

## คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า : มุมมองจากนักวิชาการ

จักรกฤษณ์ ควรพจน์

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีมติเมื่อวันที่ 4 กันยายน 2543 ว่า พฤติกรรมการค้าเหล่าฟ่ง เบียร์ของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่ง และพฤติกรรมของบริษัทเคเบิลทีวีสองบริษัทที่ร่วมกันกำหนดราคาค่าบริการ ไม่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทั้งสองคดีนี้มี ประเด็นทางกฎหมายที่น่าสนใจอยู่หลายประเด็น

พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2542 ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบ เศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนั้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือที่บางประเทศเรียกว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาด (anti-trust law) ได้ทำหน้าที่เป็นเสาหลักค้ำยันระบบตลาดเสรี และทำให้การค้าเสรีดำเนินไปอย่างแข็งแกร่งและมี ประสิทธิภาพมาเป็นเวลานาน ประเทศไทยเพิ่งจะเริ่มให้ความสำคัญกับเรื่องนี้ การบัญญัติกฎหมายฉบับนี้นับว่า เป็นส่วนหนึ่งของความพยายามในการจัดระเบียบการแข่งขันในตลาดการค้าของไทย

ภายใต้แนวคิดเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมซึ่งเป็นเศรษฐกิจกระแสหลักในปัจจุบัน การค้าขายต้องดำเนินไป อย่างเสรี (laissez-fair) เอกชนต้องมีเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจโดยปลอดจากการแทรกแซงของรัฐ อุปสรรค ทางการค้าต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นภาษีศุลกากรหรือกฎระเบียบที่มีใช้ภาษี จะต้องถูกขจัดให้หมดสิ้นไป หรืออย่างน้อย ก็ต้องทำให้ลดน้อยลงมากที่สุด

แนวคิดนี้เชื่อว่า การแข่งขันทางการค้าโดยเสรีระหว่างผู้ประกอบการจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค เพราะทำให้ผู้บริโภคมีทางเลือกในการซื้อสินค้า และช่วยควบคุมราคาสินค้าไม่ให้สูงเกินสมควร การแข่งขันทาง การค้ายังช่วยเสริมสร้างประสิทธิภาพการผลิต ทำให้เกิดการพัฒนาเทคโนโลยีและผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ อันมีผลทำให้ เศรษฐกิจของประเทศเติบโต

แต่ภายใต้นโยบายเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ผู้ประกอบธุรกิจอาจอาศัยโอกาสแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ด้วยการผูกขาดทางการค้า อันเป็นการบิดเบือนระบบตลาดเสรี ก่อให้เกิดผลกระทบต่อกลไกตลาด และสร้างความ เดือดร้อนแก่ผู้บริโภค

การกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบการค้าเสรีที่รุนแรงที่สุดก็คือ “การผูกขาดทางการค้า” (monopoly) ซึ่งทำให้ตลาดมีสภาพที่ปราศจากการแข่งขัน เนื่องจากผู้ประกอบการรายหนึ่งได้ควบคุมการผลิต และการจำหน่ายสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งไว้แต่เพียงผู้เดียว ตลาดผูกขาดจะเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการ ผูกขาดกำหนดปริมาณและราคาของสินค้า ให้อยู่ในระดับที่จะส่งผลกำไร และเป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด ซึ่งอาจ ทำให้เกิดการขาดแคลนสินค้าหรือทำให้สินค้ามีราคาแพงได้

แต่เดิมประเทศไทยมิได้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หากแต่ใช้กฎหมายที่ควบคุมราคาสินค้า โดยตรง (direct price control) เป็นเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแทน อันได้แก่ พ.ร.บ. กำหนด ราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2542 ประเทศไทยจึงได้ประกาศใช้กฎหมาย การแข่งขันทางการค้าเป็นครั้งแรก

พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์สำคัญดังนี้

- ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด
- ห้ามการทำความตกลงที่มีผลเป็นการผูกขาด หรือลดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด
- ควบคุมการควบรวมกิจการ
- ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจนอก ราชอาณาจักร

- ห้ามการกระทำที่เป็นการทำลายการแข่งขันหรือการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม

นับแต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีผลใช้บังคับเป็นต้นมา คดีขายเหล้าฟ่งเบียร์และคดีบริษัทเคบีแอล ที่วีเป็นสองกรณีแรก ที่ได้ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ตามกฎหมายดังกล่าว

### **กรณีขายเหล้าฟ่งเบียร์**

กรณีแรก เป็นเรื่องที่มีการร้องเรียนถึงพฤติกรรมของบริษัทจำหน่ายสุราบริษัทหนึ่งว่าได้กระทำการขายเหล้าฟ่งเบียร์ โดยกำหนดให้ลูกค้าที่ต้องการซื้อสุราจากตนเองต้องพ่วงซื้อเบียร์ไปด้วย ซึ่งในการพิจารณาข้อร้องเรียนนั้น คณะกรรมการต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดที่เป็นการทำจัดการแข่งขัน และเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่น ตามมาตรา 25 (2) หรือไม่

มาตรา 25 (2) บัญญัติห้ามมิให้ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับให้ผู้ประกอบการรายอื่นต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า ซึ่งการที่บริษัทที่เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสุรารายใหญ่กำหนดให้ผู้ที่ต้องการจะซื้อสินค้าชนิดหนึ่ง (เหล้า) จากตนเอง ต้องซื้อสินค้าอื่น (เบียร์) พ่วงไปด้วย จึงเป็นการกระทำที่อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

อย่างไรก็ดี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย โดยมีเหตุผลสองประการสำคัญดังนี้

- การขายเหล้าฟ่งเบียร์นั้นมิได้เป็นการกระทำของบริษัทที่ถูกร้องเรียน หากแต่เป็นเอเยนต์จำหน่ายที่เป็นผู้กระทำการดังกล่าว
- กรณียังไม่ชัดเจนว่า บริษัทผู้จำหน่ายสุราฟ่งเบียร์มีฐานะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ เนื่องจากในขณะที่มีการวินิจฉัยกรณีนี้ ยังไม่ได้มีการประกาศเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดออกมา

คณะกรรมการฯ ยังได้วินิจฉัยด้วยว่า แม้การกระทำดังกล่าวจะยังไม่เข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แต่ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม และสมควรที่จะต้องจับตาดูแลอย่างใกล้ชิดต่อไป คำวินิจฉัยนี้มีประเด็นที่น่าสนใจอยู่หลายประเด็นด้วยกัน

**ประเด็นแรก** การขายเหล้าฟ่งเบียร์ที่เป็นการกระทำของเอเยนต์หรือตัวแทนจำหน่าย จะมีผลผูกพันบริษัทที่เป็นตัวการหรือไม่

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการบอกแต่เพียงว่า บริษัทที่ถูกร้องเรียนมิได้เป็นผู้กระทำการดังกล่าว หากแต่เป็นการกระทำของเอเยนต์จำหน่าย ผู้เขียนไม่แน่ใจว่า ในทางสอบสวนของคณะกรรมการนั้นได้ปรากฏข้อเท็จจริงหรือไม่ว่า บริษัทตัวการได้รู้เห็นกับการกระทำของบริษัทเอเยนต์ ซึ่งหากบริษัทตัวการรู้เห็นเช่นนั้น บริษัทจำหน่ายสุราก็ต้องรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของเอเยนต์ที่เป็นตัวแทนของตนเองด้วย เนื่องจากการกระทำของตัวแทนที่ได้กระทำไปในขอบอำนาจย่อมจะผูกพันตัวการเสมอ

**ประเด็นที่สอง** การขายเหล้าฟ่งเบียร์เข้าข่ายที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการจำกัดหรือลดการแข่งขันทางการค้า ตามมาตรา 25 หรือไม่

มาตรา 25 ห้ามบุคคลที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการที่มีชอบ (abuse of a dominant position) เจตนาารมณ์ของมาตรานี้คือ เพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ มิให้ใช้อำนาจเศรษฐกิจของตนไปในทางที่มีชอบ อันมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

ผู้ประกอบธุรกิจใดจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2522 กำหนดให้พิจารณาจากคำนิยามในมาตรา 3

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย”

การพิจารณาถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น กฎหมายกำหนดให้ใช้ส่วนแบ่งตลาดและยอดขายเป็นเกณฑ์ โดยคำนึงถึงสภาพการแข่งขันในตลาดประกอบด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

หลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยนี้แตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ ที่มีได้ใช้ส่วนแบ่งตลาดและยอดขายเป็นเกณฑ์

ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรป ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจที่สามารถกระทำการได้อย่างเป็นอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้า หรือผู้บริโภค นอกจากนี้ บุคคลดังกล่าวจะต้องอยู่ในฐานะที่จะกระทำการจำกัดการแข่งขันในตลาดได้

ปัจจัยสำคัญที่กฎหมายของสหภาพยุโรปใช้ประกอบการพิจารณา “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ได้แก่ ส่วนแบ่งตลาด ความได้เปรียบเหนือคู่แข่งในด้านเทคโนโลยี ความประหยัดในการผลิต โอกาสในการเข้าถึงทุน และทรัพยากร การสร้างความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ ขนาดและความแข็งแกร่งขององค์กร และผลประกอบการ เป็นต้น (Hoffmann-La Roche & Co. AG v EC Commission [1979] ECR 461; [1979] 3 CMLR 211)

ภายใต้มาตรา 25 ของ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2522 การที่ผู้ประกอบธุรกิจใดมีฐานะเหนือผู้อื่นในทางการค้า จะไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย เช่น การเป็นผู้ครองส่วนแบ่งตลาดในสัดส่วนที่สูงอาจเข้าข่ายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่หาได้เป็นความผิดตามกฎหมายไม่ กรณีจะเป็นการผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้ใช้โอกาสจากการที่ตนมีฐานะเหนือผู้อื่นไปในทางที่มีชอบ อันมีผลกระทบต่อพฤติกรรมหรือการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติการกระทำดังกล่าวไว้ 4 ประการดังนี้ (มาตรา 25 (1) – (4))

- กำหนดราคาอย่างไม่เป็นธรรม
- กำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมเอากับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นลูกค้าของตน
- กระทำการเพื่อจำกัดปริมาณของสินค้าในตลาด
- แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่น

การกระทำไม่เป็นธรรมทางการค้าในลักษณะอื่นที่ไม่เข้าใน 4 กรณีข้างต้นจะไม่เป็นความผิด เช่น การเลือกปฏิบัติต่อคู่ค้ารายหนึ่งรายใด (discrimination) หรือการใช้กลวิธีที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งด้วยการปฏิเสธที่จะจำหน่ายวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าให้แก่บริษัทคู่แข่ง มีผลทำให้บริษัทคู่แข่งต้องขาดแคลนวัตถุดิบการผลิต เป็นต้น

การขายเหล่าฟวงเบียร์นั้นเข้าลักษณะการกระทำที่ในทางวิชาการเรียกว่า “การทำข้อสัญญาผูกมัด” (tying clause) โดยผู้มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดให้ลูกค้าของตนรับซื้อสินค้าอย่างอื่นนอกเหนือจากสินค้าที่ลูกค้านั้นต้องการฟวงไปด้วย โดยอาจกำหนดให้ซื้อสินค้านั้นจากตนเอง หรือจากบุคคลที่ตนกำหนด

การทำสัญญาผูกมัดเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่มีขอบ เพราะได้บีบบังคับให้ลูกค้าซื้อสินค้าที่เขาไม่ต้องการ ข้อสัญญาผูกมัดที่กล่าวข้างต้นเรียกว่า “tie-in clause” นอกจากนี้ ยังมีข้อสัญญาผูกมัดอีกประเภทหนึ่ง ที่กำหนดห้ามไม่ให้ลูกค้าซื้อสินค้าหรือบริการจากบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ข้อสัญญาผูกมัดแบบนี้เรียกว่า “tie-out clause” ซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 25 เช่นเดียวกัน

ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะได้ประโยชน์อย่างมากจากการทำข้อสัญญาผูกมัด เพราะสามารถฟวงขายสินค้าอย่างอื่นของตนไปกับสินค้าที่ลูกค้าต้องการ กลวิธีนี้มักจะใช้เพื่อประชาสัมพันธ์สินค้าใหม่ หรือเพื่อเพิ่มยอดขายจำหน่ายสินค้าที่ไม่ได้รับความนิยมในตลาด ข้อสัญญาผูกมัดเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดแสวงหาผลประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรม แต่ในทางตรงกันข้าม ลูกค้าที่ถูกกำหนดให้รับข้อสัญญาผูกมัดต้องแบกรับภาระอย่างมากมาย กล่าวคือ จะต้องรับซื้อสินค้าที่ฟวงขายมาทั้งๆ ที่ตนไม่ต้องการ หรือต้องซื้อสินค้าในราคาแพง ทั้งๆ ที่สามารถซื้อหาสินค้านั้นจากแหล่งอื่นได้ในราคาที่ต่ำกว่า

การทำสัญญาผูกมัดโดยผู้มีอำนาจเหนือตลาด เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 โดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของบางประเทศที่อนุญาตให้ทำข้อสัญญาผูกมัดได้ในบางกรณี เช่น ตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ข้อสัญญาผูกมัดจะมีผลใช้บังคับได้ ถ้าสินค้าที่ฟวงขายนั้นไม่ได้มีส่วนแบ่งตลาดในระดับที่สำคัญ และถ้าการทำข้อสัญญาผูกมัดนั้นไม่ก่อให้เกิดการจำกัดทางการค้าในสหรัฐฯ และนอกจากนี้ หากสินค้าที่ฟวงขายนั้นเป็นสินค้าที่มีความจำเป็นต่อการรักษาคุณภาพสินค้า หรือจำเป็นต่อการรักษาชื่อเสียงหรือกิตติวิสัยของผู้ประกอบธุรกิจ กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ก็อนุญาตให้กำหนดข้อสัญญาผูกมัดได้เช่นเดียวกัน

ในการวินิจฉัยคดีนี้ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้วินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายว่า การขายเหล่าฟวงเบียร์นั้นมีลักษณะเป็นการทำสัญญาผูกมัดตามมาตรา 25 (2) หรือไม่ ซึ่งหากมีการวินิจฉัยในประเด็นนี้ก็จะประโยชน์ต่อผู้ประกอบการรายอื่นๆ เป็นอย่างยิ่ง และจะเป็นบรรทัดฐานสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดหากมีคดีในลักษณะเดียวกันนี้ในอนาคต

คณะกรรมการฯ เพียงแต่ให้ความเห็นว่า เมื่อยังไม่มีเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาด การกระทำของผู้ถูกร้องเรียนจึงยังไม่เป็นความผิดตามมาตรา 25

ผู้เขียนเห็นพ้องกับคณะกรรมการว่า เมื่อยังไม่มี การประกาศเกณฑ์เกี่ยวกับ “ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด” ก็ย่อมเป็นการยากที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่าผู้ประกอบการรายใดมีฐานะดังกล่าว แต่คำถามคือการขาดหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายนั้นควรจะเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายใด หน่วยงานที่ดูแลกฎหมายควรจะต้องรับผิดชอบในความไม่พร้อมของตนมากน้อยเพียงใด

ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ร้องเรียน ผู้บริโภค หรือแม้แต่บริษัทที่ถูกร้องเรียน ควรจะได้รับคำชี้แจงในประเด็นปัญหาที่มีการร้องเรียนอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผล โดยเฉพาะในปัญหาที่ว่า การกระทำลักษณะนี้เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ และคณะกรรมการฯ จะมีท่าทีเช่นไร หากมีการกระทำเช่นนี้เกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งคณะกรรมการก็เสี่ยงที่จะชี้ขาดในประเด็นเหล่านี้ โดยใช้เป็นคำกล่าวในเชิงตำหนิว่าการทำข้อสัญญาผูกมัดเช่นนี้เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม และสมควรที่จะต้องจับตาดูแลอย่างใกล้ชิดต่อไป

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่อาจยอมรับคำวินิจฉัยในลักษณะนี้ได้ เพราะในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีนั้น การชี้ขาดจะมีได้เพียงว่าการกระทำตามข้อเท็จจริงในคดีเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ศาลหรือองค์กร

ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดกรณีคดีไม่อาจตัดสินว่าการกระทำไม่เป็นความผิด แต่เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม ดังเช่นที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ในกรณีนี้

