีนี้ จำเลยโต้แย้งว่าคำพุดดังกล่าวไม่สามารถยืนยันได้ในทางกฎหมาย จำเลยไม่เคยเสนอตำแหน่งงานให้นาย Jalil อีกทั้งนาย Lam ได้พูดไว้ตั้งแต่ 1 ปีก่อนที่นาย Lam จะไปทำงานกับจำเลย ต่อมาจำเลยก็ไม่ได้รับ นาย Lam เข้าทำงานด้วย ถือว่านาย Lam ขาดแรงจูงใจในการสมรู้ร่วมคิดกับจำเลยเพื่อให้จำเลยเสียหาย

(ค) การสมคบกันระหว่างลูกจ้างที่ทำงานกับจำเลยนั้น โจทก์มีหลักฐานไม่เพียงพอเนื่องจากสัญญาจ้างงานไม่สามารถพิสูจน์ถึงพฤติกรรมการสมคบกันทำให้โจทก์เสียหายตาม The Sherman Act

ศาลเห็นพ้องกับจำเลย

ประเด็นที่ 2 จำเลยผูกขาดทางการแข่งขันในตลาด Nastran และพยายามผูกขาดในตลาดนั้นโดยการฉวย แ่่งตัวลูกจ้างและความลับทางการค้าในทางที่ผิด ทำให้โจทก์เสียหาย ชื่อเสียง อันเป็นการละเมิดตาม The Sherman Act มาตรา 2

ในการพิจารณาประเด็นนี้ศาลเห็นด้วยกับจำเลยที่ให้พิจารณาพฤติกรรมเป็นกรณีไป ไม่ใช่พิจารณาในภาพรวมทั้งหมด ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### (ก) การแย่งตัวลูกจ้าง (Employee Raiding)

โจทก์อ้างว่าจำเลยกระทำการโดยผิดกฎหมายโดยชักชวนลูกจ้างของโจทก์ 5 คนไปทำงานกับจำเลยเป็นเวลา 15 เดือน ถือว่าเป็นการผูกขาดทางการค้า

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยมีหลักฐานที่ชัดเจนว่าลูกจ้างดังกล่าวไม่พอใจโจทก์ในเรื่องการบริหารงาน ได้รับเงินเดือนต่ำ และเดินทางมาทำงานไม่สะดวกและพวกเขาสมัครใจที่จะลาออกเอง จำเลยไม่ได้มีการตกลงจ้างงานกับลูกจ้างโดยตรงแต่กระทำผ่านบริษัทตัวแทน จัดหางาน ลูกจ้างทั้ง 5 คนจึงไม่ได้ถูกจ้างมาเพื่อทำให้โจทก์เสียหาย เหตุผลข้างต้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแย่งตัวลูกจ้าง (Employee Raiding) และตามวิสัยปกติแล้วโจทก์จะกล่าวหาว่าจำเลยผิดตามที่กล่าวอ้างได้ โจทก์ต้องมีหลักฐานที่เพียงพอว่าจำเลยพยายามชักจูงลูกจ้างให้ลาออก กรณีนี้โจทก์มีหลักฐานไม่เพียงพอที่ศาลจะตัดสินว่าจำเลยได้ตกลงกับลูกจ้าง 5 คน

แต่ทั้ง 5 คนไม่พอใจข้อตกลงในการทำงานกับโจทก์ และสมัครใจที่จะลาออกเอง ดังนั้น ข้ออ้างของโจทก์จึงฟังไม่ขึ้น

นอกจากนี้ โจทก์ได้อ้างบันทึกภายในของจำเลยว่า สนใจลูกจ้างที่มีประสบการณ์เกี่ยวกับโปรแกรม Nastran จึงได้จ้างลูกจ้างที่มีประสบการณ์ของโจทก์ เป็นการทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหาย แต่จากการตรวจสอบแล้วไม่มีข้อความระบุในบันทึกฉบับดังกล่าวว่าจำเลยจ้างลูกจ้างของโจทก์เพื่อชักจูงให้มาทำงานด้วย แต่ลูกจ้างของโจทก์สมัครใจลาออกเอง อีกทั้ง โจทก์ได้ชี้แจงข้อเท็จจริงว่าจำเลยจ้างลูกจ้างของโจทก์เพียงบางคนหลังจากผ่านการอบรม Nastran มาแล้วหลายปี สิ่งนี้จึงพิสูจน์ได้ว่า จำเลยไม่ได้พยายามจะจ้างลูกจ้างของโจทก์ ดังนั้น ข้ออ้างเรื่องการแย่งตัวลูกจ้างโจทก์จึงรับฟังไม่ได้

ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า การแย่งตัวลูกจ้าง (Employee Raiding) ไม่ใช่พฤติกรรมที่แสดงออกถึงเจตนาในการแสวงหาหรือคงไว้ซึ่งการผูกขาดทางการค้าตาม The Sherman Act มาตรา 2

#### **(ข) การนำความลับทางการค้าไปใช้โดยผิดกฎหมาย (Trade Secret Misappropriation)**

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าโจทก์ไม่สามารถชี้แจงให้จำเลยและศาลเห็นได้ว่า ความลับทางการค้าที่ว่านั้นเป็นความลับทางการค้าประเภทอะไร ศาลได้อธิบายว่า การนำเสนอประเด็นนี้โจทก์ต้องชี้แจงได้ว่าความลับทางการค้าอะไรที่ถูกละเมิดโดยผิดกฎหมาย สำหรับข้ออ้างของโจทก์ที่ว่าหลังจากลูกจ้างโจทก์ไปทำงานให้จำเลย ผลผลิตของจำเลยมีการพัฒนาขึ้น จำเลยน่าจะใช้ความลับทางการค้าของโจทก์ นั้น ศาลเห็นว่าการกล่าวอ้างในลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงการคาดเดาโดยไม่มีเหตุผลสนับสนุน ประกอบกับข้อกล่าวอ้างของโจทก์ที่ว่าจำเลยใช้องค์ความรู้ (Know-how) จากลูกจ้างของโจทก์โดยผิดกฎหมายก็ฟังไม่ขึ้นเช่นเดียวกัน ดังนั้น กรณีจึงไม่ต้องด้วย The Sherman Act มาตรา 2

#### **(ค) การตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (Predatory Pricing)**

โจทก์อ้างว่าจำเลยประมุขราคาสินค้าในทางที่จะทำลายโจทก์ในฐานะคู่แข่ง โดยการเสนอราคาต่ำกว่าให้กับบริษัท Ford Motor และได้ทำการเปลี่ยนแปลงระบบฮาร์ดแวร์ให้กับลูกค้าคนสำคัญ 2 คนเพื่อให้ใช้ระบบของจำเลยเพียงผู้เดียวเท่านั้น ศาลพิจารณาแล้วมีความเห็นดังนี้

ข้อโต้แย้งเรื่องการประมูลราคาสินค้านั้นฟังไม่ขึ้นอย่างยิ่งเพราะโจทก์ไม่มีหลักฐานประกอบการกล่าวอ้างดังกล่าว ประกอบกับการประมูลราคาสินค้า โจทก์ไม่ได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้เสนอราคาสูงกว่าหรือต่ำกว่าอย่างไร

ส่วนที่โจทก์อ้างว่าจำเลยตกลงเปลี่ยนแปลงระบบ Nastran ให้ทำงานเข้ากับระบบปฏิบัติการ (CDC/DEC) โดยเสนอเงินให้บริษัท CDC/DEC 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ข้อนี้โจทก์ก็ไม่มีหลักฐานที่เพียงพอเช่นกันโดยไม่ได้ชี้ให้ศาลเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงระบบดังกล่าวเป็นการตัดแปลงโปรแกรมเพื่อการวิจัยและพัฒนาหรือไม่ อย่างไร ศาลมองว่า CDC/DEC เป็นผู้ผลิตฮาร์ดแวร์ที่มีลูกค้ากลุ่มเดียวกับจำเลย ลูกค้าต่างต้องจ่ายเงินให้กับจำเลยเหมือนกับที่จ่ายค่าคอมพิวเตอร์ให้ CDC/DEC เช่นเดียวกัน จำเลยไม่ได้ให้ลูกค้าใช้ฟรี ศาลจึงเห็นว่าการตัดแปลงนวัตกรรมการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ของจำเลยไม่ผิดกฎหมาย และไม่ใช้การตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (Predatory Pricing) หากศาลตัดสินว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิด อาจจะทำให้เห็นว่าการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์หยุดชะงักลง ดังนั้น ข้ออ้างของโจทก์จึงฟังไม่ขึ้นเนื่องจากไม่มีข้อมูลสนับสนุนว่าจำเลยตัดราคาต่ำกว่าราคาต้นทุนต่อหน่วย กรณีจึงไม่ต้องด้วย The Sherman Act มาตรา 2

อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลักเกณฑ์และองค์ประกอบของ The Sherman Act มาตรา 2 ไว้ในคำพิพากษานี้ว่าการผูกขาดที่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าวต้องประกอบด้วย 3 ส่วนคือ

1. ผู้กระทำการครอบครองอำนาจในการผูกขาดสินค้าในตลาดเดียวกัน
2. ผู้กระทำการเจตนาในการแสวงหาหรือคงไว้ซึ่งอำนาจนั้น
3. กระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย

ศาลพิพากษายกฟ้อง

นอกจากนี้ ศาลยังกล่าวอีกว่า การแสดงออกซึ่งเจตนาในการเอาชนะคู่แข่งในตลาด หากมีหลักฐานไม่เพียงพอว่ามีการจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมอย่างไร พฤติกรรมการแย่งตัวลูกจ้างมืออย่างไร ถือว่าไม่มีความผิดตาม The Sherman Act มาตรา 2<sup>340</sup>

### 3.1.6.4 ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด

<sup>340</sup> Nicole Page, "The Predatory Hiring Standard for Section 2 Violation of the Sherman Antitrust Act " Northern Illinois University Law review. page 94-95.

การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจบางประเภทอาจเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่ง Antitrust Guidance for Human Resource Professional ได้อธิบายว่า กิจกรรมร่วมค้า (Joint Ventures) ที่ถูกต้องตามกฎหมาย อาทิ กิจกรรมร่วมค้าที่ก่อตั้งมาเพื่อแลกเปลี่ยนสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดสรรไว้ (Shared use of facilities) ไม่ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด นอกจากนี้การให้บริการที่ปรึกษา (Consulting Service) การให้บริการบุคคลภายนอก (Outsourcing Vendor) และการควบรวมกิจการ (Merger&Acquisition) ก็ไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด หากการสื่อสารหรือตกลงกันนั้นเป็นส่วนหนึ่งของความร่วมมือที่ถูกต้องตามกฎหมายโดยข้อตกลงระหว่างหน่วยธุรกิจต้องมีขอบเขตจำกัดในเรื่องระยะเวลา เงื่อนไขการจ้าง ประเภทสินค้า พื้นที่ทางภูมิศาสตร์<sup>341</sup> บุคลากรในบริษัทไม่ควรกล่าวถึงนโยบายการจ้างงานหรือค่าตอบแทนของบริษัทให้กับบริษัทคู่แข่งชั้นเพื่อจ้างพนักงานหรือขอให้บริษัทอื่นดำเนินการดังกล่าว

(1) สำหรับการรวมธุรกิจ (Merger) มิได้ส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อสินค้าจากบริษัทที่รวมกิจการเท่านั้นแต่ยังส่งผลเสียต่อผู้ขายที่ลงแรง ลงเงินในบริษัทนั้นด้วย ในบริบทของการจ้างแรงงาน ผู้ขายหมายรวมถึงลูกจ้างที่มีความรู้ความสามารถของบริษัทที่ควบรวมนั้นด้วย บริษัทหรือผู้ประกอบการที่ผูกขาดสามารถกำหนดค่าจ้างให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขันทำให้ผู้ขายแรงงาน (ลูกจ้าง) ออกไปจากตลาด คุณภาพแรงงานก็ต่ำลง และความพึงพอใจของลูกจ้างก็ลดลง ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าที่สูงขึ้น คุณภาพสินค้าต่ำลง และจำนวนสินค้าในตลาดก็ลดลง<sup>342</sup>

The Clayton Act มาตรา 7 ได้อธิบายว่าการรวมธุรกิจอาจเป็นเหตุให้เกิดการผูกขาด ลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการได้ แต่จะต้องพิจารณาตลาดที่เกี่ยวข้องเนื่องด้วย เช่น ในคดี *United States v. EBay* ทั้ง 2 บริษัทไม่ได้แข่งขันกันขายสินค้าเนื่องจากผลิตภัณฑ์คนละชนิด แต่อาจแข่งขันกันจ้างลูกจ้างที่มีความสามารถ เช่น วิศวกรคอมพิวเตอร์ ซึ่งเมื่อศาลฎีกาตัดสินคดีจะพิจารณาทั้งผลกระทบของผู้ขายกับผลกระทบของผู้ซื้อ เช่น หาก Microsoft กับ Amazon จะรวมกันก็จะส่งผลกระทบต่อวิศวกรคอมพิวเตอร์ในมลรัฐ Washington แต่สินค้าที่ขายในตลาดไม่ถูกกระทบ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบัน The Sherman Act และ The Clayton Act จะถูกนำไปใช้เพื่อปกป้องลูกจ้างในกรณีการใช้อำนาจของผู้ประกอบการธุรกิจรวมตัวกันเพื่อลดค่าจ้างหรือควบคุมเงื่อนไข

<sup>341</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, page 297.

<sup>342</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 8.

แรงงานหรือป้องกันสภาพแรงงานจากการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>343</sup> ตัวอย่างคดี *United States v. Anthem, Inc.* ในปี ค.ศ. 2016 กระทรวงยุติธรรมแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาและอีก 12 มลรัฐร้องเรียนการรวมกันระหว่างบริษัท Anthem กับบริษัท Cigna ซึ่งบริษัททั้งสองในฐานะจำเลยถูกฟ้องว่าการรวมธุรกิจนั้นเป็นพฤติกรรมผูกขาดในตลาดแรงงาน และจากคำฟ้องระบุว่าแพทย์และโรงพยาบาลได้รับค่าจ้างและค่าตอบแทนในอัตราที่ต่ำกว่า อีกทั้ง Anthem และ Cigna ไม่สามารถชี้แจงได้ว่าบริษัทใหม่ที่เกิดจากการรวมธุรกิจไม่ได้ใช้อำนาจตลาดในการกดอัตราค่าตอบแทนให้ต่ำกว่าระดับการแข่งขันแต่การลดอัตราค่าตอบแทนจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค<sup>344</sup>

ในการรวมธุรกิจกับการแข่งขันทางการค้า FTC จะพิจารณาลักษณะข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ได้แก่ การรวมธุรกิจนั้นทำให้บริษัทมีความต้องการแรงงานเฉพาะด้านหรือไม่ หรือบริษัทนั้นอยู่ในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องเนื่องกันทางภูมิศาสตร์หรือไม่ แรงงานเฉพาะด้านส่งผลต่อการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่เนื่องจากแรงงานเฉพาะด้านดังกล่าวมีความสามารถในการเปลี่ยนงานหรือมีตัวเลือกน้อย ซึ่งหากมีประเด็นดังกล่าวในตลาดแรงงาน ผู้พิจารณาควรคำนึงถึงข้อมูลที่ได้รับจากฝ่ายทรัพยากรบุคคลของบริษัทประกอบด้วย เช่น อัตราการเปลี่ยนลูกจ้าง ประวัติการจ้างงานของบริษัทที่ควบรวม ความถี่ที่บริษัทควบรวมจ้างงานลูกจ้างของบริษัทอื่นและมีการจ้างงานในพื้นที่เดียวกันหรือไม่ การเข้าไปสอบถามเจ้าหน้าที่ฝ่ายทรัพยากรบุคคลของบริษัทที่ควบรวมและบริษัทคู่แข่งเรื่องตลาดแรงงาน<sup>345</sup> ตัวอย่าง คดี *Cesnik v. Chrysler Corp.*<sup>346</sup> เป็นกรณีที่บริษัท Chrysler ขายธุรกิจเครื่องปรับอากาศ (airtemp) ให้บริษัท Fedder โดยทั้งสองบริษัททำสัญญาห้าม Fedder จ้างลูกจ้างที่ทำงานในแผนกธุรกิจเครื่องปรับอากาศดังกล่าว โจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างของธุรกิจเครื่องปรับอากาศจึงฟ้องว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดกับมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act ศาลตัดสินว่า ข้อตกลงนั้นสมเหตุสมผลและเป็นข้อตกลงเพิ่มเติมที่สามารถทำได้ภายใต้การรวมธุรกิจ เนื่องจากลูกจ้างของแผนกธุรกิจเครื่องปรับอากาศถือเป็นสินทรัพย์อย่างหนึ่งของธุรกิจที่โอนถือเป็นข้อตกลงที่เป็นประโยชน์ต่อบริษัท Fedder ผู้ซื้อกิจการนั้น อีกทั้งข้อตกลงนี้ยังใช้บังคับกับลูกจ้างเฉพาะในแผนกธุรกิจเครื่องปรับอากาศที่มีการรวมธุรกิจเท่านั้น ไม่ได้บังคับใช้กับลูกจ้างทั้งหมดของบริษัท Chrysler

<sup>343</sup> Elinor R. Hoffmann, "Looking at Labor from Both Sides Now." Page 6-7.

<sup>344</sup> 18 State Attorneys General, "Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century." page 10.

<sup>345</sup> *ibid.* page 11.

<sup>346</sup> *Cesnik v. Chrysler Corp.*, 490 F. Supp. 859 (M.D. Tenn. 1980)



(2) กิจการร่วมค้า (Joint Ventures) การตกลงระหว่างบริษัทเพื่อตั้งกิจการร่วมค้าถือว่าสมเหตุสมผลภายใต้ The Sherman Act มาตรา 1 เนื่องจากบริษัทที่มาร่วมกิจการกันแล้ว (single firm) มิได้เป็นคู่แข่งกันแต่ก่อตั้งกิจการร่วมค้ามาเพื่อทำการให้บรรลุเป้าหมายตามสัญญา มีการแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันตามสัญญา Joint Ventures ซึ่งแนวปฏิบัติ HR Guidance ระบุว่า การตกลงห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันของกิจการร่วมค้าไม่ถือว่าผิดกฎหมายที่จะนำหลักความรับผิดชอบมาบังคับใช้<sup>347</sup> นอกจากนี้ การให้บริการที่ปรึกษา (Consulting Service) การให้บริการบุคคลภายนอก (Outsourcing Vendor) ที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงจำกัดการจ้างหรือจำกัดราคา ไม่ผิดกฎหมายเนื่องจากการตกลงเพื่อประหยัดหรือลดต้นทุนของผู้ประกอบการหลาย ๆ ฝ่าย เป็นการกระจายความเสี่ยงของการบริหารจัดการ ดังนั้น การตกลงห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันของกิจการร่วมค้าไม่ถือว่าผิดกฎหมายเนื่องจากบริษัทที่มาร่วมกิจการกันมิได้เป็นคู่แข่งกันแต่ก่อตั้งกิจการร่วมค้ามาเพื่อทำการให้บรรลุเป้าหมายตามสัญญา มีการแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันตามสัญญา<sup>348</sup>

(3) ข้อตกลงระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน (Intra-Enterprises) การตกลงหรือการสมรู้ร่วมคิดกันที่ผิดมาตรา 1 แห่ง The Sherman Act ต้องเป็นการกระทำระหว่างบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป ส่วนข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือเป็นการร่วมมือกันของหน่วยธุรกิจเดียวกัน (Single Economic Entity) ซึ่งจะมีการแบ่งปันผลประโยชน์ในกิจการร่วมกัน ดังนั้น ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกมีความสมเหตุสมผลเนื่องจากการแบ่งปันผลประโยชน์หรือกำไรก่อนเดียวกัน และนโยบายการตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นการตัดสินใจเป็นการภายในซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ จึงไม่ขัดต่อ The Sherman Act มาตรา 1 ตัวอย่าง คดี Thomsen v. Western Electric Co.<sup>349</sup> เป็นกรณีที่บริษัทโทรศัพท์ห้ามลูกจ้างไปทำงานให้กับบริษัทลูก ศาลตัดสินว่าการกระทำของบริษัทในเครือที่เกี่ยวกับการบริหารงานภายในองค์กรไม่ถือว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายใต้มาตรา 1 แห่ง The Sherman Act<sup>350</sup>

<sup>347</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*. page 298-299.

<sup>348</sup> *ibid.*

<sup>349</sup> *Thomsen v. Western Electric Co.* 680 F. 2d 1263 (9th Cir. 1982)

<sup>350</sup> Rochella T. Davis, "Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation," *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*.page 299-300.

## 3.2 สหภาพยุโรป

การก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ตั้งแต่แรกเริ่มในปี ค.ศ. 1957 นั้นมีจุดประสงค์ที่สำคัญคือการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์ โดยในปัจจุบันสหภาพยุโรปได้มีการใช้กฎหมายทางการแข่งขันทางการค้าที่มีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้<sup>351</sup>

1. มีบทบัญญัติห้ามการทำความตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน นอกเสียจากว่าข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลส่งเสริมประสิทธิภาพของตลาดหรือเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค
2. กำหนดให้การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเป็นหนึ่งในรูปแบบของการจำกัดการแข่งขันที่จะต้องถูกตรวจสอบอย่างเคร่งครัด และ
3. ต้องมีการควบคุมการดำเนินการจัดโครงสร้างขององค์กรทางธุรกิจที่อาจมีผลนำไปสู่การได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาด เช่น การรวมธุรกิจ หรือการเข้าซื้อกิจการ เป็นต้น

### 3.2.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1930 ประเทศในทวีปยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีไม่ได้ให้ความสำคัญกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายในการส่งเสริมการแข่งขันตามแนวคิดเสรีนิยมแบบสุดขั้ว (ultraliberal) เนื่องจากแนวคิดนี้มีความเชื่อว่ารัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างเอกชนที่ถูกสร้างขึ้นโดยใจสมัคร (freedom of contract) ด้วยเหตุนี้จึงเกิดกรณีที่ผู้ประกอบการรวมตัวกันเพื่อไม่ให้มีการแข่งขัน (cartel) โดยไม่ผิดกฎหมายและไม่ถูกแทรกแซงโดยรัฐอย่างแพร่หลายในประเทศเยอรมนี อย่างไรก็ตาม เพื่อแก้ไขสภาพการณ์ที่มีการแข่งขันอย่างจำกัดดังกล่าวจึงได้เกิดแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โด (Ordoliberalism) ขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1930 ณ University of Freiburg ประเทศเยอรมนี แนวคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากแนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมดั้งเดิมซึ่งให้ความสำคัญกับเสรีภาพทางเศรษฐกิจ และการแข่งขันทางเศรษฐกิจ โดยมีแนวคิดที่ว่าปัจจัยทั้งสองนั้นมีส่วนสำคัญต่อความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและเสรีภาพทางการเมือง แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ปฏิเสธการจำกัดบทบาทของรัฐโดยมีความเชื่อตามแนวคิดเสรีนิยมใหม่ว่าระบบตลาดที่มีการแข่งขันกันควรจะถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นฐานในการควบคุมพฤติกรรมที่บ่อนทำลายการแข่งขัน และรักษาการแบ่งปันทรัพยากรอย่างเป็นธรรมในสังคม และเพื่อป้องกันการแทรกแซงตลาดของรัฐโดยปราศจากเหตุอันสมควร กรอบทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวถูกสร้าง

<sup>351</sup> คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า. 54.

ขึ้นเพื่อป้องกันการรวมศูนย์ของอำนาจซึ่งการแทรกแซงตลาดโดยรัฐนั้นมีความจำเป็นต่อการแข่งขันทางเศรษฐกิจ<sup>352</sup>

ต่อมา ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองแนวคิดเสรีนิยมแบบออร์โธและกฎหมายส่งเสริมการแข่งขันของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีส่วนผลักดันให้ประเทศเบลเยียม ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี และประเทศลักเซมเบิร์ก ร่วมกันสร้างกฎเกณฑ์ที่จำเป็นต่อการแข่งขันสำหรับอุตสาหกรรมถ่านหินและเหล็กขึ้นในปี ค.ศ. 1951 โดยได้ทำความตกลงเพื่อสร้างประชาคมถ่านหินและเหล็กของยุโรปขึ้น (European Coal and Steel Community: ECSC) ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคล โดยความตกลง ECSC ได้ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจสร้างความตกลงอันส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยมีใจความว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจสร้างความตกลง ตัดสินใจ หรือสร้างแนวปฏิบัติใด ๆ ซึ่งจะส่งผลเป็นการป้องกัน จำกัด หรือขัดขวางการแข่งขันตามปกติของตลาดรวมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม” นอกจากนี้ มาตรา 66 ของความตกลง ECSC ยังได้กำหนดให้มีการทำธุรกรรมซึ่งมีลักษณะเป็นการนำไปสู่การรวมศูนย์ (concentration) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใด (ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการผลิตถ่านหินและเหล็กในดินแดนของประเทศสมาชิก) จะต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการการของ ECSC (High Authority) เสียก่อน เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของมาตรา 65 และ 66 ของความตกลง ECSC แล้วกล่าวได้ว่าความตกลง ECSC นั้นมีความพยายามในการป้องกันการรวมหัวกันจำกัดการแข่งขันโดยผู้ประกอบธุรกิจ (cartel) และป้องกันการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจเหนือตลาดในอุตสาหกรรมถ่านหินและเหล็กอีกด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1957 กลุ่มประเทศผู้ให้กำเนิดความตกลง ECSC ทั้งหกประเทศก็ได้เห็นพ้องกันที่จะขยายขอบเขตของการแข่งขันทางเศรษฐกิจไปยังอุตสาหกรรมอื่นๆ ที่ไม่ใช่ถ่านหินและเหล็กด้วย และเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องขยายขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการแข่งขันในความตกลง ECSC ให้ใช้บังคับกับอุตสาหกรรมอื่นในยุโรปด้วย จึงได้มีการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อส่งเสริมการแข่งขันในมาตรา 85 และมาตรา 86 แห่งสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome หรือ EC Treaty) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่จะจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปขึ้น (European Community: EC)<sup>353</sup>

มาตรา 85 ของ EC Treaty บัญญัติห้ามการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อมิให้มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจ (cartel) โดยห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำความตกลง การตัดสินใจโดยสมาคมผู้ประกอบธุรกิจ และสร้างแนวปฏิบัติซึ่งส่งผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกัน จำกัด และขัดขวางการแข่งขันในตลาดรวม ความตกลงที่ฝ่าฝืน

<sup>352</sup> ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย เป็นสหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 118.

<sup>353</sup> *ibid.* หน้า 119-120.

มาตรา 85 ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ซึ่งในปัจจุบันมาตรา 85 ของ EC Treaty นั้นไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปแต่ถูกแทนที่โดยมาตรา 101 มาตรา 102 และมาตรา 107-109 แห่ง Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) ในปี ค.ศ. 2009<sup>354</sup>

จากที่กล่าวมาว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมุ่งหมายที่จะสร้างสวัสดิการให้แก่ผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น (consumer welfare) ตัวอย่างคดี Friesland Foods/Campina ซึ่ง EC ให้เหตุผลว่าข้อตกลงมีความจำเป็นต่อวิเคราะหว่าอำนาจซื้อที่เพิ่มขึ้นอาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันโดยทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ที่เข้ามาสู่ตลาดต้องลดราคาจากการทำเกษตรกรรมโดยลดการจ่ายค่าน้ำนมดิบ นำไปสู่การลดจำนวนการผลิตในตลาดและทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภค<sup>355</sup> และป้องกันการกระทำที่อาจส่งผลกระทบต่อตลาด

นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องและคุ้มครองในด้านอื่นๆ ดังต่อไปนี้

1. คุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection) ผู้บริโภคถือว่าเป็นผู้ที่ได้รับสินค้าหรือได้ใช้บริการคนสุดท้าย (end-user) ซึ่งอาจได้รับผลกระทบในปลายน้ำของการแข่งขัน ดังนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีความจำเป็นในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภค

2. คุ้มครองการจัดสรรปันส่วน (Redistribution) กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำหน้าที่ในการกระจายอำนาจหรือจัดสรรปันส่วนความมั่งคั่งและมั่นคงทางเศรษฐกิจ หากผู้ใดมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า ผู้มีอำนาจผูกขาดทางการค้านั้นก็จะคุกคามระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

3. ปกป้องผู้แข่งขัน (Protecting Competitors) เมื่อมีการจัดสรรปันส่วนแล้วกฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังใช้บังคับเพื่อปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กจากคู่แข่งที่มีอำนาจเหนือกว่า ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กมีความเชื่อมั่นว่าจะประสบความสำเร็จในการทำธุรกิจได้

4. หลักการตลาดเดียว (The Single Market Imperative) กฎหมายการแข่งขันทางการค้า มีบทบาทสำคัญเพื่อเป้าหมายของการรวมตัวกันเป็นตลาดเดียว ซึ่งเป็นการทำลายอุปสรรคในเรื่องการค้าและการทำให้การเคลื่อนย้ายคน ทุน สินค้าและบริการเป็นไปได้อย่างเสรี

<sup>354</sup> ibid. หน้า 121.

<sup>355</sup> Eric A. Posner and Christina A. Volpin, "Labor Monopsony and European Competition Law," *Concurrences competition law review* (2020). page 4.

รวมถึงผู้ประกอบการก็จะมีโอกาสเติบโตขยายกิจการได้กว้างขึ้นจากตลาดภายในประเทศ โดยสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ขยายขอบข่ายครอบคลุมไปทั่วทั้งสหภาพยุโรป

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีรูปแบบของการดำเนินการตามที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติครอบคลุมไปถึงข้อกำหนดขอบเขตอำนาจของสหภาพยุโรปและประเทศภาคีสมาชิกในเรื่องที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า แม้ว่ากระบวนการดำเนินการ (implementation) กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปยังคงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติภายในประเทศของภาคีสมาชิก แต่ประเทศภาคีสมาชิกก็ยังมีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปอย่างเคร่งครัด ซึ่งมีองค์การที่ควบคุมดูแลการแข่งขันภายในตลาดของสหภาพยุโรปอยู่ 2 ระดับ คือ คณะกรรมาธิการยุโรปซึ่งควบคุมดูแลในระดับภูมิภาค และองค์การการแข่งขันทางการค้าแห่งชาติ (National Competition Authorities : NCAs) ที่ดำเนินการตรวจสอบภายในประเทศ<sup>356</sup>

### 3.2.2 หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำความผิด

เมื่อพิจารณาทบทวน TFEU มาตรา 101 แล้ว ส่วนที่ต้องนำมาพิจารณาในการกระทำความผิด ได้แก่ การกระทำต่าง ๆ นั้นต้องมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน (their object or effect the prevention, restriction or distortion competition) ซึ่งคำว่า “วัตถุประสงค์” และ “ผลกระทบ” ต้องพิจารณาแยกออกจากกัน โดยในลำดับแรกต้องเริ่มพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของความตกลงว่าคืออะไร หากไม่ปรากฏวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน จึงจะมาพิจารณาต่อไปว่าความตกลงนั้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างไร

จากคำตัดสินของศาลพบว่า มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของความตกลงเป็นสิ่งแรก โดยอ้างอิงถึงบทบัญญัติที่ขัดแย้งในความตกลงนั้น รวมถึงพิจารณาบริบททางเศรษฐกิจ เมื่อไม่ปรากฏว่าเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของความตกลงนั้นเป็นการจำกัดการแข่งขันจึงไปพิจารณาถึงผลกระทบของความตกลง ซึ่งการพิจารณาผลกระทบนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ ความตกลงนั้นส่งผลให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ โดยเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบของความตกลงนั้นกับการดำรงอยู่ของการแข่งขันเมื่อถูกจำกัด ทั้งนี้ ต้องพิจารณาประกอบกับเหตุผลเบื้องหลังทางเศรษฐกิจด้วย<sup>357</sup>

<sup>356</sup> คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู : ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย, หน้า.54.

<sup>357</sup> ผกาวิริ์ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า. 95.

### 3.2.2.1 หลัก by object

เมื่อพิจารณา TFEU มาตรา 101 (1) คำว่า “object” มี 2 ความหมาย ได้แก่ วัตถุประสงค์และเป้าหมาย ซึ่งทั้งสองความหมายนี้ คือ ความตั้งใจในทางภาวะวิสัย (objective) ที่มีพื้นฐานอยู่บนข้อเท็จจริงและความจริงโดยไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจ ความคิดเห็นและความรู้สึก วัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของความตกลงจะพิจารณาตามบริบทของเศรษฐกิจที่นำมาใช้ ซึ่งหากความตกลงนั้นมีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายในการกีดกัน ลด หรือจำกัดการแข่งขัน จะไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิสูจน์อีกว่าความตกลงนั้นมีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่<sup>358</sup> และไม่ต้องพิสูจน์เจตนาของคู่สัญญาหรือผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงกันว่ามีเจตนาต่อต้านการแข่งขันหรือไม่<sup>359</sup> เปรียบเสมือนข้อตกลงนั้นแสดงถึงเจตนาในตัวเองที่จะกีดกัน ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างชัดเจน หลักการนี้เปรียบเสมือนเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดในตัวเอง (per se rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

### 3.2.2.2 หลัก by effect

คำว่า “effect” หมายถึง ผลกระทบ คือ ผลที่สืบเนื่องมาจากสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง มักใช้กับผลเสียที่จะตามมา โดยหลักผลกระทบนี้จะนำมาพิจารณาเมื่อการตกลงนั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขัน จึงต้องแสดงให้เห็นว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันแทน<sup>360</sup> ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีแนวโน้มที่ทำให้เกิดการลด หรือจำกัดการแข่งขัน ข้อตกลงที่ถือว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) ต้องมีผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันในตลาดไม่มากก็น้อย เช่น ผลกระทบด้านราคา ผลผลิต คุณภาพสินค้า ความหลากหลายของสินค้าหรือนวัตกรรม ผลกระทบดังกล่าวอาจเกิดจากผู้ประกอบธุรกิจจำนวนสองรายขึ้นไปหรือระหว่างผู้ประกอบการกับบุคคลที่สาม นอกจากนี้ข้อตกลงต้องลดความเป็นอิสระในการตัดสินใจไม่ว่าจะเกิดจากข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับตลาดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือสิ่งจูงใจต่างๆ ผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันที่มีต่อตลาดที่เกี่ยวข้องมักเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการแต่ละฝ่ายสามารถตกลงกันขึ้นราคาหรือลดปริมาณการผลิต คุณภาพ ความหลากหลายหรือนวัตกรรมของสินค้า การประเมินว่าความตกลงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายใต้มาตรา 101 (1) หรือไม่ จะต้อง

<sup>358</sup> ibid.

<sup>359</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," *Official Journal of the European Union*, page 8.

<sup>360</sup> ผกาวิริ์ ชาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมกรรมการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า.95.

ไปเทียบเคียงกับบริบทของสังคมและกฎหมายที่การแข่งขันนั้นเกิดขึ้นโดยพิจารณาระหว่างการมีข้อตกลงที่คาดว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันกับกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว<sup>361</sup>

ข้อตกลงที่อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น ลักษณะหรือสภาพของการแข่งขัน และเนื้อหาของข้อตกลง เป็นต้น ลักษณะเนื้อหาของข้อตกลงที่เกี่ยวข้อง เช่น พื้นที่ เป้าหมายของการร่วมมือกัน ความสัมพันธ์ทางการแข่งขันระหว่างคู่แข่ง และขอบเขตของการตกลงร่วมกัน องค์กรประกอบเหล่านี้จะมีส่วนในการพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงร่วมกันในแนวราบอันเป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งข้อตกลงดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย 1) ลดความเป็นไปได้ในการแข่งขันของคู่แข่งอีกฝ่ายหรือบุคคลที่สาม 2) เป็นข้อตกลงที่บังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจลงทุนหรือใช้ทรัพยากรที่ทำให้ประสิทธิภาพในการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นลดลง 3) กระทบต่อผลประโยชน์ทางการเงินของผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งจนทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีอิสระในการตัดสินใจลดลง คู่แข่งอาจได้รับประโยชน์จากข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน เช่น การขึ้นราคาสินค้าหรือบริการในตลาด ผู้ประกอบธุรกิจที่ร่วมตกลงมีส่วนแบ่งตลาดมากขึ้น คู่แข่งมีความสนิทสนมกันมากขึ้น ลูกค้านักถูกจำกัดการซื้อขายกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น เป็นต้น<sup>362</sup> นอกจากนี้ ข้อตกลงร่วมกันในแนวราบอาจนำไปสู่การเปิดเผยข้อมูลและกลยุทธ์ที่เป็นการเพิ่มความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ และทำให้ผู้ประกอบธุรกิจร่วมมือกันตกลงเกี่ยวกับราคาและผลผลิตในตลาด หากผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันต่ำ (low combined market share) ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจก็มีแนวโน้มที่จะจำกัดการแข่งขันน้อยลงโดยที่ไม่ต้องวิเคราะห์ปัจจัยการจำกัดการแข่งขันที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งส่วนแบ่งตลาดร่วมกันก็ขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อตกลงประเภทต่างๆ และความแตกต่างของตลาดในแต่ละพื้นที่ด้วย<sup>363</sup>

### 3.2.2.3 ข้อยกเว้นหลัก by object และ by effect

TFEU มาตรา 101 (1) ห้ามการตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกและมีลักษณะเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันกับตลาดภายใน ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union: CJEU) อธิบายว่าเงื่อนไขดังกล่าวไม่นำไปใช้บังคับหากข้อตกลงจำกัดการแข่งขันไม่สามารถประเมินหรือรู้สึก (not appreciable) ได้ว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขันระหว่างรัฐสมาชิก ดังนั้น หากผลกระทบของ

<sup>361</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," *Official Journal of the European Union*, page 8-9.

<sup>362</sup> *ibid.* page 9-10.

<sup>363</sup> *ibid.* page 11.

ข้อตกลงไม่สามารถประเมินได้ก็อาจไม่ผิดมาตรา 101 (1) หากเป็นข้อตกลงที่เป็นความผิดเด็ดขาดในตัวเอง (by object) เพื่อกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันของตลาดภายในก็ต้องรับผิดตาม TFEU มาตรา 101(1)<sup>364</sup> คณะกรรมาธิการแห่งสหภาพยุโรป หรือ EC จึงออกประกาศเกี่ยวกับข้อตกลงที่มีความสำคัญลำดับรองซึ่งไม่สามารถประเมินผลกระทบของการจำกัดการแข่งขันภายใต้ TFEU มาตรา 101(1) เพื่อให้ศาลและหน่วยงานด้านการแข่งขันนำไปเป็นแนวทางในการปรับใช้กับ มาตรา 101(1) ซึ่งหากผู้ประกอบการสามารถชี้แจงโดยสุจริตได้ว่ามีส่วนแบ่งตลาดไม่เกินกว่าที่ EC กำหนด EC ก็จะไม่สั่งลงโทษปรับ และประกาศฉบับนี้้นำไปใช้บังคับกับการลงมติหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการ (decision) และ พฤติกรรมร่วมกันหรือแนวปฏิบัติร่วมของผู้ประกอบการ (concerted practice)

EC มีความเห็นว่าข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่สามารถประเมินผลกระทบได้หรือส่งผลกระทบต่อการแข่งขันซึ่งอาจไม่ผิดมาตรา 101(1) ได้แก่ กรณีที่ 1) ส่วนแบ่งตลาดรวม (aggregate market share) ของผู้ประกอบการทั้งหมดที่ร่วมตกลงกันไม่เกิน 10% ของตลาดที่เกี่ยวข้องที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวต้องเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันไม่ว่าจะในฐานะคู่แข่งรายใหม่หรือรายเดิมในตลาด หรือ 2) ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งภายใต้ข้อตกลงไม่เกิน 15% ของตลาดที่เกี่ยวข้องที่ได้รับผลกระทบจากข้อตกลง ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวต้องเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งกันไม่ว่าจะในฐานะคู่แข่งรายใหม่หรือรายเดิมในตลาด หากข้อตกลงดังกล่าวระบุได้ยากว่าเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งกันหรือไม่ ให้นำอัตราส่วน 10% มาใช้บังคับสำหรับตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งการแข่งขันถูกจำกัดโดยผลกระทบสะสมจากข้อตกลงในสัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยผู้จำหน่ายหลายรายแตกต่างกัน ให้อัตราส่วนของส่วนแบ่งตลาดที่เป็นตัวชี้วัดข้างต้นลดลงเหลือไม่เกิน 5% ไม่ว่าผู้เข้าร่วมข้อตกลงจะเป็นคู่แข่งกันหรือไม่ก็ตาม ส่วนผู้ขายรายเดียวที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่เกิน 5% ถือว่าส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน<sup>365</sup>

การคำนวณส่วนแบ่งตลาดจำเป็นต้องพิจารณาดตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดที่เกี่ยวข้องกันทางภูมิศาสตร์ด้วย ส่วนแบ่งตลาดคำนวณจากข้อมูลมูลค่า

<sup>364</sup> European Commission, "Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)," *Official Journal of the European Union* (30 August 2014), page 1.

<sup>365</sup> *ibid.* page 2.



หรือจำนวนซื้อขาย หากข้อมูลนั้นไม่สามารถคำนวณได้ให้นำข้อมูลด้านปริมาณการซื้อขายมาคำนวณ<sup>366</sup>

อย่างไรก็ตาม CJEU อธิบายว่าประกาศฉบับนี้ไม่ใช่บังคับกับข้อตกลงที่เป็นความผิดเด็ดขาดในตัวเอง (by object) เพื่อกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันของตลาดภายใน EC จึงไม่นำหลักการที่กล่าวมาเป็นหลักยกเว้นความรับผิด (safe harbour) ในข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นความรับผิดเด็ดขาด กล่าวคือ EC จะไม่นำหลักการที่กล่าวในประกาศมาใช้กับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอันมีลักษณะจำกัดการแข่งขันที่เป็นความผิดเด็ดขาด ได้แก่ การตกลงกันกำหนดราคาขายสินค้าให้แก่บุคคลที่สาม การตกลงกันกำหนดจำนวนสินค้า การตกลงกันแบ่งตลาดหรือลูกค้า นอกจากนี้ยังไม่บังคับใช้กับข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore restriction)<sup>367</sup>

คำว่า ผู้ประกอบการธุรกิจ คู่สัญญา ผู้จำหน่าย รวมถึงผู้ประกอบการ/กิจการที่ใกล้ชิดบุคคลเหล่านั้นด้วย ได้แก่<sup>368</sup>

1. ผู้ประกอบการธุรกิจ/กิจการไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่คู่สัญญาหรือคู่ความตกลงมีอำนาจบริหารจัดการโดยมีสิทธิออกเสียงเกินกึ่งหนึ่ง หรือมีอำนาจสั่งการเกินกึ่งหนึ่งของคณะกรรมการกำกับดูแล คณะกรรมการบริหาร หรือมีสิทธิบริหารจัดการกิจการ
2. ผู้ประกอบการธุรกิจ/กิจการไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมซึ่งคู่ความตกลงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกิจการ มีสิทธิหรืออำนาจที่ระบุในข้อ 1
3. ผู้ประกอบการธุรกิจ/กิจการที่กิจการตามข้อ 2 ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมมีสิทธิหรืออำนาจที่ระบุในข้อ 1
4. ผู้ประกอบการธุรกิจ/กิจการไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมที่คู่สัญญาหรือคู่ความตกลงร่วมกับผู้ประกอบการ/กิจการตามที่ระบุในข้อ 1 ข้อ 2 หรือข้อ 3 อื่นอย่างน้อย 1 ราย หรือผู้ประกอบการ/กิจการที่กล่าวมาในข้อ 4 อย่างน้อย 2 รายขึ้นไปมีสิทธิหรืออำนาจตามที่ระบุในข้อ 1 ร่วมกัน
5. ผู้ประกอบการธุรกิจ/กิจการที่สิทธิหรืออำนาจตามที่ระบุในข้อ 1 ถูกดำเนินการร่วมกันโดย 1) คู่สัญญาหรือคู่ความตกลงหรือบุคคลที่ใกล้ชิดตามที่ระบุในข้อ 1-4 หรือ 2)

<sup>366</sup> ibid. page 3.

<sup>367</sup> ibid.

<sup>368</sup> ibid. page 3-4.

คู่สัญญาหรือคู่ความตกลงอย่างน้อย 1 ราย หรือบุคคลที่ใกล้ชิดตามที่ระบุในข้อ 1-4 อย่างน้อย 1 ราย และบุคคลที่สามอย่างน้อย 1 ราย

สำหรับคำว่า “คู่แข่ง (competitor)” ประกอบด้วย คู่แข่งที่ทำธุรกิจในตลาดเดียวกันหรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีแนวโน้มที่จะเข้าลงทุนในตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อได้ประโยชน์ในการเพิ่มราคา การเข้าสู่ตลาดที่เกี่ยวข้องต้องเกิดขึ้นในระยะเวลาอันสั้นซึ่งขึ้นอยู่กับบริบททางเศรษฐกิจและกฎหมายของพื้นที่นั้นๆ และต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ประกอบการธุรกิจเป็นคู่สัญญากันตามข้อตกลงหรือเป็นบุคคลที่สาม<sup>369</sup>

สำหรับมาตรา 101 (3) กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่สามารถกระทำได้โดยต้องเป็นข้อตกลงที่ส่งผลดีต่อการแข่งขัน (pro-competitive effect) ภายใต้เงื่อนไข 4 ประการ<sup>370</sup> คือ 1) ข้อตกลงต้องทำให้เกิดการพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือจำหน่ายสินค้าหรือส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการ หรือทางเศรษฐกิจ (Efficiency gains) เช่นการรวมกันของผู้เชี่ยวชาญต่างสาขาทำให้คู่สัญญาเสนอสินค้าในราคาที่ต่ำกว่า คุณภาพดีกว่าหรือการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ ได้อย่างรวดเร็ว 2) การจำกัดการแข่งขันต้องมีความจำเป็นอย่างยิ่ง (Indispensability) ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันต้องมีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์โดยต้องจำกัดการแข่งขันให้น้อยที่สุด 3) ผู้บริโภคได้ส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้น (Fair share for consumers) เช่น คุณภาพสินค้า โดยการจำกัดการแข่งขันที่ส่งไปยังผู้บริโภคนั้นต้องมีความเหมาะสม 4) ข้อตกลงนั้นต้องไม่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีความสามารถในการจำกัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ (No elimination of competition)<sup>371</sup>

### 3.2.3 แนวคิดของตลาดแรงงานกับการแข่งขันทางการค้า

ตลาดแรงงานในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะได้รับความสนใจมากขึ้นโดยเฉพาะในประเด็นที่นายจ้างรวมกันหรือตกลงกันห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันและพฤติกรรมร่วมกันในลักษณะอื่นที่จำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานและการใช้อำนาจตลาดแรงงาน ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปให้อำนาจคณะกรรมการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในการวินิจฉัยข้อร้องเรียนที่เกิดขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ตลาดแรงงานในสหภาพยุโรปยังได้รับความสนใจน้อยกว่าแต่มี 3 ประเทศสมาชิกที่ให้ความสำคัญกับตลาดแรงงานในระดับสูงเทียบเท่าประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>369</sup> Slaughter and May, "The Eu Competition Rules on Horizontal Agreements," (January 2018). page 3.

<sup>370</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," Official Journal of the European Union, page 12.

<sup>371</sup> Slaughter and May, "The Eu Competition Rules on Horizontal Agreements." page 7.

ได้แก่ ฝรั่งเศส โปรตุเกส และสหราชอาณาจักร นอกจากนี้ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปหลายประเทศมีสหภาพแรงงานที่หนาแน่นกว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อสหภาพแรงงานมีอำนาจในการเจรจาต่อรองให้กับลูกจ้าง นายจ้างก็ไม่สามารถใช้อำนาจตลาดแรงงานในการกดค่าจ้างทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ใช้บังคับหรือไม่มีความจำเป็นในตลาดแรงงาน แต่ความเข้มแข็งของสหภาพแรงงานไม่ได้มีทุกประเทศในสหภาพยุโรป ลูกจ้างในหลายประเทศก็เผชิญกับอำนาจผูกขาดในตลาดแรงงานซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ยังสามารถเข้าไปควบคุมตลาดแรงงานได้ นอกจากนี้กฎหมายค่าแรงขั้นต่ำก็ให้ความคุ้มครองลูกจ้างแต่ไม่ใช่ทุกประเทศในสหภาพยุโรป ประกอบกับกฎหมายคุ้มครองแรงงานและการผูกขาดในตลาดแรงงานค่อนข้างซับซ้อน เมื่อนายจ้างมีอำนาจผูกขาดในตลาดแรงงาน การคุ้มครองแรงงานก็จะได้รับผลกระทบ ช่องว่างระหว่างค่าแรงขั้นต่ำกับค่าจ้างในระดับการแข่งขันก็มีความสำคัญในหลายอาชีพ การขับเคลื่อนแรงงานในสหภาพยุโรปก็ถูกขัดขวางโดยการบริหารจัดการและภาษาที่ใช้สื่อสารกัน เมื่อลูกจ้างมีการเคลื่อนย้ายน้อยการผูกขาดในแรงงานก็จะน้อยลง<sup>372</sup>

### 3.2.4 ขอบเขตตลาด

ในการกำหนดขอบเขตตลาด คณะกรรมาธิการยุโรปได้ให้นิยามของตลาดในบริบทของการแข่งขันไว้ว่า “นิยามของตลาดเป็นเครื่องมือในการระบุและกำหนดนิยามของการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ ตลาดทำหน้าที่เป็นกรอบให้นโยบายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าถูกนำมาปรับใช้โดยคณะกรรมาธิการ เป้าประสงค์หลักของตลาดก็คือการกำหนดข้อจำกัดในเชิงของการแข่งขันที่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องต้องเผชิญอย่างเป็นระบบ” และคณะกรรมาธิการได้แบ่งประเภทการประเมินตลาดที่เกี่ยวข้องเนื่อง ดังนี้<sup>373</sup>

#### 1. ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเนื่อง (The relevant product market)

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเนื่องให้หมายรวมถึงสินค้าและ/หรือบริการใดๆ ที่ผู้บริโภคเห็นว่าเป็นการให้สับกันหรือแทนกันได้เนื่องจากคุณลักษณะ ราคา และวัตถุประสงค์ในการใช้งาน กล่าวได้ว่าเป็นการพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคเป็นสำคัญ<sup>374</sup>

#### 2. ตลาดที่เกี่ยวข้องเนื่องในเชิงภูมิศาสตร์ (The relevant geographic market)

<sup>372</sup> Eric A. Posner and Christina A. Volpin, "Labor Monopsony and European Competition Law,"

*Concurrences competition law review*, page 2-4.

<sup>373</sup> ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อ่างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย*, หน้า. 165.

<sup>374</sup> *ibid.* หน้า 166.

ตลาดที่เกี่ยวข้องนี้ยังรวมไปถึงพื้นที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการขายหรือซื้อสินค้าหรือบริการ โดยสภาวะการแข่งขันในพื้นที่ดังกล่าวต้องมีความคล้ายคลึงกันมากพอสมควรและต้องสามารถจำแนกออกจากพื้นที่ข้างเคียงได้เพราะเหตุที่สภาวะการแข่งขันในพื้นที่ดังกล่าวมีความแตกต่างจากพื้นที่ข้างเคียงอย่างชัดเจน<sup>375</sup> หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นอาณาบริเวณหรืออาณาเขตที่ผู้ประกอบการมีส่วนเกี่ยวข้องกับอุปสงค์และอุปทานของสินค้าหรือบริการซึ่งเงื่อนไขของการแข่งขันนั้นมีความเหมือนกันและสามารถแยกแยะออกจากอาณาเขตข้างเคียงได้เนื่องจากเงื่อนไขของการแข่งขันของอาณาเขตนั้นมีความแตกต่างออกไป<sup>376</sup>

สำหรับการจ้างแรงงานนั้น โดยหลัก กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกับการจ้างแรงงานค่อนข้างพัฒนาซ้ำกว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรปมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพผู้บริโภคให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น (Consumer Welfare) ซึ่งจะไม่เชื่อมโยงถึงความเป็นอยู่ที่ดีของลูกจ้าง (Worker Welfare) แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็นำไปใช้กับอำนาจของผู้ซื้อ (แรงงาน) เช่นเดียวกัน หากสวัสดิภาพผู้บริโภคถูกประเมินด้วยผลผลิตมากกว่าพื้นที่ ความเชื่อมโยงระหว่างสวัสดิภาพผู้บริโภคและลูกจ้างก็เห็นได้ชัดเจนขึ้น กล่าวคือ หลักสวัสดิภาพผู้บริโภคมักส่งเสริมให้มีผลผลิตมากที่สุดเพื่อให้สอดคล้องกับการแข่งขัน ซึ่งจะทำให้เกิดการลดลงของราคาเพื่อผู้บริโภคและเพิ่มความต้องการจ้างงานลูกจ้าง<sup>377</sup>

### 3.2.5 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

ในปัจจุบันบทบัญญัติที่เป็นฐานทางกฎหมายที่สำคัญและถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายชั้นปฐมภูมิของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ได้แก่ บทบัญญัติของ TFEU แต่อย่างไรก็ตาม นอกจาก TFEU แล้วกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปยังมีบ่อเกิดชั้นทุติยภูมิซึ่งประกอบด้วย การออกกฎเกณฑ์และระเบียบข้อบังคับต่างๆ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันของตลาดอีกด้วย นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการยังสามารถออกแนวทางปฏิบัติ (guidelines) การสื่อสาร

<sup>375</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี, "กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง", *วารสารนิติศาสตร์*. หน้า 377.

<sup>376</sup> ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจรรย์อุลลา อ่างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย*, หน้า. 166.

<sup>377</sup> OECD, "Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp." page 5-6.

(communication) และการแจ้งเตือน (notice) และการสื่อสารรูปแบบอื่นเพื่อประโยชน์ของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้อีกด้วย<sup>378</sup>

### 3.2.5.1 สนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)

มาตรา 101<sup>379</sup>

“(1) การกระทำดังต่อไปนี้เป็นสิ่งต้องห้ามเนื่องจากขัดแย้งกับตลาดภายในของสหภาพยุโรป : ความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ การลงมติของสมาคมของผู้ประกอบการ และพฤติกรรมร่วมกันซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการค้าของรัฐสมาชิก และซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็น

<sup>378</sup> ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 121.

<sup>379</sup> TFEU Article 101

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

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

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

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.

การห้าม จำกัด และบิดเบือนการแข่งขันในตลาดภายในของสหภาพยุโรป และหากจะกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ให้หมายความรวมถึง

(ก) การกำหนดราคาซื้อหรือขาย หรือเงื่อนไขทางการค้าอื่นใดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

(ข) การจำกัดหรือควบคุมการผลิต การตลาด การพัฒนาทางเทคนิค กับคู่ค้า

(ค) การแบ่งตลาด หรือร่วมใช้แหล่งการจัดหา

(ง) การกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกันในธุรกรรมที่เหมือนกันกับคู่ค้ารายอื่น ซึ่งมีผลให้คู่ค้ารายนั้นเสียผลประโยชน์ในเชิงการแข่งขัน

(จ) การกำหนดให้การตกลงของสัญญาขึ้นอยู่กับการสนองรับของบุคคลอื่น ซึ่งมีหน้าที่ตามหนี้เสริม ซึ่งโดยสภาพของการใช้งานเชิงพาณิชย์นั้นไม่มีความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น

(2) ข้อตกลงหรือการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามวรรคหนึ่งตกเป็นโมฆะโดยทันที<sup>380</sup>

(3) บทบัญญัติตามข้อ 1. อาจถูกแจ้งไม่ให้นำมาใช้ได้ในกรณีของ

- การตกลงหรือประเภทของข้อตกลงใดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ
- การลงมติ หรือประเภทของมติใดของสมาคมผู้ประกอบธุรกิจ
- พฤติกรรมร่วมกัน หรือประเภทของพฤติกรรมร่วมกันใดๆ

ซึ่งทำให้เกิดการพัฒนาการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการ หรือทางเศรษฐกิจ ในขณะที่ต้องให้ผู้บริโภคมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้นและจะต้องไม่

(ก) กำหนดข้อจำกัดต่างๆ ที่ไม่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้ให้ผู้ประกอบธุรกิจค้าที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม

<sup>380</sup> ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อ่างถึงในศักดิ์ดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 122-123.

