

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศต่าง ๆ ในยุโรป เช่น ประเทศเยอรมัน และสหภาพยุโรป ได้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันมานานแล้ว ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้น เพิ่งมีกฎหมายดังกล่าวเมื่อไม่นานมานี้ จึงควรศึกษากรณีกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ดังนี้

3.1 มาตรการทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย

จากวิวัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยนั้น เห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าของไทยมีพระราชบัญญัติที่สำคัญอยู่สามฉบับด้วยกัน คือ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ดังจะได้อธิบายเป็นลำดับดังต่อไปนี้

3.1.1 พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522

กฎหมายฉบับนี้เป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในขณะนั้น โดยมีบทบัญญัติควบคุมผู้ประกอบธุรกิจในการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ครอบคลุมธุรกิจทุกประเภททั้งด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันที่คณะกรรมการกลางประกาศกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม หรือสินค้าที่คณะกรรมการกลางด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นสินค้าควบคุม โดยพิจารณาจากเป็นสินค้าที่จำเป็นต่อการครองชีพ สินค้าที่มีผู้ผลิตน้อยราย สินค้าที่มีปริมาณขาดแคลนในบางครั้ง สินค้าที่มีปัจจัยการผลิตต่อเนื่อง สินค้าที่มีผู้ผลิตรายใหญ่ครองตลาดเกินร้อยละ 30 สินค้าที่ผู้ผลิตรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ค่อนข้างยากมีเหตุหรือข้อมูลอันสมควรเชื่อได้ว่ามีการค้ากำไรเกินควร หรือคณะกรรมการกลางเห็นว่าอยู่ในภาวะฉุกเฉินควรมี

การควบคุมราคาสินค้า²⁰ โดยมีข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับกับราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและ ราชการส่วนท้องถิ่น

3.1.1.1 ที่มาของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้เกิดจากแนวความคิดว่าการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่ดี แต่ถ้ารัฐปล่อยให้เอกชนประกอบธุรกิจโดยเสรี โดยปราศจากการกำกับหรือควบคุมดูแลรัฐแล้วการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดมักจะเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้ตลาดไม่มีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง เนื่องจากผู้ประกอบการบางรายมีอำนาจผูกขาดและสามารถใช้อำนาจผูกขาดในการกำหนดราคาสินค้า เพื่อแสวงหากำไรส่วนเกินและผลตอบแทนที่ได้รับสูงกว่าที่ควรจะเป็น ทั้งกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ากำไรเกินควรที่เคยใช้บังคับอยู่ก็มีบทบัญญัติที่ไม่รัดกุมเหมาะสมและเพียงพอที่จะรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค ประกอบกับไม่มีบทบัญญัติควบคุมผู้ประกอบการในการรวมตัวกันกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และไม่มีบทบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ²¹ รัฐบาลจึงได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงได้ตราพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ฉบับนี้เพื่อขจัดปัญหาที่เกิดขึ้น ควบคุมการกำหนดราคาสินค้าให้เป็นธรรมและป้องกันการกระทำอันมีลักษณะเป็นการผูกขาด หากพบว่ามี การผูกขาดเกิดขึ้นก็จะต้องทำลายระบบการผูกขาดทำให้ตลาดปราศจากการผูกขาดโดยสิ้นเชิง ถือว่าการผูกขาดเป็นความผิดในตัวเอง²² ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้การบัญญัติได้นำแนวความคิดมาจากระบบควบคุมโครงสร้าง ตามที่บรรยายมาในหัวข้อโครงสร้างและระบบของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

3.1.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการ

ตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 หมวด 2 เรื่องการกำหนดราคาสินค้า มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบการใด โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่นดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะกีดราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า”

มาตรานี้ได้ห้ามทั้งผู้ประกอบการเพียงรายเดียวและห้ามการลำพัง สมคบ หรือการร่วมกับบุคคลอื่นที่เจตนาทำให้ราคาสินค้าต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความ

²⁰ เทียพิศ หลงบางพลี. (2539). แนวทางใหม่ในการติดตามสถานการณ์สินค้าอุปโภคบริโภค. หน้า 2.

²¹ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522. หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

²² จันทร์ทอง เจริญหรือยังยศ. เล่มเดิม. หน้า 49.

ปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำความผิดกีดกันไม่ให้ราคาสินค้าลดต่ำลงหรือสูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินสมควรและไม่ให้เกิดความปั่นป่วนทางด้านราคา ช่วยทำให้ปริมาณสินค้าในตลาดมีเพียงพอต่อการบริโภค มาตรา 29 นี้จึงเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าทางหนึ่ง

ส่วนในกรณีของมาตรการสำหรับการป้องกันการผูกขาดนั้น ตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 หมวด 3 เรื่องการป้องกันการผูกขาด มาตรา 31 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่าการประกอบธุรกิจใดมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ คณะกรรมการกลางมีอำนาจประกาศกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุมประกาศของคณะกรรมการกลางตามวรรคหนึ่ง ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

ในการที่จะเข้าควบคุมธุรกิจใดนั้น ตามกฎหมายได้ให้อำนาจของคณะกรรมการกลางที่จะต้องประกาศให้ธุรกิจซึ่งมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจเป็นธุรกิจควบคุม และเมื่อคณะกรรมการกลางได้ประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้วจะมีผลทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในธุรกิจควบคุมจะต้องไม่กระทำการตามที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา 35 ถึง 38 โดยสำหรับกรณีการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 35 โดยมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมกระทำการร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่น โดยจงใจที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบธรรมในการประกอบธุรกิจในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าควบคุมอย่างเดียวกัน หรือประเภทเดียวกันทั่วราชอาณาจักร
- (2) กำหนดราคาขายสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน
- (3) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้า ควบคุมได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้า ควบคุมให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจควบคุมอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้านั้นแข่งขัน
- (4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะซื้อสินค้าควบคุมได้ หรือกำหนดผู้ที่ผู้ประกอบธุรกิจควบคุมจะซื้อสินค้าควบคุมได้
- (5) กำหนดราคาซื้อสินค้าควบคุมเป็นราคาเดียวกัน หรือกีดราคาซื้อสินค้าควบคุมให้ต่ำลง หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าควบคุม

(6) กำหนดปริมาณของสินค้าควบคุมที่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะผลิต ซื้อ หรือจำหน่าย เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(7) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าควบคุม เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

(8) ลดคุณภาพของสินค้าควบคุมให้ต่ำกว่าที่เคยผลิตหรือจำหน่าย โดยจำหน่าย ในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(9) รวมธุรกิจควบคุมเข้าด้วยกัน หรือรวมการอำนาจการหรือการควบคุมนโยบาย และการบริหารธุรกิจควบคุม

(10) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครองตลาดหรือควบคุมตลาด”

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการธุรกิจสามารถแบ่งได้ เป็น 2 มาตรการใหญ่ คือ

1. มาตรการควบคุมพฤติกรรมร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการธุรกิจในการกำหนด ราคาสินค้าควบคุมตามมาตรา 35 (2) , (5) และ (8) เช่น การกำหนดราคาซื้อหรือราคาขายสินค้า ควบคุมเป็นราคาเดียวกัน กดราคาซื้อสินค้าควบคุมให้ต่ำลง หรือจำกัดปริมาณการซื้อสินค้าควบคุม ลดคุณภาพของสินค้าควบคุมโดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือราคาที่สูงขึ้น

2. มาตรการควบคุมพฤติกรรมร่วมกันสมคบของผู้ประกอบการธุรกิจในการจำกัดการ แข่งขันตามมาตรา 35 (1) , (3) , (4) , (6) , (7) , (9) และ (10) เป็นการร่วมกันแต่งตั้งผู้จำหน่ายสินค้า ควบคุมแต่เพียงผู้เดียวให้จำหน่ายสินค้าควบคุมทั่วราชอาณาจักร หรือกำหนดพื้นที่หรือกำหนด ลูกค้าที่จำหน่ายสินค้าควบคุม โดยผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าควบคุมทำให้ไม่ มีการแข่งขัน หรือกำหนดแบ่งพื้นที่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมแต่ละรายจะซื้อสินค้าควบคุม หรือ กำหนดผู้ที่ผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมจะซื้อสินค้าควบคุมได้ หรือกำหนดปริมาณของสินค้าควบคุมที่ ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ หรือจำหน่ายเพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าอุปสงค์ของตลาด หรือกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าควบคุมให้เป็นแบบ เดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือผู้ประกอบการธุรกิจควบคุมร่วมกันควบคุมกิจการ หรือทำความตกลง กำหนดส่วนแบ่งตลาด เป็นต้น

3.1.1.3 บทยกเว้น

ผู้ประกอบการที่ได้อยู่ภายใต้การป้องกันการผูกขาดของพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นผู้ประกอบการที่ผู้ประกอบการอื่นมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจ ซึ่งถูกคณะกรรมการกลางกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุม และประกาศในราชกิจจานุเบกษามาตรา 31 เท่านั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจของคณะกรรมการกลางที่จะดูแลการป้องกันการผูกขาด โดยที่ต้องประกาศให้ธุรกิจซึ่งมีพฤติการณ์อันเป็นการผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจเป็นธุรกิจควบคุม และเมื่อได้ประกาศให้ธุรกิจใดเป็นธุรกิจควบคุมแล้ว ผู้ที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวจึงจะอยู่ภายใต้การควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้

ในทางตรงกันข้ามหากผู้ประกอบการใด ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้ถูกกำหนดเป็นธุรกิจควบคุมก็สามารถกระทำการอย่างใดก็ได้ แม้ว่าจะเป็นการผูกขาด หรือจำกัดการแข่งขันในทางธุรกิจก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาตรา 31 จึงส่งผลให้การป้องกันการผูกขาดตามพระราชบัญญัตินี้ไม่สามารถใช้บังคับได้จริงให้เหมาะสมเพียงพอดตามวัตถุประสงค์ที่จะรักษาผลประโยชน์ของประชาชน ซึ่งต่อมาจึงได้มีการพัฒนากฎหมายในเรื่องการป้องกันการผูกขาดนี้มาเป็นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

3.1.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ยาก ก่อให้เกิดสภาพตลาดที่มีการผูกขาดโดยธุรกิจขนาดใหญ่ และทำให้ผู้ประกอบการขนาดใหญ่มีอำนาจขึ้นในตลาด มีการร่วมกันกำหนดกติกาทางการค้าอันไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการ เพื่อกีดกันคู่แข่งไม่ให้เข้ามาในตลาด ซึ่งเป็นการจำกัดการแข่งขันและมีผลทำให้การแข่งขันลดลง และธุรกิจมีการขยายกิจการในลักษณะที่ธุรกิจมากกว่าหนึ่งเข้ามารวมเป็นธุรกิจเดียวกันหรือรวมการควบคุมการใช้นโยบายการบริหาร เพื่อสร้างความได้เปรียบในการแข่งขัน ซึ่งทำให้การแข่งขันลดลง นอกจากนี้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ผูกขาดหรือจำกัดการแข่งขันอันก่อให้เกิดผลเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจส่วนรวม จึงได้เปลี่ยนมาใช้แนวทางควบคุมพฤติกรรม (Conduct Control) ต่อผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดแทน โดยมีหลักการที่ว่ากรณีที่ผู้ใดมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถควบคุมราคาและปริมาณของสินค้าในตลาดสินค้าใดสินค้านั้นๆ นั้น จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายแต่จะมีความผิดเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการใช้อำนาจตลาดดังกล่าวไปในทางที่

มิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น วิธีการนี้จะรักษาให้ตลาดสินค้าและบริการนั้น ๆ เปิดกว้างอยู่ตลอดเวลาพร้อมที่จะให้ผู้ประกอบการอื่น ๆ เข้ามาแข่งขันได้โดยสะดวก เป็นแนวทางการควบคุมการผูกขาดที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลายในหลาย ๆ ประเทศ เช่น เยอรมัน อังกฤษ ออสเตรเลีย สเปน แคนาดา ไต้หวัน และเกาหลีใต้ เป็นต้น²³ สำหรับประเทศไทยใช้บังคับกับธุรกิจหลายแขนง ไม่ว่าจะเป็นกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัยและการบริการ และกิจการอื่นที่อาจกำหนดโดยกฎกระทรวง โดยมีข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับกับราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมชนสหกรณ์ ซึ่งมีกฎหมายรองรับและมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร และธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

3.1.2.1 ที่มาของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้เกิดจากแนวความคิดว่าการแข่งขันในตลาดไม่ได้นำมาซึ่งความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Efficiency) และประโยชน์ของสังคมโดยรวมเสมอไป จึงไม่เน้นการแข่งขันเป็นหลัก แต่คำนึงถึงประสิทธิภาพและการพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศเป็นหลัก และสอดคล้องกับแนวทางการพัฒนาพาณิชยกรรมในช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เรื่องการรักษาความเป็นธรรมทางการค้าโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การประกอบธุรกิจมีการแข่งขันกันมากที่สุดและเป็นธรรมต่อผู้ประกอบการค้ากันเอง และป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดตัดตอนทางการค้า และเพื่อให้ภาคเอกชนมีการรวมกลุ่มเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของตน นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับระบบการค้าในปัจจุบันที่เข้าสู่ยุคการค้าไร้พรมแดนนำไปสู่การจกระเบียบทางเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศที่เป็นสากล ไม่ว่าพันธกรณีตามองค์การการค้าโลก (WTO) กลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชียและแปซิฟิก (APEC) และเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) โดยมีจุดมุ่งหมายในการลดอุปสรรคทางการค้า สร้างบรรยากาศเสรีในการค้าและการลงทุน²⁴ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 87 บัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ่มครองผู้บริโภคและป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบธุรกิจแข่งขันกับ

²³ สุธีร์ ศุภนิคย์. (2542, พฤษภาคม). “กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ : มุมมองด้านผู้บริโภค.” วารสารกฎหมาย, 19. หน้า 73 - 74.

²⁴ จันทร์ทอง เจริญศิริชัยยศ. เล่มเดิม. หน้า 62 - 63.

เอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้สาธารณูปโภค”

สำหรับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายออกเป็นพระราชบัญญัติฉบับนี้ ตาม หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ กล่าวว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงสามารถกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้มีดังนี้²⁵ คือ

1. เพื่อแยกบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและบริการ และกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกจากกัน
2. เพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ
3. ส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรี
4. ป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ

3.1.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

²⁵ ภูจิต โมกขมรรคกุล. (2543). กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย. หน้า 84.

- (2) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือ จำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ
- (3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด
- (4) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการ ประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูล หรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ
- (5) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่าย สินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้า หรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน
- (6) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งผู้ประกอบการจะซื้อสินค้าหรือบริการได้
- (7) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (8) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้ บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น
- (9) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้ บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน
- (10) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการ บริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ใน ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบการยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายได้กำหนดพฤติกรรมที่ ห้ามผู้ประกอบการกระทำในลักษณะร่วมมือกันไว้ 10 ประการด้วยกัน เมื่อพิจารณาแล้วสามารถ แบ่งพฤติกรรมที่ต้องห้ามออกเป็น 2 ประการ²⁶ คือ

²⁶ ภูจิต โมกขมรรคกุล, เล่มเดิม, หน้า 91 - 93.

1) พฤติกรรมที่กฎหมายห้ามกระทำโดยเด็ดขาด โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27 (1) - (4) ดังนี้

(1) การกำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายได้ห้ามมิให้มีการตกลงด้านราคา โดยกำหนดราคาเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้ รวมทั้งตกลงกันกำหนดปริมาณการขายของแต่ละราย

(2) การกำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ หมายถึงการตกลงที่จะรับซื้อเป็นราคาเดียวกันหรือราคาตามที่กำหนดไว้รวมทั้งตกลงกันกำหนดปริมาณการรับซื้อของแต่ละราย

(3) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด โดยกฎหมายมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมการที่ผู้ประกอบการทำความตกลงกันที่จะเข้ากำกับดูแลหรือยึดอำนาจในการกำหนดราคาหรือปริมาณในตลาด

(4) การร่วมมือกันในการประมูล โดยสมรู้กันเพื่อให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับการประมูลหรือประกวดราคา หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคา

2) พฤติกรรมที่กฎหมายบัญญัติห้ามกระทำ แต่ถ้ามีความจำเป็นสามารถยื่นคำขออนุญาตได้ โดยพฤติกรรมดังกล่าวคณะกรรมการจะต้องพิจารณาอนุญาตก่อนแล้วจึงจะกระทำได้ แต่ก็มีกำหนดระยะเวลา โดยพฤติกรรมดังกล่าวได้กำหนดไว้ใน (5) – (10) ของมาตรา 27 คือ

(1) การแบ่งท้องที่หรือลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจำหน่าย โดยผู้ประกอบการอื่นจะไม่จำหน่ายแข่งขัน

(2) การแบ่งท้องที่หรือลูกค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะซื้อสินค้า โดยกฎหมายจะห้ามการแบ่งเขตการซื้อหรือกำหนดตัวผู้ที่แต่ละฝ่ายจะซื้อ

(3) กำหนดปริมาณของสินค้าที่ผู้ประกอบการแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่ายหรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด ซึ่งการตกลงกันดังกล่าวนี้เป็นการทำให้ปริมาณสินค้าลดลงเพื่อให้เกิดความต้องการสูงขึ้น

(4) ลดคุณภาพของสินค้าให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการโดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(5) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน การกระทำดังกล่าวหมายถึง การตกลงกันตั้งบุคคลขึ้นคนหนึ่งเพื่อขายสินค้าของบุคคลหลายคนที่ตกลงกันนั้น

(6) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายเพื่อให้ปฏิบัติแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน การกระทำได้กล่าวหมายถึง การกำหนดวิธีปฏิบัติในการซื้อขายเป็นแบบเดียวกัน

จากเงื่อนไขต่าง ๆ ข้างต้นพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 27 คือ

1. ผู้ประกอบการธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจอื่น
2. กระทำการใด ๆ ตามลักษณะที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 (1) – (4) หรือกระทำการใด ๆ ตามลักษณะที่กำหนดไว้ใน (5) – (10) โดยไม่ได้รับอนุญาต
3. การกระทำนั้นก่อให้เกิดการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการ

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 28 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง”

โดยการกระทำผิดตามมาตรานี้ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้²⁷

1. ผู้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรมีความสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจในนอกราชอาณาจักร
2. ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เองถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจในนอกราชอาณาจักรโดยตรง

จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของมาตรานี้มุ่งเน้นที่จะรักษาสิทธิของผู้บริโภคให้มีเสรีภาพที่จะรับบริการ หรือมีอำนาจที่จะสั่งซื้อสินค้าใด ๆ ทั่วภูมิภาคได้โดยตรง โดยตัวแทนหรือเอเจนต์ของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น ไม่มีอำนาจหรือสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้ผลิตในต่างประเทศจำหน่ายสินค้าให้กับผู้บริโภคโดยตรง เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีเป็นอย่างยิ่ง

²⁷ ภูจิต โมกขมรรคกุล. เล่มเดิม. หน้า 94.

3.1.2.3 บทยกเว้น

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

- 1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น
- 2) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ
- 3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร
- 4) ธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งอาจกำหนดให้ยกเว้นการใช้บังคับทั้งฉบับ หรือแต่เฉพาะบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัตินี้ก็ได้”

เพราะฉะนั้นการประกอบธุรกิจตามที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 4 จึงได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้ของพระราชบัญญัตินี้

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 27 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการตามมาตรา 35”

การขออนุญาตกระทำการตามที่ มาตรา 27 (5) (6) (7) (8) (9) หรือ (10) กำหนดห้ามไว้ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกระทำได้โดยการยื่นคำขออนุญาตตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยกฎหมายกำหนดให้คำขออนุญาตนั้นอย่างน้อยจะต้องมี

- 1) เหตุผลและความจำเป็นในการกระทำตามข้อห้าม
- 2) ระบุวิธีดำเนินการ
- 3) กำหนดระยะเวลาที่จะดำเนินการ

เพื่อเป็นเกณฑ์สำหรับเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 35

การที่กรรมการจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่จะขึ้นอยู่กับหลัก “ด้วยความจำเป็นทางธุรกิจ” โดยเป็นเรื่องที่ผู้ขออนุญาตต้องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นทางธุรกิจเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นให้กระทำการอันเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ เพื่อไม่ให้กฎหมายมีความแข็งกระด้างและเป็นการสร้างความยืดหยุ่นให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดอุปสรรคในการดำเนินธุรกิจ เนื่องจากสภาพการดำเนินธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

แม้จะมีการอนุญาตให้กระทำได้แต่ก็อยู่ในขอบเขตของเงื่อนไข คือให้กระทำได้ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไข และเป็นการชั่วคราวเท่านั้น โดยเป็นระยะเวลาที่จำกัดไว้ให้ ซึ่งจะมีการตรวจสอบจากคณะกรรมการอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นการให้ความยินยอมหรืออนุญาตให้กระทำจึงเป็นเรื่องที่ผู้ประกอบการจะต้องมีความจำเป็นอย่างแท้จริง หากไม่ดำเนินการอย่างเคร่งครัดและรอบคอบแล้ว จะทำให้สภาพการแข่งขันในตลาดนั้นเสียไปได้ แต่ทั้งนี้ถ้าคณะกรรมการไม่อนุญาตให้กระทำ การผู้ประกอบการยังสามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้อีก

3.1.2.4 กรณีศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

กติการวมบริษัท อินเตอร์เนชั่นแนล บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) กับ บริษัท ยูนิเวอร์แซล เทเลวิชั่น จำกัด (มหาชน)

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้รับการร้องเรียนว่าการรวมธุรกิจระหว่างบริษัท อินเตอร์เนชั่นแนล บรอดคาสติ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (IBC หรือ UBC ในปัจจุบัน) กับบริษัท ยูนิเวอร์แซล เทเลวิชั่น จำกัด (มหาชน) (UTV) ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการผูกขาดธุรกิจโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก และได้มีการปรับอัตราค่าบริการสมาชิกรายเดือนให้สูงขึ้น

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาข้อเรียกร้องและได้มีมติว่า

1. การดำเนินธุรกิจของกลุ่มบริษัท IBC มีพฤติกรรมถือเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกัน (Unity) โดยบริษัท IBC ได้เข้าไปถือหุ้นใหญ่ในบริษัท UTV ร้อยละ 98 และมีกรรมการบริหารและกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทเป็นชุดเดียวกัน จึงไม่ถือเป็นการตกลงร่วมกันอันจะเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 27 (1) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

2. กลุ่มบริษัท UBC (ในปัจจุบัน) เป็นผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวในตลาดโทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิก โดยมีส่วนแบ่งการตลาดอยู่ทั้งหมด หรือ 100 เปอร์เซ็นต์ จึงเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่การปรับค่าบริการสมาชิกรายเดือนให้สูงขึ้นไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 25 (1) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีเหตุผลเพื่อเป็นการแก้ปัญหาผลกระทบของค่าเงินบาทและภาระขาดทุน ซึ่งเมื่อกลุ่มบริษัท UBC (ในปัจจุบัน) ได้รวมกิจการและขึ้นราคาแล้ว ก็ยังคงประสบปัญหาขาดทุนอยู่

คดีบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้รับการร้องเรียนว่าบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด ซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายของบริษัท ไทย ฮอนด้า แมนูแฟคเจอร์ส จำกัด ได้กระทำการอันเข้าข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาข้อเรียกร้อง ข้อเท็จจริง พฤติกรรมต่าง ๆ และได้มีมติว่าบริษัท เอ.พี. ฮอนด้า จำกัด ได้กระทำการอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และทำให้ตัวแทนจำหน่ายอื่นถูกจำกัดการประกอบธุรกิจ ส่งผลทำให้ช่องทางการจำหน่ายของคู่แข่งลดลง จึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 29

3.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมในด้านราคาสินค้าและค่าบริการมากยิ่งขึ้น และเพื่อป้องกันมิให้ราคาสินค้าและค่าบริการต่าง ๆ สูงขึ้นอย่างรวดเร็วเกินสมควร อีกทั้งเพื่อให้มีสินค้าและบริการเพียงพอต่อการบริโภคของผู้บริโภคภายในประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากมาตรการดูแลราคาสินค้าและค่าบริการตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ไม่เพียงพอต่อการรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภค โดยยังคงคงหลักการเดิมของพระราชบัญญัติฉบับเก่าไว้ โดยตัดเฉพาะส่วนป้องกันการผูกขาดออกไป และแก้ไขเพิ่มเติมในบทการกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการในเรื่องมาตรการดูแลราคาสินค้าและค่าบริการ ให้รักษาประโยชน์ผู้บริโภคมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและค่าบริการ และให้เอื้อประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจด้วย

สำหรับแนวความคิดในการนำพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาบังคับใช้นั้น กระทรวงพาณิชย์ได้วางแนวทางไว้ว่าในภาวะปกติกระทรวงพาณิชย์จะมุ่งเน้นใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าเป็นหลัก เพื่อให้ตลาดมีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยให้กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคาสินค้าและค่าบริการ และจะใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการเพียงเท่าที่จำเป็นหรือในภาวะไม่ปกติเท่านั้น ซึ่งเชื่อว่าจะก่อให้เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมไม่ว่าในด้านการประกอบธุรกิจและการลงทุน

3.1.3.1 ที่มาของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการบัญญัติขึ้นเนื่องมาจากพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้า และในส่วนการป้องกันการผูกขาดอยู่ในฉบับเดียวกัน แต่บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการใช้บังคับใช้ที่แตกต่างกัน กล่าวคือในส่วนของการกำหนดราคาสินค้าเป็นการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้บริโภคมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทางด้านราคาสินค้าและค่าบริการ และให้มีสินค้าและบริการเพียงพอต่อการบริโภค แต่สำหรับในส่วนของการป้องกันการผูกขาดจะเป็นการดูแลและจัดระบบทางการค้าให้การประกอบธุรกิจมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมเศรษฐกิจในระบบเศรษฐกิจแบบเสรี และให้องค์กรบริหารกฎหมายทำหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ ให้เอื้อประโยชน์ต่อผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 แยกออกเป็นสองฉบับดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

สำหรับวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้ ได้มีปรากฏไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความไม่เหมาะสม เพราะมีสาระเป็นสองส่วน คือ การกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาด ซึ่งทั้งสองส่วนมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายแตกต่างกัน แต่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้เพียงองค์กรเดียว ดังนั้นสมควรแยกบทบัญญัติและองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดออกจากกัน เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประกอบกับบทบัญญัติเดิมในส่วนของการกำหนดราคาสินค้ายังไม่ชัดเจนและเหมาะสมสมควรปรับปรุงแก้ไขใหม่ให้ชัดเจนขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้”

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงสามารถกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายฉบับนี้มีดังนี้ คือ

1. เพื่อแยกบทบัญญัติและองค์กรที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าและบริการ และกฎหมายป้องกันการผูกขาดออกจากกัน
2. เพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ
3. เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดราคาสินค้า ให้มีความชัดเจนและเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

3.1.3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ฉบับปัจจุบันนี้มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจโดยห้ามกระทำการใด หรือให้กระทำการใดที่สำคัญ ดังนี้

1. ให้คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดให้ผู้ผลิต ผู้จำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อจำหน่าย หรือผู้นำเข้า เพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการแสดงราคาสินค้าหรือบริการ

2. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใด

3. ห้ามกักตุนสินค้าควบคุม โดยมีสินค้าควบคุมไว้ในครอบครองเกินปริมาณที่กำหนด หรือเก็บสินค้าควบคุมไว้ ณ สถานที่อื่นนอกจากสถานที่เก็บ หรือไม่นำสินค้าควบคุมที่มีไว้เพื่อจำหน่ายออกจำหน่าย หรือเสนอขายตามปกติ หรือปฏิเสธการจำหน่าย หรือประวิงการจำหน่าย หรือการส่งมอบสินค้าควบคุม โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

4. ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจบริการควบคุมหยุดการให้บริการตามปกติ หรือปฏิเสธการให้บริการ หรือประวิงการให้บริการ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

สำหรับเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจนั้น แต่เดิมพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใด โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่นดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะกีดกันราคาสินค้าให้ตกต่ำเกินสมควร หรือทำให้สูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาสินค้า”

ซึ่งในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 29 ได้มีการแก้ไขโดยได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการใด ๆ โดยจงใจที่จะทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใด

คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ดีกว่าเป็นการทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใดก็ได้ หลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

เห็นได้ว่าตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้ ได้มีการตัดคำว่า “โดยลำพัง สมคบ หรือร่วมกับบุคคลอื่น” ทั้งนี้เนื่องจากการสมคบหรือร่วมกันกระทำความผิดตามปกติจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นความผิดอยู่แล้ว อีกทั้งวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ก็เพื่อมิให้มีกระทำการใด ๆ ที่จะทำให้ราคาสินค้าต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือก่อให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์จะเอาความผิดในการกระทำความผิด หรือร่วมกันกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

ในกรณีดังกล่าวนี้ ได้มีนักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า คำว่า “โดยลำพัง สมคบ หรือ ร่วมกับบุคคลอื่น” ถ้ากฎหมายในเรื่องนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดให้คำดังกล่าวมีความหมายแตกต่างไปจากความหมายเดิมที่มีอยู่ในกฎหมายอาญา เรื่องตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนแล้ว ก็น่าจะตัดออกไปได้

อย่างไรก็ตาม การตัดคำว่า “สมคบหรือร่วมกับบุคคลอื่น” ออกจากมาตรานี้ไม่ได้หมายความว่าหากกระทำการสมคบหรือร่วมกับบุคคลอื่นทำให้ราคาสินค้าต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือก่อให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการจะไม่มีผลแต่อย่างใด แต่การตัดคำดังกล่าวออกเป็นเพียงการทำให้บทบัญญัติดังกล่าวกระชับขึ้น และทำให้ไม่หลงเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของมาตรการทางกฎหมายมาตรานี้เท่านั้น

3.1.3.3 บทยกเว้น

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 มาตรา 5 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือกิจการที่กำหนดโดยกฎกระทรวง”

เพราะฉะนั้นการดำเนินการใด ๆ ที่อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือกิจการที่กำหนดโดยกฎกระทรวง จึงได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายตามมาตรา 5

อาจสังเกตได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ ฉบับนี้จะไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการรายใดขออนุญาตกระทำการใดที่ขัดกับกฎหมาย หรือขอยกเว้นมาตราใดมาตราหนึ่งในกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งจะแตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าที่ตราเป็นกฎหมายพร้อมกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากหลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกเอาเปรียบเป็นหลักสำคัญ ซึ่งจะแตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าซึ่งมุ่งดูแลและจัดระบบทางการค้าให้การประกอบการธุรกิจมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เพื่อก่อให้เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมไม่ว่าในด้านการประกอบการธุรกิจและการลงทุน ดังนั้นจึงอาจมีการขออนุญาตหรือขอยกเว้นได้ในบางกรณีที่จะเห็นว่าจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

3.2 มาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลกที่บัญญัติกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ (Large Business Enterprises) มิให้มีการใช้อำนาจทางการตลาด (Market Power) ตามอำเภอใจจนก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ กฎหมายต้องการควบคุมโครงสร้าง (Structural Control) ของตลาดสินค้าไม่ให้มีการกระจุกตัว (Concentration) พยายามลด ขัดขวาง หรือทำลายแนวทางที่ผู้ประกอบการจะใช้แสวงหาอำนาจผูกขาด (Antitrust) เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดนี้ได้โดยสะดวก²⁸

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศไทยเป็นส่วนผสมของหลักกฎหมายกับหลักเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์และสังคมวิทยาการเมืองของรัฐบาล เป้าหมายเบื้องต้นที่รัฐต้องแทรกแซงธุรกิจ โดยใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ก็เพื่อขัดขวางการรวมตัวทางธุรกิจที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน มิให้เป็นผลเสียต่อตลาดเสรีในประเทศไทย

3.2.1 พัฒนาการและเหตุผลในการออกกฎหมาย

กฎหมาย Sherman Act (เรื่อง “An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies.”) ซึ่งเริ่มใช้ในปี 1890 เป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่สำคัญฉบับแรกของสหรัฐอเมริกาและมีขอบเขตการใช้อย่างกว้างขวางมาก กฎหมายนี้ห้ามการกระทำใด ๆ ที่เป็น “การรวมบริษัทเข้าด้วยกัน หรือในรูปแบบอื่น หรือสมคบกันเพื่อจำกัดทางการค้า หรือพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐต่าง ๆ” จุดประสงค์ของกฎหมายนี้เพื่อระงับยับยั้งการรวมบริษัทธุรกิจในรูปของ Trusts ขนาดใหญ่

ในปี 1914 สภาองเกรสได้ตรากฎหมาย Clayton Act (เรื่อง “An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes.”) ซึ่งได้ระบุถึงรูปแบบของการปฏิบัติบางชนิดที่ถือว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมาย Sherman Act รูปแบบการปฏิบัติดังกล่าวรวมถึงการเลือกปฏิบัติในด้านราคา (Price Discrimination) การกำหนดซื้อผูกมัดและสัญญาผูกมัดพิเศษในการซื้อหรือขายสินค้า (Tying Arrangement and Exclusive Dealing Contracts) การควบบริษัทและรวมการอำนวยการ (Mergers and Interlocking Directorates) มาตรการที่ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในด้านราคาในกฎหมาย Clayton Act ถูกปรับปรุงแก้ไขใหม่โดยกฎหมาย Robinson-Patman Act ในปี 1936

²⁸ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ. (2542). โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย. หน้า 1 - 2.

