



คู่มือเบื้องต้นว่าด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
สำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน
2018



FEDERAL COURT
OF AUSTRALIA



OECD



ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (AANZFTA)
Economic Cooperation Support Program (AECSP)

คู่มือเบื้องต้นว่าด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน

2018

สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับมือเบื้องต้นว่าด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน

www.oecd.org/daf/competition/asean-capacity-building-for-judges.htm

กิตติกรรมประกาศ

คู่มือเบื้องต้นว่าด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียนนั้นเป็นความร่วมมือในการพัฒนาขึ้นระหว่างศาลรัฐบาลกลางของประเทศออสเตรเลีย (the Federal Court of Australia, FCA) และ องค์การเพื่อความร่วมมือ และการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD) โดยคู่มือดังกล่าวนี้เกิดจากความคิดริเริ่มของคณะกรรมการการแข่งขันในเขตการค้าเสรีอาเซียน ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ ภายใต้โปรแกรมการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (the Competition Law Implementation Program, CLIP)

ศาลรัฐบาลกลางของประเทศออสเตรเลียได้ดำเนินการโดยผ่านทางโครงการระหว่างประเทศของทางศาล โดยได้รับข้อมูล และความเชี่ยวชาญจาก ท่านผู้พิพากษา John Middleton ซึ่งเป็นผู้พิพากษาประจำศาลรัฐบาลกลางของประเทศออสเตรเลีย ส่วนทางฝั่งของ OECD นั้นดำเนินการโดย Ruben Maximiano ผู้อำนวยการอาวุโสด้านการแข่งขัน พร้อมด้วย Wouter Meester Pedro Caro de Sousa และ Matteo Giangaspero ผู้เชี่ยวชาญด้านการแข่งขัน ในขณะที่ทางฝั่งของคณะกรรมการการแข่งขัน และผู้บริโภคของประเทศออสเตรเลีย (the Australian Competition and Consumer Commission, ACCC) นั้นดำเนินการโดยสมาชิกของทีม ACCC's CLIP team ภายใต้หน่วยงานเศรษฐกิจด้านการแข่งขันทางการค้า และผู้บริโภค และหน่วยงานทางกฎหมายด้านการแข่งขันทางการค้า และผู้บริโภค

นอกจากนี้ ทางคณะผู้จัดทำยังได้รับเกียรติจาก ผู้พิพากษาในภูมิภาค นักวิชาการ และผู้เชี่ยวชาญในสาขาการแข่งขัน ซึ่งรวมถึง Frédéric Jenny ประธานคณะกรรมการการแข่งขันของ OECD และอดีตผู้พิพากษาศาลสูงของประเทศฝรั่งเศส (Cour de Cassation) Syamsul Maarif ผู้พิพากษาศาลฎีกาของประเทศอินโดนีเซีย Sorawit Limparangsri ผู้พิพากษาจากประเทศไทย Antonio Capobianco รักษาการหัวหน้าแผนกการแข่งขันของ OECD Miguel de la Mano รองประธานของ Compass Lexecon และ Derek Ritzmann ประธาน Economics Partners คู่มือฉบับนี้ออกแบบโดย Tanya Dyhin เจ้าหน้าที่ด้านการสื่อสาร ฝ่ายการแข่งขันทางการค้าของ OECD

บทนำ

ศาสตราจารย์ Frédéric Jenny*

ผู้พิพากษานั้นมีบทบาทสำคัญในการบังคับใช้ และการพัฒนาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า
 ข้อเท็จจริงนี้เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปในสังคมโลก
 ถึงแม้ว่าผู้พิพากษาอาจมีบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างกันไปบ้างตามแต่ละประเทศ
 แต่โดยหลักการแล้วผู้พิพากษาต้องเป็นผู้กำหนดการตีความที่เหมาะสมของกฎหมายการแข่งขันทาง
 การค้าในประเทศนั้นๆ ดังนั้นเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ
 โดยเฉพาะในประเทศที่ยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
 ผู้พิพากษาในประเทศดังกล่าวมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในประเด็นต่างๆที่เกี่ยว
 กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

นอกเหนือไปจากนั้น ในบริบทของการเข้าไปมีส่วนร่วมของ OECD ในภูมิภาคอาเซียน
 เรากำลังได้เห็นถึงบทบาทที่นำต้นตอของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในภูมิภาคนี้
 และความตื่นตัวของความสนใจในการเรียนรู้ถึงแนวทางปฏิบัติที่ดีที่สุดอันเป็นสากล (international
 best practices)

คู่มือเบื้องต้นฉบับนี้ได้รวบรวมความรู้ และประสบการณ์ตรงจาก ศาลของประเทศออสเตรเลีย และ
 ประสบการณ์ของ OECD เองในการทำงานร่วมกับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน รวมถึงองค์ความรู้
 ในกฎหมาย และบริบทต่างๆของภูมิภาคอาเซียนเอง

ผมเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าความร่วมมือดังกล่าวจะสามารถช่วยเสริม

และเพิ่มพูนความเข้าใจในแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดอันเป็นสากล

ซึ่งจะยังให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ซึ่งอาจเป็นคดีที่มีความซับซ้อน และยุ่งยากสำหรับผู้พิพากษาไม่มากนัก

หัวข้อที่ได้มีการกล่าวถึงในคู่มือเบื้องต้นฉบับนี้ล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นที่มีความสำคัญต่อการพิจารณ

าคดี ตลอดจนการดำเนินการอื่นใด ในคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในชั้นศาล

ซึ่งความท้าทายประการหนึ่งที่สำคัญก็คือความรู้ความเข้าใจในวิชาเศรษฐศาสตร์

ที่เป็นพื้นฐานของหัวข้อต่างๆในกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นเอง

ผมเองได้รับการศึกษามาในสาขาวิชาเศรษฐศาสตร์โดยตรง

และรู้สึกเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่ได้ทำหน้าที่ผู้พิพากษาในศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสเป็นระยะเวลา ๘ ปี

ในฐานะที่เคยเป็นนักเศรษฐศาสตร์ และผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาก่อน

* ประธานคณะกรรมการการแข่งขันของ OECD และ ศาสตราจารย์ด้านเศรษฐศาสตร์ ของ ESSEC Business School อดีตเคนดาร์ตตำแหน่งเป็น ประธานของคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม (the Office of Fair Trading) ของสหราชอาณาจักร ผู้พิพากษาศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศส (Cour de cassation) รอบประธานองค์กรด้านการแข่งขันทางการค้าของประเทศฝรั่งเศส และประธานของกลุ่มคณะทำงานด้านการค้า และการแข่งขันขององค์การการค้าโลก (WTO)

ในช่วงแรกนั้นผมเห็นถึงความจำเป็นที่ตัวผมเองจะต้องปรับเปลี่ยนการใช้ภาษา ทักษะคิด และระเบียบวิธีต่างๆเพื่อให้เป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น ในทางปฏิบัติแล้ว ด้วยความที่นักเศรษฐศาสตร์และนักกฎหมายนั้นมักจะพูดกันคนละภาษา และยังมีคำเฉพาะ หรือหลักวิชาที่แตกต่างกันอย่างมาก เรื่องการสื่อสารนี้จึงเป็นปัญหาใหญ่ระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า นักเศรษฐศาสตร์ และผู้พิพากษา ในความเห็นของผม คู่มือเบื้องต้นฉบับนี้จะสร้างความเข้าใจร่วมกันในเรื่องของกฎหมายและนโยบายการแข่งขันทางการค้าในภูมิภาคอาเซียน และจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการส่งเสริมการสื่อสารระหว่างนักเศรษฐศาสตร์ และผู้พิพากษาต่อไป

ผมมีความมั่นใจว่าคู่มือเบื้องต้นนี้เป็นแหล่งอ้างอิงที่ถูกต้อง และเป็นประโยชน์สำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน และในภูมิภาคอื่นๆ ในยามที่ท่านผู้พิพากษาเหล่านั้นจะต้องนั่งบัลลังก์เพื่อพิจารณาคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

สารบัญ

กิตติกรรมประกาศ	3
บทนำ	5
บทที่ I: เศรษฐศาสตร์สำหรับผู้พิพากษาอาเซียนในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	9
บทที่ II: พยานแวดล้อมในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	15
บทที่ III: พยานผู้เชี่ยวชาญในบริบทของคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	21
บทที่ IV: การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ: คืออะไรและจะประเมินอย่างไร	29

บทที่ I: เศรษฐศาสตร์สำหรับผู้พิพากษาอาเซียนในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

1. บทนำ

- 1.1 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้มุ่งหมายใช้สำหรับ:
- a. เป็นเอกสารที่ตั้งอยู่บนหลักการสำหรับสมาชิกฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN));
 - b. เป็นแนวทางที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้จริงที่มุ่งเน้นความท้าทายและประเด็นที่พบเกี่ยวกับการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการจัดทำและพิจารณาบทวนคำพิพากษตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสมาชิกอาเซียนสำหรับผู้พิพากษา; และ
 - c. ช่วยพัฒนาบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ส่งเสริมประสิทธิภาพ และสนับสนุนความสอดคล้องและความคาดการณ์ได้ภายในประเทศสมาชิกอาเซียน และก่อให้เกิดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลในท้ายที่สุด
- 1.2 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ได้รับการพัฒนาปรับปรุงในบริบทที่แตกต่างกันและมีขั้นตอนการพัฒนาที่หลากหลายของประเทศสมาชิกอาเซียน คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 1.3 ผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางออสเตรเลียพัฒนาปรับปรุงคู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เพื่อผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ความร่วมมือกับ OECD
- คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เป็นหนึ่งในชุดคู่มือข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่หลากหลายฉบับที่พัฒนาขึ้นจากความริเริ่มของคณะกรรมการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law Implementation Program - CLIP)

2. เศรษฐศาสตร์คืออะไรและเพราะเหตุใดเศรษฐศาสตร์จึงมีบทบาทสำคัญในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (What is economics and why is it important in competition law?)

- 2.1 เศรษฐศาสตร์อาจหมายความว่า “สังคมศาสตร์ที่เกี่ยวกับการผลิต การจัดจำหน่าย การบริโภคซึ่งสินค้าและบริการ” เศรษฐศาสตร์ได้รับการพิจารณาว่าเป็นสังคมศาสตร์เพราะเศรษฐศาสตร์นำวิธี

การทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการศึกษาสังคมและความสัมพันธ์ทางสังคม เศรษฐศาสตร์คือเครื่องมืออันทรงพลังในการประเมินผลของความพฤติกรรมและการจัดการตลาด

2.2 การแข่งขันทางการค้าเป็นหลักความคิดทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งแสดงคุณลักษณะของกระบวนการทางตลาดที่แข่งขันกันระหว่างผู้ขายเพื่อเพิ่มกำไรโดยการให้ข้อเสนอที่ดีกว่าคู่แข่งทางการค้าทั้งในด้านราคา คุณภาพ และบริการแก่ผู้ซื้อ

2.3 การเผยแพร่ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้สร้างชุด “กฎแห่งเกม” ให้แก่ตลาดเพื่อปกป้องกระบวนการแข่งขันทางการค้าเอง มากกว่าที่จะปกป้องคู่แข่งทางการค้าในตลาด วิธีการนี้ การดำเนินการแข่งขันทางการค้าด้วยความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดการพัฒนาสวัสดิการ (ทางเศรษฐกิจ) ประสิทธิภาพและการเจริญเติบโตและพัฒนาทางเศรษฐกิจ

2.4 สวัสดิการคือแนวคิดมาตรฐานที่ใช้ในทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งรวมถึงสวัสดิการ หรือส่วนเกินทางเศรษฐกิจ (economic surplus)

ของกลุ่มต่างๆ ในเศรษฐกิจ ในอุตสาหกรรมบางประเภท สวัสดิการอาจเป็นเครื่องชี้วัดส่วนเกินทั้งหมดที่เป็นผลรวมของส่วนเกินผู้บริโภค (ส่วนต่างระหว่างราคาสินค้าที่ผู้บริโภคทุกคนยินดีที่จะจ่ายและราคาสินค้าที่แท้จริง)

และส่วนเกินผู้ผลิต (ผลรวมของกำไรของผู้ผลิตในอุตสาหกรรม) เครื่องชี้วัดของสวัสดิการเหล่านี้เป็นแนวคิดมาตรฐานในการประเมินผลกระทบของพฤติกรรมและการจัดการทางตลาด

2.5 ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เศรษฐศาสตร์กำหนดกรอบความคิดที่ถูกต้องแม่นยำในการวิเคราะห์ตลาดและผลกระทบของพฤติกรรมต่อตลาด รวมทั้ง (ผลกระทบของ) การกระทำฝ่ายเดียวหรือการกระทำร่วมกันของผู้เล่นในตลาด (ผลกระทบทางการแข่งขันทางการค้า (competitive effects))

นอกจากนี้ การวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ยังเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์ในการระบุและประเมินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกรณีการแข่งขันทางการค้าอีกด้วย บ่อยครั้งที่ผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์เป็นผู้ให้หลักฐานเชิงเศรษฐศาสตร์ในนามของคุณค่าในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั่วโลก

2.6 พยานหลักฐานเชิงเศรษฐศาสตร์สามารถช่วยอธิบายแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ให้แก่ศาลและช่วยให้ศาลปรับใช้แนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์ซึ่งอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เช่น