(ข) ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้น มีความสามารถในการจำกัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เป็นปัญหา”

สำหรับคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ (undertaking)” ตาม TFEU มาตรา 101 (1) อาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้แต่ต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ<sup>381</sup> ดังนั้น นายจ้างถือว่าเป็นผู้ประกอบการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือการค้า ส่วนลูกจ้างไม่ใช่ผู้ประกอบการตามความหมายของบทบัญญัตินี้โดยลูกจ้างจะเรียกร้องสิทธิประโยชน์ต่างๆ เช่น ต้องการค่าจ้างที่สูงขึ้น เป็นต้น ผ่านสหภาพแรงงาน การกระทำร่วมกันของลูกจ้างจึงได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตาม TFEU<sup>382</sup>

จะเห็นได้ว่า มาตรา 101 แห่ง TFEU ได้ระบุพฤติกรรมการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการไว้ 3 ประเภท ได้แก่ การตกลงหรือสัญญา (agreement) การลงมติหรือการตัดสินใจ (decision) และพฤติกรรมร่วมหรือแนวปฏิบัติร่วม (concerted practice)

### 1. การตกลงหรือสัญญา (agreement)

หากลองพิจารณาตามแนวคิดเรื่องการตกลงตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปจะเห็นได้ในเบื้องต้นว่า การตกลงนั้นจะมีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาทางแพ่ง กล่าวคือ การตกลงเกิดขึ้นเมื่อมีการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาต่อกันหรือการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องตรงกันระหว่างคู่กรณีจนเกิดเจตน์จางร่วมกันว่าจะดำเนินพฤติกรรมบางประการ ทั้งนี้ การตกลงนั้นอาจจะเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ เช่น อาจจะมีฝ่ายหนึ่งสั่งให้อีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดการแข่งขัน แล้วอีกฝ่ายยินยอมทำตามคำสั่งดังกล่าวโดยไม่อิดเอื้อน เป็นต้น นอกจากนี้ การตกลงกันอาจตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจาก็ได้ และไม่จำเป็นต้องได้ความว่าคู่กรณีมุ่งผูกพันกันทางกฎหมายแต่อย่างใด ขอเพียงแค่ว่า การตกลงดังกล่าวมุ่งให้เกิดผลลงโทษเชิงเศรษฐกิจ เชิงสังคม เชิงศีลธรรม และเชิงอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันแก่คู่กรณีฝ่ายที่ฝ่าฝืนก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น การตกลงแบบ gentlemen’s agreement ที่ไม่ได้มุ่งผลผูกพันทางกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นการตกลงตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเช่นกัน ยิ่งไปกว่านั้น การตกลงกันไม่จำเป็นต้องมีที่มาจากความสมัครใจของคู่กรณีแต่อย่างใด อาจมีที่มาจากความกลัวก็ได้ เช่น คู่กรณี

<sup>381</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal," OECD (5 June 2019). page 12.

<sup>382</sup> Rut Steinhauser Petra Linsmeier, "The Gig Economy: Antitrust Law and Self-Employed Individuals,"

[Online] Accessed: 24 January 2021. Available from:

[https://www.gleisslutz.com/en/Gig\\_Economy\\_Antitrust\\_Law\\_and\\_Self-Employed\\_Individuals.html](https://www.gleisslutz.com/en/Gig_Economy_Antitrust_Law_and_Self-Employed_Individuals.html)

ได้รับแรงกดดันจากคู่แข่งให้ทำการตกลงร่วมกัน เป็นต้น ตามที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าการตกลงกันนั้นไม่จำเป็นต้องมีลักษณะตรงตามแนวคิดของนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายแพ่งทุกประการ<sup>383</sup>

## 2. การลงมติหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการ (decision)

การลงมติหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการอันมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขัน ถือเป็น การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันได้เช่นกัน การลงมติหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการ หมายถึง มาตรการใดๆ ที่สมาคมออกมาแล้วมีผลผูกพันให้ผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกต้องปฏิบัติตาม โดยไม่ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการโดยตรงเนื่องจากในบางครั้งมติของสมาคมอาจเกิดจากความไม่เห็นด้วยของผู้ประกอบการบางรายที่เป็นเสียงข้างน้อย หรือผู้ประกอบการบางรายอาจไม่ได้อยู่ในที่ประชุมระหว่างลงมติแต่ต้องถือเอามติเสียงข้างมากเป็นหลักในการปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการก็เป็นได้

การตกลงกับมติสมาคมผู้ประกอบการมีจุดเหมือนหรือจุดต่างกันประการใด จากที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า อันที่จริงแล้วมติของสมาคมซึ่งบังคับให้สมาชิกกระทำการจำกัดการแข่งขันก็ส่งผลทางเศรษฐกิจเหมือนการตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิคนั่นเอง อย่างไรก็ตาม มติสมาคมมีความแตกต่างไปจากการตกลงในลักษณะที่ว่า การตกลงนั้นคู่กรณีทุกรายมีการแลกเปลี่ยนการแสดงเจตนาและมีเจตน์จำนงร่วมกันในอันที่จะผูกพันกันกระทำการบางประการ แต่สำหรับมติของสมาคมนั้น การที่สมาคมมีมติให้สมาชิกกระทำการใด ๆ ไม่ได้หมายความว่า ผู้ประกอบการทุกรายในสมาคมนั้นจะเห็นด้วยกับการกระทำดังกล่าว นอกจากนั้น ผู้ประกอบการบางรายอาจมิได้ร่วมลงมติดังกล่าวเสียด้วยซ้ำไป มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ในบางกรณีสมาคมอาจจะมีมติที่มีลักษณะเป็นข้อเสนอแนะแบบไม่ผูกมัดให้สมาชิกเลือกที่จะกระทำตามหรือไม่ก็ได้ กรณีเช่นนี้ก็อาจเข้าข่ายเป็นการร่วมกันในรูปแบบมติสมาคมได้เช่นกัน หากปรากฏว่าสมาชิกส่วนใหญ่ในสมาคมทำตามข้อแนะนำดังกล่าว<sup>384</sup>

## 3. พฤติกรรมร่วมกันหรือแนวปฏิบัติร่วมของผู้ประกอบการ (concerted practice)

พฤติกรรมร่วมกันหรือแนวปฏิบัติร่วมของผู้ประกอบการอันไม่ได้มีที่มาจาก การตกลงร่วมกัน หากพิจารณาจากทัศนะของศาลสหภาพยุโรปจะเห็นได้ว่าพฤติกรรมร่วมกันนั้นคือ การประสานงานกันระหว่างผู้ประกอบการในลักษณะหนึ่งที่ไม่ถึงขนาดเป็นการตกลงกัน แต่กลับ

<sup>383</sup> กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, หน้า 920-921.

<sup>384</sup> *ibid.* หน้า 922.



ส่งผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถปฏิบัติการบางอย่างร่วมกันอันเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้ อาทิ ผู้ประกอบการธุรกิจมีการติดต่อแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคาและปริมาณสินค้าต่อกัน หรือมีการส่งสัญญาณบางประการต่อกันและข้อมูลดังกล่าวนี้เองมีส่วนสำคัญในการตัดสินใจให้ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายดำเนินธุรกิจไปในทิศทางเดียวกันเพื่อลดความเสี่ยงจากการแข่งขัน<sup>385</sup> เช่น ผู้ประกอบการธุรกิจแลกเปลี่ยนกลยุทธ์ทางการค้าระหว่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันผ่านทางไปรษณีย์ อีเมล โทรศัพท์ หรือการประชุม และไม่ว่าผู้แลกเปลี่ยนข้อมูลหรือผู้ส่งข้อมูลจะมีเจตนาฝ่ายเดียวหรือเจตนาให้อีกฝ่ายทราบข้อมูลหรือไม่ก็ตาม เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกลยุทธ์ซึ่งเป็นนโยบายทางการค้าในอนาคตต่อคู่แข่งอีกฝ่าย ก็จะทำให้เกิดการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันเพิ่มขึ้น แต่การที่ผู้ประกอบการเพียงฝ่ายเดียวประกาศหรือแสดงข้อมูลต่อสาธารณะ เช่น ประกาศผ่านหนังสือพิมพ์ ไม่ถือว่าเป็นพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบการตามมาตรา 101 (1) เว้นแต่กรณีที่มีการประกาศออกสื่อประชาสัมพันธ์นั้นเป็นการเชื่อเชิญคู่แข่งเข้ามาร่วมตกลง ก็ถือว่าเป็นพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตามมาตรา 101 (1) ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป<sup>386</sup>

สำหรับ คำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” (undertaking) หมายถึง บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน บริษัท ทรัสต์ องค์กรการกุศล สหกรณ์ รัฐวิสาหกิจที่แสวงหากำไร รวมถึงองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร และอาจรวมไปถึงองค์กรภาครัฐในการกระทำบางกรณี<sup>387</sup> ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Hofner and Elser v Macrotron GmbH<sup>388</sup> ได้อธิบายไว้ว่า ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คำว่า ผู้ประกอบการธุรกิจ หมายความว่า บุคคลหรือองค์กรทุกรูปแบบที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือแหล่งที่มาของเงินทุนขององค์กรนั้น<sup>389</sup>

<sup>385</sup> ibid.

<sup>386</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," *Official Journal of the European Union*, page 14.

<sup>387</sup> ผกาวิริ์ ผาติเวทย์, "ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการตลาดร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542," หน้า. 90.

<sup>388</sup> Judgment of 23 April 1991, Case C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Hofner and Elser, Paragraph 21; Hermann-Josef Bunte, supra note 1, p.65

<sup>389</sup> กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. หน้า 928.

### 3.2.5.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรา 101 แห่งสนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรปกรณีการตกลงร่วมกันในแนวราบ

มาตรา 101 ของ TFEU ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจทำการตกลงกันห้ามมิให้สมาคมของผู้ประกอบธุรกิจมีการตัดสินใจ ห้ามมิให้มีการสร้างแนวปฏิบัติร่วมกันอันจะส่งผลเป็นการจำกัดและบิดเบือนการแข่งขันในตลาดภายในของสหภาพยุโรป โดยคณะกรรมการการยุโรปได้ให้นิยามของพฤติกรรมดังกล่าว (cartel) ว่าเป็นการที่ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นอิสระจากกันได้ร่วมมือกันเพื่อกำหนดราคา จำกัดการผลิต ร่วมกันแบ่งตลาดหรือลูกค้า ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวได้ถูกนำไปบัญญัติเป็นตัวอย่างของพฤติกรรมต้องห้ามตามมาตรา 101 ของ TFEU<sup>390</sup>

พฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (cartel) ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปนั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งการร่วมกันในแนวราบ (horizontal agreement) และแนวดิ่ง (vertical agreement) ในกรณีของการร่วมกันในแนวราบนั้นจะเป็นการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหลายรายซึ่งเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายในระดับเดียวกัน การตกลงดังกล่าวอาจมีลักษณะ<sup>391</sup> เช่น

1. ความตกลงเกี่ยวกับการตั้งราคาที่ตายตัว โดยคณะกรรมการการยุโรปได้วินิจฉัยว่าการแข่งขันด้านราคาถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นการตกลงกันเพื่อตั้งราคาขายที่ตายตัว (price-fixing cartel) จึงถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมกันเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน

2. ความตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขทางการค้า เช่น กรณี TACA ซึ่งคณะกรรมการการยุโรปได้วินิจฉัยว่า ความตกลงที่สร้างขึ้นเพื่อสร้างข้อจำกัดในการให้บริการของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อบุคคลภายนอกถือเป็นความตกลงที่จำกัดการแข่งขันตามมาตรา 101 ของ TFEU

3. ความตกลงเกี่ยวกับการจำกัดการผลิต เช่น กรณี Industrial bags ซึ่งผู้ผลิตจำนวน 16 รายซึ่งรวมแล้วมีส่วนแบ่งถึงร้อยละ 75 ของตลาดได้ตกลงกันกำหนดโควตาการผลิตโดยแบ่งตามพื้นที่ทางภูมิศาสตร์

<sup>390</sup> ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย เป็นสหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 144.

<sup>391</sup> ibid. หน้า 178-179.

4. ความตกลงเกี่ยวกับการจำกัดการจำหน่าย เช่น กรณี Peroxygen ซึ่ง คณะกรรมาธิการยุโรปได้ตัดสินลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงกันว่าจำกัดการขายสินค้าของตน เฉพาะในรัฐสมาชิกที่ตนมีฐานการผลิตเท่านั้น

5. ความตกลงคว่ำบาตรทางการค้า เช่น กรณี Belgian Wallpaper ซึ่ง คณะกรรมาธิการยุโรปได้ตัดสินว่า การที่สมาคมของผู้ผลิตกระดาษปิดผนังนั้นหยุดทำการส่งกระดาษ ปิดผนังให้กับผู้ค้าส่งกระดาษปิดผนังที่ไม่ยอมรับนโยบายการกำหนดราคาของสมาคม ถือเป็นการ จำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงประการหนึ่งตามมาตรา 101 ของ TFEU

แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้อธิบายถึงรายละเอียด องค์ประกอบความผิดตาม มาตรา 101 แห่ง TFEU ดังนี้

องค์ประกอบของ TFEU มาตรา 101 ประกอบด้วย 2 ส่วนหลัก คือ 1) มาตรา 101 (1) บัญญัติว่าความตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อการค้าของรัฐสมาชิก นั้นต้องมีวัตถุประสงค์ (by object) หรือมีผล (by effect) เป็นการห้าม จำกัด และบิดเบือนการ แข่งขันในตลาดภายในของสหภาพยุโรป และ 2) มาตรา 101 (3) กำหนดว่าความตามมาตรา 101 (1) ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันจะไม่นำมาใช้บังคับสำหรับกรณีที่มีความตกลงระหว่างผู้ประกอบการ พิจารณาเป็นประโยชน์และส่งเสริมการแข่งขันมากกว่าจำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขัน ซึ่งการ เปรียบเทียบว่าข้อตกลงใดเป็นข้อตกลงที่สนับสนุนหรือทำลายการแข่งขันต้องอยู่ภายใต้กรอบของ บทบัญญัติในมาตรา 101 (3) และหากข้อตกลงนั้นส่งผลกระทบในทางลบหรือเป็นการจำกัดการ แข่งขันมากกว่าการส่งเสริมการแข่งขัน ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามมาตรา 101 (2)<sup>392</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับ The Sherman Act มาตรา 1 ของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ TFEU มาตรา 101 แห่งสหภาพยุโรปแล้วมีการบัญญัติที่คล้ายคลึงกันโดยต้องการห้ามการตกลงระหว่างรัฐสมาชิก (ผู้ ประกอบธุรกิจ) ที่ทำให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันซึ่งบทบัญญัตินี้สามารถนำไปใช้กับ พฤติกรรมการตกลงร่วมกันในแนวราบในตลาดแรงงานได้ แต่อย่างไรก็ตาม EC ยังไม่ค่อยมีการ สอบสวนพฤติกรรมต่างๆ ที่ส่งผลต่อลูกจ้างมากเท่าใดนัก แต่ประเทศในสหภาพยุโรปมีการนำ TFEU มาตรา 101 ไปบังคับใช้กับตลาดแรงงานแล้ว เช่น ในประเทศสเปนและฝรั่งเศส ซึ่งถูกตัดสินในบริษัท

<sup>392</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," Official Journal of the European Union, page 7.

ของการผูกขาดที่มีวัตถุประสงค์ (by object) เป็นการจำกัดการแข่งขันซึ่งเท่ากับเป็นความรับผิดในตัวเอง (per se rule) ตามทฤษฎีของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>393</sup>

นอกจากนี้ หากมีการกระทำความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปไม่มีการบัญญัติการลงโทษทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมายโดยเอกชน (private enforcement) ไว้ หมายความว่า ในแต่ละรัฐสมาชิกต้องกำหนดการลงโทษเพื่อใช้กับประชาชนของตนเองโดยต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่แตกต่างกันของประเทศนั้นๆ เช่น การกำหนดอัตราค่าปรับ ระบบการชดเชยร่วมกัน เป็นต้น<sup>394</sup>

### 3.2.6 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

แม้ว่าคณะกรรมการยุโรป (European Commission: EC) และองค์การการแข่งขันระดับชาติ (National Competition Authorities : NCAs) ยังไม่มีการออกนโยบายหรือกฎระเบียบเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในเรื่องพฤติกรรมการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ และไม่มีผู้เชี่ยวชาญหรือผู้บังคับใช้กฎหมายมีโอกาสในการสืบสวนสอบสวน แต่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและศาลในประเทศสมาชิก<sup>395</sup>ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายต่อไป

อย่างไรก็ดี EC มีการออกแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ TFEU ซึ่งมาตราที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในแนวนราบ (horizontal agreement) คือมาตรา 101 ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้ นอกจากนี้ EC ยังพิจารณาข้อร้องเรียนต่างๆ ตามบริบททางเศรษฐกิจ ประเภทของข้อตกลง การรวมอำนาจตลาดของคู่สัญญาหรือผู้ประกอบการ และส่วนประกอบอื่นๆที่เกี่ยวข้อง EC ยอมรับว่ารูปแบบการร่วมธุรกิจแนวนราบส่วนใหญ่ที่ผู้ประกอบการเข้าร่วมซึ่งไม่มีอำนาจตลาด ผลกระทบที่เกิดขึ้นจะไม่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน และวัตถุประสงค์หลักด้านเศรษฐกิจในเรื่องนี้คือให้ EC เป็นผู้ตรวจสอบข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการโดยมุ่งเน้นไปที่ข้อตกลงที่ก่อความเสียหายอย่างมาก เช่น การผูกขาดทาง

<sup>393</sup> Eric A. Posner and Christina A. Volpin, "Labor Monopsony and European Competition Law," *Concurrences competition law review*. page 5-6.

<sup>394</sup> *ibid.* page 9.

<sup>395</sup> Jean-Nicolas Maillard and Chiara Conte, "New Year Resolution for Eu Antitrust Compliance Teams: "Putting Hr Practices on My Radar Screen", *Kluwer Competition Law Blog* (18 January 2019), page 2.

การค้าหรือข้อตกลงอื่นๆ ที่ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายโดยการกำหนดราคา แบ่งแยกตลาดหรือลดจำนวนการผลิต ลดนวัตกรรม หรือลดคุณภาพ ความหลากหลายของสินค้าและบริการ<sup>396</sup>

### 3.2.6.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน

การแลกเปลี่ยนข้อมูลถูกนำไปพิจารณาภายใต้ TFEU มาตรา 101 โดยในขั้นแรกต้องวิเคราะห์ว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลนั้นจำกัดการแข่งขันภายใต้มาตรา 101(1) หรือไม่ ขั้นตอนต่อไปคือมีความเป็นไปได้หรือไม่ว่าข้อตกลงนั้นเพิ่มประสิทธิภาพในตลาดภายใต้มาตรา 101(3)<sup>397</sup> การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการมักถูกพิจารณาในฐานะพฤติกรรมร่วม (concerted practice) ภายใต้มาตรา 101(1) การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการสามารถทำได้หลายรูปแบบ ได้แก่ ข้อมูลที่สามารถแลกเปลี่ยนกับคู่แข่งได้โดยตรง และข้อมูลที่สามารถแลกเปลี่ยนกับคู่แข่งได้โดยอ้อมผ่านผู้แทน เช่น องค์กรการค้า หรือบุคคลที่สาม เช่น องค์กรวิจัยตลาด หรือผ่านบริษัทผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ขายปลีก เป็นต้น<sup>398</sup> การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการที่มีเป้าหมายในการจำกัดการแข่งขันในตลาดอาจได้รับพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่มีเจตนาในตัวเอง (by object) เพื่อจำกัดการแข่งขันโดยคณะกรรมการผู้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำในตัวเองหรือไม่จะต้องวิเคราะห์บริบททางกฎหมายและเศรษฐกิจในสถานที่ที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน และจะพิจารณาถึงพฤติกรรมการแลกเปลี่ยนข้อมูลว่าสามารถนำไปสู่การจำกัดการแข่งขันในตัวเอง การแลกเปลี่ยนข้อมูลภายใต้เจตนารมณ์ของบริษัทเกี่ยวกับราคาและปริมาณสินค้าในอนาคตมักมีแนวโน้มที่นำไปสู่การร่วมมือกันจำกัดการผลิต การแจ้งให้อีกฝ่ายทราบถึงความต้องการดังกล่าวอาจทำให้คู่แข่งเข้าถึงระดับราคาที่สูงขึ้นโดยไม่ต้องเสียส่วนแบ่งตลาด และการแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวก็ไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าเป็นการส่งเสริมการแข่งขันในตลาด ดังนั้น การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งเกี่ยวกับราคาและปริมาณสินค้าในอนาคตจึงเป็นการจำกัดการแข่งขันที่มีเจตนากระทำ ความผิดในตัวเอง (restriction of competition by object) ซึ่งโดยปกติมักจะถูกพิจารณาว่าเป็นการผูกขาดทางการค้า (cartel) รูปแบบหนึ่งเนื่องจากการกำหนดราคาและปริมาณสินค้าอันเป็นความผิดภายใต้มาตรา 101 (1) ที่ไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 101 (3) ส่วนข้อตกลงจำกัดการแข่งขันที่เป็นผลกระทบ (by effect) จะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป โดยผลกระทบของการแลกเปลี่ยนข้อมูลกับสถานการณ์แข่งขันว่ามีมากกว่าและสามารถประเมินผลกระทบได้จากตัวชี้วัดการแข่งขัน

<sup>396</sup> Slaughter and May, "The Eu Competition Rules on Horizontal Agreements." page 2.

<sup>397</sup> David Wood, "Information Exchange 2019 Know How-European Union," *GCR Insight* (June 2019). page 1.

<sup>398</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," *Official Journal of the European Union*, page 13.

เช่น ราคา คุณภาพ ความหลายหลายของสินค้า หรือนวัตกรรม ซึ่งข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลจะส่งผลกระทบต่ออันเป็นการจำกัดการแข่งขันก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง เงื่อนไขทางเศรษฐกิจในตลาดที่เกี่ยวข้อง และรูปแบบของการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้วย<sup>399</sup>

ในการประเมินว่าข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) หรือไม่ คู่สัญญาต้องวิเคราะห์ว่าการแลกเปลี่ยนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขันหรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อมูลที่ใช้แลกเปลี่ยน<sup>400</sup> และลักษณะของตลาด ซึ่งลักษณะของข้อมูลที่มีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบต่อการแข่งขัน ได้แก่<sup>401</sup>

1. ข้อมูลเกี่ยวกับกลยุทธ์ของผู้ประกอบการธุรกิจ (strategic information) การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกลยุทธ์การลดความไม่แน่นอนในตลาดมักถูกพิจารณาว่าละเมิดมาตรา 101(1) ซึ่งข้อมูลดังกล่าวทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันเนื่องจากการลดอิสระในการตัดสินใจของคู่แข่ง ข้อมูลด้านกลยุทธ์อาจอยู่ในรูปแบบของราคาและปริมาณผลผลิตซึ่งความสำคัญของข้อมูลขึ้นอยู่กับการรวบรวม อายุ บริบททางการตลาดและความถี่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล

2. ความครอบคลุมตลาด (market coverage) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันต้องครอบคลุมตลาดที่เกี่ยวข้องอย่างมากพอ มิฉะนั้นคู่แข่งซึ่งที่มีได้ร่วมแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือทราบถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลก็อาจมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันนั่นเอง เช่น การลดราคาในอัตราที่ต่ำกว่าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน

3. ข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะ (individualized data) การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอันถือว่าละเมิดต่อกฎหมาย

4. อายุของข้อมูล (age of data) ข้อมูลเก่ามักมีแนวโน้มที่จะไม่ส่งผลกระทบต่ออันเป็นการจำกัดการแข่งขันเนื่องจากเป็นข้อมูลที่มักไม่เป็นประโยชน์ต่อคู่แข่งในอนาคต

5. ความถี่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล (Frequency of the information exchange) ยิ่งมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลบ่อยเท่าไร ก็มีแนวโน้มที่จะเกิดการร่วมมือกันมากขึ้นเท่านั้น

6. ข้อมูลสาธารณะ (public information) โดยปกติการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นสาธารณะโดยแท้จะไม่ผิดมาตรา 101(1) ข้อมูลที่เป็นสาธารณะโดยแท้ คือ ข้อมูลที่สามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไปอย่างเท่าเทียมกันของคู่แข่งและลูกค้าในตลาดโดยข้อมูลจะต้องมีมูลค่าไม่มาก

<sup>399</sup> ibid. page 16-17.

<sup>400</sup> ibid. page 19-21.

<sup>401</sup> Slaughter and May, "The Eu Competition Rules on Horizontal Agreements." page 9.

สำหรับลูกค้าหรือบริษัทในการแลกเปลี่ยน ด้วยเหตุนี้เอง คู่แข่งมักไม่แลกเปลี่ยนข้อมูลที่สามารถหาได้ในตลาด

### 1. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง

ในระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาด กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้เข้ามาควบคุมพฤติกรรมต่างๆ ที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจตกลงกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ (price fixing agreement) ที่อาจเป็นการลด หรือจำกัดการแข่งขัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรปไม่เพียงควบคุมพฤติกรรมต่างๆ ของผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการกำหนดราคาค่าจ้าง (wage) ซึ่งถือว่าเป็นราคาหรือต้นทุนของปัจจัยการผลิต (Input Price หรือ Price of Input) ตัวอย่าง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประเทศสเปนได้ตีความคำว่า พฤติกรรมกำหนดราคา ไว้อย่างกว้างโดยครอบคลุมถึงพฤติกรรมที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการตกลงกันกำหนดราคาเพื่อจำกัดการแข่งขัน<sup>402</sup> ดังนั้น พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อกำหนดค่าจ้างร่วมกันก็อยู่ในความหมายนี้ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าด้วย

ในตลาดแรงงานที่มีการแข่งขันกันสมบูรณ์ ผู้ประกอบธุรกิจต้องกำหนดอัตราเงินเดือน ค่าจ้าง และเงื่อนไขการจ้างเอง<sup>403</sup> สำหรับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพยากรบุคคลนั้น ค่าจ้างและสวัสดิการเพิ่มเติมถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการโดยตรงของผู้ประกอบธุรกิจ (direct operating cost) ตัวอย่าง ในอุตสาหกรรมการบินค่าใช้จ่ายในการดำเนินการโดยตรงประกอบด้วยค่าเชื้อเพลิง ค่าบำรุงรักษาเครื่องบินและค่าใช้จ่ายเพื่อการลงทุนซื้อสินทรัพย์ (capital expenditure) รวมถึงค่าจ้างนักบินด้วย ในทำนองเดียวกับกรณีของโรงเรียน เงินเดือนครูเป็นหนึ่งในค่าใช้จ่ายในการตั้งงบประมาณของโรงเรียน ซึ่งค่าจ้างนั้นถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่กำหนดไว้แบบไม่ตายตัว กล่าวคือสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามตำแหน่งงาน หรือประสิทธิภาพการทำงาน การที่ผู้ประกอบธุรกิจจะทำให้ราคาสินค้าหรือบริการนั้นคงที่ก็ทำให้รายจ่ายคงที่ด้วย ซึ่งรายจ่ายดังกล่าวรวมถึง ค่าจ้างเงินเดือน สวัสดิการต่างๆ ของลูกจ้าง นายจ้างที่แข่งขันกันในตลาดสินค้าเดียวกันมักส่งเสริมให้มีการร่วมกันกำหนดค่าจ้างเนื่องจากการกำหนดค่าใช้จ่าย(รวมถึงค่าจ้าง)ทำให้นายจ้างสามารถกำหนดราคาสินค้าให้คงที่ได้โดยอ้อม<sup>404</sup>

<sup>402</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Note by Spain," (5 June 2019), page 4.

<sup>403</sup> Jean-Nicolas Maillard and Chiara Conte, "New Year Resolution for Eu Antitrust Compliance Teams: "Putting Hr Practices on My Radar Screen", " [Kluwer Competition Law Blog](#), page 2.

<sup>404</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," [Journal of European Competition Law & Practice](#), page 16.

หลายประเทศในยุโรป การเจรจาต่อรองร่วมกัน (Collective Bargaining) เป็นประเภทหนึ่งของการกำหนดค่าจ้างหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางด้านทรัพยากรบุคคลที่ได้รับการยกเว้นมิให้นำกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาปรับใช้ เนื่องจากการเจรจาร่วมกันมีเจตนาที่จะทำให้อำนาจต่อรองระหว่างนายจ้างและลูกจ้างมีความสมดุล ตัวอย่าง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประเทศฟินแลนด์พิจารณาการเจรจาต่อรองร่วมกันว่าถูกยกเว้นจากข้อบังคับต่างๆภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้ที่ยอมรับในหลักการนี้มีความเห็นว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะถูกนำไปปรับใช้กับข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับตลาดแรงงานก็ต่อเมื่อเงื่อนไขที่ระบุในข้อตกลงที่ต่อรองร่วมกันนั้นเป็นสาระสำคัญในสัญญาจ้างแรงงานหรือเงื่อนไขการจ้าง ได้แก่ เงินเดือน เวลาทำงาน หรือเรื่องอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งทางสังคมหรือความปลอดภัยของลูกจ้าง และในขณะเดียวกัน หากข้อตกลงดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ต้องนำมาใช้บังคับ<sup>405</sup>

ข้อตกลงร่วมกันกำหนดค่าจ้าง (wage-fixing agreement) เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือคู่แข่งตกลงกันปรับเปลี่ยนโครงสร้างค่าจ้างเพื่อให้ค่าจ้างของคู่แข่งทั้งสองฝ่ายอยู่ในระดับเดียวกันหรือเหมือนกัน ผู้เขียนบทความบางท่านเห็นว่าความตกลงขัดแย้งระหว่างคู่แข่งเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้างถือว่าเป็นความพยายามกำหนดอัตราค่าจ้างอย่างชัดเจน<sup>406</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับข้อตกลงผูกขาดการกำหนดราคาสินค้า (price fixing cartel) การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเพื่อกำหนดค่าจ้างก็เปรียบเสมือนการกำหนดราคาสินค้ารูปแบบหนึ่ง เนื่องจากลูกจ้างก็คือผู้ขายแรงงานให้แก่ นายจ้างที่เป็นผู้ซื้อแรงงานซึ่งมีผลเป็นการกระทำที่ผิด TFEU มาตรา 101(1)<sup>407</sup>

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้างตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่

### (1) คดี French Temporary Work Agencies

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสั่งปรับผู้ประกอบการหลายรายเนื่องจากเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดอัตราค่าจ้างแรงงาน คณะกรรมการพบว่าในช่วงปี ค.ศ. 1989-1991 มีการกระทำเพื่อจำกัดการเพิ่มค่าตอบแทนของลูกจ้างในอุตสาหกรรมก่อสร้างโดยบริษัทตกลงกันว่าค่าจ้างต้องไม่สามารถเจรจาต่อรองได้โดยลูกจ้าง ข้อตกลงถูกบังคับใช้โดยตัวแทนแรงงานชั่วคราวที่มีส่วนในการกระทำร่วมกัน บริษัท Synergie ได้อุทธรณ์คำตัดสินนี้ต่อศาลอุทธรณ์กรุงปารีส

<sup>405</sup> ibid. page 17.

<sup>406</sup> ibid.

<sup>407</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal." page 6.



ซึ่งตัดสินว่าบริษัทมีภารกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานชั่วคราว ตกลงปฏิบัติตามกฎที่ตั้งโดยสมาคมการค้า ซึ่งต่อมาคำตัดสินนี้ถูกอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา โดยตัดสินว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นข้อตกลงจำกัด การแข่งขันทางการค้าระหว่างตัวแทนแรงงานชั่วคราว โดยที่การกำหนดเพดานเงินเดือนและสิทธิ ประโยชน์ ตัวแทนเป็นผู้ดำเนินการให้เกิดการเจรจาต่อรอง ดังนั้น พวกเขาจึงทำให้เกิดการเสนอ ข้อตกลงและกีดกันการเข้าสู่ตลาด<sup>408</sup>

### (2) คดี Dutch Hospital

คดีนี้เกี่ยวกับโรงพยาบาล 15 แห่งในเนเธอร์แลนด์ตอนใต้ตกลงกันที่จะไม่ จ่ายค่าจ้างเพิ่มเติมให้กับวิสัญญีแพทย์ ทั้งนี้ โรงพยาบาลโต้แย้งว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นไปตามความ ตกลงของคู่สัญญาภายใต้กฎหมายแรงงานซึ่งไม่สามารถนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ แต่ศาลไม่เห็นด้วย

### (3) คดี Italy modelling agencies – 2016

เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 องค์กรการแข่งขันทางการค้าของ ประเทศอิตาลี สั่งปรับเงินบริษัทผู้ดูแลศิลปินและนายแบบหรือนางแบบ 8 บริษัท (B.M. S.r.l. – Brave, D'management Group S.r.l., Elite Model Management S.r.l., Enjoy S.r.l., Major Model Management S.r.l., Next Italy S.r.l., Why Not S.r.l. and Women Models S.p.a.) และ สมาคมการค้า (Trade Association) เป็นเงิน 4.5 ล้านยูโร เนื่องจากตั้งแต่ปี ค.ศ. 2007-2015 ทั้ง 8 บริษัทและสมาคมการค้า ร่วมตกลงกันกำหนดราคาค่าจ้างและค่าใช้จ่ายอื่นที่ต้องจ่ายให้นายแบบ นางแบบ ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>409</sup>

### (4) คดี UK modelling agencies-2016

องค์กรตลาดและการแข่งขันแห่งสหราชอาณาจักร (The Competition and Markets Authority : CMA) สั่งปรับเงินบริษัทผู้ดูแลศิลปินและนายแบบหรือนางแบบ 5 บริษัท (FM Models, Models 1, Premier, Storm and Viva) และสมาคมผู้ดูแลนายแบบนางแบบ (Association of Model Agents : AMA) เป็นเงิน 1.5 ล้านปอนด์ เนื่องจากตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013-2015 ทั้ง 5 บริษัทร่วมตกลงกันกับ AMA แลกเปลี่ยนข้อมูลและกำหนดราคาค่าจ้างที่ต้องจ่ายให้

<sup>408</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*. page 18.

<sup>409</sup> Italian Competition Authority, "Model Management Services, Italian Competition Authority Fines 8 Modelling Agencies and Their Trade Association for Price Fixing," [Online] Accessed: 11 December 2020. Available from: <https://www.jdsupra.com/legalnews/model-management-services-italian-88723/>

นายแบบนางแบบโดยกำหนดเป็นอัตราขั้นต่ำ นอกจากนี้สมาคมและบริษัทผู้ดูแลนายแบบนางแบบพยายามที่จะสร้างอิทธิพลต่อสมาชิก AMA คนอื่น ๆ โดยการออกหนังสือเวียนทางอีเมลเป็นประจำซึ่งเรียกว่า “AMA Alerts” โดยเรียกร้องให้สมาชิก AMA ต่อด้านราคาที่ถูกค้าเสนอในอัตราที่ต่ำเกินไป ข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นการทำลายเศรษฐกิจ ธุรกิจ และผู้บริโภคที่ควรได้รับประโยชน์จากการแข่งขันอย่างเสรี ข้อตกลงดังกล่าวจึงละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรและ TFEU มาตรา 101 (1)<sup>410</sup>

#### (5) คำวินิจฉัยกรณี TCA v. TV Series Producers

องค์กรการแข่งขันทางการค้าประเทศตุรกี (The Turkish Competition Authority : TCA)<sup>411</sup> วินิจฉัยว่า ผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ชั้นนำ 5 รายร่วมตกลงกันไม่ให้จ้างนักแสดงคนเดียวกันและตกลงกำหนดค่าจ้างของนักแสดงเหล่านั้นในอัตราเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน แต่ในกรณีนี้ยังมีหลักฐานไม่เพียงพอที่จะเอาผิดผู้ผลิตรายการโทรทัศน์ทั้ง 5 รายแต่ TCA ก็แจ้งว่าผู้ผลิตทั้ง 5 รายต้องหลีกเลี่ยงการตกลงที่ห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกันและข้อตกลงกำหนดราคาค่าจ้างเนื่องจากเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>412</sup>

#### (6) คำวินิจฉัย TCA กรณีการกำหนดค่าจ้างของคนขับรถบรรทุก

เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2020 TCA ได้พิจารณาตัดสินกรณีการกำหนดราคาค่าจ้างของคนขับรถบรรทุกคอนเทนเนอร์ทางบกไปยังท่าเรือโดยข้อตกลงกระทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ 47 ราย ซึ่ง TCA ตรวจสอบพยานหลักฐานที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นพูดคุยกันผ่านทาง WhatsApp เกี่ยวกับการตรึงหรือกำหนดราคาคนขับรถบรรทุก เช่น “...ฉันคิดว่าทุกคนควรกำหนดราคาค่าจ้างรายวันของคนขับรถ เบี้ยเลี้ยง และประโยชน์ต่างๆที่พวกเขาได้รับ พวกเขาจะได้ไม่ลาออก...” “... เรียน เพื่อนๆทุกท่าน กรุณาอย่าเพิ่มค่าจ้างให้คนขับรถโดยไม่ได้แลกเปลี่ยนข้อมูลกันผ่านกลุ่มนี้...” “...เรามีการกำหนดค่าจ้าง และเบี้ยเลี้ยง สำหรับปีหน้าหรือไม่ ฉันคิดว่าถ้าพวกเราตกลงร่วมกันในเรื่องนี้ ก็จะทำให้คนขับรถของเราไม่เปลี่ยนงานไปทำกับบริษัทอื่น...” ในการพิจารณาบท

<sup>410</sup> Competition and Markets Authority, "Model Agencies Fined £1.5 Million for Price Collusion," [Online] Accessed: 11 December 2020. Available from: <https://www.gov.uk/government/news/model-agencies-fined-15-million-for-price-collusion>

<sup>411</sup> แม้ว่าประเทศตุรกีไม่ได้เป็นประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตุรกีได้นำสนธิสัญญากำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพยุโรป (TFEU) ไปปรับใช้ ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยตลอดจนคำพิพากษาของศาลในประเทศตุรกีมีความสำคัญ จึงนำมาใช้ประกอบการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

<sup>412</sup> Mehmet Salan Barış Yüksel, "A Brief Analysis of Competition Law Enforcement in Labor Markets and the Approach of the Turkish Competition Authority," *Kluwer Competition Law Blog* (July 11, 2019 ). page 2.

สนทนานี้ TCA แยกพิจารณาเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ 1) พฤติกรรมดังกล่าวทำให้เกิดการผูกขาดการซื้อหรือไม่ ในประเด็นนี้ TCA มีความเห็นว่า ข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันเป็นข้อตกลงที่แสดงถึงการผูกขาดการซื้อ (ในที่นี้ผู้ประกอบการเป็นผู้ซื้อแรงงาน) ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตุรกี ซึ่งการผูกขาดการซื้อแรงงาน (wage-fixing cartel) มีลักษณะเดียวกับการกำหนดราคาสินค้า (price fixing) นอกจากนี้ TCA ยังวิเคราะห์ต่อไปว่า ผู้ประกอบการทั้งหลายในฐานะนายจ้างมีอุปสงค์หรือความต้องการซื้อในตลาดแรงงาน ในขณะที่คนขับรถบรรทุกในฐานะลูกจ้างมีอุปทานหรือความต้องการขายในตลาดแรงงาน ดังนั้น TCA จึงสรุปว่าข้อตกลงกำหนดค่าจ้างเป็นการผูกขาดการซื้อระหว่างนายจ้างถือเป็นความรับผิดเด็ดขาด (per se) ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตุรกี 2) ตลาดแรงงานนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ TCA พิจารณาว่า ผู้ประกอบการมักมีแนวโน้มที่จะแย่งลูกจ้างของคู่แข่งที่มีความสามารถโดยเสนอค่าตอบแทนที่เพิ่มขึ้น ดังนั้น ค่าจ้างที่สูงขึ้นเป็นส่วนประกอบในการตัดสินใจของลูกจ้างว่าจะยอมรับหรือไปทำงานกับคนที่เสนอค่าจ้างที่สูงกว่าหรือไม่ การกำหนดค่าจ้างร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจึงเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด นอกจากนี้ TCA ยังเน้นย้ำว่า ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาดในตลาดแรงงานอาจลดค่าจ้างได้โดยไม่ต้องเสียลูกจ้างของตนเองไป การกำหนดค่าจ้างจึงส่งผลกระทบต่อลูกจ้างและผู้บริโภค TCA จึงมีความเห็นว่าตลาดแรงงานสามารถนำไปบังคับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ 3) ประเมินผลกระทบของพฤติกรรมตกลงร่วมกันกำหนดค่าจ้างที่มีต่อการแข่งขันในตลาด ในประเด็นนี้ TCA พิจารณาว่าการกำหนดค่าจ้างร่วมกันนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบอย่างเพียงพอต่อตลาดแรงงานเนื่องจากในระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา ค่าจ้างที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจ่ายให้ลูกจ้างใกล้เคียงกับค่าแรงขั้นต่ำที่รัฐบาลตุรกีกำหนด นอกจากนี้ TCA ยังพบว่าผู้ประกอบการรายใหญ่ยังจ่ายค่าจ้างมากกว่าผู้ประกอบการรายเล็ก และ TCA วินิจฉัยว่ามีผู้ประกอบการที่ทำธุรกิจขนส่งทางบกในตลาดกว่า 200 ราย มีเพียง 47 รายเท่านั้นที่ตกลงร่วมกันกำหนดค่าจ้างถือว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ทำให้เกิดการผูกขาดการซื้ออย่างมีนัยสำคัญในตลาดแรงงาน และยังพบว่าคนขับรถมีการเปลี่ยนงานเป็นจำนวนมากพอสมควร ดังนั้นการร่วมกันกำหนดค่าจ้างจึงไม่เป็นการกีดกันลูกจ้างที่จะเปลี่ยนงาน ดังนั้น TCA จึงตัดสินใจว่าข้อตกลงกำหนดค่าจ้างส่งผลกระทบอย่างไม่เพียงพอในตลาดแรงงาน จึงไม่ส่งหนังสือแจ้งเพื่อดำเนินการสอบสวนเต็มรูปแบบกับนายจ้างเหล่านั้น กล่าวโดยสรุป TCA มีความเห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าสามารถนำไปปรับใช้กับตลาดแรงงานได้และข้อตกลงร่วมกับระหว่างนายจ้างเพื่อกำหนดค่าจ้างเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเดียวกับข้อตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งลูกค้า (customer allocation) และข้อตกลงกำหนดราคาสินค้า (price-fixing) ซึ่งข้อตกลงทั้งหมดเหล่านี้ถือเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและเป็นความรับผิดเด็ดขาด (per se) และ TCA ยังพิจารณาให้บทสนทนาใน WhatsApp นำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการสอบสวนได้ แต่ผลกระทบต่อตลาดแรงงานของ

ข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอาจถูกนำไปพิจารณาเพื่อประเมินความผิด ประกอบพฤติกรรมการต่างๆ ได้ในอนาคต<sup>413</sup>

*(7) AdC Recommendation to the Portuguese Football Federation (FPF)*

เมื่อเดือนมิถุนายน ปี 2020 องค์กรแข่งขันทางการค้าแห่งโปรตุเกส (Autoridade da Concorrência: AdC) ได้ออกคำแนะนำแก่สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติแห่งประเทศไทย โปรตุเกส (FPF) ให้งดเว้นการจำกัดค่าจ้างของสโมสรที่เข้าร่วมแข่งขันในลีกฟุตบอลหญิง โดยแจ้งว่าการกำหนดเพดานเงินสูงสุดอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยความเสียหายจะเกิดกับแฟนบอลและผู้บริโภคที่ซื้อตั๋วเข้าไปชมเกมการแข่งขัน และส่งผลต่อนักฟุตบอลที่ไม่สามารถได้รับค่าจ้างที่ดีกว่าได้ ตลอดจนทำให้คุณภาพของการแข่งขันฟุตบอลลดลง<sup>414</sup>

**2. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว**

การแลกเปลี่ยนข้อมูลอื่นๆที่ไม่ใช่ค่าจ้าง แต่เป็นข้อมูลเกี่ยวกับการจ้างงานของลูกจ้างที่ผู้ประกอบการร่วมตกลงกัน ก็มีความเกี่ยวข้องและอยู่อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

ความเกี่ยวข้องของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่ใช่บริบทของทรัพยากรบุคคล<sup>415</sup>

**(1) ประโยชน์ของการแลกเปลี่ยนข้อมูล**

ในบริบทของการแข่งขัน คู่แข่งอาจแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อส่งเสริมการแข่งขันกันได้ ซึ่งมีประโยชน์คือการแลกเปลี่ยนข้อมูลทำให้คู่แข่งสามารถวิเคราะห์อุปสงค์หรือความต้องการในตลาดและทำให้คู่แข่งสามารถปรับเปลี่ยนกิจกรรมการผลิตโดยผลิตสินค้าเดิมให้น้อยลงหรือหยุดการผลิต นอกจากนี้ยังทำให้ผู้บริโภคมีเกณฑ์การเปรียบเทียบคุณภาพและราคาสินค้า ซึ่งการแลกเปลี่ยนข้อมูลอาจไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ได้

<sup>413</sup> Baran Can Yildirim Bahadır Balki, Celal Duruhan Aydınli,, "Turkish Competition Authority Reiterates: Labor Market Is Subject to Competition Law Enforcement," *Kluwer Competition Law Blog* (May 13, 2020). page 1.

<sup>414</sup> Autoridade da Concorrência (AdC), "Labour Market Agreements and Competition Policy," Preliminary Version for Public Consultation (April 2021). page 37.

<sup>415</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*. page 21.

## (2) มุมมองการแข่งขันทางการค้ากับการแลกเปลี่ยนข้อมูล

การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งเพิ่มความโปร่งใสในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ในทางกลับกันก็ทำให้การดำเนินการระหว่างคู่แข่งเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดได้ หน่วยงานด้านการแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่พิจารณาการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคา (ราคาตามจริง, ราคาตลาด, ราคาที่เพิ่มขึ้น, ราคาคืน) รายชื่อลูกค้า ราคาสินค้า อัตราการลาออก ยอดขาย แผนการตลาด ความเสี่ยง การลงทุน เทคโนโลยี โปรแกรมการวิจัยและพัฒนา และปริมาณสินค้าว่าเป็นการแลกเปลี่ยนเชิงกลยุทธ์และสรุปว่าเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง<sup>416</sup> ศาลยุโรปได้ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งมีความผิดในตัวเองหรือผิดตามหลักเหตุผล (object and effect) ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ตัวอย่าง คณะกรรมการการค้าแห่งสหราชอาณาจักรเห็นว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างโรงเรียนเอกชนเพื่อเพิ่มค่าธรรมเนียมและระดับค่าเทอมโรงเรียนประจำเป็นการบิดเบือนการแข่งขันในสหราชอาณาจักรเนื่องจากข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่ข้อมูลสาธารณะ เช่นเดียวกับคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งเดนมาร์กตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยสมาคมคมนาคมขนส่งแห่งเดนมาร์ก การคมนาคมระหว่างประเทศ ได้สร้างและประชาสัมพันธ์ข้อมูลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางการขนส่งทางบกที่คาดการณ์ไว้ซึ่งเป็นการจำกัด การแข่งขันทางการค้าแบบเด็ดขาดเนื่องจากทำให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างสมาชิกสมาคมและนำไปสู่การสร้างมาตรฐานทางราคา และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งฝรั่งเศสปรับโรงเรียนหรู 5 แห่งในปารีสที่แลกเปลี่ยนข้อมูลกันเพื่อกำหนดราคา<sup>417</sup> ส่วนข้อมูลสาธารณะ ข้อมูลเก่า ถือว่าเป็นข้อมูลสามารถแลกเปลี่ยนร่วมกันได้ ไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากมีแนวโน้มที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด<sup>418</sup>

การแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านทรัพยากรบุคคล ปรากฏตามตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้

### (1) T-Mobile Case

<sup>416</sup> European Commission, "Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements," *Official Journal of the European Union*, page c11/19.

<sup>417</sup> *ibid.* page 21.

<sup>418</sup> Joakim Johansson, "Article 101 Tfeu Exchange of Information" (Master of Law, Ghent University, Faculty of Law, 2015). page 17-19.

ผู้ประกอบการธุรกิจโทรคมนาคมเคลื่อนที่ 5 แห่งประชุมกันในปี ค.ศ. 2001<sup>419</sup> ประเด็นการประชุมที่พูดถึงคือการลดค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่ผู้จัดจำหน่ายโดยการแลกเปลี่ยนข้อมูล ความลับ เช่น ค่าคอมมิชชั่นที่จ่ายให้ผู้จัดจำหน่ายของผู้ประกอบการธุรกิจ 5 แห่ง ผู้ประกอบการธุรกิจอ้างว่าการประชุมไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ศาลมีความเห็นว่าการประชุมเป็นการกระทำที่เพียงพอแล้วในการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>420</sup>

### (2) Turkish Competition Board's Current Approach

#### (ก) Private Schools Association Case

TCB ตัดสินว่าการประชุมระหว่างโรงเรียนเอกชนเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเงินเดือนครู ทุนการศึกษาที่ให้นักเรียน และค่าธรรมเนียมการสอน เป็นการกระทำที่จำกัดการแข่งขันทางการค้า

#### (ข) Cement Case

TCB ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งเกี่ยวกับค่าจ้างและค่าตอบแทนของลูกจ้างถือว่าเป็นพฤติกรรมร่วมกันต่อต้านการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยฝ่ายทรัพยากรบุคคลของบริษัท Cement ได้จัดการประชุมเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเงินเดือน การเคลื่อนไหวแรงงานและข้อมูลอื่นเกี่ยวกับการจ้างงานของบริษัท แต่อย่างไรก็ดี TCB ได้สรุปว่าไม่มีนัยยะของข้อตกลงที่ผิดกฎหมายระหว่างคู่แข่งเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เรื่องนี้จึงถูกปฏิเสธที่จะสอบสวนต่อไป<sup>421</sup>

### (3) คดี France floor coverings - 2017

องค์กรการแข่งขันทางการค้าประเทศฝรั่งเศส (The French Competition Authority: FCA) สั่งปรับผู้ผลิตพื้น PVC และเสื่อน้ำมัน และสมาคมการค้าเป็นเงิน 302 ล้านยูโร<sup>422</sup>

<sup>419</sup> Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] ECR I-4529.

<sup>420</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*, page 10.

<sup>421</sup> *ibid.* page 26.

<sup>422</sup> French Competition Authority, "The French Competition Authority Fines Floor Coverings Cartel €302 Million and Changes its Competition Compliance Policy," [Online] Accessed: 11 December 2020. Available from: <https://www.osborneclarke.com/insights/the-french-competition-authority-fines-floor-coverings-cartel-e302-million-and-changes-its-competition-compliance-policy/>

เนื่องจากมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน กล่าวคือ 1) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001-2011 ผู้ผลิตพื้นหลายรายได้ประชุมลับกันเพื่อกำหนดข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันโดยประชุมเรื่องนโยบายการขายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลดหรือกำจัดการแข่งขันในตลาดสินค้าประเภทพื้น PVC และเสื่อน้ำมัน การประชุมร่วมกันมีทั้งที่จัดในโรงแรม ร้านอาหาร หรือร้านอาหาร และมีการประชุมลับผ่านทางโทรศัพท์ 2) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990-2013 ผู้ผลิตได้ประชุมเป็นรายไตรมาสและรายปีเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นความลับเกี่ยวกับปริมาณสินค้า รายรับรายจ่าย การคาดการณ์ปริมาณซื้อขายที่จะเกิดขึ้น และเพื่อให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลถูกจับตามองหรือเห็นได้ชัดผู้ผลิตจึงเปลี่ยนจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันทางอีเมลหรือเอกสาร ไปเป็นการนำเสนอข้อมูลในที่ประชุมแทน ดังนั้น FCA จึงวิเคราะห์พฤติการณ์ต่างๆ แล้วสรุปว่าเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและสั่งปรับเป็นเงิน 302 ล้านยูโร

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป มักจะพิจารณาลักษณะข้อมูลที่อ่อนไหวที่อาจผิดกฎหมาย ได้แก่ ข้อมูลที่อ่อนไหวเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอันอาจนำไปสู่การกำหนดค่าจ้าง ส่วนข้อมูลอื่นๆ ที่อ่อนไหวเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงาน ยังไม่มีกฎหมาย แนวปฏิบัติและคดีชั้นสู่ศาลเลย

### 3. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง<sup>423</sup>

ผู้ว่าจ้างตนเอง (self-employed worker) หมายถึง ผู้ประกอบอาชีพที่เป็นเจ้าของธุรกิจและดำเนินธุรกิจเองโดยไม่มีนายจ้างแต่อาจมีผู้ช่วยเหลือในงานบางอย่างก็ได้ ซึ่งค่าตอบแทนจากการทำงานที่ได้รับมาจากลูกค้า เช่น ช่างภาพ นักข่าว นักแสดง ดิวเตอร์สอนพิเศษ ผู้รับจ้างปรึกษาผ่านระบบออนไลน์ เป็นต้น ความเกี่ยวข้องสำคัญ 2 ประการของการทำงานด้วยตนเองในมุมมองของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่

(1) การประกอบอาชีพอิสระอาจถูกมองว่าเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันได้หากมีการตกลงร่วมกันกับผู้ประกอบวิชาชีพอิสระอีกรายหนึ่งเพื่อกำหนดราคาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

(2) ผู้ประกอบอาชีพอิสระมักไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและไม่ได้รับค่าตอบแทนและสวัสดิการเหมือนลูกจ้างทั่วไป ประกอบกับไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองอันอาจทำให้ไม่ได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม

<sup>423</sup> OECD, "Competition Concerns in Labour Markets." page 29.