ในปี 1914 สภาองเกรสยังได้ตรากฎหมาย Federal Trade Commission Act หรือ FTC Act (เรื่อง “An Act to create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and other purposes.”) ซึ่งให้มีคณะกรรมการทางการค้าแห่งสหพันธ์ (Federal Trade Commission - FTC) ขึ้น มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ตามมาตรา 5 แห่ง FTC Act (แก้ไขใหม่โดย Wheeler-Lea Act ในปี 1938) กำหนดไว้ว่า “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อันกระทบถึงพาณิชย์กรรมและการกระทำหรือการปฏิบัติที่เป็นการฉ้อฉล หรือไม่เป็นธรรมอันกระทบถึงพาณิชย์กรรมถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้”²⁹

3.2.2 ลักษณะและแนวทางในการใช้กฎหมาย

กฎหมาย Sherman Act เป็นกฎหมายที่บัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันทางโครงสร้าง ยกตัวอย่างเช่น การรวมธุรกิจ (Business Trusts) และการรวมตัวกันผูกขาด (Monopolistic Combinations) และการควบบริษัทบางชนิด (Mergers) ส่วนกฎหมาย Clayton Act มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันบางชนิด สมมุติฐานอันเป็นเหตุผลพื้นฐานของกฎหมายทั้งสองฉบับก็คือ ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการแข่งขันเสรีจะถูกกระทบหากปล่อยให้มีการจำกัดการแข่งขัน ในสหรัฐศาลสูง (Supreme Court) จะมีหน้าที่รับผิดชอบในการตีความกฎหมายเหล่านี้เป็นส่วนใหญ่ ในช่วงเริ่มแรกของการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐ ศาลได้ใช้กฎหมายตามหลักข้อห้าม (Prohibition Approach) โดยประกาศว่าการมีพฤติกรรมร่วมกันที่ “ส่งผลกระทบโดยตรง และทันที.....ต่อพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐ” (Inter-State Commerce) เป็นความผิดเด็ดขาด (Per Se) ตามหลักความผิดเด็ดขาดนี้ (Per Se Approach) ถือว่าการตกลงร่วมกันทางโครงสร้างเพื่อจำกัดการแข่งขัน หรือการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด โดยไม่จำเป็นต้องแสดงหลักฐานว่าการปฏิบัตินั้นไม่มีเหตุผล หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดการค้า ยกตัวอย่างเช่น การตกลงใด ๆ ในการกำหนดราคาสินค้าถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด ข้อต่อสู้ที่ว่า การตกลงกำหนดราคานั้นในที่สุดจะเกิดประโยชน์ต่อสังคม และหรือผู้บริโภคนั้นไม่เป็นเหตุบรรเทาโทษจากการตกลงร่วมกันกระทำผิด หลักความผิดเด็ดขาด (Per Se Rule) ได้นำไปใช้กับการควบบริษัท การตกลงร่วมกันในแนวราบ และการตกลงร่วมกันในแนวดิ่งด้วย ดังนั้น จึงมีกรณีมากมายที่เป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ผลิตสินค้าและผู้ค้าปลีกในการกำหนดราคาขายปลีก และจำกัดพื้นที่การขาย

²⁹ Timothy J. Grendell. (1980, January). “The Antitrust Legislation of The United States, The European Economic Community, Germany and Japan.” *The International and Comparative Law Quarterly*, 29, 1. pp. 64 - 86.

สินค้า ซึ่งถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดเช่นกัน หลักความผิดเด็ดขาดยังได้นำมาใช้กับพฤติกรรมอื่น ๆ อีกมากมาย นอกเหนือจากเรื่องการค้าราคาสินค้า

หลักความผิดเด็ดขาดมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ หลักการนี้ได้กำหนดมาตรฐานข้อห้ามที่ชัดเจน ซึ่งได้แนะนำผู้ประกอบการไว้แล้วว่าพฤติกรรมใดเป็นข้อห้ามบ้าง และยังได้ลดจำนวนคดีที่นำขึ้นฟ้องต่อศาล เพื่อขอให้ตัดสินว่าการตกลงร่วมกันเช่นนั้นเป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายจึงมีประสิทธิภาพกว่า

ข้อเสียประการสำคัญของหลักความผิดเด็ดขาดก็คือ (1) การระบุการกระทำที่เป็นประโยชน์บางชนิดว่าเป็นความผิดห้ามมิให้กระทำ (เช่น การใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด) และ (2) ความไม่แน่นอนในการดำเนินการกับการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบเขตของหลักความผิดเด็ดขาด แต่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยชัดแจ้ง มีแนวปฏิบัติอยู่ 3 ประการในการขจัดข้อเสียเหล่านี้ คือ หลักความผิดเด็ดขาดควรกำหนดให้แคบ (Narrowly Defined) ให้มีข้อยกเว้นในการใช้หลักความผิดเด็ดขาด (Exemptions) หรืออาจใช้หลักความผิดเด็ดขาดเป็นเครื่องทดสอบเบื้องต้น (Initial Test) ในการวิเคราะห์อย่างกว้าง ๆ ต่อกรณีที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาดภายใต้ “หลักแห่งเหตุผล” (Rule of Reason) ศาลของเกรตไอร์แลนด์ได้ใช้หลักข้อยกเว้นนี้โดยการระบุถึงกรณีบางเรื่องที่ต้องยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด ส่วนแนวทางของศาลสูง (Supreme Court) ซึ่งบางครั้งก็ใช้หลักแห่งเหตุผลนี้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด ก็ได้ใช้หลักการทดสอบเบื้องต้นในการพิจารณาคดีเช่นนี้

ในการดำเนินการตามหลักการทดสอบเบื้องต้นนี้ ศาลสูงได้ใช้การวิเคราะห์ 2 ระดับ ในการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด ในขั้นแรกศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงเพื่อตัดสินว่าวัตถุประสงค์ของพฤติกรรมโดยตัวมันเองเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ โดยวิเคราะห์ถึงผลกระทบต่อตลาดการแข่งขัน พยานหลักฐานการตกลงร่วมกันในแนวราบที่เห็นได้ชัด เช่น การกำหนดราคาสินค้าเพื่อจำกัดผลผลิต และขึ้นราคาสินค้าจะเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่าเป็นความผิด (Conclusive Presumption) ตามแนวทางนี้การผูกขาด การกำหนดราคาสินค้า การแบ่งพื้นที่การจำหน่ายและการกำหนดข้อผูกมัดถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาด แต่ถ้าวัตถุประสงค์ของการตกลงร่วมกันยังไม่ชัดเจนนัก ศาลก็จะชั่งน้ำหนักว่าการตกลงร่วมกันนั้นสนับสนุนการแข่งขัน หรือก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขัน ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่า การตกลงร่วมกันก่อให้เกิดผลเสียต่อการแข่งขันก็เป็นความผิดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีเหล่านี้มีข้อสันนิษฐานว่า พฤติกรรมของจำเลยเป็นความผิดแต่สามารถหักล้างได้ โดยการให้เป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ว่าพฤติกรรมของตนมีความชอบธรรม ข้อสันนิษฐานความผิดและการกำหนดให้เป็นภาระของจำเลยในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ตามหลักแห่งเหตุผลของสหรัฐต่างกับหลักแห่งเหตุผลในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป ซึ่ง

สันนิษฐานว่าการตกลงร่วมกันทางธุรกิจเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และรัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย

การวิเคราะห์คดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผูกขาดของศาลสูงที่แบ่งเป็น 2 ระดับนั้น ทำให้เกิดระเบียบควบคุมกิจกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขัน ที่อยู่ภายใต้มาตรฐานของหลักความผิดเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์เช่นนี้ช่วยให้เกิดข้อยกเว้นในทางศาล สำหรับการตกลงร่วมกันที่แม้ว่าเป็นการจำกัดทางการค้า แต่อาจเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ

ดังนั้น จากการวิเคราะห์ 2 ระดับศาลจะไม่ใช้หลักแห่งเหตุผลในคดีความ ถ้าภายใต้การวิเคราะห์ในชั้นแรกเห็นว่าการตกลงเช่นนั้นเป็นความผิดโดยเด็ดขาดแล้ว เมื่อพิจารณาโดยรวมการตกลงร่วมกันในแนวราบส่วนใหญ่ การตกลงร่วมกันในแนวดิ่ง และการควบบริษัทจำนวนมากเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ผลของการจำกัดการแข่งขันในกระบวนการพิจารณา 2 ระดับของศาลสูง มักไม่ค่อยคงเส้นคงวา เนื่องจากการตีความบทบัญญัติการป้องกันการผูกขาด และการใช้หลักความผิดเด็ดขาด หรือการวิเคราะห์ตามหลักแห่งเหตุผล ส่วนมากขึ้นอยู่กับการมองของผู้พิพากษาศาลสูงแต่ละท่านเป็นการเฉพาะ³⁰

3.2.3 สาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

จากวิวัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือป้องกันการผูกขาดของประเทศอเมริกาตามที่ได้กล่าวมามีกฎหมายที่กล่าวถึงเกี่ยวกับเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจอยู่ 2 ฉบับคือ Sherman Act และ Clayton Act ในหัวข้อนี้จึงขอบรรยายสาระสำคัญของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับเป็นลำดับดังนี้

ตามกฎหมาย Sherman Act of 1890 ซึ่งได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ใน United States Code หมวดที่ 15 และต่อมาถูกแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อ 22 มิถุนายน 2547(2004) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการร่วมกันสมคบดังนี้

“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 \$100,000,000 if a corporation, or, if any other

³⁰ Timothy J. Grendell. Ibid. Loc.cit.

person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

มาตรา 1 บรรดาสัญญา การรวมบริษัทเข้าด้วยกัน หรือในรูปแบบอื่น หรือการสมคบกัน เพื่อจำกัดทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือกับประเทศอื่น ๆ ถือว่ามีความผิด บุคคลใดซึ่งเข้าทำสัญญาหรือเข้าร่วมในการรวมกันหรือการสมคบกันซึ่งตามมาตรา นี้ถือว่ามีความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง และจะมีโทษตามคำพิพากษาปรับไม่เกิน 100,000,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ เป็นนิติบุคคล หรือหากเป็นบุคคลธรรมดาจะถูกปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล

“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 \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

มาตรา 2 บุคคลใดผูกขาด หรือพยายามผูกขาด หรือรวมกัน หรือสมคบกันกับบุคคลอื่น หรือกลุ่มบุคคลอื่น เพื่อให้มีอำนาจผูกขาดส่วนใดส่วนหนึ่งของการค้าหรือพาณิชย์กรรมระหว่างรัฐต่าง ๆ หรือกับประเทศอื่น ๆ ถือว่ามีความผิดร้ายแรง และจะมีโทษตามคำพิพากษาปรับไม่เกิน 100,000,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ เป็นนิติบุคคล หรือหากเป็นบุคคลธรรมดาจะถูกปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล

“Section 3 : Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person,

\$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or both said punishments, in the discretion of the court.”

มาตรา 3 บรรดาสัญญา การรวมบริษัทเข้าด้วยกัน หรือในรูปแบบอื่น หรือการสมคบกัน เพื่อจำกัดทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมในอาณาเขตใด ๆ ของสหรัฐอเมริกา หรือในเขตโคลัมเบีย หรือในการจำกัดทางการค้าหรือพาณิชย์กรรมระหว่างอาณาเขตนั้น ๆ กับอีกอาณาเขตหนึ่ง หรือระหว่างอาณาเขตเดียวหรือหลายอาณาเขตนั้น ๆ กับรัฐเดียว หรือหลายรัฐ หรือเขตโคลัมเบียหรือประเทศอื่น ๆ หรือระหว่างเขตโคลัมเบียกับรัฐเดียวหรือหลายรัฐหรือประเทศอื่น ๆ ถือว่ามีความผิด บุคคลใดซึ่งเข้าทำสัญญานั้น ๆ หรือเข้าร่วมในการรวมกันหรือการสมคบกันนั้น ๆ ถือว่ามีความผิดร้ายแรง และจะมีโทษตามคำพิพากษาปรับไม่เกิน 100,000,000 เหรียญสหรัฐ ในกรณีที่ เป็นนิติบุคคล หรือหากเป็นบุคคลธรรมดาจะถูกปรับไม่เกิน 1,000,000 เหรียญสหรัฐ หรือ จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับตามดุลยพินิจของศาล

“Section 7 : The word "person", or "persons", wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.”

มาตรา 7 คำว่า “บุคคลใด” หรือ “กลุ่มบุคคล” ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้ ให้หมายความรวมถึงนิติบุคคล และสมาคม ที่มีอยู่ภายใต้ หรือได้รับอนุญาต ให้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหรัฐฯ กฎหมายของแต่ละดินแดนใดดินแดนหนึ่ง กฎหมายของแต่ละมลรัฐ หรือกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง

จะเห็นได้ว่ากฎหมาย Sherman Act จะบัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้าง ๆ ในมาตรา 1 และ มาตรา 2 เรื่องสัญญา การรวมกัน หรือการสมคบกันเพื่อการผูกขาด กีดกันหรือจำกัดทางการค้า หรือผู้ซึ่งมีหรือพยายามมีอำนาจผูกขาด รวมกันหรือร่วมกันเพื่อให้มีอำนาจผูกขาดส่วนใดส่วนหนึ่งของการค้าหรือพาณิชย์กรรม โดยกฎหมาย Sherman Act มีวัตถุประสงค์ห้ามไม่ให้เกิดพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งสิ้น ซึ่งจะไม่มีการกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น หากบุคคลใดที่กระทำการใดที่มีลักษณะเข้าข่ายทำสัญญา รวมกัน หรือสมคบกันเพื่อการผูกขาด กีดกันหรือจำกัดทางการค้า หรือมีหรือพยายามมีอำนาจผูกขาด รวมกันหรือร่วมกันเพื่อให้มีอำนาจผูกขาดจะมีความผิดตามกฎหมาย Sherman Act และข้อสังเกตที่สำคัญคือในมาตรา 7 จะกำหนดให้ คำว่า “บุคคล” หรือ “กลุ่มบุคคล” ที่ปรากฏในมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 มีความหมายรวมถึงนิติบุคคล

และสมาคม ที่มีอยู่ภายใต้หรือมีอำนาจตามกฎหมายของสหรัฐฯ กฎหมายของแต่ละดินแดน กฎหมายของแต่ละมลรัฐ หรือกฎหมายของประเทศอื่นนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมาย Sherman Act ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการจำกัดการแข่งขันให้มีผลครอบคลุมไปถึงนิติบุคคล และสมาคม ที่มีอยู่ภายใต้หรือได้รับอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นด้วย

ตามกฎหมาย Clayton Act of 1914 ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ใน United States Code หมวดที่ 15 และต่อมาถูกแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อ 22 มิถุนายน 2547(2004) มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการควบคุมการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ และห้ามการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจที่อาจทำให้การแข่งขันน้อยลง โดยไม่ได้กำหนดชี้เฉพาะในเรื่องการร่วมกันสมคบแต่ได้ระบุถึงรูปแบบของพฤติกรรม หรือการปฏิบัติบางประเภทต่อผู้บริโภคที่ถือว่ามีความผิดตามกฎหมาย Sherman Act รูปแบบดังกล่าวได้แก่ มาตรา 13 การเลือกปฏิบัติในเรื่องราคา, บริการ หรือความสะดวกสบายในเรื่องอื่น ๆ (Discrimination in Price, Services or Facilities), มาตรา 14 การกำหนดเงื่อนไข ข้อตกลง หรือความเข้าใจ ในการซื้อขายหรือการเช่า โดยห้ามไม่ให้ผู้ซื้อหรือผู้เช่าติดต่อกับคู่แข่งทางการค้าของผู้ขายหรือผู้ให้เช่า ซึ่งอาจทำให้เกิดการแข่งขันน้อยลง หรือมีแนวโน้มให้เกิดการผูกขาดทางการค้าในตลาดนั้น ๆ (Tying Arrangement and Exclusive Dealing Contracts), มาตรา 18 การได้มาหรือการเข้าถือสิทธิไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในหุ้น ส่วนแบ่งอื่น หรือทรัพย์สิน ของบุคคลอื่นที่เข้าร่วมในการค้า หรือในการกระทำอื่นที่ส่งผลถึงการค้าในตลาดนั้น ซึ่งอาจทำให้เกิดการแข่งขันในตลาดนั้นน้อยลง หรือมีแนวโน้มให้เกิดการผูกขาดทางการค้าในตลาดนั้น ๆ (Mergers), มาตรา 19 การเป็นกรรมการหรือพนักงานในบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป ซึ่งบริษัทนั้นได้เข้าร่วมไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในตลาดการค้าเดียวกัน และอาศัยเหตุของธุรกิจ และฐานที่ตั้งของบริษัทตนเองหรือของกลุ่มคู่แข่งทางการค้า เพื่อเป็นการกำจัดการแข่งขันโดยข้อตกลงระหว่างกัน อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Interlocking Directorates and Officers)

เห็นได้ว่ากฎหมาย Clayton Act มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ของพฤติกรรม หรือการปฏิบัติที่เป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดต่าง ๆ โดยได้กำหนดพฤติกรรมที่สำคัญเป็นหลัก ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13, มาตรา 14, มาตรา 18 และมาตรา 19 ดังที่ได้อธิบายมาแล้วซึ่งจะมีรายละเอียด เงื่อนไข และข้อยกเว้นของแต่ละพฤติกรรมอย่างชัดเจน ถือได้ว่ากฎหมาย Clayton Act นี้มีส่วนช่วยในการทำให้กฎหมาย Sherman Act มีความชัดเจนและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

3.2.4 บทยกเว้น

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เน้นทางการแข่งขันที่อิสระและเสรี (fair and free trade) แต่ในขณะเดียวกันนโยบายบางอย่างของสหรัฐฯ เองก็เกิดการขัดแย้งต่อเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้เช่นกัน ซึ่งนโยบายต่างๆ เหล่านี้ต่างก็มีเป้าหมายที่เหมือนกันแต่จะแตกต่างกันตรงที่วิธีการ คือ เป้าหมายทางเศรษฐกิจและสังคม ยกตัวอย่างเช่น 1. ความจำเป็นในการร่วมมือกันของผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะ 2. การใช้นโยบายจำกัดการแข่งขันในแต่ละรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและสนับสนุนการส่งเสริมอุตสาหกรรมที่เด่นในรัฐนั้น ๆ 3. การที่หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐบาลกลางซึ่งมีอำนาจและสามารถออกมาตรการหรือนโยบายการจำกัดการแข่งขันขึ้นมาเองได้ ในบางครั้งปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ผู้ประกอบการได้รับการยกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดก็เกิดขึ้นตามมา อันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนในตัวบทข้อยกเว้นต่างๆ เหล่านี้

กฎหมาย Sherman Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์ห้ามไม่ให้เกิดพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทั้งสิ้น โดยแม้จะไม่มีกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามไว้โดยเฉพาะ แต่ก็ยังกำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับการจัดการบางประเภท ตามมาตรา 6a ดังจะบรรยายต่อไปนี้

“Section 6a : Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless -

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect -

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

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

มาตรา 6 ก มาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ในกฎหมายหมวดนี้ ไม่ให้นำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมเกี่ยวกับการค้าหรือพาณิชย์กรรม (ไม่รวมถึงการนำเข้าทางการค้าหรือการนำเข้าทางพาณิชย์กรรม) กับประเทศอื่น ๆ เว้นแต่

(1) พฤติกรรมดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบโดยตรง เป็นสาระสำคัญ และอาจสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า ต่อ

(ก) การค้า หรือพาณิชย์กรรม ซึ่งไม่ใช่การค้า หรือพาณิชย์กรรมกับประเทศอื่น ๆ หรือการนำเข้าทางการค้า หรือการนำเข้าทางพาณิชย์กรรมกับประเทศอื่น ๆ หรือ

(ข) การส่งออกทางการค้าหรือการส่งออกทางพาณิชย์กรรมกับประเทศอื่น ๆ ของบุคคลซึ่งเข้าร่วมในการค้าหรือพาณิชย์กรรมนั้น ๆ ในสหรัฐฯ และ

(2) ผลกระทบนั้นก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้ แต่ไม่รวมถึงมาตรานี้

หากนำมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้มาใช้เพียงเพื่อการจัดการตามวรรค (1)(ข) ให้นำมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 ของกฎหมายหมวดนี้มาใช้ในการจัดการนั้นได้เฉพาะกรณีเกิดความเสียหายต่อธุรกิจการส่งออกในสหรัฐฯ เท่านั้น

ตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 6a กำหนดไม่ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 1 ถึงมาตรา 7 มาใช้ในการจัดการเกี่ยวกับการค้าหรือพาณิชย์กรรมใดที่เกี่ยวข้องกับประเทศอื่น ๆ แต่ไม่รวมถึงในกรณีที่หากการจัดการนั้นจะก่อให้เกิดผลที่เป็นสาระสำคัญ และวิญญูชนพึงคาดเห็นได้ล่วงหน้า ซึ่งกระทบโดยตรงต่อการนำเข้าทางการค้าหรือการนำเข้าทางพาณิชย์กับประเทศอื่น หรือต่อการส่งออกทางการค้าหรือการส่งออกทางพาณิชย์กับประเทศอื่นของบุคคลซึ่งเข้าร่วมในการค้าหรือพาณิชย์กรรมนั้นในสหรัฐฯ และไม่รวมถึงกรณีที่การจัดการนั้นก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องภายใต้มาตรา 1 ถึงมาตรา 7 แต่ยกเว้นมาตรานี้

เห็นได้ว่ากฎหมาย Sherman Act แม้จะบัญญัติข้อห้ามไว้อย่างกว้าง ๆ โดยไม่มีการกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีแล้ว ยังให้ความสำคัญแก่เศรษฐกิจและการพัฒนาทางด้านการส่งออกทางการค้าและพาณิชย์กรรมของสหรัฐฯ กับประเทศอื่น ๆ และต้องไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่ให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจการส่งออกในสหรัฐฯ เป็นอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญในกฎหมายนี้ด้วย

กฎหมาย Clayton Act บัญญัติว่าการควบคุมการแข่งขันทางการค้าโดยกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) นั้น ไม่สามารถนำมาใช้ได้ทุกกรณี ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 ดังนี้

“Section 17 : 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.”