- a. การแข่งขันทางการค้า ได้แก่ การแข่งขันทางด้านราคา คุณภาพ บริการ และตัวแปรอื่นๆ ทางคุณค่าต่อผู้บริโภคเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เช่น การแสวงหากำไรสูงสุด;
- b. สวัสดิการ รวมทั้งคุณค่าที่เป็นอัตวิสัย (subjective value) สวัสดิภาพ (well-being) และความพึงพอใจ (preference-satisfaction); และ
- c. ประสิทธิภาพ ได้แก่ ประสิทธิภาพเชิงสถิต (static efficiency) (ระดับประสิทธิภาพ ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง มุ่งเน้นต่อสินค้า กระบวนการ หรือความสามารถที่มีอยู่) และประสิทธิภาพเชิงพลวัต (dynamic efficiency) (ระดับประสิทธิภาพในระยะเวลาหนึ่งซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามนวัตกรรมที่จะนำไปสู่สินค้า กระบวนการ หรือความสามารถใหม่หรือที่ดีขึ้น) ประสิทธิภาพเชิงสถิตแบ่งออกเป็นสองประเภทหลักได้แก่การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่เพื่อให้เกิดคุณค่าที่สูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (ประสิทธิภาพการจัดสรร (allocative efficiency) และการใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่ในราคาที่ต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (ประสิทธิภาพการผลิต (productive efficiency))

2.7 การแข่งขันทางการค้าอาจส่งเสริมทั้งสวัสดิการและประสิทธิภาพโดยการเพิ่มคุณค่าและส่งเสริมการจัดสรรและการใช้ทรัพยากรอย่างเหมาะสมที่สุด โดยทั่วไปแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์เป็นหลักการพื้นฐาน และอธิบายถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

3. คำนิยามทางเศรษฐศาสตร์และแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์ในการประเมินการแข่งขันทางการค้า (Economic terms and concepts for assessing competition)

3.1 ตลาดประกอบไปด้วยการทำธุรกรรมเกี่ยวสินค้าและบริการระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ตลาดคือสนามแข่งขันทางการค้าหรืออาจเป็นสนามแข่งขันทางการค้าระหว่างผู้ขายที่ขายสินค้าหรือบริการ ถ้าผู้ขายขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ (ที่เกี่ยวกับต้นทุน) กำไรสำหรับหน่วยการขายทุกหน่วยย่อมเพิ่มสูงขึ้น แต่ก็อาจสูญเสียผู้บริโภคบางส่วน หากผู้บริโภคไม่เต็มใจที่จะซื้อสินค้าหรือบริการที่มีราคาสูงขึ้นนี้ และหันไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขายอื่นแทน

3.2 การใช้การจัดตั้งตลาดที่เกี่ยวข้อง หรือที่เรียกว่า คำนิยามของตลาด (market definition) กำหนดกรอบความคิดเชิงวิเคราะห์สำหรับการตรวจสอบขั้นสุดท้ายว่าการกระทำหรือธุรกรรมเฉพาะนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า (anticompetitive effect) หรือไม่

3.3 ตลาดอาจได้นิยามที่เกี่ยวข้องกับสินค้าและมิติทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งการพิจารณาอุปสงค์และอุปทาน (demand and supply)

ทดแทนทางเศรษฐกิจ มิติทางสินค้ากำหนดว่าสินค้าที่อาจแข่งขันกันได้ทั้งหลายควรอยู่ในตลาดเดียวกัน มิติทางภูมิศาสตร์กำหนดขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ว่าควรอยู่ในตลาดเดียวกัน ตัวอย่างเช่น เมืองหนึ่งมีร้านพิซซ่าอยู่แห่งหนึ่ง แต่ก็ไม่มีที่หาว่าจะเป็นการผูกขาดทางการค้าเพราะหากร้านพิซซ่าขึ้นราคาสินค้าอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ผู้บริโภคอาจเปลี่ยนไปร้านเบอร์เกอร์หรือร้านพิซซ่าที่อยู่ย่านใกล้เคียง อาจขยายพื้นที่ในการจัดส่งสินค้าแทน ถ้ามีการทดแทนพิซซ่าด้วยเบอร์เกอร์และ/หรือผู้ขายพิซซ่าในเมืองอื่นทำให้เจ้าของร้านพิซซ่าร้านเดียวในเมืองนั้นไม่สามารถทำกำไรสูงขึ้นจากการขึ้นราคาสินค้า สินค้าและผู้ขายเหล่านั้นจะเรียกได้ว่าเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง

3.4 อำนาจตลาด (market power)

เป็นแนวคิดที่เป็นแก่นสำคัญอีกแนวหนึ่งในทางกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและเศรษฐศาสตร์ อำนาจตลาดมีความหมายโดยทั่วไปว่าความสามารถของบริษัทในการคงราคาเหนือกว่าหรือคงระดับคุณภาพต่ำกว่าระดับความสามารถในการแข่งขันทางการค้า ผลประโยชน์ของอำนาจตลาดสร้างแรงจูงใจแก่บริษัทในการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ได้อำนาจตลาด การได้มา รักษา และใช้อำนาจตลาดอาจกระทำได้โดยไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยทั่วไป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็ต่อเมื่อการได้มา รักษา และ/หรือใช้อำนาจตลาดนั้นขัดแย้งต่อการแข่งขันทางการค้า

3.5 การวัดระดับอำนาจตลาดของบริษัทอย่างถูกต้องและยุติธรรมไม่ใช่เรื่องง่าย การวัดส่วนแบ่งตลาด (market share)

นั้นค่อนข้างง่ายกว่า บางครั้งส่วนแบ่งตลาดจึงถูกใช้เป็นตัวชี้วัดหรือตัวแทนของอำนาจตลาด แต่วิธีนี้ก็มิข้อพึงระวังเนื่องจากส่วนแบ่งตลาดอาจทำให้เห็นภาพที่ไม่สมบูรณ์หรือภาพชั่วคราวของอำนาจตลาดของบริษัท ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องอาจรวมไปถึง :

- a. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดและ/หรือขยายตลาด (barriers to entry and/or expansion) ได้แก่ ความง่ายในการที่ผู้แข่งขันรายใหม่เข้าสู่ตลาดหรือผู้แข่งขันรายเดิมสามารถขยายตลาด หากราคาในตลาดนั้นเพิ่มขึ้นสูงกว่าระดับที่แข่งขันกันได้ ความเป็นไปได้ที่บริษัท

ทใหม่เข้าสู่ตลาดหรือการที่บริษัทคู่แข่งปัจจุบันขยายตัวทำให้บริษัทอื่นเปลี่ยนแปลงราคาให้สูงกว่าระดับที่แข่งขันกันได้ยาก ดังนั้น หากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายตลาดต่ำ บริษัทเจ้าเดิมก็ไม่สามารถใช้อำนาจตลาดแม้ว่าบริษัทนั้นจะมีส่วนแบ่งตลาดมากก็ตาม;

- b. อำนาจคั่งงั่งหรืออำนาจซื้อ (countervailer/buying power) ได้แก่ พลังการต่อรองของผู้ซื้อในการเจรจากับผู้ขาย ความสามารถของผู้ซื้อในการเจรจากับผู้ขาย ตัวอย่างเช่น ขนาดของผู้ซื้อ ความสำคัญทางการค้าต่อผู้ขาย หรือความสามารถในการจัดหาของด้วยตัวเอง หรือการสนับสนุนให้ผู้ขายรายใหม่เข้าสู่ตลาด มีพฤติกรรมสร้างแรงผลักดันและสนับสนุนพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าทางด้านฝั่งอุปสงค์;
- c. กฎทางเศรษฐศาสตร์อาจเป็นปัจจัยเกี่ยวข้อง ในภาคที่ระดับราคาและ/หรือคุณภาพอยู่ภายใต้ความควบคุมดูแลของรัฐบาล ซึ่งเป็นการจำกัดขอบเขตของบริษัทในการใช้อำนาจตลาดในทางที่ไม่ถูกต้อง; และ
- d. ลักษณะเฉพาะของบริษัทและตลาด รวมถึงโครงสร้างการตลาดที่เหมาะสม

4. แบบจำลองทางเศรษฐศาสตร์ในการประเมินผลกระทบการแข่งขันทางการค้า (Economic model for assessing competitive effects)

4.1 นักเศรษฐศาสตร์มักใช้แบบจำลองทางเศรษฐศาสตร์ในการอธิบายโลกแห่งความจริงผ่านตัวลชที่เรียบง่ายและเป็นนามธรรม แบบจำลองทางเศรษฐศาสตร์ที่อาจใช้ในการประเมินผลกระทบการแข่งขันทางการค้ามีหลากหลาย แบบจำลองที่เหมาะสมจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเฉพาะของแต่ละกรณี หนึ่งในสี่แบบจำลองทางเศรษฐศาสตร์การตลาดทั่วไปซึ่งแตกต่างกันในเรื่องของปริมาณการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นในตลาดสามารถอธิบายโดยละเอียดดังนี้

4.2 แบบจำลองของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ((hypothetical) perfect competition model) อธิบายโครงสร้างตลาดซึ่งการแข่งขันทางการค้าอยู่ในระดับที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ได้จำกัดโดยอาศัยเงื่อนไขการตลาดแบบอุดมคติหลายประการ รวมทั้ง ตัวอย่างเช่น ข้อมูลที่สมบูรณ์ที่ผู้บริโภคและผู้ผลิตสามารถใช้ประโยชน์ได้ ไม่มีอุปสรรคในการเข้าหรือออกตลาด และมีผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าหรือบริการที่เหมือนกันจำนวนมากซึ่งมีพฤติกรรมที่มีเหตุผลอย่างยิ่ง แบบจำลองก่อให้เกิดผลสูงสุดในเชิงสวัสดิการและประสิทธิภาพและเครื่องชี้วัดการประเมินผลกระทบพฤติกรรมของโครงสร้างตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfectly competitive market structures)

4.3 แบบจำลองของตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (monopolistic competition model) มีสมมติฐานว่ามีผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมากที่สามารถเข้าหรือออกตลาดได้โดยง่าย แต่สินค้าในแบบจำลองนี้ไม่ใช่สินค้าที่เหมือนกัน ความแตกต่างของสินค้าทำให้บริษัทใช้อำนาจตลาดและกำหนดราคาโดยอิสระซึ่งอาจนำไปสู่ราคาที่สูงขึ้นหรือกำลังการผลิตว่างเปล่าเหมือนเปรียบเทียบกับสถานการณ์ของการแข่งขันทางการค้าสมบูรณ์

4.4 แบบจำลองของตลาดผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย (oligopoly model) นั้นจะมีผู้ขายรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย บริษัทเหล่านี้ตระหนักและสนใจการกระทำและปฏิกิริยาที่คาดการณ์ของกันและกันเมื่อมีการตั้งราคาและการตัดสินใจเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า ดังนั้น บริษัทในตลาดผูกขาดโดยผู้ขายน้อยรายจึงพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน สถานการณ์ของตลาดผูกขาดแบบผู้ขายน้อยราย ระดับการแข่งขันทางการค้าอาจแตกต่างกันอย่างมาก ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของตลาดโดยเฉพาะ ผู้ขายอาจแข่งขันกันอย่างดุเดือดหรือบริษัทแต่ละบริษัทอาจมีอำนาจตลาดและความ

สามารถในการสร้างปฏิสัมพันธ์โดยนัยด้วยการรวมอำนาจตลาดเพื่อขึ้นราคาและกำไร ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อประสิทธิภาพและสวัสดิการ (และผู้บริโภค) ดังนั้น ผลลัพธ์ตลาดผูกขาดโดยผู้ขายน้อยรายในบางกรณีจึงอาจคล้ายคลึงกับตลาดผูกขาด

4.5 แบบจำลองของตลาดผูกขาดนั้นมีผู้ขายเพียงคนเดียวซึ่งสามารถควบคุมตลาดอย่างเบ็ดเสร็จ (monopoly model)

ผู้ขายสามารถใช้อำนาจของตลาดผูกขาดในการรักษาระดับราคาและกำไรให้อยู่เหนือระดับที่แท้จริงและผลิตน้อยกว่าจำนวนที่เหมาะสม โดยทั่วไป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้ห้ามตลาดผูกขาดโดยตัวของมันเอง เพียงแต่ห้ามการใช้ตลาดผูกขาดในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า กฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังป้องกันไม่ให้เกิดตลาดผูกขาดอันเป็นผลมาจากธุรกรรม (การรวมธุรกิจ) หรือพฤติกรรมที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า

4.6 กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามุ่งเป้าหมายไปที่พฤติกรรมของบริษัทที่ดำเนินการในตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly) หรือตลาดผูกขาด (monopoly) เป็นหลัก เนื่องจากบริษัทเหล่านี้ดำเนินการในตลาดเหล่านี้มีความเป็นไปได้อย่างมากในการใช้อำนาจตลาดเป็นผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า

5. การประเมินประสิทธิภาพของการแข่งขันทางการค้า (Assessing competitive effects)

5.1 โดยทั่วไป การประเมินประสิทธิภาพของการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องเกิดในกรณีของกลุ่มบริษัทที่ตกลงราคาขายร่วมกันเพื่อไม่ให้มีการแข่งขันกัน (การฮั้ว (cartel)) เพราะโดยปกติการตกลงกันของคาร์เทลนั้นนับว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ร้ายแรงที่สุดและต้องห้ามโดยไม่พึงต้องพิจารณาผลกระทบเฉพาะของคาร์เทลแต่อย่างใด คาร์เทลมักก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้บริโภคจากการขึ้นราคาของสินค้าและอุปทานที่ถูกจำกัด ดังนั้น ผู้ซื้อบางรายจึงไม่อาจเข้าถึงการผลิตสินค้าและบริการได้โดยสิ้นเชิง ในขณะที่ผู้ซื้อบางรายเห็นว่าสินค้าและบริการนั้นมีราคาที่สูงเกินจำเป็น