นอกจากนี้ คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจ หรือ undertakings ตาม TFEU มาตรา 101 (1) อาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ<sup>424</sup> ซึ่งห้ามการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ (undertakings) เพื่อปกป้อง จำกัด หรือกีดกันการแข่งขัน ดังนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพหรือผู้ว่าจ้างตนเองมีสิทธิในการเจรจาต่อรอง เช่น ค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้าง ผู้ประกอบวิชาชีพหรือผู้ว่าจ้างตนเองจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจ (undertakings) ภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรปเนื่องจากพวกเขาเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยตนเองและด้วยสิทธิของตนเอง<sup>425</sup> และมีอิสระในการตัดสินใจและกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในตลาด ประกอบกับมีอิสระในการบริหารจัดการความเสี่ยงทางด้านการเงินและการค้าจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในตลาด ตัวอย่าง ผู้ประกอบอาชีพอิสระหรือผู้ว่าจ้างตนเองที่ถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามนิยามของ TFEU มาตรา 101 (1) เช่น แพทย์ ทันตแพทย์ นักบัญชี เป็นต้น หากเป็นผู้ว่าจ้างตนเองตัวปลอมหรือเสมือน (false self-employed worker) ก็จะไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจอย่างอิสระในการเจรจาตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นๆได้แต่ถือว่าเปรียบเสมือนเป็นลูกจ้าง เนื่องจากพวกเขามีเป้าหมายเพื่อให้ได้เงินค่าจ้างหรือค่าตอบแทนและถูกจ้างจากผู้ประกอบธุรกิจอีกรายโดยไม่มีอิสระในการต่อรองแต่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายต่างๆ แทน เช่น กฎหมายภาษี เป็นต้น และต้องปฏิบัติตามกฎหมายของนายจ้าง เวลา สถานที่ หรือเงื่อนไข โดยไม่มีการร่วมกันรับความเสี่ยงทางเศรษฐกิจกับนายจ้าง<sup>426</sup> ตัวอย่าง คดี *Uber BV v. Aslam*<sup>427</sup> ศาลอุทธรณ์ประเทศอังกฤษพิพากษาว่า พนักงานขับ Uber ถือเป็นลูกจ้างเนื่องจากมีการเข้าถึงค่าแรงขั้นต่ำและค่าจ้างในวันหยุด ซึ่งพิพากษาเหมือนกับคดีก่อนหน้า คือ คดี *R v. Central Arbitration Committee*<sup>428</sup> ที่พิพากษาว่า Deliveroo Driver เป็นลูกจ้าง ซึ่งศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่าในการพิพากษานั้นจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงของแต่ละคดีเป็นกรณีๆ ไป<sup>429</sup> นอกจากนี้ในคดี *Netherlands-theDutchorchestracase-2007*<sup>430</sup> คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์พิจารณาข้อตกลงกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับนักดนตรีว่าเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป โดยศาลตัดสินว่าข้อตกลง

<sup>424</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal." page 12.

<sup>425</sup> Lex Mundi, "Global Competition Law Report," (April 2020). page 39.

<sup>426</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal." page 12-13.

<sup>427</sup> *Uber BV v. Aslam* (2018) EWCA Civ 2748.

<sup>428</sup> *R (on the application of the IWGB) v. Central Arbitration Committee* (2018) EWHC 3342.

<sup>429</sup> Lex Mundi, "Global Competition Law Report." page 39.

<sup>430</sup> Daniel Savrin Mark Krotoski, Brian Rocca, Omar Shah, Vishal Shah, Dora Wang., "No-Poaching and

Wage Fixing Agreements and Antitrust Laws," [Online]. Available from:

<https://www.morganlewis.com/events/2019/05/-/media/AA1A52297C06489FAE43EBA9BED26BEC.ashx>. page 58.



ที่เป็นการเจรจาต่อรองระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเพื่อพัฒนาแรงงานและเงื่อนไขการจ้างไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) แต่ถ้าเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับผู้ว่าจ้างตนเองต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) ส่วนคดี *Ireland-voiceoveractors-2003*<sup>431</sup> คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไอร์แลนด์ ตัดสินว่าผู้ว่าจ้างตนเองที่เป็นนักแสดงไม่อาจกำหนดราคาหรือเงื่อนไขการจ้างร่วมกันได้ เนื่องจากข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นข้อตกลงกำหนดราคาร่วมกันอันละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเองจะผิดกฎหมายเมื่อผู้ว่าจ้างตนเองที่ประกอบอาชีพนั้นๆ แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทน อันอาจทำให้เกิดการกำหนดราคาได้

อย่างไรก็ดี ในหลายประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นผู้ว่าจ้างตนเองโดยเฉพาะผู้ประกอบอาชีพที่เกี่ยวกับศิลปะ ดนตรี การแสดงและสื่อสารมวลชนให้ร่วมกันเจรจาต่อรอง (Collective Bargaining) ได้ เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้มีตัวเลือกในการประกอบอาชีพในตลาดที่จำกัดเช่น กฎหมายของออสเตรเลียอนุญาตให้ผู้ประกอบอาชีพอิสระสามารถตกลงกับผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าได้ เช่น นักหนังสือพิมพ์หรือนักข่าวอิสระสามารถเจรจาค่าตอบแทนกันได้ หรือกฎหมายเยอรมนีอนุญาตให้นักเขียนและนักข่าวสามารถเจรจาทกลงค่าจ้างกันได้ หรือในประเทศเดนมาร์ก สหภาพแรงงานในนามของนักข่าว ผู้ทำภาพมิติ ผู้ออกแบบกราฟฟิกสามารถเจรจาค่าจ้างที่จะได้รับได้<sup>432</sup> ผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้จึงมิใช่ลูกจ้างแต่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจหรือบุคคลอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างได้

### 3.2.6.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

#### 1. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no-poaching agreement)

ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no-poaching agreement) เป็นข้อตกลงในแนวราบระหว่างผู้ประกอบการ 2 รายขึ้นไปว่าจะไม่แย่งตัวหรือจ้างลูกจ้างของกันและกัน ข้อตกลงลักษณะนี้มักเกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีลูกจ้างเป็นแรงงานที่มีฝีมือหรือมีทักษะขั้นสูงซึ่งมีจำนวนน้อย และนายจ้างต้องการเก็บลูกจ้างเหล่านั้นไว้ทำงานกับตนเนื่องจากการลงทุนให้ลูกจ้างไปฝึกอบรมจนมีความสามารถเพิ่มมากขึ้น ข้อตกลงลักษณะนี้มักเกิดขึ้นกับลูกจ้างที่มีความรู้หรือทักษะสูง (High Skilled Workers) ซึ่งนายจ้างมีอยู่อย่างจำกัด และอาจเกิดกับลูกจ้างที่มีทักษะต่ำที่ได้รับค่าจ้างต่ำ

<sup>431</sup> *ibid.*

<sup>432</sup> OECD, "Employment Outlook 2019 " [Online] Accessed: 19 October 2020 Available from: [https://abdigm.meb.gov.tr/meb\\_iys\\_dosyalar/2019\\_06/13160416\\_OECD\\_EMPLOYMENT\\_OUTLOOK\\_2019.pdf](https://abdigm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2019_06/13160416_OECD_EMPLOYMENT_OUTLOOK_2019.pdf). page 208.

(Less Skilled Workers) เช่นเดียวกัน<sup>433</sup> ในสหภาพยุโรปอาจไม่ถูกให้ความสำคัญมากเท่ากับในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่หลายประเทศในสหภาพยุโรปก็นำประเด็นมาพิจารณาและแนะนำว่าต้องให้ความสำคัญมากในอนาคตโดยมีแนวโน้มที่จะนำแนวปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้มาวิเคราะห์และปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง และข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement)<sup>434</sup>

ข้อตกลงระหว่างบริษัทคู่แข่งซึ่งบริษัทหนึ่งตกลงที่จะไม่ชักชวนหรือแย่งชิงลูกจ้างของบริษัทอื่นอาจมีประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตามการตกลงดังกล่าวเป็นการยกระดับความท้าทายต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้เขียนจะกล่าวถึงพฤติการณ์ภายใต้ข้อตกลงห้ามชักจูงหรือห้ามจ้างลูกจ้างของบริษัทอื่น โดยวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรปว่าความตกลงแบบใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือต่อต้านนโยบายสาธารณะ<sup>435</sup> อันมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดปลายน้ำและหากข้อตกลงลักษณะดังกล่าวทำให้ลูกจ้างได้รับค่าจ้างน้อยลง ก็จะทำให้แรงงานมีจำนวนและคุณภาพต่ำกว่าที่ควรจะเป็นในอนาคต<sup>436</sup>

หากข้อตกลงห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้ว ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งในลักษณะที่สมรู้ร่วมคิดกันห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างก็ละเมิดกฎหมายด้วย เช่น ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่ชักจูงแรงงานของบริษัทอื่นโดยพยายามคว่ำบาตรหรือลดอำนาจตลาดของคู่แข่งอาจถือว่าการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของแผนการผูกขาด ดังนั้น ในคดีเกี่ยวกับข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างจึงรวมถึงการสมรู้ร่วมคิดกันกระทำข้อตกลงดังกล่าวด้วย<sup>437</sup> ซึ่งประเทศในสหภาพยุโรปคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในบางประเทศพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่ทำให้เกิดการผูกขาดอย่างกว้างขวางอันเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่ก่อความเสียหายต่อตลาดอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) ซึ่งถือว่าเป็นความลับเด็ดขาดในตัวเอง (by object) นอกจากนี้ ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันอาจส่งผลต่อค่าจ้างของลูกจ้างในทางอ้อม กล่าวคือเป็นกลยุทธ์

<sup>433</sup> Jean-Nicolas Maillard and Chiara Conte, "New Year Resolution for Eu Antitrust Compliance Teams: "Putting Hr Practices on My Radar Screen", " [Kluwer Competition Law Blog](#). page 2.

<sup>434</sup> Lex Mundi, "Global Competition Law Report." page 40.

<sup>435</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," [Journal of European Competition Law & Practice](#). page 3.

<sup>436</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal." page 7.

<sup>437</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," [Journal of European Competition Law & Practice](#).

การกำหนดราคาค่าจ้างทางอ้อม (indirect wage fixing) ด้วย<sup>438</sup> ตัวอย่าง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศสเปนพิจารณาว่าการตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันเป็นข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันโดยสิ้นเชิงและถือว่าเป็นการผูกขาดที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ (cartel) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศโปรตุเกสได้พิจารณากรณีสมาคมฟุตบอลที่มีการแบ่งตลาดและตกลงร่วมกันกำหนดราคาว่าเป็นการผูกขาดการแข่งขันทางการค้า<sup>439</sup>

ดังนั้น ผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันออกเป็น 2 ส่วนย่อย ได้แก่ 1) ข้อตกลงห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Anti-competitive Non-Solicitation Agreement) และ 2) การสมรู้ร่วมคิดกันแย่งตัวลูกจ้าง (Collusive Poaching Agreement)

### (1) ข้อตกลงห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Anti-competitive Non-Solicitation Agreement)

สำหรับข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป ปราบกฏตั้งคำพิพากษาของศาลในคดีดังต่อไปนี้

#### (ก) คดีทางการแพทย์ในประเทศเนเธอร์แลนด์

ศาลอุทธรณ์ (The Court of Hertogenbosch) ในประเทศเนเธอร์แลนด์พิพากษาว่าข้อตกลงห้ามชักชวนลูกจ้างระหว่างโรงพยาบาล 18 แห่งละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเนเธอร์แลนด์ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเป็นการลด จำกัดการแข่งขันในวิสัญญีแพทย์อันเป็นความผิดเด็ดขาด (by object) และเกินสมควรแก่เหตุตามหลักเหตุและผล (by effect) ในความพยายามที่จะตกลงกับวิสัญญีแพทย์ที่มีอยู่อย่างจำกัด โรงพยาบาล 15 แห่ง ตกลงกันจัดโครงการ “ทำงานด้วยกันเรียนรู้ด้วยกัน (Working together educating together)” ให้แก่วิสัญญีแพทย์ ในข้อตกลงได้มีการระบุข้อห้ามจ้างวิสัญญีแพทย์ของกันและกันที่ผ่านการฝึกอบรมในโครงการนี้ แม้ว่าวิสัญญีแพทย์ไม่ได้ทำงานให้กับโรงพยาบาลหนึ่งแล้วก็ไม่สามารถเปลี่ยนไปทำงานกับอีกโรงพยาบาลเป็นเวลา 12 เดือนได้ ซึ่งโรงพยาบาลอ้างว่าข้อตกลงนี้มีความจำเป็นในการรับรองคุณภาพของการบริการทางการแพทย์แต่ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย ซึ่งจากข้ออ้างของโรงพยาบาลสมาคมลูกจ้างวิสัญญีแพทย์แห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ให้เหตุผลว่าศาลชั้นต้นไม่พิพากษาว่าข้อตกลงนี้

<sup>438</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal." page 9.

<sup>439</sup> Eric A. Posner and Christina A. Volpin, "Labor Monopsony and European Competition Law," *Concurrences competition law review*. page 6.

ละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเนเธอร์แลนด์เนื่องจากโรงพยาบาลทุกแห่งที่กล่าวมาเป็นคู่แข่งกันในตลาดบริการทางการแพทย์และตลาดแรงงาน<sup>440</sup>

(ข) คดีเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศในประเทศฝรั่งเศส

คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคือบริษัท Reuters Financial Software และบริษัท Sophis ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าลูกจ้างของ Reuters ฟ้องว่าเขาถูกเลิกจ้าง ทำให้ไม่มีเงินเดือนจากที่เคยได้รับ 15,000 ยูโรต่อเดือน จนได้รับผลกระทบทางการเงินเนื่องจากข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างระหว่าง Reuters และ Sophis ศาลฎีกาฝรั่งเศสเห็นพ้องกับศาลชั้นต้น ว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของคู่แข่งทั้งสองเป็นการจำกัดเสรีภาพขั้นพื้นฐานของการประกอบอาชีพและขัดแย้งกับนโยบายสาธารณะ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้นำกฎหมายแรงงานและกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาปรับใช้แทนที่จะนำหลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้<sup>441</sup>

(ค) คดี Kores Manufacturing Co Ltd v Kolok Manufacturing Co., Ltd. ในสหราชอาณาจักร

คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยคือบริษัท Koreska และบริษัท Kolok อ้างว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างระหว่างบริษัทนั้นสามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน และไม่ละเมิดนโยบายสาธารณะเนื่องจากลูกจ้างสามารถหางานอื่นๆ ที่คล้ายกันได้ ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่าข้อตกลงระหว่างคู่แข่ง 2 รายที่กำหนดให้บริษัทที่จะจ้างลูกจ้างของอีกบริษัทต้องได้รับความยินยอมจากบริษัทนั้นก่อน เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันทางการค้า ข้อเท็จจริงที่คู่สัญญากำหนดข้อตกลงนั้นโดยความเสมอภาคหรือมีเสรีภาพในการทำสัญญาถือว่าเป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งการจำกัดดังกล่าวไม่สอดคล้องกับประโยชน์ของคู่สัญญาอย่างสมเหตุสมผล และเป็นการกีดกันโจทก์จากการจ้างงาน ต่อมาในคดี Esso Petroleum Co. Ltd. V Harper's Garage (Stourport) Ltd. [1968] A.C. 269 ศาลได้พิพากษาว่าการจำกัดการแข่งขันในลักษณะที่ห้ามจ้างลูกจ้างของคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ใช่ประโยชน์ของคู่สัญญาเนื่องจากขัดต่อประโยชน์ส่วนรวม<sup>442</sup>

(ง) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาคมโรงเรียนเอกชนแห่งประเทศตุรกี Turkish Private Schools Association Case and Henkel Turkey Case

<sup>440</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*, page 6-7.

<sup>441</sup> *ibid.* page 7-8.

<sup>442</sup> *ibid.* page 8-9.

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาคมโรงเรียนเอกชนแห่งประเทศไทย Private Schools Association<sup>443</sup> โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย (Turkish Competition Board: TCB) ตรวจสอบว่าการกระทำของโรงเรียนเอกชนและสมาคมโรงเรียนเอกชนละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ โดยที่โรงเรียนและสมาคมตกลงกันหรือร่วมกันมีพฤติกรรมในการประชุมร่วมกันกำหนดราคาค่าธรรมเนียมโรงเรียน ค่าจ้าง และทุนการศึกษา<sup>444</sup> และรวมนโยบายที่เกี่ยวกับลูกจ้างเข้ากับนโยบายของสมาคมเป็น “นโยบายจริยธรรม (Ethics Policy)” ซึ่ง TCB ชี้แจงว่านโยบายจริยธรรมมีเงื่อนไขว่า ห้ามจ้างลูกจ้างหรือห้ามเปลี่ยนตัวลูกจ้างระหว่างโรงเรียนเอกชนด้วยกันซึ่งเป็นการจำกัดความสามารถของครูในการย้ายจากโรงเรียนหนึ่งไปอยู่อีกโรงเรียนหนึ่งที่เป็นคู่แข่ง หากโรงเรียนเอกชนรายใดไม่ปฏิบัติตามก็就会被ไล่ออกจากสมาคม TCB พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อตกลงห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างครูระหว่างโรงเรียนเอกชนด้วยกันและการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว ได้แก่ ค่าจ้าง ค่าธรรมเนียมการศึกษา เป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งทางสมาคมพยายามชี้แจงว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นเพียงนโยบายไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ TCB ไม่เห็นพ้องด้วย และยังมีคำวินิจฉัยว่าเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่อยู่ในนโยบายจริยธรรมดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคและอาจเป็นอุปสรรคต่อการขับเคลื่อนแรงงานและกีดกันอิสราภาพของครูไม่ให้เปลี่ยนงาน อย่างไรก็ตาม TCB มิได้เป็นถ้อยคำสอบสวนเต็มรูปแบบ แต่ส่งคำเตือนและข้อควรระวังให้กับโรงเรียนว่าห้ามมีส่วนร่วมในพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันในลักษณะนี้<sup>445</sup>

อีกกรณีหนึ่ง TCB วินิจฉัยกรณีอดีตลูกจ้างของบริษัท Henkel Turkey ร้องว่ามีข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างโดยไม่ได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร ระหว่างบริษัทผู้ผลิตเคมีภัณฑ์ในประเทศตุรกี 6 ราย ได้แก่ Henkel Turkey, Dow Turkey, Sika, Bostik, Forbo, และ HB Fuller โดยข้ออ้างนั้นระบุว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างดังกล่าวมีผลบังคับใช้กับบริษัทคู่แข่งในช่วงระยะเวลาห้ามแข่งขันตามที่บริษัทกำหนดไว้ในสัญญา อย่างไรก็ตาม TCB พบว่าระยะเวลาห้ามแข่งขันดังกล่าวบริษัทตกลงไว้ที่ 2 ปีและสามารถกระทำได้ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวลูกจ้างจะได้รับค่าตอบแทนแม้จะไม่ได้ทำงานกับ Henkel ก็ตาม จึงต่างจากกรณีของ Private Schools Association<sup>446</sup> ซึ่ง TCB ยืนยันว่า แม้ว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างระหว่างคู่แข่งจะมีผลใช้บังคับ แต่กรณีนี้ไม่เป็นการละเมิด

<sup>443</sup> Private Schools Association Case No. 11-12/226-76, 03 March 2011

<sup>444</sup> Barış Yüksel, M. S., "A Brief Analysis of Competition Law Enforcement in Labor Markets and the Approach of the Turkish Competition Authority," *Kluwer Competition Law Blog*, page 2.

<sup>445</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*, page 9.

<sup>446</sup> Henkel Case No. 11-32/650-201, 26 May 2011.

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหากบริษัทกระทำเพื่อประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายโดยปกป้องความรู้เชิงปฏิบัติการ (Know-how) ของตนจากคู่แข่ง<sup>447</sup>

(จ) คำวินิจฉัยคดี Spain – freight-forwarding – 2010

เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 คณะกรรมาธิการการแข่งขันทางการค้าระดับชาติประเทศสเปน (The Council of the National Competition Commission : CNC) ได้ทำการปรับเงิน 8 บริษัทขนส่ง เป็นจำนวน 14 ล้านยูโรเนื่องจากได้ทำข้อตกลงกันห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันหากมิได้รับอนุญาตจากอีกฝ่าย โดย CNC พิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวละเมิด TFEU มาตรา 101 และมาตรา 1 แห่ง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของสเปนหรือ Spanish Competition Act (LDC)<sup>448</sup>

(ฉ) คำวินิจฉัยคดี CCA vs. Gemicro d.o.o., Zagreb

เมื่อวันที่ 31 มิถุนายน ค.ศ. 2014 องค์กรการแข่งขันของประเทศโครเอเชีย (Croatian Competition Agency : CCA) ได้รับคำร้องจากบริษัท Modulus เกี่ยวกับพฤติกรรมของ Gemicro ซึ่งเป็นบริษัทเกี่ยวกับ IT โดยได้ทำข้อตกลงกับบริษัทให้เข้าซึ่งเป็นลูกค้าของ Gemicro ว่าห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกัน ซึ่งข้อตกลงกำหนดข้อห้ามอันเป็นการกีดกันการแข่งขันโดยห้ามจ้างงานหรือเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับลูกจ้างของกันและกันตลอดอายุสัญญา CCA พิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศโครเอเชีย<sup>449</sup>

(ช) คำวินิจฉัยคดี CCA vs. KOIOS savjetovanje d.o.o., Zagreb

CCA ได้รับคำร้องว่า บริษัท KOIOS และบริษัท BILOG สมรู้ร่วมคิดกันทำข้อตกลงห้ามจ้าง แยกตัว หรือชักชวนลูกจ้างของอีกฝ่ายไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าจะส่วนบุคคล ธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือทำให้ลูกจ้างอีกฝ่ายลาออกจากงานเพื่อไปทำงานกับตนโดยปราศจากความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากอีกฝ่ายหนึ่ง CCA พิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศโครเอเชีย<sup>450</sup>

<sup>447</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*. page 10.

<sup>448</sup> European Commission, "Spain: Competition Authority (Cnc) Imposes Fines on Freight Forwarding Cartel " [Online] Accessed: 11 December 2020. Available from: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04\\_2010/es\\_freight.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/es_freight.pdf)

<sup>449</sup> OECD, "Competition Issues in Labour Markets – Note by Croatia," (5 June 2019). page 2.

<sup>450</sup> *ibid.* page 3.

## (2) การสมรู้ร่วมคิดกันแย่งตัวลูกจ้าง (Collusive Poaching Agreement)

ข้อตกลงแย่งลูกจ้างระหว่างคู่แข่งอีกประเภทคือข้อตกลงการสมรู้ร่วมคิดกันแย่งตัวลูกจ้าง กล่าวคือ คู่แข่งที่ตกลงจำกัดการแข่งขัน ตกลงแย่งลูกจ้างที่สำคัญ เช่น กรรมการผู้จัดการ ของคู่แข่งอีกฝ่ายที่ไม่ได้ตกลงจำกัดการแข่งขัน ในคดี *Pre-insulated Pipes* ศาลยุติธรรมเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน เช่น การกำหนดราคา การแบ่งตลาด เป็นต้น เห็นพ้องที่จะแย่งลูกจ้างที่เป็นกำลังสำคัญของคู่แข่งที่ไม่ได้ร่วมตกลงด้วย การกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงร่วมแข่งขันนั้นได้ทราบข้อมูลภายในบริษัทคู่แข่งและเป็นการทำลายธุรกิจของคู่แข่งผ่านการส่งผลกระทบต่อลูกค้าของคู่แข่ง เช่น การร่วมกันจ้างกรรมการผู้จัดการหรือลูกจ้างที่สำคัญของคู่แข่งโดยการเสนอเงินเดือนและเงื่อนไขพิเศษอย่างชัดเจนและแลกเปลี่ยนอัตราเงินเดือนที่จ่ายให้พนักงานระหว่างกัน คณะกรรมการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของแผนการที่จะทำให้เกิดความเสียหายหรือกำจัดคู่แข่งออกจากตลาด<sup>451</sup>

จากกรณีที่อธิบายข้างต้น ศาลได้สนับสนุนข้อตกลงห้ามชักชวนหรือจ้างลูกจ้างอันเป็นการจำกัดการแข่งขันในหลายสถานการณ์ เช่น ข้อตกลงการให้บริการที่ผู้ให้บริการประสงค์จะปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างเป็นธรรมหรือข้อตกลงที่จำกัดการเคลื่อนไหวแรงงานแต่มีความจำเป็นในข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวราบ อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ ข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่ห้ามจ้างหรือชักชวนลูกจ้างของอีกฝ่ายถือเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและในบางกรณีอาจผิดหลักนโยบายสาธารณะด้วย ซึ่งในหลายกรณีหากไม่มีข้ออ้างอย่างสมเหตุสมผลเกี่ยวกับประโยชน์ทางธุรกิจ พฤติกรรมการตกลงกันนั้นมักถูกตีความโดยศาลว่าเป็นการพยายามจำกัดการเคลื่อนไหวแรงงานในตลาด ในขณะที่ทุกศาลนำหลักการป้องกันการผูกขาดไปตัดสินซึ่งหลักการที่ใช้ได้แก่ประโยชน์สาธารณะที่ปกป้องลูกจ้างเกี่ยวกับการเคลื่อนไหวแรงงาน เช่น กรณี *Reuters* ที่ศาลฎีกาฝรั่งเศสตัดสินว่าข้อตกลงห้ามชักชวนลูกจ้างเป็นข้อตกลงที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน หรือในกรณี *Kores Manufacturing Co Ltd v Kolok Manufacturing Co., Ltd.* ที่พิพากษาว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ส่วนในกรณีอดีตลูกจ้างของบริษัท *Henkel Turkey* ร้อง *TCB* นั้น ผู้เขียนบทความนี้มีความเห็นว่าคำวินิจฉัยของ *TCB* ทำให้เกิดความสับสนในการใช้หลักผลประโยชน์ทางธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อปกป้อง Know-how เพราะข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่แข่งก็ตกลงกันห้ามสรรหาลูกจ้างของคู่แข่งอีกฝ่ายซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการขับเคลื่อน

<sup>451</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*, page 12-13.

แรงงานและนำไปสู่ผลกระทบด้านอื่นเกี่ยวกับการต่อต้านการแข่งขันด้วย ฉะนั้น กรณีของ Henkel คงไม่สามารถนำไปใช้เป็นแนวปฏิบัติหรือเทียบเคียงกับกรณีที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหรือกรณีที่ TCB เคยวินิจฉัยมาแล้ว<sup>452</sup>

ในแต่ละคดีหรือคำวินิจฉัยนั้นอาจมีความแตกต่างกัน แต่จะมีแนวทางที่เป็นจุดร่วมตรงกันคือนายจ้างควรระมัดระวังในการเข้าร่วมตกลงห้ามจ้างหรือห้ามชักชวนลูกจ้างกับคู่แข่ง เนื่องจากการจำกัดการแข่งขันตามข้อตกลงดังกล่าวเป็นการจำกัดการขับเคลื่อนแรงงาน (labour mobility) นอกจากนี้ผู้เขียนบทความนี้ได้อธิบายพฤติกรรมตามข้อตกลงที่ยอมรับได้ ได้แก่ กรณีที่ นายจ้างระบุเงื่อนไขอย่างมีเหตุผลที่ถูกต้องตามกฎหมายและข้อตกลงนั้นต้องมีเหตุผลเพิ่มเติมจากขอบเขตของข้อตกลงและลูกจ้างต้องได้รับคำบอกกล่าวก่อนหรือให้โอกาสลูกจ้างที่จะตอบรับหรือปฏิเสธได้ ทั้งนี้ แม้ว่าลูกจ้างจะได้รับคำบอกกล่าวแต่การพิจารณาของศาลในหลายคดีก็แสดงให้เห็นว่าศาลอาจปฏิเสธข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่เป็นการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวได้โดยไม่คำนึงถึงการแจ้งหรือการเปิดเผยข้อตกลงให้ลูกจ้างทราบเนื่องจากลูกจ้างอาจไม่มีอำนาจต่อรอง ประกอบกับข้อตกลงดังกล่าวละเมิดประโยชน์สาธารณะและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>453</sup>

## 2. ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement)

องค์ประกอบของสัญญาแฟรนไชส์คือการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น เครื่องหมายการค้า สิ่งประดิษฐ์ หรือองค์ความรู้ เพื่อใช้และจำหน่ายสินค้าหรือบริการ การกำหนดเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ว่าห้ามแฟรนไชส์ซีจ้างลูกจ้างของอีกแฟรนไชส์ซีและการห้ามลูกจ้างในการหางานอื่นนอกเหนือจากแบรนด์ที่ตนเองทำอยู่ เนื่องจากผู้ประกอบการได้ลงทุนให้ลูกจ้างในการอบรมและการลงทุนอื่นๆที่ทำให้ลูกจ้างสามารถทำงานได้ ซึ่งแฟรนไชส์ซีคนอื่นๆก็ไม่ควรแย่งลูกจ้างไป<sup>454</sup> ตัวอย่าง คำวินิจฉัยของ TCA v. Bfit<sup>455</sup> Bfit ซึ่งเป็นศูนย์ออกกำลังกายและมีแฟรนไชส์หลายแห่งมีการจัดทำสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่าแฟรนไชส์ซีต้องไม่จ้างลูกจ้างที่เคยทำงานกับแฟรนไชส์ซีอื่นหรือคู่แข่งหรือจ้างลูกจ้างที่กำลังทำงานอยู่กับแฟรนไชส์ซีอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็น

<sup>452</sup> *ibid.* page 14.

<sup>453</sup> *ibid.* page 14-15.

<sup>454</sup> Molly M. Donovan and Patrick S. Opdyke, "Courts Unwilling to Condemn Franchise No-Poach Provision under the Per Se Rule," (23 December 2019). page 2

<sup>455</sup> Banş Yüksel, M. S., "A Brief Analysis of Competition Law Enforcement in Labor Markets and the Approach of the Turkish Competition Authority," *Kluwer Competition Law Blog*, page 3.



ลายลักษณ์อักษร ซึ่ง TCA พิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างที่ละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในแรงงาน

### 3.2.6.3 ข้อตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน

#### 1. ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement)

นอกจากข้อตกลงที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) ในหลายประเทศของยุโรป เช่น เบลเยียม ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี ลักเซมเบิร์ก โปแลนด์ และเนเธอร์แลนด์ ข้อตกลงลักษณะนี้ถือว่ายอมรับกฎหมายภายใต้กฎหมายแรงงานและกฎหมายแพ่งหากช่วงระยะเวลา ขอบเขตพื้นที่ที่ใช้ และกิจกรรมภายใต้สัญญา มีขอบเขตจำกัดที่สมเหตุสมผลโดยจะไม่ตกอยู่ภายใต้ TFEU มาตรา 101 อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎีของการแข่งขันมุ่งหมายพิจารณาเรื่องการจำกัดการเคลื่อนย้ายของแรงงานโดยใช้สถานะของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการจำกัดการแข่งขัน (abuse of dominant position) โดยผู้ประกอบการมีปัญหาได้ถูกยกขึ้นมาในการสัมมนาซึ่งจากรายงานของมหาวิทยาลัย Finnish Aalto ได้เสนอทางออกเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการให้ผู้ประกอบการจ่ายค่าชดเชยแก่ลูกจ้างหากมีการใช้ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้างในทุกๆ ช่วงเวลาแต่การจ่ายค่าชดเชยดังกล่าวก็ไม่สามารถป้องกันนายจ้างจากการใช้ข้อตกลงดังกล่าวได้เนื่องจากนายจ้างมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า<sup>456</sup>

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union: CJEU) ได้พิจารณาข้อยกเว้นสำหรับข้อตกลงที่ห้ามลูกจ้างทำงานกับคู่แข่งหรือทำกิจการแข่งขันกับนายจ้างในกรณีเมื่อข้อตกลงหลัก (main agreement) ไม่เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันแล้ว ข้อตกลงรองหรือข้อตกลงเพิ่มเติมที่แม้ว่าจะจำกัดการแข่งขัน (restrictive ancillary clause) ก็ถือว่าเป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันที่จะต้องรับผิดชอบภายใต้ TFEU มาตรา 101 (1) โดยไม่ต้องพิสูจน์ by object และ by effect ทฤษฎีนี้เรียกว่า “ทฤษฎีข้อตกลงข้างเคียง (ancillary restraints doctrine)” ซึ่ง CJEU ได้นำคำตัดสินที่เคยพิจารณามาปรับใช้โดยข้อตกลงที่เป็นการกำหนดเพิ่มเติมจากข้อตกลงหลักจะถือว่าเป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมต้องเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการได้แก่<sup>457</sup>

<sup>456</sup> Eric A. Posner and Christina A. Volpin, "Labor Monopsony and European Competition Law," *Concurrences competition law review*. page 6.

<sup>457</sup> Dagne Sabockyte, "Non-Compete Clauses as Ancillary Restraints: Are Non-Compete Clauses with an Indefinite Duration Always Illegal?" FACULTY OF LAW, Stockholm University, December 2016). page 27.

1. **หลักความจำเป็น (necessity)** ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมต้องมีความจำเป็นต่อข้อตกลงหลัก (objective necessity) ตัวอย่าง คดี *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*<sup>458</sup> เกี่ยวกับข้อตกลงการค้าที่ผู้ผลิตเครื่องจักรก่อสร้างให้สิทธิแก่ผู้จัดจำหน่ายของตนแต่เพียงผู้เดียวในการขายเครื่องจักรในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งศาลมีความเห็นว่า การจำกัดการแข่งขันที่มีความจำเป็นเพื่อให้ได้ส่วนแบ่งตลาดในพื้นที่ตลาดใหม่เป็นเป้าหมายที่ถูกกฎหมายและส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในเชิงบวก ดังนั้น ข้อตกลงลักษณะนี้จึงไม่ต้องห้ามตาม TFEU มาตรา 101(1) หลังจากนั้นศาลได้พิพากษาในคดี *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission*<sup>459</sup> CJEU พิจารณาว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันที่ตัดสิทธิผู้ขายเดิมออกจากระบบจำหน่ายเนื่องจากมีความจำเป็นต้องสร้างและคงไว้ซึ่งระบบการจำหน่าย เป็นข้อตกลงที่สามารถทำได้ นอกจากนี้ในคดี *Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission*<sup>460</sup> เป็นกรณีที่ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันถูกระบุในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ CJEU อธิบายว่าข้อตกลงดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบรรลุผล แต่ในคดี *Remia and Others v Commission*<sup>461</sup> เกี่ยวกับสัญญาซื้อขาย 2 ฉบับใน 2 ธุรกิจ ซึ่งมีข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามแข่งขัน (non-compete clauses) เพื่อปกป้องผู้ซื้อจากการแข่งขันจากผู้ขายเป็นเวลา 10 และ 5 ปี CJEU จึงพิเคราะห์ว่าข้อตกลงห้ามแข่งขันดังกล่าวสนับสนุนการแข่งขันโดยการทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้และสัญญาไม่อาจบังคับใช้ได้ หากปราศจากข้อตกลงจำกัดการแข่งขันโดยข้อตกลงนั้นต้องจำกัดเฉพาะช่วงเวลาและภายใต้ขอบวัตถุประสงค์เท่านั้น EC โต้แย้งว่าระยะเวลา 4 ปี เป็นระยะเวลาที่เหมาะสมส่วน CJEU มีความเห็นว่าการที่จะระบุระยะเวลาเท่าใดเหมาะสมหรือไม่ จะต้องพิจารณาองค์ประกอบและความซับซ้อนของเศรษฐกิจด้วยดังนั้น CJEU จึงยืนยันว่า ระยะเวลาที่มากกว่า 4 ปีนั้นทำให้ข้อตกลงผิด TFEU มาตรา 101(1)<sup>462</sup>

นอกจากนี้ ในคดี *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*<sup>463</sup> เกี่ยวกับสัญญาแฟรนไชส์ซึ่งมีข้อตกลงให้สิทธิแก่แฟรนไชส์ซีขายสินค้าของแฟรนไชส์ซอร์ใน 3 เมืองของประเทศเยอรมนี นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวยังระบุข้อจำกัดของแฟรนไชส์ซีเพื่อคงไว้ซึ่งคุณภาพของสินค้าและบริการตามที่แฟรนไชส์ซอร์ระบุ การพิจารณาเบื้องต้น

<sup>458</sup> Case 56/65 *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*, EU:C:1966:38.

<sup>459</sup> Case C-26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission*, EU:C:1977:167, (*Metro I*),

<sup>460</sup> Case 258/78 L.C. *Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission*, EU:C:1982:211

<sup>461</sup> Case 42/84, *Remia and Others v Commission*, EU:C:1985:327, (*Remia and Nutricia*)

<sup>462</sup> Dagne Sabockyte, "Non-Compete Clauses as Ancillary Restraints: Are Non-Compete Clauses with an Indefinite Duration Always Illegal?." page 28-29.

<sup>463</sup> Case 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, EU:C:1986:41.

โดย CJEU ต้องปกป้ององค์ความรู้ภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ หากข้อจำกัดมีความจำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าแฟรนไชส์ซอร์ถ่ายทอดองค์ความรู้ให้กับแฟรนไชส์ซีโดยปราศจากความเสียหายที่ข้อมูลอาจรั่วไหลไปยังคู่แข่งที่เป็นบุคคลที่สาม ข้อจำกัดดังกล่าวก็ไม่ต้องห้ามตาม TFEU มาตรา 101(1) และเงื่อนไขที่มีเป้าหมายที่จำเป็นเพื่อเอกลักษณ์และชื่อเสียงของสินค้าแฟรนไชส์ก็ไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) เช่นเดียวกัน หากสัญญาแฟรนไชส์ทำให้เกิดการแบ่งแยกตลาดระหว่างแฟรนไชส์ซีกับ แฟรนไชส์ซอร์หรือระหว่างแฟรนไชส์ซีด้วยกัน ข้อจำกัดนั้นถือว่าไม่จำเป็นและต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของ TFEU มาตรา 101(1)<sup>464</sup>

ส่วนคดี Gøttrup-Klim Growwareforening and Others v Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA<sup>465</sup> คดีนี้มีข้อตกลงจำกัดการแข่งขันโดยห้ามสมาชิกสหกรณ์การเกษตรเข้าไปมีส่วนร่วมในองค์กรคู่แข่ง CJEU พิจารณาว่าข้อตกลงนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) แห่ง TFEU เนื่องจากมีความจำเป็นเพื่อการทำงานของสหกรณ์และคงไว้ซึ่งอำนาจตามสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผู้ผลิต

จากคดีที่กล่าวมา CJEU อธิบายชัดเจนว่าข้อจำกัดที่ไม่ผิดมาตรา 101(1) ต้องมีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่จำเป็นต่อสัญญาหลัก นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาระยะเวลา ส่วนข้อจำกัดที่ทำให้เกิดข้อตกลงแบ่งตลาดถือว่าผิดกฎหมาย นอกจากนี้ ในคดี Métropole télévision (M6) and Others v Commission<sup>466</sup> CJEU วินิจฉัยในหลักการว่าการพิจารณาทางกฎหมายต้องดูว่าหากสัญญาหลักไม่สามารถดำเนินไปโดยปราศจากข้อจำกัด ข้อจำกัดนั้นก็มีความจำเป็น<sup>467</sup>

**2. หลักความได้สัดส่วน (proportionality)** ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมต้องได้สัดส่วนกับข้อตกลงหลัก การประเมินความได้สัดส่วนในทฤษฎีนี้สามารถพิจารณาได้จากคดี Remia and Others v Commission ที่ CJEU วินิจฉัยว่าข้อตกลงห้ามแข่งขันมีความจำเป็นแม้ว่าระยะเวลาที่ห้ามนั้นจะเกินกว่าความได้สัดส่วน ดังนั้น จึงสามารถทำได้ในกำหนดเวลาที่อยู่ระหว่างการบังคับใช้สัญญาตามวัตถุประสงค์ที่กำหนด ส่วนในคดี Métropole télévision (M6) and Others v Commission บริษัทเกี่ยวกับโทรทัศน์ในฝรั่งเศสหลายบริษัทต้องการรวมก่อตั้งบริษัทโทรทัศน์ดาวเทียม ในข้อตกลงคู่สัญญาตกลงกันว่าจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจการที่แข่งขันกับบริษัท

<sup>464</sup> Dagne Sabockyte, "Non-Compete Clauses as Ancillary Restraints: Are Non-Compete Clauses with an Indefinite Duration Always Illegal?." page 30.

<sup>465</sup> Case C-250/92, Gøttrup-Klim Growwareforening and Others v Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA, EU:C:1994:413.

<sup>466</sup> Case T-112/99 Métropole télévision (M6) and Others v Commission, EU:T:2001:101

<sup>467</sup> Dagne Sabockyte, "Non-Compete Clauses as Ancillary Restraints: Are Non-Compete Clauses with an Indefinite Duration Always Illegal?." page 31.

ใหม่ที ก่อตั้งขึ้นเป็นเวลา 10 ปี ประเด็นนี้ได้ถูกแจ้งไปยัง EC ซึ่ง EC ระบุว่าข้อตกลงห้ามแข่งขันจำกัดได้เพียง 3 ปีเท่านั้น คำตัดสินของ EC จึงถูกนำขึ้นสู่ศาลชั้นต้น ซึ่งคู่สัญญาโต้แย้งว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันมีความจำเป็นต่อการบังคับใช้สัญญาหลัก ศาลได้อธิบายว่าหากระยะเวลา รายละเอียด และขอบเขตของข้อจำกัดมีมากกว่าความจำเป็นในการทำให้สัญญามีผลบังคับใช้ ถือว่าข้อจำกัดดังกล่าวไม่เป็นข้อจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมและต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1)<sup>468</sup>

**3. หลักความเกี่ยวข้องโดยตรง** ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อตกลงหลัก (direct relation to the main agreement) กล่าวคือ ข้อจำกัดเพิ่มเติมต้องไม่ใช่นองประกอบของข้อตกลงหลักแต่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับใช้ข้อตกลงหลักและเชื่อมโยงกันโดยไม่สามารถแยกจากกันได้ ซึ่งข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับข้อตกลงหลักและมีเจตนาทำให้การติดต่อทางธุรกิจราบรื่นขึ้นไม่ว่าข้อตกลงจำกัดการแข่งขันเพิ่มเติมจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกับข้อตกลงหลักหรือไม่ก็ตาม<sup>469</sup>

#### 3.2.6.4 ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด

ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอาจไม่ผิดกฎหมายหากเป็นการตกลงร่วมกันเพื่อรวมธุรกิจ (merger) อันถือว่าไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดแรงงาน ในบางประเทศ เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ใ้ให้การควบรวมที่ต่อต้านการแข่งขันแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นการควบรวมที่ถูกต้องกฎหมายโดยมีความจำเป็นมากกว่าการปกป้องการแข่งขันแม้จะส่งผลกระทบต่อตลาดแรงงานก็ตาม แต่การตัดสินกรณีนี้มักถูกตัดสินโดยเจ้ากระทรวงหรือรัฐมนตรีโดยถือว่านโยบายทางด้านอุตสาหกรรมเหนือกว่านโยบายด้านการแข่งขัน ตัวอย่าง กระทรวงอาจกลับคำหรือปฏิเสธคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแต่จะเพิ่มเงื่อนไขบางประการเพื่อปกป้องการจ้างงานหรือช่วยฟื้นฟูอุตสาหกรรมควบคู่ไปกับการให้ความสำคัญต่อการจ้างงาน<sup>470</sup> นอกจากนี้ สัญญากิจการร่วมค้า (joint venture) และการรับจ้าง outsourcing ก็อาจเป็นข้อตกลงที่ถูกกฎหมายหากใช้ในระยะเวลาและพื้นที่ที่จำกัด

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป ยอมรับข้อตกลงห้ามชักชวนหรือแย่งชิงลูกจ้างของบริษัทอื่นว่าถูกต้องตามกฎหมายหากบริษัทมีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงและมีความจำเป็นในการรวมตัวกันของบริษัท (directly related and necessary to the implementation

<sup>468</sup> ibid. page 31-32.

<sup>469</sup> ibid. page 32-33.

<sup>470</sup> Eric A. Posner and Christina A. Volpin, "Labor Monopsony and European Competition Law," *Concurrences competition law review*. page 8.

of concentration) ในกรณี Kingfisher/Großlabor - Case No IV/M.1482 (12 April 1999) Kingfisher ผู้ค้าปลีกอุปกรณ์ไฟฟ้า มีอำนาจควบคุมบริษัท Wegert ในประเทศเยอรมนี คณะกรรมาธิการฯ พิจารณาข้อบังคับเกี่ยวกับการห้ามชักจูงลูกค้าในสัญญาซื้อขายของผู้บริหารของ Wegert ว่าเป็นข้อจำกัดเสริมหรือเพิ่มเติม (ancillary restraint) ซึ่งสามารถกระทำได้ เช่นเดียวกับ กรณี ICI/Williams- Case No IV/M.1167 (29 April 1998) ICI มีหุ้นส่วนมากที่สุดในบริษัท Williams คณะกรรมาธิการฯ พิจารณาข้อตกลงห้ามชักจูงลูกค้าของ Williams ภายในเวลา 2 ปี หลังจากการทำธุรกรรมสิ้นสุดลงนั้นว่าถูกต้องตามกฎหมายเนื่องจากบริษัทมีความเกี่ยวข้องกัน โดยตรงและมีความจำเป็นในการรวมตัวกันของบริษัท นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการฯ ได้ปรับใช้กับ กิจกรรมร่วมค้า (Joint Venture) ด้วย เช่น กรณีของ BASF/INEOS/STYRENE/JV – Case No COMP/M.6093 (1 June 2011) คณะกรรมาธิการฯ ไม่ได้คัดค้านข้อตกลงห้ามจูงลูกค้าที่สำคัญ ของบริษัทภายในระยะเวลาที่กำหนดหลังจากปิดกิจการ<sup>471</sup>

### 3.3 เขตบริหารพิเศษฮ่องกง

เขตบริหารพิเศษฮ่องกง (“ฮ่องกง”) ได้รับการจัดอันดับให้เป็นเมืองที่มีเสรีภาพทางเศรษฐกิจ อยู่ในอันดับต้นๆ ของโลกมาอย่างยาวนานกว่า 20 ปีติดต่อกัน ซึ่งในรายงานประจำปี 2563 ฉบับล่าสุดของสถาบัน IMD (International Institute for Management Development) ได้จัดให้ ฮ่องกงเป็นเมืองที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจเป็นอันดับ 5 ของโลกจากการสำรวจ ทั้งหมด 63 ประเทศ โดยวัดจากดัชนีหลัก 4 ตัว คือ 1) สมรรถนะทางเศรษฐกิจ (economic performance) 2) ประสิทธิภาพของภาครัฐ (government efficiency) 3) ประสิทธิภาพของภาค ธุรกิจ (business efficiency) และ 4) โครงสร้างพื้นฐาน (infrastructure) โดยดัชนีหลักที่ฮ่องกง สามารถคว้าอันดับสูงสุดคือประสิทธิภาพของภาครัฐ โดยเฉพาะในส่วนของกฎหมายด้านธุรกิจ<sup>472</sup> แสดงว่ากฎหมายธุรกิจของฮ่องกงมีประสิทธิภาพโดยภาครัฐสามารถนำกฎหมายไปบังคับใช้กับ ประชาชนได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม สอดคล้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศและระหว่าง

<sup>471</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*, page 4.

<sup>472</sup> สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.), "ผลการจัดอันดับความสามารถในการแข่งขัน ประจำปี 2563 โดย Imd (2020 Imd World Competitiveness Ranking)," [Online] Accessed: 31 ธันวาคม 2563. Available from: <https://www.nstda.or.th/th/nstda-knowledge/13613-imd-competitiveness-ranking-2020>

ประเทศ นอกจากนี้ ฮองกงยังเป็นเมืองที่มีระบบการทำงานโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ จึงทำให้ฮองกงเป็นเมืองที่มีศักยภาพสำหรับการทำธุรกิจได้อย่างเสรีภายใต้ข้อกฎหมายที่กำหนดไว้<sup>473</sup>

ระบบกฎหมายของเขตบริหารพิเศษฮองกง (the Hong Kong Special Administrative Region: HKSAR) ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมและความเป็นอิสระของศาลยุติธรรม กรอบรัฐธรรมนูญสำหรับระบบกฎหมายนั้นถูกบัญญัติไว้โดยกฎหมายพื้นฐานที่ออกโดยสภาประชาชนแห่งชาติของสาธารณรัฐประชาชนจีน (PRC) ตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ภายใต้หลักการของ “หนึ่งประเทศสองระบบ” ระบบกฎหมายฮองกงซึ่งแตกต่างจากของจีนแผ่นดินใหญ่ยึดตามกฎหมายทั่วไปซึ่งเสริมด้วยกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง<sup>474</sup>

### 3.3.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตบริหารพิเศษฮองกง

แม้ว่าฮองกงจะเป็นเมืองที่มีเสรีภาพทางเศรษฐกิจสูง ในปี พ.ศ. 2558 ทางการฮองกงก็ได้ประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (The Competition Ordinance : Cap 619)<sup>475</sup> อย่างเป็นทางการซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ใช่สิ่งใหม่สำหรับฮองกง หากแต่มีการผ่านร่างกฎหมายดังกล่าวในสภานิติบัญญัติมาแล้วตั้งแต่กลางปี พ.ศ. 2555 ซึ่งทางการฮองกงมิได้ประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทันที เนื่องจากต้องการให้เวลาผู้ประกอบการธุรกิจในการปรับตัวและเรียนรู้เกี่ยวกับข้อกฎหมายสำคัญต่าง ๆ รวมถึงให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้ตระหนักถึงความสำคัญของการมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้มีผลบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คือ เพื่อการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่หรือเล็กจะต้องมีผลเท่ากัน หลังจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้เพียง 2 วัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฮองกง (Hong Kong Competition Commission: HKCC) ได้รับเรื่องร้องเรียนทางโทรศัพท์มากกว่า 200 ราย ส่วนใหญ่เป็นการร้องเรียนเกี่ยวกับความ

<sup>473</sup> ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน, "การประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) อย่างเป็นทางการในฮองกง," [Online] Accessed: 31 ธันวาคม 2563. Available from:

<https://thaibizchina.com/%e0%b8%81%e0%b8%b2%e0%b8%a3%e0%b8%9b%e0%b8%a3%e0%b8%b0%e0%b8%81%e0%b8%b2%e0%b8%a8%e0%b9%83%e0%b8%8a%e0%b9%89%e0%b8%81%e0%b8%8e%e0%b8%ab%e0%b8%a1%e0%b8%b2%e0%b8%a2%e0%b8%81%e0%b8%b2%e0%b8%a3%e0%b9%81-2/>

<sup>474</sup> สำนักงานแรงงาน ณ เมืองฮองกง, "ระบบกฎหมายของเขตบริหารพิเศษฮองกง," [Online] Accessed: 31 ธันวาคม 2563. Available from: <https://hongkong.mol.go.th/info/legal-system>

<sup>475</sup> Hong Kong Competition Commission, "The Competition Ordinance (Cap 619)," [Online] Accessed: 31 ธันวาคม 2563. Available from: [https://www.compcomm.hk/en/legislation\\_guidance/legislation/legislation/comp\\_ordinance\\_cap619.html](https://www.compcomm.hk/en/legislation_guidance/legislation/legislation/comp_ordinance_cap619.html)

ไม่เป็นธรรมในการดำเนินธุรกิจ โดยเฉพาะการผูกขาดทางการค้า (monopoly) ของบริษัทยักษ์ใหญ่ (conglomerates) ในฮ่องกง รวมทั้งการ “ฮั้ว” ราคาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ/สมาคมธุรกิจ (business associations) ทั้งในด้านการกำหนดราคา (price fixing) การประมูล (bid rigging) การกำหนดราคาค่าธรรมเนียมการดำเนินธุรกิจของสมาคมธุรกิจการค้า ซึ่งปัญหาเหล่านี้ได้ส่งผลให้ราคาสินค้าสูงขึ้นและฮ่องกงกลายเป็นเมืองที่มีค่าครองชีพสูงที่สุดอันดับต้นของโลก<sup>476</sup>

### 3.3.2 หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาการกระทำผิด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของฮ่องกง กำหนดหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตกลงระหว่างผู้ประกอบการอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ได้แก่ The First Conduct Rule (“FCR”) ซึ่งในแนวปฏิบัติที่กล่าวมาข้างต้นได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์และการปรับใช้กฎดังกล่าวเพื่อให้ผู้บังคับใช้กฎหมายและประชาชนสามารถนำไปใช้ได้อย่างถูกต้อง ประกอบกับคณะกรรมการและศาลที่มีอำนาจนำไปเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของฮ่องกง ข้อ 6 แล้ว ส่วนที่ต้องนำมาพิจารณาในการกระทำผิดได้แก่ FCR ซึ่งจะนำไปบังคับใช้กับการกระทำต่างๆที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันทางการค้าในฮ่องกง ซึ่งคำว่า “วัตถุประสงค์” และ “ผลกระทบ” ต้องพิจารณาแยกออกจากกัน โดยในลำดับแรกต้องเริ่มพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของความตกลงว่าคืออะไร หากไม่ปรากฏวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน จึงจะมาพิจารณาต่อไปว่าความตกลงนั้นมีผลกระทบอย่างไรต่อการแข่งขัน

#### 3.3.2.1 หลัก by object

การตกลงระหว่างผู้ประกอบการโดยเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของการตกลงนั้นเองอาจเป็นอันตรายต่อโครงสร้างการแข่งขันในตลาดซึ่งไม่ต้องวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขันของการตกลงนั้นเลย ข้อตกลงลักษณะนี้ถือว่ามีวัตถุประสงค์ (object) เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน แต่ต้องวิเคราะห์บริบททางเศรษฐกิจและกฎหมายด้วย วัตถุประสงค์ของข้อตกลง หมายถึง เป้าหมาย หรือความประสงค์ที่อยู่ในข้อตกลงนั้นเองแต่มีใจเจตนาภายในจิตใจของคู่สัญญาหรือผู้ประกอบการที่ร่วมตกลงกัน ทั้งนี้ ไม่กีดกันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในการนำเจตนาของคู่สัญญามาพิจารณาประกอบกับข้อตกลงนั้นด้วย ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการที่คณะกรรมการแข่งขันพิจารณาว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการแข่งขัน ได้แก่ ข้อตกลงที่กำหนดราคา แบ่งตลาด

<sup>476</sup> ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน, "การประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) อย่างเป็นทางการในฮ่องกง."

จำกัดผลผลิต หรือฮั้วประมูล ข้อตกลงลักษณะนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าข้อตกลงผูกขาดทางการค้า (cartel) ที่เป็นอันตรายต่อการแข่งขันซึ่งมีความผิดตามกฎหมาย เมื่อข้อตกลงนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันแล้ว คู่กรณีไม่สามารถโต้แย้งว่าข้อตกลงนั้นไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขันหรือมีผลกระทบเพียงเล็กน้อยในตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>477</sup>

ในการวิเคราะห์บริบทที่เกี่ยวกับข้อตกลง องค์ประกอบดังต่อไปนี้ถือว่าข้อตกลงนั้นไม่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขัน ได้แก่ 1) ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในระดับเดียวกันในห่วงโซ่อุปทาน กล่าวคือ เมื่อวิเคราะห์บริบทที่เกี่ยวข้องแล้ว คู่สัญญาไม่ได้เป็นคู่แข่งกันในตลาดหรือคู่แข่งรายใหม่ที่มีศักยภาพในตลาด 2) ระยะเวลาที่ปรากฏในข้อเท็จจริงไม่มีการแข่งขันที่อาจถูกจำกัดในตลาด 3) หากวัตถุประสงค์หลักของข้อตกลงไม่ละเมิด FCR การจำกัดใดๆ ที่จำเป็นและได้สัดส่วนเพื่อให้วัตถุประสงค์หลักสำเร็จ ถือว่าไม่เป็นการจำกัดการแข่งขันและไม่ละเมิด FCR

นอกจากนี้ข้อ 7(1) แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากำหนดว่า หากข้อตกลงมีมากกว่าหนึ่งวัตถุประสงค์ ข้อตกลงนั้นอาจละเมิด FCR หากหนึ่งในวัตถุประสงค์เหล่านั้นต่อต้านการแข่งขัน ส่วนการพัฒนาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ การส่งเสริมเทคโนโลยีหรือระบบเศรษฐกิจไม่เป็นปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันหรือไม่เนื่องจากข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันจะเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการพัฒนาหรือส่งเสริมเทคโนโลยี ทั้งนี้ ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันอาจไม่ได้เกิดจากผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่สัญญา ภายใต้ข้อตกลงก็ได้

### 3.3.2.2 หลัก by effect

หากข้อตกลงไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน ข้อตกลงดังกล่าวอาจละเมิด FCR ได้หากมีผลกระทบ (effect) ต่อการแข่งขัน โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาทั้งผลที่เกิดขึ้น ณ ขณะทำข้อตกลงและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นตามมาในอนาคตด้วย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวต้องมีหรือจะมีผลกระทบในแง่ลบต่อการแข่งขันในตลาด เช่น ราคา ผลผลิต คุณภาพ สินค้า ความหลากหลายของสินค้าและนวัตกรรม ข้อตกลงอาจมีผลกระทบต่อการแข่งขันทั้งระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเองหรือคู่สัญญาคนหนึ่งกับบุคคลที่สาม ข้อ 7(3) ยังกำหนดว่า หากข้อตกลงมีมากกว่าหนึ่งผลกระทบและมีเพียงหนึ่งในผลกระทบนั้นมีผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ก็ถือว่าข้อตกลงนั้นมีผลกระทบต่อแข่งขัน ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องมักเกิดขึ้นเมื่อคู่ความตกลงหรือคู่สัญญาตั้งแต่ 1 รายขึ้นไปสามารถเพิ่มราคา หรือลดผลผลิต คุณภาพสินค้าหรือความหลากหลายของ

<sup>477</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule," (2015). page 15-17.