**ประเด็นที่สาม** การขายเหล่าฟวงเบียร์นั้นหากไม่เป็นความผิดตามมาตรา 25 จะเป็นความผิดตามมาตราอื่นได้หรือไม่

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้พิจารณาความผิดตามมาตราอื่น คงพิจารณาความผิดตามมาตรา 25 แต่เพียงกรณีเดียว

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทจำหน่ายสุราได้สมคบหรือร่วมกันกับบริษัทเอเยนต์ กำหนดให้ลูกค้าต้องซื้อเหล่าฟวงเบียร์ ทั้งบริษัทจำหน่ายสุราและบริษัทเอเยนต์ก็อาจต้องร่วมกันรับผิดตามมาตรา 27

มาตรา 27 ห้ามการกระทำที่เป็นการบิดเบือนการค้าด้วยการสมคบกันหรือร่วมมือกันในระหว่างผู้ประกอบการ ไม่ว่าจะเป็นการการทำความตกลง การตัดสินใจ หรือร่วมมือกันในลักษณะใดๆ ที่ก่อให้เกิดการผูกขาด ทำให้ลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด การกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 27 นี้ มีอยู่หลายลักษณะด้วยกัน รวมทั้งการฮั้วกันในการประมูล การตกลงกันกำหนดราคา การกำหนดโควตาการผลิต การตกลงกันแบ่งพื้นที่จำหน่าย และการตกลงกันเพื่อครอบครองหรือควบคุมตลาด เป็นต้น

มีข้อที่น่าคิดว่า การกำหนดให้มีการจำหน่ายเหล่าฟวงเบียร์ในรูปแบบเดียวกัน จะเป็นการทำความตกลงร่วมกันโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาดตามมาตรา 27 (3) และเป็นการร่วมกันกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือจำหน่ายสินค้า เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือที่ตกลงกัน อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 27 (10) หรือไม่ ซึ่งน่าจะเสียตายที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามิได้วินิจฉัยข้อกฎหมายในประเด็นเหล่านี้

### กรณีเคเบิ้ลทีวี

คดีนี้มีประเด็นที่ควรพิจารณาหลายประการ ได้แก่

**ประเด็นแรก** การรวมธุรกิจของกลุ่มบริษัทเคเบิ้ลทีวีโดยการแลกหุ้นกัน โดยบริษัททั้งสองยังคงมีสภาพนิติบุคคลทั้งสองบริษัท จะถือว่าเป็นการรวมธุรกิจอันเป็นความผิดตามมาตรา 26 หรือไม่

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องนี้ก็คือ การรวมธุรกิจตามมาตรา 26 มีความหมายอย่างไร

พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 วรรคสามให้ความหมายของการรวมธุรกิจไว้ค่อนข้างกว้าง โดยครอบคลุมการควบรวมธุรกิจ (concentration) ในทุกลักษณะ ทั้งที่เป็นการรวมธุรกิจแบบ merger ที่เป็นการรวมกิจการด้วยความสมัครใจ (มาตรา 26 วรรค 3 (1)) และการรวมธุรกิจแบบ takeover ที่เป็นการรวมกิจการด้วยการเข้าซื้อสินทรัพย์หรือซื้อหุ้นของธุรกิจอื่น ซึ่งอาจจะเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีหรือไม่ก็ได้ (มาตรา 26 วรรค 3 (2)(3))

มีข้อสังเกตว่า การรวมธุรกิจที่จะถูกควบคุมโดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า จะต้องเป็นการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน โดยพิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นหลังจากรวมธุรกิจแล้วเป็นสำคัญ เช่น ดูว่าอำนาจครอบงำกิจการของธุรกิจที่เคยเป็นอิสระจากกันได้ตกอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มเดียวหรือไม่ มากกว่าจะพิจารณาว่าธุรกิจที่รวมเข้าด้วยกันนั้นยังคงมีสภาพนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกันหรือไม่

แต่ปัญหาสำคัญของการปรับใช้มาตรา 26 กับกรณีบริษัทเคเบิ้ลทีวีที่มีการร้องเรียนนี้ก็คือ การรวมธุรกิจที่มีการร้องเรียนนี้ ได้เกิดขึ้นก่อนที่ พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จะมีผลบังคับใช้เป็น