5.2 ในทางตรงกันข้าม โดยทั่วไป การประเมินประสิทธิภาพของการแข่งขันทางการค้าของพฤติกรรมหรือการจัดการของรูปแบบอื่นๆ (ที่ไม่ใช่คาร์เทล (non-cartel)) กลับมีความจำเป็นมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาการอนุมัติการรวมธุรกิจ โดยประเมินว่าความตกลงนั้นจะมีผลต่อการลดการแข่งขันทางการค้าอย่างมากหรือไม่ และประเมินการใช้กรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบการวินิจฉัยความผิดนั้นมักต้องชี้ทั้งระดับอำนาจตลาดและวัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า

5.3 การประเมินผลกระทบทางการแข่งขันทางการค้า นักเศรษฐศาสตร์มักจะให้ความสนใจกับภาวะการแข่งขันทางการค้าในตลาดในภาพรวมมากกว่าผลกระทบจากการกระทำต่อผู้แข่งขันรายใดรายหนึ่ง โดยเฉพาะ ความสัมพันธ์โดยเฉพาะพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นทำให้เกิด ทำให้เพิ่มขึ้น หรือรักษาอำนาจตลาด ยกตัวอย่างเช่น โดยการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดและขยายตลาดหรือกำจัดคู่แข่งออกจากการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาด การทดสอบในเรื่องนี้มีหลายประการที่อาจมีประโยชน์ในการประเมินผลกระทบทางการแข่งขันทางการค้ารวมไปถึง 5.4 การใช้แบบทดสอบข้างต้นในการประเมินผลกระทบการแข่งขันทางการค้านั้นไม่ได้ตรงไปตรงมาและอาจต้องการความช่วยเหลือเชิงเศรษฐศาสตร์และหลักฐานทางเศรษฐศาสตร์ตัวอย่างเช่น

- a. การทดสอบ “มี” หรือ “ไม่มี” (the ‘with or without’ test)
เปรียบเทียบความเป็นไปได้ของภาวะการแข่งขันทางการค้าในตลาดระหว่างภาวะการแข่ง

งชันทางการค้าในตลาดที่ ‘มี’ พฤติกรรมที่ทดสอบ(tested conduct) และภาวะการแข่งขันทางการค้าในตลาดที่ ‘ไม่มี’ พฤติกรรมที่ทดสอบ

- b. แบบทดสอบความ(ไม่)ได้ความทางเศรษฐศาสตร์((no) economic sense) ตั้งคำถามว่าพฤติกรรมที่ทดสอบนั้นยังจะก่อให้เกิดความไม่(ได้)ความทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับเป้าหมายและผลกระทบทางการแข่งขันทางการค้าหรือไม่
- c. แบบทดสอบการเทียบเท่าผู้มีอำนาจเหนือตลาด (as-efficient competitor) พิจารณาว่าพฤติกรรมที่ทดสอบมีแนวโน้มที่จะกำจัดผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่มีประสิทธิภาพเทียบเท่า หรือมากกว่าบริษัทที่มีพฤติกรรมที่ทดสอบนั้น ในทางที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าในตลาดในภาพรวมหรือไม่

5.4 การใช้ the ‘with or without’ test

กับการอนุมัติการควบรวมกิจการนั้น อาจไม่เป็นไปอย่างตรงไปตรงมา

และจำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญในการวิเคราะห์

และหาพยานหลักฐานทางเศรษฐศาสตร์ ยกตัวอย่างเช่น

เราอาจไม่สามารถตั้งสมมติฐานว่าการแข่งขันในภาวะปัจจุบันจะสามารถดำรงอยู่ได้หากไม่มีการควบรวมกิจการเกิดขึ้น การพิจารณาอนุมัติการควบรวมกิจการของประเทศออสเตรเลียล่าสุดนั้น เป็นกรณีธุรกิจให้บริการการขนส่งสินค้าทางทะเล พบว่า หากไม่มีการควบรวมกิจการ ผู้ขายซึ่งเป็นบริษัทให้บริการการขนส่งสินค้าทางทะเลก็ต้องเลิกกิจการและผู้ซื้อก็สามารถรับช่วงต่อสัญญาลูกค้าทั้งหมดของบริษัทผู้ขายได้ไม่ว่ากรณีใดๆ ซึ่งทำให้กิจการดำเนินการต่อไปได้ ในบางกรณี การควบรวมกิจการได้รับอนุมัติภายใต้เงื่อนไข ข้อผูกมัด และหน้าที่ในการลดผลกระทบที่เป็นผลเสียต่อการแข่งขันทางการค้า

5.5 เราจำเป็นต้องพิจารณาผลกระทบทางการแข่งขันทางการค้าโดยคำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเสมอ การวิเคราะห์และหลักฐานทางเศรษฐศาสตร์สามารถช่วยนำไปสู่ผลกระทบของการแข่งขันทางการค้าและผลลัพธ์ของตลาดของพฤติกรรมและการจัดการที่มีปัญหา ในขณะเดียวกัน ก็ต้องไม่ปล่อยให้แนวคิดหลักการทางเศรษฐศาสตร์เข้ามาแทนที่ถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมาย

6. แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Related information sources)

6.1 แหล่งที่มาต่อไปนี้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื้อหาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ในฐานะเป็นแหล่งอ้างอิงทั่วไปสำหรับผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน

- a. OECD, [Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels](#), 1998
- b. Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004
- c. OECD Competition Policy Roundtables, [Barriers to entry](#), 2005
- d. OECD Competition Policy Roundtables, [Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies](#), 2011
- e. OECD Competition Policy Roundtables, [Market definition](#), 2012
- f. OECD, [Glossary of statistical terms](#) International Competition Network, [Training on demand](#), including modules on [market power](#), [competitive effects](#), and [economics of dominance](#).

บทที่ II:

พยานแวดล้อมในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

1. บทนำ

- 1.1 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้มุ่งหมายใช้สำหรับ:
 - a. เป็นเอกสารที่ตั้งอยู่บนหลักการสำหรับสมาชิกฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN));
 - b. เป็นแนวทางที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้จริงที่มุ่งเน้นความท้าทายและประเด็นที่พบเกี่ยวกับการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการจัดทำและพิจารณาบทวนคำพิพากษาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสมาชิกอาเซียนสำหรับผู้พิพากษา; และ
 - c. ช่วยพัฒนาบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ส่งเสริมประสิทธิภาพ และสนับสนุนความสอดคล้องและความคาดการณ์ได้ภายในประเทศสมาชิกอาเซียน และก่อให้เกิดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลในท้ายที่สุด
- 1.2 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ได้รับการพัฒนาปรับปรุงในบริบทที่แตกต่างกันและมีขั้นตอนการพัฒนาที่หลากหลายของประเทศสมาชิกอาเซียน คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 1.3 ผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางออสเตรเลียพัฒนาปรับปรุงคู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เพื่อผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ความร่วมมือกับ OECD
คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เป็นหนึ่งในชุดคู่มือข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกหลายฉบับที่พัฒนาขึ้นจากความริเริ่มของคณะกรรมการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law Implementation Program - CLIP)

2. พยานแวดล้อมคืออะไร (What is circumstantial evidence?)

- 2.1 คู่ความอาจพิสูจน์ประเด็นข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดี:
 - a. ด้วยพยานหลักฐานทางตรง โดยการนำสืบพยานหลักฐานข้อเท็จจริงนั้น; หรือ
 - b. ด้วยพยานแวดล้อม
โดยการนำสืบพยานหลักฐานข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลอนุมานประเด็นข้อเท็จจริงเฉพาะนั้นได้

2.2 ความแตกต่างระหว่างพยานหลักฐานทางตรงและพยานแวดล้อมกรณี คือ พยานหลักฐานทางตรงไม่จำเป็นต้องมีกระบวนการให้เหตุผลแบบอนุมาน (inferential reasoning) ในกรณีกลุ่มบริษัทที่ตกลงราคาขายร่วมกันเพื่อไม่ให้มีการแข่งขันกัน (คาร์เทล (cartel)) พยานหลักฐานทางตรงจะพิสูจน์เรื่องการประชุมหรือการสื่อสารระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องและอธิบายเนื้อหาของความตกลง พยานแวดล้อมกรณีจะไม่พิสูจน์องค์ประกอบเหล่านี้ไว้เป็นการเฉพาะ แต่จะทำให้ศาลสามารถอนุมานการเกิดขึ้นของความตกลง คู่ความ และเนื้อหาได้ ตัวอย่างเช่น พนักงานเสิร์ฟ ณ ที่ประชุมมือกลางวันระหว่างคู่แข่งทางการค้าสามรายอาจให้การว่าพนักงานเสิร์ฟได้ยินว่าคู่แข่งทางการค้าสองรายทำความตกลงคาร์เทลกันและเห็นว่าคู่แข่งทางการค้าทั้งสามรายตบหลังกันเบาๆ เมื่อการประชุมเสร็จสิ้น แม้ว่ากรณีนี้มีแค่ความตกลงระหว่างคู่แข่งทางการค้าสองรายเท่านั้นที่เป็นพยานหลักฐานทางตรง ผู้พิพากษาก็อาจจะอนุมานความตกลงคาร์เทลแบบไตรภาคี (tripartite cartel agreement) จากพฤติการณ์แวดล้อมได้

3. หน้าที่ของพยานแวดล้อมกรณีในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Role of circumstantial evidence in competition law cases)

- 3.1 น้อยครั้งที่คดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่อยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานทางตรงเพียงอย่างเดียว โดยทั่วไปแล้ว คดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามักอยู่บนพื้นฐานของการรวมกันของทั้งพยานแวดล้อมกรณีและพยานหลักฐานทางตรงหรือพยานแวดล้อมกรณีทั้งหมด กรณีที่มีพยานหลักฐานทางตรง พยานแวดล้อมกรณีอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษาในการประเมินความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น ตัวอย่างเช่น พยานหลักฐานทางตรงเกี่ยวกับการประชุมระหว่างคู่แข่งทางการค้านั้น อาจมีพยานแวดล้อมกรณีที่ช่วยสนับสนุนหรือขัดแย้งกับพยานนั้น เช่น บันทึกการเดินทาง
- 3.2 พยานแวดล้อมกรณีนั้นได้รับการยอมรับในศาลของประเทศสมาชิก OECD ทุกประเทศและประเทศอื่นๆทั่วโลก สิ่งนี้สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของพยานหลักฐานประเภทนี้ว่าประสบความสำเร็จในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า
- 3.3 ในคดีฮั่ว ผู้ร่วมก่อการที่มีความชำนาญตระหนักดีว่าการกระทำของตนมีขอบด้วยกฎหมายและหากลูกค้าของพวกเขาล่วงรู้ความจริงก็ย่อมต่อต้านการกระทำดังกล่าว พวกเขาจึงอาจใช้มาตรการปกปิดการกระทำและหลีกเลี่ยงในการเข้าทำความตกลงทางเอกสารอย่างเป็นทางการ วางกันโดยแท้จริงแล้ว โดยทั่วไปนั้น การฮั่วมีความหมายรวมถึงความตกลงอย่างไม่เป็นทางการ บันทึกความเข้าใจ ความเข้าใจหรือความตกลง (meeting of minds) หรือข้อตกลงของแผนการร่วมกัน ความพยายามในการปกปิดการกระทำของตนหมายถึงพยานหลักฐานทางตรงของความตกลงคาร์เทลอย่างเป็นทางการอาจไม่มีอยู่ในกรณีดังกล่าว พยานหลักฐานที่ดีที่สุดในฐานะที่เป็นความตกลงที่มีอยู่ระหว่างคู่แข่งทางการค้านั้นได้แก่พยานแวดล้อมกรณีที่เป็นการสื่อสารระหว่างพวกเขา
- 3.4 ประเทศที่มีการบังคับใช้กฎหมายที่ใหม่และ/หรือขาดวัฒนธรรมการแข่งขันที่แข็งแกร่งอาจเผชิญกับอุปสรรคเฉพาะในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การได้มาซึ่งพยานหลักฐานทางตรงที่เป็นการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า

ประเทศนั้นอาจไม่มีมาตรการลดหย่อนผ่อนโทษ (effective leniency programme) (ซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญของพยานหลักฐานทางตรงในคดีการฮั้ว) หรือไม่สามารถสร้างความร่วมมือระหว่างปัจเจกบุคคลหรือธุรกิจต่างๆที่มีส่วนรวมกัน ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (economic activity) ที่จะช่วยอำนวยความสะดวกในการรวบรวมพยานหลักฐาน นอกจากนี้ การได้มาซึ่งพยานหลักฐานทางตรงของความตกลงการฮั้วอาจจำเป็นต้องใช้อำนาจเครื่องมือและเทคนิคการสอบสวนพิเศษซึ่งหน่วยงานที่อ่อนประสบการณ์หรือหน่วยงานใหม่ยังไม่มีควมพร้อม ซึ่งทั้งหมดนี้หมายความว่าหน่วยงานการแข่งขันทางการค้าในประเทศนั้นๆอาจได้รับความยุ่งยากอย่างมาก ในการค้นหาพยานหลักฐานทางตรง ในกรณีการฮั้วและอาจต้องอาศัยพยานแวดล้อมกรณีมากขึ้น

3.5 ความเข้าใจผิดที่มักเกิดขึ้นคือคดีที่อาศัยพยานหลักฐานทางตรงนั้นย่อมมีความหนักแน่นกว่าคดีที่อาศัยพยานแวดล้อมกรณี แต่ความเข้าใจดังกล่าวไม่ถูกต้องเสมอไป คดีที่อาศัยพยานหลักฐานทางตรงทั้งหมดอาจตกไป หากศาลชี้ขาดว่าพยานหลักฐานดังกล่าวขาดความน่าเชื่อถือ ในขณะที่พยานแวดล้อมกรณีอาจบ่งชี้ถึงการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดเจนจนไม่มีเหตุผลให้ศาลต้องอนุมาน