สินค้าหรือนวัตกรรมได้โดยขึ้นอยู่กับประเภทของข้อตกลง ระดับอำนาจเหนือตลาด หรือข้อตกลงนั้น ทำให้คู่แข่งในตลาดมีหรือคงไว้ซึ่งอำนาจเหนือตลาด คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็จะดูว่าผู้ประกอบการภายใต้ข้อตกลงมีอำนาจตลาดหรือไม่ ซึ่งอำนาจตลาดแสดงถึงความสามารถในการคงราคาไว้หรือคงระดับการแข่งขันในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือคงไว้ซึ่งปริมาณการผลิต คุณภาพ ความหลากหลาย นวัตกรรมของสินค้าต่ำกว่าระดับการแข่งขันในช่วงเวลาหนึ่ง และอำนาจตลาดของคู่สัญญาในข้อตกลงต้องประเมินจากส่วนแบ่งตลาดของคู่สัญญา การกระจุกตัวของตลาด ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด ฯลฯ นอกจากนี้ คณะกรรมการการแข่งขันจะพิจารณาว่าข้อตกลงมีผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นรายกรณีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในกรณีนั้นๆ<sup>478</sup>

### 3.3.2.3 ข้อยกเว้นการใช้หลัก by object และ by effect

กรณีที่เงื่อนไขในข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันแต่มีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ทางการค้าการพาณิชย์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย (restriction necessary for a legitimate commercial purpose) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาข้อจำกัดการแข่งขันที่มีความจำเป็นต่อการใช้ในข้อตกลงหรือเรียกว่า ข้อจำกัดเสริม (ancillary restriction) ไม่ถือว่าเป็นละเมิด FCR ดังนั้น หากวัตถุประสงค์หลักของข้อตกลงไม่จำกัดการแข่งขัน ข้อจำกัดที่อยู่ในข้อตกลงหลักก็ไม่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันเนื่องจากเป็นข้อจำกัดเพิ่มเติมในวัตถุประสงค์หลักของข้อตกลง ซึ่งข้อจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะเป็นข้อจำกัดเสริมหรือเพิ่มเติมก็ต่อเมื่ออยู่ภายใต้ข้อตกลงหลัก มีความเกี่ยวข้องโดยตรงโดยไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้และจำเป็นต่อการทำให้ข้อตกลงหลักบรรลุผลและได้สัดส่วนกัน กล่าวคือ หากไม่มีข้อจำกัดเสริม ข้อตกลงหลักอาจบรรลุผลได้ยากหรือไม่สามารถบรรลุผลได้ หากข้อตกลงหลักไม่มีผลกระทบต่อการแข่งขัน ข้อจำกัดการแข่งขันที่เกี่ยวข้องโดยตรงและจำเป็นต่อการทำให้ข้อตกลงหลักบรรลุผล ก็ไม่ละเมิด FCR ตัวอย่าง กรณีกิจการร่วมค้า (joint venture) ที่มีข้อตกลงไม่เป็นการจำกัดการแข่งขัน แต่มีเงื่อนไขห้ามบริษัทร่วมค้าแข่งขันกับกิจการร่วมค้า ก็ถือว่าเป็นข้อจำกัดเสริมอันมีความจำเป็นที่จะทำให้กิจการร่วมค้าบรรลุผลหรือดำเนินต่อไปได้ตลอดอายุของกิจการร่วมค้า<sup>479</sup>

ข้อตกลงที่วัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อการแข่งขันอาจมีประโยชน์ต่อการแข่งขันในภาพรวมของระบบเศรษฐกิจได้ หากข้อตกลงมีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน คู่สัญญามักจะแสดงพยานหลักฐานว่าข้อตกลงนั้นสนับสนุนการแข่งขัน ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะพิจารณาประโยชน์ส่วนนี้ภายใต้ข้อ 1 ในตารางที่ 1 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งเป็น

<sup>478</sup> ibid. page 17-19.

<sup>479</sup> ibid. page 19-21.

ข้อยกเว้นทั่วไปของข้อตกลงที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในระบบเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้น ประสิทธิภาพดังกล่าวจึงตกอยู่ภายใต้ข้อ 1 ไม่ใช่ FCR ข้อยกเว้นทั่วไปนำไปใช้โดยอัตโนมัติกับข้อตกลงโดยปราศจากคำตัดสินของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าหรือศาล ซึ่งคู่สัญญาสามารถนำข้อยกเว้นเรื่องประสิทธิภาพของเศรษฐกิจนี้มาโต้แย้งได้ แต่ในทางปฏิบัติการผูกขาดทางการค้าของข้อตกลงระหว่างคู่แข่งในตลาดเพื่อกำหนดราคา แบ่งตลาด จำกัดผลผลิต หรือฮิว์ประมวลมักไม่ถือว่าทำให้เกิดประสิทธิภาพในระบบเศรษฐกิจอันเป็นข้อยกเว้นตามข้อ 1 ดังกล่าวซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

### 3.3.3 แนวคิดของตลาดแรงงานกับการแข่งขันทางการค้า

ในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดแข่งขันกันสมบูรณ์ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถแข่งขันเสนอสินค้าในราคาที่ดีที่สุด ซึ่งตลาดแข่งขันดังกล่าวจะทำให้เกิดราคา คุณภาพสินค้า และตัวเลือกที่ดีที่สุดแก่ผู้บริโภค ในทำนองเดียวกันการแข่งขันระหว่างนายจ้างทำให้เกิดเงื่อนไขการจ้างที่ดีที่สุดสำหรับลูกจ้าง เช่น เงินเดือน ค่าจ้าง หรือผลประโยชน์ที่สูงขึ้น และทำให้ลูกจ้างได้รับโอกาสในการจ้างงานมากขึ้น ซึ่งนายจ้างต้องสามารถตัดสินใจได้โดยอิสระในเรื่องการจ้างงานหรือเงื่อนไขการจ้างงาน ภายใต้หลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาว่าอาจมีการแข่งขันในตลาดเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างแรงงาน ซึ่งในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น ผู้ประกอบธุรกิจถือเป็นผู้ซื้อที่แข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยการผลิตนั้นก็คือแรงงาน ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นที่แข่งขันจ้างลูกจ้างเป็นคู่แข่งกันในตลาดแรงงานไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันในสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันหรือไม่ กล่าวคือถือเป็นตลาดปลายน้ำเหมือนกัน วิธีการที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำเกี่ยวกับค่าตอบแทนหรือการจ้างงานมีอยู่หลายรูปแบบ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวระหว่างกันก็อาจตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงด้านการแข่งขันและความเสี่ยงที่จะละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>480</sup>

### 3.3.4 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

#### 3.3.4.1 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (The Competition Ordinance)

<sup>480</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advisory Bulletin: Competition Concerns Regarding Certain Practices in the Employment Marketplace in Relation to Hiring and Terms and Conditions of Employment." page 1-2.

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในฮ่องกง ห้ามการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในฮ่องกง ประกอบด้วย 3 กฎหลัก ดังนี้<sup>481</sup>

1. The First Conduct Rule เป็นกฎที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันพฤติกรรมการกีดกันทางการแข่งขัน (Anti-competitive agreements) อาทิ การตกลงผูกขาดทางการค้าของสมาคมธุรกิจต่าง ๆ (Cartel) โดยการกำหนดราคา (price fixing) การแบ่งส่วนแบ่งทางการตลาด (sharing markets) ฮั้วประมูล (bid rigging) และ การจำกัดผลผลิต (restricted output)

2. The Second Conduct Rule เป็นกฎที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of substantial market power) โดยมากมักจะเป็นปัญหาจากผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ที่อาศัยความมีอำนาจเหนือตลาดในการดำเนินธุรกิจซึ่งส่งผลเสียต่อการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจขนาดเล็ก เช่น การกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง เป็นต้น

3. The Merger Rule เป็นกฎที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการรวมธุรกิจ (Merger) มิให้มีการกำจัดคู่แข่งทางการค้า

สำหรับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงาน ระหว่างผู้ประกอบการได้แก่ ส่วนที่ 2 กฎการปฏิบัติ หมวดที่ 1 ข้อตกลง ฯลฯ การกีดกัน การจำกัด หรือการบิดเบือนการแข่งขัน ส่วนย่อยที่ 1 The First Conduct Rule

ข้อ 6 ข้อห้ามเกี่ยวกับการตกลงหรือสัญญา พฤติกรรมร่วมกัน และการลงมติหรือการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการที่มีลักษณะต่อต้านการแข่งขัน<sup>482</sup>

<sup>481</sup> ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน, "การประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) อย่างเป็นทางการในฮ่องกง."

<sup>482</sup> 6. Prohibition of anti-competitive agreements, concerted practices and decisions

(1) An undertaking must not—

(a) make or give effect to an agreement;

(b) engage in a concerted practice; or

(c) as a member of an association of undertakings, make or give effect to a decision of the association, if the object or effect of the agreement, concerted practice or decision is to prevent, restrict or distort competition in HongKong.

(1) ผู้ประกอบธุรกิจต้องไม่ -

(ก) จัดทำข้อตกลงหรือก่อให้เกิดข้อตกลง

(ข) มีส่วนร่วมในพฤติกรรมร่วมกัน; หรือ

(ค) ในฐานะสมาชิกของสมาคมผู้ประกอบธุรกิจ ทำหรือก่อให้เกิดการตัดสินใจของสมาคม

หากมีวัตถุประสงค์หรือผลของข้อตกลง พฤติกรรมร่วมกัน การลงมติหรือการตัดสินใจร่วมกัน เป็นไปเพื่อการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในฮ่องกง

(2) เว้นแต่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ที่นำไปใช้หรือที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงนั้น จะต้องนำไปใช้อย่างเท่าเทียมกันหรือสอดคล้องกับกับพฤติกรรมร่วมและการตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบธุรกิจ เว้นแต่มีความจำเป็นที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติม

(3) ข้อห้ามที่กำหนดใน (1) ต่อไปนี้ให้เรียกว่า “The First Conduct Rule”

ข้อ 7 วัตถุประสงค์และผลของข้อตกลง

(1) หากข้อตกลง พฤติกรรมร่วมกันหรือการตัดสินใจร่วมกันมีมากกว่าหนึ่งวัตถุประสงค์ และหนึ่งในนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายใต้กฎหมายนี้ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน

(2) ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกให้ทำหรือให้ผลต่อข้อตกลงหรือการตัดสินใจหรือมีส่วนในพฤติกรรมร่วมกันอันมีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันแม้ว่าวัตถุประสงค์นั้นจะสามารถตรวจสอบได้โดยการอนุมานเท่านั้น<sup>483</sup>

(2) Unless the context otherwise requires, a provision of this Ordinance which is expressed to apply to, or in relation to, an agreement is to be read as applying equally to, or in relation to, a concerted practice and a decision by an association of undertakings (but with any necessary modifications).

(3) The prohibition imposed by subsection (1) is referred to in this Ordinance as the “first conduct rule”.

<sup>483</sup> 7.Object and effect of agreement

(3) หากข้อตกลง พฤติกรรมร่วมกันหรือการตัดสินใจร่วมกันมีผลมากกว่าหนึ่งผลและหนึ่งในนั้นมีผลเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายใต้กฎหมายนี้ ถือว่าการกระทำดังกล่าวมีผลเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขัน

#### ข้อ 8 อาณาเขตแห่งการบังคับใช้ The First Conduct Rule

The First Conduct Rule บังคับใช้กับข้อตกลง พฤติกรรมร่วมกันหรือการตัดสินใจร่วมกันที่มีวัตถุประสงค์หรือส่งผลเป็นการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในฮ่องกง แม้ว่า<sup>484</sup>

(1) ข้อตกลงหรือการตัดสินใจดังกล่าวถูกทำขึ้นหรือมีผลไปยังนอกอาณาเขตฮ่องกง

(2) พฤติกรรมร่วมดังกล่าวได้ถูกร่วมกันทำนอกอาณาเขตฮ่องกง

(3) คู่สัญญาแต่ละคนในข้อตกลงหรือพฤติกรรมร่วมอยู่นอกอาณาเขตฮ่องกง

(4) ผู้ประกอบธุรกิจหรือสมาคมผู้ประกอบธุรกิจใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อ การตัดสินใจ อยู่นอกอาณาเขตฮ่องกง

(1) If an agreement, concerted practice or decision has more than one object, it has the object of preventing, restricting or distorting competition under this Ordinance if one of its objects is to prevent, restrict or distort competition.

(2) An undertaking may be taken to have made or given effect to an agreement or decision or to have engaged in a concerted practice that has as its object the prevention, restriction or distortion of competition even if that object can be ascertained only by inference.

(3) If an agreement, concerted practice or decision has more than one effect, it has the effect of preventing, restricting or distorting competition under this Ordinance if one of its effects is to prevent, restrict or distort competition.

#### <sup>484</sup> 8. Territorial application of first conduct rule

The first conduct rule applies to an agreement, concerted practice or decision that has the object or effect of preventing, restricting or distorting competition in Hong Kong even if—

(a) the agreement or decision is made or given effect to outside Hong Kong;

(b) the concerted practice is engaged in outside Hong Kong;

(c) any party to the agreement or concerted practice is outside Hong Kong; or

(d) any undertaking or association of undertakings giving effect to a decision is outside Hong Kong.

ส่วนคำว่า undertaking หรือผู้ประกอบการภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ปรากฏอยู่ในข้อ 2(1)<sup>485</sup> หมายถึง นิติบุคคลใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือวิธีการจัดหาเงินทุนซึ่งมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจและรวมถึงบุคคลธรรมดาที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น บริษัท กลุ่มบริษัท หุ้นส่วน สหกรณ์ หอการค้า สมาคมการค้า และองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร โดยต้องมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจกล่าวคือมีการเสนอสินค้าในตลาดไม่ว่าจะต้องการกำไรหรือไม่ ทั้งนี้ การกระทำในฐานะผู้บริโภคลำดับสุดท้ายไม่ถือเป็นผู้ประกอบการภายใต้กฎหมายฉบับนี้<sup>486</sup>

จะเห็นได้ว่า ข้อ 6 แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่วนย่อยที่ 1 The First Conduct Rule ได้ระบุพฤติกรรมการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจไว้ 3 ประเภท ได้แก่ การตกลงหรือสัญญา (agreement) พฤติกรรมร่วมหรือแนวปฏิบัติร่วม (concerted practice) และการลงมติหรือการตัดสินใจ (decision)

### 1. การตกลงหรือสัญญา (agreement)

คำว่า “ข้อตกลงหรือสัญญา” ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าถูกนิยามอยู่ในมาตรา 2(1)<sup>487</sup> ประกอบด้วย ข้อตกลง สัญญา คำมั่น หรือข้อผูกพัน ไม่ว่าจะชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ไม่ว่าจะเปลี่ยนลักษณะอักษรหรือทางวาจา และไม่ว่าจะบังคับใช้ได้ตามกระบวนการทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ซึ่ง HKCC จะพิจารณาจากการมีความเห็นพ้องต้องกัน (meeting of minds) ระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น การตกลงหรือสัญญาภายใต้ The First Conduct Rule จะเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการประชุมร่วมกันในทางกายภาพหรือมีการพบปะพูดคุยกันหรือไม่ เช่น การตกลงผ่านอีเมล จดหมาย ข้อความ หรือการพูดคุยทางโทรศัพท์ เป็นต้น นอกจากนี้ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมประชุมซึ่งมีการตกลงจำกัดการแข่งขัน อาจถือว่าเป็นผู้ร่วมตกลงนั้นด้วย หากการประชุมหรือหารือกันนำไปสู่ข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน และผู้ที่เข้าร่วมประชุมก็ไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมในทุกการประชุม เพียงเข้าร่วมการประชุมที่มีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดการรวมหัวกันจำกัดการแข่งขัน ผู้เข้าร่วมประชุมก็

<sup>485</sup> 2(1) undertaking (業務實體) means any entity, regardless of its legal status or the way in which it is financed, engaged in economic activity, and includes a natural person engaged in economic activity.

<sup>486</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 4-5.

<sup>487</sup> 2. Interpretation

(1) In this Ordinance—

agreement (協議) includes any agreement, arrangement, understanding, promise or undertaking, whether express or implied, written or oral, and whether or not enforceable or intended to be enforceable by legal proceedings;

ถือว่าเป็นคู่ความร่วมมือในการตกลงนั้นด้วย เว้นแต่ผู้เข้าร่วมประชุมนั้นไม่รู้ หรือในสถานการณ์ เช่นนั้นไม่น่าจะรู้ถึงการตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน<sup>488</sup>

## 2. พฤติกรรมร่วมหรือแนวปฏิบัติร่วม (concerted practice)

The First Conduct Rule จะไปบังคับใช้กับการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีพฤติกรรมร่วม ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจรู้ว่าการเข้าร่วมนั้นทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งขัดกับหลักของการส่งเสริมการแข่งขันคือผู้ประกอบการต้องตัดสินใจโดยอิสระด้วยตนเองเกี่ยวกับกลยุทธ์ที่จะใช้ในตลาดและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับราคา คุณภาพของสินค้าและปัจจัยทางการแข่งขันอื่นๆ พฤติกรรมร่วมหรือแนวปฏิบัติร่วมมักเกี่ยวข้องในการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวระหว่างคู่แข่ง HKCC มักพิจารณาว่าพฤติกรรมร่วมมีวัตถุประสงค์ (object) ต่อต้านการแข่งขัน เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลการแข่งขันที่อ่อนไหวระหว่างคู่แข่งด้านราคาหรือกลยุทธ์ด้านราคา ในสถานการณ์ที่ข้อมูลถูกส่งไปโดยผู้ส่งมีเจตนาให้ผู้รับข้อมูลกระทำการบางอย่างกับข้อมูลนั้นในตลาดและผู้รับข้อมูลก็ได้กระทำหรือมีเจตนากระทำการบางอย่างกับข้อมูลนั้นจริง และเมื่อไม่มีเหตุผลทางธุรกิจในการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือหลักฐานอื่นๆ ที่บ่งชี้ได้ว่าผู้รับไม่มีเจตนากระทำการบางอย่างกับข้อมูลในตลาด HKCC จะอนุมานไว้ก่อนว่าผู้ที่ให้ข้อมูลมีเจตนาที่จะชักจูงคู่แข่งในตลาด และผู้รับก็มีเจตนาที่จะนำข้อมูลไปกระทำการบางอย่างเช่นเดียวกัน ตัวอย่าง ผู้ขายผลิตภัณฑ์ประกันภัยในฮ่องกงมีเพียง 3 รายเท่านั้น โดยมีการขายผลิตภัณฑ์ประกันภัยผ่านทางนายหน้า ซึ่งผู้อำนวยการด้านการขายสินค้านั้นทั้ง 3 ราย ได้มีการเข้าร่วมแข่งขันกอล์ฟ ในระหว่างแข่งขันผู้อำนวยการได้กล่าวถึงค่าคอมมิชชั่นที่จะจ่ายให้นายหน้าซึ่งหนึ่งในผู้อำนวยการได้บอกว่าเขามีแผนจะลดค่าคอมมิชชั่น ซึ่งข้อมูลที่ผู้อำนวยการพูดคุยแลกเปลี่ยนกันโดยปกติเป็นความลับ หลักจากการแข่งขันกอล์ฟผ่านไป 1 เดือน ผู้ขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวทั้ง 3 รายได้ลดระดับค่าคอมมิชชั่นลง HKCC จึงพิจารณาว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าคอมมิชชั่นกันเป็นหลักฐานที่แสดงว่าผู้ขายทั้ง 3 รายมีพฤติกรรมร่วมกัน แม้ข้อเท็จจริงจะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันเพียงครั้งเดียวและไม่มีการตกลงกันที่จะลดค่าคอมมิชชั่นก็ตาม<sup>489</sup>

พฤติกรรมคู่ขนาน (parallel behavior) ของคู่แข่งในตลาดอาจไม่ได้ทำให้คู่แข่งต้องมีส่วนร่วมในพฤติกรรมร่วมเสมอไป หากตลาดมีการแข่งขันสูงก็คาดว่าคู่แข่งจะตอบสนองต่อราคาของคู่แข่งในตลาดอกรายทันที เช่น หากคู่แข่งรายหนึ่งลดราคาสินค้า คู่แข่งรายอื่นๆก็จะ

<sup>488</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 9.

<sup>489</sup> ibid. page 10-12.

ตอบสนองโดยลดราคาสินค้าเช่นเดียวกันเพื่อไม่ให้สูญเสียลูกค้าไป พฤติกรรมเช่นนี้มีประโยชน์ต่อการแข่งขันและไม่ถือเป็นพฤติกรรมร่วมกันภายใต้ The First Conduct Rule

### 3. การลงมติหรือการตัดสินใจ (decision)

นอกจากการตกลงหรือสัญญา (agreement) พฤติกรรมร่วมหรือแนวปฏิบัติร่วม (concerted practice) แล้ว The First Conduct Rule ยังใช้กับการลงมติหรือการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจในฐานะสมาชิกของสมาคมการค้าหรือสมาคมผู้ประกอบธุรกิจ (Trade Associations) ที่ส่งผลต่อการตัดสินใจของสมาคมอันมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อด้านการแข่งขัน ซึ่ง HKCC พิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวเป็นการร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเพื่อจำกัดหรือต่อต้านการแข่งขันในทางอ้อม สมาคมผู้ประกอบธุรกิจในที่นี้หมายถึงสมาคมการค้า สหกรณ์ สมาคมผู้เชี่ยวชาญ หรือองค์กร สังคมหรือสมาคมที่ไม่ได้เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย และสมาคมของสมาคมอีกทอดหนึ่งที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสามารถละเมิดกฎ The First Conduct Rule ได้ นอกจากนี้ การตัดสินใจหรือการลงมติ หมายถึงถึง บทบัญญัติ กฎ ข้อกำหนด ประกาศ แนวปฏิบัติ คำแนะนำของสมาคมที่ถูกทำขึ้นจากคณะกรรมการ สมาชิก หรือลูกจ้างสมาคม และการตัดสินใจหรือการลงมติของสมาคมอาจตกอยู่ภายใต้ The First Conduct Rule แม้จะไม่มีผลผูกพัน เช่น คำแนะนำเรื่องอัตราค่าธรรมเนียม ราคาอ้างอิงทางการค้าของสมาคมผู้เชี่ยวชาญ ถือเป็น การตัดสินใจของสมาคมที่ HKCC มักพิจารณาว่ามีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขัน เมื่อผู้ประกอบธุรกิจในฐานะสมาชิกของสมาคมกระทำการตกลงกันอันมีวัตถุประสงค์หรือส่งผลกระทบต่อ การแข่งขัน ทั้งผู้ประกอบธุรกิจและสมาคมก็ต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>490</sup>

อย่างไรก็ตาม สมาคมการค้าหรือ trade associations ที่กล่าวมาข้างต้น รวมถึงองค์การอุตสาหกรรม (industry bodies) ด้วยซึ่งอาจแสดงถึงผู้แทนของอุตสาหกรรมนั้นๆ ที่มี ส่วนเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐหรือช่วยส่งเสริมความต้องการของสมาชิกผ่านสื่อประชาสัมพันธ์ ต่างๆ โดยการรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลทางสถิติแก่สมาชิกหรือให้คำแนะนำงานบริการหรืองานอบรมแก่สมาชิก ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจและมักไม่เป็นสาเหตุในการกระทำ ความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่หากสมาชิกในองค์กรกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ ต่อต้านการแข่งขันหรือผลกระทบต่อการแข่งขันก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย<sup>491</sup> นอกจากนี้สมาคมการค้าอาจรับรองหรือให้ประกาศนียบัตรรับรองคุณภาพแก่สมาชิก (Certification practices) ว่ามี มาตรฐานขั้นต่ำในอุตสาหกรรมนั้นๆ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่เพิ่มความมั่นใจในคุณภาพสินค้า

<sup>490</sup> ibid. page 12-14.

<sup>491</sup> ibid. page 38.



และส่งเสริมการทำงานร่วมกันระหว่างสินค้าแต่ละรายการ หากสินค้าของผู้จำหน่ายแต่ละรายตรงตามเงื่อนไขและสินค้าของตนมีคุณภาพ สมาคมก็รับรองคุณภาพของสินค้านั้นให้แก่ผู้จำหน่ายทุกราย ก็ไม่มีความเสี่ยงต่อการละเมิด FCR แต่ HKCC อาจวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อการแข่งขัน หากมีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมบางประการแก่สมาชิกเกี่ยวกับสินค้าที่ซื้อขายกัน เช่น เงื่อนไขกำหนดให้ขายเฉพาะสินค้าที่ได้รับรองจากสมาคมหรือองค์การอุตสาหกรรมแล้วเท่านั้น หรือมีการจำกัดราคาหรือการตลาด<sup>492</sup>

**3.3.4.2 ประกาศ Competition Commission Advisory Bulletin ออกโดย HKCC มีเนื้อหา ดังนี้**

นับตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของฮ่องกง HKCC ได้รับเรื่องร้องเรียนมากมายเกี่ยวกับกรณีที่มีผู้ประกอบการธุรกิจมีพฤติกรรมร่วมกันด้านแรงงานซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า HKCC จึงออกประกาศฉบับนี้เพื่อเป็นการเตือนและชี้ให้เห็นความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมด้านแรงงาน โดยเฉพาะการกำหนดเงื่อนไขและข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ<sup>493</sup>

แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้ยกตัวอย่างการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อาจฝ่าฝืนกฎ The First Conduct Rule (“FCR”) อันถือว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า มีดังนี้<sup>494</sup>

1. ข้อตกลงกำหนดอัตราค่าจ้างระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (fixing the price of labour) ซึ่งอัตราค่าจ้าง หมายรวมถึง ค่าตอบแทน เงินเดือน หรือสวัสดิการ เช่น ผลประโยชน์ด้านการประกันชีวิต เป็นต้น

2. ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของตน (non-poaching agreement) กล่าวคือ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จะไม่แย่ง ไม่แสวงหา หรือไม่จ้างลูกจ้างของกันและกัน หรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่มีเจตนาร่วมกันแบ่งตลาดโดยการจัดสรรแหล่งอุปทาน

การกระทำทั้งสองข้อข้างต้นถือเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ (object) เป็นการต่อต้านการแข่งขัน<sup>495</sup>

3. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information) กล่าวคือ การแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับค่าตอบแทนของลูกจ้าง ไม่ว่าจะโดย

<sup>492</sup> ibid. page 39-40.

<sup>493</sup> Hongkong’s Competition Commission, "Competition Commission Advisory Bulletin: Competition Concerns Regarding Certain Practices in the Employment Marketplace in Relation to Hiring and Terms and Conditions of Employment." page 1.

<sup>494</sup> ibid. page 2-3.

<sup>495</sup> ibid. page 3.

ทางตรงหรือทางอ้อม อันส่งผลต่อการกำหนดค่าจ้างระหว่างกัน ตัวอย่าง สมาชิกของสมาคมการค้าที่เป็นคู่แข่งกัน ควรหลีกเลี่ยงการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเงินเดือนหรือค่าตอบแทน การแลกเปลี่ยนดังกล่าวรวมถึงการแลกเปลี่ยนทั้งทางตรงระหว่างคู่แข่งและการแลกเปลี่ยนทางอ้อมผ่านบุคคลที่สาม

นอกจากนี้ HKCC ยังให้คำแนะนำเพื่อให้เป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย ผู้ประกอบธุรกิจควรวางนโยบายด้วยตนเองเกี่ยวกับเงื่อนไขการจ้างงานโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับค่าตอบแทนลูกจ้างและวิธีการจ้างงานลูกจ้าง ผู้ประกอบธุรกิจควรหลีกเลี่ยงการติดต่อสื่อสารเรื่องนโยบายดังกล่าวกับนายจ้างคนอื่น ๆ และหากมีข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมจ้างแรงงานที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันก็ควรรายงานให้ HKCC ทราบ หากผู้ประกอบธุรกิจคิดว่าธุรกิจของตนอาจละเมิดกฎหมายก็จะได้รับการผ่อนผันถ้าผู้ประกอบธุรกิจให้ความร่วมมือในการสืบสวนสอบสวน<sup>496</sup>

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้า ข้อ 82 (1)<sup>497</sup> กำหนดว่า หาก HKCC มีเหตุอันควรเชื่อว่ามี การละเมิด FCR และการละเมิดนั้นไม่เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง (serious anti-competitive conduct) HKCC ต้องส่งหนังสือแจ้งเตือน (warning notice) ไปยังผู้ประกอบธุรกิจว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจมีลักษณะละเมิดกฎหมาย ก่อนการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม แต่แนวปฏิบัติฉบับนี้ระบุคำแนะนำของ HKCC ข้อ 4.2 ว่า หากผู้ประกอบธุรกิจคิดว่าธุรกิจของตนอาจละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะได้รับผ่อนปรนหรือลดหย่อนผ่อนโทษ (lenient treatment) ซึ่งมักจะเป็นการลดค่าปรับ หากแจ้งเบาะแส ให้ข้อมูล และให้ความร่วมมือในการสอบสวนกับ HKCC และในข้อ 4.3 กำหนดว่า หาก HKCC มีเหตุผลเพียงพอว่าผู้ประกอบธุรกิจมีส่วนร่วมในพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันเกี่ยวกับการจ้างงานและการกำหนดเงื่อนไขการจ้างงานดังกล่าว HKCC สามารถดำเนินการบังคับตามคำวินิจฉัย(enforcement action) ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างเหมาะสม<sup>498</sup>

<sup>496</sup> ibid.

<sup>497</sup> 82.Warning notices

(1)If the Commission has reasonable cause to believe that—

(a)a contravention of the first conduct rule has occurred; and

(b)the contravention does not involve serious anti-competitive conduct,

the Commission must, before bringing proceedings in the Tribunal against the undertaking whose conduct is alleged to constitute the contravention, issue a notice (a warning notice) to the undertaking.

<sup>498</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advisory Bulletin: Competition Concerns Regarding Certain Practices in the Employment Marketplace in Relation to Hiring and Terms and Conditions of Employment." page 3.

ดังนั้น จึงสามารถอนุมานได้ว่าข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะข้างต้น ได้แก่ wage fixing agreement และ no poaching agreement เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง (serious anti-competitive conduct) ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจาก HKCC สามารถบังคับและลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจตามคำวินิจฉัยของ HKCC เองได้โดยไม่ต้องมีหนังสือแจ้งเตือนผู้ประกอบการถึงพฤติกรรมนั้นก่อนหรือ HKCC อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลได้โดยตรงโดยไม่ต้องมีการทำหนังสือแจ้งเตือนไปยังผู้ประกอบการ<sup>499</sup>

#### ตารางที่ 4 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการตามแนวปฏิบัติ

##### Competition Commission Advisory Bulletin

หลักที่ใช้พิจารณาการกระทำความผิด	ประเภทข้อตกลง
By object	No poaching agreement fixing the price of labour
By effect	Exchange of Sensitive information

#### 3.3.5 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของฮ่องกง ข้อ 2(1)<sup>500</sup> กำหนดข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง คือ พฤติกรรมหรือข้อตกลงที่มีลักษณะหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) กำหนด คงไว้ เพิ่ม หรือควบคุมราคาขายในสินค้าหรือบริการ

(ข) กำหนดแบ่งการขาย พื้นที่ ลูกค้า หรือตลาดในการผลิตหรือขายสินค้าหรือบริการ

<sup>499</sup> O'Melveny, "Hong Kong Warns Employers against Wage-Fixing and No Poach Agreements," [Online] Accessed: 13 January 2021. Available from: <https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/hong-kong-warns-employers-against-wage-fixing-and-no-poach-agreements/>

<sup>500</sup> serious anti-competitive conduct (嚴重反競爭行為) means any conduct that consists of any of the following or any combination of the following—

- fixing, maintaining, increasing or controlling the price for the supply of goods or services;
- allocating sales, territories, customers or markets for the production or supply of goods or services;
- fixing, maintaining, controlling, preventing, limiting or eliminating the production or supply of goods or services;
- bid-rigging;

(ค) กำหนด คงไว้ ควบคุม กีดกัน จำกัด หรือกำจัดการผลิตหรือขายสินค้าหรือบริการ

(ง) การฮั้วประมูล

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีความเห็นว่าข้อตกลงผูกขาดทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการคู่แข่ง (ข้อตกลงในแนวราบ) ที่เป็นการกำหนดราคา แบ่งตลาด จำกัดการผลิตหรือการฮั้วประมูล เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวจะละเมิด FCR หากพฤติกรรมหรือข้อตกลงนั้นมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

อย่างไรก็ตาม FCR จะถูกนำไปใช้กับข้อตกลงทั้งแนวราบและแนวตั้งหากวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือมีผลกระทบต่อการแข่งขันในฮ่องกง สำหรับข้อตกลงในแนวราบคือข้อตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งในระดับเดียวกันตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปโดยมีการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าและการจัดจำหน่าย ตัวอย่าง ข้อตกลงหรือเงื่อนไขการผูกขาดที่ส่งผลกระทบต่อตลาดโดยทำให้ราคาเพิ่มขึ้น ลดผลผลิต ลดคุณภาพ ความหลากหลาย และนวัตกรรมของสินค้า มีลักษณะต้องห้ามภายใต้ FCR ใดๆก็ดี ข้อตกลงในแนวราบอาจก่อประโยชน์กับเศรษฐกิจหากมีการรวมกิจกรรม ความรู้ความสามารถหรือสินทรัพย์ กล่าวคือข้อตกลงในแนวราบทำให้คู่ความตกลงสามารถกระจายความเสี่ยง ประหยัดต้นทุน เพิ่มการลงทุน สร้าง know-how เพิ่มประสิทธิภาพ ความหลากหลายของสินค้าและสนับสนุนนวัตกรรม ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ห้ามข้อตกลงที่ส่งเสริมการแข่งขันหรือข้อตกลงที่แม้จำกัดการแข่งขันแต่มีประสิทธิภาพในการสนับสนุนการแข่งขันอย่างเพียงพอและอยู่ภายใต้ข้อ 1 ของตาราง 1 แห่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฮ่องกง<sup>501</sup>

การกระทำระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่ฝ่าฝืน FCR ถือว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ได้แก่

### 3.3.5.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน

ในการดำเนินธุรกิจทั่วไป ผู้ประกอบการมักแลกเปลี่ยนข้อมูลกันในหลากหลายสถานการณ์ที่ไม่มีความเสี่ยงต่อกระบวนการแข่งขัน แต่ในความเป็นจริงแล้วการแข่งขันมักเพิ่มมากขึ้นผ่านการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ทำให้ผู้ประกอบการสามารถคาดการณ์ได้ถึงความต้องการที่อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้การแลกเปลี่ยนข้อมูลยังทำให้เกิดการเปรียบเทียบราคาโดยผู้บริโภคหรือลดภาระต้นทุนของผู้บริโภคใน

<sup>501</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 22-23.

การค้นหาว่าผู้ให้บริการแต่ละรายมีการให้บริการอย่างไร อย่างไรก็ตามก็ดี ความกังวลที่เกิดขึ้นคือคู่แข่ง แลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวประกอบด้วยราคา ส่วนประกอบของราคาหรือกลยุทธ์ด้านราคา ลูกค้าน ต้นทุนการผลิต คุณภาพสินค้า ปริมาณการขาย ปริมาณสินค้า แผนการตลาด ความเสี่ยง การลงทุน เทคโนโลยีและนวัตกรรม ซึ่งโดยหลักการแล้ว ข้อมูลที่เกี่ยวกับราคาและปริมาณ ได้แก่ ข้อมูลด้าน ปริมาณการขาย ส่วนแบ่งตลาด การขายให้ลูกค้าเฉพาะกลุ่มหรือพื้นที่ เป็นข้อมูลการแข่งขันที่ อ่อนไหวง่าย นอกจากนี้การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวอาจไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะระหว่างคู่แข่งโดยตรง หรือผ่านสมาคมการค้าก็ได้ แต่รวมถึงการที่คู่แข่งใช้บุคคลที่สามที่เป็นผู้ขายหรือผู้จัดจำหน่ายเป็น ช่องทางในการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอ้อม เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับราคาซื้อขายในอนาคต การแลกเปลี่ยน ข้อมูลดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ หาก (1) ผู้ประกอบธุรกิจราย หนึ่งแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่านบุคคลที่สามที่มีเจตนาจะใช้ข้อมูลเพื่อกำหนดเงื่อนไขในตลาดโดยส่ง ต่อ ข้อมูลนั้นไปให้คู่แข่งของผู้ประกอบธุรกิจ (2) บุคคลที่สามส่งข้อมูลไปให้คู่แข่ง และ (3) คู่แข่งใช้ข้อมูล นั้นในการตัดสินใจเพื่อดำเนินธุรกิจในตลาด ตัวอย่าง บริษัท Connaught Queens และ DVo เป็น ผู้ค้าปลีกเครื่องสำอางค์รายใหญ่ซึ่งเป็นคู่แข่งกันในห้องง โดย CentralCosmetic เป็นผู้จัดหาสินค้า เครื่องสำอางให้กับผู้ค้าปลีกแต่ละรายข้างต้น Connaught ได้อีเมลแจ้งไปที่ Central เกี่ยวกับ แผนการขึ้นราคาของสินค้าใน Central ในช่วงเดือนหน้าในอัตรา 5 ดอลลาร์ต่อห้องง “หาก Queens และ DVo เห็นชอบที่จะขึ้นราคาเช่นเดียวกัน” Central จึงส่งอีเมลแจ้งไปยังพนักงานขายของบริษัท Queens และ DVo ซึ่งทั้งสองบริษัทตอบกลับมายัง Central ว่า “เป็นความคิดที่ดี” หลังจากนั้น Central จึงติดต่อ Connaught และแจ้งว่าอีเมลนั้นได้รับการยอมรับ Connaught จึงขึ้นราคาสินค้า ในเดือนถัดไปซึ่ง Queens และ DVo ก็ขึ้นราคาตามในวันถัดมา กระบวนการดังกล่าวถือว่าเป็น ข้อตกลงหรือพฤติกรรมร่วมกันที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ 4 รายอันมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการ แข่งขัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมต่อต้าน การแข่งขันอย่างร้ายแรง<sup>502</sup> หากเปลี่ยนเป็นการแลกเปลี่ยนราคาที่มีลักษณะเป็นค่าจ้างของลูกค้าใน บริษัท คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็คงวินิจฉัยออกมาในลักษณะเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หากข้อตกลงไม่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขัน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาจจะวินิจฉัยว่าข้อตกลงนั้นส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ ซึ่งโดยปกติทั่วไปแล้ว ยิ่งผู้ประกอบธุรกิจมีน้อยรายเท่าไร ก็ยิ่งมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันบ่อยและง่าย มากเท่านั้น ยิ่งมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลในรายละเอียดมากเท่าไรข้อมูลนั้นก็จะเป็นข้อมูลเชิงลึกหรือ ส่วนตัวของผู้แลกเปลี่ยนมากเท่านั้น และยิ่งมีการจำกัดจำนวนผู้เข้าถึงข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจมาก เท่าใด ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลก็มีแนวโน้มที่จะละเมิด FCR มากเท่านั้น ส่วนประเภทของข้อมูลที่

<sup>502</sup> ibid. page 32-35.

แลกเปลี่ยนกันและโครงสร้างตลาดก็มีความสำคัญในการวิเคราะห์ เช่น ข้อมูลที่ล่าสมัยหรือเก่ามาก ข้อมูลที่ไม่ระบุตัวตนหรือแหล่งที่มา (anonymised data) ก็มีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยเนื่องจากข้อมูลลักษณะดังกล่าวไม่ได้ลดอิสระในการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด นอกจากนี้ข้อมูลสาธารณะก็มักจะไม่เป็นข้อมูลที่ละเมิด FCR โดยต้องเป็นข้อมูลที่คู่แข่งและลูกค้าสามารถเข้าถึงได้อย่างเท่าเทียมกัน ส่วนข้อมูลที่ต้องรวบรวมจากลูกค้าแล้วจึงนำมาเผยแพร่ไม่นับว่าเป็นข้อมูลสาธารณะ<sup>503</sup>

### 1. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง

จากที่กล่าวมาข้างต้น ข้อ 2(1) กำหนดให้การกำหนดราคาหรือ price fixing เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรงและมีลักษณะละเมิด FCR เนื่องจากข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่กำหนด คงไว้ เพิ่ม หรือควบคุมราคา ถือว่ามีวัตถุประสงค์ (object) ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งคำว่า “ราคา” หรือ “price” หมายรวมถึง ส่วนลด เงินคืน เบี้ยเลี้ยง ค่ายังชีพ หรือประโยชน์อื่นใดจากการขายสินค้า ดังนั้น ในบริบทของการจ้างแรงงานหากเปรียบเทียบสินค้าคือแรงงาน ค่าจ้างก็คือประโยชน์ที่ได้รับจากการขายแรงงาน นอกจากนี้ การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอาจเข้าข่ายเป็นการกำหนดราคาได้<sup>504</sup> ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีความเห็นว่าข้อตกลงการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคาหรือพฤติกรรมร่วมกันกระทำการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง

การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างที่นำไปสู่การตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage fixing agreement) ผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงร่วมกันเกี่ยวกับค่าตอบแทนของลูกจ้างถือว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดค่าแรงงาน (ค่าจ้าง) ซึ่งข้อตกลงกำหนดค่าจ้างนี้เป็นข้อตกลงประเภทหนึ่งในการกำหนดราคา (price fixing) ที่เข้าข่ายละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>505</sup> คู่แข่งตั้งแต่สองรายขึ้นไปในตลาดตกลงกันกำหนดค่าจ้างที่จ่ายให้ลูกจ้างแต่ละประเภทก็ถือว่าเป็นความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจในการกำหนดค่าจ้าง ทั้งนี้ ค่าจ้างในที่นี้มีได้หมายถึงเงินเดือน ค่าตอบแทนเพียงประการเดียวแต่ยังหมายรวมถึงสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ เช่น สิทธิประโยชน์ด้านประกันภัย ค่าเบี้ยเลี้ยง โบนัส ค่าเช่าบ้าน ค่าชดเชย<sup>506</sup> ผู้ประกอบธุรกิจในฐานะนายจ้างไม่ควรร่วมตกลงหรือเข้า

<sup>503</sup> ibid. page 35-36.

<sup>504</sup> ibid. page 25.

<sup>505</sup> Partner Hong Tran, Mayer Brown JSM., "What Does the Competition Ordinance Mean to Hr?," Summer (2015). page 22.

<sup>506</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advises on Practices in Employment Marketplace," [Online] Accessed: 9 April 2019. Available from:

ไปมีส่วนร่วมในพฤติกรรมร่วมกันเกี่ยวกับค่าตอบแทนของลูกจ้างเนื่องจากอาจก่อให้เกิดการกำหนดอัตราค่าจ้างระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งข้อตกลงอาจเป็นการต่อต้านการแข่งขันแม้ว่านายจ้างจะไม่ได้เป็นคู่แข่งกันในสินค้าหรือบริการเดียวกันก็ตาม<sup>507</sup> นอกจากนี้ หากผู้ประกอบการธุรกิจเห็นพ้องกับบุคคลอื่นในการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือเห็นด้วยกับเจตนาของอีกฝ่ายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับราคาผ่านบุคคลที่สาม การกระทำดังกล่าวถือว่ามีวัตถุประสงค์ (object) ต่อต้านการแข่งขันและเป็นการกำหนดราคา (price fixing) อันเข้าข่ายการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง<sup>508</sup> จะเห็นได้จาก Question and Answers ข้อ 2 ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตอบข้อหารือและเผยแพร่ใน Competition Commission Advisory Bulletin<sup>509</sup> ว่า สมาชิกของสมาคมการค้าที่เป็นคู่แข่งกันต้องหลีกเลี่ยงการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเงินเดือนหรือผลประโยชน์ใดๆ การแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยตรงระหว่างคู่แข่งหรือโดยอ้อมผ่านบุคคลที่สาม ก็ถือว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันอันเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง

สำหรับผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกสมาคมการค้าต้องระมัดระวังและหลีกเลี่ยงการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับเงินเดือนและค่าตอบแทนกับสมาชิกอื่นในสมาคมนั้น<sup>510</sup> เนื่องจากสมาชิกในสมาคมอาจมีการประชุมในประเด็นต่างๆ ซึ่งมีความเสี่ยงในการติดต่อหรือตกลงกันเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ความร่วมมือหรือการประสานงานระหว่างนายจ้างที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง ค่าคอมมิชชั่น ผลประโยชน์ ค่าเบี้ยเลี้ยง และโบนัส สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ เช่น สิทธิประโยชน์ด้านประกันภัย ค่าเช่าบ้าน ค่าชดเชย มักถูกนำขึ้นสู่ประเด็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าโดยเฉพาะการสื่อสารในประเด็นดังกล่าวเพื่อกำหนดทิศทางหรือเจตนาของนายจ้างในอนาคต การสื่อสารที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าวไม่ควรนำไปกล่าวถึงในที่ประชุมภายในองค์กรซึ่งกฎหมายจะบังคับใช้กับทั้งการถกเถียงอย่างไม่เป็นทางการและการประชุมอย่างเป็นทางการ และหากเจ้าหน้าที่ทรัพยากรบุคคลมีความเห็นพ้องต้องกัน (meeting of minds) ในประเด็นที่เกี่ยวข้องก็อาจละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากถือ

[https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409\\_AdvisesOnPracticesInEmploymentMarketplace\\_Eng.pdf](https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409_AdvisesOnPracticesInEmploymentMarketplace_Eng.pdf)

<sup>507</sup> Rajah&Tann Asia, "Anti-Competitive Employment Practices-the Hong Kong Competition Commission Issues Advisory Bulletin Warning Employers," (May 2018). page 1.

<sup>508</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 34.

<sup>509</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advisory Bulletin: Competition Concerns Regarding Certain Practices in the Employment Marketplace in Relation to Hiring and Terms and Conditions of Employment." page 4.

<sup>510</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advises on Practices in Employment Marketplace."

ว่าเป็นผู้แทนของนายจ้างที่เป็นคู่แข่งกันในตลาด นอกจากนี้ กรณีที่บริษัทจ้างบุคคลที่สามให้ทำการสำรวจเงินเดือนพนักงานในตลาด (salary surveys) อาจถูกมองว่ามีความเสี่ยงต่อการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่น จ้างให้บุคคลที่สามสำรวจข้อมูลเงินเดือนย้อนหลังของบริษัทต่างๆ และรวบรวม เผยแพร่ในรูปแบบที่ไม่ระบุตัวตนหรือแหล่งที่มา แต่นายจ้างจะต้องไม่เผยแพร่หรือแบ่งปันข้อมูลจากการสำรวจดังกล่าวโดยมีเป้าหมายเพื่อกำหนดราคาหรือผลประโยชน์การจ้างงานในอนาคต<sup>511</sup>

## 2. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว

ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information) ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาด ลูกค้า และพื้นที่การขาย ไม่ว่าจะฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายและไม่ว่าโดยตรงหรือผ่านบุคคลที่สาม อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันได้<sup>512</sup> นอกจากนี้ ข้อมูลที่อ่อนไวยังรวมถึงกลยุทธ์ด้านการจ้าง และอัตราค่าจ้างงาน ซึ่งความเสี่ยงในการละเมิดกฎหมายขึ้นอยู่กับอายุของข้อมูลและตัวข้อมูลนั้นด้วย<sup>513</sup>

ข้อมูลที่ต้องห้ามแลกเปลี่ยนกันระหว่างผู้ประกอบการ ได้แก่ แผนการระบายราคาค่าจ้าง กลยุทธ์เกี่ยวกับราคาค่าจ้าง ส่วนลด ส่วนแบ่งตลาดที่เกี่ยวข้องทางภูมิศาสตร์ กลยุทธ์ทางการตลาดเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ส่วนข้อมูลที่สามารถแลกเปลี่ยนกันได้โดยไม่ผิดกฎหมายคือ ข้อมูลสาธารณะ นโยบายรัฐบาล การเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบ ปัญหาการผลิตและอุตสาหกรรมประเด็นทั่วไปเกี่ยวกับเทคโนโลยีและเศรษฐกิจ<sup>514</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงมักจะพิจารณาลักษณะข้อมูลที่อ่อนไหวที่อาจผิดกฎหมาย ได้แก่ ข้อมูลที่อ่อนไหวเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทน ส่วนข้อมูลอื่นๆ ที่อ่อนไหวเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงาน ยังไม่มีการวินิจฉัยและไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลเลย

## 3. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง

<sup>511</sup> The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS), "Competition Ordinance Guidance Note," 3 (July 2018), page 2.

<sup>512</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advises on Practices in Employment Marketplace."

<sup>513</sup> Hong Tran, P., Mayer Brown JSM., "What Does the Competition Ordinance Mean to Hr?." page 22.

<sup>514</sup> Neil Carabine and James Wilkinson, "Hong Kong's Competition Law: Exchanging Information with Competitors," [Online] Accessed: 30 June 2021. Available from: <http://www.hk-lawyer.org/content/hong-kong%E2%80%99s-competition-law-exchanging-information-competitors>



โดยปกติแล้ว ผู้ว่าจ้างตนเอง (self-employed) ที่ให้บริการในตลาดถือว่าเป็นผู้ประกอบการภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ในบางสถานการณ์อาจไม่ใช่ผู้ประกอบการแต่เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างตนเองในฐานะผู้ประกอบการจ้างงานผู้ว่าจ้างตนเองอีกราย กล่าวคือเป็นนายจ้างลูกจ้างกันในทางพฤตินัย ซึ่งหากมีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการจำกัดการแข่งขันก็อาจเข้าข่ายละเมิด FCR<sup>515</sup> และข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเองจะผิดกฎหมายเมื่อผู้ว่าจ้างตนเองที่ประกอบอาชีพนั้นๆ แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทน อันอาจทำให้เกิดการกำหนดราคาได้

### 3.3.5.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

#### 1. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no-poaching agreement)

ผู้ประกอบการที่ตกลงร่วมกันเพื่อห้ามชักชวนหรือจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การตกลงปฏิเสธที่จะจ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย ถือว่าเข้าไปมีส่วนร่วมในการแบ่งตลาด (market sharing) โดยการแบ่งทรัพยากรของอุปทาน<sup>516</sup> ผู้ประกอบการในฐานะนายจ้างไม่ควรร่วมตกลงเกี่ยวกับการชักชวนหรือสรรหาลูกจ้างของคู่แข่งอีกฝ่าย เช่น ข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการคู่แข่ง เนื่องจากข้อตกลงลักษณะนี้ทำให้เกิดการรวมกันของส่วนแบ่งตลาดระหว่างผู้ประกอบการ<sup>517</sup> เป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรงและทำให้การขับเคลื่อนแรงงานในตลาดหยุดชะงักลง แต่ข้อตกลงนี้อาจใช้บังคับได้ในกรณีที่ใช้ในช่วงระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ภายในขอบเขต และเป็นข้อตกลงเสริมเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เช่น ในบริบทของการรวมธุรกิจ เป็นต้น<sup>518</sup>

#### คดีที่เกี่ยวข้อง

Cantor Fitzgerald Europe & Anor v. & Boyer ors, (2012) HKEC 301  
Boyer ทำสัญญาจ้างกับ Cantor Fitzgerald ที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งข้อสัญญาหนึ่งระบุว่าห้ามผู้บริหารจ้างลูกจ้างของ Fitzgerald เป็นเวลา 12 เดือนหลังจากเลิกสัญญาจ้าง ศาลตัดสินว่าข้อ

<sup>515</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 9.

<sup>516</sup> Hongkong's Competition Commission, "Competition Commission Advises on Practices in Employment Marketplace."

<sup>517</sup> Rajah&Tann Asia, "Anti-Competitive Employment Practices-the Hong Kong Competition Commission Issues Advisory Bulletin Warning Employers." page 1.

<sup>518</sup> Hong Tran, P., Mayer Brown JSM, "What Does the Competition Ordinance Mean to Hr?." page 23.

สัญญาดังกล่าวไม่สมเหตุสมผลเนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเกินความจำเป็นที่จะปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจตามกฎหมาย จึงไม่สามารถบังคับใช้ได้<sup>519</sup>

## 2. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement)

แฟรนไชส์เป็นรูปแบบการดำเนินธุรกิจที่สามารถพบได้ทั่วไปในฮ่องกง เนื่องจากใช้เงินลงทุนไม่มากและมีความเสี่ยงที่จำกัด ข้อตกลงในธุรกิจแฟรนไชส์มักอนุญาตให้แฟรนไชส์ซอร์ก่อตั้งเครือข่ายธุรกิจและให้แฟรนไชส์ซีที่มีทรัพยากรจำกัดได้รับการสนับสนุนด้านการบริการภายใต้แบรนด์นั้นๆ มาตรการที่จำเป็นต่อการคงไว้ซึ่งชื่อเสียงและอัตลักษณ์ของแฟรนไชส์หรือเงื่อนไขของสัญญาแฟรนไชส์ที่จำเป็นต่อการปกป้องแบรนด์ของแฟรนไชส์ซอร์ รวมถึงเครื่องหมายการค้าและองค์ความรู้ มักไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ FCR แต่ข้อจำกัดอื่นๆภายใต้สัญญาแฟรนไชส์อาจละเมิด FCR หากมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดในสัญญาแฟรนไชส์ที่บังคับใช้กับแฟรนไชส์ซีเพื่อมุ่งหมายต่อการคงไว้ซึ่งชื่อเสียงและอัตลักษณ์ของแฟรนไชส์ (maintaining the identity and reputation of the franchise network) ได้แก่

- (ก) ใช้กับการดำเนินธุรกิจที่พัฒนาโดยแฟรนไชส์ซอร์
- (ข) ไม่ใช่เครื่องหมายการค้า ชื่อ หรือเครื่องหมายอื่นๆ ของแฟรนไชส์ซอร์ในพื้นที่อื่นนอกจากที่ตกลงกัน
- (ค) ทำธุรกิจแฟรนไชส์ในพื้นที่ที่ตกลงกันและไม่เปลี่ยนพื้นที่โดยปราศจากความยินยอมของแฟรนไชส์ซอร์
- (ง) ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน ไม่ขายสินค้าของกลุ่มแข่งนอกจากที่แฟรนไชส์ซอร์เลือกหรือจัดส่งให้
- (จ) ขายเฉพาะสินค้าตามที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนด เช่น สินค้าที่ระบุตามเมนูใช้เทคโนโลยีเฉพาะ วิธีการขายและการจัดโปรโมชั่นตามที่แฟรนไชส์กำหนด หรือ
- (ฉ) ตกแต่งสถานที่ตั้งของแฟรนไชส์ตามที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนด

แม้ว่าข้อจำกัดข้างต้นจะมีลักษณะจำกัดเสรีภาพทางการค้าของแฟรนไชส์ซี แต่ก็ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้ FCR เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวมีความจำเป็นและเกี่ยวข้องโดยตรงกับการ

<sup>519</sup> Cantor Fitzgerald Europe and Cantor Fitzgerald (Hong Kong) Capital Markets Limited -v- Jason Boyer and Others [2012] HKEC 301 (29 February 2012).

ดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ ถือว่าเป็นข้อจำกัดเสริม (ancillary restriction) ที่ไม่จำกัดการแข่งขันทางการค้า<sup>520</sup>

นอกจากนี้ สัญญาแฟรนไชส์อาจมีข้อกำหนดที่ปกป้ององค์ความรู้หรือความเชี่ยวชาญของแฟรนไชส์ซอร์อย่างถูกต้องตามกฎหมาย (protecting the franchisor's branding and know-how) เช่น ข้อจำกัดการโอนธุรกิจแฟรนไชส์ หลักเกณฑ์การใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของแฟรนไชส์ซอร์ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการปกป้องข้อมูลหรือองค์ความรู้ที่เป็นความลับ ข้อห้ามการเปิดร้านที่มีลักษณะเดียวกันในพื้นที่ที่อาจแข่งขันกับแฟรนไชส์ซีรายอื่นหรือดำเนินธุรกิจอื่นที่มีลักษณะแข่งขันระหว่างที่สัญญาามีผลบังคับใช้ หรือหลังจากสิ้นสุดสัญญาแล้วตามระยะเวลาที่กำหนดอย่างสมเหตุสมผล เป็นต้น ข้อจำกัดดังกล่าวเป็นข้อจำกัดที่เป็นปกติของสัญญาแฟรนไชส์และไม่ละเมิด FCR<sup>521</sup>

### 3.3.5.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

นอกจากข้อตกลงที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) ซึ่งโดยทั่วไปข้อตกลงลักษณะนี้จะมีสามประเภท ได้แก่ 1) ข้อตกลงห้ามลูกจ้างไปทำงานกับคู่แข่งของนายจ้าง 2) ห้ามลูกจ้างแย่งหรือทำสัญญากับลูกค้าของนายจ้าง หรือ 3) ห้ามลูกจ้างติดต่อกับลูกจ้างของคู่แข่งนายจ้าง ซึ่งสัญญาจ้างแรงงานมักกำหนดห้ามกระทำการดังกล่าวหลังจากลูกจ้างลาออกหรือถูกไล่ออก หากข้อกำหนดดังกล่าวขัดกับนโยบายสาธารณะก็อาจไม่สามารถบังคับใช้ได้เว้นแต่กรณีที่สามารถแสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดนั้นมีความจำเป็นในการปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างตามกฎหมายและสมเหตุสมผลในทุกสถานการณ์ ซึ่งคำว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือ legitimate interest หมายถึง มีความจำเป็นในการปกป้องมิตรภาพและความสัมพันธ์ทางการค้า ความลับทางการค้า และข้อมูลที่เป็นความลับ และการรักษาไว้ซึ่งแรงงานที่มั่นคง<sup>522</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงห้ามแข่งขันข้างต้นอาจละเมิดกฎหมายหากถูกบังคับใช้เป็นระยะเวลานานเกินสมควร ซึ่งปกติไม่ควรนานเกินกว่า 6 เดือน เนื่องจากเป็นการกีดกันลูกจ้างที่อาจจะได้รับรายได้ที่ดีกว่าหรือมั่นคงกว่า นอกจากนี้ ข้อจำกัดยังต้องใช้อยู่ในขอบเขตพื้นที่ที่เหมาะสมด้วย<sup>523</sup>

<sup>520</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 59.

<sup>521</sup> ibid. page 60.

<sup>522</sup> Hong Tran, "The Legal Risks of Poaching Employees," *Human Resource Legal Update* (October 2008). page 39.

<sup>523</sup> The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS), "Competition Ordinance Guidance Note." page 2.

### 3.3.5.4 ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด

ข้อยกเว้นสำหรับข้อตกลงจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ละเมิด FCR กล่าวคือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ข้อตกลงอันจำกัดการแข่งขันไม่ละเมิด FCR หากข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมายกำหนด แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยผู้ประกอบการไม่ต้องชี้แจงหรือพิสูจน์ต่อ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าข้อตกลงนั้นได้รับการยกเว้นอย่างไร แต่สามารถนำประโยชน์ที่ได้รับจากข้อยกเว้นนั้นไปพิสูจน์หรือโต้แย้งต่อศาลได้<sup>524</sup>

FCR จะไม่ใช้กับกรณีที่เข้าข้อยกเว้นหรือที่กำหนดไว้ในตารางที่ 1 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกำหนดว่า ข้อยกเว้นทั่วไปของ FCR ได้แก่<sup>525</sup>

#### 1. ข้อตกลงที่ สนับสนุนประสิทธิภาพของเศรษฐกิจโดยรวม (agreement enhancing overall economic efficiency)

ข้อยกเว้นเกี่ยวกับประสิทธิภาพของเศรษฐกิจ ซึ่งสามารถใช้กับข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อการแข่งขัน ตาราง 1 ข้อ 1<sup>526</sup> กำหนดว่า FCR ไม่นำไปใช้ในกรณีที่ข้อตกลงนั้น เข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>527</sup>

(1) ก่อให้เกิด

(ก) การพัฒนาผลผลิตหรือการจัดจำหน่าย หรือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>524</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 62.

<sup>525</sup> ibid. page 63.

<sup>526</sup> 1. Agreements enhancing overall economic efficiency

The first conduct rule does not apply to any agreement that—

(a) contributes to—

(i) improving production or distribution; or

(ii) promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share

of the resulting benefit;

(b) does not impose on the undertakings concerned restrictions that are not indispensable to the attainment of the objectives stated in paragraph (a); and

(c) does not afford the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the goods or services in question.

<sup>527</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule."

(ข) ส่งเสริมเทคโนโลยีหรือกระบวนการทางเศรษฐกิจร่วมกับการนำประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำดังกล่าวไปให้แก่ผู้บริโภคอย่างเท่าเทียมกัน

การพัฒนาผลผลิตหรือการจัดจำหน่ายหรือส่งเสริมเทคโนโลยีหรือกระบวนการทางเศรษฐกิจ คือ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจประกอบไปด้วยประสิทธิภาพด้านต้นทุนและประสิทธิภาพด้านคุณภาพ

สำหรับประสิทธิภาพด้านต้นทุน (cost efficiency) หมายถึง การประหยัดต้นทุน เช่น การพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ทำให้ประหยัดต้นทุนการผลิต กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถผลิตผลผลิตได้ในจำนวนมากขึ้นจนทำให้ต้นทุนในการผลิตเฉลี่ยต่อหน่วยต่ำลง (Economy of Scale) หรือผู้ประกอบการรายหนึ่งสามารถลดต้นทุนการผลิตสินค้าลงได้จากการผลิตสินค้าจำนวน 2 ชนิดหรือมากกว่าแทนที่จะผลิตสินค้าเพียงชนิดเดียวหรือให้มีการผลิตสินค้าแต่ละชนิดโดยผู้ประกอบการแต่ละราย (Economy of Scope)<sup>528</sup> ตัวอย่างการพัฒนาผลผลิตหรือการจัดจำหน่าย ได้แก่ ต้นทุนต่ำลงจากการเปลี่ยนวิธีการผลิตหรือจัดจำหน่าย พัฒนาคุณภาพสินค้าหรือเพิ่มจำนวนการผลิต

ส่วนประสิทธิภาพด้านคุณภาพ (qualitative efficiency) เกิดขึ้นเมื่อข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการทำให้เกิดประสิทธิภาพโดยการพัฒนาคุณภาพ นวัตกรรม หรือพัฒนาสินค้าประเภทเดียวกัน หรือข้อตกลงนั้นส่งเสริมการพัฒนาเทคโนโลยีในงานวิจัยและพัฒนาเพื่อปรับปรุงสินค้าหรือผลิตสินค้าใหม่ ผู้บริโภคได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมในประสิทธิภาพข้างต้น คำว่า ผู้บริโภค หมายถึง ผู้ซื้อสินค้าทั้งทางตรงและทางอ้อมรวมถึงหน่วยธุรกิจที่เป็นผู้ซื้อ เช่น ผู้ผลิตที่ซื้อปัจจัยการผลิต เช่น แรงงาน หรือผู้ค้าปลีก และผู้บริโภคต้องได้รับประโยชน์อันเกิดจากข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการ<sup>529</sup>

(2) กำหนดข้อจำกัดของผู้ประกอบการที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อ 1 กล่าวคือ คู่ความตกลงต้องแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงและข้อจำกัดการแข่งขันภายใต้ข้อตกลงมีความจำเป็นอย่างสมเหตุสมผลที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพ<sup>530</sup>

(3) ไม่มีความเป็นไปได้ของผู้ประกอบการในการกำจัดการแข่งขันเกี่ยวกับส่วนสำคัญของสินค้าหรือบริการ ข้อนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องกระบวนการแข่งขัน ยิ่งข้อตกลงมี

<sup>528</sup> ibid. page 64.

<sup>529</sup> ibid. page 65.

<sup>530</sup> ibid. page 66.

สาเหตุให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันมากเท่าไร ผู้ประกอบธุรกิจยังมีความเป็นไปได้ที่จะกำจัดการแข่งขันมากเท่านั้น<sup>531</sup>

ข้อยกเว้นข้อนี้จะใช้บังคับเมื่อครบองค์ประกอบเงื่อนไขทั้งหมด 3 ข้อข้างต้น โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีหน้าที่ในการพิสูจน์หรือมีภาระพิสูจน์ว่าข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวหรือไม่

## 2. การปฏิบัติตามกฎหมายกำหนด (compliance with legal requirements)

ข้อ 2 ของตาราง 1 ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้ข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่ได้กระทำขึ้นเพื่อปฏิบัติตามเจตนารมณ์หรือเงื่อนไขที่กฎหมายภายในฮ่องกงกำหนด จะได้รับการยกเว้นจาก FCR ทั้งนี้ หากกฎหมายเพียงแต่สนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกให้ข้อตกลงก็ไม่เข้าข้อยกเว้นนี้หรือกรณีที่หน่วยงานของรัฐรับรองหรือสนับสนุนข้อตกลงก็ไม่เข้าข้อยกเว้นนี้เช่นกัน<sup>532</sup>

## 3. บริการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเศรษฐกิจทั่วไป (services of general economic interest)

ข้อ 3<sup>533</sup> ของตาราง 1 ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากำหนดให้ FCR ไม่ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจที่รัฐมอบหมายให้ปฏิบัติงานบริการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเศรษฐกิจทั่วไป トラบเท่าที่ FCR สร้างอุปสรรคต่อหน้าที่ต่างๆ ที่รัฐมอบหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้ง

<sup>531</sup> ibid. page 67-68.

<sup>532</sup> 2. Compliance with legal requirements

(1) The first conduct rule does not apply to an agreement to the extent that it is made for the purpose of complying with a legal requirement.

(2) The second conduct rule does not apply to conduct to the extent that it is engaged in for the purpose of complying with a legal requirement.

(3) In this section—

legal requirement (法律規定) means a requirement—

(a) imposed by or under any enactment in force in Hong Kong; or

(b) imposed by any national law applying in Hong Kong.

<sup>533</sup> 3. Services of general economic interest etc.

Neither the first conduct rule nor the second conduct rule applies to an undertaking entrusted by the Government with the operation of services of general economic interest in so far as the conduct rule would obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to it.

จากกฎหมายและข้อเท็จจริง ซึ่งคำว่า “มอบหมาย” ผู้ประกอบธุรกิจต้องแสดงให้เห็นว่ารัฐมอบหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการดังกล่าวอย่างชัดเจน เช่น การมอบหมายโดยวิธีการตามมาตรการทางกฎหมายหรือกฎระเบียบผ่านความยินยอมหรืออนุญาตโดยกฎหมายมหาชน หรือผ่านการกระทำอื่นๆ ของรัฐบาล ดังนั้น การอนุมัติโดยรัฐที่ดำเนินการโดยผู้ประกอบธุรกิจนั้นจึงไม่เพียงพอที่จะเข้าข้อยกเว้นนี้ นอกจากนี้ ข้อยกเว้นนี้ใช้กับภารกิจโดยเฉพาะที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับมอบหมายเท่านั้น มิได้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจทั่วไป และการดำเนินการที่ได้รับมอบหมายจะต้องเชื่อมโยงกับสาระสำคัญของการบริการที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของเศรษฐกิจทั่วไปและต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ดังกล่าวขึ้นอย่างแท้จริง ส่วนคำว่า “บริการที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของเศรษฐกิจทั่วไป” บริการหมายรวมถึงการจัดจำหน่ายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคด้วย โดยต้องส่งต่อการบริการให้แก่สาธารณะไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชนโดยไม่จำกัดเฉพาะผู้บริโภคหรือผู้ซื้อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และเศรษฐกิจในความหมายนี้คือเศรษฐกิจที่บริการให้โดยแท้ ซึ่งรวมถึงวัฒนธรรม สังคม สาธารณสุข นอกจากนี้ผู้ประกอบธุรกิจต้องแสดงให้เห็นว่า การใช้ FCR สร้างอุปสรรคต่อหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย และหน้าที่นั้นไม่สามารถกระทำโดยวิธีอื่นใดซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันน้อยลง<sup>534</sup>

#### 4. การรวมธุรกิจ (merger)

ข้อ 3 ตารางที่ 7 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กำหนดว่าข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดหรือร่วมกันก่อให้เกิดการรวมธุรกิจได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตาม FCR ซึ่งคำว่ารวมธุรกิจภายใต้กฎหมายนี้ เกิดขึ้นเมื่อ<sup>535</sup>

<sup>534</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 69-71.

<sup>535</sup> **3. Mergers substantially lessening competition prohibited**

(1) An undertaking must not, directly or indirectly, carry out a merger that has, or is likely to have, the effect of substantially lessening competition in Hong Kong.

(2) For the purpose of this section, a merger takes place if—

(a) 2 or more undertakings previously independent of each other cease to be independent of each other;

(b) one or more persons or other undertakings acquire direct or indirect control of the whole or part of one or more other undertakings; or

(c) an acquisition by one undertaking (the acquiring undertaking) of the whole or part of the assets (including goodwill) of another undertaking (the acquired undertaking) has the result set out in subsection (3).

(3) The result referred to in subsection (2)(c) is that the acquiring undertaking is in a position to replace the acquired undertaking, or to substantially replace the acquired undertaking, in the business or in part of the business concerned (as the case requires) in which the acquired undertaking was engaged immediately before the acquisition.

(1) ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอิสระต่อกันตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปต้องการหยุดความเป็นอิสระต่อกัน

(2) บุคคลหรือผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 1 รายขึ้นไปได้อำนาจควบคุม (ทั้งทางตรงหรือทางอ้อม) บุคคลหรือผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตั้งแต่ 1 รายขึ้นไปทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) มีการครอบครองโดยผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งซึ่งสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ครอบครองนั้นอยู่ในฐานะที่จะทดแทนกิจการที่ได้มาหรือเพื่อทดแทนผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกครอบครองอย่างมีนัยสำคัญในธุรกิจหรือบางส่วนของธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกครอบครองนั้นได้ดำเนินการทันทีก่อนที่จะมีการครอบครอง

(4) กิจการร่วมค้า (joint venture) ที่ถูกตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการของบุคคลที่มีอิสระต่อกันทางเศรษฐกิจ หากข้อตกลงของกิจการร่วมค้าในภาพรวมไม่มีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบต่อการแข่งขัน ข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องโดยตรงและจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของกิจการร่วมค้าก็ไม่ถือว่าละเมิด FCR เช่น ข้อตกลงห้ามแข่งขันระหว่างบริษัทแม่และกิจการร่วมค้า<sup>536</sup>

**5. หน่วยธุรกิจเดียวกัน (single economic entity)** FCR จะไม่ใช้บังคับกับหน่วยธุรกิจเดียวกัน<sup>537</sup> กล่าวคือ บริษัทซึ่งเป็นแม่-ลูกกันมีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ มีแนวทางนโยบาย หรือวิธีการบริหาร อำนาจการ หรือจัดการธุรกิจภายใต้บุคคลที่มีอำนาจสั่งการคนเดียวกัน โดยอำนาจสั่งการนั้นจะหมายถึงอำนาจควบคุมด้วยวิธีการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเกินกว่า 50% ของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมด การควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม การมีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการครั้งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดทั้งทางตรงและทางอ้อม และรวมถึงการสั่งการเป็นทอด ๆ จากบริษัทแม่ หากทั้ง 2 บริษัทมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเช่นนี้ก็ถือว่าเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันมิใช่หน่วยธุรกิจที่มีอิสระต่อกัน<sup>538</sup>

(4) The creation of a joint venture to perform, on a lasting basis, all the functions of an autonomous economic entity also constitutes a merger within the meaning of subsection (2)(b).

(5) The prohibition imposed by subsection (1) is referred to in this Ordinance as the merger rule.

<sup>536</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 52.

<sup>537</sup> Hong Tran, P., Mayer Brown JSM, "What Does the Competition Ordinance Mean to Hr?." page 22.

<sup>538</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "คำถามที่พบบ่อย" [ออนไลน์].



## 6. ข้อตกลงที่มีความสำคัญรองลงมา (agreements of lesser significance)

ข้อ 5 ตารางที่ 1 ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กำหนดว่า FCR จะไม่นำไปใช้บังคับกับ<sup>539</sup>

(1) ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในปีปฏิทิน หากรายได้สุทธิทั้งหมดของผู้ประกอบการธุรกิจในช่วงระยะเวลานั้น ไม่เกิน 200 ล้านดอลลาร์ฮ่องกง

(2) พฤติกรรมร่วมที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการธุรกิจในปีปฏิทิน หากรายได้สุทธิทั้งหมดของผู้ประกอบการธุรกิจในช่วงระยะเวลานั้น ไม่เกิน 200 ล้านดอลลาร์ฮ่องกง หรือ

(3) การตัดสินใจของสมาคมผู้ประกอบการธุรกิจในปีปฏิทิน หากรายได้สุทธิทั้งหมดของผู้ประกอบการธุรกิจในช่วงระยะเวลานั้น ไม่เกิน 200 ล้านดอลลาร์ฮ่องกง

รายได้สุทธิทั้งหมดของตนรวมทั้งรายได้ที่ได้รับภายในฮ่องกงและภายนอกฮ่องกง สำหรับสมาคมผู้ประกอบการ รายได้สุทธิคือรายได้ของสมาชิกในสมาคมทั้งหมดไม่ว่าจะได้รับภายในหรือภายนอกฮ่องกง อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ได้หากข้อตกลงมีลักษณะต่อต้านการแข่งขันทางการค้าอย่างร้ายแรง (hardcore cartel)<sup>540</sup>

## 7. การเจรจาต่อรอง (Collective Bargaining) ระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง หรือระหว่างนายจ้างในหน่วยธุรกิจเดียวกัน

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงไม่นำไปใช้บังคับกับกรณีนี้เนื่องจากลูกจ้างเป็นผู้ที่ทำงานภายในองค์กรนายจ้าง ทำให้การตกลงเรื่องเงินเดือน ค่าตอบแทน หรือเงื่อนไขการจ้างระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างหรือระหว่างลูกจ้างที่เป็นผู้แทนสหภาพแรงงาน (trade unions) กับนายจ้าง หรือสหภาพแรงงานเองกับนายจ้าง ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย

<sup>539</sup> 5. Agreements of lesser significance

(1) The first conduct rule does not apply to—

(a) an agreement between undertakings in any calendar year if the combined turnover of the undertakings for the turnover period does not exceed \$200,000,000;

(b) a concerted practice engaged in by undertakings in any calendar year if the combined turnover of the undertakings for the turnover period does not exceed \$200,000,000; or

(c) a decision of an association of undertakings in any calendar year if the turnover of the association for the turnover period does not exceed \$200,000,000.

(2) Subsection (1) does not apply to an agreement, a concerted practice, or a decision of an association of undertakings, that involves serious anti-competitive conduct.

<sup>540</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 72-73.

การแข่งขันทางการค้า และกรณีที่ลูกจ้างกับลูกจ้างแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้าง เงินเดือนกัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็ไม่นำไปบังคับกับกรณีนี้<sup>541</sup> แต่อย่างไรก็ดี หากนายจ้างตั้งแต่สองรายขึ้นไปในสภาพแรงงานที่เป็นคู่แข่งกันในอุตสาหกรรมต่างๆ อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>542</sup>

### 3.4 สาธารณรัฐเกาหลี

สาธารณรัฐเกาหลีหรือประเทศเกาหลีใต้ เป็นหนึ่งในประเทศแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่มีพัฒนาการทางด้านเศรษฐกิจที่น่าสนใจมาก โดยในบางช่วงเวลามีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศไทยอยู่บ้าง หากมองในมุมที่ว่าทั้งประเทศไทยและเกาหลีใต้ต่างมีสภาพเศรษฐกิจที่ย่ำแย่ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง เกาหลีใต้เริ่มจากประเทศที่มีรายได้ต่ำกว่าไทย แต่ไล่ทันประเทศไทยในปลายปี ค.ศ. 1960 และนำหน้าประเทศไทยในปีต่อ ๆ มา นอกจากนี้ประเทศเกาหลีใต้ยังมีนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจในภาคอุตสาหกรรมซึ่งต้องการเปลี่ยนแปลงจากประเทศเกษตรกรรมเป็นประเทศอุตสาหกรรมโดยการยกระดับเทคโนโลยีซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการยกระดับประเทศไปสู่ประเทศที่มีรายได้สูง นอกจากนี้ยังมีการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ถนน สะพาน ระบบการขนส่งผู้โดยสาร และพบว่าระบบโลจิสติกส์มีความใกล้เคียงกับประเทศไทยมากที่สุด และที่สำคัญเกาหลีใต้ยังเป็นประเทศที่มีกำลังแรงงานที่มีความรู้ความสามารถอีกด้วย<sup>543</sup>

ส่วนในด้านระบบกฎหมายทั้งไทยและเกาหลีใต้ต่างก็ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เหมือนกันทำให้ง่ายต่อการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบ รวมถึงความคล้ายคลึงกันทางด้านนโยบายทางเศรษฐกิจทุนนิยมแบบชี้นำ (guided capitalism) แม้ว่าโครงสร้างของระบบเศรษฐกิจ ระดับการพัฒนาให้เป็นประเทศอุตสาหกรรม และระบบกฎหมายของเกาหลีใต้จะมีความก้าวหน้ากว่าประเทศไทยก็ตาม แต่ก็ไม่ถึงกับแตกต่างกันเมื่อเทียบกับสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้จึงมีบทบาทที่สำคัญต่อการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยเป็นอย่างมาก<sup>544</sup>

#### 3.4.1 แนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี

<sup>541</sup> The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS), "Competition Ordinance Guidance Note." page 2.

<sup>542</sup> Hong Tran, P., Mayer Brown JSM., "What Does the Competition Ordinance Mean to Hr?." page 23.

<sup>543</sup> คณพล จันทน์หอม และ อิศารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 257.

<sup>544</sup> *ibid.* หน้า 253.

ประเทศเกาหลีใต้ถือเป็นประเทศที่สองที่มีการออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยใช้ชื่อว่า “The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 (MRFTA)” หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค และพัฒนาเศรษฐกิจชาติอย่างสมดุล ป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมและการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมคิดกันของผู้ประกอบธุรกิจ โดยเหตุผลที่ทำให้ประเทศเกาหลีใต้ต้องตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้าออกมาเนื่องจากสองปัจจัยหลักได้แก่ ปัจจัยภายในประเทศและปัจจัยภายนอกประเทศ

ปัจจัยภายในประเทศ หลักจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ในช่วงปี ค.ศ. 1950-1953 เกิดสงครามเกาหลีระหว่างเกาหลีเหนือและเกาหลีใต้ ทำให้เกาหลีใต้มีการเปลี่ยนแปลงผู้นำประเทศหลายครั้งเข้าสู่ประชาธิปไตยมากขึ้นและมีการกำหนดนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจของเกาหลีใต้โดยกิจกรรมทางเศรษฐกิจต้องดำเนินไปอย่างเสรีภายใต้เงื่อนไขของการแข่งขัน เป้าหมายสำคัญในขณะนั้นคือการสามารถแข่งขันกับประเทศอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยรัฐเข้ามามีบทบาทควบคุม ส่วนผู้ประกอบการธุรกิจเอกชน มีกลุ่มธุรกิจ Chaebol เป็นผู้ควบคุมการผลิตอุตสาหกรรมต่างๆ รวมทั้งการทำโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ เป็นกลุ่มธุรกิจที่มีอำนาจในการต่อรองทางเศรษฐกิจสูงและมีอิทธิพลต่อเศรษฐกิจโลกโดยรวม ถือได้ว่ากลุ่มธุรกิจ Chaebol มีความสำคัญมากต่อระบบเศรษฐกิจของเกาหลีใต้ในขณะนั้น ต่อมา ในปี ค.ศ. 1997 เกิดภาวะเงินเฟ้อจนในที่สุดกลุ่ม Chaebol ได้ล้มละลายอย่างต่อเนื่อง ทำให้ปีต่อๆ มาเศรษฐกิจเกาหลีใต้ติดลบ และเกิดการเอื้อประโยชน์กันระหว่างรัฐและเอกชน โดยรัฐผูกขาดระบบสาธารณูปโภคและสถาบันการเงินธนาคาร ทำให้ผู้ที่สามารถเข้าถึงมีแต่กลุ่ม Chaebol บริษัทใหม่ๆ ไม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้เนื่องจากเกิดตลาดผูกขาด (monopoly) และเกิดอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ (oligopoly) ทำให้ผู้ประกอบการหรือ Chaebol มีอำนาจกำหนดราคา ถือเป็นพฤติกรรมหนึ่งของการร่วมกันจำกัดการแข่งขัน (cartel) ด้วยเหตุนี้ เกาหลีใต้จึงต้องปฏิรูประบบ Chaebol เพื่อให้เศรษฐกิจฟื้นตัวได้อย่างรวดเร็ว<sup>545</sup>

ส่วนปัจจัยภายนอกประเทศ ในปี ค.ศ. 1980 เกิดกระแสโลกในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ แต่ในทางปฏิบัติยังมีการผูกขาดโดยบริษัทรายใหญ่ เกาหลีใต้จึงมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาบังคับใช้เพื่อให้บริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กสามารถเข้ามาลงทุนในตลาดได้และเป็นการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม เกาหลีใต้จึงตรา MRFTA โดยนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและญี่ปุ่นมาเป็นต้นแบบ<sup>546</sup>

<sup>545</sup> ibid. หน้า 267-271.

<sup>546</sup> ibid. หน้า 272.

สำหรับประเทศไทยเมื่อเทียบกับประเทศเกาหลีใต้มีระบบเศรษฐกิจและระบบกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้จึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนา กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

### 3.4.2 ขอบเขตตลาด

ในทางทฤษฎีการกำหนดขอบเขตตลาดเรียกว่าเป็นการกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ซึ่งประเทศเกาหลีใต้อาศัย 2 องค์ประกอบหลักในการพิจารณา ดังนี้

1. ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (product market) เป็นการกำหนดขอบเขตตลาดที่คำนึงถึงกลุ่มสินค้าที่ทดแทนกันได้และมีการแข่งขันกัน โดยพิจารณาความสามารถในการทดแทนกัน (substitutability) จากพฤติกรรมของผู้ซื้อและผู้ผลิต เมื่อสินค้าหนึ่งราคาสูงขึ้นก็จะส่งผลต่ออำนาจการตัดสินใจซื้อสินค้านั้น โดยแนวทางของ KFTC กำหนดว่าให้ใช้กรณีของราคาสินค้าที่เพิ่มขึ้น จากเดิมประมาณ 5%

2. ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (geographical market) เป็นการกำหนดขอบเขตตลาดที่คำนึงถึงการทดแทนกันได้ระหว่างพื้นที่ (เช่น ประเทศ ภูมิภาค) ของสินค้าที่จัดอยู่ในกลุ่มเดียวกัน (homogeneous product) กล่าวคือ หากสินค้าของพื้นที่ใดราคาสูงขึ้น จะส่งผลให้ความต้องการของผู้ซื้อเปลี่ยนไปซื้อสินค้าจากอีกพื้นที่หนึ่ง โดยแนวทางของ KFTC พิจารณาหลายปัจจัยประกอบกัน เช่น ลักษณะของสินค้าหรือบริการ ค่าขนส่ง พฤติกรรมการซื้อขายจริงของผู้ซื้อและผู้ขาย เป็นต้น

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องในมาตรา 2 (8)<sup>547</sup> แห่ง KFTC ว่าด้วยเรื่องพื้นที่ธุรกิจเฉพาะ (particular business area) หมายถึง พื้นที่ซึ่งมีการแข่งขันหรืออาจมีการแข่งขันทั้งในด้านสินค้า ระดับชั้นการค้าหรือพื้นที่ภูมิศาสตร์ ซึ่งมีความหมายเดียวกับตลาดที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม การวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายบางส่วนของเกาหลีใต้ ว่าทั้งตัวบทกฎหมายและแนวทางการพิจารณาที่ประกาศออกมายังไม่มีความสมบูรณ์เพียงพอที่จะทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถกำหนดขอบเขตตลาดที่ชัดเจนได้<sup>548</sup>

<sup>547</sup> MRFTA Article 2(8) The term “particular business area” means an area in which any competitive relation exists or may exist, by the subject, stage or geographical area of a trade.

<sup>548</sup> คณพล จันทน์หอม และ จิตารัตน์ ศิลปภิมรมย์สุข อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 316-317.

### 3.4.3 กฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

#### 3.4.3.1 กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม (The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 : MRFTA)

MRFTA ประกาศใช้เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1980 แบ่งออกเป็น 14 หมวด ซึ่งหมวดหลักๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ได้แก่ หมวด 4 ข้อจำกัดเรื่องการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมกันโดยไม่เป็นธรรม (restrictions on unfair collaborative acts) และหมวด 12 ข้อยกเว้น (exemptions)

มาตรา 19 (1)<sup>549</sup> เรื่องการห้ามการกระทำร่วมกันที่ไม่เป็นธรรม (Prohibition of Unfair Collaborative Acts) ซึ่งปรากฏในหมวด 4 ข้อจำกัดเรื่องการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมกันโดยไม่เป็นธรรม (restrictions on unfair collaborative acts) กำหนดห้ามการรวมกลุ่มกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อการกระทำอันไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการรวมกลุ่มกันโดยการทำสัญญา การทำข้อตกลง การมีมติ หรือการกระทำอื่นใดเพื่อทำการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมหรือเพื่อยินยอมให้ผู้ประกอบการธุรกิจใดกระทำการดังกล่าว ซึ่งมาตรา 19 (1) ได้ยกตัวอย่างรูปแบบการร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยปราศจากเหตุผลและไม่เป็นธรรม ดังนี้<sup>550</sup>

#### 1. กำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคา

<sup>549</sup> MRFTA Article 19 (1) “No enterpriser shall agree with other enterprisers by contract, agreement, resolution, or any other means, to jointly engage in an act falling under any of the following subparagraphs, which unfairly restricts competition (hereinafter referred to as "unfair collaborative act") or allow any other enterpriser to perform such unfair collaborative act: 1. Fixing, maintaining or changing the price; 2. Determining terms and conditions for the transaction of goods or services, or for payment of prices thereof; 3. Restricting production, delivery, transportation, or transaction of goods or restricting transaction of services; 4. Limiting the area in which a transaction arises or the transaction counterpart; 5. Preventing or restricting the establishment or extension of facilities or the installation of equipment necessary for the production of goods or the rendering of services; 6. Restricting kinds and standards of goods or services when they are produced or traded; 7. Jointly carrying out, managing the main parts of business or establishing a company, etc. to jointly carry out and manage it; 8. Deciding successful bidder, successful auctioneer, bidding price, highest price or contract price, and other matters prescribed by Presidential Decree; 9. Practically restricting competition in a particular business area by means of interfering or restricting the activities or contents of business by other enterprisers (including the enterpriser who has conducted the activity), which is other than the act referred to in subparagraphs 1 through 8.”

<sup>550</sup> คณพล จันทน์หอม และ จิตารัตน์ ศิลปภิมรมย์สุข อ้างถึงใน ศักดา ฉนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยสู่ป็นสหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 297-298.

2. กำหนดเงื่อนไขสำหรับการค้าและการบริการ หรือสำหรับวิธีการชำระราคาค่าสินค้าและบริการ
  3. จำกัดการผลิต การส่ง การขนส่ง หรือธุรกรรมของสินค้า หรือจำกัดธุรกรรมของบริการ
  4. จำกัดพื้นที่ของการค้าหรือผู้บริโภค
  5. กีดกันหรือยับยั้งการเกิดขึ้นหรือการเพิ่มขึ้นของสิ่งอำนวยความสะดวกหรือการติดตั้งอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับการผลิตสินค้าหรือการให้บริการ
  6. จำกัดประเภทและมาตรฐานของสินค้าที่มีการผลิตและซื้อขายกันหรือบริการ
  7. ร่วมกันบริหารจัดการส่วนสำคัญของธุรกิจหรือร่วมกันก่อตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อที่จะร่วมกันบริหารจัดการธุรกิจดังกล่าว
  8. กำหนดผู้ชนะการประมูลหรือราคาประมูลไว้ล่วงหน้า
  9. การกระทำอื่นใดนอกจากข้อ (1) - (8) ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางธุรกิจโดยการรบกวนหรือกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- นอกจากนี้ ในมาตรา 26<sup>551</sup> ยังมีการบัญญัติห้ามองค์กรธุรกิจกระทำการอย่างเดียวกับที่ระบุไว้ในมาตรา 19(1) เช่นกัน

### 3.4.3.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review)

แนวปฏิบัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรา 19 ในประเด็นพฤติกรรมร่วมกัน โดยอธิบายถึงความหมายของพฤติกรรมร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม และอธิบายตัวอย่างรูปแบบการร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยปราศจากเหตุผลและไม่เป็นธรรมทั้ง 9 รูปแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 19 (1)

สำหรับวิธีการร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจหรือองค์กรธุรกิจสามารถกระทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญา การทำข้อตกลง การมีมติ หรือการกระทำอื่นใดทั้งเป็นทางการและไม่เป็นทางการ หรือด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร เพื่อทำการจำกัดการแข่งขันทาง

<sup>551</sup> MRFTA Article 26 (Prohibited Activities of Enterprisers' Organization) (1) No enterprisers' organization shall commit any of the following acts: 1. Unfairly restricting competition through an act falling under any subparagraph of Article 19 (1);

การค้าอย่างไม่เป็นธรรมหรือเพื่อยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการดังกล่าว ซึ่งมาตรา 19(5)<sup>552</sup> ได้กำหนดไว้สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) มีผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่สองรายขึ้นไปร่วมกันกระทำการใดๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 19(1)

(2) มีหลักฐานการติดต่อกันหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยายระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ ถือว่ามี “การตกลง” เกิดขึ้น หากการตกลงมีเพื่อการกระทำตามมาตรา 19(1) ก็ถือว่าเป็นการร่วมกันเพื่อการกระทำที่ไม่เป็นธรรม

การตกลง หรือ agreement ไม่มีรูปแบบที่ตายตัว ไม่ว่าจะเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือปริยาย เช่น การทำสัญญา หรือข้อตกลงร่วมกัน แม้ว่าในช่วงเริ่มต้นผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้มีเจตนาในการตกลงร่วมกัน ผู้ประกอบธุรกิจก็อาจถูกเชื่อได้ว่าเข้าร่วมในการตกลงร่วมกัน หากผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีพฤติกรรมว่าจะยินยอมหรือเชื่อใจในการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจรายแรก ซึ่งในการพิจารณาการตกลงอาจจะยากในบางกรณีแต่หากมีการกระทำที่ปรากฏในมาตรา 19(1) ศาลก็จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีพฤติกรรมดังกล่าวที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน เช่น มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันเกี่ยวกับราคาและผลิตภัณฑ์ไม่ว่าระหว่างหรือหลักจากการประชุม หรือมีพฤติกรรมต่างๆ หลังการประชุมลับที่เชื่อว่าจะเพิ่มราคาหรือลดจำนวนผลิตภัณฑ์ในตลาด เป็นต้น<sup>553</sup>

### 3.4.4 ประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ

#### 3.4.4.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน

ศาลฎีกาในคดี *Hanhwa Life Insurance, Co., Ltd. v. KFTC*<sup>554</sup> เคยพิพากษาว่า การที่จะวินิจฉัยว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจผิดกฎหมายหรือไม่ต้องพิจารณาพฤติการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นนอกจากจะพิจารณาเรื่องโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องเนื่อง เวลาวิธีการแลกเปลี่ยน และบุคคลที่เกี่ยวข้องแล้ว จะต้องพิจารณาพยานแวดล้อมและปัจจัยอื่นๆ ที่

<sup>552</sup> MRFTA Article 19 (5) Where two or more enterprisers conduct an act falling under any subparagraph of paragraph (1), it shall be assumed that the enterprisers have agreed to conduct an act in association falling under any subparagraph of paragraph (1) when it is highly probable to reckon that they did the act in association regarding the characteristic of the relevant transaction, goods or services, economic reasons and ripple effects of the relevant activity, frequency, mode, etc. of contact among enterprisers.

<sup>553</sup> Korea Fair Trade Commission, "Guideline for Concerted Practice Review," (20 August 2012.), page 2-3.

<sup>554</sup> Supreme Court Decision 2013Du16951 Decided July 24, 2014 **【Action Petitioning for the Revocation of Correction Order and Surcharge Payment Order】**

เกี่ยวข้อง ได้แก่ 1) วัตถุประสงค์และเจตนาของการแลกเปลี่ยนข้อมูล 2) การตัดสินใจแลกเปลี่ยนข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายและระดับความเท่าเทียมในการแลกเปลี่ยนข้อมูล และ 3) ผลกระทบของการแลกเปลี่ยนข้อมูลในตลาดที่เกี่ยวข้อง ด้วย<sup>555</sup>

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้หรือ MRFTA ยังไม่มีการกำหนดพฤติการณ์ที่ถือว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจสามารถทำได้หรือเป็นการกระทำที่ส่งเสริมการแข่งขัน แต่โดยหลักการทั่วไปของการตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน องค์กรหรือผู้ประกอบธุรกิจที่แลกเปลี่ยนข้อมูลทางสถิติอันเป็นข้อมูลเก่าหรือที่เคยทำมาแล้วจะไม่เป็นการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม การเผยแพร่ความรู้ทางเทคโนโลยีและข้อมูลอื่น ๆ ที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพโดยรวมต่ออุตสาหกรรมหรือช่วยผู้ประกอบธุรกิจตัดสินใจอย่างสมเหตุสมผลและมีประสิทธิภาพก็ถือว่าการสนับสนุนการแข่งขันทางการค้า และจากกรณีที่ KFTC วินิจฉัย การแลกเปลี่ยนข้อมูลไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดในตัวเอง (per se) หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการจำกัดการแข่งขัน (object) แต่อาจมีผลกระทบต่อการแข่งขัน (effect) หากผู้ประกอบธุรกิจเข้าไปเกี่ยวข้องหรือยินยอมไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยายให้เกิดการตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน<sup>556</sup>

นอกจากนี้ Guidelines for Cartel Review ได้อธิบายแนวคิดหลักและสมมติฐานของการตกลงร่วมกันว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำตามมาตรา 19 (1) ของ MRFTA แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการตกลง แต่หากมีความเป็นไปได้อย่างสูงว่ามีการสมรู้ร่วมคิดหรือร่วมกันกระทำพฤติกรรมดังกล่าวก็อาจเข้าข่ายกระทำการตกลงตามมาตรา 19 (1) ซึ่งหลักฐานที่แสดงว่ามีการติดต่อหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลกันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ได้แก่ 1) ผู้ประกอบธุรกิจมีการตกลงร่วมกันในการเพิ่มราคา ลดปริมาณผลผลิต หรืออื่น ๆ 2) พฤติกรรมร่วมกันเกิดจากการประชุมหรือติดต่อสื่อสารกัน 3) มีการแบ่งปัน หรือข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคา ผลผลิตหรืออื่น ๆ โดยผู้ประกอบธุรกิจ 4) การเพิ่มราคาหรือลดผลผลิตเกิดหลังจากเผยแพร่ข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง<sup>557</sup>

ส่วนการเปิดเผยข้อมูลแต่เพียงฝ่ายเดียว (unilateral disclosure) ที่ทำให้คู่แข่งรับทราบข้อมูลก็อาจเป็นการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน หากผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมี

<sup>555</sup> Kim & Chang, "Supreme Court Decision Involving Life Insurance Products Discusses the Requirements for Finding Collusion from Information Exchange," 4 (December 2014). page 1.

<sup>556</sup> OECD, "Information Exchanges between Competitors under Competition Law " (October 2010). page 219.

<sup>557</sup> ibid. page 220.



เจตนาแจ้งหรือเสนอให้อีกฝ่ายทราบว่าการขึ้นราคาหรือลดผลผลิตและขอให้ผู้ประกอบการธุรกิจอีกฝ่ายที่เป็นคู่แข่งตอบสนองก่อนที่จะกระทำการขึ้นราคาดังกล่าว ก็ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันทางอ้อม<sup>558</sup> ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกา คดี Cartel of 6 LPG suppliers<sup>559</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้นำเข้า LPG 2 รายประกาศแผนราคาให้แก่โรงกลั่นน้ำมัน และทำให้ลูกจ้างในบริษัทโรงกลั่นหลายแห่งทำการกำหนดราคาน้ำมันโดยการประชุมและแลกเปลี่ยนข้อมูลราคาน้ำมันกัน ถือเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอันละเมิดต่อกฎหมาย MRFTA<sup>560</sup> และในคดี Cartel of life insurers' estimated interest rate and official interest rate<sup>561</sup> ซึ่งบริษัทประกันชีวิต 16 แห่งร่วมกันกำหนดอัตราดอกเบี้ยประกันชีวิตด้วยตั้งแต่ปี 1998-2006 โดยในเริ่มแรก 6 บริษัทได้แบ่งปันข้อมูลและเผยแพร่ผ่านทางโทรสาร จนทำให้บริษัทหนึ่งเป็นผู้เริ่มใช้อัตราดอกเบี้ยนั้นฝ่ายเดียวและแจ้งไปยังบริษัทอื่นๆ ด้วย<sup>562</sup> แต่อย่างไรก็ดี โดยปกติแล้วการสื่อสารทางเดียวและการแลกเปลี่ยนข้อมูลแต่เพียงฝ่ายเดียวมักจะเป็นพยานหลักฐานที่อ่อนหรือไม่น่าเชื่อถือ แต่จะเชื่อถือได้มากขึ้นเมื่อ 1) ตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นตลาดผูกขาดและเกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกัน 2) ข้อมูลที่เผยแพร่ไม่ใช่ข้อมูลเก่าหรือที่รวบรวมในเชิงสถิติแต่เป็นข้อมูลที่มีรายละเอียดของแผนงานในอนาคต เช่น ปัจจัยการเพิ่มราคาจำนวน หรือระยะเวลาของบริษัท 3) แลกเปลี่ยนข้อมูลในช่วงระยะเวลาที่ราคาจะขึ้นจริง 4) การแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือผู้เผยแพร่ข้อมูลเป็นผู้แทนของบริษัทหรือผู้บริหารที่มีอำนาจตัดสินใจเรื่องราคาได้<sup>563</sup> ส่วนการพูดไปเรื่อย (cheap talk) อาจเข้าข่ายเป็นพยานแวดล้อมในการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันหากการพูดนั้นมีแนวโน้มที่จะชักจูงหรือเชิญชวนคู่แข่งในการขึ้นราคาแต่ก็ต้องพิจารณาประเภทตลาดที่เกี่ยวข้องและวิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลนั้นๆ ด้วย ส่วนการสื่อสารในที่สาธารณะ (public communication) หรือการสื่อสารแบบเป็นส่วนตัว (private communication) MRFTA ไม่ได้มีการนิยามแยกกัน แต่ KFTC พิจารณาว่าการสื่อสารหรือการพูดในที่สาธารณะไม่เป็นการกระทำที่พยายามต่อต้านการแข่งขัน แต่การสื่อสารแบบเป็นส่วนตัวระหว่างคู่แข่งก็มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีข้อตกลงกันจำกัดการแข่งขันซึ่งมักเกิดขึ้นกับทุกๆ บริษัท<sup>564</sup>

สำหรับการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการจ้างแรงงานนั้น จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>558</sup> OECD, "Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects," (February 2012). page 134.

<sup>559</sup> Cartel of 6 LPG suppliers (December 2, 2009)

<sup>560</sup> OECD, "Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects." page 135.

<sup>561</sup> Cartel of life insurers' estimated interest rate and official interest rate (October 2011)

<sup>562</sup> OECD, "Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects." page 136.

<sup>563</sup> ibid. page 137.

<sup>564</sup> ibid. page 138.

### (1) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง

แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review) ได้อธิบายถึงตัวอย่างการร่วมกันจำกัดการแข่งขันหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ<sup>565</sup> ในเรื่องการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคา คำว่า “ราคา” หมายถึง ค่าตอบแทนทางธุรกิจที่ได้รับจากการซื้อ-ขายสินค้าหรือบริการกับคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยรวมถึงราคาแนะนำ ราคาอ้างอิง ราคามาตรฐาน ค่าธรรมเนียม ค่าเช่า และค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ต่างๆ และการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลง หมายถึงการเพิ่มราคา และรวมถึงการลดราคา คงไว้ซึ่งราคาเดิม หรือการกำหนดราคาสูงสุดหรือราคาต่ำสุดด้วย

ดังนั้น จึงสามารถตีความได้ว่า ราคา หมายถึงรวมถึง ค่าจ้าง ที่ลูกจ้างได้เป็นค่าตอบแทนจากการขายแรงงานให้แก่ นายจ้าง ส่วนค่าตอบแทน สวัสดิการ ค่าเบี้ยเลี้ยง ก็ถือเป็นค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำงานหรือขายแรงงานให้นายจ้าง หากมีผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันลดค่าจ้าง กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ-ขั้นสูง หรือคงค่าจ้างเดิมไว้ ก็ถือว่าเป็นการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคาตามคำอธิบายของแนวปฏิบัติฉบับนี้ด้วย

### (2) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว

เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2018 KFTC ได้ร่าง MRFTA ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมหนึ่งในข้อเสนอแก้ไข MRFTA ได้แก่ การเพิ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผูกขาดในประเด็นเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเนื่องจากกฎหมายฉบับปัจจุบันการตกลงร่วมกันมักเกิดขึ้นโดยปริยายผ่านการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยไม่มีข้อตกลงที่ชัดเจนเกี่ยวกับราคาทำให้ยากต่อการนำไปปรับใช้<sup>566</sup> ดังนั้น KFTC จึงมีความเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติม MRFTA ให้สมบูรณ์และทันต่อเหตุการณ์มากขึ้น ดังนี้

1. ระบุพฤติกรรมการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอันละเมิดต่อกฎหมาย เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านราคาและผลผลิตซึ่งกระทบต่อการแข่งขันในขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลอื่นๆที่อาจจำกัดการแข่งขันทางการค้า<sup>567</sup>

<sup>565</sup> Korea Fair Trade Commission, "Guideline for Concerted Practice Review." page 5-6.

<sup>566</sup> Korea Fair Trade Commission, "The Complete Revision of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act for the First Time in 38 Years," (27 August 2018). page 11.

<sup>567</sup> Min-Ho LEE Hwan Jeong, Genny S. KIM, "Kftc Announces Draft Bill for Full Scale Reform of Monopoly Regulation and Fair Trade Act," *Lee & Ko Newsletter antitrust\_group* (October 2018). page 1.

2. กำหนดเงื่อนไขที่ข้อตกลงอาจถูกสันนิษฐานว่าเป็นพฤติกรรมตกลงกัน ร่วมกันและข้อมูลใดบ้างที่จำเป็นต่อการแลกเปลี่ยนระหว่างผู้ประกอบการ<sup>568</sup>

3. กรณีที่บุคคลที่สาม (third party) ที่กระทำการในฐานะคนกลางหรือเป็นคนเชื่อมโยงเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่ง บุคคลที่สามมักจะเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ทำให้คู่แข่งสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวได้ และมักเกิดขึ้นระหว่างผู้จำหน่ายหรือผู้ผลิต กับผู้ค้าปลีก<sup>569</sup> การกระทำลักษณะนี้เรียกว่า Hub-and-Spoke collusion ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายในทันที โดยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าต้องพิจารณาลักษณะการเชิญชวนหรือชักจูงให้เข้าร่วมแลกเปลี่ยนข้อมูล เจตนา และผลกระทบต่อการแข่งขันเป็นรายกรณี ดังนั้น จึงควรกำหนดขอบเขต และเงื่อนไขการตกลงร่วมกันผ่านบุคคลที่สามให้ชัดเจน รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลผ่าน digital platform เช่น platform market place หรือเว็บไซต์สื่อกลางการติดต่อซื้อ - ขายผ่านโครงข่ายระบบอินเทอร์เน็ต (Internet) ที่หลากหลายด้วย<sup>570</sup>

ต่อมา เดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2018 KFTC ดำเนินการส่งร่างกฎหมายไปยังรัฐสภาซึ่งมีบางส่วนของร่างคือมาตราที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความเท่ากันที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2020 สำหรับส่วนอื่นๆ รวมทั้งเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการได้สิ้นสุดระยะเวลาการเสนอร่างแก้ไขกฎหมายตามกฎหมายตามกฎเกณฑ์ของการยื่นข้อเสนอแก้ไขกฎหมายในเกาหลีใต้เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2020 หลังจากนั้นเมื่อประมาณปลายเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2020 KFTC ได้เสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติม MRFTA อีกครั้งหนึ่งซึ่งมีเนื้อหาที่เหมือนกับการเสนอในครั้งแรกที่สิ้นสุดระยะเวลาไป ซึ่งรัฐสภาได้เห็นชอบและผ่านร่างฉบับดังกล่าวแล้วเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2020 และจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 2021 เป็นต้นไป<sup>571</sup>

### 3.4.4.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

**ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง** เป็นข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจว่าห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน หรือ no-poaching agreement ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าในประเทศเกาหลีใต้ ซึ่ง

<sup>568</sup> Hwan JEONG and Frank S. SHYN, "Bill to Amend the Monopoly Regulation and Fair Trade Act Passed by the National Assembly," *Lee & Ko* (22 December 2020). page 1.

<sup>569</sup> OECD, "Hub-and-Spoke Arrangement - Note by Korea," (4 December 2019). page 1.

<sup>570</sup> Korea Fair Trade Commission, "Fair Trade Commission Annual Report 2020," (October, 2020). page 199-200.

<sup>571</sup> Hwan JEONG and Frank S. SHYN, "Bill to Amend the Monopoly Regulation and Fair Trade Act Passed by the National Assembly," *Lee & Ko*. page 1.

MRFTA มาตรา 19(1) ได้กำหนดไว้ในข้อ 9<sup>572</sup> ว่า การกระทำร่วมกันจำกัดการแข่งขันโดยปราศจากเหตุผลและไม่เป็นธรรม ได้แก่ พฤติกรรมหรือการกระทำร่วมกันนอกจากที่กำหนดไว้ใน (1)-(8) ที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าในธุรกิจโดยผู้ประกอบการรายหนึ่งไปรบกวนหรือกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งในแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review) ได้อธิบายมาตรานี้ว่าหมายถึง การรบกวนหรือกีดกันจำนวนหรือพื้นที่ของผู้ประกอบธุรกิจ หรือการจำกัดหรือกีดกันการจ้างแรงงานของผู้ประกอบธุรกิจ (restricting the hiring of employees)<sup>573</sup> ดังนั้น การจำกัดการแข่งขันโดยผู้ประกอบการร่วมมือกันกีดกันการจ้างงาน เช่น การตกลงร่วมกันห้ามจ้างงานลูกจ้างของผู้ประกอบการรายอื่น ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้

### 3.4.4.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

#### 1. ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement)

การบังคับใช้ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (non-compete agreement) ยังไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการเนื่องจากโดยปกติและเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าลูกจ้างในประเทศเกาหลีใต้จะต้องทำงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) ซึ่งเป็นหน้าที่เสริมนอกเหนือจากสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้น หากลูกจ้างละเมิดหน้าที่ดังกล่าวในระหว่างที่ยังทำงานกับนายจ้าง ความรับผิดชอบจะไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในความตกลงกับนายจ้าง หน้าที่ที่ต้องทำงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริตยังประกอบด้วยหน้าที่ที่จะไม่ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลความลับกับบุคคลอื่น และหน้าที่ที่จะไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างหลังจากเลิกจ้างไปแล้ว<sup>574</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่บังคับใช้ได้ในประเทศเกาหลีใต้เป็นข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับลูกจ้างคนเก่า โดยมีองค์ประกอบคือ ผู้ประกอบธุรกิจหรือนายจ้างมีเหตุผลความต้องการใช้ข้อตกลงเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมาย (legitimate business interest) ผลประโยชน์ดังกล่าวก็คือความลับทางการค้าหรือข้อมูลกรรมสิทธิ์ต่างๆ ศาลฎีกาได้นิยามความหมายของข้อตกลงดังกล่าวว่าเป็นข้อตกลงที่ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการแข่งขัน เช่น การจ้างโดยคู่แข่งของนายจ้าง หรือการจัดตั้งหรือการควบคุมบริษัทคู่แข่งของนายจ้าง และไม่อนุญาตให้ลูกจ้างเข้าร่วมเตรียมการตั้งบริษัทใหม่ที่มีลักษณะแข่งขัน

<sup>572</sup> MRFTA Article 19(1) 9. Practically restricting competition in a particular business area by means of interfering or restricting the activities or contents of business by other enterprisers (including the enterpriser who has conducted the activity), which is other than the act referred to in subparagraphs 1 through 8.”

<sup>573</sup> Korea Fair Trade Commission, "Guideline for Concerted Practice Review." page 8.

<sup>574</sup> Byungil KIM, "Employees, Trade Secrets and Restrictive Covenants in Korea," *Wonkwang Law Review* 34, 2 (June 2018). page 40.