มาตรา 17 แรงงานของคนไม่ใช่สินค้าหรือสิ่งของในเชิงพาณิชย์ ไม่มีข้อความใดที่ระบุไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Laws) ที่เป็นเหตุห้ามการคงอยู่และการดำเนินการขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับแรงงาน, เกษตรกรรม หรือพืชสวน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันและไม่มีการถือหุ้นกัน หรือซึ่งดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ซึ่งกัน หรือเพื่อห้ามหรือจำกัดจำนวนสมาชิกขององค์กรนั้น ๆ จากการดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ชอบขององค์กรนั้น ๆ ทั้งนี้องค์กรนั้น ๆ หรือสมาชิกขององค์กรนั้น ๆ จะไม่ถือว่าเป็นการรวมตัวกันหรือการสมคบกันที่ผิดกฎหมายในการกีดกันทางการค้าภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด

เห็นได้ว่ากฎหมาย Clayton Act จะให้ความสำคัญสำหรับเรื่องแรงงาน โดยถือว่าแรงงานไม่ใช่สิ่งของในเชิงการค้าและพาณิชย์กรรม ซึ่งองค์กรที่เกี่ยวกับแรงงาน, เกษตรกรรม หรือพืชสวน ที่มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หรือดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ และหากเป็นการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ชอบขององค์กรนั้น แม้จะเป็นการรวมตัวกันหรือการสมคบกันที่ผิดกฎหมายในการกีดกันทางการค้า จะไม่มีความผิดตามกฎหมายนี้ กล่าวอย่างสรุปคือ กฎหมาย Clayton Act ไม่นำมาใช้กับเรื่องแรงงานโดยกำหนดให้อยู่นอกเหนือคำว่า “พาณิชย์กรรม” (Commerce)

อย่างไรก็ตามโดยทางปฏิบัติแล้วการใช้บทยกเว้นของสภาคองเกรสในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบในการพิจารณาเกี่ยวกับการตกลงร่วมกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งจะตัดสินโดยดูจากความจำเป็นในเรื่องนั้น ๆ จะต้องมีมากกว่าผลเสียจากการจำกัดการแข่งขัน บทยกเว้นนี้จะกำหนดให้แก่งานใดกิจการหนึ่งหรือธุรกิจต่าง ๆ ที่มีการตกลงร่วมกันทั้งธุรกิจ โดยเหตุผลทางเศรษฐกิจและเหตุผลจากภายในประเทศมากมาย จึงให้มีบทยกเว้นแก่สหภาพแรงงาน สหกรณ์การเกษตร การประกันภัย และกิจการสาธารณูปโภค รวมถึงบริษัทที่เข้าตกลงร่วมกันในรูปสหกรณ์เพื่อการส่งออกด้วย แต่ก็เฉพาะบริษัทส่งออกที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น

นอกเหนือจากบทกเว้นดังกล่าวแล้วประเทศสหรัฐอเมริกายังมีทฤษฎีที่ใช้เป็นบทกเว้นต่าง ๆ ที่สำคัญอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูง (Supreme court) ดังนี้³¹

ทฤษฎี State Action Doctrine

จากคำพิพากษาในคดี Parker v. Brown (ปี ค.ศ. 1943) ศาลสูงได้พิพากษาว่า ในกรณีที่มีการจำกัดการแข่งขันนั้นมีลักษณะที่เป็นการกระทำโดยรัฐ หรือเป็นการกระทำที่รัฐเป็นผู้ออกคำสั่ง (state action or official action directed by a state) ให้ถือว่าไม่ผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งแนวความคิดนี้สามารถเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “ทฤษฎีบทกเว้นโดยรัฐ” (State Action Doctrine) โดยจะเคารพสิทธิและให้อำนาจให้แต่ละรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดเป็นข้อกเว้นจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวนี้จะถือว่าการจำกัดการแข่งขันระหว่างรัฐด้วยกันเองก็ตาม แต่เป็นที่น่าสังเกตได้ว่า ทฤษฎีนี้มีข้อจำกัดในการนำมาใช้ กล่าวคือการนำมาใช้นั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองประการดังต่อไปนี้ ถึงจะสามารถใช้เป็นเหตุผลในการอ้างให้เป็นข้อกเว้นได้

1. การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันและกำลังเป็นปัญหาอยู่ในขณะนั้น จะต้องเป็นนโยบายที่กำหนดไว้โดยชัดเจนในรัฐนั้น ๆ
2. การที่จะทำให้นโยบายดังกล่าวสามารถบรรลุถึงเป้าหมายตามที่แต่ละรัฐได้กำหนดไว้ทางรัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการควบคุมและตรวจสอบการกระทำดังกล่าวอย่างสม่ำเสมอและไม่ขาดช่วง

ทฤษฎี Noerr – Pennington Doctrine

ทฤษฎีนี้ได้เริ่มนำมาใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1961 จากคดี Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc. ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการร่วมมือกันของกลุ่มบริษัททางเดินรถไฟ 24 บริษัท โดยพยายามที่จะป้องกันมิให้กิจการหรือบริษัทขนส่งประเภทรถบรรทุกเข้ามามีส่วนแบ่งในตลาดของตน บริษัททางเดินรถไฟได้ร่วมกันยื่นเรื่องเสนอทางสภาให้มีการร่างกฎหมายใหม่ขึ้นมา ซึ่งประเด็นของคดีนี้จะอยู่ที่ว่าการร่วมมือกันในลักษณะดังกล่าวของกลุ่มบริษัททางเดินรถไฟผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 หรือไม่ และในที่สุดทางศาลก็ได้พิพากษาออกมาว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 หมายถึง ในกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นแค่เพียง “สัญญาหรือข้อ

³¹ วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์ ค (2544). เอกสารประกอบการสอนกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า
ชุดที่ 1. หน้า 24 - 27.

ตกลง หรือการรวมกลุ่มกันเพื่อเรียกร้องและเสนอให้มีการร่างกฎหมายที่จำกัดทางการค้า” เท่านั้น ซึ่งมีใจเป็น “สัญญาหรือการรวมกลุ่มเพื่อการจำกัดทางการค้าโดยตรง”

ทฤษฎีบทยกเว้นที่มีได้กำหนดไว้โดยชัดเจน (Implied Exemption)

ทฤษฎี Implied Exemption นี้ ได้ถูกนำมาใช้ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1975 จากคำพิพากษาของศาลสูงในคดี Gordon v. New York Stock Exchange โดยกลุ่มตัวแทนการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก และได้ร่วมกันฟ้องร้องว่า การกระทำที่เป็นการปฏิบัติตามกฎระเบียบข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์และการร่วมมือกันกำหนดค่าธรรมเนียมในการซื้อขายหุ้นโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งกฎระเบียบข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้อนุญาตให้มีการกำหนดค่าธรรมเนียมในการซื้อขายหุ้น โดยจะผ่านการตรวจสอบและแก้ไขจากคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว ในท้ายที่สุดแล้วทางศาลก็ได้ตัดสินว่า หากถือว่าการทำสัญญากำหนดค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ แล้ว ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคำสั่งของคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยกฎระเบียบข้อบังคับและข้อจำกัดของศาลที่นำมาบังคับใช้ในกฎระเบียบข้อบังคับซึ่งอยู่ภายใต้บรรทัดฐานของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ก็อาจจะเกิดขึ้นมาภายหลังได้ ดังนั้นในกรณีนี้อาจมีแนวโน้มในการสูญเสียกลไกหรือโครงสร้างของข้อกำหนดที่แผ่ขยายออกไป (pervasive) ให้ถือว่า การกระทำความผิดอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ และทางศาลก็ได้กล่าวถึงขอบเขตในการนำทฤษฎีนี้มาใช้ด้วยว่า การใช้ทฤษฎีนี้ไม่ควรอนุญาตให้มีการใช้โดยไม่มีขอบจำกัดและควรนำมาใช้ให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ในการที่จะบรรลุดังวัตถุประสงค์ของนโยบายนั้น ๆ

ทฤษฎี File Rate Doctrine

ทฤษฎีนี้ได้กำหนดไว้ว่า ในกิจการที่มีการใช้ระบบใบอนุญาต (license) ในการกำหนดค่าโดยสารหรือค่าใช้บริการต่าง ๆ แม้ว่าองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้ซึ่งมีอำนาจในการอนุญาต จะกระทำผิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ โดยการกำหนดค่าโดยสารหรือค่าใช้บริการดังกล่าวที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีเช่นนี้ ผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปไม่สามารถที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามเท่าตัวได้ (คือ ระบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่พิเศษเฉพาะตัวของกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมาย Clayton Act มาตรา 4) โดยการอ้างเหตุผลจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ

ทฤษฎี Primary Jurisdiction

ทฤษฎีขอบเขตอำนาจเบื้องต้น หรือทฤษฎี Primary Jurisdiction นี้ ได้กล่าวไว้ว่า หากคดีใดคดีหนึ่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐบาลผู้ซึ่งมีอำนาจโดยตรงในการพิจารณาคดี และในขณะเดียวกันคดีดังกล่าวก็อยู่ในของเขตการพิจารณาคดีโดยศาลด้วยเช่นกัน ในกรณีเช่นนี้ ทางศาลจะไม่สามารถมีอำนาจในการตัดสินคดีความดังกล่าวได้จนกว่าองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐบาลนั้นๆ จะเสร็จสิ้นการพิจารณาคดีเป็นการเรียบร้อยแล้ว ยกตัวอย่างเช่น คดี Ricci v. Chicago Merchantile Exchange ในปี ค.ศ. 1973 โดยโจทก์ถูกเพิกถอนสิทธิในการเป็นสมาชิกของ Commodity Exchange โดยทาง Commodity Exchange และสมาชิกรายอื่น ๆ ได้ร่วมมือกันเพิกถอนสิทธิดังกล่าว และโจทก์ก็ได้ฟ้องในข้อหากระทำผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 และกฎหมาย Commodity Exchange Act (กฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนสินค้า) ซึ่งทางศาลสูงได้ตัดสินโดยใช้หลักทฤษฎีดังกล่าวนี้ กล่าวคือ ในขั้นตอนสุดท้ายศาลจะต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมาย Commodity Exchange Act นั้นขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดฯ หรือไม่ และในกรณีนี้ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจโดยตรงของคณะกรรมการ Commodity Exchange ทางศาลเห็นว่าอำนาจในการตัดสินควรอยู่ที่คณะกรรมการฯ ก่อน แล้วจึงควรให้ศาลพิจารณาภายหลัง

3.2.5 กรณีศึกษาจากแนวคำพิพากษา

American Banana Company v. United Fruit Company case (No. 686) (1909)³²

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

American Banana Company (โจทก์ในคดีนี้) เป็นบริษัทที่จัดตั้งในรัฐอลาบามา ส่วน United Fruit Company (จำเลยในคดีนี้) เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในรัฐนิวเจอร์ซีย์ ก่อนที่บริษัทโจทก์จะจัดตั้งขึ้น บริษัทจำเลยได้ซื้อทรัพย์สินและกิจการของบริษัทคู่แข่งหลายบริษัท โดยมีข้อตกลงห้ามบรรดาบริษัทคู่แข่งดังกล่าวกลับมาทำธุรกิจอีก ทั้งบริษัทจำเลยยังได้เข้าทำสัญญากับบริษัทอื่น ๆ โดยตัวอย่างของข้อสัญญาที่สำคัญ ได้แก่ ข้อตกลงควบคุมปริมาณและราคาในการจัดจำหน่าย นอกจากนี้ จำเลยยังได้ทำการซื้อหุ้น เพื่อจะได้เป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากในบริษัทอื่น ๆ อีกด้วย การกระทำของจำเลยตามที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะขัดขวางการแข่งขันอย่างเสรี และต้องการมีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้ากล้วย

นอกจากการกระทำดังกล่าวมาข้างต้น จำเลยยังได้จัดตั้งบริษัทซึ่งจำเลยถือหุ้น ทั้งหมด เพื่อทำการขายกล้วยในราคาที่จำเลยกำหนดไว้ จากการกระทำของจำเลยทั้งหมดนี้ จำเลยได้กลาย

³² Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

เป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้ากล้วย และได้กำหนดราคาขายตามอำเภอใจของตน ต่อมา McConnell ได้เริ่มทำการปลูกกล้วยในปานามา (ในขณะนั้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐรวมโคลัมเบีย หรือ United States of Columbia) และได้ทำการสร้างทางรถไฟเพื่อใช้เป็นเส้นทางในการส่งออก โดยบริษัทจำเลยได้ทำการแทรกแซงธุรกิจของ McConnell ด้วยการสั่งให้ McConnell หยุดกิจการ หรือไม่ก็รวมกิจการกับจำเลย หลังจากนั้นไม่นาน ปานามา ก็ได้ปฏิวัติแยกตนเป็นอิสระ โดยที่ดินแดนส่วนที่เป็นทางรถไฟอยู่ภายใต้การบริหารของรัฐบาลคอสตาริกา ในช่วงเดียวกันนี้เอง โจทก์ได้ซื้อกิจการของ McConnell และได้เริ่มดำเนินธุรกิจในปานามาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อประมาณเดือนกรกฎาคม 1904 ทหารและเจ้าหน้าที่ของคอสตาริกาได้ดำเนินการยึดสวนกล้วยบางส่วน รวมทั้งสินค้าของโจทก์ ทั้งยังหยุดการดำเนินการก่อสร้างทางรถไฟ และการดำเนินธุรกิจการค้ากล้วยของโจทก์ โดยการแทรกแซงของรัฐครั้งนี้เกิดจากการยุ้งของจำเลย นอกจากนี้ ในเดือนสิงหาคม ศาลคอสตาริกาได้มีคำพิพากษาโดยการดำเนินคดีฝ่ายเดียว ให้สวนกล้วยบางส่วนที่ยึดมาตกเป็นของ Astua ซึ่งต่อมาจำเลยก็ได้ซื้อสวนกล้วยดังกล่าวมาจาก Astua ทั้งนี้ โจทก์เองได้พยายามที่จะให้รัฐบาลของคอสตาริกาถอนทหาร และได้พยายามให้สหรัฐอเมริกาเข้ามาช่วยเหลือ แต่ความพยายามนั้นก็ไร้ผล รัฐบาลคอสตาริกายังคงครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวอยู่จนกระทั่งถึงวันที่โจทก์ฟ้องเป็นคดีนี้

ประเด็นที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาและคำพิพากษาศาลฎีกา

คดีนี้ ถือได้ว่าเป็นคดีแรกที่พูดถึงเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดน หรือ Extraterritoriality กล่าวคือ จากการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์เสียหายเป็นอย่างมาก โจทก์จึงฟ้องว่าจำเลยกระทำผิดตาม Sherman Act โดยประเด็นที่ศาลจำต้องวินิจฉัยจึงได้แก่ประเด็นเรื่องการใช้ Sherman Act กับการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เพราะตามข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่าการกระทำทั้งหมดไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เกิดในปานามา และจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศสหรัฐอเมริกา มีเพียงอย่างเดียวคือ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในอนาคตต่อตลาดในประเทศ (resale market) โดยศาลฎีกาในคดีนี้ได้ตัดสินว่าตามหลักทั่วไป หรือหลักสากลแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดกันของกฎหมาย การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะถือเป็นการละเมิดหรือไม่ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น (“must be determined wholly by the law of the country where the act is done”) และในเมื่อกรณีนี้ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เกิดขึ้นที่ต่างประเทศ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายของสภาองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะมีฉะนั้นอาจเป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และขัดกับหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ (comity of nations)

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้หยิบยกหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องการกระทำของรัฐ หรือ Act of State มาใช้ กล่าวคือ การกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าทำให้โจทก์เสียหายนั้น เป็นการกระทำของรัฐ อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ และตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การยึดทรัพย์สินมาเป็นของรัฐอื่นไม่ใช่การกระทำที่โจทก์สามารถนำมาฟ้องในศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ศาลฎีกายังได้กล่าวต่อไปด้วยว่า แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า การที่รัฐบาลคอस्टาริกาดำเนินการยึดทรัพย์สินโจทก์มาเป็นของรัฐในครั้งนี้ เกิดจากการโน้มน้าวหรือยุยงของจำเลย แต่เหตุผลที่การโน้มน้าวของจำเลยไม่เป็นละเมิดนั้น ไม่ใช่เพราะว่ารัฐไม่สามารถเป็นจำเลยได้ แต่เป็นเพราะว่า เมื่อพิจารณาตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น เราไม่อาจกล่าวได้ว่าการโน้มน้าวของจำเลยจะเป็นละเมิด ในเมื่อรัฐนั่นเองก็เห็นว่าการดำเนินการดังที่จำเลยแนะนำเป็นการกระทำที่เหมาะสมและรัฐบาลเองก็ต้องการที่จะทำเช่นนั้นอยู่แล้ว ศาลต่างประเทศ (ในคดีนี้ได้แก่ ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกา) จึงไม่มีอำนาจในการที่จะตัดสินว่าการกระทำได้กล่าวเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม ด้วยเหตุนี้การกระทำของจำเลย อันได้แก่ การชักจูงให้รัฐบาลคอस्टาริกายึดทรัพย์สินของโจทก์ จึงเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายในตัวของมันเอง เมื่อพิจารณาตามกฎหมายแห่งรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น

ศาลฎีกาได้สรุปไว้ในตอนท้ายว่า การกระทำของจำเลยที่โจทก์กล่าวหาว่าเป็นความผิด ไม่ใช่การกระทำที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ออกโดยสภาคองเกรส และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดว่าการกระทำนั้นเป็นละเมิดตามกฎหมายแห่งประเทศที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น ทั้งการที่โจทก์เสียหายเกิดจากการกระทำของรัฐ หากการกระทำของจำเลยไม่ จำเลยไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์

อย่างไรก็ดี ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้เดินตามคำพิพากษาของศาลสูงในคดีนี้ที่หยิบยกหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศเรื่องถิ่นท้องที่ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น มาเพื่อพิจารณาว่าการกระทำพิพาทเป็นละเมิดหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงในปีต่อ ๆ มาที่ไม่ได้พิจารณาเพียงว่าการกระทำพิพาทเกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่ หากเกิดขึ้นในต่างประเทศแล้ว ก็จะมีไต่อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ศาลได้เริ่มพูดถึงหลัก purpose and effects test ดังที่จะได้กล่าวในคดีต่อ ๆ ไป

Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc case (No. 49) (1969)³³

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Zenith Radio Corporation หรือ Zenith จำเลยซึ่งได้ฟ้องแย้งในคดีนี้ เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยประกอบธุรกิจผลิตวิทยุและเครื่องรับโทรทัศน์เพื่อจำหน่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา และในต่างประเทศ ซึ่งในการประกอบธุรกิจของ Zenith นั้น Zenith จำเป็นต้องอาศัยอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่มีการจดสิทธิบัตรไว้แล้ว Zenith จึงได้เข้าทำสัญญาเพื่อขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับบริษัทต่าง ๆ หนึ่งในนั้น ได้แก่ การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับ Hazeltine Research, Inc หรือ HRI บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐอินเดียนา ซึ่งเป็นบริษัทที่เป็นเจ้าของและอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรสำหรับอุปกรณ์ไฟฟ้าต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา (domestic patents) โดยส่วนใหญ่จะเป็นอุปกรณ์ไฟฟ้าที่ใช้สำหรับการผลิตวิทยุและโทรทัศน์

Zenith ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรของ HRI สำหรับการประกอบธุรกิจในประเทศตามสัญญาที่เรียกว่า standard package license จนกระทั่งถึงปี 1959 และในปีเดียวกันนั้นเอง สัญญาดังกล่าวได้หมดอายุลง แต่ Zenith ปฏิเสธที่จะต่อสัญญา กับ HRI โดยอ้างว่าตนไม่จำเป็นต้องขออนุญาตใช้สิทธิตามสิทธิบัตรจาก HRI อีกต่อไป ซึ่งต่อมา HRI ก็ได้ฟ้อง Zenith ในข้อหาละเมิดสิทธิบัตร และ Zenith ได้ฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายตาม Sherman Act (treble damages) โดยกล่าวอ้างว่า HRI กระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act กล่าวคือ Zenith ได้อ้างว่า HRI กระทำการอันถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิบัตรในทางที่มิชอบ (misuse of patent) โดยสมรู้ร่วมคิดกับ Hazeltine Corporation ซึ่งเป็นบริษัทแม่ของ HRI และกับบริษัทที่ทำธุรกิจอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรของบุคคลอื่น (patent pool) ในประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้ Zenith ได้กล่าวว่าบริษัทที่ทำธุรกิจดังกล่าวทั้งสามบริษัท ได้ปฏิเสธที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรซึ่งรวมถึงสิทธิบัตรของ Hazeltine แก่ Zenith และแก่บริษัทอื่น ๆ ที่ต้องการส่งออกผลิตภัณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศทั้งสาม³⁴ โดยมีเจตนาที่จะคุ้มครองผู้ผลิตภายในประเทศนั้น และกีดกันการส่งออกผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันจากประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศดังกล่าว เพราะจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัท หรือ patent pool ดังกล่าวถูกจัดตั้งขึ้นมาในแต่ละประเทศเพื่อมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในประเทศนั้น ๆ ที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรของบรรดาบริษัทที่เป็นสมาชิก (had the exclusive right to sublicense the patents of its member companies) โดย

³³ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

³⁴ Zenith พยายามที่จะขออนุญาตใช้สิทธิในสิทธิบัตรสำหรับสินค้าของตนที่ผลิตในประเทศสหรัฐอเมริกา (American-made goods) จากบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย เพื่อที่จะได้ส่งออกไปยังประเทศดังกล่าวได้

บริษัทใดบริษัทหนึ่งจะมีสิทธิบัตรอยู่ในอำนาจของคนที่จะอนุญาตให้ใช้ได้ถึงกว่า 5,000 สิทธิบัตร ซึ่งบริษัท หรือ patent pool ดังกล่าวจะยอมทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเฉพาะกับผู้ผลิตในประเทศนั้น ๆ เท่านั้น โดยจะไม่มี การอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้นำเข้า หรือแก่ผู้ผลิตในต่างประเทศแต่อย่างใด จากการกระทำดังกล่าว ทำให้การนำเข้าสินค้าจากประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าไปยังประเทศนั้น ๆ ลดลงอย่างมาก

คำพิพากษาของศาลฎีกา

ประเด็นหลักที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา ได้แก่ ประเด็นเรื่องการเรียกค่าเสียหาย และอาชญากรรมในการเรียกค่าเสียหายตาม Sherman Act แต่อย่างไรก็ดี คดีนี้ เป็นตัวอย่างของการปรับใช้ Sherman Act กับ การกระทำใด ๆ ของบริษัทในประเทศที่กระทบต่อธุรกิจส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกา (domestic conduct by U.S. firms affecting U.S. exports) โดยในประเด็นดังกล่าว ได้มีการกล่าวในคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า เมื่อศาลอุทธรณ์เห็นด้วยกับข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นฟังมาว่า HRI และ Hazeltine สมรู้ร่วมคิดกับบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา เพื่อที่จะปฏิเสธการให้ใช้สิทธิในสิทธิบัตรแก่บริษัทที่ต้องการจะส่งสินค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศแคนาดา และศาลฎีกาก็เห็นพ้องด้วยนั้น อาศัยข้อเท็จจริงที่รับฟังเป็นที่ยุติมานี้ จึงสรุปได้ว่าการกระทำของ HRI เป็นการกระทำที่ละเมิด Sherman Act และเมื่อ Zenith แสดงให้ศาลเห็นว่าธุรกิจการส่งออกจากประเทศสหรัฐอเมริกาของตน ถูกกีดกันโดยการกระทำของ HRI และของบริษัทที่เป็น patent pool ในต่างประเทศ จนทำให้ตัวเลขการส่งออกสินค้าของ Zenith ไปยังประเทศแคนาดาลดน้อยลง บริษัทในประเทศที่สมรู้ร่วมคิดกับบริษัทในต่างประเทศนั้น (กรณีนี้ ได้แก่ HRI) จึงต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ Zenith³⁵

การกีดกันการส่งออกโดยบริษัทในประเทศที่กระทบต่อโอกาสในการส่งออกของบริษัทในประเทศที่เป็นบริษัทคู่แข่งรายอื่น ๆ ย่อมเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายนอกดินแดนในกรณีเช่นนี้ (กรณีที่มีการกระทำภายในประเทศกระทบต่อการค้ากับต่างประเทศ) อาจไม่ค่อยมีปัญหา เมื่อเทียบกับในกรณีของการ

³⁵ ในคำพิพากษาศาลฎีกามีการกล่าวถึงประเด็นนี้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา เพราะในประเด็นที่เกี่ยวกับการส่งออกไปยังประเทศแคนาดานี้ ศาลฎีกาได้พิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ตัดสินไม่ให้ค่าเสียหายแก่ Zenith สำหรับความเสียหายที่อ้างว่าเกิดขึ้นจากการกระทำของ HRI และบริษัทที่เป็น patent pool ในประเทศแคนาดา โดยศาลฎีกาพิพากษาแก้เป็นว่า Zenith ได้รับความเสียหายจากการสมรู้ร่วมคิดระหว่างบริษัทในประเทศและในต่างประเทศที่พยายามกีดกันการส่งออกวิทูและเครื่องรับโทรทัศน์ไปยังประเทศแคนาดา Zenith จึงมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย

กระทำของต่างประเทศที่กระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการใช้ Sherman Act นอกดินแดนเอาผิดกับการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศนั้นก็มิใช่ข้อจำกัดอยู่ บ้างตาม Section 7 1(b) แห่ง Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982 ที่วางหลักไว้ว่า Sherman Act จะนำมาใช้กับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือพาณิชย์กรรมกับต่างชาติ ก็ต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบโดยตรง ที่มีนัยสำคัญและที่คาดหมายได้ตามสมควรต่อการส่งออก ระหว่างประเทศ (ยกเว้นเป็นการนำเข้าทางการค้าหรือพาณิชย์กรรม) ของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับ การค้าหรือพาณิชย์กรรมใด ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁶

Timberlane Lumber Co. v. Bank of American case (Nos. 74-2142, 74-2354, 74-2812 and 74-2813) (1976)³⁷

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

คดีนี้ เป็นการรวมพิจารณาของคดีที่เกี่ยวข้องกันทั้งหมด 4 คดี โดยคดีหลักได้แก่คดี ระหว่าง Timberlane Lumber Co. v. Bank of America ("Timberlane Action") ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์ กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดตาม มาตรา 1 และ 2 แห่ง Sherman Act โดยคดีหลักนี้ได้หยิบยก เอาปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับขอบเขตการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ การกระทำที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง รวมทั้งกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ โดย ในคดีส่วนที่เป็น Timberlane Action มีคู่ความเกี่ยวข้องหลายราย ดังต่อไปนี้

ฝ่ายโจทก์ ได้แก่ 1) Timberlane Lumber Company ซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตาม กฎหมายของรัฐ โอเรกอน โดยเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจซื้อและจัดจำหน่ายไม้ท่อน (lumber) ในประเทศ สหรัฐอเมริกา และนำเข้าไม้ท่อนมาในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อการใช้และจัดจำหน่าย 2) Danli Industrial, S.A. บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศฮอนดูรัส โดยเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจซื้อ ไม้ท่อนในฮอนดูรัส และ 3) Maya Lumber Company, S. de R.L. บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ของประเทศฮอนดูรัสเช่นกัน โดยเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจโรงเลื่อยเพื่อผลิตไม้ท่อนสำหรับการส่งออก (ต่อไปนี้จะเรียกทั้งสามบริษัทรวมกันว่า "Timberlane")

³⁶ ...the Sherman Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or commerce) with foreign nations unless (1) such conduct has a direct, substantial and reasonably foreseeable effect:...(b) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States...