3.6 ขึ้นอยู่กับมาตรฐานการพิสูจน์ (standard of proof) ที่ต้องมีในคดีใดโดยเฉพาะ เหตุที่ศาลอนุมานจากพยานหลักฐานอาจเป็นเพียงการอนุมานที่มีเหตุผลหรือการอนุมานที่มีเหตุผลที่มีความเป็นไปได้สูงเท่านั้นก็ได้

4. ประเภทของพยานแวดล้อมกรณี (Different types of circumstantial evidence)

4.1 พยานแวดล้อมกรณีมีหลายประเภทที่อาจเป็นประโยชน์แก่ศาล ตัวอย่างเช่น ในคดีการฮั้ว พยานแวดล้อมกรณีอาจแบ่งเป็น พยานหลักฐานการสื่อสาร (communication evidence) และพยานหลักฐานด้านเศรษฐศาสตร์ (economic evidence)

4.2 พยานแวดล้อมกรณีการสื่อสาร (circumstantial communication evidence)

คือพยานหลักฐานที่เป็นการสื่อสารที่เกิดขึ้นระหว่างคู่แข่งทางการค้า โดยอาจไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหา พยานแวดล้อมกรณีการสื่อสารอาจรวมถึง:

- a. บันทึกโทรศัพท์ (phone records) เช่น บันทึกการโทรเข้าออก (call logs) และข้อมูลการระบุทำเลที่ตั้ง (location tracking data);
- b. สมุดบันทึก (diary) หรือการจดบันทึกปฏิทิน (calendar entries);
- c. ข้อมูลทางการเงิน (financial records) เช่น ใบเสร็จค่าอาหารหรือที่อยู่คู่แข่งทางการค้าจ่ายเงิน ณ ทำเลที่ตั้งและเวลาเดียวกัน; และ
- d. เอกสารภายในที่บ่งชี้ว่าการสื่อสารเกิดขึ้นระหว่างคู่แข่งทางการค้า

4.3 พยานแวดล้อมกรณีด้านการสื่อสารรวมถึงพยานหลักฐานการกระทำ (conduct evidence) และพยานหลักฐานทางโครงสร้าง (structural evidence) ตามหลักการแล้ว พยานหลักฐานทั้งสองประเภทควรได้รับการพิจารณา

4.4 พยานหลักฐานการกระทำ (conduct evidence)

คือพยานหลักฐานที่คู่แข่งทางการค้ากระทำอย่างสม่ำเสมอ ในขณะที่มีความตกลงการฮั้วตามที่ถูกลง

าวหา พยานหลักฐานการกระทำจะโน้มน้าวใจมากที่สุด หากพยานหลักฐานดังกล่าวไม่สามารถอธิบายได้โดยความต้องการของตลาดปกติ (ordinary market forces) หรือพฤติกรรมการแข่งขันทางธุรกิจ (competitive business behaviour) ผู้พิพากษาควรพิจารณาว่าหากไม่มีความตกลงการชั่วแล้ว พฤติกรรมเฉพาะนี้น่าจะยังเกิดขึ้นอยู่อีกหรือไม่ โดยพิจารณาจากผลประโยชน์ด้านการค้าและเศรษฐกิจแต่เพียงฝ่ายเดียวของคุณแข่งทางการค้า พยานหลักฐานการกระทำอาจรวมไปถึงพยานหลักฐานที่เป็นการกระทำคู่ขนาน (parallel conduct), รูปแบบการประมูล (bidding pattern), การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่แข่งทางการค้า (information exchanges between competitors) ผลกำไรที่สูงผิดปกติอย่างต่อเนื่อง (abnormally high sustainable profits) และการฝ่าฝืนกฎหมายทางการค้าที่เกิดขึ้นในอดีต

4.5 พยานหลักฐานทางโครงสร้าง (structural evidence)

คือพยานหลักฐานที่อธิบายสาเหตุของลักษณะเด่นทางโครงสร้างบางประการที่ทำให้ตลาดบางแห่งเป็นที่น่าสงสัยว่ามีการชั่วเกิดขึ้น

พยานหลักฐานทางโครงสร้างด้วยตัวของมันเองไม่เพียงพอที่จะแสดงว่ามีการชั่วเกิดขึ้น

แต่อาจจะมีผลต่อการที่ศาลประเมินกำไรของการกระทำนั้นในตลาดเฉพาะ

พยานหลักฐานทางโครงสร้างรวมถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับจำนวนคู่แข่งทางการค้า การกระจุกตัวของตลาด (market concentration) อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (barriers to entry), การควบรวมกิจการแบบแนวตั้ง (vertical integration), ความโปร่งใสของราคา (pricing transparency) และความเหมือนกันของสินค้า (homogeneity of products)

มีตัวอย่างทั่วไปของพยานหลักฐานเชิงเศรษฐศาสตร์ซึ่งมีรายละเอียดปรากฏอยู่ในคู่มือข้อมูลเบื้องต้น แผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าว่าด้วย 'เศรษฐศาสตร์' และ 'พยานผู้เชี่ยวชาญ' (CLIP Competition Primer on 'Economics' and 'Expert evidence')

5. การประเมินพยานหลักฐานแบบบูรณาการ (Assessing evidence holistically)

5.1 พยานแวดล้อมกรณีด้านการสื่อสารหนึ่งๆ

อาจสามารถสนับสนุนการอนุมานจำนวนมากซึ่งอาจขัดแย้งกันบ้าง (ดูข้อ 5.2 และข้ออื่นๆ

ในคู่มือข้อมูลเบื้องต้นแผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าว่าด้วย

'การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย' - CLIP Competition Primer on 'Abuse of Dominance') ตัวอย่างเช่น การตัดราคา (price cut)

อาจทำให้การอนุมานการกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing)

หรือการอนุมานพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล ด้วยเหตุนี้

พยานแวดล้อมกรณีจึงไม่ควรถูกประเมินโดยแยกต่างหากจากกัน

5.2 การอนุมานจากพยานแวดล้อมกรณีควรได้รับการประเมินโดยศาลอย่างบูรณาการโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่มีอยู่ทั้งหมดร่วมกัน ยกตัวอย่างคดีการชั่วซึ่งพยานหลักฐานแสดงให้เห็นถึง:

- การพูดคุยทางโทรศัพท์ระหว่างคู่แข่งทางการค้าสามวันต่างกัน;
- การที่คู่แข่งทางการค้าขึ้นราคาแบบคู่ขนาน (parallel price rise) เพียงไม่กี่วันหลังจากการพูดคุยทางโทรศัพท์; และ
- โครงสร้างการตลาดแบบตลาดผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย (oligopoly)

5.3 ตามตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาแยกกันแล้ว พยานหลักฐานแต่ละชิ้นด้วยตัวของมันเองไม่มีพื้นฐานที่เพียงพอที่จะอนุมานการสมรู้ร่วมคิดได้ อย่างไรก็ตาม การประเมินพยานหลักฐานทั้งสามชิ้นร่วมกันเป็นเหตุให้การอนุมานการกระทำคาร์เทลมีความเป็นเหตุเป็นผล การพิจารณานี้ปรับใช้กับตัวอย่างได้อีกหลายตัวอย่างซึ่งอาศัยพยานแวดล้อมกรณี เนื่องจากพยานหลักฐานชิ้นเดียวอาจไม่สามารถให้พยานหลักฐานอันเป็นที่ยุติของการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขันได้

6. ตัวอย่างพยานแวดล้อมกรณีในคดีการฮั้ว (Examples of circumstantial evidence in cartel cases)

6.1 ในประเทศออสเตรเลีย

พยานแวดล้อมกรณีมีบทบาทสำคัญในคดีการฮั้วตามตัวอย่างดังต่อไปนี้

- a. พยานหลักฐานทางตรงของความตกลงระหว่างเจ้าของโรงแรมในการยกเลิกแพคเกจเบียร์ลดราคารันเป็นอันตกไปในระหว่างการพิจารณาคดี หลังจากพยานสำคัญไม่สามารถยืนยันต่อศาลถึงความจริงของตนเองได้ การมีอยู่ของความตกลงที่ถูกกล่าวหา นั้น รวมไปถึงจากพยานแวดล้อมกรณีการสื่อสารและพยานหลักฐานการกระทำด้วย
- b. บริษัทก่อสร้างเข้าประมูลโครงการของรัฐบาลถูกพบว่ากระทำการสมรู้ร่วมคิดกันในการวางการประมูล บริษัทที่ไม่ประสงค์จะชนะการยื่นประมูล (tender) จะหาราคาปก (cover price) สำหรับโครงการนี้ กรณีสามารถอนุมานได้ว่ามีความตกลงว่าบริษัทที่หาราคาสูงนั้นจะยื่นประมูลกว่าราคานั้น ในขณะที่บริษัทที่ประสงค์จะชนะการประมูลจะเสนอราคาต่ำกว่าราคาปก
- c. ผู้ผลิตเคเบิลถูกพบว่ามีส่วนร่วมในการฮั้วการประมูล (bid rigging) ในการยื่นประมูลในการจัดหาสายเคเบิลพื้นดินที่มีแรงดันไฟฟ้าแรงสูงให้กับโครงการไฟฟ้าพลังน้ำ (hydro electricity) กรณีสามารถอนุมานได้ว่าผู้ผลิตดังกล่าวร้องขอสิทธิพิเศษ (preference) ในการยื่นประมูลในโครงการนี้ จึงส่งผลกระทบต่อความตกลงคาร์เทลระดับโลกระหว่างผู้จำหน่ายสายเคเบิลของยุโรปและญี่ปุ่นในการจัดสรรโครงการทั่วโลก

7. แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Related information sources)

7.1 แหล่งที่มาต่อไปนี้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้พยานหลักฐานแวดล้อมคดีกฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื้อหาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ในฐานะเป็นแหล่งอ้างอิงทั่วไปสำหรับผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน

- a. OECD Competition Policy Roundtables, [Prosecuting cartels without direct evidence](#), 2006
- b. OECD Policy Brief, [Prosecuting cartels without direct evidence of agreement](#), June 2007

- c. Justice Mansfield, [*Opportunities & challenges: Evidence in cases under the Trade Practices Act 1974*](#), 24 May 2008
- d. Australian Competition and Consumer Commission, [*Cartels case studies & legal cases*](#)
- e. International Competition Network, [*Proving agreement or concerted practice within direct evidence*](#)

บทที่ III: พยานผู้เชี่ยวชาญในบริบทของคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

1. บทนำ

- 1.1 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้มุ่งหมายใช้สำหรับ:
- a. เป็นเอกสารที่ตั้งอยู่บนหลักการสำหรับสมาชิกฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN));
 - b. เป็นแนวทางที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้จริงที่มุ่งเน้นความท้าทายและประเด็นที่พบเกี่ยวกับการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการจัดทำและพิจารณาบทวนคำพิพากษาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสมาชิกอาเซียนสำหรับผู้พิพากษา; และ
 - c. ช่วยพัฒนาบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ส่งเสริมประสิทธิภาพ และสนับสนุนความสอดคล้องและความคาดการณ์ได้ภายในประเทศสมาชิกอาเซียน และก่อให้เกิดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลในท้ายที่สุด
- 1.2 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ได้รับการพัฒนาปรับปรุงในบริบทที่แตกต่างกันและมีขั้นตอนการพัฒนาที่หลากหลายของประเทศสมาชิกอาเซียน คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 1.3 ผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางออสเตรเลียพัฒนาปรับปรุงคู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เพื่อผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ความร่วมมือกับ OECD
- คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เป็นหนึ่งในชุดคู่มือข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอีกหลายฉบับที่พัฒนาขึ้นจากความริเริ่มของคณะกรรมการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law Implementation Program - CLIP)

2. หน้าที่ตามปกติของพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีการแข่งขันทางการค้า (The usual role of expert evidence in a competitive law case)

- 2.1 ในนานาประเทศรวมถึงประเทศสมาชิกอาเซียน ศาลพบประเด็นเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าในบริบทของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (judicial review) ของคำวินิจฉัยของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ศาลอาจเกี่ยวข้องแบ่งประเภทหลักได้เป็นสองประเภท ประเภทแรกคือผลวินิจฉัยนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ประเภทนี้อาจนำมาซึ่งการตรวจสอบหลักความชอบด้วยกฎหมาย (lawfulness) ของการกระทำของหน่วยงานบนพื้นฐานของเหตุที่กำหนดขอบเขตไว้เป็นการเฉพาะซึ่งได้แก่ ความ(ไม่)ชอบด้วยกฎหมาย ((il)legality) ความ(ไม่)เป็นเหตุเป็นผล ((un)reasonableness) หรือความถูกต้องของวิธีพิจารณา (procedural (in)accuracy) ของการกระทำที่ถูกตรวจสอบ การตรวจสอบเหตุต่างๆ เหล่านี้ยังเป็นการตรวจสอบรายละเอียดข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานและความเหมาะสมของการกระทำที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานนั้นอย่างยุติธรรม ประเภทที่สอง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอาจอยู่บนพื้นฐานของคุณค่า (merits) ได้แก่ เนื้อหาสาระของการกระทำหรือผลวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการประเมินความถูกต้องใหม่ทั้งหมด (full reassessment of correctness) ขอบเขตการพิจารณาใหม่ของคุณค่านี้แตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งสองประเภทรวมถึงคดีอื่นๆ ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับประเด็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอาจต้องให้ศาลให้นิยามตลาดที่เกี่ยวข้อง หรือประเมินผลกระทบการแข่งขันทางการค้า ซึ่งทำให้ศาลต้องใช้หลักเศรษฐศาสตร์และแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์ และความรู้เชิงเทคนิคและเชิงปฏิบัติการของแต่ละอุตสาหกรรมตามลำดับ แม้ว่าอาจต้องใช้การวิเคราะห์ที่ซับซ้อนแตกต่างกันขึ้นอยู่กับคดีแต่ละคดี แต่การวิเคราะห์นี้อาจไม่ได้จำเป็นกับคดีทุกคดี แนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์สามารถช่วยให้ข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจสอบของประเด็นเฉพาะในคดีนั้นๆ และก่อให้เกิดความเข้าใจในชุดข้อมูลข้อเท็จจริงที่มีความซับซ้อน ตัวอย่างเช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้ารวบรวมแนวคิดเช่น “ตลาด (market)” “ข้อจำกัดทางการแข่งขันทางการค้า (restriction of competition)” “การกั้นช่องทางค้าขาย (foreclosure)” “การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (abuse of dominance)” และอื่นๆ ที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีประเภทนี้อาจไม่คุ้นเคยมาก่อน แนวคิดเหล่านี้ไม่สามารถตีความได้เพียงการพิจารณาความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้นๆ ได้ หากแต่ต้องมีความเข้าใจในหลักเศรษฐศาสตร์ที่อยู่เบื้องหลังและให้ข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิดดังกล่าว นอกจากนี้