กับนายจ้างในขณะที่ลูกจ้างยังคงทำงานกับนายจ้างอยู่ ซึ่งข้อตกลงจะบังคับใช้ได้หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันและไม่ละเมิดต่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) โดยทำให้การดำรงชีวิตของลูกจ้างหยุดชะงัก หรือจำกัดเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพของลูกจ้าง<sup>575</sup> ดังนั้น ศาลในประเทศเกาหลีได้จึงพิจารณาข้อตกลงใน 3 มุมมอง ได้แก่ 1) สิทธิเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพ 2) ผลประโยชน์ของนายจ้างในการปกป้องข้อมูลทางธุรกิจ และ 3) นโยบายสาธารณะ (ศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎเกณฑ์ทางสังคม และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยเสรี)

อย่างไรก็ดี การร่างสัญญาหรือข้อตกลงห้ามแข่งขันที่ถูกกฎหมายนั้นจะต้องคำนึงถึงระยะเวลา ขอบเขต ในการปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างด้วย ยิ่งระยะเวลาที่บังคับใช้ข้อตกลงนั้นสั้นเท่าไร (1-2 ปี) ศาลก็ยิ่งเห็นพ้องกับนายจ้างมากขึ้นเท่านั้น หากข้อตกลงกำหนดห้ามลูกจ้างแข่งขันกับนายจ้างเป็นระยะเวลา 3-5 ปี ศาลก็อาจพิจารณาว่าข้อตกลงนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ หรือแม้แต่การกำหนดจ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้างสำหรับกรณีที่ห้ามลูกจ้างทำงานแข่งขันกับนายจ้างจะไม่ใช้ส่วนประกอบสำคัญของข้อตกลง แต่ศาลก็อาจนำไปพิจารณาให้ข้อตกลงนั้นบังคับใช้ได้ และข้อตกลงควรกระทำกับลูกจ้างเฉพาะรายและควรระบุว่าข้อตกลงนั้นจัดทำขึ้นเพื่อป้องกันลูกจ้างลาออกแล้วไปทำงานกับคู่แข่งของนายจ้าง อันอาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจของนายจ้างได้<sup>576</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งคือข้อตกลงหลังจากที่ลูกจ้างลาออกไปแล้วต้องพิจารณาหลายองค์ประกอบ ได้แก่

(1) ผลประโยชน์ของนายจ้างที่ต้องการปกป้องยังคงมีอยู่ซึ่ง คำว่า “การปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้าง” คือ ความลับทางการค้า (trade secret) รวมถึงองค์ความรู้ (know-how) และข้อมูลสำคัญของนายจ้างที่ลูกจ้างตกลงว่าจะเก็บรักษาไว้เป็นความลับ

(2) ตำแหน่งหรือลักษณะงานของลูกจ้างซึ่งข้อตกลงจะบังคับใช้ได้ หากลูกจ้างมีตำแหน่งอยู่ในระดับผู้บริหารระดับสูงที่รับผิดชอบเกี่ยวกับข้อมูลอันเป็นความลับหรือข้อมูลความลับทางธุรกิจเป็นเวลานาน

(3) ระยะเวลา ยิ่งระยะเวลาในข้อตกลงสั้นเท่าใด ก็ยังสามารถบังคับใช้ได้ อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

<sup>575</sup> ibid. page 37.

<sup>576</sup> Bryan Hopkins, "When Protecting Trade Secrets in Korea- Be Proactive!," [Online] Accessed: 27 January 2021. Available from: <https://seoullegallriskmgmt.com/when-protecting-trade-secrets-in-korea-be-proactive/>

(4) เนื้อหาของการข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน ข้อตกลงจะบังคับใช้ได้หาก เนื้อหาข้อตกลงกำหนดไว้อย่างกว้าง

(5) ค่าชดเชยที่จ่ายให้ลูกจ้างขณะทำงานกับนายจ้าง ซึ่งในหลายคดีศาล ไม่ได้นำเรื่องค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนต่างๆ ที่นายจ้างมอบให้ลูกจ้างมาพิจารณา ค่าตอบแทนรวมไปถึงการตอบแทนที่ไม่ใช่ตัวเงิน เช่น การเลื่อนตำแหน่ง โอกาสในการศึกษาต่อต่างประเทศ เป็นต้น

(6) เหตุผลในการเลิกจ้าง ประโยชน์สาธารณะและอื่นๆ<sup>577</sup>

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังเคยพิจารณาว่า ลูกจ้างยังคงมีหน้าที่รักษาความลับ หลังจากเลิกจ้างแล้วเนื่องจากเหตุผลภายใต้หลักสุจริตตราบท่าที่ไม่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (freedom of occupation) ตามรัฐธรรมนูญและหลักความลับทางการค้าที่กำหนดไว้ภายใต้ความตกลงร่วมกัน ตัวอย่าง คดี *Monami v. Microceramic* ลูกจ้างเดิมได้นำความลับทางการค้าเกี่ยวกับสูตรการผลิตหมึกไปให้บริษัทคู่แข่งของนายจ้างหลักจากเลิกจ้าง ซึ่งในปี ค.ศ. 2003 ศาลฎีกาพิจารณาว่าแม้ไม่มีข้อตกลงห้ามแข่งขัน นายจ้างก็ควรมีมาตรการป้องกันลูกจ้างเก่าที่ทำหน้าที่เฉพาะในการนำความลับทางการค้าไปใช้หรือเปิดเผยต่อบริษัทคู่แข่ง หรือในคดี *Samsung Electronics Co. v. Pantech Co. Ltd.* เป็นบริษัทคู่แข่งในธุรกิจโทรศัพท์และจำเลยเป็นหัวหน้าทีมวิจัยและพัฒนาให้แก่ Samsung โดยลาออกจาก Samsung แล้วไปเป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ให้แก่บริษัท Pantech ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า การห้ามลูกจ้างเปลี่ยนงานเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ ข้อตกลงนั้นจึงบังคับใช้ไม่ได้ อย่างไรก็ตามเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลฎีกา ได้พิพากษากลับเป็นว่า เมื่อมีทางอื่นใดในการปกป้องความลับทางการค้าของโจทก์นอกจากการห้ามลูกจ้างไปทำงานที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าในบริษัทใหม่ ข้อตกลงห้ามลูกจ้างไปทำงานเกี่ยวกับความลับทางการค้าในบริษัทใหม่ก็สามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากเป็นมาตรการที่จำเป็นในการปกป้องหรือป้องกันการกระทำที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับความลับทางการค้า<sup>578</sup> นอกจากนี้ ในคดีที่เจ้าของธุรกิจวางแผนงานแต่งงาน wedding planning business กำหนดห้ามลูกจ้างไปทำงานกับคู่แข่งหลังจากออกจากงานเป็นเวลา 3 ปี มิฉะนั้นจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้นายจ้าง 1 ล้านบาทต่อวัน ศาลในคดีนี้พิจารณาข้อตกลงตามหลักประมวลกฎหมายแพ่ง และวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อตกลงห้ามลูกจ้างแข่งขันกับนายจ้างไว้ 4 หลัก ได้แก่ 1) สิทธิเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพ 2) ผลประโยชน์ของนายจ้างในการปกป้องข้อมูลทางธุรกิจ เช่น ความลับทางการค้า 3) นโยบายสาธารณะ รวมถึงศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎเกณฑ์ทางสังคม และการจำกัดการแข่งขันทาง

<sup>577</sup> KIM, B., "Employees, Trade Secrets and Restrictive Covenants in Korea," *Wonkwang Law Review*, page 37-38.

<sup>578</sup> *ibid.* page 39-40.

การค้าโดยเสรี และ 4) ระยะเวลา ขอบเขต การบังคับใช้ข้อตกลง ลักษณะงาน การจ่ายค่าชดเชยให้ ลูกจ้างกรณีห้ามแข่งขันกับนายจ้าง ซึ่งศาลในคดีนี้ตัดสินว่าข้อตกลงนั้นบังคับใช้ได้เนื่องจากธุรกิจ wedding planning business มีความลับทางการค้าค่อนข้างมาก และลูกจ้างในบริษัทก็รู้ความลับทางการค้าทั้งหมดของบริษัท เช่น รายชื่อลูกค้า แผนการจัดงาน อุปกรณ์เครื่องมือที่ใช้ในงานแต่งงาน รวมถึงกระบวนการจัดการทางเทคนิคต่างๆ แต่ศาลสั่งให้ลดค่าเสียหายกรณีที่ลูกจ้างละเมิดข้อตกลงจาก 1 ล้านบาทเป็น 1 แสนบาท<sup>579</sup>

กล่าวโดยสรุป การใช้และเปิดเผยความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต ในระหว่างการจ้างงานเป็นสิ่งต้องห้ามอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม นายจ้างสามารถบังคับใช้ข้อตกลงกับลูกจ้างห้ามเปิดเผยข้อมูลความลับภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนดหลังจากเลิกจ้างหากมีการตกลงกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงกัน ความลับทางการค้าก็ถูกปกป้องภายใต้สัญญาจ้าง ศาลมักพิพากษาว่าข้อตกลงนั้นถูกกฎหมายและบังคับใช้ได้กับลูกจ้างคนเก่าที่ห้ามทำงานแข่งขันกับนายจ้างในระยะเวลาหนึ่งเพื่อประโยชน์ในการปกป้องความลับทางการค้าของนายจ้าง อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงนั้นอาจไม่สามารถบังคับใช้ได้หากขัดกับหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญหรือขัดกับหลักประโยชน์สาธารณะ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ก็ยังมีประเด็นว่าข้อตกลงดังกล่าวนั้นเป็นการจำกัดการเคลื่อนไหวแรงงานอย่างเสรีและการพัฒนาความลับทางการค้า ซึ่งศาลจะยึดหลักการเพื่อให้เกิดความสมดุลกันแต่ก็ไม่สามารถกำหนดเป็นหลักการที่ตายตัวได้ว่าความเสียหายต่อลูกจ้างมีมากกว่าผลประโยชน์ของนายจ้างในการรักษาความลับทางการค้า แต่เสรีภาพในการประกอบอาชีพจะถูกจำกัดได้เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์ทางธุรกิจของนายจ้างมีความจำเป็นและสมเหตุสมผล นอกจากนี้ในบางคดีนายจ้างกับลูกจ้างมักมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความหมายหรือขอบเขตของข้อมูลที่เป็นความลับ ซึ่งศาลมีความเห็นว่าความรู้หรือทักษะต่างๆ ไป (general skills and knowledges) ไม่ถือว่าเป็นความลับทางการค้าและไม่ใช่ทรัพย์สินของนายจ้าง จึงไม่ได้รับการปกป้องในฐานะความลับทางการค้า ดังนั้น ความตกลงจำกัดการแข่งขันที่เกี่ยวกับการใช้ความรู้ ทักษะต่างๆ ไป จึงไม่สามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญและศีลธรรมอันดีตามประมวลแพ่งแห่งประเทศเกาหลีใต้<sup>580</sup>

<sup>579</sup> Sean Hayes, "Enforcement of Covenants Not to Compete in Employment Agreements in Korea: Restrictive Covenants in Korea," [Online] Accessed: 8 August 2021. Available from: <https://www.thekoreanlawblog.com/2015/11/labor-and-employment-lawyer-korea.html>

<sup>580</sup> KIM, B., "Employees, Trade Secrets and Restrictive Covenants in Korea," *Wonkwang Law Review*, page 40-41.

## 2. ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Pirating Employee)

นอกจากข้อตกลงที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานที่อาจเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ได้แก่ กรณีผู้ประกอบธุรกิจหาทางให้ลูกจ้างของคู่แข่งมาทำงานกับตน (Predatory Hiring / Pirating Employee) เพื่อให้ธุรกิจของตนมีกำไรมากที่สุด โดยเสนอเงินเดือน ค่าตอบแทน หรือสวัสดิการต่าง ๆ ที่ดีกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ มักเสนอค่าตอบแทนที่สูงกว่า 2-3 เท่า หากลูกจ้างผู้นั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความรอบรู้หลายด้าน และสามารถใช้งานได้อย่างคุ้มค่า เมื่อลูกจ้างได้รับข้อเสนอที่ดีกว่าก็มักจะลาออกและไปทำงานกับผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเดิมได้รับผลกระทบจากการที่ลูกจ้างลาออก เช่น การสูญเสียทรัพยากรบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ การเสียโอกาสในการทำธุรกิจ การเสียเวลาและทรัพยากรในการจ้างลูกจ้างคนใหม่ เป็นต้น นอกจากนี้ อาจทำให้ข้อมูลสำคัญของผู้ประกอบธุรกิจเดิมรั่วไหลไปยังผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ เช่น ความลับทางการค้า ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ เป็นต้น ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ได้ข้อมูลไปพัฒนาธุรกิจของตัวเองเพียงฝ่ายเดียวอันก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจคู่แข่ง

มาตรา 23<sup>581</sup> แห่ง MRFTA บัญญัติว่า “(1) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการอันเข้าข่ายตามวรรคย่อยต่อไปนี้วรรคใดวรรคหนึ่ง และอันอาจเป็นการขัดขวางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (ซึ่งต่อไปที่นี้เรียกว่า “พฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม”) หรือให้บริษัทในเครือหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการดังกล่าว:

(1) การกระทำอันเป็นการปฏิเสธธุรกรรมใดๆ โดยไม่เป็นธรรม หรือเลือกปฏิบัติกับคู่ธุรกรรมบางราย;

(2) การกระทำอันกำหนดขึ้นเพื่อตัดคู่แข่งออกโดยไม่เป็นธรรม;

<sup>581</sup> MRFTA Article 23 “(1) No entrepreneur shall commit any act which falls under any one of the following subparagraphs, and which is likely to impede fair trade (hereinafter referred to as “unfair trade practices”), or make an affiliated company or other entrepreneurs perform such an act: 1. An act of unfairly refusing any transaction, or discriminating against a certain transacting partner; 2. An act of unfairly excluding competitors; 3. An act of unfairly coercing or inducing customers of competitors to deal with oneself; 4. An act of making a trade with a certain transacting partner by unfairly taking advantage of his position in trade; 5. An act of trade under terms and conditions which unfairly restrict or disrupt business activities; 6. Deleted; 7. An act of assisting a person with a special interest, or other companies by providing advanced payment, loans, manpower, immovable assets, securities, goods, services, right on intangible properties, etc. thereto, or by transacting under substantially favorable terms therewith; and 8. An act which threatens to impair fair trade other than those listed in subparagraphs 1 through 7.”



(3) การกระทำอันเป็นการบีบบังคับหรือจู่โจมใจลูกค้าของคู่แข่งโดยไม่เป็นธรรมให้ซื้อขายกับตน;

(4) การกระทำอันเป็นการทำการการค้ากับคู่ธุรกิจโดยใช้ประโยชน์จากฐานะของคู่ธุรกิจในพื้นที่ธุรกิจนั้นโดยไม่เป็นธรรม;

(5) การทำการค้าภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขซึ่งจำกัดหรือทำให้เกิดการชะงักงันต่อกิจกรรมธุรกิจโดยไม่เป็นธรรม;

(6) ตัดออกทั้งข้อ;

(7) การกระทำอันเป็นการช่วยเหลือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียพิเศษหรือบริษัทอื่นโดยการจัดเงินล่วงหน้า เงินกู้ กำลังคน อสังหาริมทรัพย์ ทุนและพันธบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาให้ผู้นั้น หรือโดยทำธุรกรรมกับผู้นั้นภายใต้ข้อกำหนดซึ่งเอื้อประโยชน์ให้อย่างมีนัยสำคัญ; และ

(8) การกระทำใดๆ ซึ่งคุกคามต่อการค้าที่ไม่เป็นธรรมอันออกไปจากที่ระบุไว้ในวรรคย่อย (1)-(7) ”<sup>582</sup>

จะเห็นได้ว่า การจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งอาจเข้าข่ายพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งอนุมาตราสอง ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดกระทำการอันเข้าข่ายหรืออันอาจเป็นการขัดขวางการค้าที่ไม่เป็นธรรมโดยการกระทำอันกำหนดขึ้นเพื่อตัดคู่แข่งออกโดยไม่เป็นธรรม เมื่อปรับบทบัญญัติมาตรา 23 แห่ง MRFTA แล้วสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ 3 องค์ประกอบดังนี้

1. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดกระทำการหรือให้บริษัทในเครือหรือผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการ (No enterpriser shall commit any acts or make an affiliated company or other enterprisers perform such act)

2. อันเป็นการขจัดคู่แข่งออกโดยไม่เป็นธรรม (Unfairly excluding competitors)

3. และมีแนวโน้มขัดขวางการค้าที่เป็นธรรม (and which is likely to impede fair trade)

<sup>582</sup> เอกชน เกษมถาวรศิลป์, "การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า. 215-216.

ดังนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจกระทำการ เช่น การจ้างลูกจ้างของบริษัทอื่น เพื่อจัดผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งออกโดยไม่เป็นธรรม ถือว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นกระทำการอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมตาม MRFTA มาตรา 23

สำหรับพฤติกรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจแย่งตัวลูกจ้างอันอาจเข้าข่ายพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมที่กล่าวมาข้างต้น KFTC ได้จัดทำ Guideline for Review of Unfair Trade Practices ซึ่ง ข้อ B. Unfair drawing or pirating of employee<sup>583</sup> กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินความผิดดังกล่าวไว้เป็นแนวปฏิบัติว่า “การกระทำที่เป็นการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะจะทำให้ธุรกิจเฉพาะนั้นดำเนินกิจการอย่างยากลำบาก

(1) การกระทำที่เป็นการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะ; ธุรกิจนั้นไม่ถูกจำกัดเฉพาะคู่แข่ง

---

<sup>583</sup> Guideline for Review of Unfair Trade Practices ข้อ B. Unfair drawing or pirating of employee กำหนดว่า “Act of unfairly drawing or pirating the employee of a specific business to make it difficult for the specific business to perform its business activities

(1) Act : Act of unfairly drawing or pirating the employee of a specific business; the specific business is not restricted to the competitor

(2) Criteria for judging illegality

(A) determination is made based on whether the act of unfairly drawing or pirating the employee of the specific business falls under unfair competitive means that obstruct competition order.

(B) Whether or not it falls under unfair competitive means is determined based on the following:

① Whether unfairness exists in pirating employees: To determine this, the purpose or intention of employment, degree of importance of the employee in the business activities, means used to pirate employees, normal industry practice, and related law are considered.

② Whether the business activities have been hampered: The fact that sales have decreased is not enough; current and future business activities must be hampered, or there is a possibility of such due to the reduced number of trading counterparts, reduced sales, and possibility of bankruptcy.

(C) Even if unfairly drawing or pirating the employee of the specific business falls under unfair competitive means, it shall not be considered a violation of the Act in case of reasonable reason and if the enhancement effect of effectiveness or consumer welfare is considerable.

(3) Act that could be considered a violation of the Act (examples)

(A) In case most of the key employees of a specific business are pirated by providing them with excessive benefits or offering to provide them with excessive benefits and hampering the business activities of the specific business considerably

(B) Act of making it difficult for a specific business to perform its business activities by pirating its key employees even though they are not required in the business activities of the business in question; such act is done for the sole purpose of obstructing the business activities of the competitor of the business in question.

(2) เกณฑ์การตัดสินว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

(ก) การแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะอยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันขัดขวางการแข่งขันหรือไม่

(ข) การกระทำที่อยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. การกระทำที่ไม่เป็นธรรมอันแสดงออกในการแย่งตัวลูกจ้างขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์หรือเจตนาการจ้างงาน ระดับความสำคัญของลูกจ้างในกิจกรรมทางธุรกิจ วิธีการที่ใช้ในการแย่งตัวลูกจ้าง แนวทางปฏิบัติปกติของอุตสาหกรรมนั้น และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2. กิจกรรมทางธุรกิจถูกขัดขวางหรือหยุดชะงัก: ข้อเท็จจริงว่ายอดขายลดลงยังมีน้ำหนักไม่เพียงพอ แต่ต้องปรากฏว่ากิจกรรมทางธุรกิจในปัจจุบันและอนาคตต้องหยุดชะงักลงหรือมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดการลดลงของจำนวนลูกค้า ยอดขายลดลง หรือมีความเป็นไปได้ว่าธุรกิจจะล้มละลาย

(ค) แม้ว่าการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะอยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้โดยมีเหตุผลอันสมควรและเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพหรือสวัสดิการผู้บริโภค ถือว่าไม่มีความผิดตามกฎหมายนี้

(3) ตัวอย่าง การกระทำที่ถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายนี้ ได้แก่

(ก) กรณีที่ลูกจ้างอันเป็นกำลังหลักของบริษัทถูกแย่งตัวไปโดยเสนอค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่มากกว่าซึ่งส่งผลให้ธุรกิจนั้นหยุดชะงักอย่างมีนัยสำคัญ

(ข) กรณีแย่งตัวลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งไปโดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้งานลูกจ้างเหล่านั้นแต่มีนัยยะแอบแฝงเพื่อต้องการทำให้คู่แข่งเกิดอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ”

ดังนั้น การจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งถูกควบคุมตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA และ Guideline for Review of Unfair Trade Practices ข้อ B. Unfair drawing or pirating of employee ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำที่ผิดและองค์ประกอบความผิดว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแบบใดถือว่าเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

#### 3.4.4.4 ข้อยกเว้นการตกลงร่วมกันที่ไม่เป็นความผิด

แม้ผู้ประกอบการกิจกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมซึ่ง MRFTA กำหนดไว้ว่าเป็นความผิด แต่ก็อาจได้รับการยกเว้นว่าการกระทำลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย ในกรณีดังต่อไปนี้

### (1) การกระทำที่มีกฎหมายเฉพาะอื่นให้อำนาจ

มาตรา 58<sup>584</sup> กำหนดข้อยกเว้นว่า MRFTA จะไม่นำไปใช้บังคับกับการกระทำของผู้ประกอบการซึ่งมีกฎหมายเฉพาะอื่นให้อำนาจไว้ ซึ่งมาตรานี้ถือเป็นข้อยกเว้นสำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัทจำกัดในบางกรณี เช่น กรณีที่มีการทำธุรกิจขนาดเล็ก<sup>585</sup>

### (2) การกระทำในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่าง

#### สมเหตุสมผล

มาตรา 59 กำหนดว่า MRFTA จะไม่ใช้บังคับกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสมเหตุสมผล เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ผลิตภัณ์หรือรรถประโยชน์ การออกแบบผลิตภัณ์ เครื่องหมายการค้า<sup>586</sup>

อย่างไรก็ดี กรณีไม่ได้หมายความว่า การกระทำของผู้ประกอบการที่ร่วมกันจำกัดการแข่งขันที่มีลักษณะเป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะได้รับการยกเว้นเสมอไป ทั้งนี้ เพราะการกระทำดังกล่าวอาจจะตกอยู่ภายใต้ MRFTA ได้ หากปรากฏว่าการกระทำนั้นไม่เป็นที่มาตามเจตนารมณ์และเป้าหมายของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการที่จะส่งเสริมการประดิษฐ์และการประพันธ์ แต่กลับเป็นไปเพื่อให้เกิดการยับยั้งการแข่งขันในด้านเทคโนโลยีและการตลาด ทั้งนี้กรณีจะเป็นไปตาม Guidelines on Abuse of Intellectual Property Rights 2016 ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 23 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ (MRFTA)<sup>587</sup>

<sup>584</sup> MRFTA Article 58 (Lawful Acts Conducted Pursuant to Acts and Subordinate Statutes) This Act shall not apply to lawful acts of an enterpriser or an enterprisers' organization conducted in accordance with other Acts and orders issued under such Acts.

<sup>585</sup> คณพล จันทน์หอม และ ธีตารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 289.

<sup>586</sup> MRFTA Article 59 (Exercise of Right to Intangible Property) This Act shall not apply to any act which is deemed the justifiable exercise of the right under the Copyright Act, the Patent Act, the Utility Model Act, the Design Protection Act or the Trademark Act.

<sup>587</sup> คณพล จันทน์หอม และ ธีตารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า. 290.

### (3) ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันหรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจคนเดียวกัน(one undertaking)

กรณีที่ได้โดยพฤตินัยแล้วผู้ประกอบธุรกิจหลายรายนั้นถือว่าเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันหรือผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกัน (one undertaking) มาตรา 19(1) ก็ไม่นำไปใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจที่ถือว่าเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน ได้แก่ 1) เมื่อผู้ประกอบธุรกิจถือหุ้นทั้งหมดของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ไม่ว่าหุ้นนั้นจะเป็นของผู้ประกอบธุรกิจคนเดียวกันหรือผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นที่ถือหุ้น ก็ถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกัน 2) แม้ผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้ถือหุ้นทั้งหมด แต่เมื่อพิจารณาร้อยละของความเป็นเจ้าของหุ้นและการยอมรับของผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะมีการจัดการบัญชีต่างหากจากกัน หากผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจครอบครองผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น และองค์กรธุรกิจนั้นไม่สามารถดำเนินงานได้โดยลำพัง ผู้ประกอบธุรกิจหรือองค์กรธุรกิจนั้นถือว่าเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองหรือมากกว่ามีความสัมพันธ์ในทางแข่งขันทางการค้า เช่น มีพฤติกรรมที่แสดงว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันกัน อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้อง หรือมีกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่แข่งขันกัน ผู้ประกอบธุรกิจนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน<sup>588</sup>

### (4) ข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบธุรกิจ

มาตรา 19 (2) ยังกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบธุรกิจว่าสามารถทำได้<sup>589</sup> หากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเกาหลีใต้ (Korea Fair Trade Commission: KFTC) เห็นว่าข้อเท็จจริงนั้นตรงตามที่ Enforcement Decree ของ MRFTA กำหนดไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณา Enforcement Decree ดังกล่าวแล้วพบว่า การตกลงร่วมกันต้องกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ ได้แก่ เพื่อเป็นการสร้างประโยชน์ในด้านอุตสาหกรรม เพื่อก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางการวิจัยและเทคโนโลยี เพื่อเอาชนะภาวะการถดถอยทางเศรษฐกิจ เพื่อปรับโครงสร้าง

<sup>588</sup> Korea Fair Trade Commission, "Guideline for Concerted Practice Review." page 1-2.

<sup>589</sup> MRFTA Article 19 (2) The provisions of paragraph (1) shall not apply, where unfair collaborative practices are authorized by the Fair Trade Commission as satisfying the requirements prescribed by Presidential Decree, and they are conducted for any of the following purposes:

1. Industry rationalization;
2. Research and technology development;
3. Overcoming of economic depression;
4. Industrial restructuring;
5. Rationalization of trade terms and conditions;
6. Improvement of competitiveness of small and medium enterprises.

อุตสาหกรรม เพื่อสร้างประโยชน์เกี่ยวกับเงื่อนไขทางการค้า เพื่อให้เกิดการแข่งขันในองค์กรธุรกิจขนาดเล็กและกลางเพิ่มขึ้น<sup>590</sup> ซึ่งหากผู้ประกอบการธุรกิจต้องการรวมตัวกันจำกัดการแข่งขันเป็นการเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่กล่าวข้างต้นต้องยื่นขออนุญาตต่อ KFTC<sup>591</sup>

### 3.5 สรุป

ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่มีรายละเอียดบางส่วนแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่โดยหลักการแล้วจะกำหนดไว้คล้ายคลึงกัน ซึ่งประเทศที่เป็นต้นแบบของการกำหนดรูปแบบและแนวทางปฏิบัติคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งสหภาพยุโรปได้นำไปเป็นแบบอย่างในการร่างแนวทางปฏิบัติภายในสหภาพยุโรปเพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกนำไปยึดถือปฏิบัติ ซึ่งในบางบริบทอาจมีการบัญญัติที่แตกต่างกัน แต่สื่อความหมายได้เหมือนกัน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักความรับผิดชอบในตัวเอง ใช้คำว่า *per se rule* ส่วนสหภาพยุโรปใช้คำว่า *มีวัตถุประสงค์เป็นการต่อต้านการแข่งขัน* หรือ *by object* ซึ่งทั้ง 2 คำมีความหมายว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันด้วยตัวเองโดยไม่ต้องพิสูจน์ผลกระทบต่อการแข่งขันและไม่ต้องมีพยานหลักฐานต้องแสดงต่อศาล

ส่วนเขตบริหารพิเศษฮ่องกงก็นำกฎหมายและแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรปไปปรับใช้ให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของตนเอง และประเทศเกาหลีใต้ยังไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการจ้างแรงงานทั้งที่เป็นเรื่องค่าจ้างและข้อมูลที่อ่อนไหว แต่อาศัยการวิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาลในการนำไปปรับใช้กับหน่วยงานหรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง

สำหรับประเทศไทย สามารถนำหลักเกณฑ์และรายละเอียดกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจมาปรับใช้ตามบริบทของประเทศไทยได้ แต่ต้องศึกษาแนวทาง ผลกระทบ บริบททางเศรษฐกิจ สังคม ให้รอบด้าน ก่อนการบังคับใช้ ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาโดยรอบด้านต่อไป

<sup>590</sup> คณพล จันทน์หอม และ ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย, หน้า.302.

<sup>591</sup> Korea Fair Trade Commission, "Guidance for Filing Applications for the Approval of Cartels or Competition-Restrictive Practices," (2 March 2017).

## บทที่ 4

### วิเคราะห์การนำข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการมาบังคับใช้ ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยจะมีบทบัญญัติ หลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีลักษณะเป็นการกระทำอันผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 แต่ยังไม่ครอบคลุมข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ พฤติกรรมการตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูล และการกำหนดเงื่อนไขร่วมกันของผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ประกอบกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาล ก็ยังไม่มีมีการประกาศใช้แนวทางปฏิบัติและไม่มีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพื่อควบคุมพฤติกรรมร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่อาจละเมิดต่อกฎหมาย อีกทั้ง เมื่อได้ศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวปฏิบัติของต่างประเทศในเรื่องข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูล ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ และข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี ทำให้ทราบว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังมีปัญหาอยู่หลายประการทั้งในเรื่องแนวคิด การบังคับใช้ ประเภทและลักษณะของการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่มีความไม่ชัดเจน ส่งผลให้การควบคุมพฤติกรรมและข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่เข้าข่ายจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นในประเทศไทยไม่มีประสิทธิภาพ และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งคุ้มครองการทำงานของระบบกลไกตลาดและส่งเสริมการแข่งขันในตลาดได้<sup>592</sup>

#### 4.1 ปัญหานิยามของคำว่า “บริการ”

จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศรวมถึงประเทศไทย มีแนวคิดและวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า ควบคุมพฤติกรรมการกระทำร่วมกันและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้บริโภคในตลาดอีกด้วย ซึ่งมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดลักษณะการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน การตกลงร่วมกันจะผิดกฎหมายดังกล่าวได้

<sup>592</sup> เอกชน เกษมถาวรศิลป์, "การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560," หน้า. 349.

จะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดในมาตราข้างต้น เมื่อพิจารณามาตราดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่ามีการกำหนดลักษณะการตกลงในตลาดสินค้าและบริการซึ่งไม่รวมถึงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งเป็นไปตามนิยามของคำว่า “บริการ” ที่กำหนดว่า ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน ทำให้ข้อตกลงการจ้างแรงงานไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ หรือแม้แต่การตกลงเกี่ยวกับราคาตามมาตรา 54 ที่ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างร้ายแรง ยังไม่มีการวินิจฉัยจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่ารวมถึง ค่าจ้าง ด้วยหรือไม่ ดังนั้น จึงก่อให้เกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาคือนิยามของคำว่า “บริการ” ตามมาตรา 5 และการบัญญัติเรื่องการตกลงร่วมกันตามมาตรา 54 เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ มีแนวคิดในการควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานหรือไม่ อย่างไร

#### 4.1.1 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ซึ่งถือว่าเป็นต้นกำเนิดที่คิดค้นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและประเทศที่ได้รับการยอมรับจนเป็นต้นแบบของการบัญญัติเรื่องการแข่งขันทางการค้าให้กับหลายๆ ประเทศทั่วโลก ปรากฏว่าประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี มีแนวคิดในการคุ้มครองการแข่งขันที่เป็นไปตามกลไกตลาด สนับสนุนการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม รวมถึงมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคให้มีสวัสดิภาพที่ดีมากขึ้น และมีกฎหมาย แนวปฏิบัติ และคำพิพากษารองรับพฤติกรรมเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจว่าขัดกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศนั้นๆ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นที่ทราบกันดีว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ The Sherman Act, The Clayton Act และ FTC Act มีแนวคิดในการสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรี มุ่งควบคุมพฤติกรรมการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีลักษณะผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน และพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมอื่นๆ ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหรือการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดกับตลาดแรงงานมีมาอย่างยาวนาน โดยในท้ายที่สุดกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงคำพิพากษาของศาลได้วินิจฉัยยอมรับให้นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดไปบังคับใช้กับการจ้างแรงงานได้ เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจ



สามารถใช้อำนาจตลาดทั้งในด้านของผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจมีอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดทางการค้าโดยการลดผลผลิตและเพิ่มราคาในตลาดสินค้าที่ขาย อำนาจเหล่านั้นก็สามารถจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยการลดการซื้อในตลาดปัจจัยการผลิตเพื่อกดราคาซึ่งรวมไปถึงราคาแรงงานหรือค่าจ้างด้วย ผู้ประกอบการกิจการบางรายอาจจะกระทำโดยรวมตัวกับผู้ประกอบการรายอื่นเพื่อผูกขาดการซื้อแรงงานในตลาด รวมไปถึงการรวมกันเพื่อลดค่าจ้าง ดังนั้น แม้ว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดจะไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าบริการไว้อย่างชัดเจน แต่กฎหมายป้องกันการผูกขาดสามารถนำไปปรับใช้กับการจ้างแรงงานโดยใช้วิธีการแบบเดียวกับตลาดสินค้าและบริการ กล่าวคือ การกระทำที่ส่งผลต่อการผูกขาดโดยการลดค่าจ้างนั้นต้องเป็นการกระทำในตลาดที่มีความเกี่ยวเนื่องกันในเชิงภูมิศาสตร์ (geographical relevant market) ซึ่งเป็นตลาดที่โดยระยะทางสามารถจ้างแรงงานในพื้นที่นั้นได้และงานอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกันในพื้นที่นั้นทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันของนายจ้าง กระทรวงยุติธรรมแห่งสหรัฐอเมริกา จึงได้ออกแนวปฏิบัติ ได้แก่ The Antitrust Guidance for Human Resource Professionals กำหนดประเภทของการตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้างหรือผู้ประกอบการที่มีลักษณะผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ว่าละเมิด The Sherman Act มาตรา 1

อย่างไรก็ดี การตกลงร่วมกันเกี่ยวกับสภาพการจ้าง เช่น การขึ้นค่าจ้าง ของสหภาพแรงงานที่เกิดจากการรวมตัวกันของลูกจ้างได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจาก The Clayton Act 1914 มาตรา 6 กำหนดว่า “การจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์” แม้ว่าในคดี *Apex Hosiery Co. v. Leader* ศาลฎีกาได้ตัดสินขัดแย้งกับกฎหมายฉบับดังกล่าวแต่หลังจากนั้นศาลฎีกาในคดี *Milk Wagon Drivers Union v. Lake Valley Farm Products* และคดี *United States v. Hutcheson* ก็ได้ตัดสินยืนยันสิทธิของแรงงานในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆ ที่มุ่งหมายให้เกิดผลลัพธ์ต่อกระบวนการเจรจาต่อรองร่วมกัน รวมถึงการนัดหยุดงาน การถือป้ายประท้วง และการคว่ำบาตร โดยไม่นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับ แต่สำหรับแรงงานผู้ประกอบการอาชีพที่ใช้ทักษะสูง อาชีพ ทันตแพทย์ วิศวกร ทนายความ ฯลฯ ศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่าการนัดหยุดงานหรือรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงานเพื่อเจรจาต่อรองค่าจ้างของผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านั้นถือว่าผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด เนื่องจากเจตนารมณ์ของศาลต้องการปกป้องแรงงานค่าจ้างต่ำ (blue collar worker) ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าให้สามารถรวมตัวกันต่อรองหรือกำหนดราคา (collective bargaining) ได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

สำหรับสหภาพยุโรป จุดเริ่มต้นที่สำคัญในการสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม ได้แก่ การก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป จนกระทั่งปัจจุบันได้มีการบังคับใช้ TFEU โดยมีแนวคิดจะสร้างสวัสดิการให้แก่ผู้บริโภคทำให้ผู้บริโภคมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น (consumer welfare) เนื่องจากผู้บริโภคถือว่าเป็นผู้ที่ได้รับสินค้าหรือได้ใช้บริการคนสุดท้าย (end-user) ซึ่งอาจได้รับผลกระทบในปลายน้ำของการแข่งขัน ดังนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจึงมีความจำเป็นในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภค นอกจากนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำหน้าที่ในการกระจายอำนาจหรือจัดสรรปันส่วนความมั่งคั่งและมั่นคงทางเศรษฐกิจ ปกป้องผู้ประกอบการรายเล็กจากคู่แข่งที่มีอำนาจเหนือกว่า ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กมีความเชื่อมั่นว่าจะประสบความสำเร็จในการทำธุรกิจได้ แม้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าบริการไว้อย่างชัดเจน แต่ในปัจจุบันการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการในตลาดแรงงานหรือข้อตกลงการจ้างแรงงานได้รับความสนใจอย่างมากในสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศส ประเทศโปรตุเกส และสหราชอาณาจักร เนื่องจากประเทศเหล่านี้และอีกหลายประเทศเล็งเห็นว่าลูกจ้างต้องเผชิญกับอำนาจผูกขาดในตลาดแรงงานซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็สามารถเข้าไปควบคุมตลาดแรงงานได้ แม้ว่าในหลายประเทศจะมีสภาพแรงงานที่เข้มแข็งจนสามารถต่อรองกับนายจ้างได้แต่ก็ไม่ใช่ทุกประเทศและไม่ใช่ทุกกรณีเสมอไป และแม้ว่าคณะกรรมการธิการยุโรป (European Commission: EC) และองค์กรการแข่งขันระดับชาติ (National Competition Authorities : NCAs) ยังไม่มีการออกนโยบายหรือกฎระเบียบเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในเรื่องพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการและผู้ประกอบการและผู้เชี่ยวชาญหรือผู้บังคับใช้กฎหมายมีโอกาสในการสืบสวนสอบสวน แต่มีการนำคดีเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและศาลในประเทศสมาชิกอยู่หลายคดี ดังนั้น จึงถือได้ว่าสหภาพยุโรปโดยศาลได้มีการยอมรับให้พฤติกรรมการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการสามารถนำไปวินิจฉัยภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือ TFEU ได้

ส่วนเขตบริหารพิเศษฮ่องกง กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือ The Competition Ordinance : Cap 619 มีแนวคิดและวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่หรือเล็กจะต้องมีผลเท่ากัน เมื่อกลไกตลาดทำงานก็จะเกิดตลาดที่มีการแข่งขันกันอย่างสมบูรณ์ ทำให้เกิดราคา คุณภาพสินค้า และตัวเลือกที่ดีที่สุดแก่ผู้บริโภค ในทำนองเดียวกันการแข่งขัน

ระหว่างนายจ้างทำให้เกิดเงื่อนไขการจ้างที่ดีที่สุดสำหรับลูกจ้าง เช่น เงินเดือน ค่าจ้าง หรือผลประโยชน์ที่สูงขึ้น และทำให้ลูกจ้างได้รับโอกาสในการจ้างงานมากขึ้น ซึ่งนายจ้างต้องสามารถตัดสินใจได้โดยอิสระในเรื่องการจ้างงานหรือเงื่อนไขการจ้างงาน ภายใต้หลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพิจารณาว่าอาจมีการแข่งขันในตลาดเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างแรงงาน ในบริบทของการจ้างแรงงานนั้น ผู้ประกอบธุรกิจถือเป็นผู้ซื้อที่แข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยการผลิตนั้นก็คือแรงงาน ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นที่แข่งกันจ้างลูกจ้างเป็นคู่แข่งกันในตลาดแรงงานไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันในสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันหรือไม่ กล่าวคือถือเป็นตลาดปลายน้ำเหมือนกัน วิธีการที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำเกี่ยวกับค่าตอบแทนหรือการจ้างงานมีอยู่หลายรูปแบบ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลก่อนไต่ถามระหว่างกันก็อาจตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงด้านการแข่งขันและความเสี่ยงที่จะละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฮ่องกง จึงได้ออกแนวปฏิบัติ ได้แก่ Competition Commission Advisory Bulletin กำหนดประเภทของข้อตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้างหรือผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน ว่าละเมิด The First Conduct Rule

สาธารณรัฐเกาหลีถือเป็นประเทศที่สองที่มีการออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยใช้ชื่อว่า “The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 (MRFTA)” หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม ปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค และพัฒนาเศรษฐกิจชาติอย่างสมดุล ป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรมและการกระทำอันเป็นการสมรู้ร่วมคิดกันของผู้ประกอบธุรกิจ ส่วนเรื่องข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้หรือ MRFTA ข้อ 19 ได้กำหนดพฤติกรรมกรกระทำร่วมกันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีแนวคิดในการควบคุมพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยแนวปฏิบัติ Guideline for concerted practice review ได้อธิบายถึงตัวอย่างการร่วมกันจำกัดการแข่งขันหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ และตีความได้ว่า ราคา หมายรวมถึง ค่าจ้าง ที่ลูกจ้างได้เป็นค่าตอบแทนจากการขายแรงงานให้แก่ นายจ้าง ส่วนค่าตอบแทน สวัสดิการ ค่าเบี้ยเลี้ยง ก็ถือเป็นค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำงานหรือขายแรงงานให้นายจ้าง หากมีผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันลดค่าจ้าง กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ-ขั้นสูง หรือคงค่าจ้างเดิมไว้ ก็ถือว่าเป็นการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคาตามคำอธิบายของแนวปฏิบัติฉบับนี้ด้วย นอกจากนี้ แนวปฏิบัติดังกล่าวได้อธิบาย MRFTA ข้อ 19 ว่าหมายถึงการรบกวนหรือกีด

กันจำนวนหรือพื้นที่ของผู้ประกอบธุรกิจ หรือการจำกัดหรือกีดกันการจ้างแรงงานในลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจ (restricting the hiring of employees) ดังนั้น การจำกัดการแข่งขันโดยผู้ประกอบธุรกิจร่วมมือกันกีดกันการจ้างงาน เช่น การตกลงร่วมกันห้ามจ้างงานลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจอีก ราย ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี

#### 4.1.2 ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

เนื่องจากการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงานของประเทศไทยมุ่งคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้าง ความสัมพันธ์อันดีระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง แก้ไขปัญหาและช่วยเหลือลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างซึ่งข้อตกลงที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานควบคุมนั้นเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่มีลักษณะเป็นแนวดิ่ง (Vertical Agreement) ดังนั้น ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะเป็นแนวนราบ (Horizontal Agreement) อันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน จึงไม่สามารถนำไปปรับใช้ภายใต้กฎหมายแรงงานได้

จากการศึกษาแนวคิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย แม้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 4 กำหนดยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปบังคับใช้กับองค์กรต่างๆ 4 ประเภท โดยมุ่งเน้นไปที่องค์กรที่ไม่ได้แสวงหาผลกำไรหรือมีรายได้ไม่มาก มีการทำธุรกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ส่วนรวม แต่ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่เข้าข่ายลดหรือจำกัดการแข่งขันและการกระทำร่วมกันของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานที่เจรจาต่อรองเกี่ยวกับสภาพการจ้างยังไม่ถูกกำหนดเป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ อีกทั้งในมาตรา 4 (4) กำหนดให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ให้ใช้บังคับแก่การกระทำของธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้าซึ่งข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและการกระทำร่วมกันของสหภาพแรงงานก็ยังไม่มียกเว้นที่มากำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า จึงไม่เข้าข่ายในอนุมาตราใดของมาตรา 4 ที่จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดนิยามคำว่า บริการ ไม่ให้หมายความรวมถึงการจ้างแรงงาน ซึ่งผู้ร่างกฎหมายพิจารณาว่าการจ้างแรงงานต้องถูกควบคุมและบังคับใช้ตามกฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่มีการประกาศและบังคับใช้อยู่แล้วในปัจจุบัน ประกอบกับ การบัญญัติคำว่า บริการ ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน ยังมี

วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้การรวมตัวกันเจรจาตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างของลูกจ้างที่อยู่ในสหภาพแรงงานเป็นการกระทำที่เข้าข่ายผิดพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจาก การรวมตัวเป็นสหภาพแรงงานถือเป็นการรวมตัวกันที่มีกฎหมายแรงงานรองรับ และเป็นสิทธิของลูกจ้างตามหลักสิทธิมนุษยชน (Human Right) ดังนั้น การบัญญัติคำว่า บริการ ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน จึงทำให้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เข้าข่ายลดหรือจำกัดการแข่งขันและการกระทำของลูกจ้างในสหภาพแรงงานสามารถดำเนินการได้โดยไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

สำหรับมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 พบว่ามีแนวคิดเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่เข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 54 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ซึ่งไม่มีกำหนดลักษณะข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในกฎหมายดังกล่าวเลย ดังนั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า ต่างมีแนวคิดเพื่อปกป้องคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม มุ่งควบคุมพฤติกรรมตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่มีลักษณะผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขัน และปกป้องสวัสดิภาพของผู้บริโภค ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในประเทศไทย และจากการศึกษาพบว่า จุดเริ่มต้นของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันมีจุดเริ่มต้นมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา และเผยแพร่มาสู่ประเทศในสหภาพยุโรปโดยอาศัย The Sherman Act 1890 เป็นต้นแบบ ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้นำเอากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเยอรมัน และญี่ปุ่น (ผ่านเกาหลีใต้) มาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากประสงค์จะปรับใช้และตีความมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้สอดคล้องกับประเทศต้นกำเนิดเหล่านั้น ก็ควรจะปรับใช้และตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายของประเทศเหล่านั้นด้วย โดยนำเรื่องการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการไปปรับใช้กับ

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ในข้อใดข้อหนึ่ง เนื่องจากในต่างประเทศมองว่า ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเรื่องการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นการผูกขาด ลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดได้ แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะตลาดสินค้าหรือบริการเพียงอย่างเดียวเท่านั้น อันมีรากฐานของแนวคิดที่ว่า ผู้ประกอบการธุรกิจก็คือผู้ซื้อแรงงานจากลูกจ้างที่เป็นผู้ขายแรงงาน ค่าตอบแทนที่ได้รับก็คือค่าจ้าง นอกจากนี้จะคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันเองแล้วจะต้องคุ้มครองลูกจ้างด้วย ส่วนการกระทำของสหภาพแรงงาน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยก็ควรกำหนดยกเว้นไม่ต้องนำพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาบังคับใช้กับการกระทำร่วมกันระหว่างลูกจ้างในสหภาพแรงงานเพื่อให้สอดคล้องกับ The Clayton Act 1914 มาตรา 6 ที่กำหนดว่า การจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์ และคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งตัดสินยืนยันสิทธิของแรงงานในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆ ที่มุ่งหมายให้เกิดผลลัพธ์ต่อกระบวนการเจรจาต่อรองร่วมกัน รวมถึงการนัดหยุดงาน การถือป้ายประท้วงอย่างสงบ และการคว่ำบาตร โดยไม่นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับ เว้นแต่แรงงานผู้ประกอบการอาชีพที่ใช้ทักษะสูงเนื่องจากเป็นแรงงานที่มักได้รับค่าจ้างสูง (white collar worker) อันถือว่ามีอำนาจทางเศรษฐกิจดีกว่า

**ตารางที่ 5 สรุปเปรียบเทียบข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า**

ประเทศที่ศึกษา	กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
สหรัฐอเมริกา	- The Sherman Act 1890 มาตรา 1 - The Antitrust Guidance for Human Resource Professionals
สหภาพยุโรป	- TFEU มาตรา 101 - Guideline on the applicability of Article 101 of TFEU to horizontal co-operation agreement
เขตบริหารพิเศษฮ่องกง	- Competition Ordinance (The First Conduct Rule ข้อ 6) - Competition Commission Advisory Bulletin: Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to hiring and terms and conditions of employment.
สาธารณรัฐเกาหลี	- MRFTA ข้อ 19, ข้อ 23

ประเทศที่ศึกษา	กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
	- Guideline for concerted practice review
ประเทศไทย	- The Sherman Act 1890 มาตรา 1 - The Antitrust Guidance for Human Resource Professionals

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ

แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้กำหนดรูปแบบการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่ส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรง (hardcore cartel) แต่เมื่อพิจารณารายละเอียดในมาตราดังกล่าวประกอบกับประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 พบว่า เป็นการบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 54 ซึ่งค่อนข้างชัดเจนและมีขอบเขตที่จำกัดเฉพาะการกระทำที่ระบุไว้เท่านั้นจึงจะเป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขัน ดังนั้น การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือไปจากอนุมาตราที่ระบุไว้ ก็จะไม่เข้าข่ายความผิดตามมาตรา 54 นี้ทั้งสิ้น<sup>593</sup> ทำให้ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการคู่แข่งเกี่ยวกับการจ้างแรงงานมีความไม่ชัดเจนว่าสามารถนำไปปรับใช้กับมาตรา 54 ได้เนื่องจากในบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กล่าวถึงพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ เช่น ข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการในการกำหนดค่าจ้าง (wage fixing agreement) หรือข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขการจ้างระหว่างผู้ประกอบการ เป็นต้น อีกทั้งที่ผ่านมา ในประเทศไทยยังไม่มีเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับการพิจารณาคดีหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็ไม่เคยมีการพิจารณาเกี่ยวกับข้อตกลงลักษณะนี้มาก่อน ส่งผลให้ข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการมีความไม่ชัดเจนและไม่สามารถควบคุมโดยกฎหมายได้

ด้วยเหตุนี้เอง จึงส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนถึงประเภทข้อตกลงตามมาตรา 54 เพื่อควบคุมข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ทำให้หน่วยงานที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยไม่ทราบขอบเขตของพฤติกรรมการตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่อาจ

<sup>593</sup> กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 929.

เข้าข่ายเป็นความผิดว่าครอบคลุมไปถึงข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการประเภทและลักษณะใดบ้าง อีกทั้งยังทำให้นักกฎหมายหรือหน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมายเข้าใจไปได้ว่ามาตรา 54 นำไปใช้บังคับกับเฉพาะข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่กำหนดไว้เท่านั้น แต่ไม่สามารถนำไปใช้บังคับกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจได้ ผลกระทบและปัญหาที่ตามมาคือทำให้พฤติกรรมดังกล่าวอาจหลุดพ้นจากขอบเขตการบังคับใช้และความรับผิดชอบตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และเป็นช่องทางที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถใช้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานเพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดอันส่งผลกระทบต่อทั้งลูกจ้าง ผู้ประกอบการรายอื่น และผู้บริโภคอีกด้วย

ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับประเภทข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงมีความสำคัญซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยถือเป็นหน่วยงานด้านหน้าที่รับเรื่องร้องเรียนและเป็นกลไกหลักในการกำกับดูแลและบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอาจไม่ทราบว่ามีประเภทของข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อาจเข้าข่ายผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันด้วย ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในเรื่องดังกล่าวไม่ได้กำหนดประเภทของข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 54 เอาไว้อย่างชัดเจน แต่ต่างไปจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่มีบทบัญญัติการบังคับใช้ข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี ประเทศเหล่านี้มีการกำหนดประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ชัดเจน มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับข้อตกลงประเภทนั้นๆ อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน

#### 4.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวปฏิบัติ Antitrust Guidance for Human Resource Professionals กำหนดประเภทของการตกลงร่วมกันระหว่างนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดควบคุมอยู่ มีวัตถุประสงค์เพื่อเตือนและให้ข้อสังเกตแก่ผู้เชี่ยวชาญด้านทรัพยากรบุคคลและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานและการกำหนดอัตราค่าจ้างระมัดระวังการละเมิด The Sherman Act มาตรา 1 ได้แก่ 1. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no-poaching agreement) 2. ข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage fixing agreement) และ 3. ข้อตกลงร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้าง



งานที่อ่อนไหว (exchange of sensitive information) อย่างไรก็ตามก็ดีในคดี *Todd v. Exxon Corporation* ศาลได้ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันแล้วไม่ว่าผู้ประกอบการหรือนายจ้างจะมีการกำหนดราคาค่าจ้างกันจริงหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีประเภทข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement) ดังปรากฏในคดี *Leinani Deslandes v McDonald's LLC* นับตั้งแต่ปี 1987 จนถึงปี 2017 ข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่าในระหว่างที่ข้อตกลงแฟรนไชส์มีผลบังคับใช้ ห้ามแฟรนไชส์ซีจ้างหรือพยายามจ้างบุคคลใดๆ ที่เป็นลูกจ้างของ McDonald's บริษัทในเครือ หรือผู้ที่ดำเนินการภายใต้ร้านอาหารของ McDonald's ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ลาออกจากบริษัท และห้ามชักจูงบุคคลใดๆ ให้ลาออกไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ศาลได้พิจารณาข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซีของ McDonald ว่า เป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal) และให้นำหลักความรับผิดเด็ดขาด (per se rule) และ quick look theory มาใช้ประกอบการพิจารณา สำหรับข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) ศาลจะพิจารณาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและปฏิเสธเฉพาะสัญญาห้ามแข่งขันที่มีลักษณะไม่สมเหตุสมผล ส่วนข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการคู่แข่ง (Predatory Hiring) ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยในคดี *Universal Analytics, Inc. v. McNeal-Schwendler Corporation* (1990) ว่าไม่มีหลักฐานไม่เพียงพอว่ามีการจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม

#### 4.2.2 สหภาพยุโรป

คณะกรรมการการยุโรป (European Commission: EC) และองค์การการแข่งขันระดับชาติ (National Competition Authorities : NCAs) ยังไม่มีการออกนโยบายหรือกฎระเบียบเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในเรื่องพฤติกรรมจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ แต่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและศาลในประเทศสมาชิก ซึ่งมีทั้งข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับค่าจ้าง และข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง เช่น คดี *UK modelling agencies-2016* องค์การตลาดและการแข่งขันแห่ง สหราชอาณาจักร สั่งปรับเงินบริษัทผู้ดูแลศิลปินและนายแบบหรือนางแบบ 5 บริษัท และสมาคมผู้ดูแลนายแบบนางแบบเป็นเงิน 1.5 ล้านปอนด์ เนื่องจากตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013-2015 ทั้ง 5 บริษัทร่วมตกลงกันกับ AMA แลกเปลี่ยนข้อมูลและกำหนดราคาค่าจ้างที่ต้องจ่ายให้นายแบบนางแบบโดยกำหนดเป็นอัตราขั้นต่ำอันเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหราชอาณาจักรและ TFEU มาตรา 101 (1)

นอกจากนี้สหภาพยุโรปยังมีการกำหนดประเภทข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ คือ ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ และข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง ซึ่งมีคดีที่ศาลตัดสินไว้หลายคดี

#### 4.2.3 เขตบริหารพิเศษฮ่องกง

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฮ่องกง ได้ออกแนวปฏิบัติ Competition Commission Advisory Bulletin กำหนดประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ 1) ข้อตกลงกำหนดอัตราค่าจ้างระหว่างผู้ประกอบการ (fixing the price of labour) 2) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (non-poaching agreement) 3) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information exchange) เกี่ยวกับค่าจ้าง นอกจากนี้ใน Guideline on the First Conduct Rule ยังมีการกำหนดว่าหากผู้ว่าจ้างตนเองร่วมตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างกันเกี่ยวกับค่าจ้างก็เข้าข่ายผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่วนข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ Guideline ฉบับนี้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สามารถทำได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย<sup>594</sup> นอกจากนี้ ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้างอาจละเมิดกฎหมายหากถูกบังคับใช้เป็นระยะเวลานานเกินสมควร ซึ่งปกติไม่ควรนานเกินกว่า 6 เดือน เนื่องจากเป็นการกีดกันลูกจ้างที่อาจจะได้รับรายได้ที่ดีกว่าหรือมั่นคงกว่า นอกจากนี้ ข้อจำกัดยังต้องใช้อยู่ในขอบเขตพื้นที่ที่เหมาะสมด้วย<sup>595</sup>

#### 4.2.4 สาธารณรัฐเกาหลี

แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review) ได้อธิบายถึงตัวอย่างการร่วมกันจำกัดการแข่งขันหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการซึ่งคำว่า ราคา หมายรวมถึง ค่าจ้าง ส่วนการจำกัดหรือกีดกันการจ้างแรงงานในลูกจ้างของผู้ประกอบการ (restricting the hiring of employees) ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีและ KFTC ได้ร่าง MRFTA ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมหนึ่งในข้อเสนอแก้ไข MRFTA ได้แก่ การเพิ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผูกขาดในประเด็นเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อมูลอื่นๆ ระหว่างผู้ประกอบการให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ แนวปฏิบัติ

<sup>594</sup> Hong Kong Competition Commission, "Guideline on the First Conduct Rule." page 9.