กฎหมาย และเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ดังนั้น จึงไม่อาจนำไปใช้บังคับย้อนหลังกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนหน้าที่กฎหมายจะใช้บังคับได้

**ประเด็นที่สอง** การรวมธุรกิจของกลุ่มบริษัทเคเบิลทีวีด้วยการแลกหุ้นกัน โดยบริษัททั้งสองยังคงสภาพนิติบุคคล จะถือว่าเป็นกรณีที่นิติบุคคลสองบุคคลร่วมกันกระทำความผิดตามมาตรา 27 หรือไม่ มีประเด็นที่ควรพิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ

- มาตรา 27 จะใช้บังคับกับการกระทำร่วมกันของนิติบุคคลที่เป็นบุคคลแยกต่างหากจากกันตามกฎหมายแต่มีความเกี่ยวข้องกันในทางเศรษฐกิจหรือไม่ เช่น เป็นบริษัทในกลุ่มบริษัทเดียวกัน หรือเป็นบริษัทที่ถูกครอบงำโดยบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวกัน เป็นต้น
- ข้อตกลงที่กระทำต่อกันระหว่างบริษัทเคเบิลทีวี เป็นการกระทำที่เข้าลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ตาม มาตรา 27 (1)-(10) หรือไม่

มาตรา 27 บัญญัติโดยย่อคำว่า

“ห้ามมิให้**ผู้ประกอบธุรกิจใด**ร่วมกับ**ผู้ประกอบธุรกิจอื่น...**”

ซึ่งมีความหมายในทำนองว่า หากเป็นการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจต่างรายต่างบุคคลกันแล้ว ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ทั้งสิ้น ปัญหาว่า **“ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่น”** มีความหมายรวมถึงการทำความตกลงหรือการกระทำร่วมกันระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูกหรือระหว่างบริษัทในกลุ่มบริษัทเดียวกันหรือไม่

กฎหมายหุ้นส่วนบริษัทของหลายประเทศถือว่า การกระทำร่วมกันของบรรดาบริษัทที่มีความเกี่ยวข้องกันในทางเศรษฐกิจ เช่น บริษัทแม่กับบริษัทลูก หรือบริษัทในกลุ่มเดียวกัน เป็นการกระทำของบุคคลคนเดียว (single economic unit) แม้ว่าในทางนิติบัญญัติ บริษัทเหล่านั้นจะเป็นนิติบุคคลที่มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากกันก็ตาม (separate legal entities) ทั้งนี้เพราะในความเป็นจริงบริษัทเหล่านั้นมีเจ้าของหรือถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มเดียวกัน กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศที่ใช้แนวการพิจารณาแบบนี้ ได้แก่ กฎหมายของสหภาพยุโรป ประเทศออสเตรเลีย ฝรั่งเศส อิตาลี สหราชอาณาจักร ฯลฯ

ตัวอย่างเช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (EC Competition Law, Art. 85(1)) บัญญัติห้าม “all agreements between undertakings” ซึ่งมีผลจำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วม ศาลยุติธรรมยุโรปตัดสินในคดี Centrafarm v Sterling (15/74) [1974] ECR 1147 ว่า การจัดแบ่งภาระงานในระหว่างบริษัทที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน เป็นการกำหนดนโยบายตลาดของกลุ่มธุรกิจเดียวกัน จึงไม่ถือว่าเป็นการทำความตกลงระหว่าง “undertakings” ตาม Art. 85(1)

เหตุที่กฎหมายของหลายประเทศใช้แนวทางดังกล่าวก็เนื่องจากว่า แม้ในทางนิติบัญญัติ บริษัทในกลุ่มเดียวกันเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน แต่ในความเป็นจริง นิติบุคคลที่มีลักษณะดังกล่าวก็ดำเนินธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์เดียวกัน นั่นคือเพื่อทำกำไรให้กับบริษัทในกลุ่ม ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น การกำหนดนโยบายหรือการกระทำร่วมกันระหว่างบริษัทในกลุ่มที่มีบุคคลกลุ่มเดียวกันเป็นเจ้าของ หรือที่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลกลุ่มเดียวกัน ก็ไม่ควรเป็นการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจต่างรายกัน

กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในประเด็นนี้ หากแต่ถือว่านิติบุคคลต่างๆ มีฐานะเป็นบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน แม้วานิติบุคคลเหล่านั้นจะมีความสัมพันธ์กันในทางเศรษฐกิจก็ตาม กฎหมายหุ้นส่วนบริษัทของไทยใช้หลัก “ความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน” (separate legal entities)

พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในประเด็นนี้ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่จะต้องตีความมาตรา 27 ว่า บทบัญญัตินี้จะใช้บังคับกับนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันในทางเศรษฐกิจหรือไม่

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในกรณีเคเบิลทีวี ได้ชี้ให้เห็นว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าเลือกที่จะตีความไปในทางที่ว่า บทบัญญัติมาตรา 27 ไม่ใช้กับการทำความตกลงหรือการกระทำร่วมกันระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูก หรือระหว่างบริษัทในกลุ่มบริษัทเดียวกัน

**ประเด็นที่สาม** การกระทำของของกลุ่มบริษัทเคเบิลทีวีด้วยการแลกหุ้นกัน และปรับราคาค่าบริการรายเดือนให้สูงขึ้น จะถือว่าเป็นกรณีที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำความผิดตามมาตรา 25 หรือไม่

ดังได้กล่าวแล้วว่า การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องพิจารณาจากคำนิยามในมาตรา 3 ซึ่งใช้ส่วนแบ่งตลาด ยอดขาย และสภาพการแข่งขันในตลาดเป็นเกณฑ์ ตามหลักเกณฑ์ที่ประกาศโดยคณะกรรมการฯ

และเช่นเดียวกับคดีขายเหล้าฟวงเบียร์ คณะกรรมการฯ คงไม่อาจชี้ขาดลงไปได้ว่า กลุ่มบริษัทเคเบิลทีวีเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ เนื่องจากในขณะตัดสินคดียังไม่มีการประกาศเกณฑ์เกี่ยวกับ “ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด”

โดยสรุป ผู้เขียนรู้สึกผิดหวังกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่หาได้เป็นการผิดหวังในผลการวินิจฉัยที่ได้ตัดสินให้ผู้ใดต้องรับผิดไม่ หากแต่เป็นการผิดหวังกับวิธีการของคณะกรรมการฯ ในการบังคับใช้กฎหมายนี้

พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2522 มีวัตถุประสงค์ที่จะให้คณะกรรมการทำหน้าที่เป็นองค์กรกึ่งตุลาการ ที่มีได้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่มีการร้องเรียนหรือที่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายเท่านั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องทำหน้าที่สร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงและกรณีที่กฎหมายยังไม่ได้ครอบคลุมไปถึงด้วย

การที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยเป็นกฎหมายที่เพิ่งใช้บังคับได้ไม่นาน ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ไม่ชัดเจนต้องอาศัยการตีความอยู่หลายประเด็น รวมทั้งประเด็นที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเรียกกันว่าช่องว่างในกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่า ในประเด็นเหล่านั้น เป็นหน้าที่ของศาลและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่จะต้องค้นหาหลักเกณฑ์สำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดหรือพิพากษาคดี

และเป็นที่น่าเสียดายว่า หากเป็นการพิพากษาคดีของศาล กฎหมายห้ามมิให้ศาลปฏิเสธไม่พิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ คำถามก็คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่ทำหน้าที่กึ่งตุลาการอาศัยอำนาจใดในการปฏิเสธไม่วินิจฉัยชี้ขาดคดีด้วยเหตุขาดหลักเกณฑ์ของกฎหมาย

ในการสร้างระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพนั้น คณะกรรมการฯ จำเป็นต้องมีความเด็ดขาดและมีความเป็นอิสระ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทั้งสองสิ่งนี้ได้ถูกแสดงให้เห็นปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าในสองคดีแรกนี้ ประเทศไทยนั้นมีสื่อกระดาดามากพอแล้ว ก็ได้แต่หวังว่า พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2522 จะไม่มีบทบาทแต่เพียงการสร้างสื่อกระดาดเพิ่มขึ้นอีกตัวหนึ่งเท่านั้น