แนวคิดเหล่านี้อาจพัฒนาตามกาลเวลาในฐานะที่เป็นการวิจัยทางเศรษฐศาสตร์เพื่อพัฒนาต่อยอดความเข้าใจในหน้าที่ของการแข่งขันทางการค้าเพื่อช่วยให้ตลาดทำงานอย่างได้ผล

2.3 ดังนั้น

เกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์จึงมีบทบาทหลักในนโยบายและการบังคับใช้การแข่งขันทางการค้า และการตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้า การพิจารณาแนวคิดและหลักการเชิงเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องจึงอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษา

2.4 ผู้พิพากษาอาจได้รับประโยชน์จากคำอธิบายและการตีความแนวคิดเชิงเศรษฐศาสตร์ที่เป็นกลางของผู้เชี่ยวชาญและความชำนาญในอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหรือประเด็นเฉพาะที่อาจเกิดขึ้นในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.5 หน้าที่เบื้องต้นของพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าคือการช่วยเหลือศาลโดยการให้ความเห็นเชิงวิตุสัยและเป็นกลางที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหรือประเด็นที่อยู่ภายใต้แวดวงความรู้เฉพาะทางของผู้เชี่ยวชาญ หน้าที่ของศาลคือการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญและสรุปปัญหาข้อเท็จจริงด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม ภาระหน้าที่ที่ถูกต้องแม่นยำของศาลอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละเขตอำนาจศาลและกฎหมายและความแตกต่างของการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญและความสัมพันธ์ระหว่างศาลและพยานผู้เชี่ยวชาญก็อาจ

เช่นกันในเขตอำนาจศาลแต่ละเขต ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil law)

ผู้พิพากษามีความรับผิดชอบในการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญในชั้นสุดท้าย

ข้อแตกต่างที่สำคัญอยู่ตรงที่วิธีการเบิกพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้พิพากษามีอำนาจควบคุมการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ (production of expert evidence) มากน้อยเพียงใด ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี คู่ความจะเสนอและคัดค้านพยาน

ในขั้นตอนนี้ผู้พิพากษามีหน้าที่หลักในการควบคุมว่าพยานที่น่าสืบโดยคู่ความนั้นว่าพยานใดที่อาจรับฟังได้ ในทางกลับกัน เขตอำนาจศาลตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น

ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ชี้ขาดการเบิกพยานผู้เชี่ยวชาญและการเลือกผู้เชี่ยวชาญ

2.6 ทั่วโลก พยานผู้เชี่ยวชาญไม่ได้ทำหน้าที่เป็นพยานให้กับคู่ความฝ่ายใด

หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของพยานผู้เชี่ยวชาญคือให้ความช่วยเหลือศาล โดยมีฟังก์ชันค้ำประกันว่าใครเป็นผู้ว่าจ้างความช่วยเหลือนี้

2.7 ความซับซ้อนของพยานหลักฐานทางเศรษฐศาสตร์และข้อพิงระวังของความเป็นกลางของพยานผู้เชี่ยวชาญทำให้เกิดความท้าทายในการบริหารจัดการและประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว

ความท้าทายนี้นำไปสู่การพัฒนาเทคนิคการบริหารจัดการคดีของเขตอำนาจศาลต่างๆ

รวมไปถึงกฎที่เกี่ยวข้องกับ:

- a. คุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญ (qualification of expert);
- b. การรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ (admissibility of expert evidence);
- c. การตรวจสอบพยานผู้เชี่ยวชาญ (examination of expert evidence); และ
- d. การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญร่วมกันหรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญโดยศาล (appointment of joint or court-appointed experts)

2.8 สิ่งนี้นำไปสู่การจัดให้มีเงินกองทุนของศาลซึ่งเป็นแหล่งข้อมูลผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ภายในศาลและเป็นความพยายามในการพัฒนาผู้พิพากษาด้านการแข่งขันทางการค้าเพื่อให้ความรู้ความเข้าใจและความชำนาญ

2.9 เขตอำนาจศาลที่แตกต่างกันใช้วิธีการในการบริหารจัดการคดีที่เกี่ยวข้องกับพยานผู้เชี่ยวชาญที่แตกต่างกัน

คู่มือข้อมูลเบื้องต้นนี้อธิบายความเข้าใจที่ลึกซึ้งซึ่งที่หลากหลายที่เกิดขึ้นโดยหลักจากประสบการณ์ของผู้พิพากษาในประเทศออสเตรเลียซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับสมาชิกผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน

2.10 เนื่องจากหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญคือการให้ความช่วยเหลือแก่ศาล

จึงเป็นเรื่องปกติทั่วโลกที่ศาลสามารถมีคำสั่งแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญอิสระด้วยตนเอง

ในระบบบางระบบอนุญาตให้มีพยานผู้เชี่ยวชาญที่แต่งตั้งโดยศาลเท่านั้นและการแต่งตั้งดังกล่าวจะต้องมีความเป็นกลางและความโปร่งใสนับเป็นเรื่องที่สำคัญ

ข้อบกพร่องหลักของวิธีการนี้คือการทำให้ศาลไม่มีโอกาสในการเข้าถึงความเห็นที่มีเหตุผลที่หลากหลาย

แม้ว่าความเห็นที่หลากหลายอาจจะถูกลดจำนวนลงจากผลของการแต่งตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญหรือการเข้าแทรกแซงของคู่ความในระหว่างกระบวนการพิจารณาก็ตาม

3. ข้อกำหนดในการรับฟังความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ (Requirements for admissibility of expert opinion evidence)

3.1 ศาลอาจปฏิเสธหรือจำกัดการใช้พยานนั้นตามกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน (rules of evidence) ของศาลนั่นเอง
 ผู้เชี่ยวชาญทางเศรษฐศาสตร์ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เสนอพยานทางเศรษฐศาสตร์ในศาลนั้นมักจะได้รับการมองว่าเป็นพยานที่มีความน่าเชื่อถือและเป็นกลาง
 หากถูกตั้งคำถามเพื่อให้อธิบายว่าทำไมทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์บางประการจึงมีเหตุผลและทำไมจึงควรปรับใช้ทฤษฎีนั้นเข้ากับข้อเท็จจริงของคดี
 มากกว่ากรณีที่พยานผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นตัวแทนของคุณค่าความในศาลในการปรับใช้ทฤษฎีเพื่อสนองความต้องการของคุณค่า
 เพราะพยานผู้เชี่ยวชาญอาจนำเสนอมุมมองใหม่เพื่อประโยชน์ของคุณค่าเท่านั้น

3.2 ศาลอาจสามารถชี้ขาดว่าพยานรับฟังไม่ได้ (inadmissible evidence) หรือพยานมีน้ำหนักน้อย (evidence of little weight) ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยพยาน
 มีข้อพึงระวังว่าขอบเขตของกฎและวิธีพิจารณาความที่เกี่ยวกับพยานผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ใน
 กระบวนพิจารณาความของศาลในเขตอำนาจศาลแต่ละเขตมีการพัฒนาที่แตกต่างกัน

3.3 ในประเทศออสเตรเลีย
 พยานผู้เชี่ยวชาญที่น่าสืบโดยคุณค่าอาจถูกชี้ขาดว่าไม่สามารถรับฟังได้หรือมีน้ำหนักน้อย ถ้า:

- a. ปัญหาหรือประเด็นเฉพาะที่ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นนั้นไม่อยู่ในความชำนาญการของผู้เชี่ยวชาญ;
- b. คำสั่งที่ให้กับผู้เชี่ยวชาญไม่ได้รับการเปิดเผย;
- c. ข้อสันนิษฐานหรือข้อเท็จจริงที่สำคัญที่อยู่เบื้องหลังความเห็นไม่ได้รับการเปิดเผยหรือไม่ได้รับการพิสูจน์โดยพยานหลักฐานอื่น;
- d. ผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถหาข้อมูลทั้งหมดได้อย่างเป็นที่น่าสนใจและเหมาะสม; หรือ
- e. การให้เหตุผลไม่มีความชัดเจน

3.4 ในเขตอำนาจศาลบางเขต
 ศาลพบว่า มีประโยชน์ในการพัฒนารายการคำถามที่นำมาใช้ประโยชน์ได้สำหรับผู้พิพากษาในการถาม
 ผู้เชี่ยวชาญเพื่อประเมินความน่าเชื่อถือ คำถามเหล่านี้อาจมุ่งเน้นประเด็นความน่าเชื่อถือ (reliability) ความเกี่ยวข้อง (relevance) และความสอดคล้องภายใน (internal consistency) และประเด็นที่ว่าทฤษฎีขั้นสูงได้มีการตีพิมพ์ในกาตรตรวจสอบคุณภาพของสิ่งพิมพ์เผยแพร่ (peer-reviewed publication)

4. ผู้เชี่ยวชาญที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสม (Properly qualified experts)

4.1 ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นประโยชน์แก่ศาลก็ต่อเมื่อความเห็นนั้นอยู่บนพื้นฐานของ
 ความรู้ที่เกิดจากการฝึกอบรม
 การศึกษาหรือประสบการณ์ของผู้เชี่ยวชาญทั้งหมดหรืออย่างมีนัยสำคัญ

4.2 ในการประเมินน้ำหนักของพยานผู้เชี่ยวชาญที่คุณค่าหรือที่ศาลแต่งตั้งนั้น
 ผู้พิพากษาควรพิจารณาคณะสมบัติของผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับปัญหาหรือประเด็นเฉพาะ
 ที่เกิดขึ้นในคดี ตัวอย่างเช่น

นักวิชาการเศรษฐศาสตร์อาจไม่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการออกความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการ
อุตสาหกรรมบางประเภทหากนักวิชาการนั้นไม่เคยศึกษาหรือทำงานในอุตสาหกรรมนั้นมาก่อน

ความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความแต่งตั้งอาจเป็นประเด็นของการประเมินที่ไม่พึงประสงค์
(adverse assessment) โดยผู้พิพากษา

หากคุณสมบัติของผู้เชี่ยวชาญไม่มีจุดแข็งและชัดเจนที่ระบุไว้ในพยานหลักฐาน
หรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญนั้นดูเหมือนจะไม่มีกลางและมีความลำเอียง

5. รายงานผู้เชี่ยวชาญ (Expert reports)

5.1 ข้อปฏิบัติปกติที่เป็นสากลนั้น

การยื่นพยานผู้เชี่ยวชาญในประเด็นเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้านั้นมักอยู่ในรูปแบบของรายงานผู้เชี่ยวชาญ
เนื้อหาของรายงานมักได้รับการพิสูจน์ตามกฎว่าด้วยพยานหลักฐานในแต่ละเขตอำนาจศาล
เช่น cross-examination ในศาลหรือด้วยการยื่นรายงานผู้เชี่ยวชาญจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง

5.2 รายงานผู้เชี่ยวชาญจะเป็นประโยชน์แก่ศาล หาก:

- a. มีความชัดเจนแจ่มแจ้ง
ทั้งยังมีการเขียนบทคัดย่อในตอนต้นและการให้เหตุผลสำหรับความเห็นแต่ละความเห็น
และหลีกเลี่ยงการใช้คำศัพท์ทางเทคนิค หากเป็นไปได้;
- b. เป็นการแสดงความคิดเห็นที่ตรงประเด็นกับปัญหาหรือประเด็นที่อธิบายไว้แล้วอย่างชัดเจน
มากกว่าที่จะเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ไม่ตรงประเด็นหรือเป็นเพียงการเสนอทฤษฎี
ทั่วไป; และ
- c. ไม่แสดงให้เห็นถึงความเป็นปฏิปักษ์หรือมีข้อโต้แย้ง

5.3 เมื่อมีการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ศาลอาจพิจารณาด้วยว่ารายงานนั้นรวมถึงสิ่งดังต่อไปนี้หรือไม่:

- a. คุณสมบัติของพยานผู้เชี่ยวชาญที่จัดทำรายงานดังกล่าว;
- b. คำสั่งที่ให้แก่มือผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงปัญหาเฉพาะที่ผู้เชี่ยวชาญจะต้องชี้แจง;
- c. ข้อสันนิษฐานและข้อเท็จจริงใดๆ ที่เป็นสาระสำคัญอันเป็นพื้นฐานของความเห็น;
- d. เหตุผลหรืองานประพันธ์ใดๆ
ที่เกี่ยวข้องหรือเอกสารอื่นใดที่ใช้ในการสนับสนุนความเห็นแต่ละความเห็น;
- e. การสอบ การทดสอบ หรือการตรวจสอบที่ผู้เชี่ยวชาญใช้
รวมถึงอัตลักษณ์และคุณสมบัติของผู้ที่กระทำการนั้นๆ;
- f. ข้อมูลโดยละเอียดของการแสดงความคิดเห็นของบุคคลอื่นที่ผู้เชี่ยวชาญยอมรับและอ้างอิง
ข้อมูลนั้น;
- g. ข้อปฏิเสธความรับผิดชอบ (disclaimer) ที่เหมาะสม
หากมีประเด็นที่อยู่นอกเหนือความชำนาญของผู้เชี่ยวชาญหรือหากไม่สามารถแสดง
ความเห็นสรุปได้เนื่องจากมีข้อมูลไม่เพียงพอหรือมีเหตุผลอื่น; และ
- h. คุณสมบัติอื่นที่เหมาะสมของความเห็นที่แสดงไว้ในรายงาน
ซึ่งหากไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวแล้วอาจทำให้รายงานไม่สมบูรณ์หรือไม่ถูกต้อง

6. การใช้พยานหลักฐานผู้เชี่ยวชาญอย่างเหมาะสม (Appropriate use of expert evidence and witnesses)

6.1 การบริหารจัดการพยานผู้เชี่ยวชาญมีความสำคัญในคดีการแข่งขันทางการค้าโดยส่วนมากตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น กลไกและอำนาจที่ศาลมีในการบริหารจัดการพยานผู้เชี่ยวชาญแตกต่างกันไปตามเขตอำนาจศาลแต่ละเขต

6.2 เพื่อให้การใช้พยานผู้เชี่ยวชาญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพในประเทศออสเตรเลีย ศาลอาจกำหนดดังต่อไปนี้ไว้ตั้งแต่ขั้นตอนแรกๆ:

- a. จำนวนพยานผู้เชี่ยวชาญที่นำเสนอเพื่อใช้อ้างอิงโดยคู่ความแต่ละฝ่าย;
- b. สาขาความชำนาญที่เกี่ยวข้อง;
- c. ประเด็นที่ประสงค์ให้พยานผู้เชี่ยวชาญชี้แจง; และ
- d. วิธีการบริหารจัดการพยานผู้เชี่ยวชาญที่ดีที่สุด

6.3 การที่คู่ความพยายามที่จะตกลงกันเกี่ยวกับปัญหาและประเด็นที่เสนอให้เป็นหัวข้อสำหรับพยานผู้เชี่ยวชาญพร้อมกับข้อเท็จจริงและข้อสันนิษฐานที่เกี่ยวข้องกันไว้ล่วงหน้าย่อมเป็นเรื่องที่น่ายินดี ศาลอาจพิจารณาออกคำสั่งเพื่อรองรับกรณีดังกล่าว

6.4 หากเป็นไปได้

การที่ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องในการบริหารจัดการพยานผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่เริ่มแรกจะทำให้มั่นใจได้ว่าการกำหนดประเด็นปัญหาหรือข้อสันนิษฐานใดๆ

แก่ผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นการกระทำที่เป็นกลางและพยานผู้เชี่ยวชาญไม่ถูกบังคับให้ต้องชี้แจงประเด็นที่ถูกเลือกมาแล้ว ไม่เกี่ยวข้องและไม่สำคัญ

นอกจากนี้ยังทำให้มั่นใจได้ว่าพยานผู้เชี่ยวชาญไม่เพียงแต่อธิบายทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เท่านั้น แต่ยังอธิบายด้วยว่าทฤษฎีดังกล่าวจะสามารถปรับใช้กับพฤติกรรมแวดล้อมเฉพาะคดีต่อศาลอย่างไรอีกด้วย

6.5 การบริหารจัดการคดีที่ดียังสามารถควบคุมความเสี่ยงอื่นใดในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญรวมทั้งการบริหารจัดการปริมาณ ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการเตรียมการด้วย

6.6 โดยทั่วไป OECD

ได้ระบุหลักการสำคัญหลายประการซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อศาลเมื่อมีผู้เชี่ยวชาญเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาความเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

ศาลไม่ควรอ้างอิงผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ในฐานะที่เป็นพยานข้อเท็จจริง

แต่ศาลควรมุ่งเน้นการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงเชิงเศรษฐศาสตร์หรือเศรษฐมิติ (econometrics)

ซึ่งได้นำเข้าสืบหรือพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานอื่นๆ แล้ว

ทฤษฎีและวิธีการทางเศรษฐศาสตร์ที่ก้าวหน้าควรได้รับการทดสอบอย่างเพียงพอในสังคมเชิงเศรษฐศาสตร์ (economics community)

ผู้เชี่ยวชาญไม่ควรถูกจำกัดขอบเขตในการวิเคราะห์ไว้เพียงแต่ข้อมูลเท่านั้น

ผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์ไม่ควรถูกนำเสนอในฐานะผู้เชี่ยวชาญด้านอุตสาหกรรม

ไม่เช่นนั้นแล้ว

ความน่าเชื่อถือของพยานผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวอาจได้รับความเสียหายได้ในระหว่างการพิจารณาคดีสุดท้ายนี้

สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งคือศาลพึงตระหนักว่าพยานผู้เชี่ยวชาญอาจมีหน้าที่บทบาททั้งในเชิงสนับสนุน และหักล้างในคดีนั้นๆ

7. รูปแบบของพยานผู้เชี่ยวชาญ (Models of expert evidence)

7.1 ประเทศออสเตรเลียเป็นเขตอำนาจศาลแบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้ระบบต่อสู้ (an adversarial system) ดังนั้น กรณีของศาลประเทศออสเตรเลีย คู่ความแต่ละฝ่ายที่อยู่ในการพิจารณาคดีแบบมีการคัดค้าน (contested proceedings) อาจเรียกพยาน (evidence in chief) จากผู้เชี่ยวชาญมาสืบเพื่อสนับสนุนคดีของตน ตามประเพณีปฏิบัติ พยานหลักฐานดังกล่าวอาจถูกคัดค้านจากทนายความของคุณความฝ่ายตรงข้ามในระหว่างการถามค้านพยาน (cross-examination)

7.2 ในบางกรณี วิธีการดั้งเดิมของพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในการนำเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญ ระบบอื่นมีวิธีการอื่นสำหรับพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งจะเหมาะสมกับกรณีหลายกรณี ตัวอย่างเช่น ในประเทศที่เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การที่ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับแต่งตั้งร่วมกัน โดยคู่ความหรือแต่งตั้งโดยศาลเท่านั้นนับเป็นเรื่องปกติ

7.3 ไม่ว่ากรณีใด วิธีการอื่นสำหรับผู้เชี่ยวชาญอาจดีกว่าสำหรับคดีแต่ละคดี ในประเทศออสเตรเลีย กรณีที่ศาลมีอำนาจในการบริหารจัดการคดีอย่างกว้างขวาง ศาลอาจพิจารณารูปแบบอื่นในการนำเสนอพยานผู้เชี่ยวชาญ

7.4 ทางเลือกหนึ่งของรูปแบบที่อาจได้รับการพิจารณา คือการให้พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความพร้อมกัน (concurrent expert evidence) หรือที่รู้จักในประเทศออสเตรเลียว่า ‘hot tub’ วิธีการนี้มีค่าใช้จ่ายในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศออสเตรเลียและประเทศนิวซีแลนด์ และอาจจะใช้ในประเทศสหราชอาณาจักรเป็นครั้งคราว วิธีการนี้เกี่ยวข้องกับผู้เชี่ยวชาญที่จัดเตรียมรายงานผู้เชี่ยวชาญ เมื่อผู้เชี่ยวชาญเห็นพ้องต้องกันหรือเห็นขัดแย้งกัน ผู้ประสานงานอิสระ (independent facilitator) อาจได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ควบคุมดูแลกระบวนการนี้ ระหว่างการสืบพยาน ผู้เชี่ยวชาญจะถูกเรียกให้นำเสนอพยานหลักฐานพร้อมกัน กระบวนการให้พยานผู้เชี่ยวชาญเบิกความพร้อมกันควรได้รับการอนุญาตในกรณีที่แลกเปลี่ยนข้อมูลเป็นไปอย่างมีเหตุผลและมีระเบียบระหว่างผู้เชี่ยวชาญของคุณความแต่ละฝ่าย ระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญแต่ละคน ทนายความแต่ละฝ่าย และศาล ระหว่างการสืบพยานพยานผู้เชี่ยวชาญอาจมีโอกาสนำเสนอความเห็นและอธิบายว่าตามความเห็นของตนนั้น ประเด็นหลักของความเห็นที่ไม่ตรงกันระหว่างพยานผู้เชี่ยวชาญคืออะไรด้วยตนเอง

8. แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Related information and sources)

8.1 แหล่งที่มาต่อไปนี้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้พยานหลักฐานในศาลรัฐบาลกลางออสเตรเลีย เนื้อหาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ในฐานะเป็นแหล่งอ้างอิงทั่วไปสำหรับผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน

- a. Justice Middleton, [*Expert Economic Evidence*](#), 16 October 2007
- b. OECD, [*Presenting Complex Economic Theories to Judges*](#), 2008
- c. OECD, [*Procedural Fairness: Competition Authorities, Courts and Recent Developments*](#), 2011
- d. Justice Rares, [*Using the "Hot Tub" – How concurrent expert evidence aids understanding issues*](#), 12 October 2013
- e. Federal Court of Australia, [*Expert Evidence Practice Note \(GPN-EXPT\)*](#), 25 October 2016
- f. OECD, [*The resolution of competition cases by specialised and generalist courts: Stocktaking of international experiences*](#), 2016. Federal Court of Australia, [*Expert Evidence & Expert Witnesses Guide*](#)

บทที่ IV: การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ: คืออะไรและจะประเมินอย่างไร

1. บทนำ

- 1.1 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้มุ่งหมายใช้สำหรับ:
- a. เป็นเอกสารที่ตั้งอยู่บนหลักการสำหรับสมาชิกฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศสมาชิกของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ประเทศสมาชิกอาเซียน (ASEAN));
 - b. เป็นแนวทางที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์และสามารถนำมาใช้ได้จริงที่มุ่งเน้นความท้าทายและประเด็นที่พบเกี่ยวกับการประเมินพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการจัดทำและพิจารณาบทวนคำพิพากษาตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศสมาชิกอาเซียนสำหรับผู้พิพากษา; และ
 - c. ช่วยพัฒนาบรรทัดฐานกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดหลักความแน่นอนทางกฎหมาย ส่งเสริมประสิทธิภาพ และสนับสนุนความสอดคล้องและความคาดการณ์ได้ภายในประเทศสมาชิกอาเซียน และก่อให้เกิดนโยบายการแข่งขันทางการค้าที่มีเหตุผลในท้ายที่สุด
- 1.2 คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ได้รับการพัฒนาปรับปรุงในบริบทที่แตกต่างกันและมีขั้นตอนการพัฒนาที่หลากหลายของประเทศสมาชิกอาเซียน คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการให้ข้อมูลแก่ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นการเฉพาะ
- 1.3 ผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางออสเตรเลียพัฒนาปรับปรุงคู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เพื่อผู้พิพากษาของประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ความร่วมมือกับ OECD
- คู่มือข้อมูลเบื้องต้นฉบับนี้เป็นหนึ่งในชุดคู่มือข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอสังหาริมทรัพย์ที่พัฒนาขึ้นจากความริเริ่มของคณะกรรมการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ อันเป็นส่วนหนึ่งของแผนการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law Implementation Program - CLIP)

2. แนวคิดเรื่อง ‘อำนาจเหนือตลาด’ หรือ ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก’ (The concept of ‘dominance’ or ‘substantial market power’)

- 2.1 กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าทั่วโลกได้มาบรรจบกันที่ความเชื่อว่าการห้ามการกระทำที่เป็นการกระทำแต่ฝ่ายเดียวนั้นควรใช้เฉพาะกับบริษัทที่มี ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก’ เท่านั้น
- เพราะการกระทำแต่ฝ่ายเดียวของบริษัทที่มีอำนาจตลาดที่อยู่ระดับสูงนั้นน่าจะทำให้เกิดกระบวนการแข่งขันทางการค้าที่บิดเบือนและพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันทางการค้ามากกว่าบริษัทที่ไม่มีอำนาจ

ตลาดหรือมีอำนาจตลาดเพียงเล็กน้อย ในทางเศรษฐศาสตร์
อำนาจตลาดมักได้รับนิยามว่าเป็นความสามารถของบริษัทในการรักษาราคาสินค้าให้มีกำไรสูงกว่า
ราคาที่แข่งขันเป็นระยะเวลานาน

2.2 แนวคิดและภาษาที่แตกต่างกันทั่วโลกถูกใช้เพื่อกำหนดเกณฑ์ที่เกินกว่าระดับอำนาจตลาดซึ่ง
ถือว่าการกระทำแต่ฝ่ายเดียวนั้นก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าและอาจละเมิดกฎหมาย
การแข่งขันทางการค้าได้ ในยุโรปและเขตอำนาจศาลทั่วโลกจำนวนมากเรียกเกณฑ์นี้ว่า
‘อำนาจเหนือตลาด’ กฎหมายระดับรัฐของสหรัฐอเมริกากำหนดเกณฑ์ของ
‘การผูกขาดที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือความพยายามในการผูกขาด’ (unlawful or attempted
monopolisation) สำหรับเขตอำนาจศาลส่วนใหญ่ในอาเซียน เกณฑ์คือ ‘อำนาจเหนือตลาด’
แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันไป กฎเกณฑ์การแข่งขันทางการค้าได้มาบรรจบกันที่ความเชื่อว่าการ
ห้ามการกระทำแต่ฝ่ายเดียวนั้นควรใช้เฉพาะกับบริษัทที่มี ‘อำนาจตลาดที่สูงมาก’ เท่านั้น
เกณฑ์นี้ต่อไปในคู่มือข้อมูลเบื้องต้นนี้จะเรียกว่า ‘อำนาจเหนือตลาด (dominance)’ หรือ
‘อำนาจตลาดที่สูงมาก (substantial market power)’ เพื่อให้สะดวกต่อการอ้างอิง