³⁷ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ฝ่ายจำเลยได้แก่ Bank of America บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของแคลิฟอร์เนีย (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ธนาคาร”) และ Bank of America National Trust and Savings Association ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ Bank of America และที่มีสาขาอยู่ใน Tegucigalpa ประเทศฮอนดูรัส และยังมีลูกจ้างของธนาคารอีกหลายรายที่มีชื่อเป็นจำเลยในคดีนี้ โดยทั้งหมดเป็นคนสัญชาติอเมริกัน นอกจากนี้ยังมีชื่อบุคคลอื่นเป็นจำเลย แต่ไม่ปรากฏว่าได้มีการส่งหมายไปถึงบุคคลดังกล่าวโดยชอบ ได้แก่ Pedro Casanova e Hijos, S.A., Importadore Mayorista, S. de R.L., และ Michael Casanova คนสัญชาติฮอนดูรัส (ต่อไปนี้จะเรียกรวมกันเรียกว่า “Casanova”) ซึ่งเป็นฝ่ายคู่แข่งของ Timberlane และของ Lima (บริษัทที่เคยประกอบธุรกิจไม้ท่อนในฮอนดูรัสก่อนที่ Timberlane จะเข้ามา) ในการประกอบธุรกิจไม้ท่อนในฮอนดูรัส

นอกจากนี้ ยังมี Jose Lamas, S. de R.L. หรือ Lamas บริษัทของประเทศฮอนดูรัสซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งอันดับสองรองจาก Casanova และ Jose Caminals ลูกจ้างของธนาคารที่ทำงานอยู่ในประเทศฮอนดูรัส โดยโจทก์ได้เรียกบุคคลดังกล่าวว่าเป็น “ผู้ที่ร่วมกับผู้สมรู้ร่วมคิด” หรือ co-conspirators แต่ไม่ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีนี้

Lima เคยเป็นผู้ประกอบธุรกิจไม้ท่อนในประเทศฮอนดูรัส ซึ่งมีบริษัทคู่แข่ง ได้แก่ Lamas และ Casanova โดยทั้งสามบริษัทเป็นลูกหนี้ของธนาคาร ต่อมากิจการของ Lima ประสบปัญหาทางการเงิน ซึ่ง Timberlane เองก็ได้อ้างว่าเกิดจากการกระทำระหว่างธนาคาร กับ Lamas และ Casanova ที่ทำให้ธุรกิจ Lima ตกต่ำลง ซึ่งถือได้ว่าเป็นขั้นแรกของการสมคบกัน (conspiracy) ของผู้สมรู้ร่วมคิดทั้งสาม Timberlane ได้กล่าวต่อไปด้วยว่า จากการประสบปัญหาในครั้งนี้ ประโยชน์ในทรัพย์สินสำคัญต่าง ๆ ของ Lima เช่น โรงเลื่อย ได้โอนไปยังบรรดาเจ้าหนี้ของ Lima ซึ่งได้แก่ ธนาคาร, Casanova และกลุ่มลูกจ้างของ Lima ที่ยังไม่ได้รับค่าจ้างจาก Lima

Timberlane เป็นบริษัทที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับไม้ท่อนมาเป็นเวลานาน ได้ตัดสินใจเข้าไปในฮอนดูรัสเพื่อหาแหล่งวัตถุดิบเพิ่มเติม ต่อมาในปี 1971 Danli ได้จัดตั้งขึ้น ทั้ง Timberlane เริ่มมีป่าไม้เป็นของตัวเอง และได้มีการจัดเตรียมอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการขนส่งไม้ท่อน โดย Timberlane เริ่มสนใจในโรงเลื่อยของ Lima และได้เริ่มทำการเจรจาเพื่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินของ Lima หลังจากนั้น Maya ก็ได้จัดตั้งขึ้นและเริ่มทำการซื้อเครื่องจักรและอุปกรณ์จาก Lima โดยไม่สนใจเสียงคัดค้านของผู้สมรู้ร่วมคิด ซึ่งต้องการที่จะดำเนินธุรกิจของ Lima เสียเอง

จำเลยเองเมื่อรู้ว่าฝ่ายตนจะต้องแข่งขันกับ Timberlane ซึ่งมีฐานะทางการเงินดีกว่า จำเลยจึงได้พยายามทำลายธุรกิจของ Timberlane หนึ่งในนั้น ได้แก่ การที่ธนาคารผู้เป็นเจ้าของนี้ จำนองของ Lima ไม่ยอมจดทะเบียนไถ่ถอนจำนอง ทั้ง ๆ ที่ Maya ก็ได้เสนอชำระหนี้เป็นเงินสดให้แก่ธนาคารเพื่อให้ธนาคารปลดจำนองเหนือทรัพย์สินดังกล่าว กล่าวคือ ธนาคารกลับกระทำการโดย

ซอเรนโดได้โอนสิทธิในการเป็นผู้รับจ้างออกไปให้แก่ Casanova อย่างไม่มีค่าตอบแทน โดย Casanova เพียงแต่ตกลงที่จะชำระเงินให้แก่ธนาคารในหนี้ส่วนที่สามารถเรียกเก็บได้เท่านั้น จากนั้น Casanova ผู้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของ Lima ก็ได้โอนสิทธิที่ได้รับโอนมาจากธนาคารและสิทธิเรียกร้องที่ตนเองมีอยู่ไปให้แก่ Caminals หลังจาก Caminals ได้รับโอนสิทธิมาจากธนาคารและ Casanova แล้ว Caminals ได้ไปขอให้ศาลบังคับตามสิทธิเรียกร้องที่ตนมีเหนือทรัพย์สินของ Lima โดยไม่สนใจข้อเสนองานของ Timberlane ที่พยายามจะชำระหนี้และซื้อทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนมา นอกจากนี้ ตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ การห้ามบุคคลใด ๆ ส่งสินค้าออกนอกประเทศต้องกระทำโดยคำสั่งศาล และต้องจดทะเบียนไว้โดยชอบ ดังนั้น เพื่อเป็นการหยุดยั้งการดำเนินธุรกิจของ Timberlane Caminals จึงได้ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ Maya และ Danli ส่งสินค้าใด ๆ ออกนอกประเทศ ทั้งได้มีการใช้กำลังทหารเพื่อหยุดกิจการโรงเลื่อยของ Timberlane อีกด้วย

การสมรู้ร่วมคิดของจำเลยและพวกทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงได้เรียกร้องค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่ง และโจทก์ยังได้กล่าวอ้างว่าการสมรู้ร่วมคิดของจำเลยและพวกก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและอย่างมีนัยสำคัญต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งจำเลยและพวกก็มีเจตนาที่จะให้การกระทำความผิดดังกล่าวเกิดผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบตาม Sherman Act

ประเด็นที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์และคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นได้พิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยอ้างหลักเรื่องการกระทำของรัฐ หรือ act of state และอ้างว่าศาลไม่มีเขตอำนาจ ซึ่งโจทก์ได้มีการอุทธรณ์ต่อมา และคดีก็ได้ถึงที่สุดชั้นศาลอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ได้กล่าวว่าในปัจจุบัน (ขณะนั้น) ก่อนข้างเป็นที่ยอมรับแล้วว่าสำหรับประเด็นการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่งได้มีปรากฏในคดี American Banana Company v. United Fruit Company (1909) เป็นคดีแรก ซึ่งศาลสูงได้พิพากษายกฟ้อง โดยอ้างเหตุผลว่าศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่ศาลในคดีต่อ ๆ มา ก็ไม่ได้เดินตามแนวคำพิพากษาของคดี American Banana ดังกล่าว โดยคดีหลัง ๆ ที่ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ก็ได้แก่คดี Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corporation (1962) กับคดี United States v. Aluminum Co. of America (1945) (หรือ Alcoa) ซึ่งศาลได้พิพากษาว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นด้วย

สำหรับที่ศาลกล่าวว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาสสามารถครอบคลุมไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือสามารถใช้กฎหมายนอกดินแดนได้นั้น ไม่ได้

มีหมายความว่าศาลจะสามารถใช้กฎหมายได้อย่างไม่มีขอบเขต เนื่องจากเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับประเทศอื่นด้วย ดังนั้นจึงไม่สามารถใช้อย่างไม่มีขอบเขตได้ เพราะบางกรณีการใช้กฎหมายกับการกระทำใด ๆ นอกดินแดน อาจทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้อง ไม่พอใจและคัดค้านการใช้อำนาจดังกล่าว โดยประเทศนั้นอาจเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการล่วงล้ำอำนาจอธิปไตยของประเทศ ซึ่งบางครั้งศาลก็เห็นว่าในบางกรณีก็เป็นที่ยึดเจนว่าส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกา มีน้อยเกินกว่าที่จะทำให้การใช้เขตอำนาจของศาลเหนือการกระทำนอกดินแดนดังกล่าวมีความสมเหตุสมผล

ประเด็นต่อไปที่ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวถึงในคำพิพากษาคือ ขอบเขตที่ได้กล่าวถึงนั้นมีอะไรเป็นตัวกำหนด และเราจะทราบถึงขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนได้อย่างไร โดยในประเด็นนี้ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวว่าขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนไม่ได้มีกล่าวไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแม้แต่ในตัว Sherman Act เอง เพราะฉะนั้นวิธีการที่ศาลได้ใช้เพื่อกำหนดขอบเขต คือ การพิจารณาจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าต้องเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในคดี Alcoa ศาลสูงได้กล่าวไว้ว่า ในปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับแล้วว่าประเทศใดประเทศหนึ่ง อาจเอาผิดกับบุคคลที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของตน สำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศ หากการกระทำของบุคคลดังกล่าวมีผลกระทบในประเทศนั้น แต่อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการต่างประเทศยังคงเห็นว่า การใช้กฎหมายนอกดินแดนนั้นขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องหลักความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กับหลักการพิจารณาที่ดี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังยืนยันว่า Sherman Act ไม่ได้นำมาใช้เฉพาะกับการกระทำที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

คำว่า “ผลกระทบ” ที่เป็นปัจจัยในการกำหนดว่าศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่นั้น ศาลในคดีนี้ ได้สรุปไว้ว่าผลกระทบดังกล่าวต้องเป็นผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญ (direct and substantial effect) ซึ่งหลักดังกล่าวได้มีการนำไปอ้างในคดีต่าง ๆ ได้แก่ คดี United States v. R. P. Oldham Co. และคดี United States v. General Electric Co. โดยหลักเรื่องผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญนี้ก็ได้มีบัญญัติไว้ใน Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States³⁸ แต่สำหรับเรื่องผลกระทบโดยตรงและที่มีนัยสำคัญนี้ก็มีนักวิชาการหลายท่านกล่าวว่า เป็นเรื่องที่กว้างมาก ซึ่งต้องพิจารณากรณี ๆ ไป

³⁸ A state has jurisdiction to prescribe a rule of law attaching legal consequences to conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory, if either

(a) the conduct and its effect are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the law of states that have reasonably developed legal systems, or

ทั้งนี้ นอกจากหลักเรื่อง direct and substantial effect ที่จะนำมาใช้กำหนดขอบเขตการใช้ Sherman Act นอกดินแดนแล้ว ยังมีปัจจัยอื่นที่จะต้องนำมาพิจารณาอีก กล่าวคือผลกระทบต่อการค้าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ใช่เพียงปัจจัยเดียวที่จะทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียในการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบในประเทศ เพราะการกระทำใด ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำนั้นก็ส่งผลกระทบต่อการค้าของประเทศอื่นด้วย ซึ่งชาตินั้น ๆ ก็อาจได้รับผลเสียยิ่งกว่าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเสียอีก ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักเรื่อง direct and substantial effect มีความไม่สมบูรณ์ในตัวเอง เพราะหลักดังกล่าวไม่ได้พิจารณาถึงส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ทั้งไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของผู้กระทำความผิดกับประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการกล่าวถึงปัจจัยอื่น ๆ อีกที่จะนำมาพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล ในกรณีที่มีประเด็นที่เกี่ยวกับการใช้ Sherman Act นอกดินแดน ได้แก่ หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตร (Comity) และหลักสิทธิพิเศษ (Prerogative) ของชาติอื่น ๆ แต่นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาส่วนได้เสียของประเทศอื่น ๆ ด้วย

ศาลสูงในคดี Alcoa ยังได้ขยายความหมายของหลัก direct and substantial effect ว่าต้องพิจารณาให้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย โดยจะรวมเรียกว่าหลักในเรื่องนี้ว่า purpose and effect test ซึ่งเห็นว่าการมุ่งเน้นเพียงแค่หลักเรื่อง direct and substantial effect อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ เพราะหลักดังกล่าวเหมาะที่จะนำมาพิจารณาในกรณีที่ไม่มีประเทศอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเท่านั้น (It may be unwise blindly to apply the "substantiality" test to the international setting.)

กล่าวโดยสรุปก็คือกรณีที่มีการกระทำความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกประเทศ กระทำนอกประเทศ ศาลจะมีเขตอำนาจเหนือการกระทำความผิดดังกล่าวหรือไม่ ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 3 องค์ประกอบดังต่อไปนี้

1. ต้องมีผลกระทบเกิดขึ้น หรือตั้งใจให้เกิดผลกระทบ ต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา
2. การกระทำความผิดทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย และมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด

(b)(i) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies; (ii) the effect within the territory is substantial; (iii) it occurs as direct and foreseeable result of the conduct outside the territory; and (iv) the rule is not inconsistent with the principle of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems.

3. เมื่อพิจารณาตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ และหลักความยุติธรรม (International comity and fairness) ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งระดับของผลกระทบที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา มีมากกว่าส่วนได้เสียและผลกระทบที่มีต่อประเทศอื่น ซึ่งทำให้ศาลของสหรัฐอเมริกามีความชอบธรรมที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำของบุคคลดังกล่าว

โดยในข้อ 3 นี้เองหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศเป็นหลักที่จะต้องนำมาพิจารณาเพราะหากพิจารณาแต่เพียงหลักเรื่อง purpose and effect test อาจจะทำให้มีการใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากระทบต่ออำนาจอธิปไตยของชาติอื่น และในการหาคำตอบสำหรับคำถามข้อ 3 ศาลในคดีนี้กล่าวว่าควรพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ใน Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States ข้อ 40 ว่า ในกรณีที่รัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปมีเขตอำนาจที่จะตราและบังคับใช้กฎหมายใด ๆ และกฎหมายของรัฐทั้งสองกำหนดให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่แตกต่างกัน รัฐนั้น ๆ ต้องพิจารณาลดระดับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในดินแดนของตน (to consider, in good faith, moderating the exercise of its enforcement jurisdiction) ซึ่งวิธีเดียวกันนี้ (การชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่น) ก็ได้มีการนำไปใช้ในคดี Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corp. (1962)

ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้ปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย เพื่อกำหนดขอบเขตของการใช้ Sherman Act นอกดินแดน โดยได้กล่าวถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ศาลนี้นำมาใช้เพื่อพิจารณาในเรื่องส่วนได้เสียตามองค์ประกอบข้อ 3 จากข้อเท็จจริงของคดีนี้ ว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาชอบที่จะใช้อำนาจเหนือการกระทำที่ Timberlane อ้างว่าทำให้ตนเสียหายได้หรือไม่ โดยปัจจัยดังกล่าวได้แก่

1. ระดับความขัดกันของกฎหมายหรือนโยบายของต่างประเทศ
2. สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง
3. ที่ตั้งหรือสถานที่ประกอบการหลักขององค์กรนั้น ๆ
4. การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐนั้น ๆ จะก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือไม่
5. ความสำคัญของผลกระทบที่มีต่อประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะมีต่อประเทศอื่น
6. เจตนาของผู้กระทำความผิดว่าต้องการให้เกิดผลกระทบต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่
7. ความคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลกระทบต่อประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ยังได้ชี้ว่าเมื่อพิจารณาทั้ง 7 ปัจจัยแล้ว ต้องได้ความว่าส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีมากพอที่จะสนับสนุนการใช้อำนาจนอกดินแดน

ดังนั้นศาลอุทธรณ์จึงเห็นว่าคำตัดสินของศาลชั้นต้นยังไม่ครอบคลุมถึงประเด็นทั้ง 3 ดังกล่าว เนื่องจากว่าคำพิพากษาศาลชั้นต้นวินิจฉัยแต่เพียงว่าการกระทำที่โจทก์กล่าวหาว่าเป็นการกระทำความผิดมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงและที่มิได้สำคัญต่อการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ศาลอุทธรณ์มุ่งเน้นไปที่การพิจารณาปัจจัยที่ 3 ว่าในกรณีนี้เป็นที่ชัดเจนว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีส่วนได้เสียมากกว่าของประเทศฮอนดูรัส และทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ ถึงแม้ว่าจำเลยบางคนจะเป็นคนสัญชาติฮอนดูรัส และการดำเนินธุรกิจส่วนใหญ่กระทำในฮอนดูรัส แต่ในเมื่อไม่ปรากฏว่ามีความขัดกันระหว่างกฎหมายหรือนโยบายของฮอนดูรัสกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและก็ไม่มีความขัดกันของส่วนได้เสียของทั้งสองประเทศ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาหลักทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ ศาลชั้นต้นจึงมีเขตอำนาจในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์จึงได้พิพากษาให้ย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการสอบสวนพิจารณาพิพากษารูปคดีต่อไป

California v. Hartford Fire Insurance Co. case (Nos. 91-1111, 91-1128) (1993)³⁹

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

โจทก์ในคดีนี้ ได้แก่ รัฐทั้ง 19 รัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา และบริษัทเอกชนอีกจำนวนหนึ่ง โดยโจทก์ได้ยื่นฟ้องจำเลย ซึ่งได้แก่ บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศ 4 บริษัท (ได้แก่ Hartford Fire Insurance Company, Allstate Insurance Company, CIGNA Corporation และ Aetna Casualty and Surety Company), บริษัทผู้ขายประกันภัยต่อให้แก่บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศ, สมาคมด้านการประกันภัย 2 สมาคม (ได้แก่ Insurance Service Office หรือ ISO และ Reinsurance Association of America), นายหน้าผู้จัดจำหน่ายการประกันภัยต่อในประเทศจำนวน 1 บริษัท และผู้รับประกันภัยต่ออีกจำนวนหนึ่งที่ดำเนินธุรกิจในประเทศอังกฤษ

จำเลยทั้งหมดถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act โดยการสมคบกัน ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบีบบังคับบริษัทผู้รับประกันภัยบริษัทอื่นภายในประเทศให้เปลี่ยนข้อกำหนดมาตรฐานในกรมธรรม์ประเภทความรับผิดทั่วไปทางการค้า (commercial general liability insurance policy⁴⁰) ให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในกรมธรรม์ที่บริษัทผู้รับประกันภัยใน

³⁹ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

⁴⁰ CGL insurance เป็นประกันภัยที่คุ้มครองความเสียหายที่บุคคลที่สามเรียกร้องเอาจากผู้เอาประกันภัย

ประเทศทั้ง 4 บริษัทต้องการจำหน่าย กล่าวคือ Hartford และ บริษัทผู้รับประกันภัยอีก 3 บริษัท ซึ่งเป็นจำนวนในคดีนี้ รวมทั้ง บริษัทผู้รับประกันภัยอื่น ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกรมธรรม์ประเภทที่ความรับผิดชอบของบริษัทผู้รับประกันภัยขึ้นอยู่กับ การเกิดขึ้นของภัย (“occurrence based” liabilities policies) ซึ่งเป็นกรมธรรม์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในขณะนั้น และ ISO ได้รวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลความเสียหายสำหรับกรมธรรม์ประเภทนี้ด้วย โดยภายใต้กรมธรรม์ประเภทนี้ บริษัทผู้รับประกันภัยจะรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาของกรมธรรม์ โดยไม่คำนึงถึงว่าอันตรายจากความเสียหายดังกล่าวจะปรากฏขึ้นเมื่อใดและผู้เอาประกันภัยได้ยื่นข้อเรียกร้องเมื่อใด โดยข้อกล่าวหาของโจทก์คือ จำนวนที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศได้พยายามที่จะยกเลิกการใช้กรมธรรม์ประเภทดังกล่าว และใช้กรมธรรม์ประเภทที่ความรับผิดชอบของบริษัทผู้รับประกันภัยขึ้นอยู่กับ การยื่นข้อเรียกร้อง (“claims made based” liabilities policies) โดยจะให้ความคุ้มครองเฉพาะภัยที่ได้มีการยื่นข้อเรียกร้องภายในกำหนดเวลาของกรมธรรม์และสำหรับภัยที่เกิดขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น (retroactive date provision) โดยข้อดีของกรมธรรม์ประเภทนี้ คือ ผู้รับประกันภัยจะสามารถจัดความเสียหายของตนไปได้ เมื่อกรมธรรม์สิ้นสุดอายุโดยที่ผู้เอาประกันภัยไม่ได้ยื่นข้อเรียกร้องเพื่อให้ผู้รับประกันภัยจ่ายค่าเสียหายสำหรับภัยใด ๆ กล่าวคือ ผู้รับประกันภัยจะรู้ถึงความเสียหายของตนได้อย่างแน่ชัดว่าตนจะต้องจ่ายค่าเสียหายตามกรมธรรม์ให้กับผู้เอาประกันภัยรายใดหรือไม่ อีกทั้งกรมธรรม์ประเภท claims made basis ยังมีข้อกำหนดเรื่อง retroactive date จะช่วยจัดความเสียหายสำหรับผู้รับประกันภัยในการที่จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนระยะเวลาที่กรมธรรม์มีผลบังคับใช้ แต่เป็นภัยที่ยังไม่ปรากฏความเสียหายหรือก่อให้เกิดอันตรายในทันที

ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่า ผู้เอาประกันภัยชอบกรมธรรม์ประเภท occurrence basis มากกว่า ดังนั้น การที่จะเปลี่ยนประเภทของกรมธรรม์จึงจะกระทำไม่ได้เลย เว้นเสียแต่ว่า ผู้รับประกันภัยรายอื่น ๆ ได้ยกเลิกการออกกรมธรรม์ประเภท occurrence basis เช่นกัน โดยในการที่จะบรรลุลวัตถุประสงค์นี้ บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศทั้งสี่ได้ชักจูงให้ ISO หยุดการให้ข้อมูลเกี่ยวกับความเสียหายที่ใช้สำหรับกรมธรรม์ประเภทดังกล่าวแก่บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศ รวมทั้งยังชักจูงให้ผู้รับประกันภัยต่อ ทั้งในประเทศและที่อยู่ในกรุงลอนดอนให้ยกเลิกการรับประกันภัยต่อ สำหรับภัยที่มาจากกรมธรรม์ประเภท occurrence basis โดยในธุรกิจประกันภัยนี้ การรับประกันภัยต่อเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นต่อบริษัทผู้รับประกันภัยมาก เพราะการรับประกันภัยต่อจะช่วยลดความเสี่ยงของบริษัทผู้รับประกันภัยในชั้นแรก ตามข้ออ้างของโจทก์กล่าวว่าการได้เข้าทำประกันภัยต่อเป็นปัจจัยที่สำคัญในการที่ผู้รับประกันภัยชั้นแรกจะตัดสินใจตกลงเข้ารับประกันภัยกับผู้เอาประกันภัยหรือไม่ การกระทำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจประกันภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา

บริษัทผู้รับประกันภัยในประเทศทั้งสี่ได้อ้างว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบตาม Sherman Act เพราะตนได้ความคุ้มกันทางกฎหมาย (immunity) ตาม McCarran-Ferguson Act ซึ่งเป็นประเด็นตามกฎหมายการประกันภัยของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะไม่ขอล่าว ณ ที่นี้ ส่วนผู้รับประกันภัยต่อในกรุงลอนดอนก็ได้กล่าวอ้างประเด็นเรื่อง ขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนของ Sherman Act หรือ Extraterritoriality กล่าวคือ ถึงแม้จะยอมรับว่าการกระทำของตนก่อให้เกิดผลอย่างมีนัยสำคัญในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ Sherman Act ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยผู้รับประกันภัยต่อในประเทศอังกฤษ เพราะว่าตนเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษและทำธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยตนได้ปฏิบัติตามกฎหมายของอังกฤษโดยชอบแล้ว ซึ่งกฎหมายอังกฤษไม่ได้ห้ามการที่จะเข้าทำความตกลงลักษณะดังที่พิพาทกันในคดีนี้ แต่กลับยอมให้มีการดำเนินการตัดสินใจร่วมกัน ซึ่งถือเป็นระบบที่เน้นการควบคุมกันเองตามลักษณะของธุรกิจประกันภัย

คำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์

ศาลชั้นต้น (District Court of California) ได้พิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในประเทศอังกฤษ โดยได้ตัดสินยกฟ้องโจทก์โดยอ้างเหตุที่ว่าศาลไม่มีเขตอำนาจเหนือจำเลยที่อยู่ในประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ ศาลชั้นต้นได้อ้างหลักเรื่องความสัมพันธ์ที่มีระหว่างประเทศ หรือ international comity ซึ่งเป็นหลักที่ศาลในคดี Timberlane Lumber Co. V. Bank of America, N.T. (1976) หรือคดี Timberlane ได้ใช้เพื่อพิจารณาประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนเช่นกัน โดยในคดีดังกล่าว ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า “กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาครอบคลุมถึงการกระทำที่กระทบต่อการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศก็ตาม (foreign conduct) เว้นเสียแต่ว่า ในกรณีดังกล่าว ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกามีน้อยเกินกว่าที่จะก่อให้เกิดความชอบธรรมแก่ศาลในการที่จะใช้เขตอำนาจศาลนอกดินแดน (too weak to justify an extraterritorial assertion of jurisdiction by the U.S.)” และเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ก็ได้หยิบยกหลักเรื่องความสัมพันธ์ที่มีระหว่างประเทศที่ได้กล่าวอ้างไว้ในคดี Timberlane เช่นกัน และได้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลโดยอาศัยหลักดังกล่าว แต่ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ที่มีระหว่างประเทศไม่ได้ห้ามศาลในคดีนี้ที่จะใช้เขตอำนาจเหนือจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในประเทศอังกฤษ เนื่องจากในกรณีนี้ส่วนได้เสียของประเทศสหรัฐอเมริกาในการป้องกันผลกระทบต่อการค้าในประเทศ มีมากกว่าส่วนได้เสียของประเทศอังกฤษในการควบคุมธุรกิจประกันภัยในประเทศของตน กล่าวคือ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า การใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกากับตลาดการประกันภัยต่อของประเทศ

อังกฤษอาจนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างมีนัยสำคัญกับกฎหมายและนโยบายของอังกฤษ โดยความขัดแย้งนี้เองเป็นเหตุผลที่จะทำให้ศาลปฏิเสธที่จะใช้เขตอำนาจเหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศ เว้นเสียแต่ว่า จะมีปัจจัยอื่นใดที่มีน้ำหนักมากกว่าความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ศาลอุทธรณ์เห็นว่าผลกระทบต่อตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา มีน้ำหนักมากกว่าความขัดแย้งที่เกรงว่าจะเกิดขึ้น จึงทำให้ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้

ประเด็นที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาและคำพิพากษาศาลฎีกา

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการบังคับใช้ของ Sherman Act ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา โดยศาลฎีกาได้กำหนดประเด็นไว้ว่าการที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าศาลชั้นต้นมีอำนาจที่จะใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของบริษัทประกันภัยที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายต่างประเทศนั้น เป็นการวินิจฉัยประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนไว้อย่างถูกต้องหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลฎีกาได้กล่าวในประเด็นนี้ว่า Sherman Act ได้วางหลักไว้ห้ามการทำสัญญา การรวมตัว หรือการสมคบกันใด ๆ ที่เป็นการกีดกันทางการค้าระหว่างรัฐ หรือการค้าในต่างประเทศโดยไม่มีเหตุอันสมควร คดีนี้นำมาซึ่งคำถามเกี่ยวกับการใช้ Sherman Act กับธุรกิจการ ประกันภัย ทั้งในและต่างประเทศ โดยโจทก์ (จำเลยอุทธรณ์) ในคดีนี้ได้กล่าวอ้างว่าจำเลยทั้งในและต่างประเทศกระทำการอันเป็นการละเมิด Sherman Act โดยการร่วมกันกระทำการอันส่งผลกระทบต่อตลาดประกันภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจำเลยที่เป็นบริษัทรับประกันภัยต่อของประเทศอังกฤษได้กล่าวอ้างว่าตามหลักความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีบางประเภท แต่ศาลฎีกาโดยเสียงข้างมากได้วินิจฉัยว่าศาลในคดีนี้มีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่เกิดในต่างประเทศดังที่พิพาทกัน และหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศก็ไม่ได้ห้ามศาลชั้นต้นในการที่จะใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับการกระทำของจำเลยที่เป็นบริษัทอังกฤษ และที่ประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษ โดยศาลฎีกาไม่ได้ตัดสินโดยพิเคราะห์ถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Timberlane* แต่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้เดินตามแนวคำพิพากษาคดี *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* (1986) และ *United States v. Aluminum Co. of America* (1945) ซึ่งใช้หลัก “purpose and effects test” ในการวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาล โดยศาลฎีกาได้กล่าวว่า การกระทำของคนต่างชาตินี้เกิดขึ้นในต่างประเทศอาจเป็นการละเมิด Sherman Act ได้ หากการกระทำดังกล่าวมีขึ้นเพื่อทำให้สภาพการแข่งขันของตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกาสึกไปและในความเป็นจริงก็เกิดผลกระทบ

อย่างมีนัยสำคัญต่อตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา (It is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States)

ในกรณีดังกล่าวนี้ ศาลฎีกาตัดสินว่าบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในกรุงลอนดอนมีส่วนเกี่ยวข้องกับการสมคบกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อบิดเบือนตลาดธุรกิจประกันภัยในประเทศสหรัฐอเมริกา และการกระทำดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อตลาดจริง การกระทำพิพาทจึงครบองค์ประกอบตามหลัก “purpose and effects test” ด้วยเหตุนี้ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีเขตอำนาจเหนือจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในลอนดอน และชอบที่จะใช้ Sherman Act เพื่อเอาผิดกับจำเลยดังกล่าว ณ จุดนี้ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาไม่เห็นด้วยกับการวิเคราะห์ของศาลอุทธรณ์ แม้ผลของคดีจะออกมาเหมือนกันก็ตาม นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้วางหลักด้วยว่า หลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศจะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการกระทำนั้นอยู่ภายใต้ Sherman Act ตามหลัก “purpose and effects test” กล่าวคือ เมื่อศาลวินิจฉัยแล้วว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศ (การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศ และไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา) ตาม Sherman Act ศาลจึงค่อยมาพิจารณาปัญหาที่ว่าความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศห้ามมิให้ศาลใช้เขตโดยอำนาจเหนือการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศหรือไม่⁴¹

ศาลฎีกาได้กล่าวต่อไปด้วยว่าหลัก purpose and effect test มีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายภายในและกฎหมายของต่างประเทศไม่อาจกระทำได้ เพราะกฎหมายของต่างประเทศบังคับให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายภายใน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายของต่างประเทศ ดังนั้น คำถามที่สำคัญของคดีนี้ก็คือ เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กับกฎหมายอังกฤษหรือไม่ โดยในคดีนี้ จำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อในกรุงลอนดอนได้อ้างว่า หากศาลปรับใช้ Sherman Act กับ การกระทำของตนย่อมก่อให้เกิดการขัดกันของกฎหมาย เพราะตนเองก็ได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแล้ว โดยในประเด็นนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่จำเลยกล่าวอ้างไม่อาจถือได้ว่าเป็นการขัดกัน หรือ conflict ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายของต่างประเทศ แต่อย่างใด โดยศาลได้กล่าวไว้ชัดว่า ข้อเท็จจริงเพียงว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่การกระทำนั้นเกิดขึ้น ไม่อาจขัดขวางการใช้กฎหมายป้องกันการ

⁴¹ ศาลในคดีนี้ได้อ้างถึงคดี *Mannington Mills, Inc. V. Congoleum Corp.* (1979). โดยศาลฎีกาในคดีดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า “Once court determines that jurisdiction exists under the Sherman Act, question remains whether comity precludes its exercise.”

ผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่ากฎหมายของรัฐดังกล่าวจะมีนโยบายสนับสนุนการกระทำความผิดก็ตาม ความขัดกันย่อมไม่เกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศไปพร้อม ๆ กันได้ และเนื่องจากว่าจำเลยไม่ได้กล่าวอ้างว่ากฎหมายอังกฤษกำหนดให้ต้องปฏิบัติในสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หรืออ้างว่าการปฏิบัติตามกฎหมายของทั้งสองประเทศเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่ากรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันของกฎหมายของทั้งสองประเทศ

ศาลฎีกาพิพากษาให้ศาลชั้นต้นรับคดีนี้ไว้พิจารณาตามกฎหมาย โดยได้วินิจฉัยว่าศาลชั้นต้นไม่อาจอ้างหลักเรื่องความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประเทศมาเพื่อยกฟ้องโจทก์ได้

ความเห็นแย้งของผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ

สำหรับประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดน ผู้พิพากษา Scalia ได้ทำความเห็นแย้ง (dissenting opinion) ไว้ในเรื่องดังกล่าว ในคดีนี้เสียงข้างมากของศาลฎีกาเห็นว่าประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนอกดินแดนเป็นประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล (jurisdictional issue) ในขณะที่ Scalia เห็นว่าเรื่องดังกล่าวไม่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลแต่อย่างใด คำถามว่า Sherman Act ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยที่เป็นคนอังกฤษหรือไม่นั้น ไม่ใช่ประเด็นในทางวิธีสบัญญัติ แต่เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติ โดยการที่จะวินิจฉัยว่า Sherman Act ใช้กับการกระทำที่มีลักษณะต่างประเทศด้วยหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งเจตนารมณ์ดังกล่าวเป็นเรื่องของเขตอำนาจเช่นกัน โดยเขตอำนาจเช่นนั้นไม่ใช่ “เขตอำนาจศาล” แต่เป็น “เขตอำนาจในการตรากฎหมาย” (legislative jurisdiction หรือ jurisdiction to prescribe) ซึ่งเขตอำนาจในการตราภาษานี้มีข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศ

ในขั้นแรก Scalia อธิบายข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมครอบคลุมเฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง ซึ่ง Scalia เห็นด้วยกับเสียงข้างมากของศาลนี้ที่วินิจฉัยว่า ปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับแล้วว่า Sherman Act ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย เมื่อได้คำตอบในขั้นแรกแล้ว Scalia ก็ได้อ้างความเห็นของผู้พิพากษา Marshall ที่ได้กล่าวไว้ในคดี *Murray v. The Charming Betsy* (1804) ว่า “แม้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ Sherman Act ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นนอกดินแดนด้วย แต่เราต้องไม่ตีความการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติให้กว้างจนขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ” จากนั้น Scalia ได้สรุปจากคดีดังกล่าวว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้จำกัดขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายเอาไว้ และให้ความเห็นว่าการตรากฎหมายที่ใช้ นอกดินแดนจะเป็นการละเมิดหลักกฎหมายระหว่าง

ประเทศ หากการใช้กฎหมายภายในกับการกระทำนอกดินแดนดังกล่าวไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่ง Scalia ได้ยอมรับหลักใน Restatement of International Law⁴² ว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการตรา กฎหมายที่สมเหตุสมผล กล่าวคือ ตาม Restatement of International Law รัฐใดรัฐหนึ่งย่อมมีอำนาจ ในการตรากฎหมายเพื่อใช้ในดินแดนของตน แต่รัฐควรที่จะเว้นจากการตรากฎหมายที่มีผลไปถึง การกระทำที่เกี่ยวกับบุคคล หรือกิจกรรมใด ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐอื่น ๆ หากการใช้อำนาจใน การตรากฎหมายที่ให้มีผลนอกดินแดนนั้นเป็นไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร

การที่จะพิจารณาว่ากรณีใดมีเหตุอันสมควรหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาปัจจัย หรือ จุดเกาะเกี่ยวต่าง ๆ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ใน Restatement of International Law ได้แก่

- ระดับของกิจกรรมนั้น ๆ ว่าส่งผลในรัฐที่ออกกฎหมายมากเพียงใด
- ความเกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่น สัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐที่ ออกกฎหมายกับบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในกิจกรรมที่จะถูกควบคุม
- กิจกรรมที่จะถูกควบคุมมีลักษณะ (character) อย่างไร
- ความสำคัญของการควบคุมมีต่อรัฐที่จะออกกฎหมายมากน้อยเพียงใด
- การกระทำนั้น ๆ มีรัฐอื่นควบคุมแล้วหรือไม่
- การควบคุมโดยรัฐที่จะออกกฎหมายเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่
- ส่วนได้เสียของรัฐอื่นในการกระทำที่จะถูกควบคุมมีมากน้อยเพียงใด
- แนวโน้มที่จะเกิดความขัดกันระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งมีสูงเพียงใด

⁴² Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United State เป็นการรวบรวม กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายภายในที่มีผลในทางต่างประเทศ หรือที่ มีผลสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการ รวบรวมหรือนำมากล่าวซ้ำ (restated) นั้น ส่วนใหญ่แล้วมักมีที่มาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) และบรรดาความตกลงระหว่างประเทศ (International agreements) ที่ประเทศ สหรัฐอเมริกาเป็นสมาชิก ส่วนกฎหมายภายในที่นำมารวบรวมมักเป็นกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ Federal law ซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญบ้าง กฎหมายของสภาองเกรสบ้าง หรืออาจมีที่มาจากคำตัดสินของ ศาลสูง

Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United State ประกอบไปด้วยหลัก กฎหมายที่ศาลพึงปรับใช้กับกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Restatement นี้ แบ่งออกเป็น 9 ส่วน ได้แก่ 1. กฎหมายระหว่างประเทศกับความสัมพันธ์กับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 2. บุคคลใน ทางกฎหมายระหว่างประเทศ 3. ความตกลงระหว่างประเทศ 4. เขตอำนาจศาลและคำพิพากษา 5. กฎหมายทะเล 6. กฎหมายสิ่งแวดล้อม 7. ความคุ้มครองบุคคล (บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล) 8. กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ 9. การเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ

Scalia มีความเห็นว่า การกระทำส่วนใหญ่ของจำเลยที่เป็นบริษัทผู้รับประกันภัยต่อของ ประเทศอังกฤษ และที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งทำให้อังกฤษมีส่วนได้เสียในการที่จะควบคุม การกระทำของจำเลยดังกล่าว (clearly has a heavy interest in regulating the activity) เมื่อพิจารณา จากปัจจัยที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว Scalia เห็นว่า การใช้กฎหมายภายในกับการกระทำนอก ดินแดน ของจำเลยทั้งสี่ไม่มีเหตุอันสมควร และเป็นการไม่เหมาะสมที่จะกล่าวว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ Sherman Act ครอบคลุมถึงการกระทำของจำเลยทั้งสี่ดังเช่นที่ปรากฏในคดีนี้ แต่อย่างไรก็ดี Scalia ก็ไม่ได้กล่าวโดยละเอียดว่าเหตุใดเมื่อพิจารณาเลือกกฎหมายตามปัจจัยที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว กรณี ควรจะใช้กฎหมายอังกฤษบังคับกับการกระทำของจำเลยทั้งสี่มากกว่าที่จะใช้กฎหมายของประเทศ สหรัฐอเมริกา

การที่ศาลนี้วินิจฉัยว่า “เนื่องจากกรณีถือไม่ได้ว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายประเทศ สหรัฐอเมริกากับกฎหมายอังกฤษ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีอำนาจที่จะปรับใช้ Sherman Act กับ การกระทำของจำเลยทั้งสี่” นั้น Scalia เห็นว่าการปรับใช้ Sherman Act ตามแนววินิจฉัย ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อส่วนได้เสียโดยชอบของประเทศอื่น เพราะอันที่จริงแล้ว คำว่า “ความขัดกัน” ต้องแปลความตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย (conflicts of laws) ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย คำว่า “ความขัดกัน” หมายถึง สภาวะที่มีกฎหมาย มากกว่าหนึ่งประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง และเมื่อแปลความคำว่า “ความขัดกัน” ตามกฎหมายดังกล่าว กรณีตามคดีนี้จึงถือได้ว่ามีความขัดกันของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว การพิจารณาเลือกกฎหมายที่จะปรับ ใช้ตามหลักของกฎหมายขัดกันจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ Scalia ก็ได้ย้ำถึงปัจจัยที่บัญญัติไว้ใน Restatement of International Law ว่าเป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาเมื่อถึงขั้นตอนของการเลือก กฎหมาย แต่ศาลนี้ไม่ได้ใช้แนวทางการวิเคราะห์อย่างที่ว่า Scalia เห็นว่าควรจะเป็น

3.3 มมาตรการทางกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศในทวีปยุโรปส่วนใหญ่ประสบความเสียหายอย่าง ร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจึงตระหนักว่าอนาคตของยุโรปจะดำรงต่อไปได้ก็ด้วย ความสมัครสมานสามัคคีกัน และรวมยุโรปเข้าด้วยกันให้มีเอกภาพ โดยการหันหน้าเข้าหากันและ ลงมือดำเนินการจัดอุปสรรคต่าง ๆ อย่างจริงจัง โดยมีเจตจำนงที่จะสร้างสันติภาพถาวรเพื่อให้มี อำนาจทางเศรษฐกิจที่ยุโรปเคยมีมาแต่เก่าก่อนกลับคืนมาสู่ยุโรปอีกครั้งหนึ่ง

ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปเห็นพ้องต้องกันว่า การรวมตัวเป็นกลุ่มก้อนจะเป็นรูปแบบที่ดีที่ สุดที่จะปรับปรุงการใช้ความสามารถทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของประเทศในยุโรป ทั้งเป็นการ เพิ่มพูนประสิทธิภาพของยุโรป เพื่อให้ทันกับความจำเป็นและความต้องการของโลกสมัยใหม่ เช่น

การมีวิสาหกิจต่าง ๆ เพิ่มขึ้น ซึ่งถ้าพึ่งประเทศใดประเทศหนึ่งในยุโรปไม่สามารถดำเนินการได้แต่เพียงลำพัง เนื่องจากการขาดแคลนทรัพยากรที่จะทำให้สามารถดำเนินการวิสาหกิจนั้นได้อย่างดี ดังนั้นเอกภาพของยุโรปจึงเป็นเงื่อนไขที่จำเป็น เพื่อให้วิสาหกิจของยุโรปได้มีตลาดภายในทวีปอย่างกว้างขวางทันกับศักยภาพ และเพื่อพัฒนาให้วิสาหกิจดังกล่าวสามารถแข่งขันกับวิสาหกิจต่าง ๆ นอกทวีปได้ด้วย

จากนั้นจึงได้มี ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้า (European Coal and Steel Community – E.C.S.C.) ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญาปารีส (Treaty of Paris) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community – E.E.C.) หรือตลาดร่วมยุโรป (European Common Market) และประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรป (European Atomic Energy Community – E.A.E.C.) ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นโดยสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่งต่อมาเมื่อปี 1965 ได้มีการรวมประชาคมทั้งสามเข้าด้วยกัน (The Merger Treaty) โดยสนธิสัญญามาสทริคต์ และถูกเรียกรวมกันว่าประชาคมยุโรป (The European Community)

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992 จึงได้มีการลงนามในสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพยุโรป (The Treaty on European Union) ที่เมืองมาสทริคต์ (Maastricht) แม้ว่าสนธิสัญญามาสทริคต์นี้จะเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อประมาณเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1993 แต่ก็ถือว่าเป็นการปฏิรูปสนธิสัญญากรุงโรมอย่างสมบูรณ์รอบด้านที่สุดครั้งหนึ่ง⁴³

โดยในปัจจุบันนี้สหภาพยุโรปมีประเทศสมาชิกอยู่รวมเป็นจำนวน 25 ประเทศ ได้แก่ เยอรมนี, ฝรั่งเศส, อิตาลี, สหราชอาณาจักร, สเปน, เบลเยียม, เนเธอร์แลนด์, กรีซ, โปรตุเกส, ออสเตรีย, สวีเดน, เดนมาร์ก, ไอร์แลนด์, ฟินแลนด์, ลักเซมเบิร์ก, ไซปรัส, เอสโตเนีย, ฮังการี, สาธารณรัฐเชก, ลัตเวีย, ลิทัวเนีย, มอลต้า, โปแลนด์, สโลวาเกียและสโลวาเนีย

นโยบายแห่งความร่วมมือของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาดที่สำคัญก็คือ นโยบายตลาดร่วม หมายถึงการจัดตั้งตลาดร่วมระหว่างประเทศสมาชิกให้เป็นผลสำเร็จให้สามารถพึ่งตนเองได้โดยไม่ต้องพึ่งประเทศนอกกลุ่ม การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าภายในกลุ่มให้เป็นไปโดยเสรี ปราศจากอุปสรรคทางการค้าใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาษีศุลกากร หรือการจำกัดโควตาสินค้า การกำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขันร่วมกัน นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้แรงงาน บริการ และเงินทุนเคลื่อนย้ายได้โดยเสรีระหว่างประเทศสมาชิก ทั้งหมดนี้ก็เพื่อให้การแข่งขันทางการค้าเป็นไปโดยเสรีและยุติธรรม⁴⁴

⁴³ อภิญา เลื่อนฉวี. (2546). กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. หน้า 373 - 436.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปนั้นจะเป็นระบบควบคุมพฤติกรรม ทั้งนี้ก็เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการรวมตัวกันเป็นสหภาพยุโรปนั้นแท้จริงแล้วก็เพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจที่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงให้กลับมามีอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างที่เคยมี เพื่อให้ระบบเศรษฐกิจของยุโรปมีศักยภาพพอแข่งขันกับชาติต่าง ๆ ได้ อีกทั้งธุรกิจบางอย่างอยู่ภายใต้ข้อจำกัดการประหยัลดต่อขนาด ดังนั้นกฎหมายของสหภาพยุโรปจึงไม่สามารถนำระบบควบคุมโครงสร้างมาใช้ได้ เพราะจะทำให้ไม่สมกับประโยชน์ของประเทศสมาชิกอย่างยิ่ง

3.3.1 พัฒนาการและเหตุผลในการออกกฎหมาย

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป ที่บัญญัติใน EC Treaty นั้น มีลักษณะเป็นกฎหมายหลักของประเทศสมาชิกกลุ่มสหภาพยุโรป ทั้งนี้หากพิจารณาแนวทางในการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นว่ามีความหมายประเภทนี้อยู่หลายแบบ และมีอยู่หลายฉบับด้วยกัน ซึ่งจะแตกต่างจากแนวทางการควบคุมพฤติกรรมอันเป็นการจำกัดการแข่งขันของสหภาพยุโรปที่มีหลักสำคัญอยู่ที่มาตรา 81 (การจำกัดการแข่งขันทางการค้า) และมาตรา 82 (การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ) ของ EC Treaty ดังกล่าว และหากมองในแง่ปฏิบัติการมีหลักกฎหมายที่สำคัญเพียงแห่งเดียวนี้ก็ทำให้การปฏิบัติงานแก้ไขปัญหามหาการผูกขาดเป็นไปได้ง่ายขึ้นอีกด้วย

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปนั้น เริ่มแรกเดิมทีจะมีปรากฏอยู่ในสนธิสัญญากรุงโรม ซึ่งต่อมากลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) โดยคณะกรรมการยุโรป (The European Commission) ได้มีการออก EC Treaty ขึ้นมาใช้บังคับแทน แต่ในเนื้อหาที่สำคัญของการควบคุมการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด โดยมีการนำ มาตรา 85 และมาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม มาบัญญัติอยู่ในมาตรา 81 และมาตรา 82 ของ EC Treaty ด้วย

วัตถุประสงค์ทางตรงของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป คือเพื่อส่งเสริมการรวมตัวเป็นหนึ่งเดียวกันของตลาดร่วมยุโรป ส่วนวัตถุประสงค์ทางอ้อมของกฎหมายดังกล่าว จะเน้นความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมภายในโดยรวมของกลุ่มประเทศสมาชิกเป็นหลัก และหากเปรียบเทียบกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว อาจสรุปได้ว่า ทางประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความสำคัญและเน้นถึงแนวความคิดที่ว่า การแข่งขันที่เสรีในตัวเองนั้นจะก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยกลไกตลาด (Market Mechanism) เป็นสำคัญ และในขณะที่เดียวกันบทบาทของรัฐบาลที่มีส่วนเกี่ยวข้องนั้นก็ควรจะให้เข้ามามีบทบาทให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น แต่สำหรับทางสหภาพยุโรปจะเน้นถึงประสิทธิภาพในเชิง

เศรษฐกิจเป็นสำคัญ โดยให้ได้มาซึ่งความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ และจะมีวัตถุประสงค์ที่มีหน้าที่คอยสนับสนุนและส่งเสริมซึ่งกันและกันได้แก่ วัตถุประสงค์ทางตรง และวัตถุประสงค์ทางอ้อม ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น⁴⁵

ในทางทฤษฎีแล้ว นักวิชาการทั่วไปต่างมีความเห็นเหมือนกันว่า นโยบายการแข่งขันทางการค้า (Competition policy) ควรจะทำหน้าที่ในลักษณะที่ขนานไปด้วยกันกับนโยบายอุตสาหกรรม (Industrial policy) ด้วย เพราะประเทศที่พัฒนาแล้วส่วนใหญ่ในปัจจุบันจะให้ความสำคัญกับทั้งสองนโยบายนี้ไปพร้อม ๆ กัน ในระดับที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งนโยบายทั้งสองนี้ หากมองดูภายนอกแล้วอาจมีความขัดแย้งกันเอง กล่าวคือ นโยบายการแข่งขันทางการค้าถือได้ว่าเป็นนโยบายที่ส่งเสริมและสนับสนุนการแข่งขันทางธุรกิจ โดยคอยควบคุมพฤติกรรมและกำหนดกฎระเบียบในการแข่งขันให้มีความเป็นธรรมมากที่สุดภายใต้สภาพโครงสร้างตลาดของแต่ละอุตสาหกรรมหรือแต่ละประเทศ ในขณะที่นโยบายอุตสาหกรรมเป้าหมายจะเน้นถึงการส่งเสริมความก้าวหน้าของอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรมหนึ่งที่รัฐได้ให้ความสนใจและควบคุมดำเนินการเป็นพิเศษ โดยมีเป้าหมายคือเพื่อให้อุตสาหกรรมดังกล่าวนั้นสามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้ ดังนั้นในบางครั้งรัฐอาจใช้วิธีในการให้บรรลู่ถึงเป้าหมาย โดยการอนุญาตให้มีการรวมกลุ่มกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Cartel) ของผู้ประกอบการธุรกิจในอุตสาหกรรมนั้น ๆ หรือการนำระบบการขออนุญาต (License) โดยรัฐเป็นผู้ควบคุมทั้งหมด ซึ่งการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้โดยรัฐถือได้ว่าเป็นการขัดกับนโยบายหรือกฎหมายส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า เพราะฉะนั้น การให้ความสมดุลระหว่างสองนโยบายจึงเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและสำคัญมาก เพราะที่ผ่านมามีความขัดแย้งระหว่างสองนโยบายนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหา และมุมมอง หรือทัศนคติที่แตกต่างกันตลอดมา อีกทั้งปัญหาเรื่องความสำคัญของผู้บริโภคก็เป็นปัญหาที่สำคัญอีกปัญหาหนึ่ง เพราะฉะนั้นนอกเหนือจากการเน้นถึงประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจแล้ว ผลประโยชน์ของผู้บริโภคที่ควรจะได้รับซึ่งรวมถึงการคุ้มครองผู้บริโภคก็เป็นปัญหาที่ไม่สามารถมองข้ามไปได้เช่นเดียวกัน

3.3.2 ลักษณะและแนวทางในการใช้กฎหมาย

การดำเนินคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป ส่วนมากจะตั้งอยู่บนหลักของมาตรา 81 ซึ่งคล้ายกับมาตรา 1 ใน Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อห้ามการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขันไว้อย่างกว้างขวาง มาตรานี้ยังอาจเปรียบเทียบกับกฎหมาย Clayton Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากทั้งยังได้อธิบายตัวอย่างของพฤติกรรมที่เป็นการ

⁴⁵ อภิญา เกื้ออนันต์, แห่งเดิม.

จำกัดการแข่งขันไว้หลายกรณีที่เป็นข้อห้ามตามมาตรา 81 เช่น การกำหนดราคาจะถูกห้าม หากได้กระทำลงไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ อย่างไรก็ตามพฤติการณ์ดังกล่าวจะต้องมีผลกระทบต่ออย่างสำคัญต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก เนื่องจากในมาตรา 81 (3) นี้ได้ยกเว้นการตกลงร่วมกันที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค และไม่ได้เป็นผลเสียต่อการแข่งขันมากเกินไป

สำหรับมาตรา 82 เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีลักษณะแตกต่างกันเนื่องจากมาตรา 82 ไม่ได้บัญญัติห้ามการผูกขาด หรือการมีฐานะทางการตลาดเหนือผู้อื่นไว้อย่างชัดเจน หากแต่ได้อนุญาตเป็นนัย ๆ ว่าผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งรายใด หรือหลายรายภายในประเทศสมาชิกสามารถรักษาสถานะทางการตลาดเหนือผู้อื่นได้ เพียงแต่ห้ามมิให้นำอำนาจทางการตลาดนั้นไปใช้ในทางที่มีขอบเท่านั้น ทั้งการรวมตัวของผู้ประกอบการธุรกิจรายใหญ่ในกิจการประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นประกอบการธุรกิจรายเดียวโดยการควบรวมเข้าด้วยกันหรือวิธีการตกลงร่วมกันประการอื่น ๆ ก็ไม่เป็นข้อห้าม เว้นแต่การมีฐานะทางการตลาดนั้นก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมและเศรษฐกิจ

จากข้อยกเว้นตามมาตรา 81 (3) และแนวความคิดของการใช้อำนาจในทางที่มีขอบตามมาตรา 82 นั้น ทำให้เห็นข้อแตกต่างของแนวทางในการใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในบทบัญญัติกฎหมายของสหภาพยุโรป การตกลงร่วมกันจำกัดทางการค้าจะไม่เป็นความผิดเด็ดขาด โดยการพิจารณาตัดสินแต่ละคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดทางการค้าของสหภาพยุโรปจะต้องพิจารณาหลักแห่งเหตุผลเป็นกรณี ๆ ไป (Rule of Reason)⁴⁶

การไม่มีบทบัญญัติความผิดเด็ดขาดในกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีความเข้มงวดต่อพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงเป้าหมายที่อยู่เบื้องหลังการออกกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่แตกต่างกัน โดยขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีเป้าหมายอยู่ที่การแข่งขันเสรี แต่เป้าหมายการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปอยู่ที่ความมีเหตุผล กล่าวคือ ส่งเสริมประสิทธิภาพและพัฒนาการทางเศรษฐกิจโดยการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นหลักแห่งเหตุผลนี้คือการมองไปถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการตกลงร่วมกัน เพื่อดูว่าจะมีผลดีอย่างไรที่จะสามารถอธิบายได้ เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าน้ำมันต่าง ๆ เพื่อขายน้ำมันในราคาที่ตกลงกันไว้ สามารถกระทำได้ตามหลักการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ตามแนวความคิดนี้จะนำผลดีและผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้ามาชั่งน้ำหนัก เช่น การตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าน้ำมันต่าง ๆ เพื่อขายน้ำมันในราคาที่ตกลงกันไว้ดังตัวอย่าง

⁴⁶ Timothy J. Grendell. Op.cit.

ข้างต้น มีแนวโน้มว่าจะถูกห้ามเนื่องจากเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวราบอย่างชัดเจน

47

การกำหนดในเรื่องข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย และการกระทำการพิสูจน์ตามแนวทางกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น พฤติกรรมร่วมกันตกลงทางธุรกิจจะถูกสันนิษฐานว่าถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้งคณะกรรมการยุโรป (The European Commission) ยังต้องมีภาระพิสูจน์ว่า พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันมีผลกระทบอย่างมากต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก หรือมีการใช้อำนาจอันเกิดจากการมีฐานะเหนือผู้อื่นในตลาดไปในทางที่มีขอบ ซึ่งก็จะต่างกับแนวทางของกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเช่นกัน

3.3.3 สารสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจ

จากวิวัฒนาการของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรปที่กล่าวมา หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการป้องกันการผูกขาดของสหภาพยุโรป ซึ่งมีปรากฏอยู่ในมาตรา 81 และมาตรา 82 ของ EC Treaty ด้วย ในหัวข้อนี้จึงขอบรรยายสารสำคัญของมาตรา 81 และมาตรา 82 เป็นลำดับดังนี้

“Article 81 : 1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market; all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention[,] restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

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

⁴⁷ Timothy J. Grendell. Op.cit.

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

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

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

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

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

มาตรา 81 : 1. การกระทำความดังต่อไปนี้จะถูกห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม การตกลงทุกชนิดระหว่างผู้ประกอบการค้า Ứตติข้อตกลงของสมาคมผู้ประกอบการค้า และการปฏิบัติร่วมกัน ซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และเป็นการมุ่งหรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดร่วม หรือก่อให้เกิดผลดังกล่าว และโดยเฉพาะในกรณี

(ก) กำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขการค้าอื่น ๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อม

(ข) จำกัดหรือควบคุมการผลิต, ตลาด, การพัฒนาทางเทคนิค หรือการลงทุน

(ค) ร่วมแบ่งตลาด หรือแหล่งจัดเสนอสินค้าและบริการ

(ง) ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่น ๆ ซึ่งทำให้คู่ค้าอื่นเหล่านั้นอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบทางการแข่งขัน

(จ) กำหนดให้การเข้าทำสัญญาใด ๆ อยู่ภายใต้การยอมรับของคู่สัญญาอื่น ๆ เพื่อให้มีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งตามลักษณะและการค้าทั่วไปจะไม่มีกำหนดเนื้อหานั้นไว้ในสัญญา

2. ข้อตกลง หรือข้อตกลงใด ๆ ที่ถูกห้ามตามมาตรานี้ จะถือเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ

3. บทบัญญัติตามข้อ 1 อาจจะถูกแจ้งมิให้นำมาใช้ได้ในกรณีของ

- ข้อตกลง หรือประเภทของข้อตกลงใดระหว่างผู้ประกอบการค้า
- วัตถุประสงค์ข้อตกลง หรือประเภทของวัตถุประสงค์ข้อตกลงใดของสมาคมผู้ประกอบการค้า
- การปฏิบัติร่วมกัน หรือประเภทของการปฏิบัติร่วมกันใด ๆ

ซึ่งทำให้เกิดการพัฒนาการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการ หรือทางเศรษฐกิจ ในขณะที่ต้องให้ผู้บริโภคมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้น และจะต้องไม่

(ก) กำหนดข้อจำกัดต่าง ๆ ที่ไม่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เหล่านี้ให้ผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม

(ข) ทำให้ผู้ประกอบการค้านั้น มีความสามารถในการกำจัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เป็นปัญหา

“Article 82 : Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

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

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

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

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

มาตรา 82 : การใช้อำนาจใด ๆ โดยผู้ประกอบการค้าหนึ่งฝ่ายหรือมากกว่านั้น อันเกิดจากการมีฐานะเหนือผู้อื่นในทางที่มีขอบภายในตลาดร่วม หรือในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จะถูกห้ามเนื่องจากไม่สอดคล้องกับตลาดร่วม เท่าที่การใช้อำนาจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก

การกระทำที่เป็นความผิดนั้น ๆ อาจจะประกอบด้วย

(ก) การกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขทางการค้าอื่นที่ไม่เป็นธรรม ทั้งทางตรง และทางอ้อม

(ข) การจำกัดการผลิต, ตลาด, การพัฒนาทางเทคนิค ในอันที่จะสร้างความไม่เป็นธรรม ต่อผู้บริโภค

(ค) การใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่น ๆ ซึ่งทำให้ คู่ค้าอื่นเหล่านั้นอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบทางการแข่งขัน

(ง) การกำหนดให้การทำสัญญาใด ๆ อยู่ภายใต้การยอมรับของคู่สัญญาอื่น ๆ เพื่อให้ มีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งตามลักษณะและตามการค้าทั่วไปจะไม่มีกำหนดเนื้อหานี้ไว้ในสัญญา

เห็นได้ว่า EC Treaty ก็ได้บัญญัติในแนวทางที่จะป้องกันเรื่องของบรรดาข้อตกลง, การ ตัดสินใจโดยการร่วมกัน และปฏิบัติร่วมกันด้วยเช่นกัน โดยกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ ที่ไม่ สอดคล้องกับตลาดร่วมของตลาดสินค้าหรือบริการ ซึ่งแม้เพียงอาจจะส่งผลต่อการค้าระหว่างรัฐ สมานิก และส่งผลต่อการป้องกัน, การกีดกัน หรือการบิดเบือนทางการแข่งขัน ภายในตลาดทั่ว ๆ ไปก็จะมีผลตามสนธิสัญญานี้ แม้สนธิสัญญานี้จะได้วางหลักกว้าง ๆ ไว้แล้วก็ยังได้กำหนด การกระทำที่เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะอีกตามมาตรา 81 ข้อ 1 (ก) (ข) (ค) (ง) และ (จ) ได้แก่ การกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือเงื่อนไขการค้าอื่น ๆ การจำกัดหรือควบคุมการผลิต, ตลาด, การ พัฒนาทางเทคนิค หรือการลงทุน การร่วมแบ่งตลาด หรือแหล่งจัดเสนอสินค้าและบริการ การใช้ เงื่อนไขที่แตกต่างกับการดำเนินการทางธุรกิจที่เท่ากันต่อคู่ค้าอื่น และการทำสัญญาเพื่อให้คู่สัญญา อื่นมีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น

ส่วนมาตรา 82 จะคอยควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด คล้าย กับมาตรา 2 ของกฎหมาย Sherman Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อ ป้องกันสภาพตลาดทั่ว ๆ ไปของแต่ละตลาดสินค้าและบริการ ที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่าง ประเทศสมานิก ในรูปแบบกว้าง ๆ แต่มีการกำหนดบางพฤติกรรมไว้โดยเฉพาะด้วย และมาตรา 82 นี้มักจะมิได้นำมาใช้ในกรณีที่มีการร่วมมือกันกับผู้ประกอบการค้ารายอื่น แม้ว่าตัวบทจะได้ หมายความว่ารวมไปถึงการร่วมมือกันของผู้ประกอบการค้าด้วย โดยสามารถสังเกตได้จากคำว่า “one or more undertakings” แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ในกรณีที่เกิดการร่วมมือกันลักษณะเช่นนี้จะนำมาตรา 81 มาบังคับใช้แทนมากกว่า

อย่างไรก็ตามสำหรับในเรื่องการร่วมกันสมคบของผู้แข่งขันทางการค้า, การรวมกันของ ผู้แข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 81 ยังได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นในบางพฤติกรรมที่จะไม่นำข้อห้าม ดังกล่าวมาบังคับใช้ ดังจะได้บรรยายในหัวข้อถัดไป

3.3.4 บทยกเว้น

ตาม EC Treaty มาตรา 81 ข้อ 3 กำหนดให้บทบัญญัติในมาตรา 81 ข้อ 1 ไม่ให้นำมาใช้ในกรณีของข้อตกลง การตัดสินใจร่วมกัน หรือข้อปฏิบัติร่วมกันใด ๆ ที่เป็นการพัฒนาการผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือการส่งเสริมความก้าวหน้าทางวิชาการหรือทางเศรษฐกิจ โดยมีเงื่อนไข และข้อจำกัดว่าผู้บริโภคต้องมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรม และจะต้องเป็นการกระทำที่จำเป็น ทั้งยังต้องไม่เป็นการกำจัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ

หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาบทยกเว้นตามมาตรา 81 ข้อ 3 สามารถแบ่งเงื่อนไขออกได้เป็น 2 ส่วนด้วยกัน⁴⁸ คือ

1. เงื่อนไขในเชิงบวก (Positive Conditions)

ก. การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มุ่งเน้นสู่การปรับปรุงการผลิตหรือกระบวนการจำหน่าย หรือเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิชาการ และทางเศรษฐกิจ

ยกตัวอย่างเช่น 1. การใช้วิธีการลดต้นทุนในการผลิตหรือการจัดจำหน่าย รวมทั้งการรักษาระดับราคาขายโดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาคุณภาพสินค้า 2. การพัฒนาระบบการจัดจำหน่ายสินค้า โดยสนับสนุนให้มีการเพิ่มจำนวนผู้แทนจำหน่ายและจำนวนของสินค้าให้มากขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภค และยังเป็นการเพิ่มทางเลือกให้กับผู้บริโภคอีกด้วย 3. การพัฒนาสินค้าประเภทที่ใหม่ ๆ ซึ่งมีการอนุญาตให้มีการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในระดับหนึ่ง

ข. ผลประโยชน์ที่ได้รับในเชิงเศรษฐกิจนั้น จะต้องถูกนำมาแบ่งสรรให้กับผู้บริโภคอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

คำว่า “ผู้บริโภค (Consumers)” ในที่นี้มีได้มีความหมายเพียงแค่ผู้บริโภคขั้นสุดท้ายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ที่มีความต้องการสินค้าดังกล่าวทั้งในทางตรงและทางอ้อม ส่วนคำว่า “ผลประโยชน์ (Benefit)” หมายถึง ผลประโยชน์อันเกิดมาจากการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าได้ส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับผลประโยชน์จากการทำสัญญากับผู้ขายหรือผู้ผลิต ยกตัวอย่างเช่น การลดราคาจำหน่าย การพัฒนาคุณภาพสินค้า การเพิ่มปริมาณการจำหน่าย ระบบการจำหน่ายที่มีคุณภาพ การเพิ่มให้มีบริการหลังการขายตลอดจนการรับประกันหรือซ่อมแซมให้กับผู้บริโภค หากมองจากฝ่ายผู้บริโภคแล้ว การที่ผู้บริโภคได้เข้ามามีส่วนร่วมในการได้รับผลประโยชน์อันเกิดมาจากการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในลักษณะตัวอย่าง

⁴⁸ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ค เล่มเดิม. หน้า 31 - 33.

ข้างต้นนั้นสามารถพิจารณาได้ว่า หากผลประโยชน์ดังกล่าวที่ผู้บริโภครับจากการทำสัญญาซื้อขายอยู่ในระดับที่มากกว่าความเสียหาย หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการ ในกรณีนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2. เงื่อนไขในเชิงลบ (Negative Conditions)

ก. การจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายนั้น ๆ

ในกรณีนี้จะหมายถึง การร่วมมือกันที่ได้รับอนุญาตโดยการนำมาใช้ให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น 1. สัญญาผูกขาดระหว่างผู้ผลิตและผู้ขายโดยการบังคับมิให้แข่งขัน หรือการกำหนดหน้าที่ในการขายและซื้อสินค้าให้กับผู้บริโภคนอกเขตที่ได้ตกลงกันไว้ 2. สัญญาที่เกี่ยวข้องกับวิทยาการเฉพาะทาง ในบางครั้งอนุญาตให้มีการกีดกันสิทธิของผู้อื่นซึ่งกันและกันในส่วนของการร่วมกันวิจัยและพัฒนา (R&D) หรือในส่วนของสัญญาให้ความร่วมมือทางด้านเทคโนโลยี 3. สัญญาการอนุญาตการใช้สิทธิบัตร โดยให้ความสำคัญและเน้นทางด้านการพัฒนาทางเทคโนโลยีเป็นหลักและอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่ได้กำหนดไว้ เช่น การกำหนดการคุ้มครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตและเขตแดนในการกีดกันสิทธิ การห้ามการจำหน่ายสินค้าให้กับสมาชิกอื่นที่อยู่ภายในบริเวณตามที่ได้กำหนดไว้ เป็นต้น

ในขณะที่ขบวนการกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นซึ่งเกินเลยจากขอบเขตในการคุ้มครองทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของขอบเขตของเนื้อหา ช่วงเวลา หรือเขตแดน ก็ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ควรได้รับการยกเว้นแต่อย่างใด

การจำกัดการแข่งขันในกรณีการก่อตั้งบริษัทร่วมค้า (Joint venture) ในกรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ควรได้รับการยกเว้นก็ต่อเมื่อ ในกรณีที่ผลประโยชน์ที่คาดไว้นั้นไม่สามารถบรรลุตามเป้าหมายได้ โดยการทดลองใช้วิธีการอื่น และในท้ายที่สุดจำเป็นที่จะต้องใช่วิธีการจำกัดการแข่งขันจึงจะสามารถได้ผลประโยชน์หรือกำไร การร่วมกันผลิตสินค้าจึงเป็นทางเลือกทางเดียวที่สามารถช่วยให้ต้นทุนในการผลิตลดลง และส่งผลให้เกิดผลิตภัณฑ์หรือวิธีการผลิตประเภทใหม่ ๆ ขึ้นมา นอกจากนี้การรวมตัวกันของผู้ผลิตสินค้าประเภทเดียวกัน โดยการจัดตั้งตัวแทนจำหน่ายร่วม ก็ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นสมควรได้รับการยกเว้น หากเป็นเพียงวิธีเดียวที่สามารถทำให้คนเข้าไปแข่งขันในตลาดใหม่ได้ และบริษัทร่วมค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเน้นการผลิตและการจัดจำหน่ายส่วนมากแล้วจะได้รับการยกเว้น

ข. ห้ามทำให้ผู้ประกอบการค้า สามารถจัดการแข่งขันในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง

เงื่อนไขนี้ หมายถึง จะต้องมิใช่การกระทำที่เป็นการทำลายหรือส่งผลกระทบต่อระบบการแข่งขันทางด้านสินค้าและบริการที่ถูกกำหนดภายใต้สัญญาในตลาดร่วมยุโรป และที่คณะกรรมการได้มีเกณฑ์และเล็งเห็นถึงความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นความร่วมมือกันในแนวนอน

สำหรับในเรื่องของการร่วมมือกันในแนวนอน (Horizontal Agreement) จะพิจารณาจาก

1. การรักษาระดับการแข่งขันโดยสมาชิกในกลุ่มนั้นอยู่ในระดับใด
2. ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่เข้ามามีส่วนร่วมในตลาดของสินค้าที่เกี่ยวข้อง
3. ระดับของการเปลี่ยนแปลงอันเนื่องมาจากสัญญาแล้วส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด หรือในกรณีที่สัญญาดังกล่าวเป็นการสนับสนุนมิให้มีการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง ในกรณีเช่นนี้ก็จะพิจารณาว่าการแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีได้เป็นสมาชิกในกลุ่มนั้นเป็นการรักษาระบบการแข่งขันในตลาดของสินค้านั้น ๆ หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ส่วนแบ่งตลาด สถานะหรือตำแหน่งของผู้ประกอบการที่เป็นสมาชิกจะเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาที่สำคัญ และโดยทั่วไปแล้วได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาไว้เบื้องต้นว่า หากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่มีส่วนร่วมในสัญญาหรือที่เป็นสมาชิกรวมกันมีไม่มากกว่า 30 % ถือว่าสมควรได้รับการยกเว้น (อาจมีข้อยกเว้นในบางกรณี) หากมีมากกว่า 50 % ให้พิจารณาอย่างถี่ถ้วน และหากมากกว่า 80 % ถือว่าไม่มีเหตุผลในการได้รับอนุญาตให้ยกเว้นแต่อย่างใด^๙

เห็นได้ว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญานี้แม้มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีแล้ว ยังให้ความสำคัญของการพัฒนาทางการค้า และส่งเสริมความก้าวหน้าทางด้านวิชาการและเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่สำคัญอีกด้วย และแม้จะมีเงื่อนไขบางประการก็เป็นเพียงการทำให้ข้อยกเว้นมีความรัดกุมขึ้นเท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปยึดหลักแห่งเหตุผลเป็นสำคัญ โดยไม่มุ่งจะทำให้เกิดแต่การแข่งขันเสรีเพียงอย่างเดียว ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

^๙ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ค เล่มเดิม. หน้า 33.

3.3.5 กรณีศึกษาจากแนวคำพิพากษา

Etablissements Consten S.a.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH case (Cases 56+58/64)⁵⁰

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

เมื่อวันที่ 1 เมษายน 1957 Grundig-Verkaufs-GmbH หรือ Grundig บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน และ Etablissements Consten S.a.R.L. หรือ Consten บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ได้ตกลงเข้าทำสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว (Sole Representative หรือ Sole Concessionaire) โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ทั้งนี้ Consten ตกลงที่จะเป็นตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวในประเทศฝรั่งเศส ซาร์ และ คอร์ซิกา (The Saar and Corsica) สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดย Grundig อันได้แก่ เครื่องรับสัญญาณแบบไร้สาย เครื่องบันทึกเทป และชุดโทรทัศน์ รวมทั้งชิ้นส่วนต่างๆ ที่จำเป็นในการซ่อมแซมและอุปกรณ์เสริม

ในข้อสัญญาดังกล่าว Consten ตกลงที่จะซื้อสินค้าจาก Grundig ในจำนวนที่เท่ากับสัดส่วนการส่งออกขั้นต่ำ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับจำนวนสินค้าที่ต้องสำรองไว้ล่วงหน้า เพื่อใช้ในการโฆษณา เพื่อใช้ในการเตรียมการซ่อมแซมซึ่งจะต้องมีชิ้นส่วนต่างๆ ที่จำเป็นในการซ่อมแซมอย่างเพียงพอ และเพื่อปฏิบัติตามข้อสัญญาประกันและบริการหลังการขาย (guarantee and after-sales service)

นอกจากนี้ คู่สัญญาทั้งสองยังมีหน้าที่ดังต่อไปนี้ 1. Consten ต้องไม่ขายผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับสินค้าที่ระบุไว้ในสัญญา ไม่ว่าจะในนามของตนเองหรือในนามของผู้อื่น และจะต้องไม่ส่งสินค้า ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อมไปยังประเทศอื่น นอกเหนือจากประเทศฝรั่งเศส โดยหน้าที่ดังกล่าวนี้ เป็นหน้าที่ที่ Grundig กำหนดให้ตัวแทนจำหน่ายของตนในประเทศอื่น ๆ ต้องถือปฏิบัติเช่นเดียวกัน ซึ่งรวมถึงตัวแทนผู้ค้าส่ง (Wholesalers) ในประเทศเยอรมันด้วย 2. Grundig มีหน้าที่ที่จะให้สิทธิแก่ Consten ในการนำสินค้าไปขายต่อ (the retail sale rights) และจะต้องไม่ส่งสินค้าไปยังประเทศฝรั่งเศสผ่านทางบุคคลอื่น นอกจาก Consten ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อม

ในการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของ Grundig ตามสัญญาดังกล่าว Consten มีสิทธิที่จะใช้ชื่อและตราของ Grundig ที่ได้จดทะเบียนไว้ในประเทศเยอรมันและในประเทศสมาชิกอื่นๆ นอกจากนี้ ในปี 1957 Consten ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า "GINT" (Grundig International) ตาม

⁵⁰ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในนามของตนเอง โดยเครื่องหมายการค้าดังกล่าวจะนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดย Grundig ที่จำหน่ายในประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้ผลิตภัณฑ์ของ Grundig ที่จำหน่ายในตลาดอื่น เช่น ในประเทศเยอรมัน ก็ใช้เครื่องหมายการค้านี้เช่นเดียวกัน

Consten ยังตกลงด้วยว่าทันทีที่สัญญาในการเป็นตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวสิ้นสุดลง Consten จะโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า รวมทั้งสิทธิอื่นใดที่ติดอยู่กับเครื่องหมายการค้าดังกล่าวให้แก่ Grundig หรือตกลงที่จะยกเลิกการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศฝรั่งเศส

ตั้งแต่ปี 1961 เป็นต้นมา UNEF ได้เริ่มซื้อผลิตภัณฑ์ของ Grundig ผ่านทางผู้จำหน่ายชาวเยอรมัน ทั้งๆ ที่มีข้อตกลงห้ามการส่งออกที่ตกลงไว้กับ Grundig โดย UNEF ได้นำสินค้ามาจำหน่ายแก่ผู้ค้าปลีก (Retailers) ชาวฝรั่งเศสในราคาที่ถูกลงกว่าที่ Consten จำหน่าย ด้วยเหตุนี้ Consten จึงได้ฟ้อง UNEF ต่อศาลชั้นต้นในประเทศฝรั่งเศสเป็นสองคดี ได้แก่ คดีแรกว่าด้วยการแข่งขันไม่เป็นธรรม (Unfair Competition) และคดีที่สองว่าด้วยการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า GINT โดยในคดีแรก Consten ชนะคดีในศาลชั้นต้น ซึ่ง UNEF ก็ได้อุทธรณ์ในเวลาต่อมา แต่ศาลอุทธรณ์ได้มีคำสั่งให้งดการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว เพื่อรอผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ได้รับคำร้องเรียนจาก UNEF โดย UNEF ได้ขอให้คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยว่า Grundig และ Consten ได้ละเมิด Article 85 แห่งอนุสัญญา

นอกจากนี้ Consten ยังได้ฟ้อง Leissner ต่อศาลในประเทศฝรั่งเศสในข้อหาเดียวกันกับที่ได้ฟ้อง UNEF โดยกล่าวหาว่าบริษัทดังกล่าวได้ละเมิดกฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ของ Grundig ในประเทศฝรั่งเศส

ในปี 1964 คณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่าสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว และสัญญาอุปกรณ์ว่าด้วยการจดทะเบียนและการใช้เครื่องหมายการค้า GINT ขัดกับบทบัญญัติใน Article 85 นอกจากนี้ในคำวินิจฉัยเองยังได้ปฏิเสธที่จะใช้ข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ใน Article 85 (3) แก่กรณีนี้ด้วย โดยให้เหตุผลว่าโดยสมมติฐานเบื้องต้น สัญญาดังกล่าวอาจมีส่วนช่วยให้เกิดการพัฒนาด้านการจัดจำหน่ายและการผลิต (แม้จะมีการกีดกันการแข่งขันบ้างก็ตาม) แต่ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้บริโภคจะมีส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้น (ในการนี้คณะกรรมการได้เปรียบเทียบราคาของสินค้าในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศเยอรมัน) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่มีการพิสูจน์ให้เห็นว่าการกีดกันด้านการจัดจำหน่ายที่เกิดขึ้นเป็นปัจจัยที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของการพัฒนาตามที่บัญญัติไว้ใน Article 85 อาศัยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น คณะกรรมการจึงวินิจฉัยให้ Grundig และ Consten หยุดการกระทำใด ๆ ที่อาจจะเป็นการอุปสรรคต่อ หรือขัดขวางการได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ของ Grundig โดยบุคคลที่สาม จากผู้ค้าส่งหรือผู้ค้าปลีกใด ๆ ในประชาคมยุโรปเพื่อนำมาขายต่อในประเทศฝรั่งเศส

ทั้ง Grundig และ Consten ไม่พอใจกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจึงได้ฟ้องคณะกรรมการต่อศาล เพื่อขอให้ศาลยกเลิกคำวินิจฉัยดังกล่าว

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 85

Grundig และ Consten ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตาม Article 85 โดยการตกลงเข้าทำสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียว ลงวันที่ 1 เมษายน 1957 และสัญญาอุปกรณ์ว่าด้วยการจดทะเบียนและการใช้เครื่องหมายการค้า GINT ในประเทศฝรั่งเศส โดยสัญญาดังกล่าวส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดการจัดจำหน่าย (Distribution Level) และมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองด้านดินแดนอย่างเด็ดขาด (absolute territorial protection) แก่ Consten ในการเป็นตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวในประเทศฝรั่งเศสโดยอาศัยกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส (สัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส)

คำพิพากษาของศาล

ศาลได้พิพากษาให้โจทก์ทั้งสองเป็นฝ่ายแพ้คดี โดยคำวินิจฉัยที่ว่าสัญญาดังกล่าวละเมิดต่อ Article 85 ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ แต่ทั้งนี้ เนื่องจากว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้กล่าวว่าสัญญาทั้งสัญญาตกเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติตาม Article 85 แต่ศาลเห็นว่า บทบัญญัติที่ได้กำหนดให้ข้อตกลงใด ๆ ที่ขัดต่อ Article นี้เป็นโมฆะโดยอัตโนมัติใช้กับข้อตกลงเฉพาะในส่วนที่ต้องห้ามตาม Article หรือใช้กับข้อตกลงทั้งฉบับหากเป็นกรณีที่ไมอาจแยกส่วนของข้อตกลงนั้น ๆ ได้ โดยในกรณีเห็นได้ชัดว่าการกระทำที่อ้างว่าเป็นความผิดตาม Article 85 ไม่ใช่การกระทำที่เกิดจากข้อตกลงทุก ๆ ข้อในสัญญารวมกัน หากแต่เกิดจากข้อตกลงบางข้อในสัญญาเท่านั้น ซึ่งได้แก่ 1. ข้อตกลงที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองด้านดินแดนอย่างเด็ดขาด และ 2. ข้อตกลงเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ดังนั้น คำวินิจฉัยจึงถูกเพิกถอนเฉพาะในส่วนที่กล่าวว่าข้อตกลงทุก ๆ ข้อในสัญญาเป็นโมฆะ โดยให้มีผลเป็นว่าเฉพาะข้อตกลงสองข้อดังกล่าวเท่านั้นที่เป็นโมฆะตาม Article 85

นอกจากนี้ ในคำพิพากษายังได้วินิจฉัยประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติห้ามตาม Article 85 แห่งอนุสัญญาไว้ดังนี้

ก. การกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 85 กับการแบ่งประเภทสัญญาเป็น 1. สัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Horizontal Agreement) และ 2. สัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากัน (Vertical Agreement)

โจทก์ทั้งสองอ้างว่า Article 85 นำไปใช้กับสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ในระดับเดียวกัน (Horizontal Agreement) เท่านั้น และสัญญาว่าด้วยการแต่งตั้งตัวแทนจัดจำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวไม่ใช่ “ข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการค้า” ตามความหมายของ Article 85 เพราะในการเข้าทำสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาไม่ได้มีอำนาจในการเจรจาต่อรองเท่ากัน ดังนั้นหากเป็นกรณีของสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากัน (Vertical Agreement) อย่างเช่นในกรณีนี้ จะอยู่ภายใต้บทบังคับตาม Article 86 เท่านั้น

ศาลได้พิพากษาว่าในบทบัญญัติดังกล่าวเอง ไม่ได้มีการแยกแยะให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาแต่ละประเภทตามฐานะของคู่สัญญาแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากันก็อาจต้องห้ามตาม Article 85 ได้เช่นกัน นอกจากนี้การนำ Article 85 ไปใช้ไม่ควรถูกจำกัดเพียงเพราะว่าคู่สัญญาให้สัญญากับตัวแทนจัดจำหน่ายไม่ใช่ผู้แข่งขันกันเองและมีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากัน ศาลยังกล่าวต่อไปด้วยว่า นอกจากการแข่งขันอาจถูกทำให้บิดเบือนตามนัยแห่ง Article 85 โดยข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือคู่สัญญาด้วยกันเองแล้ว การบิดเบือนดังกล่าวยังอาจเกิดจากข้อตกลงที่ขัดขวางหรือกีดกันการแข่งขันที่มีอยู่ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับบุคคลที่สามด้วย เช่นอย่างในกรณีนี้ คือระหว่างตัวแทนจัดจำหน่าย (Consten) กับบุคคลที่สาม (UNEF หรือ Leissner) ดังนั้น จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวมีอำนาจในการเจรจาหรืออำนาจในทางธุรกิจเท่ากันหรือไม่ และสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาไม่เท่ากันก็อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกอันต้องห้ามตาม Article 85 ได้เช่นกัน

ข. ความหมายของ “ข้อตกลงซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก” (Capable of Affecting Trade Between Member-States)

ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้กล่าวไว้ว่า กรณีจะต้องด้วย Article 85 ทันทีที่การค้าระหว่างประเทศสมาชิกดำเนินไปในทิศทางอื่นต่างจากที่ควรจะเป็นหากไม่มีสัญญาดังกล่าว โดยในกรณีนี้การนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ของ Grundig ไปยังและจากประเทศฝรั่งเศสก็ได้รับผลกระทบแล้ว (ข้อสัญญาห้ามผู้ประกอบการค้าอื่นในประเทศฝรั่งเศสนอกจาก Consten นำเข้าผลิตภัณฑ์ของ Grundig และยังห้าม Consten ส่งออกผลิตภัณฑ์ของ Grundig ไปยังประเทศอื่นด้วย) ดังนั้น กรณีจึงถือได้ว่าสัญญา หรือข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงซึ่งอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกตาม Article 85 ซึ่งศาลก็ได้เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยในส่วนนี้และได้กล่าวว่าการที่จะพิจารณาว่าข้อตกลงอาจกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าข้อตกลงนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่เสรีภาพในการทำการค้าระหว่างประเทศสมาชิกมากพอที่จะเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุดัตถประสงค์ในการเป็นตลาดเดียว ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และไม่ว่าตาม

ความเป็นจริงหรือตามแนวโน้มที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ว่าข้อตกลงใดข้อตกลงหนึ่งทำให้ปริมาณการค้าระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นไม่เพียงพอที่จะทำให้ข้อตกลงนั้นไม่ต้องห้ามตาม Article 85 เพราะข้อตกลงนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก โดยทำให้การค้าเป็นไปได้ในทิศทางที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา ซึ่งได้แก่ การทำให้ตลาดระหว่างประเทศสมาชิกเป็นตลาดเดียวกันเอง

ค. ความหมายของ “ข้อตกลงที่เป็นการมุ่ง หรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดร่วม” (designed to prevent, restrict or distort competition within the Common Market)

โจทก์ทั้งสองอ้างว่ากรณีจะเป็นการต้องห้ามตาม Article 85 ก็ต่อเมื่อข้อตกลงนั้นเป็นข้อตกลงที่มุ่ง หรือก่อให้เกิดผลในการกีดกัน จำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันแต่ยี่ห้อต่างกัน (similar products with different brands) เท่านั้น อย่างไรก็ตามศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าวโดยกล่าวว่าข้อตกลงที่มุ่งจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (distributors of the same brands) ก็อยู่ภายใต้บังคับ Article 85 แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวอาจทำให้การแข่งขันระหว่างผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกัน (producers of similar products) เพิ่มขึ้นก็ตาม นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปว่า โจทก์ทั้งสองต้องการที่จะทำให้การแข่งขันในระดับการค้าส่งสำหรับผลิตภัณฑ์ของ Grundig หดไปโดยการกระทำดังกล่าวก็คือ 1. Grundig จะไม่ส่งสินค้าไปยังประเทศฝรั่งเศสผ่านทางบุคคลอื่น นอกจาก Consten ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งการจำกัดตัวเองดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการห้ามการส่งออก (Export Prohibition) ที่ Grundig ตกลงกับตัวแทนของตนในประเทศอื่น ๆ ด้วย และ 2. การที่ Consten จัดทะเบียนเครื่องหมายการค้า “GINT” ในประเทศฝรั่งเศส ก็ถือเป็นการป้องกันการนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์ของ Grundig เข้ามาในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งส่งผลให้ไม่มีผู้ใดสามารถนำเข้าผลิตภัณฑ์ของ Grundig จากประเทศสมาชิกอื่น ๆ เข้ามาในประเทศฝรั่งเศสได้อย่างไม่มีความเสี่ยงที่จะถูกฟ้องว่าละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า และข้อตกลงที่มุ่งจะสร้างตลาดของประเทศใดประเทศหนึ่งแยกต่างหากจากตลาดของอีกประเทศหนึ่งสำหรับผลิตภัณฑ์ใด ๆ ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่บิดเบือนการแข่งขันภายในตลาดร่วมซึ่งเป็นการละเมิดต่อ Article 85 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการได้ปรับใช้ข้อห้ามตาม Article 85 แก่สัญญาดังกล่าวได้ถูกต้องแล้ว จึงไม่มีเหตุให้เพิกถอนคำวินิจฉัยในส่วนนี้

ง. การกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 85 กับข้อตกลงในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า

โจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์ได้สิทธิในเครื่องหมายการค้ามาโดยชอบ ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่ให้ระงับการใช้สิทธิดังกล่าวจึงไม่ชอบ เพราะคณะ

กรรมการกระทำนอกขอบอำนาจตามอนุสัญญา แต่ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ว่า Consten เพียงผู้เดียวที่มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้า GINT สำหรับผลิตภัณฑ์ของ Grundig ในประเทศฝรั่งเศสเป็นการกระทำที่มุ่งควบคุมและก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการนำเข้าซ้อน (Parallel Import) ผลิตภัณฑ์เดียวกันนี้ ดังนั้นข้อตกลงที่ผู้มีสิทธิในเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศให้สิทธิแก่ตัวแทนจัดจำหน่ายในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในในประเทศสมาชิกประเทศใดประเทศหนึ่ง และให้สิทธิแก่ตัวแทนผู้นั้นในการผูกขาดการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวในประเทศที่ตัวแทนได้จดทะเบียนไว้ เป็นข้อตกลงอาจนำไปสู่การกีดกันการแข่งขันซึ่งต้องห้ามตาม Article 85 และคณะกรรมการมีสิทธิที่จะออกคำสั่งห้ามชั่วคราวไปยังตัวแทนจัดจำหน่ายไม่ให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้มาตามกฎหมายภายในให้เป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าซ้อน โดยคำสั่งดังกล่าวไม่ได้กระทบต่อการได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ แต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวมีขึ้นเพื่อห้ามการใช้สิทธิที่ได้มาตามกฎหมายภายในทางมิชอบเท่านั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการในส่วนนี้จึงชอบแล้ว

จ. หลักเกณฑ์ที่จะต้องด้วยข้อยกเว้นตาม Article 85 (3)

ศาลได้ยึดหลักเกณฑ์ที่จะนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาใช้ว่า ต้องเป็นกรณีที่มีการจำกัดการแข่งขันจำเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาทางด้านการปรับปรุงการผลิตหรือกระบวนการจำหน่าย หรือเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิชาการและทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาดังกล่าวต้องมีความสำคัญในทางที่เป็นรูปธรรมมากพอหรือเห็นได้ชัดบนพื้นฐานของความเป็นจริง ทั้งยังต้องมีการให้ผู้บริโภคจะได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมในกำไรที่เกิดขึ้นสำหรับการจำกัดการแข่งขันที่ได้กระทำ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่าแม้การกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันดังกล่าวจะเป็นการพัฒนาอย่างดียิ่งก็ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายการพัฒนาหรือไม่มีการแบ่งส่วนแบ่งในผลกำไรให้แก่ผู้บริโภคอย่างเป็นธรรม ก็จะไม่ถือว่าเข้าตามหลักเกณฑ์ข้อยกเว้น ดังนั้นกรณีดังกล่าวนี้ไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นตาม Article 85 (3)

Dye-stuffs case (Cases 48-49/69, 51-57/69)⁵¹

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

คณะกรรมการได้ดำเนินการสอบสวนเหตุการณ์การขึ้นราคาสินค้าในช่วงปี ค.ศ. 1964 ที่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิกหลายประเทศ โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้รับจากองค์การการค้าในอุตสาหกรรมประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ผลิตภัณฑ์ย้อมสี (Dye-stuffs) คณะกรรมการได้สอบสวนเพื่อให้ได้ความจริงว่าการดำเนินการขึ้นราคาสินค้าดังกล่าวเป็นผลมาจากการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องหรือไม่

จากการสอบสวนของคณะกรรมการ คณะกรรมการพบว่ามี การขึ้นราคาสินค้าที่มีลักษณะเดียวกันทั้งหมด 3 ครั้ง ดังต่อไปนี้

(1) การขึ้นราคาสินค้าอีกร้อยละ 15 ระหว่างวันที่ 7 และ 20 มกราคม 1964 สำหรับผลิตภัณฑ์ย้อมสีส่วนมากที่มีสารอนิไลน์ (Aniline) เป็นส่วนผสมพื้นฐานในประเทศอิตาลี สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม และลักเซมเบิร์ก รวมถึงบางประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิก

(2) การขึ้นราคาสินค้าในปี 1965 โดยวันที่ 1 มกราคม 1965 การขึ้นราคาสินค้าตาม (1) ได้ขยายไปในประเทศเยอรมนี ส่วนในประเทศที่ได้มีการขึ้นสินค้าครั้งแรกไปแล้ว รวมถึงประเทศเยอรมนี ได้มีการขึ้นสินค้าอีกร้อยละ 10 สำหรับผลิตภัณฑ์ย้อมสีและสี (Pigments) ที่มิได้รวมอยู่ในรายการสินค้าที่มีการขึ้นราคาไปในครั้งแรก อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก ACNA ซึ่งเป็นบริษัทในประเทศอิตาลีได้ปฏิเสธที่จะขึ้นราคาสินค้าสำหรับตลาดในประเทศ ผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ ในประเทศอิตาลีจึงได้ยกเลิกการขึ้นราคาสินค้าเช่นกัน

(3) การขึ้นราคาสินค้าอีกร้อยละ 8 ในช่วงกลางเดือนตุลาคม ปี 1967 สำหรับผลิตภัณฑ์ ย้อมสีทุกประเภทโดยผู้ประกอบการเกือบทุกรายในประเทศเยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม และลักเซมเบิร์ก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากว่าการขึ้นราคาสินค้าในครั้งแรกและครั้งที่สองมิได้เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส การขึ้นราคาสินค้าในปี 1967 ในประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นการขึ้นราคาในอัตราร้อยละ 12 มิใช่ร้อยละ 8 และการขึ้นราคาครั้งที่สามนี้มิได้เกิดขึ้นในประเทศอิตาลี เนื่องจากการปฏิเสธที่จะขึ้นราคาของ ACNA

วันที่ 31 พฤษภาคม 1967 คณะกรรมการได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการกระบวนการเอาผิดต่อผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้อง โดยอาศัยอำนาจของตนเองตาม Article 3 แห่ง Regulation 17 สำหรับการกระทำอันเป็นที่สงสัยว่าเป็นการกระทำที่ผิดห้ามตาม Article 85 ของอนุสัญญา และเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 1969 คณะกรรมการได้มีมติลงโทษปรับบริษัทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขึ้นราคาใน

⁵¹ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ครั้งนี้ ต่อมาบรรดาบริษัทที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจึงได้ยื่นคำฟ้องต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษายกเลิกคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ยกเว้น Ciba S.A. ซึ่งเป็นบริษัทของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และศาลได้รวมพิจารณาคดีที่บริษัทเหล่านั้นเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการต่อศาล

บริษัทที่ถูกลงโทษปรับและเป็นโจทก์ในคดีที่ได้มีการรวมพิจารณา ได้แก่

1. **Imperial Chemical Industries Ltd.** (บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก แต่มีบริษัทถูกตั้งอยู่ในประชาคมยุโรป)
2. **Badische Anilin – und Soda-Fabrik AG**
3. **Farbenfabriken Bayer AG**
4. **J.R. Geigy AG** (หรือ Ciba-Geigy AG บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก แต่มีบริษัทถูกตั้งอยู่ในประชาคมยุโรป)
5. **Sandoz AG** (บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งไม่ได้เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก แต่มีบริษัทถูกตั้งอยู่ในประชาคมยุโรปเช่นกัน)
6. **S.A. Francaise des Matieres Colorantes (Francolor)** (หรือ S.A. Produits Chimiques Ugine Kuhlmann)
7. **Cassella Farbwerke Mainkur AG**
8. **Farbwerke Hoechst AG** และ
9. **Azienda Colori Nazionali Affini S.P.A. (ACNA)**

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 85

คณะกรรมการกล่าวหาว่าบรรดาบริษัทที่เกี่ยวข้องกระทำการอันเป็นการต้องห้ามตาม Article 85 (1) โดยคณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบการค้าแต่ละรายได้กระทำการร่วมกับผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ ซึ่งถือเป็นการปฏิบัติร่วมกัน (Concerted Practice) ในการกำหนดอัตราการขึ้นราคาและเงื่อนไขในการขึ้นราคาสินค้าสำหรับผลิตภัณฑ์ย้อมสีในปี ค.ศ. 1964 1965 และ 1967

คำพิพากษาของศาล

คดีนี้ศาลได้รวมพิจารณาคดีที่บริษัทโจทก์แต่ละบริษัทได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการโดยมีคำขออย่างเดียวกัน คือให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ โดยในคำฟ้องแต่ละเรื่อง โจทก์ได้โต้แย้งเป็นประเด็น ๆ ไว้ มีทั้งข้ออ้างตามกฎหมายสบัญญัติ (Pleas based on procedure and form) และข้ออ้างตามกฎหมายสารบัญญัติ (Pleas based on the merits) ซึ่งในประเด็นสารบัญญัตินี้ถือได้

ว่าเป็นประเด็นที่สำคัญและเกี่ยวข้องโดยตรงกับสาระของ Article 85 แห่งอนุสัญญา ทั้งนี้คำฟ้องของโจทก์แต่ละรายจะตั้งประเด็นตามกฎหมายสารบัญญัติไว้คล้ายคลึงกัน ดังต่อไปนี้

ก. ลักษณะของการกระทำอันจะถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติร่วมกัน (Concerted Practice)

คณะกรรมการได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า การขึ้นราคาสินค้าทั้งสามครั้งเข้าลักษณะเป็นการปฏิบัติร่วมกัน โดยสังเกตได้จากความเหมือนกันของอัตราการขึ้นราคาโดยผู้ผลิตหลายรายในแต่ละประเทศสำหรับการขึ้นราคาแต่ละครั้ง ความเหมือนกันในประเภทของผลิตภัณฑ์ย้อมสีที่มีการขึ้นราคา และท้ายสุดสังเกตได้จากวันที่มีการขึ้นราคาสินค้าที่เกิดขึ้นใกล้เคียงกันมาก หรือบางกรณีเป็นวันเดียวกัน จากข้อเท็จจริงดังกล่าว คณะกรรมการเห็นว่าการขึ้นราคาสินค้าไม่ได้เป็นไปตามกลไกของตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสีที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดโดยผู้ผลิตมากกว่าหนึ่งราย (Oligopoly) แต่เพียงอย่างเดียว เพราะเป็นไปได้ที่ผู้ผลิตรายสำคัญ ๆ ในหลาย ๆ ประเทศที่มีลักษณะของตลาดต่างกันจะขึ้นราคาของผลิตภัณฑ์เดียวกันและในอัตราที่เท่ากัน โดยที่ไม่มีการปรึกษาร่วมกันมาก่อน จากคำวินิจฉัยดังกล่าวโจทก์ทุกรายได้โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการโดยอ้างว่า คณะกรรมการไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการขึ้นราคาทั้งสามครั้งเข้าลักษณะของ “การปฏิบัติร่วมกัน” ตามนัยแห่ง Article 85 (1) โดยการขึ้นราคาของผู้ประกอบการแต่ละรายเกิดจากการตัดสินใจโดยอิสระ เนื่องจากสภาวะความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และความจำเป็นที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการลดลงของกำไร ในการนี้ศาลได้กล่าวว่า การที่จะพิจารณาว่ามีการปฏิบัติร่วมกันอันต้องห้ามตาม Article 85 หรือไม่ ต้องพิจารณา 3 สิ่งต่อไปนี้

1. แนวคิดของการปฏิบัติร่วมกัน

ศาลได้วางหลักว่า “การปฏิบัติร่วมกัน” ตามความหมายของ Article 85 หมายถึงรูปแบบอย่างหนึ่งของการร่วมมือกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการค้า ที่ควรรู้ได้ว่าการร่วมมือดังกล่าวอาจทำให้การแข่งขันหมดไป แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดว่าเป็นการตกลงกันโดยชัดแจ้ง ดังเช่นสัญญา และถึงแม้ว่าการกระทำที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Parallel Conduct) ไม่อาจถือได้ว่าเป็น “การปฏิบัติร่วมกัน” โดยตัวของตัวเอง แต่การกระทำดังกล่าวก็เป็นเครื่องบ่งชี้ได้อย่างชัดแจ้งถึง “การปฏิบัติร่วมกัน” โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการกระทำดังกล่าวนำไปสู่สภาวะของการแข่งขันที่ไม่สอดคล้องกับสภาวะปกติของตลาดสำหรับสินค้านั้น ๆ

2. ลักษณะของตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสี

ตลาดของผลิตภัณฑ์ย้อมสีในประชาคมยุโรปแบ่งออกเป็นตลาดของแต่ละประเทศอย่างเด็ดขาด โดยในแต่ละประเทศราคาสินค้าจะไม่เท่ากัน แม้ในภายหลังจะมีการก่อตั้งประชาคมยุโรป ความแตกต่างในราคาของตลาดในแต่ละประเทศก็ยังไม่ลดลง และในแต่ละประเทศเองตลาดก็ยังมีลักษณะผูกขาดโดยผู้ประกอบการมากกว่าหนึ่งราย การที่ตลาดมีลักษณะแบ่งแยกเช่นนี้ถือได้

ว่าเป็นการแบ่งแยกผู้บริโภคในแต่ละประเทศอย่างชัดเจน และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการเผชิญหน้ากันเองระหว่างผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ย้อมสีในประชาคมยุโรป ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าโดยพื้นฐานแล้วตลาดของผู้ผลิตย้อมสีนี้มิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาที่ต้องการให้ตลาดในประชาคมเป็นตลาดเดียว และให้ผู้ประกอบการค้าของประเทศหนึ่งสามารถเข้าถึงผู้บริโภคของในอีกประเทศหนึ่งได้โดยตรง (Interpenetration of national markets)

3. ลักษณะของการขึ้นราคาในปี ค.ศ. 1964 1965 และ 1967

แม้การขึ้นราคาสินค้าร่วมกันเกิดขึ้นแต่ละครั้งไม่พร้อมกัน แต่หากข้อเท็จจริงได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่าการขึ้นราคาในแต่ละครั้งนั้นมีความสัมพันธ์กัน การขึ้นราคาทั้งสามครั้งดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำครั้งเดียวและไม่อาจแยกจากกันได้ และการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการค้าในเรื่องนโยบายราคาสินค้าของคนเพื่อให้ราคาสินค้าของผู้ประกอบการค้าแต่ละรายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ก็จะทำให้การขึ้นราคาสินค้าที่สอดคล้องกับกลไกตลาดหมดไป นอกจากนี้ ศาลยังได้กล่าวต่อไปว่า ถึงแม้ว่าผู้ประกอบการค้าแต่ละรายจะมีสิทธิขึ้นราคาสินค้าของตนและเพื่อการนี้ได้นำเอาพฤติกรรมทั้งในปัจจุบันและในอนาคตของผู้ประกอบการค้ารายอื่นมาประกอบการพิจารณา แต่ก็มีได้หมายความว่า ผู้ประกอบการดังกล่าวจะสามารถรวมกับผู้แข่งขันรายอื่น โดยการตกลงอัตราการขึ้นราคา ประเภทของสินค้า วันเวลาและสถานที่ของการขึ้นราคาสินค้าไว้ล่วงหน้า เพื่อที่จะกำหนดการขึ้นราคาสินค้าร่วมกัน และเพื่อที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าผู้ประกอบการรายอื่น ๆ จะเดินตามการขึ้นราคาสินค้านั้นอย่างแน่นอน อันเป็นการขัดต่อหลักเรื่องการแข่งขันทางการค้า

ในกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสี ศาลเห็นว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องทั้งหมดทำให้การแข่งขันหมดไปและแทนที่การแข่งขันด้วยการร่วมมือกันอันถือได้ว่าเป็น “การปฏิบัติร่วมกัน” ซึ่งต้องห้ามตาม Article 85

ข. การปฏิบัติร่วมกันส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า ตลาดผลิตภัณฑ์ย้อมสีในประชาคมยุโรปแบ่งออกเป็นตลาดของแต่ละประเทศอย่างชัดเจน ดังนั้น หากการปฏิบัติร่วมกันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการค้าที่ส่งผลให้ตลาดยังคงลักษณะแบ่งแยกเช่นว่านั้นอยู่ การปฏิบัติร่วมกันนั้นก็เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกแล้ว

ค. เขตอำนาจของคณะกรรมการ (Jurisdiction of the Commission)

ในกรณีของ Imperial Chemical Industries Ltd., J.R. Geigy AG และ Sandoz AG ศาลได้ตัดสินว่าเมื่อบริษัททุกมิได้ดำเนินการตัดสินใจด้วยตัวเองอย่างแท้จริง แต่การกระทำของบริษัท

ถูกในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของบริษัทแม่ แม้บริษัทแม่กับบริษัทลูกจะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกันก็ตาม เพราะถือว่าบริษัทแม่กับบริษัทลูกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน

นอกจากนี้ในคดีที่ J.R. Geigy AG และ Sandoz AG เป็นโจทก์ยื่นฟ้องคณะกรรมการซึ่งทั้งสองเป็นบริษัทที่อยู่นอกประเทศ ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นกฎหมายวิธีสบัญญัติไว้ด้วยการส่งหมายไม่ว่าในชั้นคณะกรรมการหรือในชั้นศาลไปยังโจทก์ที่อยู่ในประเทศอื่นนอกประเทศยุโรป และที่ไม่มีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งหมาย และเอกสารต่าง ๆ ระหว่างกัน การส่งหมายและเอกสารที่สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศก็เป็นการเพียงพอและถือได้ว่าเป็นการส่งโดยชอบแล้ว และศาลยังได้วางหลักที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิก (Jurisdiction of the Commission) ไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกมิได้บัญญัติกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คณะกรรมการในการดำเนินกระบวนการเอาผิดสำหรับการกระทำที่เป็นการต้องห้ามตามอนุสัญญา ประเทศเองก็มีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองในการที่จะดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้มีการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ถึงแม้ว่าบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกก็ตาม ทั้งนี้ คณะกรรมการจะมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการเอาผิดต่อผู้ประกอบการค้าที่อยู่นอกประเทศ ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกยุโรป ไม่ใช่เพียงแค่เหตุว่าการกระทำที่เป็นความผิดเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าที่กระทำลงนอกประเทศเท่านั้น (Extra-territorial conduct) แต่ต้องปรากฏด้วยว่าการกระทำที่เป็นความผิดนั้นเป็นการกระทำของผู้ประกอบการค้าดังกล่าวที่ส่งผลกระทบภายในตลาดร่วม อาศัยเหตุดังกล่าว ศาลพิพากษาว่าในทั้งสามคดีที่บริษัทโจทก์ตั้งอยู่นอกประเทศยุโรป คณะกรรมการมีเขตอำนาจที่จะดำเนินการเอาผิดแก่บริษัทโจทก์ดังกล่าวได้

Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. case (Case 6/72)⁵²

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Continental Can Company Inc. หรือ Continental Can เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในรัฐนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา Continental Can เป็นผู้ผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ทำมาจากเหล็ก และวัสดุที่ใช้ในการทำหีบห่อผลิตภัณฑ์ รวมถึงเครื่องจักรที่ใช้สำหรับการผลิตและการใช้บรรจุภัณฑ์ต่าง ๆ

⁵² Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ปี 1969 Continental Can ได้เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ใน Schmalbach-Lubeca-Werke AG หรือ Schmalbach บริษัทเยอรมันผู้ผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ทำจากเหล็ก และบรรจุภัณฑ์อื่น ๆ รวมถึงเครื่องจักรที่ใช้ในการปิดผนึกหีบห่อ โดยในปีเดียวกันนั้นเอง Continental Can ได้เพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นใน Schmalbach รวมเป็นสัดส่วนร้อยละ 85.8 ของหุ้นทั้งหมด

หลังจากได้ดำเนินการดังกล่าว Continental Can ได้มีโครงการที่จะขยายการประกอบธุรกิจในทวีปยุโรป โดยในปี 1970 Continental Can ได้ทำความตกลงร่วมกับ Thomassen & Drijver-Verblijfa N.V. หรือ Thomassen ซึ่งเป็นบริษัทเนเธอร์แลนด์ที่ประกอบธุรกิจผลิตบรรจุภัณฑ์ที่ทำจากเหล็ก และวัสดุที่ใช้ในการบรรจุหีบห่ออื่น ๆ โดยสาระของความตกลงดังกล่าวคือ Continental Can จะดำเนินการจัดตั้งบริษัทขึ้นใน Wilmington รัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งก็คือ Europemballage Corporation หรือ Europemballage นอกจากนี้ Continental Can จะต้องจัดให้ Europemballage ทำข้อเสนอซื้อหุ้นใน Thomassen ต่อผู้ถือหุ้นของ Thomassen และ ผู้บริหารของ Thomassen ก็จะต้องช่วยให้การซื้อหุ้นดังกล่าวดำเนินไปได้ด้วยดี

ต่อมา ในเดือน กุมภาพันธ์ ปี 1970 ได้มีการจดทะเบียนจัดตั้ง Europemballage ขึ้นตามข้อตกลงดังกล่าว โดย Continental Can เป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดใน Europemballage โดย Europemballage ได้เปิดสำนักงานทั้งที่นิวยอร์ก และบรัสเซลส์ และในเดือนเมษายน ปีเดียวกันนี้เอง Europemballage ได้เป็นผู้ถือหุ้นใน Thomassen ในสัดส่วนร้อยละ 91.07 ของหุ้นทั้งหมด ตามที่ได้ตกลงกันไว้

คณะกรรมการได้ให้ความสนใจธุรกรรมดังกล่าว โดยมีความเห็นว่าเป็นการดำเนินการที่ต้องห้ามตาม Article 86 ของอนุสัญญา และหลังจากได้พยายามที่จะติดต่อพูดคุยกับบริษัทที่เกี่ยวข้องทั้งหมด แต่ความพยายามดังกล่าวไม่เป็นผลสำเร็จ คณะกรรมการจึงได้เริ่มดำเนินการสอบสวนการเอาผิดกับ Continental Can และ Europemballage โดยอาศัยอำนาจตาม Article 3 แห่ง Regulation 17 สำหรับการที่ Europemballage ได้มาซึ่งหุ้นและหุ้นกู้แปลงสภาพใน Thomassen

ในปลายปี 1971 คณะกรรมการได้มีคำวินิจฉัยออกมาว่า Continental Can ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดผ่านทาง Schmalbach ในตลาดบรรจุภัณฑ์ที่ใช้สำหรับเก็บรักษาเนื้อวัวและปลา และตลาดฝาเหล็กที่ใช้สำหรับผลิตภัณฑ์เพื่อการเก็บรักษาอาหารในประเทศเยอรมนี ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของตลาดรวม และอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวได้มีความแข็งแกร่งขึ้นจากการที่ Continental Can ได้มาซึ่งหุ้นในบริษัทคู่แข่งของ Schmalbach ในเนเธอร์แลนด์ ซึ่งก็คือ Thomassen ผ่านทาง Europemballage ในระดับที่มากพอที่อาจทำให้การแข่งขันหมดไป จากการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ ตามความหมายของ Article 86 ของอนุสัญญา

คณะกรรมการให้เหตุผลว่าทั้ง Thomassen และ Schmalbach เป็นผู้ส่งออกผลิตภัณฑ์ไปยังประเทศข้างเคียง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันตะวันตก และประเทศในกลุ่มเบนลักซ์ จากการกระทำดังกล่าวของ Continental Can และ Europemballage อาจทำให้โอกาสในการแข่งขันด้านการส่งออกของทั้งสองบริษัทหมดไป และสรุปได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวระหว่างบริษัทที่เกี่ยวข้องอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก และขัดต่อวัตถุประสงค์ของประชาคมที่ต้องการให้เกิดตลาดการค้าระหว่างประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน คณะกรรมการจึงตัดสินใจให้ Continental Can หยุดการกระทำอันเป็นการละเมิด Article 86 แห่งอนุสัญญา และให้ยื่นข้อเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อดำเนินการตามที่กำหนดภายใน 1 กรกฎาคม 1972

ทั้งสองบริษัทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจึงได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการต่อศาลในเดือนกุมภาพันธ์ ปี 1972 เพื่อขอให้ศาลยกเลิกคำวินิจฉัยดังกล่าว

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 86

Continental Can ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตาม Article 86 ของอนุสัญญา โดยการได้มาซึ่งหุ้นและหุ้นกู้แปลงสภาพใน Thomassen กว่าร้อยละ 80 ผ่านทาง Europemballage

คำพิพากษาของศาล

ในคดีนี้ ถึงแม้ว่า Continental Can และ Europemballage จะชนะคดี โดยศาลได้พิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ โดยเหตุที่ว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการขัดต่อกฎหมาย เพราะไม่ได้อธิบายข้อเท็จจริงและเหตุผลที่คำวินิจฉัยอาศัยเป็นหลักในการชี้ขาดไว้อย่างเพียงพอ และยังปรากฏในคำวินิจฉัยดังกล่าวว่ามีความไม่สอดคล้องในตัวเอง เช่น ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าการแข่งขันจะถูกทำให้เสียไปในสาระสำคัญ จนทำให้ผู้ประกอบการอื่นไม่สามารถแข่งขันได้อย่างไร อย่างไรก็ตาม ศาลได้อธิบายหลักกฎหมายที่สำคัญไว้หลายประการในคำพิพากษา ดังจะได้นำกล่าวต่อไปนี้

ก. เขตอำนาจของคณะกรรมการ (The Jurisdiction of the Commission)

โจทก์ทั้งสอง (Continental Can และ Europemballage) อ้างว่าตามหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง Continental Can ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของคณะกรรมการ รวมถึงเขตอำนาจของศาล (European Court of Justice) เพราะ Continental Can ไม่ใช่ประเทศที่อยู่ในประชาคมยุโรป ทั้งการกระทำที่ถูกกล่าวหาไม่ใช่การกระทำของ Continental Can โดยตรง แต่เป็นการกระทำของ Europemballage จากข้ออ้างทั้งสองประการ ศาลได้วินิจฉัยว่า

- ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทลูกถือเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแม่ บางคราวอาจถือได้ว่าการกระทำบางอย่างของบริษัทลูกเป็นการกระทำของบริษัทแม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่า บริษัทลูกไม่ได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอิสระ หากแต่เดินตามคำสั่งของบริษัทแม่ เพราะข้อตกลงที่จะต้องจัดให้ Europemballage เป็นผู้ถือหุ้นของ Thomassen เกิดขึ้นก่อนที่จะจัดตั้ง Europemballage เสียอีก การที่ Europemballage เข้าเป็นผู้ถือหุ้นใน Thomassen จึงถือได้ว่าเป็นการวางแผนและเป็นการกระทำของ Continental Can ซึ่งเป็นบริษัทแม่

- กฎหมายของประชาคม หรือ Community Law สามารถนำมาใช้กับการได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) ที่ส่งผลกระทบภายในประชาคมอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ด้วย ข้อเท็จจริงที่ว่า Continental Can ไม่ได้เป็นประเทศที่อยู่ในประชาคมไม่เพียงพอที่จะทำให้ Continental Can ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของประชาคม

ข. Article 86 และ แนวคิดของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (An Abusive Exploitation of a Dominant Position)

โจทก์ทั้งสองกล่าวอ้างว่า Article 86 ของอนุสัญญาไม่ใช้บังคับแก่กรณีของการควบรวมกิจการ (Merger) ดังเช่นในกรณีนี้ โดยจะเห็นได้จากตัวอย่างที่บัญญัติอยู่ใน Article 86 ที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ กล่าวคือโจทก์ทั้งสองอ้างว่า Article 86 มีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมเฉพาะการกระทำ (Practices) หรือ พฤติกรรม (Behavior) ของผู้ประกอบการค้าที่มีผลกระทบต่อตลาด หากได้รวมถึงการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้าง (Alteration in the Structure) ของผู้ประกอบการค้าที่อาจส่งผลต่อการแข่งขันในสาระสำคัญในตลาดร่วมด้วยไม่ เพื่อที่จะวินิจฉัยปัญหาในข้อนี้ ศาลได้ตีความ Article 86 ตามเจตนารมณ์และระบบของอนุสัญญา โดยการตีความ Article 86 ศาลได้ตีความตามความมุ่งหมายดังที่กล่าวไว้ใน Article 3 ของอนุสัญญานี้ กล่าวคือ การที่จะตีความ Article 86 นั้น ต้องพิจารณาและแปลความให้สอดคล้องกับสิ่งที่ Article 3 ต้องการให้เกิดขึ้น ซึ่งก็คือ การป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันถูกบิดเบือนไปนั่นเอง

ศาลยังได้อธิบายต่อไปด้วยว่า Article 85 เป็นมาตราที่เกี่ยวกับการตกลงระหว่างผู้ประกอบการค้า ข้อดีข้อตกลงของสมาคมผู้ประกอบการค้า และการปฏิบัติร่วมกัน ในขณะที่ Article 86 เน้นที่การกระทำฝ่ายเดียวใด ๆ (Unilateral Activity) ที่เกี่ยวกับผู้ประกอบการค้าแต่ละราย โดยทั้งสองมาตราดังกล่าวก็ต้องการบรรลุลักษณะเดียวกัน ซึ่งก็คือการดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาดร่วม เพียงแต่ควบคุมอยู่ในระดับที่ต่างกันเท่านั้น เราจึงไม่อาจตีความได้ว่า “หากการกระทำใด ๆ ไม่ต้องด้วย Article 85 เพราะไม่ใช่กรณีที่มีผู้ประกอบการค้ามากกว่าหนึ่งรายตกลงร่วมกัน แต่เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดรายหนึ่งควบรวมกับอีกราย การกระทำนั้นก็จะไม่ต้องห้ามตามอนุสัญญา” กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลเห็นว่าในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติ

ที่กล่าวถึงการควบคุมไว้อย่างชัดเจน กรณีที่ไม่อาจถือได้ว่า อนุสัญญาห้ามการกระทำเพียงบางอย่างตาม Article 85 และปล่อยให้เกิดช่องว่างให้มีการควบคุมกิจการเป็นหนึ่งเดียวได้ อันจะทำให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดจนอาจทำให้การแข่งขันหมดไป การตีความเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อระบบของตลาดรวมเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ ศาลยังกล่าวด้วยว่า หากปล่อยให้การกระทำบางอย่างที่ไม่เป็นความผิดตาม Article 85 ไม่ตกอยู่ภายใต้ Article 86 ด้วย อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักพื้นฐานของอนุสัญญาดังนั้น ศาลจึงยังต้องตีความด้วยการกระทำที่ถูกกล่าวหา เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ อันต้องห้ามตาม Article 86 หรือไม่ โดยในประเด็นนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า Article 86 ได้ห้ามการกระทำหลายอย่าง โดยการกระทำที่ได้กล่าวไว้ใน Article 86 เป็นเพียงตัวอย่างของการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และ Article 86 ไม่ได้มุ่งควบคุมเฉพาะการกระทำที่อาจส่งผลกระทบโดยตรงต่อผู้บริโภคเท่านั้น แต่ยังควบคุมถึงการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคผ่านการแทรกแซงโครงสร้างของการแข่งขัน ดังที่กล่าวไว้ใน Article 3(f) ของอนุสัญญา ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า กรณีอาจถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ หากผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดทำให้ฐานะเหนือตลาดของตนแข็งแกร่งขึ้นจนสามารถมีอำนาจควบคุมตลาดได้อันเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง แข็งแกร่งขึ้นจนทำให้ผู้ประกอบการค้าที่ยังเหลืออยู่เป็นผู้ประกอบการค้าที่จะต้องพึ่งพาผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น ดังนั้นการทำให้ฐานะของผู้มีอำนาจเหนือตลาดแข็งแกร่งขึ้น (โดยการไปถือหุ้นผู้ประกอบการค้าอื่นดังเช่นกรณีนี้) ก็ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันต้องห้ามตาม Article 86

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation case (Cases 6+7/73)⁵³

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Commercial Solvents Corporation หรือ CSC เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐแมรีแลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่ผลิตและจำหน่าย (1) สาร 1-nitropropane และ (2) aminobutanol ซึ่งสารดังกล่าวเป็นวัตถุดิบสำคัญในการผลิต ethambutol โดย ethambutol เป็นยาที่ใช้ในการรักษาโรคปอดบวมและการติดเชื้อทางปอด (Anti-Tuberculosis)

⁵³ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

Istituto Chemioterapico Italiano หรือ **ICI** เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอิตาลี และเป็นบริษัทที่ทำหน้าที่เป็นผู้ขายต่อ (Reseller) สาร aminobutanol ที่ผลิตโดย **CSC**

Laboratorio Chemico Farmaceutico Giorgio Zoja S.p.A. หรือ **Zoja** เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอิตาลี Zoja เป็นผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมหลักเป็น ethambutol โดย Zoja เป็นผู้ซื้อ aminobutanol ซึ่งเป็นวัตถุดิบที่สำคัญมาจาก ICI

ปี 1962 CSC ได้เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ (ร้อยละ 51 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดใน ICI) และมีอำนาจในการควบคุมบริหาร ICI ผ่านทางคณะกรรมการบริษัท และคณะกรรมการบริหาร ทั้งยังปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าประธานกรรมการของ CSC เป็นประธานคณะกรรมการของ ICI ซึ่งได้รับสิทธิในการลงคะแนนเสียงเพิ่มเติมด้วย

ปี 1968 ICI ได้เริ่มทำการพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่ใช้ ethambutol เป็นวัตถุดิบเป็นของตนเอง

ปี 1970 CSC ได้มีนโยบายที่จะเลิกผลิต nitropropane และ aminobutanol เพื่อจำหน่ายในตลาดสหภาพยุโรป โดยผู้ขายต่อ หรือ ICI จะทำการจำหน่าย aminobutanol ให้แก่ Zoja ในปริมาณเพียงเท่าที่ได้ผูกพันไว้ก่อนแล้วว่าจะจำหน่าย

Zoja ได้พยายามที่จะหาแหล่งวัตถุดิบอื่น แต่ก็ไม่สำเร็จ เพราะสุดท้ายแล้ววัตถุดิบดังกล่าว (aminobutanol) มาจากแหล่งผลิตเดียว ซึ่งก็คือ CSC นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ ในปี 1972 Zoja ได้ยื่นหนังสือต่อคณะกรรมการเพื่อให้ดำเนินคดีกับ CSC และ ICI โดยอาศัยมาตรา 3 ของ Regulation 17 โดยกล่าวหาว่าทั้งสองบริษัทได้กระทำการละเมิด Article 86 ของอนุสัญญา

ต่อมาในปีเดียวกันคณะกรรมการได้ลงโทษ CSC และ ICI โดยได้กำหนดโทษปรับและให้จำหน่าย aminobutanol ให้แก่ Zoja ภายได้ราคาและเงื่อนไขที่กำหนด

ปี 1973 CSC และ ICI จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนคำตัดสินของคณะกรรมการ และขอให้พักการบังคับคดีไว้ชั่วคราว

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตาม Article 86

CSC และ ICI ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดตาม Article 86 โดยอาศัยข้อเท็จจริงว่า ICI เป็นผู้จำหน่าย aminobutanol ในส่วนที่เกี่ยวกับตลาดในสหภาพยุโรปอยู่เพียงรายเดียวนั้น และดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ICI ได้เริ่มพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของ ethambutol เป็นของตนเองและได้เริ่มผลิตจริงในปี 1970 เมื่อ Zoja แสดงความต้องการที่จะซื้อ aminobutanol จาก ICI ดังที่เคยปฏิบัติ ICI ก็ได้ปฏิเสธที่จะจำหน่ายวัตถุดิบดังกล่าวให้แก่ Zoja ทั้งนี้ สืบเนื่องจากว่า CSC ซึ่งถือหุ้นอยู่ใน ICI กว่าร้อยละ 50 ได้ตัดสินใจที่จะจำกัดปริมาณการจำหน่าย nitropropane

และ aminobutanol ให้แก่คู่สัญญาบางราย เพื่อให้การจำหน่ายสินค้าที่มาจากวัตถุดิบดังกล่าวในตลาดยุโรปดำเนินไปได้โดยง่ายขึ้น

คำพิพากษาของศาล

ศาลได้วินิจฉัยเป็นประเด็น ๆ ดังต่อไปนี้

ก. ในกรณีนี้ถือว่ามี Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 หรือไม่

ศาลได้วางหลักว่าความมีอำนาจเหนือตลาดย่อมไม่หายไป ด้วยเพียงปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีกระบวนการผลิตอื่น ๆ ที่อาจนำไปสู่การผลิตวัตถุดิบนั้น ๆ ทั้ง ๆ ที่กระบวนการดังกล่าวยังอยู่เพียงขั้นทดลอง หรือได้มีการนำกระบวนการดังกล่าวไปใช้ในระดับที่ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้ในระดับอุตสาหกรรม ดังนั้นในกรณีนี้ถือว่าโจทก์ทั้งสองมี Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 แล้ว เพราะโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า ในระดับอุตสาหกรรม ยังมีผู้จำหน่ายวัตถุดิบรายใดที่จำหน่ายวัตถุดิบอื่นที่สามารถใช้ผลิต ethambutol ได้ดังเช่น aminobutanol

ข. ตลาดใดที่ใช้เพื่อพิจารณาว่ามี Dominant Position หรือไม่

ศาลได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่าง (1) ตลาดวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้า และ (2) ตลาดที่สินค้านั้นได้ถูกจำหน่าย เท่ากับว่าตลาดสำหรับสินค้าใดสินค้านึงไม่ได้หมายถึงแค่ตลาดที่สินค้านั้นได้ถูกจำหน่ายตลาดเดียวเท่านั้น เพราะการที่โจทก์ใช้อำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบในทางที่มีขอบเขตส่งผลต่อการจำกัดการแข่งขันในตลาดที่สินค้านั้นถูกจำหน่ายด้วย และการจำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นนี้ก็เป็นผลพวงของการละเมิด Article 86 นั่นเอง ดังนั้น การที่โจทก์มีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าถือได้ว่าโจทก์มีอำนาจเหนือตลาดตามความหมายของ Article 86 แล้ว

ค. ในกรณีนี้ถือว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ หรือ Abuse of a Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 หรือไม่

ศาลได้ให้ความหมายของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ หรือ Abuse of a Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 ว่าหมายถึง การที่ผู้ประกอบการค้ามีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบ และปฏิเสธที่จะจำหน่ายวัตถุดิบให้แก่ผู้ผลิตรายอื่นเพราะประสงค์ที่จะสงวนวัตถุดิบดังกล่าวไว้เพื่อผลิตสินค้า หรือผลิตภัณฑ์ของตนเอง และการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันเมื่อพิจารณาทางด้านของผู้บริโภค ดังนั้นการกระทำของโจทก์ทั้งสองถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ หรือ Abuse of a Dominant Position ตามความหมายของ Article 86 แล้ว

ง. การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกหรือไม่

ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบของโจทก์ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิกแล้ว โดยศาลได้กล่าวว่าบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอื่นที่ไม่ใช่ของประเทศสมาชิก อาจตกอยู่ภายใต้บังคับกฎของประชาคมหากบริษัทดังกล่าวกระทำการที่ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ และการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อประเทศสมาชิก ดังนั้นจึงไม่อาจตีความบทบัญญัติดังกล่าวไปในทางที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายของประชาคมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีที่การใช้อำนาจที่มิชอบนั้นส่งผลต่อกิจกรรมทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในประเทศสมาชิก

บทบัญญัติตาม Article 85 และ 86 จะต้องได้รับการตีความให้สอดคล้องกับ Article 3 (ก) ของอนุสัญญาที่ต้องการให้การแข่งขันในตลาดไม่ถูกบิดเบือน และ Article 2 ที่ต้องการให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในสหภาพยุโรป นอกจากนี้ ศาลยังได้พูดด้วยว่าการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ เท่าที่การใช้อำนาจนั้นจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศสมาชิก ตาม Article 86 ครอบคลุมถึงการใช้อำนาจในทางมิชอบที่อาจจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคไม่ว่าทางตรง หรือที่อาจส่งผลกระทบทางอ้อมโดยการทำลายโครงสร้างที่ส่งเสริมการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ (Effective Competitive Structure) ดังที่ Article 3 (ก) ได้กล่าวไว้ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาถึงผลแห่งการกระทำทั้งหมดที่อาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างการแข่งขันของตลาดสหภาพยุโรป ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวนี้จะทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อขายในตลาดร่วม หรือเพื่อการส่งออก

จ. โจทก์ทั้งสองในคดีนี้ถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกัน (Economic Unit) ตามความเป็นจริงหรือไม่

ศาลได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเรื่องอำนาจในการบริหารจัดการที่ CSC มีใน ICI แล้วเห็นว่าทั้งสองเป็นผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดร่วม และมีพฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเดียวกัน อันจะถือว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันอันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน

ความรับผิดชอบของบริษัทแม่ (Parent Company) ที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจในประชาคมยุโรป และบริษัทลูก (Subsidiary)

ในกรณีที่บริษัทแม่มีอำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกที่ตั้งอยู่นอกประเทศในทางกฎหมาย กล่าวคือ การถือหุ้นอยู่ในสัดส่วนร้อยละ 51 และ มีจำนวนกรรมการกึ่งหนึ่ง พร้อมทั้งมีประธานกรรมการซึ่งมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่มาจากบริษัทแม่ และปรากฏตามความเป็นจริงด้วยว่า

บริษัทแม่ได้เอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทลูกโดยการจำหน่ายวัตถุดิบที่จำเป็นให้แก่บริษัทลูกเพียงรายเดียว และบริษัทแม่นั้นก็เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดวัตถุดิบดังกล่าวด้วย จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้นถือได้ว่า เป็นกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน อันจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันสำหรับการกระทำใด ๆ ที่เป็นการผิดตาม Article 86

นอกจากนี้ บริษัทแม่ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ จะต้องถือว่าประกอบธุรกิจในประชาคมยุโรปซึ่งเป็นพื้นที่ที่บริษัทลูกจัดตั้งขึ้นและดำรงอยู่ด้วย

United Brands Company and Another case (Case 27/76R)⁵⁴

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

United Brands Company หรือ United Brands เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐนิวยอร์กในปี ค.ศ. 1970 โดยบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่ครองส่วนแบ่งการตลาดสูงสุดในการส่งออกกล้วยทั่วโลก United Brands มีบริษัทลูกในประเทศเนเธอร์แลนด์ คือ United Brands Continentaal BV หรือ UBC ซึ่งมีหน้าที่ในการประสานงานในการจำหน่ายกล้วยในประเทศสมาชิก ยกเว้น สหราชอาณาจักรและอิตาลี

ในปี ค.ศ. 1975 คณะกรรมการได้ดำเนินการเอาผิดกับ UBC โดยอาศัยข้อกล่าวหาของ Th. Olesen บริษัทของประเทศเดนมาร์ก Tropical Fruit Co. และ Jack Dolan Ltd. บริษัทของเมืองดับลิน สหราชอาณาจักร และ Banana Importers บริษัทของประเทศไอร์แลนด์

ต่อมาคณะกรรมการได้ตัดสินว่า บริษัทดังกล่าวได้กระทำความผิดตาม Article 86 โดยใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ United Brands และ UBC ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการในปีต่อมา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำวินิจฉัย ขอให้คณะกรรมการจ่ายค่าเสียหาย และขอให้ยกเลิก หรือ ลดค่าปรับที่คณะกรรมการกำหนด

การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิด

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ UBC ได้กระทำความผิดตาม Article 86 โดย

ก. สั่งห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายในเขตเศรษฐกิจเบลโก - ลักเซมเบิร์ก (Belgo-Luxembourg Economic Union) เดนมาร์ก เยอรมนี ไอร์แลนด์ และเนเธอร์แลนด์จำหน่ายกล้วยในขณะที่ยังไม่สุกหรือในขณะที่ยังเป็นสีเขียว

⁵⁴ Westlaw. (n.d.). Retrieved August 2005, from <http://www.westlaw.com>

ข. คิรราคากล้วยชี่หื้อ Chiquita กับบรรดาผู้จัดจำหน่ายในประเทศที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น
ที่ไม่ใช่ผู้จัดจำหน่ายในกลุ่ม Scipio ในอัตราที่ต่างกันมากสำหรับธุรกรรมที่มีลักษณะเหมือนกัน

ค. กำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรมสำหรับการขายกล้วยชี่หื้อ Chiquita แก่ลูกค้าที่อยู่ในเขต
เศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์ก เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ และเยอรมนี (ที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่ม Scipio)

ง. ปฏิเสธที่จะขายกล้วยชี่หื้อ Chiquita ให้แก่ Th. Olesen ตั้งแต่ปี 1973 ถึง 1975 โดย
เหตุผลที่ว่าบริษัทดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องกับการโฆษณากล้วยชี่หื้อจำหน่ายโดยบริษัทคู่แข่ง

คำพิพากษาของศาล

โจทก์ได้โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการในหลายประเด็นทั้งในประเด็น สับัญญัติ
และสารบัญญัติ และศาลได้มีคำพิพากษาไว้ในประเด็นที่สำคัญดังต่อไปนี้

ก. ความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาด (The existence of a dominant position)

โจทก์ได้กล่าวอ้างว่า ในการพิจารณาถึงอำนาจเหนือตลาดตามความแห่ง Article 86
คณะกรรมการได้วิเคราะห์โครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องไม่ถูกต้อง โดยในการนี้ศาลได้กล่าวไว้ใน
การที่จะพิจารณาว่า UBC มีอำนาจเหนือตลาดสินค้ากล้วยตามนัยแห่ง Article 86 หรือไม่นั้น จำเป็น
ที่จะต้องพิจารณาลักษณะเฉพาะของสินค้านั้น ๆ และพิจารณาถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการโฆษณา
สินค้านี้และที่สภาพของการแข่งขันมีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งจะทำให้สามารถประเมิน
อำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการค้าที่เกี่ยวข้องได้ ในการที่จะวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า UBC มี
อำนาจเหนือตลาดสินค้ากล้วยหรือไม่ ศาลได้แบ่งประเด็นในการวินิจฉัยไว้ดังนี้

1. ตลาดที่นำมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาด หรือตลาดที่เกี่ยวข้อง
(Relevant Market) ได้แก่

1.1 ตลาดของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ (Product Market)

โจทก์ได้กล่าวอ้างว่ากล้วยมิได้มีตลาดแยกเป็นของตนเอง แต่เป็นส่วนหนึ่งของตลาด
ผลไม้สดอื่นๆ ได้แก่ แอปเปิ้ล ส้ม องุ่น พีช และสตรอเบอร์รี่ เป็นต้น ดังนั้นในการนำเอา Article 86
มาปรับใช้กับกรณีนี้ จึงต้องพิจารณาสภาพของตลาดให้สอดคล้องกับความเป็นจริงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม
ก็ตาม ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของโจทก์ในประเด็นนี้ โดยศาลได้กล่าวว่า การที่จะตัดสินว่า
กล้วยเป็นสินค้าที่มีตลาดแยกเป็นของตนเอง และมีความแตกต่างจากตลาดของผลไม้สดอื่น ๆ จะ
ต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่ากล้วยมีลักษณะเฉพาะที่สามารถแยกออกจากผลไม้สดอื่น ๆ ได้ และ
ผู้บริโภคสามารถบริโภคผลไม้สดอื่นแทนกล้วยได้เฉพาะในบางกรณีซึ่งถือเป็นส่วนน้อยเท่านั้น รวม
ทั้งต้องปรากฏว่าสินค้ากล้วยมิได้แข่งขันกับสินค้าประเภทผลไม้สดอื่น ๆ จากข้อเท็จจริงที่ว่ากล้วย
เป็นผลไม้ที่รับประทานได้ทั้งปี การที่จะพิจารณาว่ากล้วยสามารถถูกแทนที่ได้โดยผลไม้สดอื่นหรือไม่

จึงต้องพิจารณาความสามารถในการแทนที่ตลอดทั้งปี เพื่อที่จะนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่ากล้วยแข่งขันกับสินค้าประเภทผลไม้สดอื่น ๆ และมีตลาดเป็นของตนเองหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากสถิติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเทศสมาชิกแล้ว ศาลเห็นว่ากล้วยเป็นผลไม้ที่มีลักษณะเฉพาะ (จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ คณะกรรมการได้เห็นว่า กล้วยเป็นผลไม้ที่มีคุณสมบัติเฉพาะที่มีอิทธิพลต่อผู้บริโภค และทำให้ผู้บริโภคไม่เลือกที่จะบริโภคผลไม้อื่นแทนกล้วย) ได้แก่ รสชาติ รูปลักษณะ ความนุ่ม ลักษณะที่ไม่มีเมล็ด ความง่ายต่อการบริโภค และคุณสมบัติที่สามารถเป็นอาหารได้สำหรับเด็ก คนป่วย และคนชรา เป็นต้น และศาลยังเห็นด้วยว่ากล้วยมิได้แข่งขันกับสินค้าประเภทผลไม้สดอื่น ๆ เพราะผู้บริโภคมิได้เห็นว่าผลไม้อื่นสามารถใช้บริโภคแทนกล้วยได้ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าสินค้ากล้วยได้รับผลกระทบในช่วงฤดูกาลที่มีผลไม้อื่น ๆ เข้ามาสู่ตลาดผลไม้สด แต่ผลกระทบดังกล่าวก็มีไม่มาก ซึ่งผู้จำหน่ายสามารถแก้ไขได้โดยการลดจำนวนนำเข้าและเพิ่มการโฆษณา และผลกระทบดังกล่าวก็มีเพียงช่วงระยะเวลาสั้น ๆ เท่านั้น ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาศาลจึงพิพากษาว่าสินค้ากล้วยมีตลาดเป็นของตนเองแยกต่างหากจากผลไม้สดอื่น ๆ ซึ่งตลาดดังกล่าวรวมทั้งกล้วยที่มีขี้ห่อ และไม่มีขี้ห่อด้วย

1.2 ตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographic Market)

ในประเด็นนี้ ศาลได้กล่าวถึงความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการนำสินค้าไปจำหน่าย หรือ “ตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์” ซึ่งถือเป็น “ตลาด” ประเภทหนึ่งว่าการนำเอา Article 86 ไปใช้เอาผิดกับผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดจำเป็นต้องกำหนดส่วนหรือพื้นที่ที่เป็นสาระสำคัญของตลาดร่วม หรือตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีขอบอย่างชัดเจน โดยพื้นที่ดังกล่าวนี้จะต้องมีสภาพการแข่งขันระหว่างบรรดาผู้ประกอบการค้าที่เหมือนกัน ซึ่งในกรณีนี้ โจทก์ได้กล่าวอ้างว่าคณะกรรมการไม่ควรนำเอาตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ได้แก่ เยอรมนี เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และเขตเศรษฐกิจเบลโก-ลักเซมเบิร์กมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาดในกรณีนี้ เพราะสภาพการแข่งขันในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันมาก กล่าวคือ ในแต่ละประเทศมีระบบภาษีศุลกากรที่ต่างกัน จนไม่สามารถนำมาเป็นตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์เดียวกันได้ แต่ศาลได้ตัดสินใจว่าประเทศทั้งหมดเป็นตลาดที่มีการแข่งขันอย่างเสรี แม้จะมีอัตราภาษีศุลกากรและต้นทุนในการขนส่งที่แตกต่างกัน แต่อัตราภาษีศุลกากรและต้นทุนในการขนส่งดังกล่าวก็ใช้กับผู้ประกอบการค้าทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าสภาพการแข่งขันในตลาดดังกล่าวมีความเท่าเทียมกันและเหมือนกันสำหรับผู้ประกอบการค้าทั้งหมด ประเทศทั้งหมดจึงมีลักษณะเป็นตลาดเดียวและเป็น “ตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์” หรือส่วนหรือพื้นที่ที่เป็น

สาระสำคัญของตลาดร่วม อันเป็นตลาดที่นำมาพิจารณาถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือตลาด หรือ ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ตามนัยแห่ง Article 86

2. UBC มีอำนาจเหนือตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่

คณะกรรมการได้วินิจฉัยว่า UBC มีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวแล้ว (หมายถึง ตลาดของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ (Product Market) และตลาดที่เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ (Geographic Market) ซึ่งรวมเรียกว่า ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market)) เนื่องจากโจทก์มีโครงสร้างทางธุรกิจ ตั้งแต่การผลิตจนถึงการจัดจำหน่ายในตลาดที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นอิสระไม่ต้องพึ่งพาใคร ซึ่งเอื้ออำนวยให้โจทก์สามารถกระทำการอันเป็นการบิดเบือนการแข่งขันได้ แต่โจทก์ได้ปฏิเสธข้อวินิจฉัยดังกล่าวในประเด็นนี้ ศาลได้ตัดสินไว้ว่า “อำนาจเหนือตลาด” ตามนัยแห่ง Article 86 หมายถึงสถานะที่มีความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการค้ารายใดรายหนึ่ง ซึ่งสถานะนี้เอื้อประโยชน์ให้ผู้ประกอบการค้าดังกล่าวกระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะโดยการที่สถานะนั้นให้อำนาจแก่ผู้ประกอบการค้าที่จะดำเนินธุรกิจอย่างเป็นอิสระจากคู่แข่งคนอื่น ๆ ในตลาด โดยทั่วไปแล้ว อำนาจเหนือตลาดเกิดได้จากองค์ประกอบหลายอย่าง ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ในการที่จะตัดสินได้ว่าผู้ประกอบการค้ารายใดรายหนึ่ง มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

2.1 โครงสร้างของผู้ประกอบการค้า (UBC)

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ UBC เป็นองค์กรที่มีความสมบูรณ์ในตัวเองตั้งแต่ขั้นตอนในการปลูก จนกระทั่งถึงขั้นตอนในการขนส่งและขายสินค้าให้แก่ลูกค้า ถือได้ว่า UBC เป็นบริษัทที่มีโครงสร้างองค์กรเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทุกขั้นตอนการผลิต

2.2 สภาพการแข่งขันของผลิตภัณฑ์กล้วยในตลาดที่เกี่ยวข้อง

UBC ครองส่วนแบ่งการตลาดในสินค้ากล้วยถึงร้อยละ 35 ของจำนวนกล้วยที่มีการผลิตเพื่อส่งออกทั่วโลกในปี 1954 แต่อย่างไรก็ดี สำหรับในกรณีดังกล่าวนี้ จะต้องพิจารณาถึงสภาพของตลาดที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่ใช่ตลาดทั่วโลก โดยศาลได้กล่าวว่า ผู้ประกอบการค้าจะถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดสำหรับผลิตภัณฑ์ใดผลิตภัณฑ์หนึ่ง หากผู้ประกอบการค้านั้นได้ประสบความสำเร็จในการครองส่วนแบ่งจำนวนมากในตลาดของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่า UBC ครองส่วนแบ่งการตลาดถึงร้อยละ 40-45 แต่ก็มิได้หมายความว่า UBC จะมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว ในการนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงความแข็งแกร่ง และจำนวนของคู่แข่งในตลาดด้วย และการที่จะถือว่าผู้ประกอบการค้ามีอำนาจเหนือตลาดใดตลาดหนึ่ง ไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าผู้ประกอบการค้านั้น ๆ ต้องกำจัดโอกาสในการแข่งขันของผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ อย่างสิ้นเชิง

จากคำพิพากษานี้ อาจสรุปได้ว่า ศาลมีแนวโน้มที่จะตัดสินว่าผู้ประกอบการค้ามีอำนาจเหนือตลาด หากปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- ผู้ประกอบการค้าอื่น ๆ ประสบกับอุปสรรคต่าง ๆ จนเกือบจะเรียกได้ว่าไม่สามารถเอาชนะได้ในการที่จะเข้าสู่ตลาดและแข่งขันกับผู้ประกอบการค้านั้น ๆ (Barriers to entry) ไม่ว่าจะเป็นอุปสรรคทางด้านเทคนิค หรือทางการเงิน เช่น การลงทุนที่ต้องใช้เงินลงทุนสูงในการผลิตและในการขนส่งเนื่องจากผลไม้เป็นสินค้าที่เสียง่าย และความจำเป็นที่ต้องหาแหล่งผลิตอื่น ๆ เพิ่มเติม เพื่อป้องกันการแพร่หลายของโรคระบาดและภัยธรรมชาติ เป็นต้น

- แม้ผู้ประกอบการค้านั้น ๆ อาจขาดทุนบ้างในบางโอกาส แต่คำว่า อำนาจเหนือตลาด โดยเนื้อแท้แล้ว หมายถึงอำนาจในการกำหนดราคา ดังนั้น การมีกำไรหรือขาดทุนจึงไม่เกี่ยวกับการที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบการค้านั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ นอกจากนี้ จากข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้บริโภคยังคงซื้อสินค้าของผู้ประกอบการค้านั้น ๆ เพราะเป็นผู้ประกอบการค้าที่ผู้บริโภคให้ความนิยม โดยไม่คำนึงว่าผู้ประกอบการค้าจะได้กำไรหรือขาดทุน หรือไม่คำนึงว่าราคาจะสูงกว่าราคาของผู้ประกอบการค้ารายอื่น ๆ หรือไม่ ก็ทำให้ถือได้ว่าผู้ประกอบการค้านั้นมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว เพราะถือว่าผู้ประกอบการค้ายังคงมีความแข็งแกร่งเหนือตลาด (Market Strength) อยู่

จากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ทำให้ศาลเห็นว่า UBC ได้รับผลดีจากการที่อยู่ในสถานะดังกล่าว และ UBC มีอำนาจเหนือตลาดที่เกี่ยวข้อง ตามความแห่ง Article 86 แล้ว

ข. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of this dominant position)

1. กรณีที่ UBC ห้ามมิให้ผู้จัดจำหน่ายขายกล้วยในขณะที่ยังเป็นสีเขียว โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าหากผู้จัดจำหน่ายไม่ปฏิบัติตาม UBC จะดำเนินการใด ๆ ตามที่จำเป็นเพื่อมิให้ผู้จัดจำหน่ายนั้น ๆ จำหน่ายกล้วยแก่ผู้จัดจำหน่ายที่อยู่ในประเทศอื่น

คณะกรรมการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เพราะถือเป็นการจำกัดผู้จัดจำหน่ายไม่ให้ส่งออกสินค้ากล้วย และเป็นการจำกัดการแข่งขันของผู้จัดจำหน่ายในระดับระหว่างประเทศ โดยให้ผู้จัดจำหน่ายมีหน้าที่เพียงทำให้กล้วยสุกและจำหน่ายแก่ผู้ค้าปลีกในประเทศเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้จัดจำหน่ายอาจทำได้ในฐานะที่เป็นผู้ส่งออกจากการส่งออกกล้วยไปยังประเทศอื่น ๆ ในกรณีที่ต้นทุนของต่ำกว่ากล้วยที่ขายอยู่ในประเทศนั้น ๆ ในประเด็นนี้ ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของโจทก์ที่ว่าข้อห้ามดังกล่าวมีเพื่อควบคุมคุณภาพของกล้วยที่ UBC ผลิตเท่านั้น โดยศาลได้กล่าวว่าถึงแม้ว่านโยบายควบคุมคุณภาพดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายและเป็นสิ่งที่ควรกระทำ แต่ผลของนโยบายดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา คือ ต้องไม่เป็นการจำกัดตลาดจนส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค และต้องไม่ส่งผลเป็นการแบ่งแยกตลาดออกเป็นตลาดของแต่ละประเทศ อันถือได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขัน

2. กรณีที่ UBC ปฏิเสธที่จะจำหน่ายกล้วยแก่ Th. Olesen

ในประเด็นนี้ ศาลได้พิพากษาขึ้นตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่เห็นว่าการปฏิเสธที่จะขายสินค้าให้แก่ Th. Olesen ถือเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม Article 86 แล้ว แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า Th. Olesen ได้โฆษณากล้วยของบริษัทคู่แข่ง โดยศาลได้กล่าวว่า ผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่อาจที่จะหยุดการจำหน่ายสินค้าแก่ลูกค้าที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกันมานาน และปฏิบัติตามเงื่อนไขทางธุรกิจที่ตกลงกันมาโดยตลอด โดยอ้างเหตุผลทางการตลาด และการโฆษณา เพราะการปฏิเสธดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคและนำไปสู่การเลือกปฏิบัติที่อาจเป็นการกีดกันผู้จำหน่ายรายนั้นออกจากตลาดที่เกี่ยวข้อง หากผู้จำหน่ายดังกล่าวกระทำการใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการค้าที่มีอำนาจเหนือตลาด จนจำเป็นที่จะต้องงดการจำหน่าย การงดการจำหน่ายนั้นก็จะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และไม่ทำให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหายเกินสมควร

3. กรณีที่ UBC คิรราคาสินค้าสำหรับผู้จำหน่ายที่อยู่ในแต่ละประเทศแตกต่างกัน (Discriminatory prices)

กรณีที่ UBC คิรราคาสินค้าแตกต่างกันสำหรับธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ทำให้ผู้จำหน่ายในแต่ละประเทศเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกัน ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามความแห่ง Article 86 แล้ว

4. กรณีที่ UBC คิรราคาสินค้าอย่างไม่เป็นธรรมกับผู้จำหน่ายที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่ม Scipio (Unfair prices)

ในประเด็นนี้ แม้ศาลจะพิพากษายกคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเนื่องจากว่าข้อสรุปของคณะกรรมการไม่ได้ตั้งอยู่บนหลักฐานแห่งข้อเท็จจริงต่าง ๆ และการประเมินที่ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม แต่ศาลก็ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องการตั้งราคาที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่า การที่ผู้ประกอบการค้าอาศัยอำนาจเหนือตลาดที่ตนมีอยู่เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ ซึ่งผู้ประกอบการค้านั้นไม่มีทางได้มาในกรณีที่มีการแข่งขันตามปกติ เช่น การคิรราคาสินค้าสูงเกินควร ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันต้องห้ามตาม Article 86 โดยการดูว่าราคาสินค้าสูงเกินควรหรือไม่ สามารถพิจารณาได้โดยการเปรียบเทียบต้นทุนของสินค้ากับราคาขาย และดูว่าส่วนต่างที่ผู้ประกอบการค้าจะได้รับมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล กับคุณค่าในเชิงเศรษฐกิจของสินค้านั้น ๆ หรือไม่