<sup>595</sup> The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS), "Competition Ordinance Guidance Note."

ดังกล่าวยังกำหนดประเภทข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Pirating Employee) อีกด้วย และศาลในสาธารณรัฐเกาหลีก็ได้พิพากษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และรายละเอียดข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งเช่นกัน

ตารางที่ 6 สรุปเปรียบเทียบประเภทของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

ประเภทข้อตกลง	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	เขตบริหารพิเศษฮ่องกง	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง	✓	✓	✓	✓
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว	✓	✓	✓	✓
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง	-	✓	✓	-
ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง	✓	✓	✓	✓
ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์	✓	✓	-	-
ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง	✓	✓	✓	✓
ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง	✓	-	-	✓

#### 4.3 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

##### 4.3.1 การปรับใช้มาตรา 54 กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

มาตรา 54 กำหนดการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่มีผลเป็นการบิดเบือนกลไกตลาดอันส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) ซึ่งประกอบด้วย 4 อนุมาตรา และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจอันเป็นการผูกขาด ลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดไว้หลาย

กรณี จึงมีปัญหาว່ว่าข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการจะนำไปปรับใช้กับอนุมาตราใดใน มาตรา 54 จึงจะถูกต้องเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการปรับใช้มากที่สุด

จากการศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ ธุรกิจรวมทั้งประเภทและลักษณะของข้อตกลงพบว่า บทบัญญัติมาตรา 54 อนุมาตรา 1 ของ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถนำไปปรับใช้หรือเทียบเคียงกับข้อตกลง ประเภทต่างๆ ดังนี้

ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน อาจเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมที่ลดหรือ จำกัดการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ศึกษาแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้าง ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว และข้อตกลงแลกเปลี่ยน ข้อมูลของผู้ว่าจ้างตนเอง

สำหรับ**ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้าง** มาตรา 54 (1) กำหนดห้ามมิให้ผู้ ประกอบธุรกิจร่วมกันกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใดๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือ ทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ ซึ่งนิยามของคำว่า “ราคา” หมายถึง ราคาสินค้า และ หมายความรวมถึงค่าตอบแทนสำหรับการให้บริการด้วย ส่วนคำว่า “ค่าจ้าง” หมายความว่า เงินที่ นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันจ่ายเป็นค่าตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้าง เมื่อเปรียบเทียบ ระหว่างคำว่า “ราคา” และ “ค่าจ้าง” แล้วถือว่ามีลักษณะที่เหมือนกันในมุมมองของผู้ประกอบธุรกิจ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการหรือนายจ้างซื้อแรงงานซึ่งเป็นหนึ่งในปัจจัยการผลิตจากลูกจ้างที่ ให้แรงงานเป็นการตอบแทน เปรียบเสมือนผู้ประกอบการซื้อวัตถุดิบหรือสินค้าและจ่ายค่าวัตถุดิบ ให้แก่ผู้ขาย ส่วนกรณีที่ผู้ประกอบการในฐานะนายจ้างเป็นการตกลงจ่ายราคาซื้อแรงงานในรูปของ ค่าตอบแทนหรือค่าจ้างตามราคาที่ตกลงกันกับลูกจ้าง และลูกจ้างได้ให้แรงงานที่เป็นปัจจัยการผลิต แก่นายจ้างเป็นการตอบแทน สอดคล้องกับแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ผู้ประกอบการ สามารถใช้อำนาจตลาดทั้งในด้านของผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ เมื่อผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดหรือ อำนาจผูกขาดทางการค้าโดยการลดผลผลิตและเพิ่มราคาในตลาดสินค้าที่ขาย อำนาจเหล่านั้นก็ สามารถจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยการลดการซื้อในตลาดปัจจัยการผลิตเพื่อกดราคาซึ่งรวมไปถึง ราคาแรงงานหรือค่าจ้างด้วย ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ที่แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือ ค่าตอบแทนมักนำข้อมูลไปใช้ในการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนร่วมกัน<sup>596</sup> ซึ่งข้อตกลง

<sup>596</sup> OECD, "Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp." page 3.

ร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง หรือ wage fixing agreement หมายถึง เบี้ยเลี้ยง โบนัสและค่าตอบแทนอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ตัวอย่าง คดี *United States v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation* ศาลแขวงแห่งมลรัฐ Arizona สหรัฐอเมริกาพิพากษาว่าจำเลยต้องไม่ระบุเงื่อนไข ข้อกำหนด คำแนะนำในสัญญาหรือแผนงาน ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เกี่ยวกับเรื่องอัตราค่าบริการที่จ่ายให้กับตัวแทนของโรงพยาบาล การจ่ายเงิน โบนัสของโรงพยาบาลหรือตัวแทน เป็นต้น มิฉะนั้นถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นความผิดต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel)

สำหรับแนวคิดของสหภาพยุโรป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรป ไม่เพียงควบคุมพฤติกรรมต่างๆ ของผู้ประกอบการที่ตกลงกันกำหนดราคาสินค้าหรือบริการเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage) ซึ่งถือว่าเป็นราคาหรือต้นทุนของปัจจัยการผลิต (Input Price หรือ Price of Input) และเป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) ตัวอย่าง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประเทศสเปนได้ตีความคำว่า พฤติกรรมการกำหนดราคา ไว้อย่างกว้างโดยครอบคลุมถึงพฤติกรรมที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการตกลงกันกำหนดราคาเพื่อจำกัดการแข่งขัน ดังนั้น พฤติกรรมของผู้ประกอบการเพื่อกำหนดค่าจ้างร่วมกันก็อยู่ในความหมายนี้ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าด้วย<sup>597</sup> ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) โดยต้องนำหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในตัวเองมาวิเคราะห์ในแต่ละคดี (by object) ตัวอย่าง คำวินิจฉัย TCA กรณีการกำหนดค่าจ้างของคนขับรถบรรทุก มีความเห็นว่า ข้อตกลงที่ต่อต้านการแข่งขันเป็นข้อตกลงที่แสดงถึงการผูกขาดการซื้อ (ในที่นี้ผู้ประกอบการเป็นผู้ซื้อแรงงาน) ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศตุรกี ซึ่งการผูกขาดการซื้อแรงงาน (wage-fixing cartel) มีลักษณะเดียวกับการกำหนดราคาสินค้า (price fixing)

ส่วนเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ใน The First Conduct Rule ข้อ 2(1) กำหนดให้การกำหนดราคาหรือ price fixing เป็นพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) และมีลักษณะละเมิด FCR เนื่องจากข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่กำหนด คงไว้ เพิ่ม หรือควบคุมราคา ถือว่ามีวัตถุประสงค์ (object) ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งคำว่า “ราคา” หรือ “price” หมายถึง ส่วนลด เงินคืน เบี้ยเลี้ยง ค่าขนส่ง หรือประโยชน์อื่นใดจากการขายสินค้า

<sup>597</sup> Jean-Nicolas Maillard and Chiara Conte, "New Year Resolution for Eu Antitrust Compliance Teams: "Putting Hr Practices on My Radar Screen", *Kluwer Competition Law Blog*, page 2.

นอกจากนี้สาธารณรัฐเกาหลีมีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review) “ราคา” หมายถึง ค่าตอบแทนทางธุรกิจที่ได้รับจากการซื้อ-ขายสินค้าหรือบริการกับคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยรวมถึงราคาแนะนำ ราคาอ้างอิง ราคามาตรฐาน ค่าธรรมเนียม ค่าเช่า และค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ต่างๆ และการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลง หมายถึงการเพิ่มราคา การลดราคา คงไว้ซึ่งราคาเดิม หรือการกำหนดราคาสูงสุดหรือราคาต่ำสุดด้วย ดังนั้น จึงสามารถตีความได้ว่า ราคา หมายถึงรวมถึง ค่าจ้าง ที่ถูกจ้างได้เป็นค่าตอบแทนจากการขายแรงงานให้แก่ นายจ้าง ส่วนค่าตอบแทน สวัสดิการ ค่าเบี่ยงเลี้ยง ก็ถือเป็นค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำงานหรือขายแรงงานให้แก่ นายจ้าง หากมีผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันลดค่าจ้าง กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ-ขั้นสูง หรือคงค่าจ้างเดิมไว้ ก็ถือว่าเป็นการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคาตามคำอธิบายของแนวปฏิบัติฉบับนี้ด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้ง 4 ประเทศข้างต้น ประกอบกับแนวปฏิบัติหรือ Guideline ของแต่ละประเทศแล้วจึงสามารถสรุปได้ว่าในบริบทของการจ้างแรงงานหากเปรียบเทียบสินค้าคือแรงงาน ค่าจ้างก็คือประโยชน์ที่ได้รับจากการขายแรงงาน หากผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันกำหนดราคาซื้อแรงงาน (ค่าจ้าง) ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ก็อาจมีความผิดตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรืออาจเข้าข่ายมีความผิดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 8 ที่กำหนดการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 54 กล่าวคือ กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ (Price Fixing) นอกจากนี้ เมื่อนำมาตรา 54 มาพิจารณาแล้ว ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้างจึงไม่ได้เป็นความผิดในตัวเองเนื่องจากการกระทำระหว่างผู้ประกอบการจะเป็นความผิดตามมาตรา 54 ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการได้ตกลงกำหนดราคาค่าจ้างร่วมกัน แต่การแลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นเพียงหลักฐานในการสนับสนุนหรือพิสูจน์การกำหนดราคาค่าจ้าง อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Todd v. Exxon Corporation* ศาลได้ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วไม่ว่าผู้ประกอบการหรือนายจ้างจะมีการกำหนดราคาค่าจ้างกันจริงหรือไม่เนื่องจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างของนายจ้างในอุตสาหกรรมน้ำมันและปิโตรเคมี 14 แห่งที่มีการกระจุกตัวของอุตสาหกรรมสูงมีความเป็นไปได้ว่าจะสมรู้ร่วมคิดกันต่อต้านการแข่งขัน

ประกอบกับจำเลยพบกันบ่อยครั้งเพื่อหารือแลกเปลี่ยนเกี่ยวกับข้อมูลเงินเดือน ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำลักษณะดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการกำหนดเงินเดือนร่วมกัน

สำหรับข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวที่ไม่ใช่ค่าจ้าง ยังไม่มีอนุมาตราใดสามารถนำไปปรับใช้ได้เนื่องจากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศยังไม่มีแนวทางหรือคำวินิจฉัยของศาลที่กำหนดว่าข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่ใช่ค่าจ้างเป็นความผิดทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลสำหรับผู้ว่าจ้างตนเอง หากเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลกระทำโดยผู้ว่าจ้างตนเองที่ประกอบอาชีพนั้นๆ แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอันอาจทำให้เกิดการกำหนดราคา ก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 54 (1)

ส่วนข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง และข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และเขตบริหารพิเศษฮ่องกง พบว่าเป็นพฤติกรรมแบ่งตลาด หรือ market allocation รูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจในฐานะนายจ้างผู้ขายแรงงานร่วมตกลงกันกำหนดตัวลูกจ้างที่นายจ้างแต่ละรายจะจ้างงานในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง โดยนายจ้างอีกฝ่ายจะไม่จ้างลูกจ้างคนเดียวกันนั้น ซึ่งอาจอาจเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 54 (4) ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจร่วมกันกำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น แต่ข้อตกลงอื่นๆ ได้แก่ ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) และข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Pirating Employee) ยังไม่มีอนุมาตราใดในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 มาปรับใช้ได้

#### 4.3.2. การปรับใช้มาตรา 57 กับข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างงาน

นอกจากมาตรา 54 จะสามารถนำไปปรับใช้กับข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับค่าจ้างระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง และข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ตามที่กล่าวมาแล้ว ปรากฏว่า ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) มาตรา 57 (1) ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็น

ธรรม สอดคล้องกับผลการศึกษากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลีที่ KFTC ได้จัดทำ Guideline for Review of Unfair Trade Practices ซึ่ง ข้อ B. Unfair drawing or pirating of employee กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินความผิดดังกล่าวไว้เป็นแนวปฏิบัติว่า การกระทำที่เป็นการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมที่ถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการค้าที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 23 ได้แก่ 1) กรณีที่ลูกจ้างอันเป็นกำลังสำคัญของบริษัทถูกแย่งตัวไปโดยเสนอค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่มากกว่าซึ่งส่งผลให้ธุรกิจนั้นหยุดชะงักอย่างมีนัยสำคัญ หรือ 2) กรณีแย่งตัวลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งไปโดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้งานลูกจ้างเหล่านั้นแต่มีนัยยะแอบแฝงเพื่อต้องการทำให้คู่แข่งเกิดอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งจึงถูกควบคุมตามมาตรา 23 ซึ่งถือว่าเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจข้างต้นอาจนำไปปรับใช้กับมาตรา 54 และมาตรา 57 แต่ก็ยังไม่มี ความชัดเจนว่าสามารถนำไปปรับใช้ได้จริงหรือไม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดนิยามของคำว่า “ราคา” ที่ไม่ครอบคลุมถึงค่าจ้างและค่าตอบแทนอื่นๆ ประกอบกับคำว่า “บริการ” ก็ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน ตามมาตรา 5 อีกด้วย ฉะนั้น ประเทศต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเภทข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการข้างต้นไว้อย่างชัดเจน จะทำให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าของประเทศนั้นๆ สามารถปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมข้างต้นได้อย่างถูกต้องและชัดเจน โดยไม่มีประเด็นถกเถียงว่าสามารถนำมาตรา 54 หรือมาตรา 57 ไปปรับใช้กับพฤติกรรมตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงานได้หรือไม่

สำหรับข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้างทั้งกรณีห้ามลูกจ้างประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้างและห้ามลูกจ้างไปประกอบธุรกิจกับคู่แข่งของนายจ้าง แนวทางปฏิบัติของประเทศไทย กำหนดว่าเป็นข้อตกลงที่นายจ้างและลูกจ้างสามารถตกลงกันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 กล่าวคือ ข้อตกลงนั้นต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ แต่โดยสภาพของข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้างอาจเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 5 กำหนดว่าหากเป็นข้อตกลงที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็น



โมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้นโดยพิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย<sup>598</sup> ซึ่งจากแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่า ข้อสัญญาห้ามประกอบกิจการค้าแข่งกับนายจ้างนั้น แม้จะถือว่าเป็นข้อตกลงที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของลูกจ้างก็ตาม แต่ก็ เป็นเพียงการจำกัดเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพเฉพาะบางประเภท และภายในกำหนดระยะเวลาพอสมควร ซึ่งนายจ้างได้กำหนดขึ้นเพื่อจะปกป้องสงวนรักษาข้อมูลและความลับในทางการค้าเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของนายจ้างเอง ข้อสัญญานี้ไม่ถือเป็นโมฆะ<sup>599</sup> ดังนั้นข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้างจึงไม่นำไปบังคับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า สอดคล้องกับประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลีที่ศาลจะพิจารณาข้อตกลงตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ประกอบกับกฎหมายแพ่งและปฏิเสศเฉพาะสัญญาห้ามแข่งขันที่มีลักษณะไม่สมเหตุสมผล โดยคำว่า “สมเหตุสมผล” ศาลจะพิจารณาจากข้อตกลงนั้นทำขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างมากเกินไปหรือไม่ และข้อตกลงครอบคลุมพื้นที่กว้างเกินไปหรือไม่ ในหลายปีที่ผ่านมาการตกลงในลักษณะนี้ถูกนำไปเป็นประเด็นแห่งคดีสู่ศาลมากมาย และมักพิจารณาว่าเป็นข้อตกลงที่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่เป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**ตารางที่ 7 สรุปเปรียบเทียบการปรับใช้ข้อตกลงแต่ละประเภทกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560**

<sup>598</sup> Andreas Respondek, "Non-Compete Clauses in Employment Agreements in Thailand," *APAC Employment Newsletter* (December 2014), page 1.

<sup>599</sup> วรเศรษฐ์ เฟือกสกนธ์, "การห้ามประกอบกิจการแข่งขันกับนายจ้าง ตอนที่ 1" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 13 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.wp-lawoffice.com/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AB%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%AD%E0%B8%9A%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%81%E0%B8%82%E0%B9%88-6/>

ประเภทข้อตกลง	พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง	มาตรา 54 (1)
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว	-
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้าง ตนเอง	มาตรา 54 (1)
ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง	มาตรา 54 (4)
ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแพรนไฮส์	มาตรา 54 (4)
ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง	-
ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง	มาตรา 57 (1)

#### 4.3.3 หลักเกณฑ์การพิจารณาความผิด

การตกลงระหว่างผู้ประกอบการตามมาตรา 54 และพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 บัญญัติไว้เฉพาะบางกรณีเท่านั้นที่อาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยไม่รวมถึงข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง และข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง ประกอบกับหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเช่นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและศาล ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ ด้วยเหตุนี้เองคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงยังไม่เคยวางหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวในข้อร้องเรียนหรือคดีใดๆ ทำให้หลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่นำมาใช้พิจารณาว่าข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการเป็นความผิดตามมาตรา 54 และมาตรา 57 หรือไม่นั้นยังไม่มี ความชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้และตีความบทบัญญัติทั้งสองมาตราเพื่อควบคุมพฤติกรรมกรกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน

##### 4.3.3.1 ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน

###### 1. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวปฏิบัติ Antitrust Guidance for Human Resource Professionals กำหนดว่า ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ที่แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนมักนำข้อมูลไปใช้ในการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนร่วมกัน ซึ่งข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง หรือ wage fixing agreement ถือเป็นความผิดเด็ดขาด (per se) อันละเมิด The Sherman Act มาตรา 1 และในคดี *United States v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation* ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นพฤติกรรมการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจอันละเมิดต่อมาตรา 1 ได้แก่ การระบุเงื่อนไขข้อกำหนด คำแนะนำในสัญญาหรือแผนงาน ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เกี่ยวกับเรื่องอัตราค่าบริการหรือค่าจ้างที่จ่ายให้กับตัวแทน โครงสร้างของอัตราค่าบริการ เงื่อนไขการจ่ายเงินระหว่างโรงพยาบาลกับตัวแทนจัดหาพยาบาล การจ่ายเงินโบนัสของโรงพยาบาลหรือตัวแทน และในคดี *United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration* ศาลพิพากษาว่า พฤติกรรมของจำเลยที่ต้องห้ามตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่ การร่วมมือกันแลกเปลี่ยนหรือหารือระหว่างสถานพยาบาลเกี่ยวกับข้อมูลของลูกค้าด้านค่าตอบแทนที่จ่ายให้กับพยาบาลวิชาชีพในอัตราที่ได้รับในปัจจุบันและที่คาดว่าจะได้รับในอนาคต และการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าใช้จ่ายที่พยาบาลวิชาชีพเคยได้รับ อีกทั้ง FTC ยังได้ออกข้อกำหนดว่าด้วยการกำหนดราคาและค่าตอบแทนให้กับตัวแทนจัดหานายแบบ นางแบบและนักร้องแบบแฟชั่น (*Modeling agency and Fashion Designer*)<sup>600</sup> โดยระบุว่าข้อตกลงที่พยายามกำหนดอัตราค่าตอบแทนให้แก่บุคคลดังกล่าวเป็นการต่อต้านการแข่งขันและเป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด อย่างไรก็ตาม ในคดี *Todd v. Exxon Corporation* ศาลได้ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแล้วไม่ว่าผู้ประกอบธุรกิจหรือนายจ้างจะมีการกำหนดราคาค่าจ้างกันจริงหรือไม่ เนื่องจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างของนายจ้างในอุตสาหกรรมที่มีการกระจุกตัวสูงมีความเป็นไปได้ว่าจะสมรู้ร่วมคิดกันต่อต้านการแข่งขัน ประกอบกับมีการหารือแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับข้อมูลเงินเดือนบ่อยครั้ง

สำหรับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป TFEU มาตรา 101 บัญญัติให้ การกำหนดราคาซื้อ ราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าอื่นใดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ เป็นการกระทำที่ละเมิด TFEU โดยการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเพื่อกำหนดค่าจ้างก็เปรียบเสมือนการกำหนดราคาสินค้ารูปแบบหนึ่งเนื่องจากลูกจ้างก็คือผู้ขาย

<sup>600</sup> FTC, "Council of Fashion Designers of America "

แรงงานให้แก่นายจ้างที่ เป็นผู้ซื้อแรงงานซึ่งมีผลเป็นการกระทำที่ผิด TFEU มาตรา 101(1) ตัวอย่างคดี *French Temporary Work Agencies* คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสั่งปรับผู้ประกอบการธุรกิจหลายรายเนื่องจากเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดอัตราค่าจ้างแรงงาน คณะกรรมการพบว่าในช่วงปี ค.ศ. 1989-1991 มีการกระทำเพื่อจำกัดการเพิ่มค่าตอบแทนของลูกจ้างในอุตสาหกรรมก่อสร้างโดยบริษัทตกลงกันว่าค่าจ้างต้องไม่สามารถเจรจาต่อรองได้โดยลูกจ้าง ศาลฎีกาตัดสินว่าข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันทางการค้า การกระทำข้างต้นถือเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ (object) ต่อต้านการแข่งขัน

เขตบริหารพิเศษฮ่องกงได้ออกแนวปฏิบัติ Competition Commission Advisory Bulletin โดย HKCC ได้ยกตัวอย่างการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่อาจฝ่าฝืนกฎ The First Conduct Rule (“FCR”) อันถือว่าการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ ข้อตกลงกำหนดอัตราค่าจ้างระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (fixing the price of labour) ซึ่งค่าจ้าง หมายรวมถึงค่าตอบแทน เงินเดือน หรือสวัสดิการ เช่น ผลประโยชน์ด้านการประกันชีวิต เป็นต้น การกระทำข้างต้นถือเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ (object) ต่อต้านการแข่งขัน การแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างที่นำไปสู่การตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage fixing agreement) ผู้ประกอบการธุรกิจที่ตกลงร่วมกันเกี่ยวกับค่าตอบแทนของลูกจ้างถือว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดค่าแรงงาน (ค่าจ้าง) ซึ่งข้อตกลงกำหนดค่าจ้างนี้เป็นข้อตกลงประเภทหนึ่งในการกำหนดราคา (price fixing) ที่เข้าข่ายละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

สำหรับสาธารณรัฐเกาหลี มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review) ได้อธิบายถึงตัวอย่างการร่วมกันจำกัดการแข่งขันหรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ในเรื่องการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคา คำว่า “ราคา” หมายรวมถึง ค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ต่างๆ ดังนั้น จึงสามารถตีความได้ว่า ราคา หมายรวมถึง ค่าจ้าง ที่ลูกจ้างได้เป็นค่าตอบแทนจากการขายแรงงานให้แก่ นายจ้าง ส่วนค่าตอบแทน สวัสดิการ ค่าเบี้ยเลี้ยง ก็ถือเป็นค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำงานหรือขายแรงงานให้นายจ้าง หากมีผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันลดค่าจ้าง กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ-ขั้นสูง หรือคงค่าจ้างเดิมไว้ ก็ถือว่าการกำหนด คงไว้ หรือเปลี่ยนแปลงซึ่งราคาตามคำอธิบายของแนวปฏิบัติฉบับนี้ด้วย

## 2. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การแลกเปลี่ยนข้อมูลอื่นๆ ที่ไม่ใช่ค่าจ้างแต่เป็นข้อมูลที่อ่อนไหว (Sensitive Information) ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน อาจเข้าข่ายผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด แม้ว่าบุคคลที่ตกลงร่วมกันจะมีได้ตกลงกันโดยชัดแจ้งก็ตาม เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ การเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน เชื้อชาติ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา และการถูกพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา ส่วนข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันแล้วอาจไม่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้แก่ ข้อมูลที่มีบุคคลที่สามเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยน ข้อมูลที่ค่อนข้างเก่า ข้อมูลที่รวบรวมมาเพื่อป้องกันแหล่งข้อมูลที่มีลักษณะเฉพาะ ข้อมูลที่รวมมาเพื่อปกป้องคู่แข่งจากการเชื่อมโยงแหล่งข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลที่ไม่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขันทางการค้า ข้อมูลสาธารณะ ข้อมูลที่ถูกรวบรวมโดยไม่มีแหล่งที่มาจากบุคคลที่สาม เป็นต้น แต่กฎหมายป้องกันการผูกขาดและคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะพิจารณาลักษณะข้อมูลที่อ่อนไหวที่อาจผิดกฎหมาย ได้แก่ ข้อมูลที่อ่อนไหวเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอันอาจนำไปสู่การกำหนดค่าจ้าง ส่วนข้อมูลอื่นๆ ที่อ่อนไหวเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานที่กล่าวมาข้างต้น ยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลเลย

สำหรับสหภาพยุโรป การแลกเปลี่ยนข้อมูลอื่นๆ ที่ไม่ใช่ค่าจ้าง แต่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการจ้างของลูกจ้างที่ผู้ประกอบการร่วมตกลงกัน ก็มีความเกี่ยวข้องและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป เนื่องจากการตกลงลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อลูกจ้างและการแข่งขันในตลาด การแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านทรัพยากรบุคคลที่มีใช่ค่าจ้างมีตัวอย่างคำวินิจฉัยของ Turkish Competition Authority กรณี *Private Schools Association Case TCA* ตัดสินว่าการประชุมระหว่างโรงเรียนเอกชนเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับทุนการศึกษาที่ให้นักเรียน และค่าธรรมเนียมการสอน เป็นการกระทำที่จำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่กรณี *Cement Case TCB* ตัดสินว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงาน และข้อมูลอื่นเกี่ยวกับการจ้างงานของบริษัทไม่มีนัยยะของข้อตกลงที่ผิดกฎหมายระหว่างคู่แข่งเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน เรื่องนี้จึงถูกปฏิเสธที่จะสอบสวน

ส่วนเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว แต่เป็นข้อมูลที่อ่อนไหว (sensitive information) ระหว่างผู้ประกอบการไม่ว่าจะฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่าย และไม่ว่าโดยตรงหรือผ่านบุคคลที่สาม อาจเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ ข้อมูลที่ต้องห้ามแลกเปลี่ยนกันระหว่างผู้ประกอบการ ได้แก่ แผนการระบุราคาค่าจ้าง กลยุทธ์เกี่ยวกับราคาค่าจ้าง ส่วนลด ส่วนแบ่งตลาดที่เกี่ยวข้องทางภูมิศาสตร์ กลยุทธ์ทางการตลาดเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ส่วนข้อมูลที่สามารถแลกเปลี่ยนกันได้โดยไม่ผิดกฎหมาย คือ ข้อมูลสาธารณะ นโยบายรัฐบาล การเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบ ปัญหาการผลิตและอุตสาหกรรม ประเด็นทั่วไปเกี่ยวกับเทคโนโลยีและเศรษฐกิจ

ในสาธารณรัฐเกาหลี ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ที่อ่อนไหวที่ชัดเจน แต่เมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2018 KFTC ได้ร่าง MRFTA ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม หนึ่งในข้อเสนอแก้ไข MRFTA ได้แก่ กรณีที่บุคคลที่สาม (third party) ที่กระทำการในฐานะคนกลางหรือเป็นคนเชื่อมโยงเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เป็นการจำกัดการแข่งขันระหว่างคู่แข่ง บุคคลที่สามมักจะเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ทำให้คู่แข่งสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหวได้ ส่วนการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ค่อนข้างเก่า ไม่ถือว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน

จะเห็นได้ว่า ข้อมูลที่อ่อนไหวที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง กฎหมายและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศที่ได้ศึกษา ยังไม่มีการวินิจฉัยในข้อมูลดังกล่าว ว่าผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ มีเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ แนวทางและคำตัดสินเกี่ยวกับข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนในลักษณะเดียวกับค่าจ้างเท่านั้น

### 3. การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หากผู้ประกอบการวิชาชีพหรือผู้ว่าจ้างตนเองมีสิทธิในการเจรจาต่อรอง เช่น ค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้าง ผู้ประกอบการวิชาชีพหรือผู้ว่าจ้างตนเองจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการ (undertakings) ภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าแห่งสหภาพยุโรปเนื่องจากพวกเขาเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้วยตนเองและด้วยสิทธิของตนเอง และมีอิสระในการตัดสินใจและกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในตลาด ตัวอย่าง คดี *Ireland-voiceoveractors-2003* คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไอร์แลนด์ ตัดสินว่าผู้ว่าจ้างตนเองที่เป็นนักแสดงไม่อาจกำหนดราคาหรือเงื่อนไขการจ้างร่วมกันได้ เนื่องจากข้อตกลงลักษณะดังกล่าวเป็นข้อตกลงกำหนดราคาร่วมกันอันละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ส่วนคดี *Netherlands-theDutchorchestracase-2007* คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์พิจารณาข้อตกลงกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับนักดนตรีว่าเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า คดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป โดยศาลตัดสินว่าข้อตกลงที่เป็นการเจรจาต่อรองระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเพื่อพัฒนาแรงงานและเงื่อนไขการจ้างไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) แต่ถ้าเป็นข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับผู้ว่าจ้างตนเองที่เป็นผู้ประกอบการต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1) อย่างไรก็ดี ในหลายประเทศของสหภาพยุโรปได้กำหนดข้อยกเว้นผู้ว่าจ้างตนเองโดยเฉพาะผู้ประกอบการอาชีพที่เกี่ยวข้องกับศิลปะ ดนตรี การแสดงและสื่อสารมวลชนให้ร่วมกันเจรจาต่อรอง (Collective Bargaining) ได้ เนื่องจากผู้ประกอบการวิชาชีพเหล่านี้มีตัวเลือกในการประกอบอาชีพในตลาดที่จำกัด เช่น กฎหมายของออสเตรเลียอนุญาตให้ผู้ประกอบการอาชีพอิสระสามารถตกลงกับผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายหรือลูกค้าได้ เช่น นักหนังสือพิมพ์หรือ

นักข่าวอิสระสามารถเจรจาค่าตอบแทนกันได้ หรือกฎหมายเยอรมนีอนุญาตให้นักเขียนและนักข่าวสามารถเจรจาทกลงค่าจ้างกันได้ หรือในประเทศเดนมาร์ก สหภาพแรงงานในนามของนักข่าว ผู้ทำภาพมิตี ผู้ออกแบบกราฟฟิกสามารถเจรจาค่าจ้างที่ได้รับได้<sup>601</sup>

ในเขตบริหารพิเศษฮ่องกง โดยปกติแล้ว ผู้ว่าจ้างตนเอง (self-employed) ที่ให้บริการในตลาดถือว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งหากมีการตกลงกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจด้วยกันที่เป็นการจำกัดการแข่งขันก็อาจเข้าข่ายละเมิด FCR แต่ในบางสถานการณ์อาจไม่ใช่ผู้ประกอบการแต่เป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างตนเองในฐานะผู้ประกอบการจ้างงานผู้ว่าจ้างตนเองอีกราย กล่าวคือเป็นนายจ้างลูกจ้างกันในทางพฤตินัย ก็อาจไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จะเห็นได้ว่า หากผู้ว่าจ้างตนเองตกลงร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้าง จะถือว่ามีคามผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างนั้นนำไปสู่การกำหนดอัตราค่าจ้างอันถือว่าการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขันและเป็นความรับผิดเด็ดขาด

#### 4.3.3.2 ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

##### 1. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (no-poaching agreement)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันหรือคนเดียวกัน เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งตกลงร่วมกับบุคคลในอีกบริษัทหนึ่งปฏิเสธที่จะจ้างหรือเชิญชวนลูกจ้างของอีกบริษัทหนึ่งให้มาทำงานกับตน ซึ่งแนว Antitrust Guidance for Human Resource Professionals กำหนดว่า หากการกระทำระหว่างผู้ประกอบการหรือนายจ้างเข้าข่ายข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegal) อันเป็นการฝ่าฝืน The Sherman Act มาตรา 1 และก่อความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) เนื่องจากข้อตกลงที่เป็นความผิดนั้นเปรียบเสมือนข้อตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด (Market Allocation Agreement) นอกจากนี้ เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 2018 วุฒิสมาชิกแห่งสหรัฐอเมริกาได้เสนอร่างพระราชบัญญัติ The End Employer Collusion Act ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่กล่าวถึงลักษณะของข้อตกลงการจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน (no-poaching agreement) ว่าเป็นข้อตกลงที่ผิดกฎหมายและเปิดโอกาสให้ลูกจ้างสามารถฟ้องร้องและมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ ร่างกฎหมาย

<sup>601</sup> OECD, "Employment Outlook 2019 " page 207-208.

ดังกล่าวได้บัญญัติลักษณะข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการจ้างแรงงาน (restrictive employment agreement) ที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของนายจ้างอีกฝ่ายเป็นการกระทำที่เป็นความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) โดยไม่นำหลักเหตุและผลมาใช้ (the rule of reason) นอกจากนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาล พบว่า ผู้ประกอบธุรกิจนายจ้างจะเลือกตกลงกันห้ามจ้างลูกจ้างของกันและกันในกลุ่มจ้างที่มีตำแหน่งและลักษณะงานเฉพาะ เช่น ช่างเทคนิค วิศวกร นักวิทยาศาสตร์ พนักงานระบบรางรถไฟ นักวาดภาพเคลื่อนไหว (Digital Animation) เป็นต้น เนื่องจากมีความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์มาก และเป็นที่ต้องการของตลาด ประกอบกับผู้ประกอบธุรกิจอาจลงทุนให้ลูกจ้างเหล่านี้ไปศึกษาดูงานหรือเข้ารับการศึกษาฝึกอบรมซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจได้จ่ายไปเพื่อนำความรู้ความสามารถที่ได้รับมาพัฒนาธุรกิจของนายจ้าง

ตัวอย่าง คดี *United States v. Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit, Pixar* ในคดีนี้มีจำเลยทั้งสิ้น 6 บริษัทเป็นคู่แข่งกันโดยตรงเกี่ยวกับลูกจ้างที่มีความเชี่ยวชาญด้านวิศวกรรมและวิทยาศาสตร์คอมพิวเตอร์ โดยผู้บริหารระดับสูงร่วมกันตกลงว่าจะไม่เสนองานให้กับลูกจ้างของอีกบริษัท นอกจากที่ระบุในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ยังมีคำแนะนำ (Do Not Call List) สำหรับลูกจ้างของแต่ละบริษัทว่าห้ามเสนอลูกจ้างในสังกัดให้กับบริษัทอื่นที่ระบุไว้ในคำแนะนำด้วย ในขณะเดียวกัน คู่มีนโยบายและหลักเกณฑ์การจ้างงานของแต่ละบริษัทได้ระบุข้อห้ามเสนอลูกจ้างให้บริษัทอื่นๆ ตามรายนามที่ระบุไว้ในคู่มือนี้ พฤติกรรมดังกล่าวถือเป็นการจำกัดรูปแบบการแข่งขันในตลาดแรงงานทำให้ลูกจ้างได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) และถือเป็นการจำกัดการความผิดเด็ดขาด (per se unlawful) อันละเมิดต่อมาตรา 1 แห่ง the Sherman Act ส่วนคดี *United States v. LucasFilm Ltd.* บริษัท Lucasfilm เป็นคู่แข่งกันโดยตรงกับบริษัท Pixar เกี่ยวกับลูกจ้างในตำแหน่งผู้วาดภาพเคลื่อนไหวดิจิทัลและลูกจ้างตำแหน่งอื่นๆ ข้อตกลงระหว่างบริษัท Lucasfilm กับบริษัท Pixar ที่กีดกันการแข่งขันการจ้างผู้วาดภาพเคลื่อนไหวดิจิทัลที่มีความเชี่ยวชาญระดับสูง เป็นการละเมิดมาตรา 1 แห่ง Sherman Act โดยทั้งสองบริษัทตกลงร่วมกันที่จะไม่เสนอ (cold calling) หรือรับข้อเสนอเกี่ยวกับการจ้างลูกจ้างดังกล่าว และต้องแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการจ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย (mutual obligation to notify) และในคดี *United States v. eBay, Inc* ก็พิจารณาความตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการห้ามจ้างลูกจ้างวิศวกรคอมพิวเตอร์และนักวิทยาศาสตร์ว่าเป็นความรับผิดเด็ดขาดเช่นเดียวกัน ส่วนคดี *United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation* จำเลยเป็นคู่แข่งกันในตลาดแรงงานในกลุ่มจ้างประเภทอุตสาหกรรมรางรถไฟด้าน



การขนส่งและการโดยสารทางรถไฟ ประกอบด้วยผู้จัดการโครงการอุตสาหกรรมระบบราง วิศวกร ผู้บริหารการขาย หัวหน้าหน่วยธุรกิจ และเจ้าหน้าที่ประสานงาน จำเลยร่วมกันตกลงห้ามจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดแรงงานอันเป็นความรับผิดเด็ดขาด (per se)

ส่วนในสหภาพยุโรป ข้อตกลงลักษณะนี้มักเกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีลูกจ้างเป็นแรงงานมีฝีมือหรือมีทักษะขั้นสูงซึ่งมีจำนวนน้อยและนายจ้างต้องการเก็บลูกจ้างเหล่านั้นไว้ทำงานกับตนเนื่องจากการลงทุนให้ลูกจ้างไปฝึกอบรมจนมีความสามารถเพิ่มมากขึ้น โดยสามารถพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ 1) การกำหนดเงื่อนไขห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Anti-competitive Non-Solicitation Agreement) ตัวอย่าง คดีทางการแพทย์ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ข้อตกลงห้ามชักชวนลูกจ้างระหว่างโรงพยาบาล 18 แห่งละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศเนเธอร์แลนด์ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเป็นการลด จำกัดการแข่งขันในวิสัญญีแพทย์อันเป็นความผิดเด็ดขาด (by object)<sup>602</sup> 2) การสมรู้ร่วมคิดกันแย่งตัวลูกจ้าง (Collusive Poaching Agreement) คือ กรณีคู่แข่งที่ตกลงจำกัดการแข่งขัน ตกลงแย่งลูกจ้างที่สำคัญ เช่น กรรมการผู้จัดการ ของคู่แข่งอีกฝ่ายที่ไม่ได้ร่วมตกลงจำกัดการแข่งขัน เช่น ในคดี *Pre-insulated Pipes* ศาลยุติธรรมพิพากษาว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ทำข้อตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน เช่น การกำหนดราคา การแบ่งตลาด เป็นต้น ตกลงที่จะแย่งลูกจ้างที่เป็นกำลังสำคัญของคู่แข่งที่ไม่ได้ร่วมตกลงด้วย การกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงร่วมแข่งขันนั้นได้ทราบข้อมูลภายในบริษัทคู่แข่งและเป็นการทำลายธุรกิจของคู่แข่ง อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมตามข้อตกลงที่ยอมรับได้ ได้แก่ กรณีที่นายจ้างระบุเงื่อนไขอย่างมีเหตุผลที่ถูกต้องตามกฎหมายและข้อตกลงนั้นต้องมีเหตุผลเพิ่มเติมจากขอบเขตของข้อตกลงและลูกจ้างต้องได้รับคำบอกกล่าวก่อนหรือให้โอกาสลูกจ้างที่จะตอบรับหรือปฏิเสธได้ ทั้งนี้ แม้ว่าลูกจ้างจะได้รับคำบอกกล่าวแต่การพิจารณาของศาลในหลายคดีก็แสดงให้เห็นว่าศาลอาจปฏิเสธข้อตกลงระหว่างคู่แข่งที่เป็นการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวได้โดยไม่คำนึงถึงการแจ้งหรือการเปิดเผยข้อตกลงให้ลูกจ้างทราบเนื่องจากลูกจ้างอาจไม่มีอำนาจต่อรอง ประกอบกับข้อตกลงดังกล่าวละเมิดประโยชน์สาธารณะและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>603</sup> แต่คณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป ยอมรับข้อตกลงห้ามชักชวนหรือแย่งชิงลูกจ้างของบริษัทอื่นว่าถูกต้องตามกฎหมายหากบริษัทมีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงและมีความจำเป็นในการรวมตัวกัน เช่น กรณีบริษัท

<sup>602</sup> Gonenc Gurkaynak, "Competition Law Issues in the Human Resources Field," *Journal of European Competition Law & Practice*, page 6-7.

<sup>603</sup> *ibid.*, page 14-15.

*Kingfisher/Großlabor - Case No IV/M.1482 (12 April 1999) Kingfisher* คณะกรรมการพิจารณาว่า เป็นข้อจำกัดเสริมหรือเพิ่มเติม (ancillary restraint) ซึ่งสามารถกระทำได้

ส่วนเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงร่วมกันเพื่อห้ามชักชวนหรือจ้างลูกจ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การตกลงปฏิเสธที่จะจ้างลูกจ้างของอีกฝ่าย ถือว่าเข้าไปมีส่วนร่วมในการแบ่งตลาด (market allocation) โดยการแบ่งทรัพยากรของอุปทาน เป็นการต่อต้านการแข่งขันอย่างร้ายแรงและทำให้การขับเคลื่อนแรงงานในตลาดหยุดชะงักลง ตัวอย่าง คดี *Cantor Fitzgerald Europe & Anor v. & Boyer ors, (2012) HKEC 301* Boyer ทำสัญญากับ Cantor Fitzgerald ที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งข้อสัญญาหนึ่งระบุว่าห้ามผู้บริหารจ้างลูกจ้างของ Fitzgerald เป็นเวลา 12 เดือนหลังจากเลิกสัญญาจ้าง ศาลตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่สมเหตุผล เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวเกินความจำเป็นที่จะปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจตามกฎหมาย จึงไม่สามารถบังคับใช้ได้

สาธารณรัฐเกาหลี ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขระหว่างผู้ประกอบธุรกิจว่าห้ามจ้างลูกจ้างคนเดียวกัน หรือ no-poaching agreement ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้าในประเทศเกาหลีใต้ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำร่วมกัน (Guideline for concerted practice review) ได้อธิบายว่าหมายถึงการรวบรวมหรือกีดกันจำนวนหรือพื้นที่ของผู้ประกอบธุรกิจ หรือการจำกัดหรือกีดกันการจ้างแรงงานในลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจ (restricting the hiring of employees)

## 2. ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การตกลงในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวราบ ซึ่งต้องนำหลักความผิดเดียดขาด (per se rule) มาใช้ โดยจะต้องเป็นกรณีที่ 1) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีที่มีอิสระต่อกันในเครือข่ายหรือแบรนด์เดียวกัน 2) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีที่อยู่คนละเครือข่ายหรือคนละแบรนด์แต่แข่งขันกันจ้างลูกจ้างที่ประกอบอาชีพประเภทเดียวกัน 3) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซอร์ ในแบรนด์เดียวกัน มีลักษณะเป็นคู่แข่งกันจ้างลูกจ้างในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องกันทางภูมิศาสตร์ ตัวอย่าง คดี *Leinani Deslandes v McDonald's LLC* ข้อตกลงในสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่าในระหว่างที่ข้อตกลงแฟรนไชส์ซีมีผลบังคับใช้

ห้ามแฟรนไชส์ซีรับจ้างหรือพยายามจ้างบุคคลใดๆ ที่เป็นลูกจ้างของ McDonald's บริษัทในเครือ หรือผู้ที่ดำเนินการภายใต้ร้านอาหารของ McDonald's ภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ลาออกจากบริษัท และห้ามชักจูงบุคคลใดๆ ให้ลาออกไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ศาลได้พิจารณาข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างระหว่างแฟรนไชส์ซอร์กับแฟรนไชส์ซีของ McDonald ว่าเป็นข้อตกลงจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (horizontal) และให้นำหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (per se rule) และ quick look theory มาใช้ประกอบการพิจารณา หากข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันนั้นเป็นการกระทำภายในยี่ห้อหรือตราสินค้าเดียวกันก็จะไม่นำหลัก per se rule มาบังคับใช้เนื่องจากเป็นการสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกในยี่ห้อของตนเอง

ส่วนในสหภาพยุโรป มีคำวินิจฉัยของ *TCA v. Bfit Bfit* ซึ่งเป็นศูนย์ออกกำลังกายและมีแฟรนไชส์หลายแห่งมีการจัดทำสัญญาแฟรนไชส์ระบุว่าแฟรนไชส์ซีต้องไม่จ้างลูกจ้างที่เคยทำงานกับแฟรนไชส์ซีอื่นหรือคู่แข่งหรือจ้างลูกจ้างที่กำลังทำงานอยู่กับแฟรนไชส์ซีอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่ง TCA พิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างที่ละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเนื่องจากส่งผลกระทบต่อโอกาสเลื่อนย้ายแรงงาน

สำหรับเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ข้อจำกัดในสัญญาแฟรนไชส์ที่บังคับใช้กับแฟรนไชส์ซีเพื่อมุ่งหมายต่อการคงไว้ซึ่งชื่อเสียงและอัตลักษณ์ของแฟรนไชส์ แม้ว่าข้อจำกัดข้างต้นจะมีลักษณะจำกัดเสรีภาพทางการค้าของแฟรนไชส์ซี แต่ก็ไม่ตกอยู่ภายใต้ FCR เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวมีความจำเป็นและเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินธุรกิจแฟรนไชส์ ถือว่าเป็นข้อจำกัดเสริม (ancillary restriction) ที่ไม่จำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่หากข้อจำกัดในสัญญาแฟรนไชส์มีความเกี่ยวข้องกับการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือเงื่อนไขการจ้าง ซึ่งเป็นการลด หรือจำกัดการแข่งขัน ก็อาจจะละเมิด FCR ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า

#### 4.3.3.3 ข้อตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน

##### 1. ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อตกลงลักษณะนี้เป็นข้อตกลงในแนวตั้ง (Vertical Agreement) ซึ่งเป็นข้อตกลงจำกัดความสามารถของลูกจ้างในเข้าทำงานกับคู่แข่งของนายจ้างหลังจากลาออกหรือถูกไล่ออกซึ่งส่วนใหญ่สัญญาหรือข้อตกลงลักษณะนี้มักจะกำหนดเงื่อนไขเวลาและสถานที่ไว้ ศาลจะพิจารณาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและปฏิเสธเฉพาะสัญญาห้ามแข่งขันที่มีลักษณะไม่สมเหตุสมผล ข้อตกลงที่ขอบด้วยกฎหมายโดยไม่เป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

ป้องกันการผูกขาดต้องมีขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์ของธุรกิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ความลับทางการค้า รายชื่อลูกค้า และต้องเป็นข้อตกลงที่กำหนดระยะเวลาที่จำกัดและมีอยู่เฉพาะในตลาดที่เกี่ยวข้องกันในเชิงภูมิศาสตร์

อย่างไรก็ตาม การจำกัดการเคลื่อนไหวแรงงานโดยเฉพาะกับแรงงานค่าจ้างต่ำข้อตกลงดังกล่าวเป็นการจำกัดโอกาสและความมั่นคงทางเศรษฐกิจของลูกจ้าง ตลอดจนเป็นการทำลายการแข่งขันโดยทำให้ธุรกิจที่มีได้เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงดังกล่าวสูญเสียโอกาสจ้างงานลูกจ้างที่ว่างงานและมีคุณภาพ ศาลก็ต้องปกป้องลูกจ้างโดยเฉพาะลูกจ้างที่มีค่าแรงต่ำ หลายมลรัฐและองค์กรต่างๆ จึงออกกฎหมายหรือระเบียบเพื่อห้าม ควบคุมการบังคับใช้ข้อตกลงหรือพฤติกรรมที่เข้าข่ายในลักษณะดังกล่าว เช่น มลรัฐ California และมลรัฐ Montana พิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้กับคู่สัญญาได้ มลรัฐ Illinois มีการออกกฎหมาย the Illinois Freedom to Work Act โดยห้ามใช้ข้อตกลงที่ห้ามลูกจ้างประกอบธุรกิจแข่งขันกับนายจ้าง หรือ Non-compete Agreement กับลูกจ้างที่ได้รับค่าจ้างไม่เกิน 13 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมง ตัวอย่าง คดี *People v. Jimmy John's Enterprise LLC*. บริษัท Jimmy John ได้ว่าจ้างลูกจ้างเพื่อห่อและบรรจุแซนวิชขายให้กับผู้บริโภค โดยได้ทำสัญญาห้ามลูกจ้างไปทำงานให้กับคู่แข่งของบริษัทที่ตั้งอยู่ภายใน 3 ไมล์จากร้านของบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยห้ามลูกจ้างกระทำการดังกล่าวในระหว่างที่ทำงานให้บริษัทหรือภายหลังจากลาออกจากบริษัทไปแล้วเป็นระยะเวลา 2 ปี ศาลแขวง Cook มลรัฐ Illinois พิพากษาว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากเป็นการจำกัดโอกาสของลูกจ้างค่าแรงต่ำในการเปลี่ยนหรือเลือกงานที่มีค่าแรงสูงกว่าเพื่อคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union: CJEU) ได้พิจารณาข้อยกเว้นสำหรับข้อตกลงที่ห้ามลูกจ้างทำงานกับคู่แข่งหรือทำกิจการแข่งกับนายจ้างในกรณีเมื่อข้อตกลงหลัก (main agreement) ไม่เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันแล้ว ข้อตกลงรองหรือข้อตกลงเพิ่มเติมที่แม้ว่าจะจำกัดการแข่งขัน (restrictive ancillary clause) ก็ถือว่าไม่เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันที่จะต้องรับผิดชอบภายใต้ TFEU มาตรา 101 (1) โดยไม่ต้องพิสูจน์ by object และ by effect โดยต้องเข้าเงื่อนไข 3 ประการคือ หลักความจำเป็น หลักความได้สัดส่วน และหลักความเกี่ยวข้องโดยตรง

ส่วนเขตบริหารพิเศษฮ่องกง หากข้อกำหนดดังกล่าวขัดกับนโยบายสาธารณะก็อาจไม่สามารถบังคับใช้ได้เว้นแต่กรณีที่สามารถแสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดนั้นมีความจำเป็น

ในการปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างตามกฎหมายและสมเหตุสมผลในทุกสถานการณ์ มีความจำเป็นในการปกป้องมิตรภาพและความสัมพันธ์ทางการค้า ความลับทางการค้า และข้อมูลที่เป็นความลับ และการรักษาไว้ซึ่งแรงงานที่มั่นคง หากถูกบังคับใช้เป็นระยะเวลาเกินสมควร ซึ่งปกติไม่ควรนานเกินกว่า 6 เดือน เนื่องจากเป็นการกีดกันลูกจ้างที่อาจจะได้รับรายได้ที่ดีกว่าหรือมั่นคงกว่า นอกจากนี้ ข้อจำกัดยังต้องใช้อยู่ในขอบเขตพื้นที่ที่เหมาะสมด้วย

สาธารณรัฐเกาหลี บังคับใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งโดยข้อตกลงที่บังคับใช้ได้เกาหลีได้เป็นข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับลูกจ้างคนเก่า โดยมีองค์ประกอบคือ ผู้ประกอบธุรกิจหรือนายจ้างมีเหตุผลความต้องการใช้ข้อตกลงเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมาย ศาลในประเทศเกาหลีได้พิจารณาข้อตกลงใน 3 มุมมอง ได้แก่ 1) สิทธิเสรีภาพของลูกจ้างในการประกอบอาชีพ 2) ผลประโยชน์ของนายจ้างในการปกป้องข้อมูลทางธุรกิจ และ 3) นโยบายสาธารณะ (ศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎเกณฑ์ทางสังคม และการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยเสรี) และจะต้องคำนึงถึงระยะเวลา ขอบเขต ในการปกป้องผลประโยชน์ของนายจ้างด้วย

## 2. การจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Predatory Hiring)

ในสาธารณรัฐเกาหลี ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานที่อาจเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ตามมาตรา 23 แห่ง MRFTA ได้แก่ กรณีผู้ประกอบธุรกิจหาทางให้ลูกจ้างของคู่แข่งมาทำงานกับตน (Predatory Hiring / Pirating Employee) KFTC ได้จัดทำ Guideline for Review of Unfair Trade Practices ซึ่ง ข้อ B. Unfair drawing or pirating of employee กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินความผิดดังกล่าวไว้เป็นแนวปฏิบัติว่า “การกระทำที่เป็นการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะจะทำให้ธุรกิจเฉพาะนั้นดำเนินกิจการอย่างยากลำบาก” พฤติกรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจแย่งตัวลูกจ้างดังกล่าวอันอาจเข้าข่ายพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม เกณฑ์การตัดสินว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ได้แก่ การแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะอยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อันขัดขวางการแข่งขันภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ การกระทำที่ไม่เป็นธรรมอันแสดงออกในการแย่งตัวลูกจ้างขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์หรือเจตนาการจ้างงาน ระดับความสำคัญของลูกจ้างกิจกรรมทางธุรกิจ วิธีการที่ใช้ในการแย่งตัวลูกจ้าง แนวทางปฏิบัติปกติของอุตสาหกรรมนั้น และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และต้องปรากฏว่ากิจกรรมทางธุรกิจในปัจจุบันและอนาคตต้องหยุดชะงักลงหรือมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดการลดลงของจำนวนลูกค้า ยอดขายลดลง หรือมีความเป็นไปได้ว่าธุรกิจจะ

ล้มละลาย นอกจากนี้แนวปฏิบัติดังกล่าวยังยกตัวอย่างการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว ได้แก่ 1) กรณีที่ลูกจ้างอันเป็นกำลังสำคัญของบริษัทถูกแย่งตัวไปโดยเสนอค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่มากกว่าซึ่งส่งผลให้ธุรกิจนั้นหยุดชะงักอย่างมีนัยสำคัญ หรือ 2) กรณีแย่งตัวลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งไปโดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้งานลูกจ้างเหล่านั้นแต่มีนโยบายแฝงเพื่อต้องการทำให้คู่แข่งเกิดอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะอยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้โดยมีเหตุผลอันสมควรและเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพหรือสวัสดิการผู้บริโภครู้จัก ถือว่าไม่มีความผิดตามกฎหมายนี้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศที่ได้ศึกษา ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และสาธารณรัฐเกาหลี ได้พิจารณาข้อตกลงต่างๆ ที่กล่าวมาถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ตามตารางดังต่อไปนี้

**ตารางที่ 8 สรุปเปรียบเทียบข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการกับผลกระทบต่อการแข่งขัน**

ประเภทข้อตกลง	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	เขตบริหารพิเศษฮ่องกง	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว	-	-	-	-
ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง
ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง
ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์	ร้ายแรง	ร้ายแรง	ร้ายแรง	-
ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง	-	-	-	-