2.3 ในการประเมินระดับอำนาจของบริษัทที่มีอยู่ภายในตลาด
อันดับแรกเราจำเป็นต้องให้คำนิยามของตลาดที่เกี่ยวข้องเสียก่อน
คำนิยามของตลาดมุ่งเน้นพื้นที่ที่มีการแข่งขันทางการค้ากันอย่างใกล้ชิด
การทดแทนกันได้ของสินค้า หรือเขตการแข่งขันทางการค้าของคุณแข่งขันทางการค้า
โดยคำนึงถึงทั้งแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และความเป็นจริงเชิงพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น
ถ้าหากร้านพิซซาที่มีอยู่ร้านเดียวในเมืองนั้นขึ้นราคา
ผู้บริโภคอาจเปลี่ยนไปบริโภคร้านเบอร์เกอร์หรือร้านพิซซาที่อยู่ย่านใกล้เคียงอาจขยายพื้นที่ในการจ
ดส่งสินค้าแทน
ถ้ามีการทดแทนพิซซาด้วยเบอร์เกอร์และ/หรือผู้ขายพิซซาในเมืองอื่นทำให้เจ้าของร้านพิซซาร้านเด
ียวในเมืองนั้นไม่สามารถทำกำไรสูงขึ้นจากการขึ้นราคาสินค้า
สินค้าและผู้ขายเหล่านั้นจะเรียกได้ว่าเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง

2.4 ตามตัวอย่างข้างต้นที่กล่าวมา คำนิยามของตลาดจะต้องให้ผู้พิพากษาพิจารณาสินค้า (เช่น
พิซซาเปรียบเทียบกับอาหารจานด่วนหรือพาสต์ฟูด) และภูมิศาสตร์ (เช่น
เมืองเมืองหนึ่งเปรียบเทียบกับเมืองหลายๆ เมือง) มิติ รวมไปถึงการใช้หลักการต่างๆ ดังนี้

- a. การทดแทนด้านอุปสงค์ ได้แก่
การทดแทนระหว่างสินค้าหรือบริการจากมุมมองของผู้บริโภค; และ
- b. เขตอำนาจศาลบางเขต การทดแทนด้านอุปทาน ได้แก่
การทดแทนระหว่างสินค้าหรือบริการในบางเขตอำนาจศาลจากมุมมองของผู้จำหน่าย
การทดแทนด้านอุปทาน
เขตอำนาจศาลบางเขตอาจพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานว่าเป็นคำนิยามของตลาด
โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าผลกระทบต่อพฤติกรรมการแข่งขันทางการค้าของผู้จำหน่ายเทียบ
เทียบเท่ากับการทดแทนด้านอุปสงค์
ในขณะที่เขตอำนาจศาลอื่นพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานเมื่อมีการประเมินผลกระทบ
การแข่งขันทางการค้าเท่านั้น

2.5 ขึ้นอยู่กับการปรับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ผู้พิพากษาอาจใช้หลักฐานต่างๆ
ในการประเมินอำนาจเหนือตลาด ดังต่อไปนี้

- a. ส่วนแบ่งตลาด รวมทั้งความมั่นคงทางตลาด (market stability) และความต่อเนื่องของตลาด (market durability);
- b. อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือการขยายตลาด;
- c. ความสามารถของผู้ขายในการกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไข (อำนาจในการต่อรองของผู้ซื้อ (countervailing buyer power));
- d. คุณลักษณะของตลาด รวมถึงการเปิดกว้างในการนำเข้า; และ
- e. คุณลักษณะของบริษัท รวมถึงขนาด ระดับกำไร การควบรวมกิจการแบบแนวดิ่ง (vertical integration) แหล่งที่มาที่เข้าถึงได้ และการประหยัดต่อขนาด (economies of scale)

2.6 การมีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดที่สูงมากนั้น โดยตัวของมันเองแล้วไม่ใช่สิ่งต้องห้ามโดยทั่วไป กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะห้ามการกระทำแต่ฝ่ายเดียวก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าบนฐานของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

3. การใช้อำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดที่สูงมากโดยมิชอบ (Abuse of ‘dominance’ or ‘substantial market power’)

3.1 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of dominant position)

มีคุณลักษณะเป็นพฤติกรรมที่ผลกระทบหรือน่าจะมีผลกระทบในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้า

3.2 ในขณะที่พฤติกรรมที่อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในแต่ละเขตอำนาจศาลอาจแตกต่างกันอย่างมาก แต่ตัวอย่างพฤติกรรมที่อาจถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหมายความรวมถึง:

- a. การกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing)
 - ราคาต่ำแบบไม่ยั่งยืน โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดคู่แข่งหรือทำให้คู่แข่งอ่อนแอหรือแย่ง
- b. การปฏิเสธการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยไม่มีเหตุอันควร (refusal to deal) หรือการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคนอื่น (exclusive dealing)
 - การจัดการที่มีวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการตัดสินใจว่าเขาจะอะไรให้กับใคร ที่ไหน
- c. การขายพ่วง การขายควบ และนโยบายความจงรักภักดี (tying, bundling and loyalty schemes)
 - การเชื่อมโยงการขายสินค้าหรือบริการที่ไม่เกี่ยวข้องกันเพื่อขัดขวางการแข่งขันทางการค้า
- d. การลดส่วนต่างของกำไร (margin squeeze)
 - บริษัทที่มีการควบรวมกิจการแบบแนวดิ่ง (vertical integration) ขายข้อมูลที่สำคัญให้กับคู่แข่งเพื่อลดราคาปลายน้ำ และ/หรือขึ้นราคาต้นน้ำเพื่อลดส่วนต่างของกำไร ณ ระดับหน้าที่โดยเฉพาะหรือระดับของตลาด; และ

- e. พฤติกรรมการเอาเปรียบ (exploitative conduct) - ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม (unfair terms) การแบ่งแยกราคาขาย (price discrimination) การลดการผลิต นวัตกรรมหรือคุณภาพ (reduction in production, innovation or quality)

4. การทดสอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Legal tests for abuse of dominance)

4.1 หลายประเทศใช้วิธีการเชิงผลกระทบ (effects-based approach)

มุ่งเน้นที่ผลกระทบเชิงเศรษฐศาสตร์ในการตรวจสอบพฤติกรรมที่มีผลกระทบต่อผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า ในขณะที่ประเทศอื่นๆ อีกจำนวนมากใช้วิธีการเชิงรูปแบบ (form-based approach) ซึ่งมุ่งเน้นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องจะจัดประเภทพฤติกรรมอย่างไร กรณีดังกล่าว การวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ยังคงมีบทบาทสำคัญในเขตอำนาจศาลเหล่านั้น แต่ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดว่าพฤติกรรมนั้นจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริงเพื่อค้นหาการฝ่าฝืนกฎหมาย

4.2 ในขณะที่วิธีการเชิงรูปแบบ (form-based approach)

อาจให้ความแน่นอนทางกฎหมายมากกว่าและให้ผลลัพธ์เร็วกว่าวิธีการเชิงผลกระทบ (effects-based approach) แต่ก็อาจให้ผลลัพธ์ที่ไม่เหมาะสม เมื่อคำนึงถึงผลกระทบที่แท้จริงต่อตลาดแน่นอนว่า

ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่และในบางบริบทอาจเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า และในบริบทอื่นๆ

ก็อาจจะให้ผลกระทบในเชิงผลบวกต่อการแข่งขันทางการค้าและมีประสิทธิภาพโดยรวม

4.3 เครื่องมือที่ใช้ตัดสินความเสียหายสำคัญต่อการแข่งขันทางการค้าคือการวิเคราะห์ที่อ้างอิงมาจากการทดสอบแบบขัดแย้งกับความจริง (counterfactual test)

4.4 การทดสอบแบบขัดแย้งกับความจริง (counterfactual test)

เกี่ยวข้องกับการเปรียบเทียบความเป็นไปได้ของภาวะการแข่งขันทางการค้าโดยมีหรือไม่มีพฤติกรรมเฉพาะที่ถูกกล่าวหาว่าก่อให้เกิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบกฎหมาย

การทดสอบนี้ยังอาจเป็นประโยชน์ต่อการประเมินความสูญเสียหรือเสียหายอีกด้วย

ยังมีการทดสอบอื่นอีกจำนวนมากที่หน่วยงานและศาลนำมาใช้กับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมายรวมไปถึงการทดสอบแบบสละกำไร (profit sacrifice test)

การทดสอบแบบไม่ได้ความเชิงเศรษฐศาสตร์ (no economic sense test)

การทดสอบแบบบริษัทที่มีประสิทธิภาพเท่ากัน (equally efficient firm test)

และการทดสอบแบบความสมดุลของสวัสดิการผู้บริโภคที่หลากหลาย (various consumer welfare balancing tests) โดยทั่วไปแล้ว

เป็นที่ยอมรับกันว่าไม่มีการทดสอบแบบหนึ่งแบบใดที่จะเหมาะสมกับทุกกรณี

4.5 การทดสอบแบบขัดแย้งกับความจริง (counterfactual test) นั้นไม่แน่นอนเสมอในทุกกรณี

ในบางกรณีก็อาจสรุปได้ว่าภาวะการแข่งขันทางการค้าภายในตลาดอาจได้รับการปกป้องจากพฤติกรรมที่ว่านั้น ในกรณีอื่น เช่น กรณีที่พฤติกรรมดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าเป็นอุปสรรคต่อคู่แข่งรายใหม่ อาจเป็นการยากที่จะคาดการณ์ได้อย่างแม่นยำว่าคู่แข่งรายใหม่จะสามารถเข้าสู่ตลาดได้หากปราศจากพฤติกรรมดังกล่าวหรือไม่ หรือแม้หากสามารถเข้าสู่ตลาดได้

ก็ยังคงเป็นคำถามว่าคู่แข่งรายใหม่จะได้รับผลกระทบอะไรจากภาวะการแข่งขันทางการค้าในตลาดที่เกี่ยวข้องบ้าง

4.6 ถึงแม้ว่าจะมีการทดสอบหรือมาตรฐานใดในการตัดสินว่าพฤติกรรมหนึ่งๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลายๆ ประเทศก็ยังจัดทำกรวิเคราะห์โดยพิจารณาจาก ประสิทธิภาพที่ได้เพิ่มขึ้นจากการกระทำ (efficiency gains) หรือ วัตถุประสงค์อื่นใดที่เป็นเหตุเป็นผลเพียงพอ และอาจได้บทสรุปว่า บริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดที่มีพฤติกรรมเช่นนั้นเป็นการกระทำโดยชอบ หรือแม้แต่เป็นการสนับสนุนให้มีการแข่งขันที่มากขึ้น การให้เหตุผลโดยพิจารณาวัตถุประสงค์อื่นนั้นเป็นพฤติกรรมพิเศษซึ่งยกเว้นพฤติกรรมที่มิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การพิจารณาประโยชน์สาธารณะ (public considerations) (เช่น เหตุผลเกี่ยวกับสุขภาพหรือความปลอดภัย) ประสิทธิภาพรวมถึง เช่น การประหยัดต่อขนาด (economies of sales) หรือการส่งเสริมนวัตกรรม อาจมีพฤติกรรมที่เป็นข้ออ้างที่กฎหมายกำหนด (regulated conduct defence) ซึ่งย่อมได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายป้องกันการผูกขาด antitrust immunity หากเป็นพฤติกรรมที่กำหนดโดยกฎระเบียบมลรัฐหรือรัฐ พฤติกรรมที่เป็นข้ออ้างที่กฎหมายกำหนด (regulated conduct defence) นั้นทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยในการบังคับใช้กฎระเบียบที่ถือว่าเป็นธรรมต่อเหตุผลทางเศรษฐกิจศาสตร์และ/หรือทางสังคม แม้ว่ากฎระเบียบนั้นอาจจะขัดต่อนโยบายการแข่งขันทางการค้าโดยทั่วไป กรณีข้อยกเว้นดังกล่าวข้างต้นนั้น ภาระการพิสูจน์จะตกแก่บริษัทที่ถูกตรวจสอบในการพิสูจน์ว่าประสิทธิภาพหรือการให้เหตุผลเชิงวัตถุประสงค์วิสัย เพื่อแสดงให้เห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีความจำเป็นและได้สัดส่วนและมีความมีประสิทธิภาพนั้นไม่อาจสำเร็จได้ด้วยวิธีการที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่น้อยกว่านี้

5. แหล่งและประเด็นเกี่ยวกับพยานหลักฐาน (Evidentiary sources and issues)

5.1 สำหรับคดีการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด

ศาลจะบังคับใช้กฎหมายที่มีในเขตอำนาจศาลและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับพยานหลักฐานเพื่อชี้ขาดลักษณะที่แท้จริงและกำหนดขอบเขตของพยานหลักฐานในการพิสูจน์การใช้อำนาจเหนือตลาด แหล่งพยานหลักฐานที่อาจเป็นประโยชน์ต่อศาล อาจหมายรวมถึง:

- a. พยานหลักฐานจากผู้เล่นในตลาด (market participants) และผู้สังเกตการณ์ในตลาด (market observers) รวมถึงพยานหลักฐานจากคู่แข่ง ผู้เข้าสู่ตลาดรายใหม่ (new entrants) ผู้ผลิตวัตถุดิบ (suppliers) และลูกค้า (customers);
- b. เอกสารภายในและเอกสารทางธุรกิจ เช่น บัญชีและเอกสารการประชุมกรรมการ; และ
- c. พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert evidence) รวมถึงผู้เชี่ยวชาญด้านเศรษฐศาสตร์และอุตสาหกรรม รายละเอียดของพยานผู้เชี่ยวชาญอยู่ในเอกสารคู่มือข้อมูลเบื้องต้นการแข่งขันทางการค้าว่าด้วย ‘พยานผู้เชี่ยวชาญ’ (CLIP Competition Primer on ‘Expert evidence’)

5.2 ในการประเมินการใช้อำนาจเหนือตลาด

ศาลมักจะอาศัยพยานหลักฐานทางอ้อมเกี่ยวกับโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก เช่น พยานหลักฐานเกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาด อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือขยายตลาด และการใช้อำนาจที่เหนือกว่า (prevailing power)

ศาลอาจอาศัยพยานหลักฐานทางตรงเพื่อเป็นการเสริมพยานหลักฐานทางอ้อม

แต่การใช้พยานหลักฐานทางตรงนี้มักไม่อาจพิสูจน์อำนาจเหนือตลาดให้เป็นที่ยุติได้ ตัวอย่างเช่น พยานหลักฐานกำไรของบริษัทเป็นประโยชน์ในบางบริบทและอาจสามารถตีความได้หลายความหมาย การใช้พยานหลักฐานโดยอ้อม/พยานแวดล้อมปรากฏรายละเอียดในเอกสารเอกสารคู่มือข้อมูลเบื้องต้น การแข่งขันทางการค้าว่าด้วย ‘พยานแวดล้อม’ (CLIP Competition Primer on Circumstantial Evidence)

5.3 คดีบางคดี

ผลกระทบต่อการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าหรือผลกระทบต่อการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่อาจเกิดขึ้นอาจได้มาจากการอาศัยพยานหลักฐานทางตรงที่น่าเชื่อถือ

หากไม่ปรากฏพยานหลักฐานดังกล่าว ผู้พิพากษาอาจอาศัยพยานแวดล้อมกรณี (circumstantial evidence) และกระบวนการอนุมาน (process of inference)

ไม่ใช่เรื่องแปลกที่จะมีการคาบเกี่ยวกันอย่างมีนัยสำคัญระหว่างพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์การใช้อำนาจเหนือตลาดและพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์วัตถุประสงค์หรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น

5.4 หากเป็นไปได้ การบริหารจัดการคดีเชิงรุก (proactive case management)

อาจจะเป็นประโยชน์ต่อผู้พิพากษาที่ต้องเผชิญกับคดีการกระทำแต่ฝ่ายเดียวที่มีพยานหลักฐานที่ยุงยากซับซ้อนและมีปริมาณมาก

ผู้พิพากษาควรพิจารณาว่าเครื่องมือในการบริหารจัดการคดีใดที่สามารถใช้ประโยชน์ในการตีความประเด็นพิพาทให้แคบลง

ควบคุมขอบเขตและรูปแบบของพยานหลักฐานและช่วยในการพิจารณาการกระทำนั้นอย่างเป็นระเบียบ

6. ข้อสันนิษฐานที่อยู่บนพื้นฐานของส่วนแบ่งตลาด (Presumptions based on market shares)

6.1 เขตอำนาจศาลบางเขตอาจใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดทั้งค่าต่ำสุดและค่าสูงสุดนั้นในการวิเคราะห์ว่าบริษัทมีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดที่สูงมากหรือไม่

6.2 ส่วนแบ่งตลาดที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิด (safe harbour market share) นั้น อาจกำหนดว่าบริษัทใดที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าส่วนแบ่งตลาดที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดจะได้รับการสันนิษฐานว่าบริษัทนั้นไม่มีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดที่สูงมาก

6.3 ในขณะที่เดียวกัน กฎเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดอาจกำหนดว่า หากบริษัทใดที่มีส่วนแบ่งตลาดเหนือกว่าส่วนแบ่งตลาดที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิดจะได้รับการสันนิษฐานว่าบริษัทนั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจตลาดที่สูงมาก

6.4 กฎเกณฑ์ข้อยกเว้นความรับผิด (safe harbour)

และอำนาจเหนือตลาดที่อยู่บนพื้นฐานของส่วนแบ่งตลาดอาจทำให้เกิดข้อสันนิษฐานซึ่งเป็นที่ยุติหรืออาจถูกหักล้างได้ ตามกฎเกณฑ์แล้ว ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนั้นอาจถูกหักล้างได้ในประเทศส่วนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีข้อสันนิษฐานที่ใช้ในการกำหนดกฎเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด

เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดเป็นเครื่องมือที่ที่ที่อาจชี้ให้เห็นอำนาจของตลาดได้อย่างเป็นที่ยุติ

ส่วนแบ่งตลาดที่สูงแต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่อาจเป็นหลักฐานที่เป็นที่ยุติว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่มีอำนาจตลาดที่สูงมาก อย่างไรก็ตาม

การวิเคราะห์ส่วนแบ่งตลาดอาจเป็นประโยชน์ในขั้นตอนแรกในการวิเคราะห์การแข่งขันทางการค้า เช่น

การมีส่วนแบ่งตลาดที่สูงกว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดอาจเป็นข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ว่ามีอำนาจเหนือตลาด โดยการผลักการพิสูจน์จากผู้ควบคุมไปที่บริษัทพิพาทนั้น

7. การกระทำที่ถือว่าการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Conduct deemed to be an abuse of dominance)

7.1 ในประเทศออสเตรเลีย ผู้พิพากษาวินิจฉัยว่าการกระทำต่างๆ ดังต่อไปนี้นับเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

- a. ผู้ขายสินค้าปลีกรายใหญ่ปฏิเสธการซื้อสินค้าจากผู้ผลิตขนมปัง ถ้ามีการขายขนมปังนั้นให้แก่ผู้ขายสินค้าปลีกอิสระที่อยู่ใกล้เคียงในราคาที่มีส่วนลด การกระทำนี้ทำให้เกิดความยุ่งยากแก่ผู้ขายสินค้าปลีกในการแข่งขันการขายขนมปังให้กับผู้บริโภคร่วมกับผู้ขายสินค้าปลีกรายใหญ่
- b. ผู้ให้บริการจำหน่ายตัวสำหรับการแสดงสดปิดหรือปฏิเสธที่จะให้ข้อตกลงตัวลดราคาที่ดีที่สุดท้ายตามที่อยู่จัดการแสดงร้องขอเนื่องจากผู้บริการจำหน่ายตัวตกลงให้ตัวลดราคาที่ดีที่สุดท้ายให้กับคู่แข่ง การกระทำดังกล่าวทำให้คู่แข่งอื่นขายตัวลดราคาที่ดีที่สุดท้ายแก่ผู้บริโภคร่วมได้ยากขึ้น
- c. ผู้ผลิตที่มีอำนาจเหนือตลาดสำหรับน้ำยาปราศจากเชื้อ (sterile fluids) ยกเว้นตลาดสำหรับน้ำยาฟอกเลือด (dialysis fluids) ลดราคาสินค้าให้แก่โรงพยาบาลที่ตกลงการขายควบสินค้าทั้งสองชนิด การกระทำนี้ทำให้ผู้ขายน้ำยาฟอกเลือดอื่นแข่งขันการขายน้ำยาฟอกเลือดแก่โรงพยาบาลได้ยากขึ้น

8. การลงโทษและการเยียวยา (Sanctions and remedies)

8.1 การลงโทษและการเยียวยามีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ การลงโทษมักมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายในอนาคต และในบางประเทศ การลงโทษอาจหมายถึงถึงการกำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนคืนสิ่งที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมายและชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย การเยียวยารักษา

นั้นมีเพื่อแก้ไข หรือป้องกันการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่การลงโทษนั้นเป็นการลงโทษหรือลงโทษ โดยทั่วไป การเยียวยาของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งการกระทำของผู้ฝ่าฝืน ผลกระทบที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า และการเกิดขึ้นซ้ำ และอาจมุ่งเน้นการฟื้นฟูกระบวนการแข่งขันทางการค้า

8.2 การลงโทษและการเยียวยาที่ใช้ในกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเขตอำนาจศาลที่เกี่ยวข้อง ประเภทของการลงโทษและการเยียวยามีดังต่อไปนี้

- a. การเยียวยาทางโครงสร้าง (structural remedies) – การถอนทุนหรือการขายธุรกิจทั้งหมดหรือบางส่วน หรือสินทรัพย์บางประเภท (divestiture) อาจถูกกำหนดเพื่อฟื้นฟูตลาดกลับสู่ภาวะการแข่งขันทางการค้า;
- b. การเยียวยาทางการกระทำ (behavioural remedies) – คำสั่งควบคุมหรือบังคับการกระทำบางอย่างอาจถูกกำหนดเพื่อควบคุมการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้าและเป็นแนวทางสำหรับการกระทำในอนาคต;
- c. การลงโทษ (penalties) - การลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นทางเงินตราหรืออาญา และบังคับกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่มีความรับผิดชอบโดยตรง; และ

- d. ความเสียหายสำหรับการสูญเสีย (damages for loss) – การจ่ายเงินชดเชยสำหรับการสูญเสียหรือความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำต้องห้ามและการคืนผลกำไรที่ได้มาจากการกระทำเช่นนั้น

8.3 การบรรเทาโทษอาจนำมาใช้ได้โดยคำนึงถึงความร้ายแรง ความรุนแรง และในบางกรณีผลกระทบเชิงเศรษฐกิจจากการกระทำดังกล่าว เขตอำนาจศาลบางเขตใช้แนวคิดความได้สัดส่วน (proportionality) เพื่อทำให้มั่นใจได้ว่าการที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าหรือศาลกำหนดการบรรเทาโทษนั้นจะไม่เป็นการก้าวท้าวกระบวนการแข่งขันทางการค้าในตลาดเกินสมควรหรือบิดเบือนตลาดด้วยตัวของมันเอง ขอบเขตและรูปแบบของการบรรเทาโทษแบบได้สัดส่วน (proportional relief) ควรใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น

8.4 โดยส่วนใหญ่

ประเทศต่างๆจะอนุญาตให้ศาลและ/หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าบังคับใช้ทั้งการเยียวยาทางการกระทำและการเยียวยาทางโครงสร้าง ในขณะที่บางประเทศอาจบังคับใช้การเยียวยาทางโครงสร้างเฉพาะกรณีที่การเยียวยาทางการกระทำไม่สามารถให้ประสิทธิภาพที่เท่ากันได้ หรือกรณีที่การเยียวยาทางการกระทำนั้นจะก่อให้เกิดภาระในการปฏิบัติตามมากกว่าการเยียวยาทางโครงสร้าง มีหลายกรณีที่การเยียวยาทางการกระทำนั้นอาจถึงขั้นยุติการการแข่งขันทางการค้าไปเสียทั้งหมดเลย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การเยียวยาทางโครงสร้างอาจเป็นทางเลือกเดียวที่มีประสิทธิภาพหรือสร้างภาระน้อยกว่า

9. แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง (Related information and sources)

9.1 แหล่งที่มาต่อไปนี้จะข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เนื้อหาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์ในฐานะเป็นแหล่งอ้างอิงทั่วไปสำหรับผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน

- OECD Competition Policy Roundtables, [Evidentiary issues in proving dominance](#), 2006
- OECD Competition Policy Roundtables, [Remedies and sanctions in abuse of dominance cases](#), 2006
- OECD Competition Policy Roundtables, [Safe harbours and legal presumptions in competition law](#), 2017
- International Competition Network, [Recommended practices on the assessment of dominance/substantial market power](#)
- International Competition Network, [Unilateral conduct workbook](#)

คู่มือฉบับนี้ได้นำเสนอภาพรวมเบื้องต้นในประเด็นต่างๆที่ศาลจำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า ผมเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าผลงานที่เราได้ร่วมมือกันทำในฉบับนี้จะเป็นประโยชน์อย่างมากในการทำงานของผู้พิพากษาในภูมิภาคอาเซียน เนื่องจากคดีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันจะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆในอนาคต

Frédéric Jenny, ประธานคณะกรรมการการแข่งขัน OECD

ข้าพเจ้ารู้สึกเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่ได้นำความรู้ ความเชี่ยวชาญจากศาลรัฐบาลกลางของประเทศออสเตรเลียในด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและด้านเศรษฐศาสตร์ กอปรกับข้อมูลเชิงลึกจาก OECD มาพัฒนาคู่มือฉบับนี้เพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของผู้พิพากษาในประเทศสมาชิกอาเซียน เราเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าคู่มือฉบับนี้จะเป็นแหล่งข้อมูลที่มีคุณค่าสำหรับผู้พิพากษาในภูมิภาคนี้ซึ่งเห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นเรื่องที่สำคัญมาก

ผู้พิพากษา John Middleton ศาลรัฐบาลกลางของประเทศออสเตรเลีย

คู่มือฉบับนี้ได้รวบรวมเนื้อหาสำคัญๆสำหรับผู้พิพากษาให้เข้าใจถึงมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ในคดีการแข่งขันทางการค้า คู่มือภาษาอังกฤษถูกเขียนขึ้นด้วยภาษาเรียบง่ายฉบับนี้จะช่วยให้ผู้พิพากษาเข้าใจสาระสำคัญได้ง่ายขึ้นแม้ว่าจะไม่มีพื้นฐานทางด้านเศรษฐศาสตร์ก็ตาม

ผู้พิพากษา Syamsul Maarif, ศาลฎีกาแห่งอินโดนีเซีย

www.oecd.org/competition



FEDERAL COURT
OF AUSTRALIA



ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area (AANZFTA)
Economic Cooperation Support Program (AECSP)