ประเภทข้อตกลง	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	เขตบริหารพิเศษฮ่องกง	สาธารณรัฐเกาหลี
ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง	พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม	-	-	พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

#### 4.3.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ยกเว้นข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจสำหรับกรณีการรวมธุรกิจ (Merger) กิจการร่วมค้า (Joint Ventures) เนื่องจากบริษัทที่มาร่วมกิจการกัน มิได้เป็นคู่แข่งกันแต่ก่อตั้งกิจการร่วมค้ามาเพื่อทำกิจการให้บรรลุเป้าหมายตามสัญญา มีการแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันตามสัญญา และข้อตกลงระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน (Intra-Enterprises) ข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือเป็นการร่วมมือกันของหน่วยธุรกิจเดียวกัน (single economic entity) ซึ่งจะมีการแบ่งปันผลประโยชน์ในกิจการก่อนเดียวกัน นอกจากนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ยอมรับข้อตกลงห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างในกรณีที่บริษัททั้งสองเป็นบริษัทในเครือหรือมีความสัมพันธ์กัน เช่น คดี *Eichorn v. AT&T Corp.* ซึ่ง AT&T ห้ามลูกจ้างของ Paradyne (บริษัทลูกของ AT&T) เฉพาะที่ได้รับค่าจ้างมากกว่า 50,000 USD กลับมาทำงานกับ AT&T อีกครั้งเป็นเวลา 8 เดือน โดยศาลตัดสินว่าสามารถระบุข้อตกลงห้ามจ้างลูกจ้างดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นข้อตกลงเพิ่มเติมหรือข้างเคียง (ancillary restraint) สำหรับการทำธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมาย และการรวมธุรกิจ (Merger) ก็สามารถทำได้เช่นกันหากเป็นข้อตกลงที่จำเป็นต้องมีเพื่อรวมกิจการและจำกัดขอบเขตเฉพาะแรงงานด้านนั้น ๆ ภายในพื้นที่ที่กำหนด นอกจากนี้ หากข้อตกลงนั้นจัดทำเพื่อประโยชน์ในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีหรือสนับสนุนเศรษฐกิจโดยรวมก็อาจได้รับการยกเว้นหากมีความสมเหตุสมผล

ส่วนสหภาพยุโรป ได้กำหนดยกเว้นข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจว่าถูกต้องตามกฎหมายหากบริษัทมีความเกี่ยวข้องกันโดยตรง (single economic entity) เช่น บริษัทลูกบริษัทในเครือถือเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกับบริษัทแม่ นอกจากนี้ความจำเป็นในการรวมตัวกันของบริษัทในช่วงระยะเวลาที่กำหนด (merger) กิจการร่วมค้า (joint venture) ก็อาจเป็นข้อตกลงที่ถูกกฎหมายหากใช้ในระยะเวลาและพื้นที่ที่จำกัด นอกจากนี้ หากข้อตกลงนั้นจัดทำเพื่อประโยชน์ใน

การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีหรือสนับสนุนเศรษฐกิจโดยรวมก็อาจได้รับการยกเว้นหากมีความสมเหตุสมผล

สำหรับเขตบริหารพิเศษฮ่องกง ข้อยกเว้นสำหรับข้อตกลงจำกัดการแข่งขันการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ไม่ละเมิด FCR ได้แก่ ข้อตกลงที่สนับสนุนประสิทธิภาพของเศรษฐกิจโดยรวม เช่น ก่อให้เกิดการพัฒนาผลผลิตและนวัตกรรม เป็นข้อตกลงที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายกำหนด การรวมธุรกิจ กิจการร่วมค้า (joint venture) เป็นข้อตกลงที่เกิดจากหน่วยธุรกิจเดียวกัน (single economic entity) ข้อตกลงที่มีความสำคัญรองลงมา (agreements of lesser significance)

ส่วนสาธารณรัฐเกาหลี การกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันแต่เข้าข้อยกเว้นดังต่อไปนี้ ถือว่าไม่มีผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ การกระทำที่มีกฎหมายเฉพาะอื่นให้อำนาจ การกระทำในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสมเหตุสมผล หรือเพื่อประโยชน์ในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีหรือสนับสนุนเศรษฐกิจโดยรวม ผู้ประกอบการหลายรายเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันหรือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจคนเดียวกัน (single undertaking) ข้อยกเว้นเฉพาะสำหรับการรวมกลุ่มกันของผู้ประกอบการธุรกิจ

ตารางที่ 9 สรุปเปรียบเทียบข้อยกเว้นการกระทำความผิด

ข้อยกเว้น	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	เขตบริหารพิเศษฮ่องกง	สาธารณรัฐเกาหลี
กิจการร่วมค้า (Joint Venture)	✓	✓	✓	-
หน่วยธุรกิจเดียวกัน (Single economic entity)	✓	✓	✓	✓
การรวมธุรกิจ (Merger)	✓	✓	✓	✓
การพัฒนางานวิจัยและนวัตกรรมหรือสนับสนุนเศรษฐกิจ	✓	✓	✓	✓



ชื่อยกเว้น	สหรัฐอเมริกา	สหภาพ ยุโรป	เขตบริหาร พิเศษฮ่องกง	สาธารณรัฐ เกาหลี
โดยรวม (R&D, promoting economy)				



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศรวมถึงประเทศไทย มีแนวคิดและวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า ควบคุมพฤติกรรมกรรมการกระทำร่วมกันและการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้บริโภคในตลาด ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำไปบังคับใช้กับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจถือเป็นผู้ซื้อ (แรงงาน) จากลูกจ้างที่เป็นผู้ขาย (แรงงาน) ผู้ประกอบการธุรกิจจึงต้องแข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยการผลิตนั่นก็คือแรงงาน ซึ่งผู้ประกอบการเหล่านั้นที่แข่งกันจ้างลูกจ้างเป็นคู่แข่งกันในตลาด ประกอบกับในแต่ละประเทศมีแนวทางปฏิบัติที่ออกโดยหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และลักษณะของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่อาจเข้าข่ายลด หรือจำกัดการแข่งขันอันส่งผลกระทบต่อความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาด อีกทั้งศาลยุติธรรมในต่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ในหลายคดีว่าข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันถือว่าละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

อย่างไรก็ดี การตกลงร่วมกันเกี่ยวกับสภาพการจ้างของสภาพแรงงานที่เกิดจากการรวมตัวกันของลูกจ้างได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจาก The Clayton Act 1914 มาตรา 6 กำหนดว่า “การจ้างแรงงานไม่ใช่เรื่องสินค้าและการพาณิชย์” โดยลูกจ้างสามารถรวมตัวกันการนัดหยุดงานหรือเจรจาต่อรองค่าจ้างได้ โดยไม่นำกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาใช้บังคับ เว้นแต่แรงงานผู้ประกอบการอาชีพที่มีฝีมือหรือใช้ทักษะสูง (high skilled labor) อาทิ ทันตแพทย์ วิศวกร ทนายความ ฯลฯ ไม่สามารถรวมตัวกันเรียกร้องค่าจ้างได้เพราะจะถือว่าผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากเป็นผู้ที่มีรายได้สูงประกอบกับเจตนารมณ์ของศาลต้องการปกป้องแรงงานค่าจ้างต่ำ (blue collar worker) ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่าให้สามารถรวมตัวกันต่อรองหรือกำหนดราคา (collective bargaining) ได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

นอกจากนี้ ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการ เป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการในแนวนอน (horizontal agreement) ซึ่งประกอบไปด้วยข้อตกลงหลายประเภทที่อาจเข้าข่ายลดหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า ได้แก่

1. ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลการจ้างแรงงาน (Exchange of Employment Information) หมายถึง การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งตกลงร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานซึ่งกันและกัน ไม่ว่าจะตกลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร สามารถจำแนกออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้าง (Information Exchange on Wage) คือ กรณีที่ผู้ประกอบการร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ให้แก่ลูกจ้าง ผู้ประกอบการส่วนใหญ่ที่แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนมักนำข้อมูลไปใช้ในการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนร่วมกัน ก่อให้เกิดข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง (wage fixing agreement) กล่าวคือเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งตกลงร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายกำหนดค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ให้แก่ลูกจ้าง ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegal) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันที่ก่อความเสียหายอย่างร้ายแรง (hardcore cartel)

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแล้วไม่ว่าผู้ประกอบการหรือนายจ้างจะมีการกำหนดราคา ค่าจ้างกันจริงหรือไม่เนื่องจากการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างมีความเป็นไปได้ว่าจะสมรู้ร่วมคิดกันต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำลักษณะดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการกำหนดค่าจ้างร่วมกัน

(2) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ไม่ใช่ราคา ค่าจ้าง คือ เป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อ่อนไหว (Exchange of Sensitive Information) ระหว่างผู้ประกอบการ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการถูกคุกคามทางเพศ การเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน เชื้อชาติ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา และการถูกพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา เป็นต้น ส่วนข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันแล้วอาจไม่ผิดกฎหมาย ได้แก่ ข้อมูลที่มีบุคคลที่สามเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยน ข้อมูลที่ค่อนข้างเก่า ข้อมูลที่รวมมาเพื่อปกป้องคู่แข่งจากการเชื่อมโยงแหล่งข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลที่ไม่มีความอ่อนไหวต่อการแข่งขันทางการค้า ข้อมูลสาธารณะ ข้อมูลที่ถูกรวบรวมโดยไม่มีแหล่งที่มา เป็นต้น

ผลการศึกษาพบว่า ข้อมูลที่อ่อนไหวที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับค่าจ้าง กฎหมายและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศยังไม่มีกรณีวินิจฉัยในข้อมูลดังกล่าวว่าผิดกฎหมายการแข่งขันทาง

การค้าหรือไม่ มีเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ แนวทางและคำตัดสินเกี่ยวกับข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนในลักษณะเดียวกับค่าจ้างเท่านั้น

(3) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ว่าจ้างตนเอง (self-employed) คือ หากผู้ประกอบการวิชาชีพหรือผู้ว่าจ้างตนเองมีสิทธิในการเจรจาต่อรอง เช่น ค่าจ้างและเงื่อนไขการจ้าง มีอิสระในการตัดสินใจและกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในตลาด หากแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เข้าข่ายจำกัดการแข่งขันก็มีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่น ผู้ว่าจ้างตนเองตกลงร่วมกันแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างจะถือว่ามีความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างนั้นนำไปสู่การกำหนดอัตราค่าจ้างอันถือว่าการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ต่อต้านการแข่งขัน (by object) และเป็นความรับผิดเด็ดขาด และก่อความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel)

2. ข้อตกลงกำหนดเงื่อนไขร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Establishment of conditions) หมายถึง กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจร่วมกันตกลงกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่มีลักษณะลดหรือจำกัดการแข่งขัน สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (No-poaching agreement) เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งตกลงร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งปฏิเสธที่จะจ้างหรือเชิญชวนลูกจ้างให้มาทำงานกับตน ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegal) และก่อความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) เนื่องจากข้อตกลงที่เป็นความผิดนั้นเปรียบเสมือนข้อตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด (Market Allocation Agreement)

(2) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (Franchisor-franchisee no-poaching agreement) การตกลงในลักษณะนี้ถือว่าการจำกัดการแข่งขันในแนวราบ โดยจะต้องเป็นกรณีที่ 1) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีที่มีอิสระต่อกันในเครือข่ายหรือแบรนด์เดียวกัน 2) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีที่อยู่คนละเครือข่ายหรือคนละแบรนด์แต่แข่งขันกันจ้างลูกจ้างที่ประกอบอาชีพประเภทเดียวกัน 3) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซอร์ ในแบรนด์เดียวกัน มีลักษณะเป็นคู่แข่งกันจ้างลูกจ้างในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องกันทางภูมิศาสตร์ ถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด (per se illegal) และก่อความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel)

เนื่องจากข้อตกลงที่เป็นความผิคนั้นเปรียบเสมือนข้อตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด (Market Allocation Agreement)

3. ข้อตกลงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน ซึ่งเป็นข้อตกลงในแนวดิ่ง (Vertical Agreement) ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ได้แก่

(1) ข้อตกลงห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Agreement) เป็นข้อตกลงจำกัดความสามารถของลูกจ้างในเข้าทำงานกับคู่แข่งของนายจ้างหลังจากลาออกหรือถูกไล่ออกซึ่งส่วนใหญ่สัญญาหรือข้อตกลงลักษณะนี้มักจะกำหนดเงื่อนไขเวลาและสถานที่ไว้ ข้อตกลงลักษณะนี้บังคับใช้ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพและกฎหมายแพ่งหากมีขึ้นเพื่อปกป้องประโยชน์ของธุรกิจอย่างสมเหตุสมผลโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ความลับทางการค้า รายชื่อลูกค้า และต้องเป็นข้อตกลงที่กำหนดระยะเวลาที่จำกัดและมีอยู่เฉพาะในตลาดที่เกี่ยวข้องเนื่องกันในเชิงภูมิศาสตร์ และหากข้อตกลงหลัก (main agreement) ไม่เป็นข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน ข้อตกลงรองหรือข้อตกลงเพิ่มเติมที่มีลักษณะดังกล่าวแม้ว่าจะจำกัดการแข่งขัน ก็ไม่ผิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

(2) ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Predatory Hiring) เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับลูกจ้างเพื่อจ้างลูกจ้างโดยการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างที่เป็นกำลังสำคัญของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งส่งผลให้ธุรกิจนั้นดำเนินกิจการอย่างยากลำบาก อาจเข้าข่ายพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) หาก 1) เป็นกรณีที่ลูกจ้างอันเป็นกำลังสำคัญของบริษัทถูกแย่งตัวไปโดยเสนอค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่มากกว่าซึ่งส่งผลให้ธุรกิจนั้นหยุดชะงักอย่างมีนัยสำคัญ หรือ 2) กรณีแย่งตัวลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งไปโดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้งานลูกจ้างเหล่านั้นแต่มีนัยยะแอบแฝงเพื่อต้องการทำให้คู่แข่งเกิดอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบธุรกิจมีข้อยกเว้นที่สามารถกระทำได้ ดังนี้

1. กิจการร่วมค้า (Joint Ventures) เนื่องจากบริษัทที่มาร่วมกิจการกันมิได้เป็นคู่แข่งกัน แต่ก่อตั้งกิจการร่วมค้ามาเพื่อทำการให้บรรลุเป้าหมายตามสัญญา มีการแบ่งปันสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันตามสัญญา

2. หน่วยธุรกิจเดียวกัน (single economic entity) ซึ่งจะมีการแบ่งปันผลประโยชน์ในกิจการร่วมกัน เช่น ความตกลงระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือมีความสัมพันธ์กันตามนโยบายหรืออำนาจสั่งการ

3. การรวมธุรกิจ (Merger) หากเป็นข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จำเป็นต้องมีเพื่อรวมกิจการและจำกัดขอบเขตเฉพาะแรงงานด้านนั้น ๆ ภายในพื้นที่ที่กำหนด

4. การวิจัยและพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวม หากข้อตกลงนั้นมีความสมเหตุสมผลและจัดทำเพื่อประโยชน์ในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีหรือสนับสนุนเศรษฐกิจโดยรวม

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะเพื่อให้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจถูกควบคุมโดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อย่างถูกต้องครบถ้วน และสอดคล้องตามแนวทางของประเทศสากล ขอแบ่งออกเป็น 3 แนวทางดังต่อไปนี้

### 5.2.1 การปรับปรุงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากการศึกษาแนวคิดและการบัญญัตินิยามของคำว่า “บริการ” ตามมาตรา 5 “ไม่รวมการจ้างแรงงาน” ทำให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการไม่สามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้ ดังนั้น เพื่อให้แนวคิดเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการรวมถึงการจ้างแรงงานสอดคล้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ก็ควรทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถนำเรื่องการจ้างแรงงานไปปรับใช้กับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งในต่างประเทศมองว่าข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเรื่องการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการผูกขาด ลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดได้ แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะตลาดสินค้าหรือบริการเพียงอย่างเดียวเท่านั้น รากฐานของแนวคิดดังกล่าวมีว่า ผู้ประกอบการก็คือผู้ซื้อแรงงานจากลูกจ้างที่เป็นผู้ขายแรงงาน ค่าตอบแทนที่ได้รับก็คือค่าจ้าง นอกจากจะคุ้มครองผู้ประกอบการด้วยกันเองแล้วจะต้องคุ้มครองลูกจ้างด้วย ส่วนการเจรจาต่อรองค่าจ้างของลูกจ้างในสภาพแรงงานได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดเว้นแต่เป็นกรณีการร่วมกันโดยแรงงานผู้ประกอบการวิชาชีพ ที่มีทักษะสูงซึ่งมักรวมตัวกันเป็นองค์กรหรือสภาวิชาชีพนั้น ๆ

จากเหตุผลข้างต้นผู้เขียนขอเสนอแนะให้แก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในนิยามของ “บริการ” โดยตัดถ้อยคำว่า “แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน (but shall not include labor employment)” ออก ซึ่งกฎหมายต่างประเทศไม่ได้มีการกำหนดถ้อยคำดังกล่าวไว้เป็นข้อยกเว้น เมื่อตัดถ้อยคำดังกล่าวแล้วก็จะทำให้นิยามของคำว่า บริการ สามารถรวมถึงการจ้างงานได้ด้วย และไม่จำกัดเฉพาะตลาดสินค้าเท่านั้น ผลที่ปรากฏตามมาคือคำว่า “ราคา” ตามมาตรา 5 ที่กำหนดความหมายว่า “ราคาสินค้าและให้หมายความรวมถึงค่าตอบแทนสำหรับการให้บริการด้วย” จะรวมถึงค่าจ้างเนื่องจากค่าจ้างถือเป็น “ค่าตอบแทนสำหรับการให้บริการ” และเมื่อผู้ประกอบการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่เข้าข่ายมาตรา 54 สำหรับการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) หรือมาตรา 55 สำหรับการตกลงร่วมกันที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างไม่ร้ายแรง (non-hardcore cartel) ก็จะมีคามผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว เช่น มาตรา 54 (1) ที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่แข่งขันในตลาดเดียวกันกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดนั้นในลักษณะกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ เป็นต้น

ดังนั้น จากการพิจารณาข้างต้น ผู้เขียนจึงขอตัดถ้อยคำในนิยามของคำว่า “บริการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวคือ ตัดถ้อยคำว่า “แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน” ออก โดยมีถ้อยคำหลังการแก้ไขปรับปรุงดังนี้

*มาตรา 5 “บริการ” หมายความว่า “การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น”*

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการตัดคำว่า “แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน” ออก จะทำให้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการสามารถนำไปบังคับใช้กับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ แต่สำหรับลูกจ้างในสภาพแรงงานที่เจรจาต่อรองเรื่องสภาพการจ้างอาจถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการตามนิยามในพระราชบัญญัติข้างต้นได้ เช่น ลูกจ้างอาจจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ให้บริการในธุรกิจทำให้การกระทำของลูกจ้างต้องถูกนำมาบังคับใช้ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าและอาจเข้าข่ายละเมิดมาตรา 54 ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ต้องการปกป้องสภาพแรงงานลูกจ้างให้มีสิทธิในการเจรจาต่อรองร่วมกัน

(collective bargaining) ประกอบกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ยังไม่ได้กำหนดให้การกระทำร่วมกันของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานเป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรเพิ่มข้อความในมาตรา 4 เพื่อกำหนดไม่ให้นำพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไปบังคับใช้กับการกระทำของสหภาพแรงงาน เว้นแต่เป็นการกระทำของผู้ประกอบอาชีพที่มีทักษะสูงซึ่งมักรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือสภาวิชาชีพนั้น ๆ

ผู้เขียนจึงขอเพิ่มเติมหน่วยงานที่ยกเว้นการบังคับใช้กฎหมาย ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กล่าวคือ

มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้ไม่ให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(5) สหภาพแรงงาน เว้นแต่สมาคมหรือสภาวิชาชีพตามกฎหมายวิชาชีพเฉพาะ

## 5.2.2 การปรับปรุงประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ปัญหาด้านประเพณีและการปรับใช้เกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 54 และมาตรา 57 เพื่อควบคุมพฤติกรรมกรกระทำร่วมกันที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรงและพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมยังขาดความชัดเจนเนื่องจากมาตรา 54 และมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่มีอนุมาตราใดที่ระบุถึงข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการจ้างแรงงานไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น ผู้เขียนขอเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอาศัยอำนาจตามมาตรา 17(3) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ปรับปรุงประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ดังต่อไปนี้

**5.2.2.1 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561**

ผู้เขียนขอเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าออกประกาศฉบับที่ 2 กำหนดเพิ่มเติม “ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ” เป็นการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่แข่งขันกันที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 54 เพื่อขจัดปัญหาด้านประเพณีและก่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้ข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตามมาตรา 54 ส่งผลให้



คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและผู้ใช้กฎหมายสามารถควบคุมพฤติกรรมกรรมการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานโดยการนำไปปรับใช้กับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้โดยตรง ซึ่งรายละเอียดของประกาศฉบับที่ 2 ที่ผู้เขียนเสนอให้มีการเพิ่มเติมมีดังต่อไปนี้

1. ให้เพิ่มเติมนิยามในข้อ 3 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ลงวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2561 ดังต่อไปนี้

*“ราคา” หมายความว่า ราคาสินค้า และให้หมายความรวมถึงค่าตอบแทนสำหรับการให้บริการด้วย เช่น ค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่มีลักษณะคล้ายกัน เป็นต้น*

ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายค่าจ้าง ซึ่งจะ ทำให้ข้อ 8 (1) (ก) เกิดความชัดเจนว่าการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขันกันที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 54 หมายรวมถึงการกำหนดราคาค่าจ้าง และการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ส่งผลต่อราคาค่าจ้าง (wage fixing) อันถือว่าเป็นพฤติกรรมกรรมการกระทำร่วมกันที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) และเพื่อขจัดปัญหาของนิยามคำว่า “ราคา” ว่าหมายรวมถึงค่าจ้างหรือค่าตอบแทนหรือไม่

2. ให้เพิ่มข้อความในข้อ 8 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด พ.ศ. 2561 ลงวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2561 ดังต่อไปนี้

*“ข้อ 8 (1) (ค) การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ”*

ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมพฤติกรรมกรรมการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับราคาค่าจ้าง (Information Exchange on Wage) ที่มีเป้าหมายเพื่อกำหนดราคาค่าจ้าง ซึ่งจะ ทำให้ข้อ 8 เกิดความชัดเจนว่าการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขันกันที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 54 หมายรวมถึงพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นที่ถือว่าเป็นพฤติกรรมกรรมการกระทำร่วมกันที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (hardcore cartel) ด้วย

### 5.2.2.2 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น พ.ศ. 2561

ผู้เขียนขอเสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าออกประกาศฉบับที่ 2 กำหนดเพิ่มเติม “ข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการคู่แข่ง” เป็นการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขันกันที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 57 เพื่อขจัดปัญหาด้านประเพณีและก่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้ ส่งผลให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและผู้ใช้กฎหมายสามารถควบคุมพฤติกรรมกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการเกี่ยวกับการจ้างแรงงานโดยการนำไปปรับใช้กับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้โดยตรง ซึ่งรายละเอียดของประกาศฉบับที่ 2 ที่ผู้เขียนเสนอให้มีการเพิ่มเติมมีดังต่อไปนี้

1. ให้เพิ่มข้อความในข้อ 8 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น พ.ศ. 2561 ลงวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2561 ดังต่อไปนี้

“ข้อ 8 (4) การกระทำที่ก่ออุปสรรคในการดำเนินธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมและมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น”

ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมพฤติกรรมจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการคู่แข่ง (Pirating Employee) ที่มีเป้าหมายเพื่อแย่งตัวลูกจ้างอย่างไม่เป็นธรรมแบบเกินขอบเขตและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งจะทำให้ข้อ 8 เกิดความชัดเจนว่าพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice) ที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 57 หมายรวมถึงพฤติกรรมดังกล่าวข้างต้นด้วย

### 5.2.3 การจัดทำแนวปฏิบัติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

จากข้อเสนอแนะที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นสามารถแก้ไขปัญหาด้านแนวคิดประเพณีและการปรับใช้เกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการตามมาตรา 54 และมาตรา 57 ส่วนปัญหาการบังคับใช้ด้านหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการซึ่งในทางวิชาการเชื่อว่าปัญหาการบังคับใช้และตีความอันเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายสามารถแก้ไขได้ด้วยการออกแนวปฏิบัติ (Guideline) ที่กำหนด

หลักเกณฑ์ในการบังคับใช้และตีความกฎหมายของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า<sup>604</sup> และผู้เขียนก็เห็นด้วยกับวิธีการนี้ซึ่งสอดคล้องกับวิธีการที่ต่างประเทศกระทำกัน แม้ว่าสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีเอกสารเผยแพร่ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่ก็ไม่ครอบคลุมข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและไม่สอดคล้องกับสภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และไม่ช่วยให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 54 และมาตรา 57 เท่าที่ควร

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการจัดทำแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานตามมาตรา 54 และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการธุรกิจคู่แข่งตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ว่ามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดอย่างไร โดยมีแนวทางในการจัดทำแนวปฏิบัติ 3 แนวทางดังนี้

### 5.2.3.1 ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

แม้ว่า สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีเอกสารเผยแพร่ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บทความที่ 6 เรื่อง การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการอื่นเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ซึ่งถูกเผยแพร่บนเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ([otcc.or.th/factsheet/](http://otcc.or.th/factsheet/)) แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพฤติกรรมการกระทำร่วมกันเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งจากที่ผู้เขียนได้เสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปรับปรุงประกาศตามมาตรา 54 ผู้เขียนขอเสนอหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับ การกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการจ้างแรงงานที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ดังนี้

#### 1. การกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ

มาตรา 54 กำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น...” การกระทำที่จะเข้าข่ายความผิดต้องเป็นการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป มีอิสระในการตัดสินใจ ไม่ได้เป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน และมีสถานะเป็นคู่แข่งกัน ซึ่งความสัมพันธ์ของผู้

<sup>604</sup> เอกชน เกษมถาวรศิลป์, "การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560," หน้า. 407.

ประกอบธุรกิจเป็นการกระทำร่วมกันในแนวนราบ (Horizontal) กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันในตลาดเดียวกัน

## 2. ลักษณะของข้อตกลงการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันอย่างร้ายแรง (Hardcore Cartel)

นอกจากการกระทำที่ระบุไว้ในมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบกับประกาศของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้ว การกระทำร่วมกันหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจคู่แข่งดังต่อไปนี้ ถือว่ามีลักษณะผูกขาด ลิด หรือจำกัดการแข่งขัน

(1) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้าง (Information Exchange on Wage) ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ที่แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนมักนำข้อมูลไปใช้ในการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนร่วมกัน ซึ่งข้อตกลงร่วมกันกำหนดอัตราค่าจ้าง หรือ wage fixing agreement เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งตกลงร่วมกับผู้ประกอบการอีกรายกำหนดค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ให้แก่ลูกจ้างที่อยู่ในตลาดเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเป็นจำนวนเงินที่ชัดเจน หรือเป็นช่วงอัตราเงินเดือนก็ตาม พฤติกรรมดังกล่าวถือเป็นความผิดเด็ดขาด (per se) อันละเมิดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เปรียบเสมือนการกำหนดราคา (price fixing) รูปแบบหนึ่ง ทั้งนี้ ค่าจ้าง หมายถึงรวมถึง ค่าตอบแทน เงินเดือน ค่าเบี้ยเลี้ยง หรือสวัสดิการ เช่น ผลประโยชน์ด้านการประกันชีวิต สิทธิประโยชน์ด้านประกันภัย ค่าเช่าบ้าน ค่าชดเชย เป็นต้น

แม้ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านค่าจ้างจะไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง เนื่องจากการกระทำระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจจะเป็นความผิดตามมาตรา 54 (1) ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจได้ตกลงกำหนดราคาค่าจ้างร่วมกัน แต่การแลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นเพียงหลักฐานในการสนับสนุนหรือพิสูจน์การกำหนดราคาค่าจ้าง แต่หากการแลกเปลี่ยนข้อมูลค่าจ้างระหว่างนายจ้างหรือผู้ประกอบการธุรกิจในอุตสาหกรรมมีการกระจุกตัวสูงซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าจะสมรู้ร่วมคิดกันต่อต้านการแข่งขัน มีการพบกันบ่อยครั้งเพื่อหารือแลกเปลี่ยนเกี่ยวกับข้อมูลจนมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการกำหนดค่าจ้างร่วมกัน ข้อตกลงดังกล่าวก็เป็นความผิดตามมาตรา 54 (1)

(2) ข้อตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลสำหรับผู้ว่าจ้างตนเอง (self-employed) หากการแลกเปลี่ยนข้อมูลกระทำโดยผู้ว่าจ้างตนเองที่ประกอบอาชีพนั้นๆ แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอันอาจทำให้เกิดการกำหนดราคา ก็เข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 54 (1)

(3) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้าง (No-Poaching Agreement) คือ ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่จะไม่แย่งลูกจ้างของกันและกันหรือจะไม่จ้างลูกจ้างคนเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขห้ามชักชวนหรือห้ามจ้างลูกจ้างที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Anti-competitive Non-Solicitation Agreement) หรือการสมรู้ร่วมคิดกันแย่งตัวลูกจ้าง (Collusive Poaching Agreement) คือ กรณีคู่แข่งชั้นตกลงแย่งลูกจ้างในตำแหน่งสำคัญ เช่น กรรมการผู้จัดการของคู่แข่งฝ่ายที่ไม่ได้ร่วมตกลงจำกัดการแข่งขัน พฤติกรรมดังกล่าวถือเป็นความผิดเด็ดขาด (per se) อันละเมิดต่อมาตรา 54 (4)

(4) ข้อตกลงห้ามแย่งตัวลูกจ้างในธุรกิจแฟรนไชส์ (franchisor-franchisee no-poaching agreement/ no switching agreement) จะเป็นการกระทำที่ผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 54 (4) ประกอบด้วย 3 กรณี ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีที่มีอิสระต่อกันในเครือข่ายหรือแบรนด์เดียวกัน หรือ
- 2) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีที่อยู่คนละเครือข่ายหรือคนละแบรนด์แต่แข่งขันกันจ้างลูกจ้างที่ประกอบอาชีพประเภทเดียวกัน หรือ
- 3) เป็นการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขันระหว่างแฟรนไชส์ซีกับแฟรนไชส์ซอร์ ในแบรนด์เดียวกัน มีลักษณะเป็นคู่แข่งกันจ้างลูกจ้างในตลาดแรงงานที่เกี่ยวข้องกันทางภูมิศาสตร์

### 5.2.3.2 ด้านหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบการธุรกิจคู่แข่งที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าไม่เป็นธรรม

แม้ว่า สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีเอกสารเผยแพร่ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 บทความที่ 7 เรื่อง การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถูกเผยแพร่บนเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ([otcc.or.th/factsheet/](http://otcc.or.th/factsheet/)) แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับพฤติกรรมจ้างลูกจ้างของผู้

ประกอบธุรกิจคู่แข่งที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าไม่เป็นธรรม ซึ่งข้อตกลงที่เป็นความผิดต้องเป็นการกระทำที่ก่ออุปสรรคในการดำเนินธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมและมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น และจากที่ผู้เขียนได้เสนอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าปรับปรุงประกาศตามมาตรา 57 ผู้เขียนขอเสนอหลักเกณฑ์และรายละเอียดเกี่ยวกับข้อตกลงจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง ดังนี้

สาธารณรัฐเกาหลีได้จัดทำ Guideline for Review of Unfair Trade Practices ซึ่ง ข้อ B. Unfair drawing or pirating of employee กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินความผิดเกี่ยวกับการแย่งตัวลูกจ้างที่เป็นการปฏิบัติทางการค้าไม่เป็นธรรมดังกล่าวไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวปฏิบัติฉบับดังกล่าวว่าพฤติกรรมที่ผู้ประกอบธุรกิจแย่งตัวลูกจ้างหรือจ้างลูกจ้างดังกล่าวอาจเข้าข่ายพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรมหากการจ้างลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่ง (Predatory Hiring/Pirating of Employee) เป็นการกระทำที่เป็นการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจซึ่งทำให้ธุรกิจนั้นดำเนินกิจการอย่างยากลำบาก ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถนำแนวปฏิบัติของสาธารณรัฐเกาหลีมาเป็นต้นแบบในการจัดทำแนวปฏิบัติของประเทศไทยได้

หลักเกณฑ์ในการพิจารณา ได้แก่

1. การกระทำที่เป็นการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะ ธุรกิจนั้นไม่ถูกจำกัดเฉพาะคู่แข่งแต่อาจเป็นคู่ค้าก็ได้

2. เกณฑ์การตัดสินว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

(1) การแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะอยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันขัดขวางการแข่งขันหรือไม่

(2) การกระทำที่อยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ก. การกระทำที่ไม่เป็นธรรมอันแสดงออกในการแย่งตัวลูกจ้างนั้นต้องพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนาการจ้างงาน ระดับความสำคัญของลูกจ้างในกิจกรรมทางธุรกิจ วิธีการที่ใช้ในการแย่งตัวลูกจ้าง แนวทางปฏิบัติปกติของอุตสาหกรรมนั้น

ข. กิจกรรมทางธุรกิจนั้นๆ ต้องถูกขัดขวางหรือหยุดชะงักลง อย่างไรก็ตามก็ดีข้อเท็จจริงว่ายอดขายลดลงยังมีน้ำหนักไม่เพียงพอ แต่ต้องปรากฏว่ากิจกรรมทางธุรกิจในปัจจุบันและ

อนาคตต้องหยุดชะงักลงหรือมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดการลดลงของจำนวนลูกค้า ยอดขายลดลง หรือมีความเป็นไปได้ว่าธุรกิจจะล้มละลาย

(3) แม้ว่าการแย่งตัวหรือขโมยลูกจ้างอันไม่เป็นธรรมในธุรกิจเฉพาะอยู่ในความหมายของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม แต่หากเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนี้โดยมีเหตุผลอันสมควรและเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพหรือสวัสดิการผู้บริโภค ถือว่าไม่มีความผิดตามกฎหมายนี้

### 3. ตัวอย่าง การกระทำที่ถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายนี้ ได้แก่

(1) กรณีที่ลูกจ้างอันเป็นกำลังหลักของบริษัทถูกแย่งตัวไปโดยเสนอค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ที่มากกว่าซึ่งส่งผลให้ธุรกิจนั้นหยุดชะงักอย่างมีนัยสำคัญ

(2) กรณีแย่งตัวลูกจ้างของผู้ประกอบธุรกิจคู่แข่งไปโดยที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้งานลูกจ้างเหล่านั้นแต่มีนโยบายแอบแฝงเพื่อต้องการทำให้คู่แข่งเกิดอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ

## บรรณานุกรม

- 18 State Attorneys General. Federal Trade Commission Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century. (July 15,2019).
- Alan B. Krueger and Eric A.Posner. A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion. (February 2018).
- Amanda L. Wait. Competitor Information Exchanges: Practical Considerations from Ftc Consent Decrees,. (May 6, 2011).
- Andreas Respondek. Non-Compete Clauses in Employment Agreements in Thailand. APAC Employment Newsletter (December 2014).
- Autoridade da Concorrência (AdC). Labour Market Agreements and Competition Policy. Preliminary Version for Public Consultation (April 2021).
- Bahadır Balki, B. C. Y., Celal Duruhan Aydınli,. Turkish Competition Authority Reiterates: Labor Market Is Subject to Competition Law Enforcement. Kluwer Competition Law Blog (May 13, 2020).
- Barış Yüksel, M. S. A Brief Analysis of Competition Law Enforcement in Labor Markets and the Approach of the Turkish Competition Authority. Kluwer Competition Law Blog (July 11, 2019 ).
- Bona Law PC. Antitrust Standards of Review: The Per Se, Rule of Reason, and Quick Look Tests [Online]. Available from: <https://www.businessjustice.com/antitrust-standards-of-review-the-per-se-rule-of-reason-and-quick.html> [25 Feb 2020.
- Casetext: Smarter Legal Research. Cason-Merenda V. Detroit Medical Center [Online]. 2009. Available from: <https://casetext.com/case/cason-merenda-v-detroit-medical-center> [5 February 2021.
- Commission, E. Spain: Competition Authority (Cnc) Imposes Fines on Freight Forwarding Cartel [Online]. 31 July 2010. Available from: [https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04\\_2010/es\\_freight.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/es_freight.pdf) [11 December 2020.



- Commission, K. F. T. The Complete Revision of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act for the First Time in 38 Years. (27 August 2018).
- . Fair Trade Commission Annual Report 2020. (October, 2020).
- . Guidance for Filing Applications for the Approval of Cartels or Competition-Restrictive Practices. (2 March 2017).
- Competition and Markets Authority. Model Agencies Fined £1.5 Million for Price Collusion [Online]. 16 December 2016. Available from: <https://www.gov.uk/government/news/model-agencies-fined-15-million-for-price-collusion> [11 December 2020].
- Cynthia E. Richman, D. G. S. Balancing the Interests of Antitrust and Labor Laws. Daily Journal (July 9,2019).
- Dagne Sabockyte. Non-Compete Clauses as Ancillary Restraints: Are Non-Compete Clauses with an Indefinite Duration Always Illegal? FACULTY OF LAW Stockholm University. December 2016.
- David Wood. Information Exchange 2019 Know How-European Union. GCR Insight (June 2019).
- Department of Justice (Antitrust Division) and Federal Trade Commission. Antitrust Guidance for Human Resource Professionals. (October, 2016).
- Elinor R. Hoffmann. Looking at Labor from Both Sides Now. (October 2019).
- Eric A. Posner and Christina A. Volpin. Labor Monopsony and European Competition Law. Concurrences competition law review (2020).
- European Commission. Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements. Official Journal of the European Union, 11 (January 2011).
- . Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice). Official Journal of the European Union (30 August 2014).
- French Competition Authority. The French Competition Authority Fines Floor Coverings Cartel €302 Million and Changes Its Competition Compliance Policy [Online]. 2017. Available from: <https://www.osborneclarke.com/insights/the-french->

[competition-authority-fines-floor-coverings-cartel-e302-million-and-changes-its-competition-compliance-policy/](#) [11 December 2020].

FTC. Council of Fashion Designers of America [Online]. Available from: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1995/06/council-fashion-designers-america>. [9 June 2020].

Gonenc Gurkaynak. Competition Law Issues in the Human Resources Field. Journal of European Competition Law & Practice 4, 3 (1 June 2013).

Hong Kong Competition Commission. The Competition Ordinance (Cap 619) [Online]. Available from: [https://www.compcomm.hk/en/legislation\\_guidance/legislation/legislation/comp\\_ordinance\\_cap619.html](https://www.compcomm.hk/en/legislation_guidance/legislation/legislation/comp_ordinance_cap619.html) [31 ธันวาคม 2563].

———. Guideline on the First Conduct Rule. (27 July 2015 2015).

Hong Tran. The Legal Risks of Poaching Employees. Human Resource Legal Update (October 2008).

Hong Tran, P., Mayer Brown JSM., What Does the Competition Ordinance Mean to Hr? , Summer (2015).

Hongkong's Competition Commission. Competition Commission Advises on Practices in Employment Marketplace [Online]. Available from: [https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409\\_AdvisesOnPracticesInEmploymentMarketplace\\_Eng.pdf](https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409_AdvisesOnPracticesInEmploymentMarketplace_Eng.pdf) [9 April 2019].

———. "Competition Commission Advisory Bulletin: Competition Concerns Regarding Certain Practices in the Employment Marketplace in Relation to Hiring and Terms and Conditions of Employment." 9 April 2018.

Hopkins, B. When Protecting Trade Secrets in Korea- Be Proactive! [Online]. June 8, 2017. Available from: <https://seoullegallriskmgmt.com/when-protecting-trade-secrets-in-korea-be-proactive/> [27 January 2021].

Hwan JEONG and Frank S. SHYN. Bill to Amend the Monopoly Regulation and Fair Trade Act Passed by the National Assembly. Lee & Ko (22 December 2020).

Hwan Jeong, M.-H. L., Genny S. KIM. Kftc Announces Draft Bill for Full Scale Reform of Monopoly Regulation and Fair Trade Act. Lee & Ko Newsletter antitrust group (October 2018).

- International Labour Organization. Protection of Workers' Personal Data. International Labour Review (1997).
- Ioana Marinescu and Eric A. Posner. Why Has Antitrust Law Failed Workers? (March 10, 2019).
- Italian Competition Authority. Model Management Services, Italian Competition Authority Fines 8 Modelling Agencies and Their Trade Association for Price Fixing [Online]. 11 November 2016. Available from: <https://www.jdsupra.com/legalnews/model-management-services-italian-88723/> [11 December 2020].
- Jean-Nicolas Maillard and Chiara Conte. New Year Resolution for Eu Antitrust Compliance Teams: "Putting Hr Practices on My Radar Screen". Kluwer Competition Law Blog (18 January 2019,).
- Johansson, J. Article 101 Tfeu Exchange of Information. Master of Law, Ghent University, Faculty of Law. 2015.
- Kim & Chang. Supreme Court Decision Involving Life Insurance Products Discusses the Requirements for Finding Collusion from Information Exchange. 4 (December 2014).
- KIM, B. Employees, Trade Secrets and Restrictive Covenants in Korea. Wonkwang Law Review 34, 2 (June 2018).
- Korea Fair Trade Commission. Guideline for Concerted Practice Review. (20 August 2012,).
- Lee A. Rau. Employer Salary Information Exchange Held Basis for Antitrust Claim. ReedSmith (January 2002).
- Legal Information Institute. [Online]. Available from: [https://www.law.cornell.edu/wex/sherman\\_antitrust\\_act](https://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act). [6 January 2020].
- Lex Mundi. Global Competition Law Report. (April 2020).
- Mark Krotoski, D. S., Brian Rocca, Omar Shah, Vishal Shah, Dora Wang,. No-Poaching and Wage Fixing Agreements and Antitrust Laws [Online]. 1 May 2019. Available from: <https://www.morganlewis.com/events/2019/05/-/media/AA1A52297C06489FAF43EBA9BED26BEC.ashx>

- Michael J. O'Neal. Apex Hosiery Co. V. Leader [Online]. Available from: <https://www.encyclopedia.com/history/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/apex-hosiery-co-v-leader> [13 August 2021].
- Michael Murray. Antitrust Enforcement in Labour Markets: The Department of Justice's Efforts. Department of Justice (March, 2019).
- Molly M. Donovan and Patrick S. Opdyke. Courts Unwilling to Condemn Franchise No-Poach Provision under the Per Se Rule. (23 December 2019).
- Nicole Page. The Predatory Hiring Standard for Section 2 Violation of the Sherman Antitrust Act Northern Illinois University Law review 8, 2 (2017).
- Norman, V. D. Competition and Employment. OECD Competition Division (15 October 2015).
- O'Melveny. Hong Kong Warns Employers against Wage-Fixing and No Poach Agreements [Online]. 23 April 2018. Available from: <https://www.omm.com/resources/alerts-and-publications/alerts/hong-kong-warns-employers-against-wage-fixing-and-no-poach-agreements/> [13 January 2021].
- OECD. Competition Concerns in Labour Markets [Online]. 5 June 2019. Available from: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)2/en/pdf) [9 June 2020. 5 June 2019]
- . Competition Issues in Labour Markets-Note by Spain. (5 June 2019 5 June 2019).
- . Competition Issues in Labour Markets-Noted by Portugal. OECD (5 June 2019 5 June 2019).
- . Competition Issues in Labour Markets – Note by Croatia. (5 June 2019).
- . Competition Policy for Labour Markets-Note by Herbert Hovenkamp. (5 June 2019).
- . Employment Outlook 2019 [Online]. Available from: [https://abdigm.meb.gov.tr/meb\\_iys\\_dosyalar/2019\\_06/13160416\\_OECD\\_EMPLOYMENT\\_OUTLOOK\\_2019.pdf](https://abdigm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2019_06/13160416_OECD_EMPLOYMENT_OUTLOOK_2019.pdf). [19 October 2020]
- . Hub-and-Spoke Arrangement - Note by Korea. (4 December 2019).
- . Information Exchanges between Competitors under Competition Law (October 2010).

- . Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects. (February 2012).
- Petra Linsmeier, R. S. The Gig Economy: Antitrust Law and Self-Employed Individuals [Online]. 5 October 2020. Available from: [https://www.gleisslutz.com/en/Gig\\_Economy\\_Antitrust\\_Law\\_and\\_Self-Employed\\_Individuals.html](https://www.gleisslutz.com/en/Gig_Economy_Antitrust_Law_and_Self-Employed_Individuals.html) [24 January 2021].
- Rajah&Tann Asia. Anti-Competitive Employment Practices-the Hong Kong Competition Commission Issues Advisory Bulletin Warning Employers. (May 2018).
- Rochella T. Davis. Talent Can't Be Allocated: A Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation. Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 12, 2 (6 January 2018).
- Sean Hayes. Enforcement of Covenants Not to Compete in Employment Agreements in Korea: Restrictive Covenants in Korea [Online]. November 15, 2015. Available from: <https://www.thekoreanlawblog.com/2015/11/labor-and-employment-lawyer-korea.html> [8 August 2021].
- Slaughter and May. The Eu Competition Rules on Horizontal Agreements. (January 2018).
- Stutz, R. M. The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice. (July 31,2018).
- The Hong Kong Institute of Chartered Secretaries (HKICS). Competition Ordinance Guidance Note. 3 (July 2018).
- Thiemann, A. Does Competition Kill or Create Jobs? , OECD Competition Division (26 October 2015): 9.
- Thomas D. Morgan. The Impact of Antitrust Law on the Legal Profession Fordham Law Review 67, 2 (1998).
- Valentin Depenne. One Size Does Not Fit All: A Comparative Approach to Antitrust Enforcement against No-Poaching Agreements. Sorbonne Student Law review 2 (2019).
- Wilkinson, N. C. a. J. Hong Kong's Competition Law: Exchanging Information with Competitors [Online]. 2016. Available from: <http://www.hk->

[lawyer.org/content/hong-kong%E2%80%99s-competition-law-exchanging-information-competitors](http://lawyer.org/content/hong-kong%E2%80%99s-competition-law-exchanging-information-competitors) [30 June 2021].

- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. เอกสารเหตุการณ์ปัจจุบันหมายเลข 6 Trade and Competition. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์. การตกลงร่วมกันภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : เจตนารมณ์และประเด็นความท้าทาย. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 37, มีนาคม 2562.
- เอกชน เกษมถาวรศิลป์. การปฏิเสธไม่ทำธุรกิจฝ่ายเดียวภายใต้มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560.
- โสธรวา พิกุลหอม. สิทธิประโยชน์ของแรงงานนอกระบบตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533. สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร(กันยายน 2561).
- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์. บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560: การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 47, ธันวาคม 2561: 919.
- กัลยณัฐ พรหมนอก. การคุ้มครองการทำงานบุคลากรมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556.
- คณะผู้แทนไทยประจำสหภาพยุโรป. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของอียู: ข้อควรรู้สำหรับภาครัฐและเอกชนไทย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- จินตนา พรพิไลพรหม. เศรษฐศาสตร์ทรัพยากรมนุษย์ 1 (Human Resource Economics 1). สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง: 2548.
- ชฎานี กลีบบัว. การรับงานไปทำที่บ้าน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558.
- ชลลดา คุ่มม่วง. ข้อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 56(2) : ศึกษาเฉพาะการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2561.
- ณัฐนันท์ ยนต์วิทย์. หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศึกษาเฉพาะกรณีพฤติกรรมการแข่งขันประเภทการส่งเสริมการขาย,. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560.
- ดาราวพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

- ทองเล็ก, น. ตีแผ่ตำนานการค้าทาส โดยพลเอก นิพัทธ์ ทองเล็ก [ออนไลน์]. 2561. แหล่งที่มา: [https://www.matichon.co.th/news-monitor/news\\_818598](https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_818598) [เข้าถึงเมื่อ 27 มิถุนายน 2564]
- ทักษ์ดนัย ไชยลังกา. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://119.46.166.126/self\\_all/selfaccess11/m5/economics5\\_2/socialeconomic/Lesson2/item2.php](http://119.46.166.126/self_all/selfaccess11/m5/economics5_2/socialeconomic/Lesson2/item2.php) [เข้าถึงเมื่อ 17 มกราคม 2563]
- ธเนศ ศรีวิชัยลำพันธ์. เศรษฐศาสตร์แรงงาน (Labor Economics). เชียงใหม่: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558.
- ธนาคารแห่งประเทศไทย. ไม่แข่งยิ่งแพ้ : อำนาจตลาดกับการยกระดับศักยภาพของธุรกิจ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article\\_23Aug2019.aspx](https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/articles/Pages/Article_23Aug2019.aspx) [เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2561]
- . เศรษฐศาสตร์เล่มเดียวอยู่. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/Doc\\_Publication/Book\\_Economic2555.pdf](https://www.bot.or.th/Thai/ResearchAndPublications/Doc_Publication/Book_Economic2555.pdf) [เข้าถึงเมื่อ 19 ตุลาคม 2562]
- นิคม จันทรวิฑูร. กฎหมายแรงงาน แนวคิดและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- นิตยสารไทยโพสต์. ธุรกิจค้าทาสของชาวผู้ดี [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://www.thaipost.net/main/detail/73835> [เข้าถึงเมื่อ 28 มิถุนายน 2564]
- ผกาวีร์ ผาดิเวทย์. ปัญหาทางกฎหมายของการแบ่งกลุ่มพฤติกรรมการค้าปลีกและระบบการขออนุญาตตามมาตรา 27 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- พระมหาดวงเด่น ลีตญาโณ (ตุนิน) และ วีรชาติ นิมอนงค์. สันติภาพบนพื้นฐานความยุติธรรม : วิเคราะห์แนวคิดปรัชญาการเมืองของคาร์ล มาร์กซ์. วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์ 1, 3 (2556).
- พีระพงษ์ สุนทรวิภาต. พัฒนาการและบทบาทของสหภาพแรงงานในภาคตะวันออก: การวิเคราะห์เชิงวัฒนธรรม. วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 8, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2559).
- มุสิกศิริ, ป. สิทธิในการรวมตัวของลูกจ้าง : ศึกษาเปรียบเทียบอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 87 และ 98 กับกฎหมายไทย. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม: วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม, 2562.
- ระพีพรรณ พรหมเลขา. มารู้จักขอบเขตตลาดกัน. Competition Focus มงโลกแข่งขัน 58(ตุลาคม 2560).
- วรเศรษฐ์ เผือกสกนธ์. การห้ามประกอบกิจการแข่งขันกับนายจ้าง ตอนที่ 1 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.wp->

[lawoffice.com/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AB%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%AD%E0%B8%9A%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%81%E0%B8%82%E0%B9%88-6/](http://lawoffice.com/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AB%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%AD%E0%B8%9A%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%81%E0%B8%82%E0%B9%88-6/) [เข้าถึงเมื่อ 13 สิงหาคม 2564]

วัจนธนิศร์ ศรีวิชัย. แนวทางการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย: ศึกษากรณีการกระทำของกลุ่มเกษตรกร สหกรณ์และชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรองและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพเกษตรกร. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560.

วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์. "พฤติกรรมความร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางด้านราคาในแนวราบ (Cartel) : ศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา." In นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม ตุลาคม, 104, กันยายน-ธันวาคม 2557.

วิจิตรา (ฟุ้งลัดดา) วิเชียรชม. กฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

ศันท์กรณ์ โสถถิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.

———. กฎหมายกับธุรกิจระหว่างประเทศ กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

———. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

ศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในจีน. การประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) อย่างเป็นทางการในฮ่องกง [Online]. 30 มีนาคม 2559. Available from: <https://thaibizchina.com/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A8%E0%B9%83%E0%B8%8A%E0%B9%89%E0%B8%81%E0%B8%8E%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%81-2/> [31 ธันวาคม 2563].

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. Panel Discussion : Competition Law. โครงการอบรมเชิงปฏิบัติการ หลักสูตร "TAI Smart Internship" 2020(3 สิงหาคม 2563).

สยามล เจริญผล. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดทางการค้า : ศึกษากรณีมาตรการควบคุมผู้ประกอบการกีดกันไม่ให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากนอกราชอาณาจักรมาใช้เองภายใต้มาตรา 28 แห่ง



- พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2559.
- สรวิศ ลิ้มปรีงซี่. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า : แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา.
- . กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของ "ตลาดที่เกี่ยวข้อง". วารสารนิติศาสตร์ 29, 3 (3 กันยายน 2542).
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. การผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรม: การปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558.
- สำนักงานแรงงาน ณ เมืองฮ่องกง. ระบบกฎหมายของเขตบริหารพิเศษฮ่องกง [Online]. 13 มีนาคม 2563. Available from: <https://hongkong.mol.go.th/info/legal-system> [31 ธันวาคม 2563].
- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. มาตรา 54 และ มาตรา 55 : การตกลงร่วมกัน ผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน (CARTEL & BID-RIGGINGS) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/section-54-55-cartel-bid-riggings/> [เข้าถึงเมื่อ 28 มิถุนายน 2564]
- . คำถามที่พบบ่อย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://203.150.224.57/ewtadmin86\\_otcc/ewt/otcc\\_web/form-faq-more.php?faq\\_cid=2](http://203.150.224.57/ewtadmin86_otcc/ewt/otcc_web/form-faq-more.php?faq_cid=2) [เข้าถึงเมื่อ 14 มกราคม 2564]
- . Competition Law 2017, [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://otcc.or.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=400&lang=TH](https://otcc.or.th/ewt_dl_link.php?nid=400&lang=TH). [เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2562]
- . ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/article-views.php?nid=367&lang=TH> [เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2562]
- . ความเป็นมาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย [Online]. Available from: <https://otcc.or.th/history-of-thailands-trade-competition-law/> [27 กันยายน 2563,].
- . คำศัพท์เศรษฐศาสตร์องค์การอุตสาหกรรมและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า [Online]. Available from: [https://otcc.or.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=638&lang=TH](https://otcc.or.th/ewt_dl_link.php?nid=638&lang=TH) [13 ธันวาคม 2562]
- . บทที่ 6 การกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจอันเป็นการผูกขาด ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด [ออนไลน์]. 2563. แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/factsheet/2020/08/08/factsheet-6/> [เข้าถึงเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2563]
- สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.). ผลการจัดอันดับความสามารถในการแข่งขัน ประจำปี 2563 โดย Imd (2020 Imd World Competitiveness Ranking). [Online]. 2563. Available from: <https://www.nstda.or.th/th/nstda-knowledge/13613-imd-competitiveness-ranking-2020> [31 ธันวาคม 2563].

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า. แนวปฏิบัติการตกลงร่วมกันทางธุรกิจตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการ  
แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542. กระทรวงพาณิชย์, , 2553.

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดร.  
กมลวรรณ จิรวินิชฎ์).

หลวงประเจิดอักษรลักษณ์. กฎหมายอุตสาหกรรมและกฎหมายกรรมกร. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493.





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นายพงศ์ศิริ นิเทศ์ญญกิจ
วัน เดือน ปี เกิด	19 กรกฎาคม 2533
สถานที่เกิด	นครสวรรค์
วุฒิการศึกษา	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY