

บทที่ 3

หลักเกณฑ์อำนาจเหนือตลาด

3.1. การประเมินอำนาจตลาด (measure market power)

ตั้งแต่อดีตได้มีการคิดค้นพัฒนาวิธีการต่างๆในการประเมินอำนาจตลาด ทั้งวิธีการทางเศรษฐศาสตร์และมีใช้วิธีการทางเศรษฐศาสตร์เพื่อประเมินอำนาจตลาด¹ เช่น ดัชนี The Lerner index พิสูจน์อำนาจตลาดอย่างชัดเจนและใช้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตลาดกับส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อตลาด (market elasticity of demand) ความยืดหยุ่นด้านอุปทานของต่อคู่แข่งรายอื่นที่อยู่นอกตลาด (supply elasticity of fringe competitions on the other) เป็นต้น

เดิมในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดหรือไม่ จะพิจารณาความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของสินค้านั้น (own-price elasticity of demand) ที่ผู้ประกอบการต้องเผชิญเป็นความสำคัญ² แต่ต่อมาพบว่านอกจากความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของสินค้านั้นแล้วยังมีปัจจัยอื่น ๆ อีกหลายประการ โดยเฉพาะเมื่อผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการแล้วลูกค้าจะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นที่มีอยู่ในตลาดหรือซื้อจากท้องที่อื่นทดแทนหรือไม่ จำนวนผู้ประกอบการทั้งหมดในตลาด จำนวนส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละราย อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและศักยภาพของคู่แข่งรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด³ ปัจจุบันนี้ วิธีการประเมินอำนาจตลาดที่นิยมใช้อย่างแพร่หลายที่สุด คือ การประเมินจากส่วนแบ่งตลาดและการกระจุกตัวของตลาด เนื่องจากอำนาจตลาดสัมพันธ์กับส่วนแบ่งตลาดและโครงสร้างตลาดลักษณะต่างๆ⁴ แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการต่างๆที่ใช้ก็ยังมีข้อบกพร่อง⁵ จึงต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย

¹ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5 (March 1981): 938 and Baker, Jonathan B. and Bresnahan, Timothy F., "Empirical methods of identifying and measuring market power" Antitrust Law Journal 61, 1 (Summer 1992): 3.

² Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 944 and Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 84.

³ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed. (United States: Oxford University Press, 2004), p. 47.

⁴ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 938.

⁵ Baker, Jonathan B. and Bresnahan, Timothy F., "Empirical methods of identifying and measuring market power" Antitrust Law Journal 61, 1: 3.

3.2. การหาอำนาจตลาด (determinant)

3.2.1. ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (demand elasticity)

อำนาจควบคุมราคาของผู้ประกอบการถูกจำกัดด้วยการสนองต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของผู้ซื้อที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นทดแทนตอบโต้ราคาที่เปลี่ยนแปลงหรือไม่ ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์เรียกว่า ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง (cross-price elasticities of demand)⁶ และความเหมาะสมในการทดแทนหรือความยืดหยุ่นและความยืดหยุ่นไขว้ของอุปทาน (elasticities and cross elasticities of supply)⁷

การกำหนดตลาดมักพิจารณาปัจจัยต่างๆ โดยเฉพาะการใช้ประโยชน์ทดแทนกัน (functional substitutes) ซึ่งต้องทดแทนกันได้เหมาะสมตามความต้องการของผู้ซื้อ ซึ่งเป็นการประเมินอำนาจตลาดโดยทางอ้อมโดยพิจารณาว่า ผู้ซื้อจะหันไปซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งทดแทนหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง ขณะที่ประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการใช้อำนาจตลาดได้หรือไม่ คือ ผู้ซื้อจะซื้อสินค้านั้นลดลงหรือไม่ ซึ่งขึ้นอยู่กับความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้านั้นเอง (own-price elasticity of demand)⁸

ถ้ามีความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้านั้นสูง (elastic) ผู้ผลิตจะไม่สามารถขึ้นราคาหากำไรอย่างมีนัยสำคัญ (significant) ได้ เพราะเมื่อขึ้นราคาจะทำให้ยอดขายลดลงอย่างมากในทางกลับกัน ถ้าอุปสงค์ต่อสินค้าไม่ยืดหยุ่น (inelastic) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดหรือผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมที่มีการกระจุกตัวอาจจำกัดการแข่งขันทำให้ราคาสูงขึ้น อำนาจควบคุมราคาจะมีความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้า (own price elasticity of demand) ต่ำ⁹ อาจขายได้

⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed. (United States of America: West Group, St. Paul, Minn, 2000), pp. 25-26.

⁷ ABA Antitrust Section, Antitrust law developments 110-15, 149-54 (2d ed. 1984) cited in Scheffman, David T., "Selected articles from "The cutting edge of antitrust: market power": statistical measures of market power: uses and abuses", Antitrust Law Journal 60, 3 (Developments 1991/1992): 902.

⁸ Scheffman, David T., "Selected articles from "The cutting edge of antitrust: market power": statistical measures of market power: uses and abuses", Antitrust Law Journal 60, 3: 902, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 84.

⁹ Scheffman, David T., "Selected articles from "The cutting edge of antitrust: market power": statistical measures of market power: uses and abuses", Antitrust Law Journal 60, 3: 902 and Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 22.

น้อย เพราะมีการโต้ตอบการขึ้นราคา อย่างไรก็ตาม แม้ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าไม่ต่ำแต่ผู้ประกอบการอาจมีอำนาจตลาด¹⁰

ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้านั้นเอง คือ พฤติกรรมที่ไม่แน่นอน (dispositive) ของผู้ซื้อที่สนองต่อการขึ้นราคาสินค้า แต่อาจไม่เปลี่ยนแปลงไปตามราคาที่เปลี่ยนแปลง เนื่องจากปัจจัยด้านอุปทาน ส่วนความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง (cross price elasticity) เป็นหลักฐานทางอ้อมของความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้านั้นเอง ถ้าผู้ซื้อสินค้าเปลี่ยนไปใช้สินค้าอีกอย่างหนึ่ง (ข.) ทันทีเมื่อราคาสินค้าอย่างหนึ่ง (ก.) สูงกว่าราคาสินค้าอีกอย่างหนึ่ง (ข.) อย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม ขนาดของความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ไม่สะท้อนถึงอำนาจตลาดที่แท้จริง ในกรณีที่มีการผูกขาดหรือการรวมหัวกัน (cartel) ทำให้ผู้ประกอบการขึ้นราคาหากทำได้โดยไม่เกี่ยวกับความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ของสินค้าอีกชนิดหนึ่ง¹¹

ยิ่งความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของตลาดสูงยิ่งแสดงว่ามีสินค้าหรือบริการใช้ทดแทนได้ดีซึ่งจำกัดอำนาจตลาดของผู้ประกอบการ ส่วนความยืดหยุ่นของอุปทานสูง หมายความว่า การขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยจะทำให้คู่แข่งผลิตสินค้าเพิ่มมากขึ้น ถ้าความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานสูง แสดงว่า ผู้ประกอบการไม่มีอำนาจตลาด¹² แต่ถ้าความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานต่ำมากจะถือว่ากลุ่มสินค้าดังกล่าวเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง¹³ กล่าวคือ 1) ลูกค้านำอาจหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนเพื่อโต้ตอบการขึ้นราคาสินค้าได้ง่าย และ 2) ผู้ประกอบการรายอื่นไม่อาจเข้าสู่ตลาดได้ หรือไม่อาจหันไปผลิตสินค้าที่ขึ้นราคาได้ อย่างไรก็ตาม ทั้งความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานของตลาดมักคำนวณได้ยากกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มหรือความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของผู้ประกอบการ ซึ่งจึงมักพยายามจัดกลุ่มสินค้าที่ไม่ทดแทนได้ใกล้เคียงอย่างยิ่งในด้านอุปสงค์ (no close substitutes on demand side) (ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่ำ) และการทดแทนด้านอุปทานมีค่าใช้จ่ายสูงหรือต้องใช้เวลา (ความยืดหยุ่นของอุปทานต่ำ)

¹⁰ Scheffman, David T., "Selected articles from "The cutting edge of antitrust: market power": statistical measures of market power: uses and abuses", Antitrust Law Journal 60, 3: 906-907 and Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 84.

¹¹ Scheffman, David T., "Selected articles from "The cutting edge of antitrust: market power": statistical measures of market power: uses and abuses", Antitrust Law Journal 60, 3: 903.

¹² Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 945.

¹³ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed. (United States of America: West Publishing Co., 2001), p. 83.

การวัดอำนาจตลาดโดยใช้ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of demand)¹⁴ ชัดเจนเข้าใจได้ง่ายกว่าการหาอำนาจตลาดโดยวิธีอื่น แต่เนื่องจากไม่อาจประเมินความยืดหยุ่น (elasticity) โดยตรงได้จึงต้องใช้วิธีอื่นแทน (surrogate)¹⁵

3.2.2. การวัดอำนาจตลาดโดยใช้ดัชนี The Lerner index หรือ Profit Lerner Index

ถ้าไรก็เป็นหลักฐานแสดงว่ามีอำนาจตลาดด้วย ซึ่งขึ้นอยู่กับความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้า (own-price elasticity of demand)¹⁶ ในทางเศรษฐศาสตร์ ถ้ามีการแข่งขันสมบูรณ์ ราคาสินค้าหรือบริการจะเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่มหรือราคาแข่งขัน¹⁷ ดังนั้น ถ้าราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม แสดงว่า ผู้ประกอบการไม่ได้เผชิญกับการแข่งขันทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาด¹⁸ ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ Lerner's degree of monopoly power¹⁹ หรือ Lerner Index เป็นวิธีวัดอำนาจตลาดกับการผูกขาดได้อย่างแม่นยำซึ่งได้รับความนิยมอย่างมาก²⁰ ผู้เสนอแนวคิดนี้คือ Abba Lerner ได้เสนอให้วัดอำนาจการผูกขาดโดยตรงโดยเปรียบเทียบส่วนต่างระหว่างราคาขาย (seller's price) กับต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost: MC) หรือราคาแข่งขันของสินค้าหรือบริการนั้น หรือกำไรนั่นเอง²¹

¹⁴ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2542), หน้า 70.

¹⁵ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 944 and Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," Berkeley Journal Of International Law 16, p. 29.

¹⁶ ABA Antitrust Section, Antitrust law developments 110-15, 149-54 (2d ed. 1984) cited in Scheffman, David T., "Selected articles from "The cutting edge of antitrust: market power": statistical measures of market power: uses and abuses", Antitrust Law Journal 60, 3: 903-904.

¹⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 79.

¹⁸ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 939, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 59, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 79 and Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed. (United States of America: Cambridge University Press, 2004), p. 115.

¹⁹ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 313.

²⁰ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 938, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 59 and Hylton, Keith N., Antitrust law economic theory and common law evolution, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003), p. 235.

²¹ Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" Columbia Law Review 90, 7 (November 1990): 1810, นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า

ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับการตั้งราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มได้มากน้อยเพียงใด โดยปกติผู้ประกอบการจะผลิตสินค้าเป็นจำนวนที่ได้กำไรสูงสุด ณ ระดับต้นทุนส่วนเพิ่มเท่ากับรายรับส่วนเพิ่ม (marginal revenue: MR) แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้ประกอบการจะมีกำไรสูงตามไปด้วย กำไรสูงหรือต่ำขึ้นอยู่กับต้นทุนเฉลี่ยเทียบกับราคาสินค้า²²

Lerner Index ประเมินอำนาจตลาดได้ดี เพราะสามารถประเมินอำนาจตลาดได้ทุกกรณีไม่ว่าอำนาจนั้นมีพื้นฐานมาจากโครงสร้างของอุตสาหกรรมหรือไม่ ไม่ขึ้นอยู่กับความแตกต่างของยี่ห้อสินค้า ซึ่งวิธีนี้ไม่ต้องกำหนดขอบเขตของตลาด เพราะการประเมินไม่เกี่ยวกับส่วนแบ่งตลาด ถ้าผู้ประกอบการรักษาราคาให้สูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มได้อย่างมีนัยสำคัญ ตลาดที่กำหนดขึ้นจะแสดงถึงอำนาจตลาด²³ ซึ่งดัชนี Lerner Index นี้จะพิจารณาผลการดำเนินงานของผู้ผูกขาดโดยวัดระดับราคาที่ต่างไปจากต้นทุนส่วนเพิ่มนั่นเอง ดังนั้น จึงใช้ต้นทุนส่วนเพิ่มเป็นฐานในการคำนวณอำนาจตลาดซึ่งมีสมการดังนี้²⁴

$$\text{Lerner Index} = \frac{P - MC}{P}$$

โดยที่ P คือ ราคาสินค้า
MC คือ ต้นทุนส่วนเพิ่ม

ค่า Lerner Index แสดงให้เห็นทราบถึงอำนาจตลาด²⁵ ยิ่งค่า Lerner Index หรืออัตราส่วนต่างระหว่างต้นทุนส่วนเพิ่มกับราคาสูงมากเพียงใด ยิ่งแสดงว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดมากเท่านั้น²⁶ อย่างไรก็ตาม ดัชนีนี้มีข้อจำกัดเนื่องจากไม่สามารถหาต้นทุนส่วนเพิ่มและความยืดหยุ่นของอุปสงค์ที่แท้จริงได้ และแม้ว่าจะสามารถหาข้อมูลดังกล่าวได้แต่ก็ไม่น่าเชื่อถือ

313, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 59 and Hylton, Keith N., Antitrust law economic theory and common law evolution, p. 235.

²² นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 312-313.

²³ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 59.

²⁴ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 939-940, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 79 and Hylton, Keith N., Antitrust law economic theory and common law evolution, p. 235.

²⁵ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 940.

²⁶ Ibid., 940, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 80 และ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 313.

เนื่องจากต้นทุนมักเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาและมูลค่าของทรัพย์สินก็ลดลงทำให้การพิจารณากำไรไม่สอดคล้องกับอำนาจตลาด ในการวิเคราะห์การแข่งขันจึงจำเป็นต้องทราบต้นทุนส่วนเพิ่มของทั้งอุตสาหกรรมจึงจะวิเคราะห์ได้ถูกต้อง²⁷

การประเมินอำนาจตลาดด้วยวิธีนี้อาจถูกโต้แย้งได้ ถ้ากำไรหรือส่วนต่างที่สูงเป็นเพราะผู้ประกอบการมีประสิทธิภาพทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำหรือออกแบบสินค้าดี เนื่องจากได้เปรียบด้านต้นทุนจึงมีส่วนต่างราคาที่สูงขึ้น (markup) สูงกว่าคู่แข่งจึงสามารถตั้งราคาได้ต่ำกว่าหรือเท่ากับคู่แข่ง²⁸ ซึ่งกรณีดังกล่าวต้นทุนส่วนเพิ่มไม่ได้แสดงถึงระดับราคาแข่งขันและผู้ประกอบการไม่อาจผูกขาดได้หากต้องเผชิญกับการแข่งขันจากสินค้าหรือผู้ประกอบการรายอื่น²⁹ ซึ่งกรณีดังกล่าวดัชนี Lerner ไม่อาจประเมินอำนาจตลาดได้อย่างถูกต้อง³⁰ จึงต้องพิจารณาการเข้าสู่ตลาดประกอบด้วย

ดัชนี Lerner Index ยังใช้ประเมินความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of demand) ต่อสินค้าที่ผู้ประกอบการรายนั้นต้องเผชิญ³¹ ไม่ใช่ค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของตลาด³² และถ้าเราทราบต้นทุนส่วนเพิ่มก็จะหาค่า Lerner Index ที่แน่นอนได้โดยสันนิษฐานจากราคาโดยไม่จำเป็นต้องหาความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของผู้ประกอบการ (firm elasticity of demand)³³ ดังนั้น ถ้าเราทราบความยืดหยุ่นของอุปสงค์ที่ผู้ประกอบการต้องเผชิญเราสามารถคำนวณหาอัตราส่วนราคาผูกขาดและราคาแข่งขันได้ทันที หรือถ้าเราทราบต้นทุนส่วนเพิ่มของผู้ประกอบการก็สามารถเปรียบเทียบต้นทุนส่วนเพิ่มกับราคาขายและประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการได้ทันที³⁴ เมื่อเปลี่ยนแปลงปริมาณ

²⁷ Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" Columbia Law Review 90, 7: 1810, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 59, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 80, 134, Hylton, Keith N., Antitrust law economic theory and common law evolution, p. 235 และ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 312.

²⁸ Baker, Jonathan B. and Bresnahan, Timothy F., "Empirical methods of identifying and measuring market power" Antitrust Law Journal 61, 1: 5 and Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., pp. 59-60.

²⁹ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 942.

³⁰ Ibid., 957.

³¹ Ibid., 940, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 80 และ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 313.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 313.

³³ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 940, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 80 และ นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 313.

³⁴ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 80.

การผลิตเพียงเล็กน้อยอาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างต้นทุนทั้งหมด ทางปฏิบัติแม้ตัวผู้ผลิตเองก็ไม่ทราบรายรับเฉลี่ย (AR) หรือรายรับส่วนเพิ่ม (MR) ของตน แต่ผู้ผลิตสามารถหาต้นทุนที่จะเกิดขึ้นเมื่อผลิตสินค้าจำนวนต่าง ๆ ได้ และในกรณีเช่นว่านี้เราสามารถที่จะนำเอาความสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่ได้เคยศึกษามาประมวลเข้าด้วยกันเพื่อหาราคาสินค้าที่จะก่อให้เกิดกำไรสูงสุดที่ผู้ผลิตจะกำหนดขึ้นในทางปฏิบัติได้³⁵

3.2.3. ส่วนแบ่งตลาด

ถ้าทราบความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของผู้ประกอบการก็สามารถคำนวณหาอำนาจตลาดของผู้ประกอบการได้ แต่เนื่องจากไม่ทราบต้นทุนส่วนเพิ่มจึงไม่สามารถหาความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของผู้ประกอบการได้จึงไม่อาจใช้ดัชนี Lerner Index ได้³⁶ ซึ่งการประเมินอำนาจตลาดโดยพิจารณาส่วนแบ่งตลาดถือเป็นวิธีที่ตรงลงมา³⁷ เนื่องจากอำนาจตลาดมีความสัมพันธ์กับส่วนแบ่งตลาดและโครงสร้างตลาดลักษณะต่างๆ³⁸ เนื่องจากโดยทั่วไปส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการจะสอดคล้องกับอำนาจตลาดของผู้ประกอบการรายนั้น ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงน่าจะมีอำนาจตลาดมากกว่าผู้ที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำ³⁹ ดังนั้น จึงใช้ส่วนแบ่งตลาดแทนอำนาจตลาดได้⁴⁰

³⁵ นราทิพย์ ชุตินวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7, หน้า 312.

³⁶ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 944, Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" Columbia Law Review 90, 7: 1810, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 29 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 80.

³⁷ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 60, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 81.

³⁸ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 938.

³⁹ Ibid., 946, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 60 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 81.

⁴⁰ Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13 (1996), p. 145 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 81.

วิธีพิสูจน์ประเมินอำนาจตลาดโดยพิจารณาส่วนแบ่งตลาดมีขั้นตอนดังนี้⁴¹

ขั้นตอนแรก กำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยเมื่อผู้ประกอบการพยายามขึ้นราคาสินค้าหรือบริการได้อย่างมากจะทำให้ผู้บริโภคหันไปหาสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการอื่นทดแทน ซึ่งตลาดที่เกี่ยวข้องจะประกอบด้วยตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง และบางกรณีอาจมีตลาดที่เกี่ยวข้องด้านระยะเวลาด้วย

ขั้นตอนที่สอง คำนวณหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายในตลาดที่เกี่ยวข้องและประเมินว่ามีส่วนแบ่งตลาดมากพอที่จะทำให้มีอำนาจตลาด

อย่างไรก็ตาม ในหลายกรณีส่วนแบ่งตลาดอาจไม่ได้แสดงถึงอำนาจตลาดที่แท้จริงของผู้ประกอบการ⁴² ส่วนแบ่งตลาดไม่ได้แสดงให้เห็นว่าเหตุใดผู้ประกอบการจึงมีส่วนแบ่งตลาด 100%⁴³ แม้ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากทำให้ตั้งราคาสูงได้จริงแต่อาจเป็นเพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น หรือแม้เป็นส่วนแบ่งตลาด 100% ก็เป็นผู้ผูกขาดแต่อาจไม่มีอำนาจเหนือ (dominant position) หรือไม่มีอำนาจตลาดก็ได้ (possess market power) ขณะที่ผู้ที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยอาจมีอำนาจตลาดมากก็ได้⁴⁴ ดังนั้น จึงไม่อาจใช้ส่วนแบ่งตลาดมาประเมินอำนาจตลาดถูกต้องทุกกรณี⁴⁵

⁴¹ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 938, Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" Columbia Law Review 90, 7: 1810, OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, (Organization for Economic Co-operation and Development Paris 1996), pp. 247-248, สรวิต ลิ้มปรีงษ์ "กฎหมายแข่งขันทางการค้า: การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขต 'ตลาดที่เกี่ยวข้อง,' วารสารนิติศาสตร์, 29, 3 (กันยายน 2542): 372-386, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 60, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 84, 121 และ วิโรจน์ วาหินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1 (กรกฎาคม 2546): 192 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 48.

⁴² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 60.

⁴³ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 337.

⁴⁴ Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" Columbia Law Review 90, 7: 1811, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 60, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed. (Great Britain: Clays Ltd, Bungay, Suffolk, 2003), p. 43 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 337.

⁴⁵ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 81.

และในบางกรณีแม้มีส่วนแบ่งตลาดไม่มากถึง 100% ก็ตามแต่ผู้ประกอบการอาจมีอำนาจตลาดก็ได้⁴⁶ เช่น ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสูงแต่เนื่องจากอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดต่ำทำให้มีสินค้าอื่นมาใช้ทดแทนได้ (interchange) จึงไม่มีอำนาจที่จะจำกัดปริมาณเพื่อขึ้นราคา เพราะผู้บริโภคอาจหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนได้ทันที หรือกรณีตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopolistic market) ผู้ประกอบการใช้กลยุทธ์การตั้งราคา (strategic pricing) หรือความแตกต่างของยี่ห้อ (high brand differentiation) ทำให้มีอำนาจตลาดมาก แม้ว่าผู้ขายจะมีส่วนแบ่งตลาดน้อย

เนื่องจากอำนาจตลาดมีตัวแปรหลักๆ ที่ต้องพิจารณา 3 ตัวแปรด้วยกัน คือ ส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของตลาด (market demand elasticity) และความยืดหยุ่นของอุปทานของผู้ประกอบการคู่แข่งและผู้ประกอบการที่อยู่นอกตลาด (the elasticity of supply of competing and fringe firms)⁴⁷ ซึ่งถ้าทั้งความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานคงที่ อำนาจตลาดจะมีสัดส่วนเท่ากับส่วนแบ่งตลาด⁴⁸ ดังนั้น การประเมินอำนาจตลาดโดยพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวโดยไม่พิจารณาปัจจัยอื่น ๆ จึงอาจผิดพลาดได้ เพราะอำนาจตลาดเกิดจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องหลายปัจจัยด้วยกัน และส่วนแบ่งตลาดเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในหลายปัจจัยเท่านั้น ดังนั้น นอกจากพิจารณาส่วนแบ่งตลาดแล้วยังต้องพิจารณาหลักฐานอื่นๆ ด้วย⁴⁹ เช่น กำไรที่ผู้ประกอบการได้รับ หรือความสามารถของผู้ประกอบการรายใหม่ที่จะเข้าสู่ตลาด หรือการเลือกปฏิบัติทางราคา อาจใช้สนับสนุนหรือหักล้างกับระดับส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทาน อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (entry barriers) และโอกาสการแข่งขัน (potential competition)

ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากและเผชิญกับความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานต่ำ แสดงว่า ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาด⁵⁰ เนื่องจากปัจจัย 2 ประการ ประการแรก ผลต่อความสัมพันธ์ของความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของตลาด ผู้มีส่วนแบ่งตลาดมากเมื่อจำกัดปริมาณสินค้าลงจะทำให้ราคาเพิ่มขึ้นมากกว่าผู้มีส่วนแบ่งตลาดน้อยจำกัดปริมาณสินค้า ซึ่งการขึ้นราคาโดยฝ่ายเดียวของผู้มีส่วนแบ่งตลาดน้อยอาจทำให้ยอดขายลดลงทันที และเนื่องจากการผลิตสินค้าปริมาณ

⁴⁶ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 86 S.Ct. 1698, 16 L.Ed. 2d 778 (1966) cited in Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," *Berkeley Journal Of International Law* 16, p. 29 และ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 186.

⁴⁷ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" *Harvard Law Review* 94, 5: 944 and Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 81.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁹ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" *Harvard Law Review* 94, 5: 947 and Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., *The law of antitrust: an integrated handbook*, 1st ed., p. 29.

⁵⁰ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" *Harvard Law Review* 94, 5: 946.

มากขึ้นจะทำให้ต้นทุนสินค้าต่อหน่วยลดลง ดังนั้น การขึ้นราคาของผู้มีส่วนแบ่งตลาดมากจึงส่งผลกระทบต่อมากกว่าการกระทำของผู้มีส่วนแบ่งตลาดน้อย⁵¹ ประการที่สอง ผลต่อความสัมพันธ์ของความยืดหยุ่นของอุปทานของผู้ประกอบการรายอื่น เมื่อราคาสินค้าสูงขึ้นแล้วคู่แข่งสามารถผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นเป็นปริมาณมากได้อย่างรวดเร็วซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสามารถในการขึ้นราคาสินค้าอย่างมาก ซึ่งผู้มีส่วนแบ่งตลาดน้อยอาจผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นได้น้อย (ความยืดหยุ่นของอุปทานของผู้ประกอบการรายอื่นคงที่) ทำให้ผู้ประกอบการขึ้นราคาได้น้อย⁵² อย่างไรก็ตาม ในโลกของความจริงความยืดหยุ่นของตลาดอาจส่งผลต่ออีกตลาดหนึ่งได้ ดังนั้น เพื่อที่จะหาอำนาจตลาดของผู้ประกอบการเราต้องค่อยๆ เก็บรวบรวมข้อมูลไม่เฉพาะแต่ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการเท่านั้น แต่ต้องเก็บข้อมูลสภาพของอุปสงค์และอุปทานที่ผู้ประกอบการเผชิญด้วย⁵³ ซึ่งรายละเอียดในการกำหนดขอบเขตของตลาดจะกล่าวในส่วนถัดไป

3.2.3.1. การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้อง

การกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง (market definition) เป็นขั้นแรกในการประเมินสภาพการแข่งขัน⁵⁴ ว่าสินค้าหรือพื้นที่ภูมิศาสตร์ต่างๆ จำกัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง⁵⁵ ขอบเขตของตลาดมีความสำคัญต่อการวิเคราะห์เพื่อประเมินอำนาจตลาดและการกระจุกตัวของตลาดอย่างมาก ดังนั้น ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าจะกำหนดขอบเขตตลาดอย่างไร⁵⁶ ซึ่งต้อง

⁵¹ *Ibid.*, 946 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 81.

⁵² Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 947.

⁵³ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 81.

⁵⁴ ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, (กรุงเทพมหานคร: ทีพีเอ็น เพรส, 2547), หน้า 198, Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed., p. 102 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practitioner's Guide, 3rd ed. (Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p. 24.

⁵⁵ Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed., p. 102.

⁵⁶ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 953, Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" Columbia Law Review 90, 7: 1807, Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 47 and National Economic Research Associates, The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, economic discussion paper 2, A report prepared for the Office of Fair Trading, (July 2001), p. 5 from

http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/5FC5ADD6_1FEO_4A95_BE60_30D6FA0550EA/0/oft342.pdf. (เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549)

พิจารณาทั้งในมุมมองของกลุ่มผู้ซื้อและกลุ่มผู้ขาย⁵⁷ การพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการซึ่งกำหนดขอบเขตของตลาดอย่างคร่าว ๆ เพื่อวิเคราะห์การแข่งขันหรือความสามารถในการแข่งขันในตลาด ซึ่งต้องพิจารณาปัจจัยหลายอย่างด้วยกัน เช่น ระดับการทดแทนของสินค้าหรือบริการ พฤติกรรมการกำหนดราคา ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ เป็นต้น

ตลาดในที่นี้ คือ ตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) หรือตลาดป้องกันการผูกขาด (the antitrust market)⁵⁸ นั่นเอง เมื่อกำหนดขอบเขตของตลาดแล้วก็จะประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการได้ถูกต้อง ตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นตลาดที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งและสินค้าที่ผู้ประกอบการรายนั้นผลิตหรือจำหน่าย⁵⁹ ซึ่งตลาดที่เกี่ยวข้องนี้ต่างจากการกำหนดตลาดแบบอื่นๆที่มักใช้ในบริบทอื่นๆ⁶⁰

ตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ประเมินการแข่งขันในตลาดว่าแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพหรือถูกบิดเบือนหรือทำลายหรือไม่⁶¹ ซึ่งประกอบด้วยสินค้าหรือบริการต่างๆหรือผู้ขายทุกรายที่ใช้ทดแทนกันได้ (substitutability หรือ interchangeability) ใกล้เคียงอย่างยิ่ง อันสะท้อนให้เห็นการแข่งขันและอำนาจตลาดของผู้ประกอบการ⁶² การใช้ทดแทนกันได้เป็น

⁵⁷ Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2nd ed. (United States: the University of Chicago Press, 2001), p.149 and Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 90.

⁵⁸ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., p. 47.

⁵⁹ สรวิต ลิ้มปริงชี, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ*, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543), หน้า 47.

⁶⁰ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998] para. 3.

⁶¹ Pitofsky, Robert, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust" *Columbia Law Review* 90, 7: 1806, European Union's Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998] อ้างถึงใน สรวิต ลิ้มปริงชี, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ*, หน้า 52, Bishop, Simon and Walker, Mike, *The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement*, 2nd ed., p. 84, Motta, Massimo, *Competition policy: Theory and practice*, 1st ed., p. 102, Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., p. 48 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practitioner's Guide*, 3rd ed., p. 24.

⁶² สรวิต ลิ้มปริงชี, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ*, หน้า 51-52, Bishop, Simon and Walker, Mike, *The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement*, 2nd ed., pp. 83-84, Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., p. 48 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practitioner's Guide*, 3rd ed., p. 24.

ปัจจัยที่จำกัดพฤติกรรมการแข่งขันของผู้ประกอบการ⁶³ การทดแทนนี้อาจเป็นสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันหรือคนละอย่างกันอาจเป็นสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นเดียวกัน ภายในประเทศหรือจากต่างประเทศ ดังนั้น การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง⁶⁴ หากกำหนดขอบเขตแคบเกินไปก็จะดูเหมือนว่ามีอำนาจมากกว่าความเป็นจริงทั้ง ๆ ผู้ที่ไม่มีอำนาจตลาดมากพอที่จะทำลายกลไกการแข่งขันและก่อความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ ในทางตรงข้าม หากกำหนดขอบเขตกว้างเกินไปก็จะทำให้ดูเหมือนว่ามีอำนาจต่ำกว่าความเป็นจริงไม่สะท้อนให้เห็นอำนาจตลาดที่แท้จริงของผู้ประกอบการทำให้ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดหลุดรอดไปได้ซึ่งเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้นั้นไปทำลายหรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดต่อไป ดังนั้น ก่อนที่จะเข้าไปวินิจฉัยว่าผู้ประกอบการใดฝ่าฝืนหรือไม่นั้น จึงต้องพิสูจน์ก่อนว่าผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจเหนือตลาดจริงหรือไม่ ถ้าไม่มีอำนาจเหนือตลาดเสียแล้วการกระทำนั้นก็จะเป็นการละเมิดข้อบังคับที่กฎหมายบัญญัติไว้⁶⁵ จึงต้องหาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งต้องกระทำเป็นขั้นตอนแรกเพราะเป็นจุดตั้งต้นในการประเมินอำนาจตลาดหรือประเมินการกระทำของการแข่งขันในตลาด⁶⁶ แล้วจึงคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการ หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหา มีอำนาจตลาดก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบการรายนั้นฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด

โดยทั่วไปการพิสูจน์อำนาจตลาดต้องหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งมีความสัมพันธ์กับอำนาจตลาดโดยหาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องแล้วจึงหาตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมักต้องใช้เวลาอย่างมากและบ่อยครั้งอาจไม่มีตลาดที่ถูกต้องเพียงตลาดเดียวตลาดอาจมีขอบเขตกว้างหรือแคบก็ได้ ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมและเหตุผลในการกำหนดตลาด ซึ่งบางกรณีจำเป็นต้องหาตลาดที่เกี่ยวข้องในด้านระยะเวลาด้วย เมื่อกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องได้อย่างเหมาะสมแล้วจึงคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้องที่ถูกกำหนด⁶⁷ ซึ่ง

⁶³ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 84 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 48.

⁶⁴ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 84 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 48-49.

⁶⁵ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 50, 58-60.

⁶⁶ Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 49.

⁶⁷ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 82.

ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องที่ถูกกำหนดอย่างเหมาะสมมากน่าจะมีส่วนแบ่งตลาด⁶⁸

ตลาดที่เกี่ยวข้อง คือ กลุ่มสินค้าขนาดเล็กที่สุด (smallest grouping of sale) ที่มีความยืดหยุ่นของอุปสงค์และยืดหยุ่นของอุปทานต่ำมาก ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาด 100% หากทำไรโดยลดปริมาณผลผลิตและขึ้นราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มอย่างมาก⁶⁹

ตลาดขนาดเล็กที่สุด เมื่อผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าแล้วลูกค้าจำนวนมากเปลี่ยนไปใช้สินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น ทำให้ผู้ประกอบการที่ขึ้นราคาสูญเสียทางธุรกิจอย่างมากถือว่าตลาดสินค้าที่เล็กที่สุดดังกล่าวไม่ใช่ตลาดที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ประกอบการสามารถผลิตสินค้าปริมาณมากขึ้นหรือนำเข้าสินค้าเพิ่มขึ้นให้เพียงพอกับความต้องการของตลาดดังกล่าวก็อาจจะเล็กเกินไปที่จะเป็นตลาดป้องกันผูกขาดที่เกี่ยวข้อง (relevant antitrust market)⁷⁰

ขนาดของข้อสมมติฐานการขึ้นราคาขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้ ประการแรก สินค้าแตกต่างกันและมียี่ห้อแตกต่างกัน (differentiated and branded goods) ผู้ประกอบการแต่ละรายจึงมีส่วนแบ่งตลาดอยู่บ้างจึงสามารถขึ้นราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มได้ เพราะความไม่สมบูรณ์ของตลาด เช่น ข้อมูลไม่ทั่วถึง ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมสูงและขนาดตลาดภูมิศาสตร์ที่มีขนาดเล็ก หรือค่าขนส่งสูง ทำให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดสามารถตั้งราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มทุกหนแห่งในตลาด⁷¹ ตลาดแตกต่างกันไปตามความต้องการของลูกค้าแต่ละกลุ่มทำให้ผู้ประกอบการหากำไรผูกขาดจากความแตกต่างกันของสินค้า เช่นเดียวกับผู้ประกอบการมีแรงจูงใจที่จะค้นคว้าและพัฒนาสินค้าเพื่อรักษากำไรผูกขาดไว้ และแรงจูงใจดังกล่าวจะหมดไปเมื่อผู้ประกอบการได้รับเพียงกำไรปกติจากการแข่งขัน

ประการที่สอง หน่วยงานที่กำกับดูแลต้องเสียค่าใช้จ่ายในการหาอำนาจตลาดสูงมาก เพราะ 1) วัดอำนาจตลาดได้ยาก 2) ศาลมักวัดอำนาจตลาดผิดพลาด 3) ถ้ามีผู้ขายจำนวนมากที่มีอำนาจตลาดก็จะมีการฟ้องคดีจำนวนมากตามไปด้วย และ 4) ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงมากในการแยกแยะอำนาจตลาดที่สมควรต้องถูกกำกับดูแล

ประการที่สาม ขนาดการเพิ่มราคาที่เหมาะสมในตลาดต่าง ๆ ไม่จำเป็นต้องเท่ากัน ตลาดที่มีขนาดใหญ่การเพิ่มราคา 10% ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมอย่างมาก ในทางตรงข้ามตลาดที่มีขนาดเล็กการเพิ่มราคาก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมน้อย ซึ่งเป้าหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้า คือ การจำกัดพฤติกรรมการกีดกันคู่แข่ง (exclusionary

⁶⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 82.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 82.

⁷¹ D. Hall, The Relation Between Prices and Marginal Cost in U.S. Industry, 96 J.Pol. Econ. 921, 940-948, 949 (1988) cited in *Ibid.*, p. 84.

practices) และการตกลงกำหนดราคาร่วมกัน (cartelization) ไม่ใช่การจำกัดกำไรที่สูง ดังนั้น ขนาดของข้อสมมุติฐานการขึ้นราคา จะหาอำนาจตลาดโดยพิสูจน์ข้อสันนิษฐานการเพิ่มราคาสูงกว่าระดับแข่งขัน 10 % และการขึ้นราคาส่งผลต่ออุปสงค์ของผู้บริโภค อุปทานของคู่แข่งและการเข้าสู่ตลาด สิ่งสำคัญ คือ ข้อสันนิษฐานการเพิ่มราคา (hypothesize price increase) ต้องคำนวณจากระดับราคาแข่งขัน ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นระดับราคาในขณะนั้น⁷²

ปัญหาสำคัญในคดีผูกขาดที่ต้องพิจารณา คือ การขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาแข่งขัน 10% หรือมากกว่า 10% ทำให้ผู้ประกอบการได้กำไรสูงสุดหรือไม่ ไม่ใช่ปัญหาว่าการขึ้นราคา 10% แล้วทำให้ผู้ประกอบการได้รับกำไร การขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ 10% อาจไม่ทำให้ผู้ประกอบการได้รับกำไรมากที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับ การขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยแต่ขายเป็นปริมาณมากอาจทำให้ได้รับกำไรมากกว่าเนื่องจากความต้องการของผู้บริโภคที่ต่างกันของผู้บริโภค 2 กลุ่ม ผู้บริโภคกลุ่มหนึ่ง (ความยืดหยุ่นต่ำ) ตั้งใจที่จะจ่ายเงินเพิ่มขึ้นสูงกว่าราคาแข่งขันเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ แทนที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทน ในขณะที่ผู้บริโภคอีกกลุ่มหนึ่ง (ความยืดหยุ่นสูง) จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทนทันทีถ้าสินค้าหรือบริการมีราคาสูงขึ้น ซึ่งข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจตลาด คือ การขึ้นราคาที่ทำให้ได้กำไรมากที่สุด (profit-maximizing price increase) อาจเป็นการขึ้นราคา 10% หรือมากกว่า 10%⁷³

ตลาดที่เกี่ยวข้องขนาดใหญ่มักรวมเอาตลาดที่เกี่ยวข้องขนาดเล็กไว้ด้วยแต่ไม่ใช่การแบ่งกลุ่มย่อย (sub-grouping) และต้องใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันในการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องพิจารณาด้านอุปสงค์ของผู้บริโภคว่าตั้งใจซื้อสินค้าที่ราคาสูงกว่าราคาต้นทุนแทนที่ผู้บริโภคจะเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทน ด้านอุปทานต้องพิจารณาว่าผู้ประกอบการผลิตสินค้าที่ใช้ทดแทนสนองต่อการขึ้นราคาได้ทันที⁷⁴

ตลาดป้องกันผูกขาดที่เกี่ยวข้อง (relevant antitrust market) อาจประกอบด้วยตลาดกลุ่มย่อย (submarket) หลายกลุ่มซึ่งการหาตลาดสินค้าทำได้หลายวิธี อย่างไรก็ตาม ตลาดกลุ่มย่อยอาจถือเป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาการป้องกันการผูกขาด ซึ่งอาจกำหนดด้วยหลักเกณฑ์ทางอุตสาหกรรม ลักษณะระบบเศรษฐกิจ ลักษณะสินค้าและการใช้ประโยชน์ เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตที่มีลักษณะพิเศษ แบ่งตามกลุ่มลูกค้า ราคา ความอ่อนไหวต่อการเปลี่ยนแปลงราคาและกลุ่มผู้ซื้อ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้มุ่งจำแนกกลุ่มสินค้าที่น่าจะมีการผูกขาดแต่เป็นการจำแนกด้วยวัตถุประสงค์อื่น ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์อย่างเดียวกัน

⁷² Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 84-85.

⁷³ *Ibid.*, pp. 85-86.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 86.

ในการกำหนดตลาดต่างๆเพื่อพิสูจน์การผูกขาดอย่างแท้จริงแล้ว การกำหนดตลาดกลุ่มย่อยก็ไม่ใช่สาระสำคัญ⁷⁵

โดยทั่วไปตลาดกลุ่มย่อยอาจกำหนดได้หลายแบบทั้งความแตกต่างของตัวสินค้า การเลือกปฏิบัติทางราคา ลักษณะสินค้าที่แตกต่างกัน สถานที่ผลิตแตกต่างกันและเครือข่ายการกระจายสินค้าที่แตกต่างกัน บางกรณีตลาดกลุ่มย่อยอาจเป็นกลุ่มการขายที่เล็กที่สุดหรือเป็นกลุ่มการขายขนาดใหญ่ในตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งไม่ใช่ตลาดกลุ่มย่อยแต่เป็นตลาด⁷⁶

ผู้ประกอบการที่ขายสินค้าต่างกันแต่ละรายจะเผชิญกับเส้นอุปสงค์ที่ลดต่ำลงและอาจมีกำไรสูงสุดเมื่อตั้งราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม ถ้าผู้ขายรายใดมีสินค้าที่โดดเด่นและแตกต่างจากผู้อื่นแล้วสินค้านั้นอาจเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ในกรณีดังกล่าวไม่อาจถือว่าสินค้าทั้งหมดเป็นตลาดและเฉพาะยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งเป็นตลาดกลุ่มย่อย (submarket) ถ้าเราพิสูจน์การผูกขาดผู้ประกอบการที่สามารถเพิ่มราคาสินค้ายี่ห้อของตนสูงกว่าต้นทุน 10% แล้วยี่ห้ออื่นอาจเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องโดยไม่รวมสินค้าอื่นเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องด้วย ในทางตรงข้าม ถ้าผู้ขายสินค้าที่ต่างกันไม่อาจขึ้นราคาสินค้าของตนสูงกว่าต้นทุน 10% แล้วสินค้าของผู้ประกอบการทุกรายเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าสินค้านั้นมีลักษณะต่างกันแต่ถือเป็นสินค้าอย่างเดียวกัน⁷⁷

การกำหนดตลาดกลุ่มย่อยทำให้การพิจารณาคดีการผูกขาดซับซ้อนอย่างมาก ดังนั้น การกำหนดตลาดควรพิจารณาเพียงว่าสินค้าหรือบริการในพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่พิจารณาคือตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่เท่านั้น⁷⁸

ตลาดที่เกี่ยวข้องจะพิจารณาจากตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง และตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง⁷⁹ และบางกรณีรวมถึงเชิงระยะเวลา⁸⁰

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 87-88.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 88.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 88-89.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 89.

⁷⁹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 21, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 84, Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 49-50 and Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed., p. 102.

⁸⁰ Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 50.

3.2.3.1.1 ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงสินค้า

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยสินค้าทุกอย่างที่ใช้ทดแทนได้หรือแข่งขันกันเพื่อพิจารณาอำนาจตลาดของผู้ประกอบการในตลาดนั้น⁸¹ การกำหนดขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องค่อนข้างซับซ้อนเพราะการพิจารณาว่าสินค้าใดอยู่ในตลาดเดียวกันหรือไม่ต้องพิจารณาการใช้ทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภค เช่น รสนิยม ความชอบ ตลอดจนทัศนคติของผู้ซื้อ ซึ่งสินค้าบางอย่างผู้บริโภคกลุ่มหนึ่งอาจใช้ทดแทนได้สำหรับดีแต่สำหรับผู้บริโภคบางกลุ่มอาจไม่ทดแทนได้เลยทำให้กำหนดขอบเขตของตลาดได้ยาก⁸²

โดยทั่วไปการพิจารณาว่าสินค้าใดใช้ทดแทนกันได้หรือไม่ อาจพิจารณาได้จากปัจจัยหลายอย่างด้วยกัน ซึ่งการแข่งขันจะถูกปัจจัยต่างๆมาจำกัด ซึ่งมักได้แก่ การทดแทนด้านอุปสงค์ การทดแทนด้านอุปทานและโอกาสการแข่งขัน นอกจากนี้จำเป็นต้องพิจารณาอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดหรือออกจากตลาดว่าผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเข้ามาสู่ตลาดได้ง่ายหรือไม่ รวมถึงอำนาจตลาดของผู้ซื้อซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ต้องพิจารณาด้วย⁸³ ทางปฏิบัติ มักพิจารณาการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นหลัก แต่อย่างไรก็ตาม ก็ควรพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานด้วย ซึ่งสามารถประเมินปฏิกิริยาของผู้บริโภคโดยตรงโดยพิจารณาการทดแทนหรือความยืดหยุ่น⁸⁴ ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเป็นตลาดที่ทั้งความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานต่ำทำให้ผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาแข่งขันอย่างมากได้⁸⁵

⁸¹ สรวิต ลิมปริงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 58-60.

⁸² สรวิต ลิมปริงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 60, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 89-90 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 48.

⁸³ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., pp. 43-44.

⁸⁴ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 90.

⁸⁵ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 89-90.

3.2.3.1.1.1 การทดแทนด้านอุปสงค์ (demand substitution)

การทดแทนด้านอุปสงค์เป็นการพิจารณาว่าเมื่อราคาสินค้าอย่างหนึ่งเปลี่ยนแปลงแล้วจะส่งผลกระทบต่อตรงทำให้ผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทน (substitute in consumption) ซึ่งสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการที่เข้าทดแทนได้ดีจะถือเป็นผลิตภัณฑ์อย่างเดียวกัน ทำให้ส่วนแบ่งตลาดลดลงได้และการประเมินอำนาจตลาดจะสะท้อนอำนาจตลาดที่แท้จริง⁸⁶ ในการพิจารณาว่าสินค้าชนิดใดใช้ทดแทนสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้หรือไม่มักพิจารณาจากการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นหลัก⁸⁷ การกำหนดตลาดอาจอาศัยหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังนี้

1) การใช้ทดแทนกัน

สินค้าใดใช้ทดแทนกัน (interchangeability หรือ substitutability) ได้ในมุมมองของผู้บริโภค ซึ่งสินค้าบางอย่างใช้ทดแทนสินค้าอื่นได้ดีแต่สินค้าจำนวนมากไม่อาจใช้ทดแทนกันได้⁸⁸ เนื่องจากแตกต่างกันทั้งด้านคุณภาพ ชื่อเสียง ลักษณะ รูปแบบ การบรรจุหีบห่อ ภาพลักษณ์ เทคโนโลยีการผลิตหรือประกอบขึ้นจากวัตถุดิบคนละชนิดกัน แม้ลักษณะต่างๆ โดยทั่วไปแตกต่างกันแต่ผู้บริโภคอาจเห็นว่าเหมือนกันก็ได้⁸⁹ ถ้าต้นทุนการผลิตไม่ต่างกันอย่างเห็นได้ชัดและผู้บริโภคสามารถใช้ทดแทนกันได้ดีก็อาจสรุปว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน ในทางตรงข้าม แม้ลักษณะโดยทั่วไปเหมือนกันแต่ลูกค้าอาจเห็นว่าสินค้าแตกต่างกัน แม้อยู่ในตลาดเดียวกันแต่ไม่ได้แข่งขันหรือไม่อาจใช้ทดแทนกันในสายตาของผู้บริโภคก็ไม่ควรจัดอยู่ในตลาดเดียวกัน ดังนั้น การรวมสินค้าต่างๆที่ใช้ทดแทนกันได้ซึ่งอาจไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้อย่างเหมาะสมอยู่ในตลาดเดียวกัน อาจทำให้วินิจฉัยผิดพลาดได้ และไม่อาจถือว่าสินค้าต่างๆอยู่ในตลาดเดียวกันเพียงเพราะลูกค้ากลุ่มเดียวกันซื้อสินค้าทั้งสองอย่าง⁹⁰

⁸⁶ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 947-948.

⁸⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 90, Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 53 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practitioner's Guide, 3rd ed., p. 27.

⁸⁸ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 90.

⁸⁹ สรวิต ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวบรวมบทความ, หน้า 60, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 90 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 48.

⁹⁰ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 90-91.

สินค้าที่ใช้ทดแทนกันกับสินค้าที่ใช้ประกอบกันหรือใช้ร่วมกัน สินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกันต้องแข่งขันกันหรือใช้ทดแทนกันได้ (substitutes) แต่สินค้าที่ใช้ประกอบกัน (complements) ไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ เนื่องจาก ประการแรก อุปสงค์ต่อราคาของสินค้าที่ใช้ประกอบกันจะเปลี่ยนแปลงในทิศทางตรงกันข้าม (opposite directions) แต่ราคาของสินค้าที่ใช้ทดแทนกันมีแนวโน้มเป็นอย่างเดียวกัน (uniform) และประการที่สอง สินค้าที่ใช้ประกอบกันอย่างหนึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับสินค้าอื่นๆ การมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่ใช้ประกอบการอย่างหนึ่งแทบไม่ส่งผลให้มีอำนาจตลาดในสินค้าที่ใช้ประกอบกันอีกอย่างหนึ่ง เพราะถ้าไม่มีส่วนประกอบอย่างหนึ่งอย่างใดก็ไม่อาจผลิตสินค้าได้ ต้องมีส่วนประกอบทั้งหมดจึงจะผลิตได้ ดังนั้น สินค้าทั้งสองจึงไม่ควรจัดอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน⁹¹

สินค้าบางอย่างอาจใช้ทดแทนกันหรือใช้ประกอบกันก็ได้ ซึ่งถ้าสินค้าทั้งสองอย่างนั้นมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อใช้ประกอบกัน ซึ่งในบางกรณีอาจใช้ทดแทนกันได้ หากรวมสินค้าทั้งสองอยู่ในตลาดเดียวกัน นอกจากสินค้าทั้งสองดังกล่าวต้องใช้ทดแทนกันได้แล้วยังต้องใช้ทดแทนได้ใกล้เคียงอย่างยิ่งด้วย (sufficiently close substitutes) ซึ่งสินค้าอย่างหนึ่งจะจำกัดราคาของสินค้าอีกอย่างหนึ่ง⁹²

การจัดตลาดเป็นกลุ่ม (Cluster market) สินค้าหรือบริการหลายอย่าง อาจถือเป็นตลาดสินค้าเดียวกัน (single product market) การพิจารณาว่ากลุ่มสินค้าหรือบริการเป็นตลาดเดียวกันหรือไม่ ควรพิจารณาการทดแทนด้านอุปทาน ซึ่งในเบื้องต้นจะพิจารณาความต้องการของผู้บริโภคถ้าผู้บริโภคจำนวนมากเห็นว่าผู้ประกอบการอยู่ในกลุ่มสินค้าหรือบริการแล้วจะถือว่ากลุ่มสินค้าหรือบริการนั้นเป็นตลาดเดียวกัน (single market)⁹³

บางครั้งผู้ประกอบการในบางธุรกิจมีสินค้าหรือบริการอยู่หลายอย่าง ซึ่งอาจถือเป็นการกำหนดตลาดเป็นกลุ่ม (cluster market) เป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าสินค้าหรือบริการบางอย่างไม่ถือเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง⁹⁴ สินค้าหรือบริการบางอย่างอาจแข่งขันในตลาดหนึ่งแต่ไม่ได้แข่งขันในอีกตลาดหนึ่ง เช่น ในธุรกิจบริการทางการเงิน มีสถาบันทางการเงินหลายประเภท เช่น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทหลักทรัพย์ เป็นต้น บริการทางการเงินบางอย่างมีเฉพาะธนาคารเท่านั้นที่ให้บริการได้ แต่บริการบางประเภทสถาบันการเงินทุกสถาบันอาจให้บริการได้

การจัดกลุ่มสินค้าที่ใช้ประกอบกัน (clusters of complementary products) บางครั้งถือเป็นตลาดเดียวกัน ถ้ามีการประหยัดเนื่องจากการขยายขอบข่ายการผลิต

⁹¹ *Ibid.*, p. 100.

⁹² *Ibid.*, p. 100-101.

⁹³ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63.

⁹⁴ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 101.

(economies of scope) ความสำเร็จได้เปรียบด้านต้นทุนทำให้สามารถแข่งขันได้ ซึ่งผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าหรือให้บริการเพียงส่วนเดียวของธุรกิจจะมีต้นทุนมากกว่า ดังนั้น จึงสมควรกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นกลุ่ม (relevant cluster market) ในทางตรงข้าม ถ้าการผลิตสินค้าหรือให้บริการหลายอย่างร่วมกันไม่ทำให้ประหยัดต้นทุนมากนักก็ไม่ควรกำหนดตลาดเป็นกลุ่ม

ในหลายกรณีที่กำหนดตลาดเป็นกลุ่มเพื่อความสะดวกบางอย่างหรือจำแนกตามระบบการผลิตอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง แม้ว่าสินค้าต่างๆในกลุ่มไม่ได้แข่งขันกัน ดังนั้น การกำหนดตลาดเป็นกลุ่มจึงไม่เหมาะสม เว้นแต่ผู้ประกอบการทุกรายจะเผชิญกับอุปสรรคเช่นเดียวกัน และกรณีที่กำหนดตลาดเป็นกลุ่ม (cluster market) เพื่อความสะดวกในการบริหารจัดการไม่ได้พิจารณาว่าผู้ประกอบการเป็นผู้มีอำนาจตลาดในสินค้าต่างๆในกลุ่ม⁹⁵

2) ทดแทนกันได้โดยพิจารณาจากความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาของสินค้าชนิดอื่น หรือความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (cross-elasticity of demand)

เนื่องจากการกำหนดขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องมักพิจารณาในมุมมองของผู้บริโภคซึ่งทำได้ยากและค่อนข้างซับซ้อนไม่อาจหาขอบเขตของตลาดได้ง่ายนัก ดังนั้น จึงนำวิธีทางเศรษฐศาสตร์มาหาขอบเขตของตลาดโดยประเมินจากปฏิกริยาของผู้บริโภคต่อการเปลี่ยนแปลงราคาได้โดยตรงโดยพิจารณาจากอัตราส่วนการใช้ทดแทนกัน (substitution rates) หรือความยืดหยุ่น แต่การคำนวณดังกล่าวจำเป็นต้องมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือ ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อมูลที่นำมาใช้ในการคำนวณซึ่งไม่อาจหาได้เสมอไป แม้เราจะไม่สามารถวัดการโต้ตอบของผู้บริโภคได้โดยตรง แต่การใช้สมมติฐานเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้บริโภคก็ทำให้ได้ข้อสรุปที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น⁹⁶ โดยคำนวณหาความยืดหยุ่นไขว้ได้จากสูตร

การประหยัดเนื่องจากการขยายขอบข่ายการผลิต (economies of scope) เกิดจากการกระทำสองสิ่งด้วยกันทำให้ประหยัดมากกว่าแยกกันทำ ขณะที่การประหยัดต่อขนาด (economy of scale) เป็นผลจากการดำเนินการมากกว่าหนึ่งอย่าง

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 101-102.

⁹⁶ Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" *The Economic and Social Review* 31, 4, (October 2000): 314, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., *The law of antitrust: an integrated handbook*, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., pp. 89-90.

$$\text{ความยืดหยุ่นไขว้} = \frac{\% \text{ (หรือ อัตรา) การเปลี่ยนแปลงปริมาณเสนอซื้อสินค้า ก.}}{\% \text{ (หรือ อัตรา) การเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้า ข.}}$$

ถ้าราคาสินค้าอย่างหนึ่งเพิ่มขึ้นแล้ว ผู้บริโภคไม่เปลี่ยนจากสินค้านั้นไปใช้สินค้าอีกอย่างหนึ่งทดแทนถือว่าเฉพาะสินค้านั้นเป็นตลาด แต่ถ้าผู้บริโภคเปลี่ยนจากสินค้านั้นไปใช้สินค้าอีกอย่างหนึ่งทดแทนแล้วสินค้าที่ผู้บริโภคเปลี่ยนไปใช้และสินค้าที่เดิมผู้บริโภคใช้อยู่กันอยู่ในตลาดเดียวกัน⁹⁷ ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์ เรียกว่า “ความยืดหยุ่นไขว้หรือความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ของผู้บริโภค (the cross-elasticity หรือ cross-price elasticity of consumer demand)” เป็นการวัดอัตราส่วนการใช้ทดแทนของผู้บริโภค ถ้าราคาสินค้า ก. เพิ่มขึ้นแล้วผู้บริโภคที่ใช้สินค้า ก. อยู่จะยังคงใช้สินค้า ก. ไม่เปลี่ยนไปใช้สินค้า ข. ทดแทนแล้ว ตลาดในที่นี้จะจำกัดเฉพาะสินค้า ก. แต่ถ้าราคาสินค้า ก. เพิ่มขึ้นแล้วผู้บริโภคเปลี่ยน (shift) ไปใช้สินค้า ข. ทดแทนทันทีถือว่ามีความยืดหยุ่นไขว้ระหว่างสินค้า ก. กับ ข. สูง แสดงว่า สินค้าทั้งสองอย่างอาจอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน (same relevant market)⁹⁸

ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (cross-elasticity of demand) ประเมินได้ง่ายกว่าการประเมินความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of demand) เพราะความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์สามารถเปรียบเทียบสินค้า 2 ชนิดที่ใช้แทนกันที่ใช้ทดแทนสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้ดีหรือไม่⁹⁹

ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์จะกำหนดตลาดได้อย่างเหมาะสม เมื่อประเมินจากระดับราคาแข่งขัน แล้วความยืดหยุ่นไขว้ระหว่างสินค้าเหล่านั้นต่ำ ผู้ซื้อจำนวนหนึ่งอาจเห็นว่าสินค้าบางอย่างใช้ทดแทนได้ดีและในกรณีที่ราคาสินค้าอย่างหนึ่งสูงขึ้นอย่างมากผู้ซื้ออาจรู้สึกว่าสินค้าอื่นใช้ทดแทนได้ ซึ่งน่าจะสรุปได้ว่าสินค้าเหล่านั้นไม่อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน¹⁰⁰ ในทางตรงข้าม ถ้าความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ระหว่างสินค้าสองชนิดสูง แสดงว่า สินค้าทั้งสองชนิดนั้นน่าจะอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ความยืดหยุ่นไขว้ไม่อาจบอกได้อย่างแน่นอนว่าสินค้าใดอยู่ในตลาดเดียวกันหรืออยู่คนละตลาดหรือไม่¹⁰¹ เนื่องจากข้อจำกัดและผันแปร

⁹⁷ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 89-90.

⁹⁸ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 102-103.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰¹ Massey, Patrick, “Market definition and market power in competition analysis: some practical issues” The Economic and Social Review 31, 4: 314, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The

ของความยืดหยุ่นไขว้มากมายนอกจากนี้ยากทำให้กำหนดตลาดกว้างเกินไป โดยเฉพาะสินค้าหรือบริการที่ต่างกันอย่างมากรวมถึงลูกค้ามีความต้องการต่างกันซึ่งบางกลุ่มอาจให้ความสำคัญกับเรื่องราคาเป็นสำคัญ ขณะที่บางกลุ่มให้ความสำคัญกับประเด็นอื่นๆ และแม้ราคาเพิ่มขึ้นแต่ผู้บริโภคบางกลุ่มยังพอใจที่จะใช้สินค้านั้นต่อไปแทนที่จะเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นทดแทน¹⁰² ดังนั้น ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องจึงต้องรวมเฉพาะสินค้าที่สามารถใช้ทดแทนได้อย่างเหมาะสมตามความประสงค์ของผู้ผลิตสินค้านั้นๆ

ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ใช้วิเคราะห์การแข่งขันได้ดีเมื่อสินค้าทั้ง 2 อย่างใช้ทดแทนใกล้เคียงอย่างยิ่ง (close substitutes) เมื่อขายในราคาแข่งขัน (ราคาเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่ม) ซึ่งถือได้ว่าสินค้าทั้ง 2 อย่างอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน แต่ปัญหาคือเราจะทราบได้อย่างไรว่าราคาปัจจุบันเป็นราคาแข่งขันหรือไม่¹⁰³ เนื่องจากปกติผู้ประกอบการทุกรายจะตั้งราคาสูงที่สุดเท่าที่ไม่สูญเสียลูกค้าจำนวนมากที่จะทำให้การขึ้นราคาตนไม่กำไร แม้ในตลาดที่มีความยืดหยุ่นของอุปสงค์สูง¹⁰⁴

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยใช้ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ระหว่างสินค้า 2 อย่าง ณ ราคาปัจจุบัน (current market price) ที่สูงมากอยู่แล้ว มักมีค่าความยืดหยุ่นไขว้สูง (high cross-elasticity) ทำให้เข้าใจผิดว่าผู้ประกอบการไม่มีอำนาจตลาด แต่ความจริงแล้วผู้ขายอาจเป็นผู้มีอำนาจตลาดและใช้อำนาจตลาดตั้งราคาผูกขาดแล้ว¹⁰⁵ ซึ่งเรียกกรณีดังกล่าวว่า "Cellophane fallacy หรือ cellophane trap" ดังนั้น การกำหนดตลาดที่สะท้อนให้เห็นการโต้ตอบของผู้บริโภคไม่ควรพิจารณาความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ ณ ราคาลตลาดปัจจุบัน (current market price) แต่ควรพิจารณา ณ ระดับราคาแข่งขันและต้องสันนิษฐานว่าราคาปัจจุบัน (current price) ไม่ใช่ราคาแข่งขัน โดยทั่วไปการหาต้นทุนส่วนเพิ่มและการหาความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ไม่อาจทำได้แต่อาจสรุปได้ว่าถ้าสินค้าของผู้ผูกขาดและผู้ประกอบการอื่นคล้ายกันมากทั้งด้านการออกแบบ เทคโนโลยีและวัตถุดิบ ซึ่งทำให้ทราบว่าต้นทุนส่วนเพิ่มในการผลิตน่าจะเท่ากันแล้วสินค้าทั้งหมดควรอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน อย่างไรก็ตาม แม้เทคโนโลยีเหมือนกันแต่การ

law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 103 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 57.

¹⁰² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 103-104.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 105.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 104-105.

¹⁰⁵ Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 314, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 104 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 57.

หาสินค้าไม่อาจรับรองว่า 1) ผู้ประกอบการรอบนอกตลาด (fringe firms) เป็นผู้รับอนุญาตของบริษัทที่มีอำนาจเหนือ (dominant firm) และ 2) ค่าอนุญาตให้ใช้สิทธิที่สูงมากทำให้บริษัทที่มีอำนาจตั้งราคาผูกขาดได้¹⁰⁶

สินค้าต่าง ๆ อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกันหรือไม่ อาจพิจารณาจากการเปลี่ยนแปลงด้านต้นทุน (cost shocks) ว่าส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาแต่ไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการอื่นที่ถูกอ้างว่าอยู่ในตลาดเดียวกันอาจพิจารณาจากหลักฐานว่าผู้ประกอบการได้กำไรผูกขาด อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าผู้ประกอบการมีอำนาจผูกขาดเพราะมีกำไรทางบัญชีสูงทำได้ยากมากและเราอาจพิจารณาจากการเปลี่ยนแปลงราคา (price movement) ระหว่างผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาและผู้ประกอบการอื่นที่น่าจะเป็นคู่แข่งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ถ้าสินค้า ก. และสินค้า ข. อยู่ในกลุ่มแต่ราคาสินค้า ก. ลดลงมาหลายปี ขณะที่สินค้า ข. ราคาไม่เปลี่ยนแปลง แสดงว่า ทั้งสินค้า ก. และ ข. อยู่คนละตลาดกัน แต่ถ้าทั้งสินค้า ก. และ ข. ราคาลดลงอาจสรุปได้ว่า ทั้งสินค้า ก. และ ข. อยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกัน¹⁰⁷

3) การกำหนดขอบเขตตลาดโดยทดสอบการขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว (small but significant and nontransitory increase in price: SSNIP Test)

แม้ผู้บริโภคจะเห็นว่าสินค้าหรือบริการต่าง ๆ ใช้ทดแทนกันได้ก็ตามแต่เนื่องจากเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ว่าสินค้าใดใช้ทดแทนกันได้ในความเป็นจริง เนื่องจากในสายตาของผู้บริโภคบางกลุ่มอาจเห็นว่าสินค้าบางอย่างใช้ทดแทนกันได้ดี ในขณะที่ผู้บริโภคอีกกลุ่มอาจเห็นว่าสินค้าดังกล่าวนั้นไม่อาจใช้ทดแทนกันได้เลย¹⁰⁸ จึงมีการคิดค้นการกำหนดขอบเขตของตลาดโดยทดสอบการขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว (small but significant and nontransitory increase in price: SSNIP Test)¹⁰⁹ หรือ Hypothetical Monopolist Test (HMT)

¹⁰⁶ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 105-106.

¹⁰⁷ Ibid., pp. 106-107.

¹⁰⁸ สรวิต ลิ้มปรีงณี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 60, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 61, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 90 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 48, 307.

¹⁰⁹ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, EU' Fair Trade Commission, Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998] 4 CMLR 177 and Korea's Fair Trade Commission Notification, The 1999 Notification on M&A review guidelines by Fair Trade commission Notification No. 1999-2, June 15, 1998 Amended April 15.

หรือ 5-10% Test¹¹⁰ เป็นวิธีการทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งนำมาใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1982 โดยกระทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการการค้าของสหรัฐอเมริกา¹¹¹ (the U.S. Department of Justice (DOJ) and Federal Trade Commission (FTC)) ในแนวปฏิบัติสำหรับการรวมกิจการของกระทรวงยุติธรรมสหรัฐอเมริกา (1982 DOJ Horizontal Merger Guidelines) ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่างๆได้รับเอาวิธีนี้มาใช้ด้วย เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย บราซิล บัลแกเรีย แคนาดา อาฟต้า อิสราเอล เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ สหราชอาณาจักร¹¹²

SSNIP Test ใช้กำหนดขอบเขตตลาดทั้งตลาดสินค้าและตลาดภูมิศาสตร์¹¹³ เป็นการหาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องวิธีหนึ่ง เนื่องจากสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนได้หรือแข่งขันกับสินค้าของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งจะจำกัดมิให้ผู้ประกอบการรายนั้นขึ้นราคาสินค้าเกินกว่าระดับราคาแข่งขัน กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่ผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าเกินกว่าระดับราคาแข่งขัน ผู้ซื้อก็จะหันไปซื้อสินค้าอื่นทดแทน ซึ่งหากมีจำนวนมากแล้วจะทำให้ผู้ประกอบการที่ขึ้นราคานั้นไม่ได้ประโยชน์จากการขึ้นราคาสินค้านั้นและต้องลดราคาสินค้านั้นกลับลงมา

สมมติว่าราคาสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่ง (สินค้า ก.) หรือราคาสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นหนึ่ง (พื้นที่ ก.) เพิ่มขึ้นเพียงเล็กน้อย (ร้อยละ 5 หรือร้อยละ 10) โดยไม่ใช่

¹¹⁰ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 88, Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, (January 2003) p. 4 from <http://www.ifs.org.uk/wps/wp0301.pdf> (เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2549), Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 53 and Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed., p. 102.

¹¹¹ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., pp. 85-86, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 30 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 53.

¹¹² Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 88 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 53.

¹¹³ National Economic Research Associates, The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, economic discussion paper 2, A report prepared for the Office of Fair Trading, (July 2001), p. 7 from http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/5FC5ADD6_1FEO_4A95_BE60_30D6FA0550EA/0/oft342.pdf. (เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549), <http://www.tcd.ie/Economics/staff/masseyp/term1lecture4.htm> (เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2549), Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 89, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 30, Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, p. 5, Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 53 and Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed., p. 102.

ระยะเวลาชั่วคราว (non-transitory) แล้วจะทำให้ผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้าหรือบริการอีกอย่างหนึ่ง (สินค้า ข.) ทดแทนหรือหันไปซื้อสินค้าจากท้องถิ่นอื่นแทนทำให้การเพิ่มราคาของผู้ประกอบการรายนั้นไม่มีกำไรหรือไม่ ถ้า (ใช่) คือ ผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้าหรือบริการอื่นหรือหันไปหาผู้ประกอบการในท้องถิ่นอื่นทดแทนจนทำให้การเพิ่มราคาของผู้ประกอบการที่พิจารณาไม่มีกำไรแล้ว แสดงว่าสินค้าต่างๆ (ทั้งสินค้า ก. และสินค้า ข.) ที่ผู้บริโภคเปลี่ยนไปใช้หรือผู้ประกอบการในท้องถิ่นต่างๆ ที่ผู้บริโภคเปลี่ยนไปหานั้นอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน¹¹⁴

ใน 1992 US Horizontal Merger Guidelines “ตลาดถูกกำหนดจากผลิตภัณฑ์หรือกลุ่มผลิตภัณฑ์ และพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งมีการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าอันมีฐานว่าผู้ประกอบการได้รับกำไรมากที่สุดที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมราคา ซึ่งเป็นผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้าในพื้นที่นั้นในปัจจุบันหรืออนาคตเท่านั้นที่น่าจะกำหนดราคาเพิ่มขึ้นอย่างน้อยที่สุดเป็นการขึ้นราคาเพียงเล็กน้อย¹¹⁵ แต่มีนัยสำคัญและไม่ใช่เพียงระยะเวลาชั่วคราว (small but significant and nontransitory) โดยสันนิษฐานว่าลักษณะการจำหน่ายผลิตภัณฑ์อื่นๆ ทั้งหมดยังคงไม่เปลี่ยนแปลง¹¹⁶ โดยตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) คือ กลุ่มของผลิตภัณฑ์และพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ซึ่งไม่ใหญ่เกินกว่าที่จำเป็นเพื่อความสะดวกในการทดสอบนี้”¹¹⁷

SSNIP Test วัดการใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทนหรือความพอใจของผู้บริโภคโดยการพิจารณาว่าการขึ้นราคาส่งผลต่อตลาดอย่างไรโดยทดสอบการขึ้นราคาสินค้าในสัดส่วนเล็กน้อยเป็นระยะเวลาพอสมควร ถ้าไม่มีสินค้าทดแทนแล้วผู้ประกอบการจะได้กำไรจากการขึ้นราคา SSNIP Test เป็นวิธีการกำหนดขอบเขตของตลาดและหาอำนาจตลาดโดยตรงจากการ

¹¹⁴ National Economic Research Associates, The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, economic discussion paper 2, A report prepared for the Office of Fair Trading, (July 2001), p. 7 from http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/5FC5ADD6_1FEO_4A95_BE60_30D6FA0550EA/0/oft342.pdf. (เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549), Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 89, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 30 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 53-54 and 307.

¹¹⁵ แนวปฏิบัติของสหรัฐฯ ให้ขึ้นราคาอย่างน้อย 5%, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, Section 1.11 และแนวปฏิบัติกำหนดตลาดของสหภาพยุโรปให้ขึ้นราคาอย่างน้อย 5%-10%, Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998] 4 CMLR 177, para.17.

¹¹⁶ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, The 1992 Horizontal Merger Guideline and Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., pp. 85-86.

¹¹⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, The 1992 Horizontal Merger Guideline

กำหนดตลาด คือ สินค้าหรือกลุ่มสินค้าและขอบเขตพื้นที่ซึ่งผลิตหรือจำหน่ายสินค้า ซึ่งผู้ประกอบการที่ถูกสมมติว่าได้กำไรสูงสุด อาจขึ้นราคาสินค้าของตนเพียงเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราวโดยไม่ต้องสนใจการตั้งราคาของผู้ประกอบการรายอื่นไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่แล้วหรืออาจเกิดมีขึ้นได้ในอนาคต ให้ความสำคัญว่า “ผู้บริโภคจะหันไปใช้สินค้าอื่นหรือซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นที่อยู่คนละท้องถิ่นได้อย่างรวดเร็วเพื่อตอบโต้การขึ้นราคาเล็กน้อย (ปกติกำหนดให้ใช้อัตราการขึ้นราคาระหว่างร้อยละ 5 ถึงร้อยละ 10) ไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว ซึ่งปกติมักจะใช้ระยะเวลาตั้งแต่ 6 เดือนถึง 1 ปี ถ้าสามารถใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทนได้ทำให้การขึ้นราคาไม่ทำให้ผู้ประกอบการได้รับกำไร เนื่องจากยอดขายลดลงแล้วจะขยายการตลาดไปยังสินค้าหรือบริการอื่น ๆ และท้องถิ่นอื่น ๆ เพิ่มขึ้นอีกและทดสอบอย่างเดียวกันซ้ำ ๆ กันไปจนตลาดมีขอบเขตรวมกลุ่มสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนกันได้ และขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่กว้างพอการขึ้นราคาเพียงเล็กน้อยเป็นระยะเวลานานสามารถทำให้ผู้ประกอบการได้รับกำไร เนื่องจากปริมาณสินค้าที่ขายได้ไม่ลดลงมากนักและผู้ซื้อ ไม่อาจใช้สินค้าอื่นทดแทนหรือไม่อาจซื้อสินค้าจากท้องถิ่นอื่นทดแทน”

อย่างไรก็ตาม SSNIP TEST เป็นเพียงการหาขอบเขตตลาดอย่างคร่าว ๆ เท่านั้นซึ่งมีขั้นตอนดังนี้¹¹⁸

1) เริ่มจากกำหนดขอบเขตของตลาดที่เล็กที่สุดเท่าที่จะเล็กได้ภายใต้อำนาจผูกขาดหรือการตกลงรวมหัวกัน (Cartel) และสมมติว่าการขึ้นราคา 5-10% ของราคาสินค้าหรือบริการเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 1 ปีแล้วผู้ประกอบการยังสามารถทำกำไรเพิ่มขึ้นได้หรือไม่

2) ถ้าผู้ประกอบการที่ขึ้นราคา ไม่ได้กำไรจากการขึ้นราคา เพราะผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าอื่นที่ทดแทนหรือหันไปซื้อสินค้าจากพื้นที่ภูมิศาสตร์อื่นทดแทนได้ แสดงว่าผู้ประกอบการที่ขึ้นราคานั้นยังไม่มีอำนาจเหนือตลาดมากเพียงพอที่จะขึ้นราคาเพื่อหากำไรเพิ่มขึ้นสินค้าหรือผู้ประกอบการที่ผู้บริโภคหันไปหาจะรวมอยู่ในตลาดเดียวกันและค่อย ๆ เพิ่มสินค้าหรือผู้ประกอบการหรือท้องถิ่นใกล้เคียงที่ผู้บริโภคหันไปหาและทดสอบด้วยการขึ้นราคาซ้ำ

¹¹⁸ National Economic Research Associates, The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, economic discussion paper 2, A report prepared for the Office of Fair Trading, (July 2001), p. 7 from http://www.of.gov.uk/NR/ronlyres/5FC5ADD6_1FEO_4A95_BE60_30D6FA0550EA/0/oft342.pdf. (เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549), Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, p. 4, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 89, Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 53-54 and 307 and Motta, Massimo, Competition policy: Theory and practice, 1st ed., p. 103.

แต่ถ้าได้กำไร แสดงว่าผู้ประกอบการนั้นๆ มีอำนาจเหนือตลาดเพียงพอที่จะขึ้นราคาเพื่อหากำไรเพิ่มขึ้น

3) ทดสอบตามขั้นตอนข้างต้นซ้ำๆ กันจนกระทั่งราคาสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องในท้องถิ่นต่างๆที่เกี่ยวข้องเพิ่มขึ้นเป็น 5-10% แล้วผู้ประกอบการยังคงได้รับกำไรจากการขึ้นราคาอยู่ ซึ่งจะได้ขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง โดยสินค้าและผู้ประกอบการทั้งหมดในพื้นที่ที่เกี่ยวข้องอยู่ในขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องที่นำมาพิจารณาอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ



รูปที่ 2.3 : แผนภูมิแสดงขั้นตอนการกำหนดขอบเขตของตลาดโดยใช้ SSNIP test



แม้จะได้ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว แต่ยังคงพิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องอีก 4 ปัจจัยดังนี้

1) การทดแทนด้านอุปสงค์และการทดแทนด้านอุปทาน ซึ่งหัวใจของข้อสมมติฐานที่ทำให้ผู้ประกอบการรักษาการขึ้นราคาไว้ไม่ได้ เพราะเมื่อผู้ประกอบการขึ้นราคาแล้ว ยอดขายส่วนหนึ่งจะลดลงด้วยเหตุ 2 ประการ คือ (1) ผู้บริโภคเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นทดแทน (การทดแทนด้านอุปสงค์ demand sides substitutability) และ (2) ผู้ประกอบการใกล้เคียงเปลี่ยนแผนการผลิตและผลิตหรือจัดหาสินค้าที่คล้ายกันมาให้ผู้บริโภค (การทดแทนด้านอุปทาน supply sides substitutability)

ถ้ามีการทดแทนด้านอุปสงค์หรืออุปทานแล้ว เมื่อผู้ประกอบการขึ้นราคาอาจทำให้อยอดขายลดลงอย่างมากจนอาจทำให้กำไรลดลงด้วย ทดสอบโดยขึ้นราคาโดยรวมการทดแทนด้านอุปสงค์หรืออุปทานที่ใกล้เคียงมากที่สุดเข้ามาในตลาดโดยทดสอบซ้ำต่อไปเรื่อย ๆ จนกระทั่งการทดแทนด้านอุปสงค์หรืออุปทานไม่ส่งผลต่อการขึ้นราคา ผู้ประกอบการได้กำไรลดลงหรือไม่จะเปรียบเทียบกับต้นทุนของสินค้าที่ราคาเพิ่มขึ้นกับปริมาณที่ขายได้ประกอบกัน¹¹⁹

2) SSNIP Test ให้ความสำคัญกับการกำหนดขอบเขตของตลาด (market definition) เป็นอันดับแรกโดยเริ่มจากตลาดสินค้าหรือตลาดภูมิศาสตร์ที่แคบที่สุดที่น่าจะมีการผูกขาด¹²⁰ และค่อย ๆ รวมสินค้าหรือพื้นที่ภูมิศาสตร์อื่นเข้ามาโดยจะรวมสินค้าหรือพื้นที่อื่น ๆ หรือผู้ประกอบการที่อาจมีผลต่อการขึ้นราคาในระยะเวลาอันสั้นโดยรวมสินค้าหรือบริการทุกอย่างหรือผู้ประกอบการในท้องถิ่นต่าง ๆ เท่าที่ทดแทนได้ดีมีอยู่ในตลาดและไม่รวมสินค้าหรือท้องถิ่นอื่นที่ไม่อาจใช้ทดแทนได้หรือไม่แข่งขันกันโดยตรงเข้ามาอยู่ในตลาดเดียวกัน ซึ่งเป็นการกำหนดตลาดค่อนข้างเหมาะสมไม่กว้างหรือแคบจนเกินไป¹²¹ ถ้าผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคาสินค้าหรือบริการอย่างมีนัยสำคัญทำให้ได้รับกำไรแสดงว่าตลาดมีการผูกขาดเพราะไม่มีการแข่งขันมาจำกัดการขึ้นราคาของผู้ประกอบการ¹²²

3) การใช้ SSNIP Test ต้องมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือ แต่เนื่องจากข้อมูลเชิงประจักษ์ที่แสดงถึงปฏิกิริยาของผู้ซื้อต่อการเปลี่ยนแปลงของราคาน้อยมากหรือไม่ชัดเจน ดังนั้นการประเมินด้วย SSNIP Test จึงทำได้ยาก เพราะไม่สามารถใช้ SSNIP Test ได้โดยตรงได้ ทาง

¹¹⁹ Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, pp. 4-5.

¹²⁰ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 89 and Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, p. 5.

¹²¹ Ibid., p. 5.

¹²² Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 30.

ปฏิบัติข้อมูลที่ใช้ในการประเมิน ได้แก่ การประเมินจากความยืดหยุ่นของอุปสงค์โดยเฉพาะความยืดหยุ่นของอุปสงค์ของราคาสินค้านั้นและความยืดหยุ่นไขว้ (own and cross price elasticity) ลักษณะสินค้า และความพอใจของผู้บริโภค การเปลี่ยนแปลงราคาในอดีต เทคโนโลยีและต้นทุนของสินค้า การกำหนดตลาดมักใช้หลายวิธีร่วมกันเพื่อกำหนดขอบเขตของตลาด¹²³

4) นอกจากนี้ SSNIP Test ตามแนวปฏิบัติ (merger guideline approach) ต้องเป็นราคาสินค้าที่สะท้อนถึงอำนาจตลาด¹²⁴ ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดแสวงหากำไรสูงสุดอาจจะกำหนดราคาสูงขึ้นเรื่อยๆ แต่ไม่เกินระดับที่หากเพิ่มราคาต่อไปอีกจะทำให้ผู้บริโภคจำนวนมากเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นทดแทน ดังนั้น การประเมินอำนาจตลาดต้องประเมิน ณ ระดับราคาแข่งขัน¹²⁵ มิใช่ประเมิน ณ ระดับราคาของผู้ประกอบการกำหนดอยู่ในขณะนั้น ซึ่งมักจะบวกกำไรสูงกว่าต้นทุนอย่างมาก ซึ่งหากผู้ประกอบการขึ้นราคาสูงกว่าต้นทุนอย่างมากแล้ว ความตั้งใจของผู้บริโภคที่จะหันไปใช้สินค้าอื่นเพื่อตอบโต้การขึ้นราคาจะไม่ได้สะท้อนการตอบโต้ของผู้บริโภคต่อการขึ้นราคาสินค้าที่แท้จริง แต่เป็นการตัดสินใจของผู้บริโภคที่จะไม่ใช้สินค้าที่ต้องการ ณ ระดับราคาที่สูงกว่าราคาแข่งขันอย่างมาก (supracompetitive pricing) ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวสะท้อนถึงอำนาจตลาดและแสดงให้เห็นความสูญเสียของสังคม (deadweight loss) ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์แสดงถึงความอ่อนไหวของราคาสินค้าที่ผู้ประกอบการผลิตสินค้าที่ใช้ทดแทนได้ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้ประกอบการนอกตลาดน่าจะตั้งราคาตามสินค้าที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง¹²⁶

การทดสอบการขึ้นราคาสามารถระบุขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ปัญหาสำคัญ คือ การทดแทนของสินค้าอื่นหรือพื้นที่ภูมิศาสตร์อื่นส่งผลต่อพฤติกรรมของผู้ประกอบการมากหรือน้อยเพียงใด ต้องรวมสินค้าทุกอย่างในตลาดซึ่งผู้บริโภคจำนวนมากใช้ทดแทนได้และไม่รวมสินค้าที่ไม่สามารถใช้ทดแทนได้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องไม่อาจพิสูจน์ว่าสินค้าใดใช้ทดแทนกันได้อย่างแน่นอนหรือไม่ การทดสอบการขึ้นราคาจะเริ่มต้นพิจารณาจากระดับราคาแข่งขัน หรือที่ระดับราคาเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่ม

¹²³ Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, pp. 5-6.

¹²⁴ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 62.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 62 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 103.

¹²⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 62.

แต่กรณีการรวมกิจการ (Merger) มักจะเริ่มต้นจากราคาที่กำหนดตั้งไว้ อยู่แล้วในขณะนั้น¹²⁷ ถ้าระดับราคาที่เราพิจารณาไม่ใช่ราคาแข่งขันอาจผิดพลาดได้ ซึ่งมักรู้จักกันว่า cellophane fallacy หรือ cellophane trap¹²⁸

การพิจารณาอาจทำได้ 2 วิธีด้วยกัน¹²⁹ คือ

1) นับรวมผู้ผลิตที่อาจหันมาผลิตสินค้าเข้ามาในตลาดที่เกี่ยวข้องตั้งแต่แรก เพื่อวัด ส่วนแบ่งตลาดและอำนาจตลาดของผู้ประกอบการดังกล่าว หรือ

2) ไม่นับรวมผู้ผลิตอื่นเข้ามาในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่นำมาพิจารณาภายหลังเมื่อ กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องและคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่ต้องการตรวจสอบแล้วซึ่ง หากมีความยืดหยุ่นของอุปทานสูง อาจสรุปได้ว่าแม้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากแต่อาจจะไม่มีอำนาจขึ้นราคา เพราะเมื่อใดก็ตามที่ผู้ผลิตรายหนึ่งขึ้นราคา ผู้ผลิตอื่นจะผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นหรือหัน มาผลิตสินค้าแข่งทันที

หลักฐานในการพิจารณาดตลาดสินค้า¹³⁰

1) หลักฐานการใช้สินค้าหรือบริการทดแทนกันในช่วงเวลาที่ผ่านมาไม่นาน

2) การประเมินค่าการใช้ทดแทนกันโดยวิธีการทางเศรษฐศาสตร์ ความยืดหยุ่นของ อุปสงค์ต่อราคาสินค้าหรือบริการนั่นเอง (own price elasticities) หรือความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อ ราคาสินค้าหรือบริการชนิดอื่น (cross-price elasticities) และวิธีการทางสถิติ

เอกสารภายในของหน่วยผลิต หรือบริษัทนั้นๆ อาจทำให้ทราบถึงการทดแทนของ สินค้าหรือบริการ

3) มุมมองของผู้บริโภคและคู่แข่ง

4) การสัมภาษณ์โดยสอบถามจากผู้บริโภค หรือการศึกษาสำรวจข้อมูลการตลาด

5) อุปสรรคและต้นทุนการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทน

¹²⁷ Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, pp. 7-8.

¹²⁸ United States V. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391-92 (1956) and Geroski, Paul and Griffith, Rachel, "Identifying anti-trust markets," The Institute for Fiscal Studies WP03/01, pp. 7-8.

¹²⁹ สรวิต ลิ้มปริงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวม บทความ, หน้า 68.

¹³⁰ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 34.

6) กลุ่มลูกค้าที่แตกต่างกันและการเลือกปฏิบัติทางราคา

7) ระดับราคาและความสัมพันธ์กันของระดับราคาสินค้าหรือบริการอื่นที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ทดแทนกันได้

ในทางปฏิบัติ SSNIP Test เป็นหลักฐานอ้างอิงในการระบุขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) อย่างคร่าวๆ อย่างไรก็ตาม การใช้ SSNIP Test ยังมีข้อควรระวังดังนี้¹³¹

- 1) ปัญหาการปรับใช้ SSNIP Test ในกรณีที่มีการใช้อำนาจเหนือตลาด
- 2) ปัญหาของ "The Cellophane fallacy" นำเอาราคาที่มิใช่ราคาแข่งขันมาพิจารณา
- 3) ต้องเป็นระดับราคาแข่งขัน มิใช่ราคาที่กำหนดไว้ แต่ยังมีปัญหาว่าระดับราคาเท่าใดที่ถือว่าเป็นระดับราคาแข่งขัน ส่วนในกรณีการรวมกิจการไม่มีปัญหาดังกล่าว
- 4) สินค้าหรือบริการที่อาจทดแทนกันได้
- 5) ปัญหาตลาดสินค้าและตลาดบริการ
- 6) กรณีที่สินค้าหรือบริการหนึ่งอาจทดแทนได้สำหรับกลุ่มผู้บริโภคหนึ่งแต่ไม่อาจทดแทนได้สำหรับผู้บริโภคกลุ่มอื่น

การใช้ SSNIP TEST มีปัญหาสำคัญที่พบมาก คือ ปัญหาแรกเกี่ยวกับข้อมูลที่ใช้ในการทดสอบไม่ตรงกับความเป็นจริง และปัญหาที่ 2 คือระดับราคาที่น่ามาพิจารณาต้องเป็นราคาแข่งขันจริงๆ ที่ควรจะเป็นถ้าอยู่ในตลาดที่มีการแข่งขันกันจริงๆ มิใช่ราคาที่สูงกว่าราคาแข่งขันในตลาดในขณะนั้น มิฉะนั้นผลที่ได้รับจากวิธีการดังกล่าวจะถูกบิดเบือนไปและมิได้สะท้อนให้เห็นอำนาจเหนือตลาดจริงๆ ปัญหาดังกล่าวแก้ไขได้โดยใช้ราคาเปรียบเทียบแทนราคาจริงในตลาดและข้อมูลที่จะนำมาทดสอบด้วยวิธีนี้ มีข้อมูลและปัจจัยอยู่มากมายซึ่งอาจไม่สามารถนำมาใช้พิจารณาได้ซึ่ง SSNIP Test อาจใช้ได้กับบางสถานการณ์เท่านั้น ซึ่งในบางอุตสาหกรรมจะเหมาะสมมาก แต่ในบางอุตสาหกรรมอาจใช้ไม่ได้เลย เนื่องจากரசนิยมของผู้บริโภคในการทดแทนด้านอุปสงค์ ทัศนคติ ความชอบ และต้องพิจารณาหลักฐานอื่นด้วย เช่น สถิติราคา

¹³¹ National Economic Research Associates, The role of market definition in monopoly and dominance inquiries, economic discussion paper 2, A report prepared for the Office of Fair Trading, (July 2001), p. 12, 16-17 from http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/5FC5ADD6_1FEO_4A95_BE60_30D6FA0550EA/0/oft342.pdf. (เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549)

สินค้า พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ ลักษณะการกระทำ ช่วงเวลาซึ่งอาจเป็นข้อมูลในอดีต วิธีนี้จะเหมาะสมกับกรณีการรวมกิจการอย่างมาก

SSNIP TEST ใช้ได้ยากในกรณีสินค้ามีความแตกต่างกันอย่างมากทั้งด้านราคา คุณภาพ หรือลักษณะภายนอก ซึ่งในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดตลาดโดยใช้ SSNIP Test ได้ เราจะพิจารณาปัจจัยอื่นแทน เช่น ลักษณะของสินค้า ความมุ่งหมายในการใช้งาน ความพอใจของผู้บริโภค ในการกำหนดตลาด ซึ่งเป็นอัตตวิสัย (subjectivity) ขึ้นอยู่กับตัวผู้พิจารณาแต่ละคน ที่ จะกำหนด ซึ่งมักทำให้กำหนดตลาดแคบเกินไป¹³²

4) ลักษณะของสินค้าหรือบริการ ราคา ความมุ่งหมายในการใช้

ผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าอีกอย่างหนึ่งทดแทนหรือไม่ มักเกี่ยวข้องกับ การใช้ทดแทนกันได้ ในมุมมองของผู้บริโภคขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ เช่น ลักษณะสินค้า ราคา การนำไปใช้และประโยชน์ใช้สอย ตลอดจนทัศนคติของผู้ซื้อ ซึ่งต้องใช้ทดแทนกันได้ อย่างเหมาะสม ด้วย (reasonable interchangeability) จึงจะถือว่าสินค้าต่างๆ แข่งขันกันและเป็นส่วนหนึ่งของตลาดเดียวกัน¹³³

ลักษณะสินค้า (physical characteristics) พิจารณาว่าสินค้าที่น่าจะ ทดแทนกันได้มีรูปร่าง ลักษณะ คุณสมบัติหรือประโยชน์คล้ายกันว่าทดแทนกันได้หรือไม่ ในเบื้องต้น ถ้าสินค้าต่างมีลักษณะคล้ายหรือเหมือนกัน (homogeneous) จะใช้ทดแทนกันได้ อยู่ในตลาดสินค้าที่ เกี่ยวข้องเดียวกัน¹³⁴ และสินค้าที่แตกต่างกันอยู่คนละตลาดกัน อย่างไรก็ตาม ลักษณะหน้าที่ของ สินค้าเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าลักษณะหรือรูปร่างภายนอกหรือส่วนประกอบทางเคมี¹³⁵

¹³² Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 308.

¹³³ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวม บทความ, หน้า 60-61, United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377, 404, 76 S.Ct. at 1012 (1956), cited in Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 104, Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission [1979] E.C.R. 461; [1979] 3 C.M.L.R.211 and Case IV/M53 Aerospatiale-Alenia/de Havilland [1992] 4 C.M.L.R. M2; [1991] O.J. C334/42 cited in Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., pp. 92-93 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p.308.

¹³⁴ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวม บทความ, หน้า 61 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practitioner's Guide, 3rd ed., p. 27.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 27.

ความมุ่งหมายในการนำไปใช้ (intended end-use) การกำหนดตลาด โดยพิจารณาวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในการนำสินค้าไปใช้ในมุมมองของผู้บริโภคว่าผู้บริโภคใช้สินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ใด ทำให้ตลาดมีขอบเขตแคบหรือกว้างมากกว่าการกำหนดด้วยลักษณะสินค้า¹³⁶ โดยพิจารณาว่าผู้ซื้ออาจหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกันได้ สินค้าต่าง ๆ นั้นก็รวมอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกันด้วย¹³⁷ อย่างไรก็ตาม การนำไปใช้ขึ้นอยู่กับเจตนาหรือความต้องการของผู้ซื้อ เพราะผู้ซื้อแต่ละรายต้องการใช้สินค้าต่างกัน¹³⁸ โดยที่สินค้าอย่างเดียวกันแต่มีวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้ต่างกัน ก็ไม่อาจใช้ทดแทนกันได้และจัดอยู่คนละตลาดกัน¹³⁹

ลักษณะของสินค้าหรือบริการและความมุ่งหมายในการนำไปใช้นั้นอาจพิจารณาร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ในหลายกรณีลักษณะและความมุ่งหมายในการนำไปใช้ไม่สามารถกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องได้ เนื่องจากสินค้าทุกชนิดมีลักษณะและความมุ่งหมายในการใช้เหมือนหรือคล้ายกัน¹⁴⁰

โดยเบื้องต้นจะพิจารณาเฉพาะสินค้าหรือบริการที่น่าจะทดแทนกันได้ อย่างไรก็ตาม ลักษณะของสินค้าหรือบริการและความมุ่งหมายในการนำไปใช้ยังไม่อาจสรุปได้ว่าสินค้าต่าง ๆ ใช้ทดแทนกันในด้านอุปสงค์ การใช้ทดแทนกันได้อาจไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการกำหนดตลาด เพราะสนองต่อราคาที่เปลี่ยนแปลงซึ่งต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย¹⁴¹ ตัวอย่างเช่น ไฟแช็กกับไม้ขีดไฟ พิจารณาในแง่ของลักษณะทางกายภาพของสินค้า ทั้งไฟแช็กกับไม้ขีดไฟมีลักษณะแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด แต่หากพิจารณาในแง่วัตถุประสงค์ของการใช้ขั้นสุดท้ายเพื่อจุดไฟแล้ว สินค้าทั้งสองสามารถใช้จุดไฟได้ทั้งคู่ หรือกรณีของเครื่องดื่มกาแฟกับชา แม้จะเป็นเครื่องดื่มเหมือนกันแต่รสชาติแตกต่างกันมาก แต่อาจทดแทนกันได้ในกรณีเป็นอาหารว่างและกลุ่มผู้บริโภคบางกลุ่มเท่านั้น หรือกรณีรถจักรยานกับรถยนต์ โดยลักษณะแล้วแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด แต่ถ้าพิจารณาเฉพาะในแง่การอำนวยความสะดวกในการเดินทางแล้วก็จะเหมือนกัน แต่หากพิจารณาละเอียดลงไปหากเป็นการเดินทางในระยะใกล้ทั้งสองอาจใช้ทดแทนกันได้ดี แต่ในแง่การเดินทางในระยะไกลรถจักรยานจะไม่สามารถทดแทนรถยนต์ได้เลย และหากพิจารณาปัจจัยอื่นด้วยก็

¹³⁶ *Ibid.*, p. 29.

¹³⁷ Whish, Richard, *Competition Law*, 5th ed., p. 36 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practitioner's Guide*, 3rd ed., p. 31.

¹³⁸ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 62.

¹³⁹ Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practitioner's Guide*, 3rd ed., p. 29.

¹⁴⁰ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., p.308.

¹⁴¹ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 36.

ราคาสินค้า เป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาว่าสินค้าต่างๆ ใช้ทดแทนกันได้หรือไม่ แม้สินค้าสองชนิดจะมีลักษณะและการใช้งานเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันมาก เพียงใดก็ตาม แต่หากสินค้าทั้งสองอย่างนั้นมีราคาแตกต่างกันอย่างมากแล้วในสายตาของผู้ซื้อ ก็ถือว่าสินค้าที่มีราคาถูกแข่งขันกับสินค้าที่มีราคาแพง¹⁴² หากไม่มีเหตุผลอื่นแล้ว ผู้ซื้อคงจะไม่ซื้อสินค้าที่มีราคาแพงเพื่อนำมาใช้ทดแทนสินค้าที่มีราคาถูกเลย จึงไม่ถือว่าสินค้าทั้งสองอยู่ในตลาดเดียวกันก็ได้

โดยปกติราคาของสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้มักจะเปลี่ยนแปลงใกล้เคียงกันและสัมพันธ์กัน ดังนั้น จึงสามารถใช้ความสัมพันธ์ของราคา (price correlations) ของสินค้าต่างๆ มากำหนดตลาดสินค้าหรือตลาดภูมิศาสตร์ได้ แต่การใช้ความสัมพันธ์ของราคาสินค้ามากำหนดตลาดอาจผิดพลาดได้ เนื่องจากสินค้าต่างๆ อาจมีความสัมพันธ์ของราคาสูง แม้ใช้ทดแทนกันไม่ได้ หรือแม้ว่าราคาไม่สัมพันธ์กันแสดงว่าสินค้าต่างๆ อยู่ในคนละตลาดเศรษฐกิจกัน ซึ่งอาจสรุปได้ว่าสินค้าเหล่านั้นใช้ทดแทนกันไม่ได้¹⁴³

การพิจารณาการโต้ตอบของผู้บริโภคต้องพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของราคาตลอดเวลา (tracking of prices over time) ถ้าราคาสินค้าเปลี่ยนแปลงไม่สอดคล้องกัน แสดงว่าอยู่คนละตลาดกัน ราคาที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงพร้อมกัน (closely parallel prices both upward and downward) อาจสรุปได้ว่าสินค้าเหล่านั้นอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน แต่ต้องระวังกรณีที่สินค้าอย่างหนึ่งผูกขาดแล้วราคาสินค้าของคู่แข่งจะเพิ่มขึ้นและลดลงตามราคาผูกขาด ซึ่งกรณีดังกล่าวควรจำกัดเฉพาะสินค้าที่ผูกขาดเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง ในทางตรงกันข้าม ในตลาดที่ลูกค้าหันไปใช้สินค้าต่างๆ ได้แสดงว่าสินค้าทั้งหลายที่ลูกค้าหันไปใช้นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน (common market)¹⁴⁴

ราคาอาจแตกต่างกันเนื่องจากมีต้นทุนต่างกัน ทั้งค่าขนส่ง ค่าโฆษณา หรือส่งเสริมการขาย การให้ส่วนลด ต้นทุนในการประกอบกิจการ ต้นทุนการรับประกัน การตั้งราคาตามนโยบายหรือกลยุทธ์ทางการตลาดรวมถึงผลกำไร แม้สินค้าต่างๆ มีลักษณะและการใช้งานแตกต่างกันและทดแทนกันได้ไม่ดี แต่ถ้าราคาของสินค้าเหล่านั้นไม่ต่างกันมากนัก ในสายตาของผู้บริโภคอาจเห็นที่ใช้ทดแทนกันได้ดีก็ได้ จึงต้องพิจารณาความเหมาะสมในการทดแทนกันที่ราคา

¹⁴² สรวิต ลิ้มปริงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 62 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practitioner's Guide, 3rd ed., p. 28.

¹⁴³ Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 314-315.

¹⁴⁴ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 91-92.

แข่งขันซึ่งปราศจากอำนาจผูกขาด¹⁴⁵ ซึ่งจะสะท้อนปฏิกริยาของผู้บริโภคต่อการขึ้นราคาสินค้าว่า ผู้บริโภคจะหันไปซื้อสินค้าชนิดใดบ้าง

บางกรณีสินค้าหรือบริการอาจมีราคาต่างกันเพราะคุณภาพแตกต่างกัน หรือมีขนาดหรือปริมาณแตกต่างกัน ซึ่งผู้บริโภคก็จะไม่พิจารณาประเด็นเรื่องราคาเป็นสำคัญ ผู้บริโภคจะเป็นผู้เลือกระหว่างราคา คุณภาพ ขนาดและปริมาณ หรือราคาสินค้าที่แตกต่างเป็นเพราะ พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ห่างไกลกัน ซึ่งตลาดที่เกี่ยวข้องจะจำกัดการแข่งขันระหว่างสินค้าและพื้นที่ ดังนั้น ตลาดที่เกี่ยวข้องจะสอดคล้องกับความกว้างหรือแคบของตลาดในทางเศรษฐกิจ เช่น ราคาสินค้าที่ผลิตในประเทศมักจะมีราคาต่ำกว่าราคาสินค้านำเข้า โดยเหตุที่สินค้านำเข้ามีราคาสูงกว่า อาจเป็นเพราะมีต้นทุนการผลิตสูงกว่า รวมทั้งมีอัตราภาษีนำเข้า อัตราแลกเปลี่ยนเงินต่างกันมาก แต่ในบางกรณีสินค้านำเข้าและสินค้าที่ผลิตภายในประเทศทำจากวัสดุชนิดเกรดและคุณภาพใกล้เคียงกัน มีรูปร่างเหมือนกันแต่ราคาต่างกันทำให้ผู้บริโภคบางกลุ่มรู้สึกว่สินค้านำเข้ามีคุณภาพดีกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ

5) ความพอใจของผู้บริโภค (consumer preferences)

กรณีสินค้าอุปโภคบริโภคเป็นเรื่องยากที่จะระบุว่าผู้บริโภคใช้สินค้าใดทดแทนกันได้ ทั้งๆที่ราคาสินค้าเท่ากัน แต่ความพอใจ รสนิยมหรือความภักดีต่อสินค้า (loyalty) ทำให้ผู้บริโภคเห็นว่าสินค้าแตกต่างกัน และไม่ว่าราคาสินค้าสูงขึ้นเพียงใดผู้บริโภคก็ยังคงการใช้สินค้านั้นอยู่ไม่เปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นทดแทน ซึ่งกรณีนี้ตลาดจะจำกัดเฉพาะยี่ห้อเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การรวบรวมข้อมูลในมุมมองของผู้บริโภคทำได้ยาก¹⁴⁶ ซึ่งการศึกษาตลาดในอดีตอาจทำให้ทราบการตั้งราคาสินค้าและการทำกิจกรรมทางการตลาดในการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้อง สำรวจพฤติกรรมและทัศนคติของผู้บริโภค มุมมองของผู้ค้าปลีกโดยสอบถามผู้บริโภคทำให้ทราบถึงปฏิกริยาของผู้บริโภคต่อการขึ้นราคาและระดับการใช้สินค้าทดแทน¹⁴⁷

¹⁴⁵ Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2nd ed., p.150.

¹⁴⁶ Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practioner's Guide*, 3rd ed., p. 32.

¹⁴⁷ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 41 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practioner's Guide*, 3rd ed., p. 32.

6) โครงสร้างอุปสงค์และอุปทาน (the structure of supply and demand)

โครงสร้างอุปสงค์และอุปทานอาจเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจทำให้สินค้าที่เหมือนกันอยู่คนละตลาด¹⁴⁸ และแม้ว่าสินค้าไม่อาจใช้ทดแทนกันได้ ในสายตาของผู้บริโภคเนื่องรูปร่างลักษณะของสินค้าต่างกัน แต่อาจถือว่าสินค้าต่างๆอยู่ในตลาดเดียวกันเพราะการเก็บรักษาสินค้าของตัวแทนจำหน่าย (dealer) ตลอดจนสภาพการแข่งขันเหมือนกันหรือทดแทนกันได้ ในมุมมองของผู้ประกอบการจึงถือว่าสินค้าเหล่านั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน¹⁴⁹ ซึ่งนอกจากการพิจารณาการทดแทนกันได้ ในมุมมองของผู้บริโภคแล้วยังจำเป็นต้องพิจารณาสภาพการแข่งขัน โครงสร้างของอุปสงค์และอุปทานของผู้ประกอบการด้วย¹⁵⁰

7) เอกสารภายใน

บางกรณีเอกสารภายในของผู้ประกอบการหรือคำกล่าวอ้างของผู้ประกอบการเกี่ยวกับตลาดที่เกี่ยวข้องอาจเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดตลาดอย่างแคบ ดังนั้นผู้ประกอบการควรระมัดระวังการกล่าวอ้างต่างๆ เช่น การโฆษณา การกล่าวอ้างว่าสินค้าหรือผู้ประกอบการเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง¹⁵¹

8) ตลาดที่เกิดจากกฎระเบียบต่างๆของรัฐ

ตลาดที่เกี่ยวข้องอาจถูกกำหนดจากกฎระเบียบต่างๆของรัฐ¹⁵² เช่น สัมปทาน การออกใบอนุญาตทำให้ไม่มีสินค้าหรือบริการอื่นทดแทน ทำให้ไม่มีสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนกันได้

¹⁴⁸ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 38 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 309.

¹⁴⁹ Case 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 310.

¹⁵⁰ Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practitioner's Guide, 3rd ed., p. 31 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 310.

¹⁵¹ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 38.

¹⁵² *Ibid.*, p. 38 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 310.

9) ความสามารถในการทดแทน (chain of substitute)

การนำไปใช้ได้หลากหลาย (multiple applications) กรณีสินค้าอย่างหนึ่งใช้ประโยชน์ได้มากกว่า 1 ทางและสินค้าบางอย่างใช้ทดแทนประโยชน์บางอย่างได้ แต่ไม่อาจใช้ทดแทนประโยชน์ทางอื่นได้ทั้งหมด โดยใช้ทดแทนต่างกันไปตามประโยชน์ที่แตกต่างกัน¹⁵³ อาจกำหนดตลาดจากวัตถุประสงค์เฉพาะอย่าง (specific use) ทำให้จัดอยู่คนละตลาดและอาจเป็นการกำหนดตลาดที่แคบเกินไป (narrow market definition) ยิ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงยิ่งพบว่ามีอำนาจเหนือ (dominance) อย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดเป็นเพียงขั้นตอนเบื้องต้นในการประเมินอำนาจตลาด การกำหนดตลาดไม่ได้แสดงถึงอำนาจตลาดจึงต้องประเมินอำนาจตลาดต่อไป ซึ่งอาจมีการแข่งขันจากภายนอกตลาดมากกดดันทำให้การกำหนดตลาดอย่างแคบไม่น่ากังวลมากนัก¹⁵⁴ ความสามารถในการทดแทนเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นทั้งในตลาดภูมิศาสตร์และตลาดสินค้า¹⁵⁵

ความเหมาะสมในการทดแทนของสินค้าหรือพื้นที่ซึ่งไม่อาจใช้ทดแทนได้โดยตรง เช่น ขอบเขตทางภูมิศาสตร์เนื่องจากค่าขนส่งสูงมากทำให้ขนส่งได้จำกัดเฉพาะบริเวณพื้นที่รอบโรงงานแต่ละแห่งเท่านั้น โดยหลักแล้วพื้นที่ดังกล่าวจะถือเป็นตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องถ้ากระจายสินค้าของโรงงานในพื้นที่ทับซ้อนกันระหว่างพื้นที่รอบโรงงานแต่ละแห่งการตั้งราคาสินค้าถูกจำกัดด้วยความสามารถในการทดแทนทำให้การกำหนดตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตกว้าง กรณีตลาดสินค้าก็เช่นกัน ถ้าสินค้า ข. ใช้ทดแทนสินค้า ก. และสินค้า ค. ได้บ้าง แม้ว่าสินค้า ก. และสินค้า ค. ไม่อาจทดแทนได้โดยตรง แต่สินค้าทั้งหมดอาจอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกันเนื่องจากการตั้งราคาสินค้าทั้งหมดถูกจำกัดโดยการทดแทนของสินค้า ข. ทำให้ราคาสินค้าอยู่ในระดับใกล้เคียงกัน

10) วัตถุดิบ (raw materials)

วัตถุดิบอาจถืออยู่คนละตลาดสินค้ากัน (separate product market) แม้ว่าสินค้าที่แปรรูป (derivative product) เป็นส่วนหนึ่งของตลาดสินค้าอย่างกว้าง (wide product market) ซึ่งมีสินค้าทดแทนจำนวนมาก แต่ตลาดที่เกี่ยวข้องไม่ใช่ตลาดของสินค้าที่ได้จากการผลิต แต่เป็นตลาดของวัตถุดิบ¹⁵⁶

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 310-311.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 312.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 312-313.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 313.

11) แบ่งตามกลุ่มผู้บริโภค (distinct categories of customers)

กลุ่มผู้บริโภคอาจถือเป็นตลาดที่แคบมาก เมื่อมีการเลือกปฏิบัติทางราคา อาจจำแนกกลุ่มผู้บริโภคอย่างชัดเจน และการมีการค้ากำไรต่อบุคคลที่ 3 ได้¹⁵⁷

12) ตลาดแรกและตลาดรอง

ตลาดแรก (primary market) และตลาดรองหรือตลาดหลังการขาย (secondary market หรือ aftermarket market) เป็นตลาดซึ่งประกอบด้วยสินค้าหรืออุปกรณ์หลัก (primary good หรือ original product or equipment) ซึ่งมักเป็นสินค้าคงทน (durable goods) ซึ่งถูกผูกมัด (locked-in) ให้ต้องใช้ประกอบกันหรือใช้ร่วมกัน (complementary) กับสินค้ารองอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งได้แก่ ชิ้นส่วนทดแทนที่ใช้ด้วยกันได้ (compatible spare parts or replacement parts) หรือต้องมีสินค้าใช้สิ้นเปลือง (consumable) มาเปลี่ยนเพื่อใช้งานต่อไปได้หรือต้องซ่อมบำรุง (services) ซึ่งมักมีลักษณะไม่เหมือนใคร (unique) และมักผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าหลักเพียงรายเดียว โดยอาจมีอุปสรรคที่ทำให้ลูกค้าต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากก่อนที่จะเปลี่ยนไปซื้อหรือใช้บริการกับผู้ผลิตรายอื่นได้ เช่น สัญญาระยะเวลาหรือค่าใช้จ่ายการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหลักของผู้ประกอบการรายอื่นสูง (high switching costs) โดยที่ผู้บริโภคไม่ทราบข้อมูลหรือเงื่อนไขต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ ก่อนซื้อสินค้าหลักกว่าชิ้นส่วนอะไหล่และบริการมีราคาแพง ถ้ากลไกตลาดทำงานผู้บริโภคจะทราบข้อมูลอย่างเพียงพอ การผูกมัดดังกล่าวก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนั้น แม้สินค้าหลักในตลาดแรกจะแข่งขันกันอย่างมาก แต่จะเกิดการผูกมัดในตลาดรองที่มีลักษณะเฉพาะไม่เหมือนใคร (unique) ทำให้ไม่มีการแข่งขันในตลาดรองเลยทำให้ผู้ประกอบการในตลาดแรกสามารถกระทำการบางอย่างอันเป็นการเอาเปรียบหรือบีบบังคับผู้บริโภคให้ต้องซื้อหรือใช้เฉพาะบริการของผู้ประกอบการรายนั้นเพียงรายเดียวเท่านั้นอันเป็นการการผูกขาด ซึ่งในตลาดที่มีการแข่งขันไม่จำเป็นต้องกระทำ¹⁵⁸

ชิ้นส่วนอะไหล่เป็นชิ้นส่วนที่ใช้เปลี่ยนแทนชิ้นส่วนเดิมบางชิ้นส่วนของสินค้าหลักซึ่งผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าหลักนั้น และอาจมีผู้ผลิตรายอื่นผลิตชิ้นส่วนดังกล่าวด้วย แต่ตลาดของชิ้นส่วนอะไหล่อาจเป็นคนละตลาดกัน¹⁵⁹

สินค้าใช้สิ้นเปลืองจะใช้หมดเปลืองไปเพราะการใช้งานสินค้าหลักซึ่งมักผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าหลักเพื่อประกอบการใช้งานของสินค้าหลัก ผู้ประกอบการจะผลิตสินค้าที่ต้องมีสินค้าหลักที่ใช้ร่วมกันกับสินค้าใช้สิ้นเปลืองและบางครั้งต้องบำรุงรักษาหรือการซ่อมแซมเรื่อยๆ (on-

¹⁵⁷ Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practitioner's Guide, 3rd ed., pp. 32-33.

¹⁵⁸ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 92-93 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 314.

¹⁵⁹ *ibid.*, p. 315.

going) โดยผู้ประกอบการพยายามทำให้ผู้ซื้อสินค้าหลักซื้อสินค้าซื้อสินค้าหรือบริการในตลาดหลังการขายจากผู้ประกอบการด้วย ซึ่งสินค้าบางประเภทผู้ผลิตอาจได้กำไรจากการขายสินค้าใช้สิ้นเปลืองคิดเป็นมูลค่ามากกว่าราคาสินค้าหลัก¹⁶⁰

การให้บริการและการดูแลรักษาอาจถือเป็นตลาดหลังการขาย เช่น ในตลาดบริการซ่อมบำรุง (maintenance services) ระบบคอมพิวเตอร์ แยกจากตลาดให้บริการระบบคอมพิวเตอร์ โดยแบ่งตลาดบริการดูแลรักษาระบบคอมพิวเตอร์เป็น 2 ตลาด คือ ตลาดให้บริการดูแลรักษา hardware (hardware maintenance services) และตลาดให้บริการดูแลรักษา software (software maintenance services) ซึ่งทั้งสองตลาดเป็นคนละตลาดกันและไม่สามารถทดแทนกันได้¹⁶¹

ตลาดสินค้าอุปกรณ์หลัก ส่วนประกอบและชิ้นส่วนอะไหล่อาจจำกัดการแข่งขัน เนื่องจากราคาต่างกัน การกระจายสินค้า หรือลักษณะบริการ แม้ว่าลักษณะสินค้าจะไม่แตกต่างกันตลาดที่เกี่ยวข้องอาจเป็นชิ้นส่วนอะไหล่ บริการที่มีเงื่อนไขการปรับเปลี่ยน (overhauling) และการซ่อมบำรุงสินค้าถือเป็นคนละตลาด¹⁶²

โดยประเมินความสัมพันธ์ระหว่างตลาดแรกและตลาดรองโดยพิจารณาปัจจัยดังนี้ 1) ผู้บริโภคได้รับแจ้งและรับทราบข้อมูลทางเลือก 2) ผู้บริโภคน่าจะทราบข้อมูลทางเลือก 3) ผู้บริโภคจำนวนมากจะซื้อสินค้าในตลาดแรกถ้าเงื่อนไขการขายในตลาดรองปรากฏว่ามีการใช้อำนาจโดยมิชอบ และ 4) ผู้บริโภคมีปฏิกิริยาโต้ตอบในระยะเวลาอันสั้น¹⁶³

อุปสรรคโดยเฉพาะในตลาดกระจุกตัวที่เกิดจากการแข่งขันที่มีใช้ราคา เช่น การให้บริการที่ดี การรับประกันอย่างดี เครื่องมืออุปกรณ์ที่เชื่อถือได้และอื่นๆ โดยศาลพิจารณาความแตกต่างของผู้ผลิตสินค้าที่เป็นผู้ผูกขาดโดยให้มีน้ำหนักหลักฐานเบื้องต้น (superficial indicial) เช่น ชิ้นส่วนทดแทนมีลักษณะไม่เหมือนใคร และผู้ผลิตสินค้าหลักมักจะมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดชิ้นส่วนทดแทนของตน¹⁶⁴

การกำหนดขอบเขตของตลาดซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีตลาดหลังการขายมักกำหนดได้ยาก และต้องกำหนดอย่างระมัดระวังอย่างมาก โดยเฉพาะการพิจารณาทลาดแรกและตลาดรอง ซึ่งการกำหนดตลาดต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆ เช่น ประเมินว่าผู้บริโภคจะโต้ตอบราคา

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 317.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 320.

¹⁶² Ritter, Lennart and Braun, W. David, *European competition law: A practitioner's Guide*, 3rd ed., p. 31.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 31-32.

¹⁶⁴ Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., pp. 93-94.

สินค้าหรือบริการที่เปลี่ยนแปลงอย่างไรประกอบกับสภาพการจำกัดการทดแทนในตลาด โดยกำหนดตลาดสินค้าอย่างแคบ เช่น ชิ้นส่วนอะไหล่ที่ใช้ร่วมกันกับสินค้าหลักเป็นสำคัญ¹⁶⁵

สินค้ารองที่ใช้ร่วมกับสินค้าหลักที่มีราคาแพงและอายุการใช้งานยาวนาน (long lifetime) อาจสัมพันธ์กับการขึ้นราคาสินค้ารองเพื่อหากำไร การกำหนดตลาดแตกต่างกันเพราะการทดแทนกันได้อย่างมีนัยสำคัญ (significant) ระหว่างสินค้ารองที่น่าจะทดแทนกันได้หรือการผลิตสินค้าหลักได้รวดเร็วและปฏิกิริยาของผู้บริโภคต่อการขึ้นราคาสินค้ารองโดยตรง¹⁶⁶

โดยทั่วไปสินค้าน้อยเดียวไม่ถือเป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ถ้าเหตุที่สินค้าแตกต่างกันไม่ใช่เพราะมีเทคโนโลยีแตกต่างกัน แต่เป็นเพราะยี่ห้อต่างกันซึ่งอาจมีเทคโนโลยีแตกต่างกันหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อต้นทุนรวม (total cost) ในการผลิตสินค้าใกล้เคียงกันก็จะต่างกันไม่มาก ซึ่งศาลมักปฏิเสธการกำหนดให้สินค้าน้อยเดียวเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง แม้จะมีผู้ไม่เห็นด้วย ในการพิจารณาเริ่มจากพิจารณาว่าผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้มีอำนาจตลาดสูง บางครั้งยี่ห้อที่แตกต่างสะท้อนถึงความแตกต่างกันทั้งด้านเทคโนโลยีหรือต้นทุนการผลิตและความต้องการของผู้บริโภคแต่บางครั้งก็ไม่สะท้อนความแตกต่างใดๆ การกำหนดตลาดอย่างแคบ (narrower market) ทำให้วินิจฉัยได้ยาก บางกรณีลูกค้าอาจถูกผูกมัดเฉพาะยี่ห้อใดเพียงยี่ห้อเดียว ซึ่งการกำหนดตลาดอย่างแคบในกรณีดังกล่าวจะเหมาะสมมากกว่า¹⁶⁷ เนื่องจากสินค้าในตลาดแรกและสินค้าในตลาดรองของผู้ประกอบการรายหนึ่งไม่อาจใช้สินค้าในตลาดแรกและสินค้าในตลาดรองของผู้ประกอบการรายอื่นทดแทนได้ทำให้ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งในตลาดสินค้าหลักน้อยอาจมีอำนาจเหนือในตลาดรองและใช้อำนาจเหนือตลาด (dominant position)¹⁶⁸ โดยมีขอบ

การกำหนดตลาดอย่างแคบในบางกรณีอาจต้องระมัดระวัง อย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดอย่างแคบอาจไม่สำคัญ แม้การกำหนดตลาดอย่างแคบทำให้ผู้ประกอบการเป็นผู้ผูกขาดในตลาดรอง แต่ผู้ประกอบการอาจไม่มีอำนาจตลาด ในหลายกรณีผู้ผูกขาดในตลาดรอง

¹⁶⁵ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 320.

¹⁶⁶ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 56 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 320, p. 320.

¹⁶⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 92.

¹⁶⁸ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 314-315.

ไม่สามารถใช้อำนาจผูกขาดหาประโยชน์หรือไม่อาจทำการโดยอิสระ (independence) เนื่องจากผู้ประกอบการจะถูกสินค้าอื่นจำกัดไม่สามารถหาประโยชน์ได้¹⁶⁹

ผู้ประกอบการไม่อาจอ้างว่าไม่มีอำนาจตลาดรอง เพราะเหตุที่ไม่มีอำนาจตลาดในตลาดแรก การประเมินอำนาจตลาดในตลาดแรกและตลาดรองต้องพิจารณาต่างหากจากกัน เพราะอำนาจตลาดในตลาดหนึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับอีกตลาดหนึ่ง¹⁷⁰

หลักฐานว่าผู้ประกอบการตั้งราคาขึ้นส่วนทดแทนหรือบริการหลังการขายสูงหรือเลือกปฏิบัติทางราคาแสดงว่ามีอำนาจตลาด ผู้ประกอบการเลือกปฏิบัติทางราคาหรือไม่ต้องพิจารณาต้นทุนทั้งหมดที่เกี่ยวข้องทั้งการบรรจุหีบห่อ เครื่องมือ อุปทานและการซ่อมหรือบริการภายหลัง ไม่อาจสังเกตจากการแข่งขันในตลาดแรกและการแข่งขันในตลาดหลังได้ ราคาแพงหรือการเลือกปฏิบัติทางราคามักพบในตลาดรอง หลักฐานดังกล่าวไม่ได้สะท้อนว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดในตลาดแรกมาก ซึ่งจริงๆ แล้วหลักฐานแสดงว่ามีอำนาจตลาดในตลาดรองที่น่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ประกอบการอาจเป็นหลักฐานแสดงว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดมาก¹⁷¹

ตลาดที่สินค้าแตกต่างกันมากผู้ประกอบการใช้ความแตกต่างของสินค้าหรือบริการทำให้มีอำนาจตลาด ซึ่งอาจเกิดในตลาดที่เปรียบเทียบราคาได้ยากและมีการแบ่งกลุ่มลูกค้า แต่ลูกค้าจะไม่ถูกผูกมัดถ้าผู้ประกอบการอื่นผลิตขึ้นส่วนอะไหล่ที่อาจใช้ทดแทนกันได้¹⁷²

การผูกมัดตามสัญญาระยะยาว (long term contract) ทำให้มีลักษณะเป็นตลาดที่เกี่ยวข้องไม่มีผู้ซื้อหรือผู้ขายอื่นมาทดแทนได้ ข้อตกลงตามสัญญาผู้ซื้อไม่สามารถซื้อสินค้าหรือบริการจากแหล่งอื่นได้ และผู้ขายไม่สามารถเลือกขายให้กับผู้ซื้อรายอื่นได้ แต่ในสัญญาระยะสั้นซึ่งไม่มีการกำหนดหรือค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนจำนวนน้อยจึงไม่มีอำนาจตลาด¹⁷³

13) ตลาดการจัดหา (procurement market)

ตลาดการจัดหาสินค้าพิจารณาพฤติกรรมขององค์กรธุรกิจจากพฤติกรรมของผู้ซื้อมากกว่าผู้ขายโดยพิจารณานโยบายหรือแผนการจัดหาสินค้าหรือบริการของผู้ซื้อ ตลาดต้องกำหนดจากด้านอุปสงค์ของตลาดมากกว่าด้านอุปทานของตลาด¹⁷⁴

14) ตลาดของนวัตกรรม (innovation market)

¹⁶⁹ Ibid., p. 320.

¹⁷⁰ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 95.

¹⁷¹ Ibid., pp. 95-96.

¹⁷² Ibid., pp. 97-98.

¹⁷³ Ibid., pp. 98-99.

¹⁷⁴ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., pp. 38-39.

ตลาดของนวัตกรรมแยกต่างหากจากสินค้าที่มีในตลาดอยู่แล้ว จะกำหนดตลาดด้วยนวัตกรรมในกรณีที่เกี่ยวข้องเทคโนโลยีขั้นสูง¹⁷⁵ การแข่งขันในระบบเศรษฐกิจใหม่ (new economy) เกิดจากนวัตกรรมใหม่ (innovation) มากกว่าราคา อย่างไรก็ตาม การทดสอบข้อสันนิษฐานโดยปริยายว่าสินค้าเหมือนกันและแข่งขันด้วยราคา¹⁷⁶ การใช้ SSNIP Test ในอุตสาหกรรมที่แข่งขันบนพื้นฐานของผลการดำเนินการ (performance-based) มากกว่าแข่งขันที่ราคาเพียงอย่างเดียว (purely price-related) ที่น่าจะทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการกำหนดตลาด และอาจทำให้ประเมินอำนาจตลาดผิดพลาด¹⁷⁷ จึงมีการเสนอให้ใช้ปัจจัยต่างๆ ร่วมกัน (multi-attribute) แทน SSNIP Test เพื่อไม่ให้เกิดความผิดพลาดในการกำหนดขอบเขตของตลาดที่แคบมาก (over-narrow market definition) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงผลการดำเนินการ (performance attributes) และราคาซึ่งอาจทดแทนกับสินค้าอื่นหรือไม่ การทดสอบนี้ปรับใช้ได้ยากเนื่องจากปัญหาในการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของการดำเนินการ (quantifying performance changes)¹⁷⁸

15) ตลาดด้านการซื้อ (buyer power)

อำนาจตลาดไม่ได้มีเฉพาะผู้ขายเท่านั้น ผู้ซื้ออาจใช้อำนาจตลาดได้เช่นกันโดยกดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าระดับราคาแข่งขันทำให้สินค้าของผู้ขายถูกจำกัดปริมาณโดยเฉพาะกรณีที่เป็นผู้ซื้อรายใหญ่รายเดียว (monopsony) ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นผลเสียต่อสังคมและสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) เหมือนผู้ขายผูกขาด (monopolist) โดยพิจารณาจากสภาพตลาดที่มีความต้องการสินค้าหรือบริการที่ไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งถูกจำกัดด้วยสินค้าหรือบริการอื่นๆ ที่ใช้ทดแทนได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ การกำหนดตลาดใช้ประเมินว่าผู้ประกอบการจำกัดการแข่งขันหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอิสระ ซึ่งนอกจากพิจารณาลักษณะสินค้าแล้วยังต้องพิจารณาสภาพการแข่งขันและโครงสร้างอุปสงค์และอุปทานด้วย¹⁷⁹ อย่างไรก็ตาม อำนาจซื้ออาจทำให้เกิดประสิทธิภาพในการจัดหาสินค้า นอกจากนี้ผู้ซื้ออาจร่วมกันซื้อเป็นกลุ่มเพื่อใช้อำนาจต่อรองกับผู้ผลิตที่แข็งแกร่งอำนาจซื้อจึงจำกัดการแข่งขันในตลาดได้¹⁸⁰

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷⁶ Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 320.

¹⁷⁷ D. Teece and M. Coleman, 'The meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-technology Industries', [1998] *Antitrust Bull.* 801, 827-828 cited in *Ibid.*, p. 321.

¹⁷⁸ Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 321.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 321-322.

¹⁸⁰ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 45.

3.2.3.1.1.2 การทดแทนด้านอุปทาน (supply side substitution)

โดยปกติการกำหนดตลาดจะพิจารณาการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นหลัก และการทดแทนด้านอุปทานมักถูกละเลย¹⁸¹ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานของตลาดจะเหมาะสมมากกว่า¹⁸² การทดแทนด้านอุปทานหรือการทดแทนด้านการผลิต (substitutes in production) คือ ความสามารถของผู้ประกอบการที่จะหันไปผลิตสินค้าอื่นเพื่อตอบสนองการขึ้นราคาสินค้าที่เพิ่มสูงกว่าราคาแข่งขัน ถ้าผู้ประกอบการไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนการผลิต แม้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากแต่อาจมีอำนาจขึ้นราคาได้น้อย หากผู้ประกอบการอื่นหันมาผลิตสินค้าอย่างเดียวกันได้ทันทีอันทำให้การพยายามขึ้นราคานั้นได้กำไรลดลงหรือไม่ได้กำไรเลย¹⁸³ อย่างไรก็ตาม ถ้าต้องใช้เวลานาน โดยขึ้นอยู่กับโรงงาน เครื่องจักรที่ใช้ผลิตตลอดจนเวลาที่ผู้ประกอบการจะพัฒนาระบบการจัดจำหน่าย การเปลี่ยนการผลิตที่ไม่มีค่าใช้จ่ายมักจะเป็นสินค้าที่ราคาไม่แพง ใช้อุปกรณ์ไม่ซับซ้อน แต่ถ้าหากเป็นเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตและพัฒนาระบบการจัดกระจายสินค้าที่ซับซ้อนมากก็ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากและต้องใช้เวลาานาน โดยทั่วไปผู้ผลิตสินค้าคล้ายกัน (similar product) อาจหันไปผลิตสินค้าที่คล้ายกันได้ง่ายกว่าผู้ประกอบการรายใหม่¹⁸⁴

สินค้าของผู้ประกอบการรายอื่น (output of fringe firms) แม้ว่าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากและผู้บริโภคไม่อาจหันไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทนได้ อีกทั้งไม่มีผู้ประกอบการรายใดสามารถเปลี่ยนมาผลิตสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันได้ แต่ผู้ประกอบการรายนั้นอาจไม่มีอำนาจตลาดมากพอที่จะถือว่ามีอำนาจผูกขาดก็ได้ ถ้าเป็นสินค้าหรือบริการที่อ่อนไหวต่อการเปลี่ยนแปลงราคา ซึ่งการพิจารณาเฉพาะส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวในระยะยาวไม่สามารถระบุได้ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดจริงๆ ได้ เมื่อราคาเพิ่มขึ้น ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดที่ผลิตสินค้าอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันในท้องถิ่นเดียวกันหรือท้องถิ่นใกล้เคียงกันสามารถตอบโต้การขึ้นราคาสินค้าหรือบริการได้อย่างรวดเร็วยิ่งกว่าผู้ประกอบการที่ไม่ได้อยู่ในตลาด

¹⁸¹ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 110.

¹⁸² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 62, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 107, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 32 and case 6 and 7/72, Europemballage Corp & Continental Can Co Inc v. Commission [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199 para. 32 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 324.

¹⁸³ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 948 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 325.

¹⁸⁴ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 82-83.

เพราะมีศักยภาพในการผลิตอยู่แล้ว เพียงแต่ต้องการวัตถุดิบเพิ่มขึ้นเพื่อผลิตเพิ่มขึ้นเท่านั้น โดยไม่ต้องลงทุนเพิ่มขึ้น ในทางตรงข้าม ผู้ประกอบการใหม่ต้องลงทุนเพิ่มขึ้นหรือต้องสร้างโรงงานและพัฒนาเครือข่ายการจัดจำหน่าย ซึ่งอาจมีต้นทุนจมจำนวนมากจึงต้องใช้ระยะเวลานานกว่าจะสามารถโต้ตอบการขึ้นราคาได้¹⁸⁵

โดยพิจารณาความสะดวกในการผลิต ศักยภาพในการผลิต เทคโนโลยีในการผลิต การค้นคว้าวิจัย ความรวดเร็วในการผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นทำให้ผู้ผูกขาดไม่ได้ทำอะไรจากการขึ้นราคา หรือเรียกว่า ความยืดหยุ่นของอุปทาน (elasticity of supply) ซึ่งพิจารณาการเปลี่ยนแปลงปริมาณสินค้าที่เสนอขายเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าชนิดหนึ่ง การที่ผู้ผลิตอื่นหันมาผลิตสินค้าแข่งกับผู้ที่สันนิษฐานว่าผูกขาดเป็นการจำกัดมิให้ผู้ประกอบการทำอะไรเกินกว่าปกติ เพราะเมื่อใดก็ตามที่ขึ้นราคาสินค้าหรือบริการจะจูงใจผู้ผลิตรายอื่นให้หันมาผลิตสินค้าแข่ง แต่อย่างไรก็ตาม จะพิจารณาเฉพาะผู้ผลิตที่สามารถหันมาผลิตสินค้าแข่งขันได้ระยะเวลาอันสั้นโดยไม่มีต้นทุนจมหรือไม่มีความเสี่ยงมากเกินไปเกินไป หากการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและมีระยะเวลาชั่วคราวอย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดสินค้าด้วยการทดแทนด้านอุปทานเป็นเรื่องซับซ้อนมากเมื่อผู้ประกอบการหันไปผลิตสินค้าอีกอย่างหนึ่งได้ง่าย จึงเกิดปัญหาว่ากำลังการผลิตมากเพียงใดที่ควรรวมอยู่ในตลาด และผู้ประกอบการคงไม่ต้องการเข้ามาในตลาดที่ผู้ประกอบการได้ลงทุนไปมากแล้ว หรือมีตัวแทนจำหน่ายหรือมีฐานลูกค้ามาก ดังนั้น ความสามารถและความตั้งใจของผู้ประกอบการที่จะเปลี่ยนแปลงการผลิตจึงถูกจำกัด ซึ่งถ้ารวมกำลังการผลิตทั้งหมดเข้ามาอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน อาจเกิดความผิดพลาดได้¹⁸⁶ จึงควรพิจารณาในขณะประเมินอำนาจตลาดมากกว่าพิจารณาในขณะที่กำหนดตลาด¹⁸⁷ ปฏิบัติการต่อความยืดหยุ่นในการปรับเปลี่ยน (flexibility) ด้านอุปทานไม่ใช่การกำหนดตลาดแต่เป็นการพิจารณาการเปลี่ยนแปลงโอกาสการเข้าสู่ตลาดของคู่แข่ง (potential entrants) หรือด้านอุปทานของคู่แข่งเป็นปัจจัยจำกัดอำนาจตลาดหลังจากกำหนดตลาดแล้ว¹⁸⁸

ต้องพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานในเวลาที่กำหนดตลาดเนื่องจาก¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ibid., p. 107.

¹⁸⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63.

¹⁸⁷ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 20-23, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 107, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 32 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 325.

¹⁸⁸ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 23, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63 and Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 32.

¹⁸⁹ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 112 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 325-326.

- 1) การทดแทนด้านอุปทานมีความสำคัญต่อการกำหนดความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of edemand)
- 2) กำหนดขอบเขตตลาดว่าส่วนแบ่งตลาดมากน่าจะพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานในขั้นที่กำหนดตลาด
- 3) การทดแทนด้านอุปทานเป็นปัจจัยสำคัญที่จำกัดการแข่งขัน ซึ่งการพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานทำให้ทราบสภาพการแข่งขันด้วย

ในทางปฏิบัติ โดยทั่วไปการทดแทนด้านอุปทาน (supply-side substitution) จะพิจารณาในชั้นการประเมินอำนาจตลาดมากกว่าการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้อง¹⁹⁰ การทดแทนด้านอุปทานไม่ได้ทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดและไม่จำเป็นต้องพิจารณาในขณะกำหนดตลาดหรือประเมินอำนาจตลาดในตลาดที่กำหนดอย่างแคบ¹⁹¹ ทั้งนี้ก็เพราะหากเปลี่ยนการผลิตมีต้นทุนหรือความเสี่ยงสูงหรือต้องใช้เวลาอันยาวนานแล้วการทดแทนด้านอุปทานดังกล่าวก็อาจไม่จำกัดหรือสร้างแรงกดดันให้ผู้ที่มีอำนาจตลาดไม่ให้ขึ้นราคาได้ อีกทั้งต้องพิจารณาว่าผู้ผลิตยังมีกำลังผลิตส่วนเกินซึ่งอาจผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นได้ทันทีที่ราคาสินค้าเพิ่มขึ้นได้ และต้องพิจารณาถึงกำลังการผลิตรวมของกลุ่มหรือปริมาณสินค้าทั้งหมดที่ผลิตได้ (the sum of the capacity or potential output) และปริมาณสินค้าที่ผลิตจริง (the current output) มาใช้ในการประเมินส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการยังมีกำลังการผลิตและปริมาณการผลิตจริงแตกต่างกันมากเท่าใด ก็ยังมีค่าความยืดหยุ่นของอุปทานสูงและเป็นปัจจัยมาจำกัดผู้ประกอบการไม่ให้ขึ้นราคาให้สูงเกินกว่าราคาแข่งขันหรือต้นทุนส่วนเพิ่ม¹⁹²

ความยืดหยุ่นของอุปทานที่สูงเป็นการเปลี่ยนวิถี (divertible) การผลิตหรือกำลังผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบการคู่แข่งส่งผลต่อปริมาณสินค้าของกลุ่มหรือผู้ที่อาจเป็นคู่แข่งซึ่งอาจเข้ามาในตลาดได้เมื่อราคาสินค้าหรือบริการสูงขึ้น ศักยภาพหรือกำลังผลิตส่วนเกินของกลุ่ม ซึ่งผู้ประกอบการอาจผลิตเต็มกำลังการผลิตซึ่งอาจมีต้นทุนไม่สูงกว่าต้นทุนการผลิตในปัจจุบัน¹⁹³

การทดแทนด้านอุปทานรวมถึงการนำเข้าจากต่างชาติและรวมเอาการนำเข้าจากพื้นที่อื่นภายในประเทศที่อยู่ห่างไกลมาพิจารณาด้วย¹⁹⁴ โดยพิจารณาปัจจัยต่างๆดังนี้

¹⁹⁰ Whish, Richard, *Competition Law*, 5th ed., p. 32.

¹⁹¹ Ibid., pp. 32-33.

¹⁹² Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" *Harvard Law Review* 94, 5: 948-949.

¹⁹³ Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 107.

¹⁹⁴ Ibid., p. 108.

1. ควรพิจารณาเฉพาะสินค้าจากต่างประเทศที่ส่งมาขายในประเทศจริง ๆ เท่านั้น ไม่ใช่ นำปริมาณการผลิตทั้งหมดมาพิจารณาโดยจำกัดเฉพาะสินค้าที่ต้นทุนการผลิตและการขนส่งต่ำที่สามารถแข่งกับผู้ผลิตในประเทศได้¹⁹⁵ โดยสินค้าที่แข่งขันกันได้จะถูกรวมอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน

2. ต้นทุนทั้งหมดของผู้ผลิตต่างชาติอาจแข่งกับผู้ผลิตในประเทศไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวกลยุทธ์การหากำไรสูงสุดของผู้ประกอบการในประเทศอาจเป็นการตั้งราคาซึ่งยอมให้สินค้านำเข้าที่มีต้นทุนต่ำเข้ามาในตลาดได้ แต่จะกีดกันสินค้าที่มีต้นทุนสูงกว่า¹⁹⁶

3. อำนาจตลาดและส่วนแบ่งตลาดประเมินจากการเปลี่ยนแปลงผลผลิตหรือกำลังการผลิตส่วนเกินของผู้ประกอบการต่างชาติเมื่อใช้สินค้าทดแทนได้ (fungible) สินค้าที่แตกต่างทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดลดลงเพราะมีการแข่งขันมากขึ้น แต่ผู้บริโภคอาจชอบสินค้านำเข้ามากกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ เมื่อต้นทุนของผู้ผลิตในประเทศต่ำกว่า ขณะที่ต้นทุนรวมทั้งหมดในการผลิตรวมค่าขนส่งสินค้าของผู้ผลิตต่างชาติสูงกว่าทำให้สินค้ามีราคาสูงกว่าสินค้าที่ผลิตในประเทศ เช่น ต้นทุนของผู้ผลิตในประเทศเป็น 10 บาทต่อชิ้น แต่ต้นทุนทั้งหมดของผู้ผลิตต่างประเทศเท่ากับ 12 บาท กรณีนี้กลยุทธ์ที่ดีที่สุดของผู้ผลิตในประเทศ คือ การตั้งราคาต่ำกว่าราคาสินค้าของผู้ผลิตต่างประเทศ โดยอาจตั้งราคา 11.99 บาท ซึ่งเท่ากับว่าผู้ผลิตในประเทศตั้งราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มเกือบ 20% การรวมเอาผลผลิตของผู้ผลิตต่างชาติหรือกำลังการผลิตของผู้ผลิตต่างชาติ โดยสรุปว่าผู้ประกอบการในประเทศไม่ใช่ผู้ผูกขาดอาจผิดพลาดร้ายแรง¹⁹⁷

4. สินค้าที่นำเข้ามาขายในตลาดทั้งหมดนั้นต้องถูกรวมเข้ามาในการพิจารณา ส่วนสินค้าที่ต้องผูกพันตามสัญญาระยะยาวหรือกฎหมายกำหนดให้ขายในประเทศ (domestically) ไม่ควรนำมารวมในการพิจารณา¹⁹⁸

ซึ่งคู่แข่งน่าจะแย่งชิงยอดขายเพราะการขึ้นราคาของผู้ผูกขาดไม่ได้พิจารณาเฉพาะค่าใช้จ่ายในการพัฒนาเทคโนโลยีที่จำเป็นหรือการก่อสร้างโรงงานเท่านั้น¹⁹⁹

การพิจารณาดตลาดป้องกันการผูกขาด (antitrust market) โดยความยืดหยุ่นของอุปทานมี 2 วิธี²⁰⁰ คือ 1) กำหนดตลาดที่ผู้ประกอบการอาจโต้ตอบการขึ้นราคาโดยหันไปผลิตสินค้าที่ขึ้นราคาได้ง่าย และ 2) กำหนดตลาดให้แคบมากๆโดยสันนิษฐานว่าอุปสรรคการเข้า

¹⁹⁵ Ibid., p. 108.

¹⁹⁶ Ibid., pp. 108-109.

¹⁹⁷ Ibid., pp. 109-110.

¹⁹⁸ Ibid., p. 110.

¹⁹⁹ Ibid., p. 111.

²⁰⁰ Ibid., p. 112.

สู่ตลาดต่ำ ถ้าความยืดหยุ่นของอุปทานสูงไม่ว่าเพราะเหตุใด แสดงว่าผู้ประกอบการรายนั้นไม่มีอำนาจตลาดทั้ง 2 วิธีอาจใช้ทดแทนกันได้

ผู้ประกอบการที่ไม่ได้ดำเนินกิจการ ในขณะที่พิจารณาไม่อาจรวมในการหาส่วนแบ่งตลาดได้และไม่สามารถคาดเดาได้ว่าผู้ประกอบการจะเข้ามาในตลาดเป็นจำนวนเท่าใด แต่อาจอนุมานว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดต่ำมากไม่ว่าผู้ประกอบการที่พิจารณาจะมีส่วนแบ่งมากเพียงใดก็ตาม²⁰¹

ผู้ประกอบการที่มีปัจจัยในการผลิตอยู่แล้วไม่ต้องปรับเปลี่ยนมากนักจะเป็นคู่แข่งมากกว่าผู้ประกอบการที่ไม่ได้อยู่ในตลาดหรือผู้ประกอบการที่ต้องปรับเปลี่ยนเครื่องมือที่ใช้ในการผลิตเป็นอย่างมากก่อนที่จะเข้ามาในตลาดได้²⁰² ซึ่งมีปัจจัยที่ต้องพิจารณา คือ ความรวดเร็วในการเข้าสู่ตลาด กรณีที่สอง คู่แข่งใหม่อาจถูกสันนิษฐาน (hypothetical) ว่ามีกำไรมากที่สุด ณ สถานการณ์ดังกล่าว

ปัญหาอีกอย่างเกี่ยวกับการกำหนดตลาดสินค้า คือ สถานะการผลิตของผู้ประกอบการที่รวมชั้นตอนกันในแนวดิ่ง (vertically integrated firm) ผู้ประกอบการอาจหันไปใช้หรือผลิตของตนได้ทันทีเป็นส่วนหนึ่งของอุปสงค์ปลายน้ำ (downstream demand)²⁰³

อาจกล่าวได้ว่า การกำหนดตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องโดยปกติจะพิจารณาการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นหลัก แต่กรณีที่การทดแทนด้านอุปสงค์เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอเนื่องจากผู้ประกอบการเปลี่ยนแปลงการผลิตได้เร็วไม่ต้องลงทุนเพิ่มหรือไม่มีต้นทุนจมหรือไม่มีความเสี่ยงใดซึ่งจำกัดการขึ้นราคาของผู้ประกอบการจึงต้องพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานประกอบด้วยจึงจะได้ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องที่เหมาะสม

3.2.3.1.1.3. โอกาสในการแข่งขัน (potential competition)

โอกาสในการแข่งขันหรือสภาพการแข่งขันเป็นปัจจัยที่น่าจะจำกัดการแข่งขัน แต่ไม่ได้พิจารณาในการกำหนดตลาด เนื่องจากโอกาสการแข่งขันขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ²⁰⁴ เช่น ศักยภาพของคู่แข่ง จำนวนคู่แข่ง เทคโนโลยีการผลิต การขนส่ง คุณภาพและสภาพแวดล้อมซึ่งส่งผลต่อการเข้าสู่ตลาด กล่าวอีกอย่างก็คือ พิจารณาการทดแทนด้านอุปสงค์ซึ่งผู้บริโภคสามารถ

²⁰¹ Ibid., p. 112.

²⁰² Ibid., p. 112.

²⁰³ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63.

²⁰⁴ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 24.

เปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นทดแทนได้ทันทีและการทดแทนด้านอุปทานซึ่งผู้ผลิตอาจหันไปผลิตสินค้าอื่นทดแทนได้ในเวลาไม่นาน

โอกาสในการแข่งขันไม่ได้พิจารณาในขณะที่กำหนดตลาด แต่จะพิจารณาหลังจากกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาว่าผู้ประกอบการต้องเผชิญกับสภาพการแข่งขันอย่างไร มีการจำกัดการแข่งขันหรือแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งสัมพันธ์กับสภาพการเข้าสู่ตลาดและปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง

3.2.3.1.2. ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงภูมิศาสตร์

การกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเป็นขั้นตอนที่สองในการประเมินการแข่งขันและการกระจุกตัวของตลาด²⁰⁵ ทำได้ง่ายกว่าการกำหนดขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเนื่องจากพิจารณาค่าขนส่งซึ่งเป็นภาวะวิสัย (objective number) จึงประเมินได้ง่าย²⁰⁶ ปกติผู้มีอำนาจตลาดไม่มีอำนาจตลาดอยู่ทุกหนแห่ง²⁰⁷ ผู้ประกอบการไม่อาจขึ้นราคาอย่างมากหากว่าผู้บริโภคอาจหันไปซื้อสินค้าหรือใช้บริการจากท้องถิ่นอื่นทดแทนได้²⁰⁸

ตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตเล็กน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ โดยเฉพาะค่าขนส่ง²⁰⁹ ความต้องการของผู้บริโภคเป็นปัจจัยเบื้องต้นในการกำหนดตลาดทางภูมิศาสตร์ผู้บริโภคพอใจที่จะเดินทางเป็นระยะทางเท่าใดเพื่อไปซื้อสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นอื่น²¹⁰ หากผู้บริโภคซื้อบ่อยครั้งแต่ซื้อครั้งละปริมาณมาก ถ้าผู้ซื้อส่วนใหญ่ซื้อไม่บ่อยขอบเขตภูมิศาสตร์ที่กว้างน่าจะเหมาะสมและเมื่อผู้ซื้อเป็นบริษัทใหญ่ซึ่งต้องการสินค้าในระยะยาวเป็นจำนวนมากผู้ประกอบการอาจซื้อสินค้าจากทั่วโลกโดยเฉพาะเมื่อค่าขนส่งไม่มาก²¹¹

²⁰⁵ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63.

²⁰⁶ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 89-90.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 112.

²⁰⁸ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 326.

²⁰⁹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., pp. 63-64, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 89-90, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 39 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 326.

²¹⁰ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63 และ สรวิศ ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 53.

²¹¹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 64.

ตลาดภูมิศาสตร์รวมขอบเขตพื้นที่ซึ่งมีการแข่งขันคล้ายกันหรือเหมือนกันมากถือว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน พื้นที่ซึ่งสภาพการแข่งขันต่างกันไม่ถือเป็นตลาดเดียวกัน²¹² ผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าต่างกันไม่ถือว่าแข่งขันกัน ขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของสินค้าและผู้ซื้อและขายสินค้า²¹³

“ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง” ประกอบด้วยท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งมีผู้ประกอบการขายสินค้าหรือให้บริการทดแทนกันได้ หากผู้ประกอบการรายหนึ่งขึ้นราคาสินค้าอย่างมากแล้วผู้บริโภคจะหันไปซื้อสินค้าจากท้องถิ่นอื่นได้ต่อการขึ้นราคาจนกระทั่งการขึ้นราคาสินค้านั้นไม่ทำให้ได้กำไร เช่นนี้ท้องถิ่นต่าง ๆ นั้นถืออยู่ในตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเดียวกัน กล่าวคือต้องรวมท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งผู้บริโภคหันไปหาสินค้าหรือบริการทดแทนผู้ประกอบการสามารถส่งสินค้าเข้ามาขายทุกราย ตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับประเภทสินค้าหากสินค้าขนส่งได้สะดวกและมีค่าขนส่งที่ไม่มาก ตลาดก็จะมีขอบเขตกว้างกว่าสินค้าที่ขนส่งไม่สะดวกหรือมีค่าขนส่งสูงเพราะกรณีที่ขึ้นราคาสินค้าผู้ประกอบการที่อยู่ห่างไกลออกไปไม่สามารถส่งสินค้าเข้ามาแข่งขันได้ เมื่อรวมต้นทุนค่าขนส่งแล้วจะทำให้ไม่สามารถขายในราคาเท่ากับหรือต่ำกว่าราคาของผู้ประกอบการที่สันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด ในทางตรงข้าม ถ้าการลดราคาสินค้าในท้องถิ่นหนึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อราคาสินค้าในอีกท้องถิ่นหนึ่งแสดงว่าสินค้าในทั้งสองท้องถิ่นไม่แข่งขันกันและผู้ผลิตในทั้งสองท้องถิ่นก็ไม่จัดอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน²¹⁴

ขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ขึ้นอยู่กับมูลค่าสินค้าโดยเปรียบเทียบกับค่าขนส่ง ถ้าสินค้านั้นมีมูลค่าสูงแต่ค่าขนส่งต่ำตลาดจะมีขอบเขตกว้าง แต่ถ้าสินค้านั้นมีมูลค่าต่ำแต่ค่าขนส่งสูงตลาดมีขอบเขตแคบ²¹⁵ ค่าขนส่งมากหรือน้อยมีผลต่อขอบเขตของตลาด ในการพิจารณาตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ค่าขนส่งสูงทำให้ไม่มีการค้าระหว่างพื้นที่ทางเศรษฐกิจเกิดขึ้น²¹⁶ และไม่

²¹² Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 326.

²¹³ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 113.

²¹⁴ สรวิต ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, หน้า 55-58.

²¹⁵ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 64, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 113, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 39 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 326.

²¹⁶ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 57.

สามารถแข่งขันกับพื้นที่อื่น ๆ ได้ แม้ว่าข้อมูลทั่วถึงให้ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องมีขอบเขตแคบ โดยทั่วไปขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ขึ้นอยู่กับปัจจัย 3 ประการ²¹⁷ คือ

- 1) ค่าขนส่ง (shipping cost)
- 2) มูลค่าของสินค้า (value of the product)
- 3) ขนาดของราคาที่สันนิษฐานเพิ่มขึ้นซึ่งแสดงถึงระดับอำนาจผูกขาด

อย่างไรก็ตาม ค่าขนส่งอาจเป็นหลักฐานทางอ้อมของตลาดที่เกี่ยวข้องเชิงภูมิศาสตร์ ค่าขนส่งสูงทำให้ไม่มีการค้าในพื้นที่ต่าง ๆ กัน ในทางเศรษฐกิจต้องพิจารณาระยะทางการขนส่งและค่าขนส่ง อย่างไรก็ตาม ค่าขนส่งไม่อาจกำหนดตลาด เนื่องจากปัจจัยอื่นทำให้ผู้ประกอบการนอกตลาดส่งสินค้าเข้ามาในตลาดทั้ง ๆ ที่มีอุปสรรคหรือการกีดกัน ซึ่งอาจถูกละเลย น่าจะเกิดปัญหาว่าค่าขนส่งสูงทำให้ไม่มีการค้าแม้มีข้อมูลทางการค้าอย่างชัดเจนว่าขอบเขตควบคุมสภาพการแข่งขันจากภายนอกตลาด²¹⁸

Herbert Hovenkamp ได้เสนอให้หาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เล็กที่สุด (minimum geographic market) สำหรับสินค้าที่ถูกขนส่งหรือการส่งสินค้าโดยมีค่าขนส่งราคาเท่ากันสามารถหาได้จากสมการ²¹⁹

$$Mr = \frac{I C}{T}$$

โดยที่	Mr	เป็นรัศมีของตลาดภูมิศาสตร์ที่เล็กที่สุดรอบโรงงานที่ผลิตสินค้าที่กำลังพิจารณา (มีหน่วยเป็นไมล์)
	I	เป็นสัดส่วนการเพิ่มราคาโดยผู้กำหนดนโยบายเพื่อที่จะรับรองว่าเกี่ยวข้องกับผูกขาด
	C	ต้นทุนการผลิตสินค้าหรือราคาสินค้าในตลาดแข่งขัน (มีหน่วยเป็นดอลลาร์)
	T	ค่าขนส่งด้วยวิธีที่เสียค่าขนส่งน้อยที่สุด (หน่วยเป็นดอลลาร์ต่อไมล์) ซึ่งค่าขนส่งดังกล่าวคงที่และผู้ประกอบการทุกรายเสียเท่ากัน

²¹⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 113-114.

²¹⁸ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., pp. 116-117.

²¹⁹ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 114.

สมการดังกล่าวใช้หาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เล็กที่สุด โดยขนาดตลาดขยายตามคู่แข่ง ซึ่งขึ้นอยู่กับถิ่นที่ลูกค้าอาศัยอยู่ ข้อดีของสมการนี้ คือ หาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เล็กที่สุดได้อย่างรวดเร็วโดยไม่ต้องทราบถิ่นที่อยู่ของลูกค้า ถ้าตลาดมีขอบเขตกว้างมากก็จะขจัด การป้องกันการผูกขาดหรือถ้าตลาดมีขนาดใหญ่ระดับประเทศและการค้าต่างประเทศก็ไม่ใช่ประเด็น สำคัญแล้วสมการจะหาขนาดตลาดได้ดี ถ้าสมการไม่บ่งชี้ตลาดขนาดใหญ่เพียงพอที่จะหักล้างข้อ กล่าวหาแล้วอาจไม่ทดแทนเพื่อที่จะกำหนดตำแหน่งที่อยู่ของลูกค้าตามความเป็นจริงและผู้ขายราย อื่น ๆ และพยายามหาว่าจะสูญเสียยอดขายมากเพียงใด สมการสันนิษฐานว่าค่าขนส่งไม่คงที่ เมื่อค่า ขนส่งไม่คงที่ในระยะยาวจะถูกกว่าในระยะสั้น มีแนวโน้มว่าจะเพิ่มขนาดของตลาดออกไป มี ข้อยกเว้นในบางกรณีผู้ประกอบการอาจมีค่าขนส่งต่ำกว่าคู่แข่ง²²⁰

ราคาสินค้า ถ้าท้องถิ่นสองแห่งอยู่ในตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเดียวกัน แล้วราคาในท้องถิ่นหนึ่งจะส่งผลต่อราคาในอีกท้องถิ่นหนึ่ง ราคาในแต่ละท้องถิ่นอาจแตกต่างกัน เนื่องจากอัตราภาษีศุลกากร อัตราแลกเปลี่ยน ค่าขนส่ง ค่าประกันภัย ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ราคาในคนละท้องถิ่นไม่จำเป็นต้องเท่ากัน การทดแทนด้านอุปสงค์ประเมินจากเจตนาของผู้บริโภคว่า มีส่วนต่างระหว่างต้นทุนกับราคาขาย ดังนั้น ขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องจะสะท้อนการ เปลี่ยนแปลงราคามากกว่าระดับราคาที่เท่ากันของผู้ประกอบการในพื้นที่คนละแห่งและระดับราคาที่ ต่างกันแสดงว่าอยู่ในคนละตลาดภูมิศาสตร์กัน เมื่อราคาในท้องถิ่นหนึ่งเพิ่มขึ้นอาจส่งผลต่อราคาใน ท้องถิ่นใกล้เคียงทำให้สินค้าในท้องถิ่นใกล้เคียงใช้ทดแทนกันได้ แต่ในบางกรณีสินค้าในท้องถิ่น (ก.) หนึ่งใช้ทดแทนสินค้าในอีกท้องถิ่นหนึ่งได้ (ข.) แต่ไม่จำเป็นต้องใช้ทดแทนกันระหว่างท้องถิ่น กล่าวคือ สินค้าในท้องถิ่น (ข.) อาจไม่ทดแทนสินค้าในท้องถิ่น (ก.) ซึ่งขึ้นอยู่กับช่องทางการกระจาย สินค้าหรือบริการหรือความต้องการที่เหมือนหรือแตกต่างกัน²²¹

การเปลี่ยนแปลงของราคาในท้องถิ่นต่าง ๆ และวิธีการขนส่งทำให้ทราบว่า ท้องถิ่นต่าง ๆ อยู่ในตลาดภูมิศาสตร์เดียวกันหรือไม่ เช่น ราคาสินค้าในท้องถิ่น ก. ลดลงตามราคา สินค้าในท้องถิ่น ข. หรือราคาสินค้าในท้องถิ่น ข. ลดลงตามราคาสินค้าในท้องถิ่น ก. เสมอหรือราคา สินค้าในท้องถิ่นทั้ง 2 แห่งเพิ่มขึ้นท้องถิ่น ก. และ ข. น่าจะอยู่ในตลาดภูมิศาสตร์เดียวกัน เช่นเดียวกัน ถ้าผู้ผลิตที่อยู่ในท้องถิ่น ก. ขายสินค้าในท้องถิ่น ก. และท้องถิ่น ข. ทั้ง 2 ท้องถิ่นน่าจะ เป็นตลาดภูมิศาสตร์เดียวกัน (single geographic market)²²²

การกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเป็นการจำแนกท้องถิ่นซึ่ง ผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการที่อยู่ในท้องถิ่นได้เปรียบด้านต้นทุนมากกว่าผู้ประกอบการที่

²²⁰ Ibid., p. 114.

²²¹ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., pp. 115-116.

²²² Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 117.

ไม่ได้ประกอบการอยู่ในท้องถิ่น ผู้ประกอบการที่ได้เปรียบสามารถขึ้นราคาได้มากเท่าที่ตนได้เปรียบด้านต้นทุน ซึ่งมักเป็นความได้เปรียบในด้านค่าขนส่ง ดังนั้น ขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์จึงขึ้นอยู่กับมูลค่าของสินค้าและค่าขนส่ง การขนส่งจะขยายขอบเขตของตลาดออกไปถ้าเพียงแต่ว่าท้องถิ่นที่ผลิตมากกว่าเป็นการบริโภคในท้องถิ่น²²³

ความแตกต่างของท้องถิ่นเป็นเกณฑ์ในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องอย่างแคบ เช่น การจัดหาสินค้าหรือบริการตามนโยบายของรัฐ ภาษีนำเข้าสินค้าผ่านแดน ความต้องการเข้ามาจัดจำหน่ายและโครงสร้างทางการตลาด และภาษา ซึ่งปัจจัยต่างๆ เป็นเหตุไม่ควรรำคาญจากท้องถิ่นอื่นมาพิจารณา ความแตกต่างของท้องถิ่นอาจทำให้เป็นผู้ผูกขาด เช่น ในสหภาพยุโรปส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยที่พิจารณาในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ ที่เกี่ยวข้อง ส่วนแบ่งตลาดในท้องถิ่นต่างๆ ที่แตกต่างกันแสดงว่าสภาพการแข่งขันต่างกัน²²⁴

นอกจากค่าขนส่งแล้วอาจถูกจำกัดโดยกฎระเบียบต่างๆ เช่น ใบอนุญาตการนำเข้าสินค้า โควต้า ค่าขนส่งสูง ความพอใจของผู้บริโภค อุปสรรคทางการค้าระหว่างรัฐอาจลดการแข่งขันภายในตลาด ซึ่งจำกัดพฤติกรรมของผู้ประกอบการ และจำกัดขอบเขตของตลาดเป็นระดับประเทศ²²⁵

การนำเข้าสินค้าจากท้องถิ่นอื่นหรือต่างประเทศซึ่งมีสภาพการแข่งขันไม่เหมือนกันทำให้พิจารณาได้ยาก²²⁶ อย่างไรก็ตาม ผลกระทบคาดเดาได้น้อยและโดยทั่วไปไม่อาจระบุได้วันแต่สินค้าจะแตกต่างกันอย่างมาก อาจมีลูกค้าบางกลุ่มในท้องถิ่นของผู้ประกอบการรายแรกซึ่งพอใจสินค้าของผู้ประกอบการและยอมซื้อสินค้าในราคาแพงที่จะหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนทำให้ตลาดมีขอบเขตแคบ ในทางตรงข้าม แม้ลูกค้าบางกลุ่มพอใจสินค้าของคู่แข่งมากกว่าและจะหันไปใช้สินค้าของคู่แข่งทันทีที่ผู้ประกอบการขึ้นราคาทำให้ตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตกว้าง²²⁷

ความพอใจของผู้บริโภค แม้ว่าสินค้าในท้องถิ่นสองแห่งอาจทดแทนกันได้ในบางวัตถุประสงค์ แต่ความภักดีต่อยี่ห้อสินค้าของผู้บริโภคทำให้สินค้าต่างๆ ใช้ทดแทนไม่ได้ ในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องต้องคำนึงถึงการนำเข้าในขณะนั้นว่ามีการนำเข้าหรือไม่มีการ

²²³ Ibid., p. 117.

²²⁴ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 114.

²²⁵ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 39 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 326-327.

²²⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 64 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 326.

²²⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 114-115.

นำเข้ามามากเลย หากเป็นท้องถิ่นที่มีการผูกขาดมีสินค้านำเข้าน้อยหรือไม่มีสินค้านำเข้ามาแข่งขันกับผู้ผูกขาดเลยต้องพิจารณาโอกาสที่น่าจะมีการขึ้นราคาเหนือกว่าระดับราคาที่เหมาะสม ซึ่งจะทำให้มีผู้นำเข้าสินค้าเข้ามาแข่งด้วย²²⁸

สภาพของตัวสินค้าหรือบริการนั้น มักเกิดจากข้อจำกัดของสินค้าหรือบริการนั้นๆ เช่น คุณสมบัติของสินค้านั้น ความคงทนหรือความเน่าเสียง่าย สินค้าที่เน่าเสียได้ง่ายมีความคงทนน้อย เช่น พืชผัก ผลไม้ อาหารสด มักมีข้อจำกัดด้านพื้นที่ เนื่องจากมีระยะเวลาในการขนส่งจำกัด หากใช้ระยะเวลาขนส่งนานๆ สินค้านั้นๆ ก็มักจะเน่าเสียก่อนที่จะถึงมือผู้บริโภคซึ่งสินค้าที่คงทนมากสามารถเก็บรักษาได้นานทำให้ตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตกว้างกว่าสินค้าที่เน่าเสียกว่า²²⁹

สินค้าและบริการที่อยู่กับที่ (stationary goods and services) ตลาดภูมิศาสตร์อาจมีขนาดเล็กและหาขอบเขตของตลาดได้ยาก ถ้าเป็นลูกค้าขาจร (traveling) โดยเฉพาะถ้าเป็นผู้บริโภค (end use consumers) มีข้อจำกัดธุรกิจทำให้สินค้าบางอย่างถูกส่งไปมาในตลาดค้าส่ง แต่หยุดอยู่กับที่ในตลาดค้าปลีก อย่างไรก็ตาม ในด้านอุปทานแล้วการแข่งขันอาจครอบคลุมพื้นที่กว้างกว่าความตั้งใจที่จะเดินทางไปหาสินค้าหรือบริการของลูกค้าโดยเฉพาะถ้าคู่แข่งมีสาขา (chain) หลายแห่ง²³⁰

เนื่องจากมีสินค้าหรือบริการจากท้องถิ่นต่างๆ บริเวณใกล้เคียงโรงงานทดแทนกันแม้ผู้ผลิตอยู่นละท้องถิ่นกัน แต่อาจจะอยู่ในตลาดเดียวกันเพราะสินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้อาจเข้าถึงมือผู้บริโภคในท้องถิ่นต่างๆ ได้ หากทดแทนกันได้ดีถือว่าอยู่ในตลาดเดียวกัน ดังนั้น ตลาดอาจมีขอบเขตเป็นท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง พื้นที่ส่วนหนึ่งของประเทศ ประเทศหรือระดับระหว่างประเทศ²³¹

เกิดปัญหาว่าจะพิจารณาการนำเข้าอย่างไรซึ่งในกรณีมีขอบเขตตลาดเป็นระดับประเทศ ตลาดภูมิศาสตร์รวมสินค้านำเข้าแต่ไม่รวมกำลังผลิตของผู้ผลิตต่างชาติที่สามารถผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นมาเป็นส่วนหนึ่งของตลาด โดยถือว่ากำลังการผลิตเพิ่มขึ้นนั้นมีอิทธิพลต่อตลาดเมื่อส่งสินค้าเข้ามาขายในตลาดได้ง่ายมาก เมื่อราคาเพิ่มขึ้นหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตต่างชาติไม่น่าจะ

²²⁸ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 116, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 39 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 327.

²²⁹ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 115.

²³⁰ Ibid., p. 115.

²³¹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 63 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 327.

ละทิ้งความสัมพันธ์ที่มีกับลูกค้าเดิมโดยส่งสินค้ามายังตลาดสินค้าที่มีราคาเพิ่มขึ้นเท่านั้น และอาจมีกฎหมายจำกัดการนำเข้า ซึ่งข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนี้อาจถูกหักล้างได้ ถ้าผู้ผลิตต่างชาติมีกำลังการผลิตส่วนเกิน ซึ่งผู้ผลิตอาจเพิ่มกำลังผลิตดังกล่าวได้ทันที และขณะนั้นมีนโยบายเปิดตลาดและมีความสามารถในการขนส่ง กระจายให้เข้าถึงง่ายหรือการจัดสรรในสถานที่ต่าง ๆ ผู้สนับสนุนของตลาดใหญ่กว่าอาจสามารถนำหลักฐานในประเด็นดังกล่าว ซึ่งการทดสอบข้อเท็จจริงจะใช้เป็นหลักฐานและหักล้างได้²³²

ความยืดหยุ่นของอุปสงค์และอุปทานมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เหมาะสม ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องคือพื้นที่ภูมิศาสตร์ซึ่งผู้ประกอบการสามารถกำหนดราคาสูงกว่าราคาแข่งขันอย่างมากโดยพิจารณาจาก 1) ผู้ประกอบการ ก. อาจไม่มีอำนาจตลาดถ้าผู้บริโภคจำนวนมากเปลี่ยนไปซื้อสินค้าของผู้ประกอบการ ข. ที่อยู่นอกพื้นที่อย่างรวดเร็วโดยไม่มีค่าใช้จ่าย กล่าวคือ ความยืดหยุ่นของอุปสงค์สูงนั่นเอง หรือ 2) ผู้ประกอบการ ก. อาจไม่มีอำนาจตลาดถ้าผู้ประกอบการ ข. ที่อยู่นอกพื้นที่หาสินค้าทดแทนที่ราคาใกล้เคียงกับต้นทุนของผู้ประกอบการ ก. มาป้อนให้ตลาดได้เร็วกล่าวคือ มีความยืดหยุ่นของอุปทานสูงนั่นเอง ถ้าผู้บริโภคหันไปหาสินค้าอื่นที่อยู่นอกพื้นที่ได้อย่างรวดเร็วหรือผู้ผลิตที่อยู่นอกพื้นที่สามารถส่งสินค้าเข้ามาขายในท้องถิ่นเดียวกันได้อย่างรวดเร็ว แล้วการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์อาจมีขอบเขตแคบเกินไป และตลาดที่มีขอบเขตกว้างต้องรวมเอาผู้จัดหาสินค้าที่อยู่ภายนอกตลาดเข้ามาด้วย²³³

ความยุ่งยากในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์อาจลดลง ถ้าพิจารณาการแข่งขันจากภายนอกตลาดในเวลาที่เหมาะสมอำนาจตลาด ถ้ากำหนดตลาดแคบมาก โดยแยกแยะลักษณะระหว่างการกำหนดตลาดและการประเมินอำนาจตลาดจะไม่ผิดพลาด²³⁴

การกำหนดพื้นที่ภูมิศาสตร์โดยใช้ The Elzinga-Hogarty Test ในปี 1973 Elzinga และ Hogarty²³⁵ เสนอว่าไม่สามารถกำหนดพื้นที่ภูมิศาสตร์เป็นตลาดได้ ถ้า 1) สินค้าที่ผลิตในเขตท้องถิ่นหนึ่งถูกขายในท้องถิ่นอื่นมากกว่า 25% (little out from inside: LOFI) และ 2) ถ้าผู้ซื้อในท้องถิ่นหนึ่งซื้อสินค้าจากท้องถิ่นอื่นมากกว่า 25% (little in from outside: LIFO) ซึ่งต่อมาในปี 1978 Elzinga และ Hogarty ได้เสนอว่าขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง คือ สินค้าที่ผลิตใน

²³² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 64.

²³³ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 113.

²³⁴ Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 331.

²³⁵ K. Elzinga & T. Hogarty, "The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits," 18 Antitrust Bull 45 (1973) cited in Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 118.

ท้องถิ่นหนึ่งถูกส่งไปจำหน่ายในท้องถิ่นอื่นและสินค้าจากท้องถิ่นอื่นซึ่งถูกบริโภคในท้องถิ่นโดยเฉลี่ยต่ำกว่า 10 %²³⁶

ปัจจุบันศาลสหรัฐบางศาลกล่าวว่า “เกณฑ์ 25% เป็นการกำหนดตลาดอย่างกว้าง (weak market) และเกณฑ์ 10% เป็นการกำหนดตลาดอย่างแคบ (strong market) คดีในสหรัฐจำนวนมากใช้การทดสอบ Elzinga-Hogarty Test เพื่อหาตลาดภูมิศาสตร์ แต่ก็ถูกโต้แย้งอย่างมากการทดสอบด้วย The Elzinga-Hogarty Test นี้เป็นการสุ่มพิจารณาในขณะนั้นว่าผู้ซื้อและผู้ขายจะทำการอย่างไรในสถานการณ์นั้น แต่ไม่ได้บอกว่าผู้ซื้อและผู้ขายจะโต้ตอบการขึ้นราคาในอนาคต ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเป็นสถิติ ซึ่งนำมาประเมินว่าเกิดอะไรขึ้นในเวลาที่จะพิจารณา จำเป็นต้องมีหลักฐานยืนยันว่าผู้ซื้อจะโต้ตอบการขึ้นราคาอย่างไร ซึ่งไม่สามารถหาตลาดที่เกี่ยวข้องได้เลย The Elzinga-Hogarty Test อาจกำหนดตลาดกว้างเกินไปจึงต้องพิจารณาว่ามีการเลือกปฏิบัติทางราคาหรือความพอใจของผู้ซื้อ²³⁷

ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง คือ ท้องถิ่นซึ่งลูกค้าถูกจำกัดไม่ให้เปลี่ยนไปยังท้องถิ่นอื่นเพื่อโต้ตอบการขึ้นราคาอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งแสดงถึงเขตการค้า (trade area) ของผู้ขายนั่นเอง หรือท้องถิ่นซึ่งลูกค้าในท้องถิ่นนั้นต่างกับตลาดป้องกันการผูกขาดที่เกี่ยวข้องอย่างสิ้นเชิง ส่วนเขตการค้า (trade area) ถือเป็นขอบเขตระยะทางที่ลูกค้าจะเดินทางไปซื้อสินค้าหรือใช้บริการ ส่วนตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นขอบเขตที่ลูกค้าเดินทางไปเพื่อหลีกเลี่ยงการซื้อสินค้าหรือใช้บริการในเขตท้องถิ่นนั้น เราจำเป็นต้องทราบขอบเขตระยะทางซึ่งผู้คนจากท้องถิ่นใกล้เคียงสามารถหันไปหาผู้ขายรายอื่นได้ทันที ต้องพิจารณาระดับความตั้งใจของลูกค้าที่จะเดินทางเป็นระยะทางเท่าใดและระยะทางไกลที่สุด²³⁸ สำหรับข้อตกลงว่าจะไม่แข่งขันไม่อาจกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ แม้ข้อตกลงไม่แข่งขันในท้องถิ่นบางแห่งมีลักษณะเป็นการผูกขาด²³⁹

การตั้งราคาแบบเลือกปฏิบัติทางราคาตามพื้นที่ภูมิศาสตร์เกิดขึ้นเมื่อราคาสินค้าในท้องถิ่น 2 แห่งแตกต่างกันไม่ได้มีต้นทุนต่างกัน การเลือกปฏิบัติทางราคาแสดงว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดในพื้นที่ภูมิศาสตร์บางแห่ง ซึ่งถูกจำกัดโดยต้นทุนส่วนเพิ่มสังเกตได้จากส่วนต่างของราคาและต้นทุนทำให้ทราบความสามารถของผู้ประกอบการที่จะขึ้นราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มซึ่งในท้องถิ่นที่มีราคาต่ำอาจเป็นราคาที่สูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มอยู่แล้ว ดังนั้น ราคาในท้องถิ่นที่ราคาสูงจึงสะท้อนถึงอำนาจตลาดที่เข้มข้นมากกว่าแสดงถึงความแตกต่างของราคา ยกเว้น

²³⁶ K. Elzinga & T. Hogarty, "The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: the Case of Coal," 23 *Antitrust Bull* 1 (1978) cited in Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 118.

²³⁷ Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 118.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 119-120.

²³⁹ *Ibid.*, p. 120.

กรณีราคาในท้องถิ่นนั้นจะต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม เช่น การตั้งราคาทำลายคู่แข่ง (predatory pricing) แต่เกิดขึ้นได้ยาก (presumably rare)²⁴⁰

การเลือกปฏิบัติทางราคา เช่น ตั้งราคารวมการขนส่ง (delivered pricing system) หรือตั้งราคาขั้นต่ำ (basing point pricing system) ซึ่งการเลือกปฏิบัติทางราคาทำให้ผู้ขายได้รับกำไรผูกขาดจากการแย่งชิงลูกค้า ขณะที่ในท้องถิ่นห่างไกลออกไปราคาจะเท่ากับผู้อื่นในท้องถิ่นนั้น ดังนั้น ผู้ขายอาจแข่งขันในพื้นที่ภูมิศาสตร์ขนาดใหญ่ ในขณะที่ได้ยังได้รับกำไรผูกขาดในพื้นที่ภูมิศาสตร์ขนาดเล็ก²⁴¹ การแข่งขันที่มากขึ้นในพื้นที่ขนาดเล็กอาจสำคัญมากและถือเป็นตลาดทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง²⁴²

หลักฐานที่ใช้ในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์²⁴³

1. การเบี่ยงวิถีการค้าในท้องถิ่นต่าง ๆ ในอดีตเป็นหลักฐานโดยตรงว่ามีการเปลี่ยนแปลงราคาระหว่างท้องถิ่นและปฏิภนของผู้บริโภคอาจจำเป็นต้องเปรียบเทียบราคาในท้องถิ่น ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ระดับภาษีที่แตกต่างกัน และความแตกต่างของสินค้าหรือบริการอย่างมีนัยสำคัญ (significant) ระหว่างในท้องถิ่นต่าง ๆ

2. ลักษณะของอุปสงค์ ตลาดภูมิศาสตร์อาจกำหนดจากความพอใจของเชื้อชาติ (national preferences) หรือยี่ห้อสินค้าในประเทศ (national brand) วัฒนธรรม และรูปแบบการดำรงชีวิต และความต้องการร่วมกันภายในท้องถิ่น

3. มุมมองของผู้ซื้อและคู่แข่ง ในการกำหนดตลาดสินค้าโดยพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคและคู่แข่งมาพิจารณาในการกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์

4. รูปแบบการซื้อตามพื้นที่ภูมิศาสตร์ในขณะนั้น พิจารณาว่าผู้ซื้อจะซื้อสินค้าหรือบริการจากท้องถิ่นใดบ้าง ถ้าผู้ซื้อซื้อจากคนละท้องถิ่น อาจถือว่าท้องถิ่นต่าง ๆ นั้นเป็นขอบเขตของตลาด

5. การเพิ่มการค้า (trade flows) วิธีการขนส่ง ข้อมูลการค้าอาจใช้กำหนดตลาดภูมิศาสตร์ซึ่งพิจารณาได้จาก สถิติทางการค้า (trade statistics) ของสินค้าหรือบริการแต่ละชนิด

²⁴⁰ Ibid., pp. 120-121.

²⁴¹ D. Haddock, "Basing-Point Pricing: Competitive vs. Collusive Theories," 72 *American Economic Review*, 289 (1982) cited in Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 121.

²⁴² J. Ordovery & R. Willig, The 1982 Dept. of Justice Merger Guideline: An Economic Assessment, 71 *Calif. Law Review* 535, 548 (1983) cited in Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2nd ed., p. 121.

²⁴³ Whish, Richard, *Competition Law*, 5th ed., p. 42.

6. อุปสรรคและค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนและการเปลี่ยนวิถีการค้าไปซื้อจากในท้องถิ่นอื่น อุปสรรคทางการค้าอาจเป็นการกำหนดขอบเขตตลาดเป็นระดับประเทศ (national market) ค่าขนส่ง และการจำกัดการขนส่ง อาจใช้ปัจจัยทั้งหมดดังกล่าวร่วมกันในการหาขอบเขตของตลาดของแต่ละประเทศ

3.2.3.1.3 ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของระยะเวลา

ในบางกรณีอาจจำเป็นต้องพิจารณาตลาดโดยคำนึงถึงมิติด้านเวลา (temporal dimension) ด้วย ซึ่งมักถูกละเลยและไม่มีการกล่าวถึงสภาพการแข่งขันที่อาจแตกต่างกันไปตามช่วงเวลาหรือฤดูกาล ตลาดส่วนใหญ่ไม่มีมิติด้านเวลา อย่างไรก็ตาม สินค้าบางประเภทจำเป็นต้องพิจารณาช่วงเวลาหรือฤดูกาลด้วย ตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของระยะเวลาหรือฤดูกาลอาจเป็นส่วนหนึ่งในการกำหนดตลาดสินค้า²⁴⁴ สภาพการแข่งขันอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละช่วงเวลา เช่น ความแตกต่างของสภาพอากาศหรือนิสัยของผู้บริโภค²⁴⁵ เช่น ในคดี United Brands²⁴⁶ ศาลสหภาพยุโรปได้ให้ความหมายตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของระยะเวลาหรือฤดูกาล โดยศาลได้ยืนยันว่าตลาดของกล้วยนั้นแยกจากตลาดของผลไม้ชนิดอื่น ๆ เนื่องจากพบหลักฐานว่าอุปสงค์ของกล้วยเปลี่ยนแปลงไปตามฤดูกาลโดยอาจมีผลไม้ชนิดอื่นทดแทนได้ ขอบเขตของตลาดแตกต่างกันไปตามฤดูกาลโดยในฤดูร้อนกล้วยเป็นส่วนหนึ่งของตลาดผลไม้อย่างกว้าง²⁴⁷

3.2.3.1.4 อุปสรรคในการเข้าสู่และออกจากตลาด

อุปสรรคการเข้าหรือออกจากตลาดเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาดูด้วย²⁴⁸ เพราะเป็นปัจจัยที่ป้องกันมิให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาแข่งขันกับผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดอยู่ก่อนแล้ว ส่วนอุปสรรคในการออกจากตลาด (barriers) เป็นปัจจัยซึ่งทำให้ผู้ประกอบการออก (leave) จากตลาดได้ยากลำบาก²⁴⁹ ไม่ว่าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากเพียงใดก็ตามแต่ผู้ประกอบการอาจไม่มีอำนาจตลาดเลยเพราะเมื่อผู้ประกอบการขึ้นราคาหากำไรมากขึ้นก็จะดึงดูด

²⁴⁴ Ibid., p. 42 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 331.

²⁴⁵ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 42.

²⁴⁶ Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR.

²⁴⁷ Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 331.

²⁴⁸ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 83-84 and Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., pp. 43-44.

²⁴⁹ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 1275.

ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดและถ้าผู้ประกอบการรายอื่นเข้าสู่ตลาดได้อย่างเสรี ทำให้มีการแข่งขันมากขึ้นและมีส่วนแบ่งตลาดลดลงอย่างรวดเร็วหรือได้รับกำไรลดลงทำให้ผู้ประกอบการไม่อาจตั้งราคาผูกขาดได้อีกต่อไป²⁵⁰ หรือถ้าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากโดยไม่มีสินค้าหรือบริการใดใช้ทดแทนได้ทีละ และผู้ประกอบการทุกรายใช้กำลังผลิตเต็มที่แล้ว หากเข้าสู่ตลาดได้ง่ายแล้ว การสรุปว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดอาจผิดพลาดได้ เช่น สมมติว่าช่วงเวลา 10 ปีก่อนทั้งอุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) มีการขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว มีผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดหรืออุตสาหกรรมจำนวนมาก แล้วต่อมาผู้ประกอบการเข้าสู่ตลาดหรืออุตสาหกรรมลดลง เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดลดลงจากเดิมมาก ซึ่งถือว่ามีความยืดหยุ่นของอุปทานต่อคู่แข่งสูง เราไม่อาจถือเอาส่วนแบ่งตลาดที่ลดลงนั้นมาสรุปว่าผู้ประกอบการรายนั้นมีอำนาจตลาดลดลงหรือไม่มีอำนาจตลาดได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวส่วนแบ่งตลาดไม่อาจประเมินอำนาจตลาดได้ เราจึงควรพิจารณาการเข้าสู่ตลาดและจำนวนสินค้าที่เพิ่มขึ้นในช่วงเวลานั้นมาหักล้างส่วนแบ่งตลาด เมื่อได้ตรวจสอบปัจจัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้วจึงเชื่อได้ว่าส่วนแบ่งตลาดนั้นแสดงถึงอำนาจตลาดที่แท้จริงได้หรือไม่²⁵¹ ดังนั้น อำนาจเหนือตลาดไม่ได้ขึ้นอยู่กับส่วนแบ่งตลาดแต่ขึ้นอยู่กับอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและออกจากตลาด ส่วนแบ่งตลาดไม่ได้แสดงถึงโอกาสการแข่งขัน เพียงแสดงให้เห็นสภาพการแข่งขันในขณะนั้น ส่วนแบ่งตลาดจำนวนมากอาจไม่ได้สะท้อนว่ามีอำนาจตลาดมาก²⁵² และบางครั้งเมื่ออุปสรรคการเข้าสู่ตลาดต่ำเป็นหลักฐานว่าผู้ประกอบการไม่มีอำนาจตลาดไม่ว่าจะมีส่วนแบ่งตลาดมากเพียงใด²⁵³ โดยพิจารณาอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดหลังจากกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว²⁵⁴

โดย Bain นักเศรษฐศาสตร์สำนัก Harvard School เห็นว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้แก่ ปัจจัยต่าง ๆ ที่ทำให้ผู้ประกอบการรักษาระดับราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มอย่างมีนัยสำคัญโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่²⁵⁵ อุปสรรคต่างๆใช้

²⁵⁰ Ibid., p. 71 and Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 43.

²⁵¹ Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 950.

²⁵² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 65, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 43 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 71, 337.

²⁵³ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 126.

²⁵⁴ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 65.

²⁵⁵ J. Bain, "Barriers To New Competition: Their Character And Consequences in Manufacturing Industries" (1956) cited in Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 65 and Bain, J. S., "Economic of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries" (1954) 44 American Economic Review 15, Barriers to New

ประเมินอำนาจตลาด ถ้าอุปสรรคไม่มาก (insubstantial) และผู้ผูกขาดอาจจัดสรรทรัพยากรผลิตผล โดยการควบคุมราคา หรือปริมาณสินค้าอย่างมีนัยสำคัญซึ่งขึ้นอยู่กับโครงสร้างอุตสาหกรรม²⁵⁶ Bain ยังถือว่าการโฆษณาเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด²⁵⁷

แต่ Stigler นักเศรษฐศาสตร์สำนัก Chicago School ให้ความหมาย อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดแคบกว่าโดยเน้นสภาพอุปสงค์สภาพการแข่งขันและคู่แข่งที่ผู้ประกอบการ ต้องเผชิญโดยเห็นว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (entry barriers) ว่าเป็นเพียงต้นทุนที่เกิดกับ ผู้ประกอบการรายใหม่ซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการที่เข้ามาสู่ตลาดแล้ว²⁵⁸ ตามความหมายนี้ทำให้การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) ไม่ควรถือเป็นอุปสรรค แม้ผู้ประกอบการที่ประหยัด ต่อขนาดอาจมีอำนาจตลาดอยู่บ้างจึงตั้งราคาสูงได้โดยไม่ต้องดูให้คู่แข่งรายใหม่เข้าสู่ตลาด ซึ่งเป็น ขนาดอุตสาหกรรมขั้นต่ำที่สุดที่มีประสิทธิภาพ (minimum efficient scale: MES)

โดย Stigler เห็นว่าความแตกต่างของสินค้าไม่ถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ ตลาด เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละรายน่าจะมีส่วนค่าใช้จ่ายในการทำให้ผู้บริโภคภักดีต่อตราหือสินค้า (brand loyalty) อีกด้านหนึ่งผู้ประกอบการซึ่งเข้าสู่ตลาดในช่วงแรกๆอาจมีค่าใช้จ่ายในการสร้างความภักดีต่อตราสินค้าของผู้บริโภคต่ำกว่าคู่แข่งที่เข้าตลาดภายหลัง แม้ผู้ประกอบการรายใหม่ ไม่มีต้นทุนเพื่อเข้าสู่ตลาดแต่ผู้ประกอบการรายใหม่อาจต้องเผชิญกับความเสี่ยงที่จะสูญเสียต้นทุน จม (sunk costs) ที่ใช้ไปเพื่อเข้าสู่ตลาด ต้นทุนจมอาจทำให้คู่แข่งรายใหม่ได้รับความเสียหายจาก การแข่งขันโดยใช้กลยุทธ์ (strategic behavior) เช่น การตัดราคาโดยบริษัทที่อยู่ในตลาด การเผชิญ กับต้นทุนจมจำนวนมากและความเสี่ยงของการโต้ตอบกลยุทธ์เป็นปัจจัยขัดขวางการเข้าสู่ตลาด

Competition (Harvard University Press, 1956), and Industrial Organization (2nd edn., John Wiley, 1968) cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 71.

²⁵⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 65 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 39-40.

²⁵⁷ J. S. Bain, "Barriers To New Competition: Their Character And Consequences in Manufacturing Industries" (1956), M. Spence, 'Notes on Advertising Economies of Scale and Entry Barriers' (1980) *Quarterly Journal of Economics* 493; J. Sutton, *Sunk Costs and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration* (MIT Press, 1991) cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 359.

²⁵⁸ Stigler, G. J., *The Organization Of Industry* 67 (1968) cited in Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 65, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 39-40, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 63, Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 44 and Stigler, G. J., *The Organization Of Industry* (Irwin, 1968), 67 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 71-72.

อย่างมากทำให้ต้นทุนการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่สูงกว่าผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดอยู่แล้ว²⁵⁹

อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอาจเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ เช่น การประหยัดต่อขนาดหรืออุปสรรคที่เกิดจากพฤติกรรมต่างๆ ของคู่แข่ง เช่น พฤติกรรมต่างๆ ของคู่แข่ง แม้ว่าต้องพิจารณาอุปสรรคต่างในการประเมินอำนาจตลาดโดยเฉพาะอุปสรรคที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมผู้ประกอบการ²⁶⁰

อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด สามารถจำแนกกว้างๆ ได้เป็น 2 กลุ่มดังนี้²⁶¹

กลุ่มแรก ความได้เปรียบด้านต้นทุนการผลิตสัมบูรณ์ (absolute (cost advantages)²⁶² เป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาด้านต้นทุนต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจเกิดจากการนโยบายของรัฐที่กระตุ้นให้พัฒนานวัตกรรมใหม่ (innovate)²⁶³ เทคโนโลยี ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นเจ้าของปัจจัยสำคัญในการผลิตเพียงผู้เดียว ได้รับสัมปทาน หรือผู้เข้ามาใหม่ไม่สามารถเข้าถึงปัจจัยการผลิต เข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ยากกว่าหรือไม่มีเงินทุนเพียงพอหรือมีต้นทุนทางการเงินสูงกว่า²⁶⁴ ซึ่งในตลาดที่มีการแข่งขัน (contestable market) จะไม่มีผู้ใดได้เปรียบอย่างมาก ไม่มีต้นทุนจมและไม่มีผู้ใดมีอำนาจเหนือตลาด คู่แข่งเข้าและออกจากตลาด (hit-and-run) ได้ง่าย²⁶⁵

กลุ่มที่สอง อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่เป็นกลยุทธ์ (strategic entry barriers)²⁶⁶ ซึ่งแบ่งเป็น 5 อย่างซึ่งผู้มาก่อน (first-mover) มีความได้เปรียบ²⁶⁷ อันได้แก่

(1) การประหยัดต่อขนาดอาจขัดขวางการเข้าสู่ตลาดโดยไม่ต้องใช้กลยุทธ์ (strategic behaviour) โดยเฉพาะกรณีที่มีต้นทุนจมจำนวนมากและการแข่งขันทางราคาเป็น

²⁵⁹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., pp. 65-66 and Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 39-40.

²⁶⁰ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 67.

²⁶¹ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 44.

²⁶² Ibid., p. 44.

²⁶³ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 76.

²⁶⁴ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 72-73.

²⁶⁵ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 76.

²⁶⁶ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 44.

²⁶⁷ Ibid., p. 44 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 76.

เวลานานทำให้การประหยัดต่อขนาดถูกถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด²⁶⁸ ผู้ประกอบการมีประสิทธิภาพในการผลิตอย่างแท้จริง หรือผู้ประกอบการที่ได้ผลตอบแทนมากกว่าคู่แข่งรายใหม่ แม้ว่าคู่แข่งรายใหม่ประหยัดต่อขนาดมากกว่าผู้ประกอบการเดิม แต่ผู้ประกอบการเดิมมีส่วนแบ่งตลาดมากจึงกีดกันคู่แข่งผู้เข้ามาใหม่หรือคู่แข่งรายเล็กได้²⁶⁹ อย่างไรก็ตาม เมื่อการเข้าสู่ตลาดที่ต้องใช้ต้นทุนจมสูงซึ่งคู่แข่งรายใหม่ต้องคำนึงถึงราคา (post-entry prices) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนืออาจมีอิทธิพลต่อการตั้งราคา เช่น การขัดขวางการเข้าสู่ตลาดโดยเพิ่มต้นทุนของคู่แข่งในอนาคต²⁷⁰

(2) ความแตกต่างของสินค้า การโฆษณาและความนิยม (goodwill) หรือความภักดีต่อยี่ห้อสินค้าอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดซึ่งเกี่ยวกับความแพร่หลายของยี่ห้อสินค้า ขนาดระบบเศรษฐกิจ และต้นทุนจมในการโฆษณา ค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยน (switching costs) ความได้เปรียบของตราขายี่ห้อที่มาก่อนและข้อมูลที่ไม่ทั่วถึง (asymmetries)²⁷¹ ความเชื่อถือหรือชื่อเสียงของผู้ประกอบการกิจกรรมทางตลาดหรือการโฆษณา การวิจัยและพัฒนา กลยุทธ์การตลาดและเงื่อนไขต่าง ๆ ล้วนเอื้อประโยชน์ต่อผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดแล้ว²⁷²

(3) เงินทุน (capital requirements) มักสะท้อนหรือสัมพันธ์กับอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอื่นๆ เช่น เงินทุนประกอบกับต้นทุนจมหรือการพฤติกรรมทำลายคู่แข่งถือเป็นอุปสรรคโดยตัวมันเอง²⁷³

(4) การกีดกันหรือกำจัดการแข่งขันในแนวตั้ง (vertical foreclose and exclusion) เป็นเรื่องซับซ้อน แม้โดยผิวเผินเป็นการจำกัดการแข่งขันแต่ความจริงอาจส่งเสริมการแข่งขัน (pro-competitive) และทำให้มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม การกระทำบางลักษณะ เช่น การปฏิเสธที่จะส่งสินค้าให้ (refusal to supply) การทำข้อตกลงเฉพาะราย (exclusive dealing) การขายควบ (tying) และการรวมขั้นตอนในแนวตั้ง (vertical integration) อาจสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด²⁷⁴

²⁶⁸ Ibid., p. 76.

²⁶⁹ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 73.

²⁷⁰ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 76.

²⁷¹ Ibid., p. 77.

²⁷² วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 73.

²⁷³ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 77.

²⁷⁴ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 44 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 77.

(5) การตั้งราคาทำลายคู่แข่ง (predatory pricing) อาจไม่มีหรือมีน้อยมาก ซึ่งอาจไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการ การพิจารณาพฤติกรรมทำลายคู่แข่งเกี่ยวข้องกับความสำเร็จของตลาดการเงินและชื่อเสียงที่แข็งแกร่ง²⁷⁵

3.2.3.2 การประเมินอำนาจตลาดด้วยส่วนแบ่งตลาด

การประเมินอำนาจตลาดทำได้หลายวิธี แต่การประเมินด้วยส่วนแบ่งตลาดเป็นวิธีที่นิยมใช้มาก เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดจะสัมพันธ์กับอำนาจตลาด โดยเริ่มกำหนดตลาดโดยพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง และตลาดที่เกี่ยวข้องด้านเวลาแล้ว ก็จะได้ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว ต่อไปจึงคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดจากตลาดที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการที่พิจารณาอยู่นั้นมีอำนาจตลาดหรืออำนาจเหนือตลาดหรือไม่²⁷⁶ ความผิดบางฐานถือเอาส่วนแบ่งตลาดเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดด้วยโดยพิจารณาประกอบกับพฤติกรรมการจำกัดทางการค้าของผู้กระทำ ส่วนกรณีการรวบรวมกิจการจะใช้ดัชนี HHI Index ของ Herfindahl ซึ่งนำเอาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการทุกรายในตลาดมาคำนวณ²⁷⁷

อย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องนี้เป็นเพียงการกำหนดเบื้องต้นเท่านั้น โดยตัวเองไม่ได้พิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดหรือไม่ และอาจถูกหักล้างได้ด้วยข้อโต้แย้งต่าง ๆ หรือการกำหนดโดยอติวิสัยของตัวผู้พิจารณาเอง ซึ่งอาจไม่ได้วิเคราะห์อย่างระมัดระวัง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดประกอบด้วย²⁷⁸

ถ้ามีกฎหมายกำหนดให้สิทธิผูกขาดทำให้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาด 100% และไม่มีผู้ประกอบการรายใดเข้ามาในตลาดได้ จึงทำให้เป็นผู้ผูกขาดตามความเป็นจริง (true monopoly) แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดแล้วแม้มีส่วนแบ่งตลาด 100% แต่ไม่ทำให้เป็นผู้ผูกขาดหรือมีอำนาจตลาด ดังนั้น การมีส่วนแบ่งตลาดมากไม่ได้สะท้อนว่ามีอำนาจตลาดมาก²⁷⁹ ส่วนแบ่งตลาดมากอาจเป็นเพราะผลผลิตสินค้าดี ราคาถูก และมีประสิทธิภาพมากหรือมีขนาดการผลิตที่มี

²⁷⁵ Ibid., p. 77.

²⁷⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 29, Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 121, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., pp. 82-83 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 337.

²⁷⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 121.

²⁷⁸ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., pp. 64-65.

²⁷⁹ Ibid., p. 65. Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 43 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 71, 337.

ประสิทธิภาพอาจเป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) หรือผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากอาจไม่มีอำนาจตลาดเพราะผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ง่ายและไม่มีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดมาปกป้องผู้ประกอบการไม่ให้อำนาจแข่งขัน ดังนั้น ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เพราะถ้ามีผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาในตลาดได้อย่างเสรีก็จะมีอำนาจแข่งขันมากขึ้นทำให้กำไรส่วนเกินของผู้มีส่วนแบ่งตลาดมากลดลงและอาจทำให้ส่วนแบ่งตลาดลดลงอย่างรวดเร็ว²⁸⁰

การประเมินอำนาจตลาดจากส่วนแบ่งตลาดนั้นทำได้โดยคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดจากสินค้าในตลาดทั้งหมด (total market size) ที่กำหนดขอบเขตอย่างเหมาะสมเป็นสัดส่วนและปริมาณสินค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายที่คำนวณจากยอดขายสินค้าเป็นตัวเลข ซึ่งจะได้อัตราส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการ แต่ปัญหาสำคัญ คือ จะใช้ตัวเลขใดมาคำนวณ จะใช้รายรับจากการขาย (revenue) จำนวนสินค้าที่ผลิต (units of output manufactured) จำนวนสินค้าที่ขาย (units of output sold) กำลังการผลิต (capacity) หรือตัวเลขอื่นๆที่สะท้อนถึงตัวเลขดังกล่าวข้างต้น²⁸¹

ปกติมักใช้ยอดขายมาคำนวณส่วนแบ่งตลาด แต่ในบางอุตสาหกรรมยอดขายอาจไม่เหมาะสม²⁸² ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงพิจารณาขนาดตลาดทั้งหมดและหาส่วนแบ่งตลาดจากข้อมูลต่างๆ เช่น การประมาณการหรือการศึกษาวิจัย แต่ถ้าไม่มีข้อมูลหรือข้อมูลที่นำมาประเมินไม่น่าเชื่อถือก็อาจสอบถามจากผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อคำนวณหาขนาดตลาดทั้งหมดและส่วนแบ่งตลาด²⁸³

การคำนวณส่วนแบ่งตลาดอาจใช้สิ่งชี้วัดอื่น ๆ ขึ้นอยู่กับสินค้าหรืออุตสาหกรรมแต่ละประเภทที่มักพิจารณาจากกำลังการผลิต (capacity) จำนวนผู้ประกอบการในตลาด โดยทั่วไปใช้ทั้งปริมาณจำหน่าย (volume sales) และมูลค่าการจำหน่าย (values sales)²⁸⁴ ซึ่งการหาส่วนแบ่งตลาดของกลุ่มผู้ประกอบการที่ขายสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้ (fungible) ง่ายที่สุดถ้าราคาเท่ากันและผู้ประกอบการผลิตเต็มที่แล้วไม่ว่าจะวัดอำนาจตลาดจากรายรับ จำนวนสินค้าที่ผลิตหรือกำลังการผลิต ก็จะได้ผลเช่นเดียวกัน แต่การหาส่วนแบ่งตลาดจะยุ่งยากซับซ้อนมากถ้าสินค้ามี

²⁸⁰ Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 43 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 71.

²⁸¹ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 121.

²⁸² Ibid., p. 121 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 339.

²⁸³ Ibid., pp. 339-340.

²⁸⁴ Ibid., p. 340.

ลักษณะและมีราคาแตกต่างกัน²⁸⁵ ซึ่งอาจนำมูลค่าการจำหน่ายประกอบกับส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการจะสะท้อนให้เห็นสถานะและความแข็งแกร่งของผู้ประกอบการแต่ละรายได้เป็นอย่างดี²⁸⁶ เช่น สมมุติว่าวิทย์ของบริษัท ก. และ ข. อยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกัน แต่วิทย์ของบริษัท ก. มีราคาเครื่องละ 1200 บาท ขณะที่วิทย์ของบริษัท ข. ที่มีลักษณะเหมือนกันมีราคา 600 บาท ถ้าแต่ละบริษัทได้ผลิตวิทย์จำนวน 10,000 เครื่องแล้วส่วนแบ่งตลาดของแต่ละบริษัทจะเท่ากับ 50% แต่ถ้าคำนวณส่วนแบ่งจากรายรับของบริษัท ก. จะเท่ากับ 66.7% ขณะที่ส่วนแบ่งจากรายรับของบริษัท ข. เท่ากับ 33.3% ซึ่งถ้าพิจารณาส่วนแบ่งจากจำนวนวิทย์ที่ขายแล้ว (50%) บริษัท ก. ไม่น่าจะถูกกล่าวหาว่าทำการผูกขาดได้ แต่ถ้าใช้ส่วนแบ่งตลาดจากรายรับแล้วบริษัท ก. อาจเป็นผู้ผูกขาดได้ นอกจากนี้อาจต้องใช้วิธีการวัดอำนาจตลาดที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับปัญหาว่า 1) ผู้ประกอบการสามารถทำการผูกขาด หรือ 2) ผู้ประกอบการน่าจะรวมหัวกัน ตั้งราคาสินค้าหรือบริการและจำนวนสินค้าที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือไม่²⁸⁷

การคำนวณส่วนแบ่งตลาด ส่วนใหญ่แล้วจะคำนวณจากรายรับ (revenue) หรือปริมาณสินค้าที่ผลิต (number of units produced) ซึ่งเป็นข้อมูลที่มีอยู่แล้ว เมื่อสินค้าใช้ทดแทนกัน (fungible) และทั้งรายรับและปริมาณสินค้าที่ผลิตมีแนวโน้มไปในทางเดียวกัน ขึ้นอยู่กับว่าสินค้าต่างกันเล็กน้อยเพียงใด แม้สินค้าต่างกันมาก แต่ราคาต่างกันเล็กน้อย ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายไม่น่าจะต่างกันมากจึงสามารถใช้รายรับมาคำนวณแทนปริมาณสินค้าที่ผลิตได้ โดยปกติราคาสินค้าที่แตกต่างกันอย่างมากแสดงว่าไม่ได้อยู่ในตลาดเดียวกัน ซึ่งช่วงราคาที่ต่างกันมากกว่า 10% มีผลต่อการวัดส่วนแบ่งตลาดน้อยมาก ซึ่งราคาที่แตกต่างกันมากมีผลต่อการประเมินส่วนแบ่งตลาดน้อยมาก ความแตกต่างของตัวเลขที่ใช้คำนวณอาจถือเป็นช่วงความผิดพลาด (margin of error) ทำให้มีความไม่แน่นอนในข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตตลาด (market delineation) โดยทางเทคนิคแล้วสินค้าที่ทดแทนกันได้ที่ราคาต่างกันมากการหาส่วนแบ่งตลาดจากใช้ปริมาณสินค้าจะเหมาะสมกว่ารายรับ เนื่องจากการอาจใช้ทดแทนเป็นขั้นต่อขั้น (unit by unit) มากกว่าหาจากรายรับเป็นตัวเงิน (dollar by dollar) ยกเว้นกรณีที่ต้องใช้สินค้านำราคาถูกเป็นปริมาณสัดส่วนเพิ่มขึ้นมากกว่าสินค้าที่ราคาสูงกว่า ซึ่งการวัดส่วนแบ่งตลาดของผู้ขายสินค้านำราคาสูงจากปริมาณสินค้าที่ใช้ทดแทนจะทำให้พบว่า มีอำนาจตลาดต่ำกว่าความเป็นจริง ซึ่งการวัดส่วนแบ่งตลาดจากรายรับจะสะท้อนความสามารถในการแย่งชิงยอดขายสินค้านำราคาถูกของผู้ขายสินค้านำราคา

²⁸⁵ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 121.

²⁸⁶ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 340.

²⁸⁷ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 121.

สูงได้ดี แต่ความจริงอัตราส่วนการใช้ทดแทนไม่อาจคำนวณได้ง่าย เนื่องจากขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เช่น รสนิยมและความพอใจของลูกค้าแต่ละราย²⁸⁸

ยอดผลิต (units manufactured) หรือยอดจำหน่าย (units sold) มักพิจารณาช่วงเวลาระยะสั้น ๆ ระยะเวลา 3 เดือน ผู้ประกอบการแต่ละรายอาจผลิตมากขึ้นหรือน้อยลงอย่างมาก เมื่อเทียบในระยะเวลาเท่ากัน แต่บางรายอาจต้องใช้เวลามากกว่า 3 เดือน อาจใช้เวลา 2-3 ปี โดยทั่วไปกำลังการผลิต ประเมินจากความสามารถที่จะแย่งชิงลูกค้าจากผู้ที่ยื่นราคาได้ดีที่สุด โดยผู้ประกอบการที่มีสินค้าที่ไม่เน่าเสียง่าย (non-perishable) สามารถแย่งชิงยอดขายได้มากกว่า และต้องการยอดขายมากกว่าผู้ประกอบการที่จำหน่ายสินค้าไปทั้งหมดในทันที ดังนั้น โดยทั่วไป ข้อมูลการผลิต (production figures) จะดีกว่าข้อมูลยอดจำหน่าย (sales figures)²⁸⁹

จำนวนสินค้า (output) และกำลังการผลิต (capacity) โดยทฤษฎีสามารถหาส่วนแบ่งตลาดได้จาก 1) ปริมาณสินค้าของผู้ประกอบการซึ่งจะประเมินอำนาจตลาด และ 2) กำลังผลิตของคู่แข่ง เมื่อผู้ประกอบการขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาแข่งขันแล้ว คู่แข่งจะผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นให้เพียงพอกับความต้องการ คู่แข่งที่มีกำลังการผลิตส่วนเกินที่ยังไม่ได้ใช้ (excess capacity) สามารถผลิตสินค้าเพิ่มขึ้นโดยไม่ต้องลงทุนเพิ่มขึ้นและไม่มีต้นทุนในการเพิ่มกำลังการผลิต ความจริงแล้วคู่แข่งที่มีกำลังผลิตส่วนเกินสามารถเพิ่มปริมาณสินค้าในระยะเวลาสั้นได้และจะหักล้างข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผูกขาด²⁹⁰ แต่การวัดกำลังการผลิตของคู่แข่งมีปัญหาทางปฏิบัติหลายอย่างซึ่งโดยทั่วไปไม่สามารถใช้ได้กับทุกกรณี²⁹¹

1) ผู้ประกอบการส่วนใหญ่สามารถเพิ่มปริมาณสินค้าของตนได้ถ้าต้นทุนการผลิตไม่ใช่สาระสำคัญ การวัดกำลังผลิตส่วนเกินที่เหมาะสมรวมถึงกำลังการผลิตซึ่งต้นทุนแปรผันเฉลี่ย (average variable cost) ในการผลิตไม่มากกว่าต้นทุนปัจจุบัน²⁹² แต่ในหลายกรณีข้อจำกัดนี้ทำให้กำลังผลิตส่วนเกินวัดได้ยาก²⁹³

²⁸⁸ Ibid., pp. 121-122.

²⁸⁹ Ibid., pp. 122-123.

²⁹⁰ Ibid., p. 123.

²⁹¹ Ibid., p. 123.

²⁹² Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" *Harvard Law*

Review 94, 5: 949-950 cited in Ibid., p. 123.

²⁹³ G. Stigler, *The Theory of Price* 156-158 (3d ed. 1966) cited in Ibid., p. 123.

ราคาผูกขาดลดลงด้วย การประเมินอำนาจตลาดกรณีสินค้าคงทนทำได้โดยรวมสินค้าที่ใช้แล้ว (second-hand) ในตลาดและพิจารณายอดขายสินค้าใช้แล้วและสินค้าใหม่²⁹⁹

ในกรณีสินค้าคงทนโดยสมบูรณ์ (perfectly durable good) ซึ่งลูกค้าไม่รู้สึกรู้ว่าสินค้าใหม่และสินค้าใช้แล้ว (used good) แตกต่างกันก็ประเมินอำนาจตลาดด้วยวิธีเดียวกัน คือ รวมทั้งสินค้าใหม่และสินค้าใช้แล้วในตลาดเดียวกัน แต่สำหรับสินค้าคงทนไม่สมบูรณ์ (imperfectly durable good) มีปัญหาอย่างมาก แม้ว่าลูกค้าถูกแบ่งเป็น 2 กลุ่มแต่การแข่งขันระหว่างสินค้าใหม่และสินค้าใช้แล้วอาจวินิจฉัยได้ค่อนข้างยาก³⁰⁰

แต่อาจยอมรับได้อย่างไม่เต็มปากว่าในการประเมินอำนาจตลาดในกรณีสินค้าคงทน (durable good) จะรวมเอาสินค้าคงทนมาอยู่ในตลาดแต่สัดส่วนแบ่งจากรายรับ (revenue) ดีกว่า ยอดจำหน่าย (units sold) นอกจากนี้ราคาสินค้าใหม่และสินค้าใช้แล้วที่ต่างกัน แสดงว่าลูกค้า 2 กลุ่มและสินค้าใช้แล้วไม่เป็นคู่แข่งของสินค้าใหม่เพราะมีการแข่งขันหรือการใช้ทดแทนน้อยมาก ดังนั้น การวัดสัดส่วนแบ่งจากรายรับจะสะท้อนให้ทราบอำนาจตลาดที่แท้จริงของผู้ประกอบการ³⁰¹

ปัญหาความทนทานของสินค้า คือ ลูกค้าบางกลุ่มจะใช้สินค้าหลัก (primary product) เป็นเวลานานทันทีที่ได้กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องและคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดแล้ว ส่วนแบ่งมีความหมายน้อย สามารถใช้สินค้าเป็นเวลานานหรือมีความยืดหยุ่นของอุปสงค์สูงกว่าสินค้าที่ใช้ครั้งเดียวแล้วทั้งทำให้ส่วนแบ่งตลาดมีน้ำหนักน้อย และไม่น่าจะทดแทนด้วยการประเมินความยืดหยุ่นของอุปสงค์ส่วนเกิน (residual demand elasticity)³⁰²

ส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวไม่อาจตอบได้ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดจริงหรือไม่ แม้ผู้ประกอบการ มีส่วนแบ่งตลาดสูงมากก็ตาม เนื่องจากอำนาจตลาดเกี่ยวข้องกับปัจจัยหลายอย่างและส่วนแบ่งตลาดเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น นอกจากพิจารณาให้น้ำหนักส่วนแบ่งตลาดแล้วยังต้องพิจารณาหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยจึงจะประเมินอำนาจตลาดได้อย่างถูกต้อง เช่น การมีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดต่ำเป็นหลักฐานแสดงว่าผู้ประกอบการไม่มีอำนาจตลาดไม่ว่าจะมีส่วนแบ่งตลาดมากเพียงใดก็ตาม พฤติกรรมของผู้ประกอบการ สภาพการแข่งขัน เมื่อไม่มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดการมีส่วนแบ่งตลาดสูงไม่ได้บ่งชี้ในตัวเองว่ามีอำนาจเหนือ และยังมีส่วนแบ่งตลาดมาก (very high market share) ก็มักพบว่ามีอำนาจตลาดมาก ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (presumption) ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด เว้นแต่ จะมีเหตุพิเศษในบางกรณี อย่างไรก็ตาม ควรมีส่วนแบ่งตลาดมากเป็นเวลานานระยะหนึ่ง นอกจากนี้ควรพิจารณาสวนแบ่ง

²⁹⁹ Ibid., p. 124.

³⁰⁰ Ibid., p. 124.

³⁰¹ Ibid., p. 125.

³⁰² Ibid., pp. 125-126.

ตลาดของกลุ่มคู่แข่งด้วยรวมถึงส่วนแบ่งตลาดที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยกับคู่แข่ง³⁰³

การพิจารณาข้อมูลส่วนแบ่งตลาด ในตลาดผู้ขายน้อยรายมีการกระจุกตัวสูง อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดสูง แม้ผู้ประกอบการที่เป็นผู้นำราคามีส่วนแบ่งน้อย แต่สามารถควบคุมราคาโดยลดปริมาณสินค้าและเพิ่มราคาขึ้นโดยรวมมือกันกับคู่แข่งรายเล็กหรือบีบบังคับคู่แข่งรายเล็ก ๆ ให้กระทำการอย่างเดียวกันทำให้เกิดการผูกขาด³⁰⁴ จึงสรุปได้ว่า อำนาจตลาดไม่ได้ขึ้นอยู่กับส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียว แต่ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบกันด้วย เช่น อุปสรรคในการเข้าและออกจากตลาด การมีสินค้าอื่นทดแทนได้ การตั้งราคา และความแตกต่างของสินค้า

3.2.3.3 การวัดการกระจุกตัว

การวัดอำนาจตลาดโดยพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดโดยเฉพาะตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopolistic industries) ซึ่งผู้ประกอบการมีพฤติกรรมที่ขึ้นอยู่กับกัน (interdependent behavior) การกระทำของผู้ประกอบการรายหนึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นในตลาด และเนื่องจากมีผู้ประกอบการน้อยราย แต่ละรายจึงสามารถคาดเดาปฏิกิริยาของผู้ประกอบการคู่แข่งรายอื่นๆ ได้ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายไม่ได้แสดงถึงอำนาจตลาดของตัวผู้ประกอบการแต่อย่างใด ดังนั้น นอกจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแล้วยังต้องคำนึงถึงส่วนแบ่งตลาดของกลุ่มคู่แข่งด้วยทำให้เข้าใจภาพรวมของตลาดได้ดีขึ้น ซึ่งการพิจารณาการกระจุกตัวของตลาดมี 2 วิธีที่นิยมใช้อย่างแพร่หลาย³⁰⁵ ได้แก่

1) การวัดโดยอัตราส่วนการกระจุกตัว (Concentration Ratio: CR)

การกระจุกตัวของตลาด หมายถึง ระดับการผลิตสินค้าของตลาดที่กระจุกอยู่ในมือของหน่วยผลิตขนาดใหญ่หรือราย³⁰⁶ เป็นการวัดการกระจุกตัวเพียงบางส่วน (partial concentration) หรืออาจพิจารณาหน่วยธุรกิจทั้งหมดก็ได้ แต่โดยทั่วไปแล้วจะให้ความสำคัญเฉพาะผู้ประกอบการที่มีขนาดใหญ่มากกว่าโดยพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่สุดและค่อย ๆ เล็กลงมาเรียงลำดับ³⁰⁷ โดยนิยมวัดจากผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุด

³⁰³ Ibid., p. 126 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 340-341.

³⁰⁴ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., p. 127.

³⁰⁵ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 67.

³⁰⁶ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 67.

³⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 74 และ ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 195.

จำนวน 4 ราย (CR4) หรือ 8 ราย (CR8)³⁰⁸ หรือวัดจากผู้ประกอบการทุกรายขึ้นอยู่กับผู้วัดเป็นผู้ตัดสินใจ³⁰⁹ ซึ่งเกี่ยวข้องกับปัจจัย 3 ประการ ได้แก่ 1.ตลาด 2.จำนวนผู้ประกอบการ และ 3.ขนาด โดยเปรียบเทียบของผู้ประกอบการ ฉะนั้น ถ้าปัจจัยต่าง ๆ คงที่ตลาดที่มีการกระจุกตัวสูงเมื่อมีผู้ประกอบการน้อยรายหรือผู้ประกอบการแต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาดต่างกันมาก³¹⁰

การกระจุกตัวของตลาดเกิดจากขนาดของผู้ประกอบการที่ไม่เท่าเทียมกัน ตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์มักมีการกระจุกตัวสูง เพราะมีผู้ประกอบการจำนวนน้อยรายในตลาดผูกขาดหรือตลาดผู้ขายน้อยราย ซึ่งผู้ผลิตขนาดใหญ่ที่ถ้อยอาศัยกันเนื่องจากการกระทำของผู้ผลิตรายหนึ่งส่งผลต่อผู้ผลิตอื่น ๆ ทั้งหมดในด้านอุปทาน ซึ่งส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการและรายรับของผู้ผลิต³¹¹ ดังนั้น ผู้ประกอบการรายใหญ่จึงพึ่งพาซึ่งกันและกันและรวมหัวกันไม่ว่าชัดแจ้งหรือปริยายเพื่อจำกัดการแข่งขัน³¹²

อีกแง่มุมหนึ่งการกระจุกตัวของตลาด คือ สินค้าหรือบริการในตลาดมีราคาต่างกัน ซึ่งปกติผู้บริโภคจะหาสินค้าหรือบริการที่ราคาต่ำสุด ถ้ามีผู้ประกอบการจำนวนมาก ผู้บริโภคก็จะเสียค่าใช้จ่ายคิดเป็นสัดส่วนค่อนข้างมากเพื่อเปรียบเทียบส่วนต่างของราคาที่ผู้บริโภคคาดว่าจะจ่ายลดลง แต่ถ้ามีผู้ประกอบการน้อยราย ผู้บริโภคจะเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า ดังนั้น ผู้ผลิตในตลาดผู้ขายน้อยรายจึงมักพยายามรักษาระดับราคาให้ใกล้เคียงกัน ซึ่งการวัดการกระจุกตัวต่อทรานซาเหตุที่ทำให้เกิดการกระจุกตัวหรืออุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด³¹³

การวัดการกระจุกตัวของตลาดคำนวณจากเปอร์เซ็นต์อัตราส่วนค่าตัวแปรต่าง ๆ ที่สะท้อนถึงขนาดของหน่วยผลิต เช่น ทรัพย์สิน ยอดขายหรือรายรับของผู้ประกอบการ ส่วนแบ่งตลาด มูลค่าเพิ่ม (value-added) ของการผลิต ซึ่งวัดได้จากส่วนต่างระหว่างยอดขายและต้นทุนรวม การจ้างงาน (employment) หรือสินทรัพย์ (asset) ก็ได้ ทางปฏิบัติ โดยมากมักวัดการกระจุกตัวจากข้อมูลยอดขายจำหน่ายของผู้ประกอบการในตลาด เพราะเป็นข้อมูลที่ทำได้ง่าย ซึ่งต้องเป็นผู้ที่ประกอบการอยู่ในตลาดอยู่แล้วในขณะนั้น³¹⁴

การวัดการกระจุกตัวนี้เป็นเครื่องมือที่ใช้วัดอำนาจตลาดของผู้ประกอบการที่ใช้กันอย่างแพร่หลายและคำนวณได้ง่าย อย่างไรก็ตาม วิธีนี้ไม่อาจบ่งบอกได้ว่าการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะเป็นการวัดการกระจุกตัวของผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาด

³⁰⁸ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 67.

³⁰⁹ ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 195.

³¹⁰ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 67.

³¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

³¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

³¹³ เรื่องเดียวกัน หน้า 72.

³¹⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 74 และ ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 195.

เพียงบางส่วนเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาผู้ประกอบการทุกราย โดยปกติผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงมักมีอำนาจตลาดโดยคำนวณอัตราส่วนการกระจุกตัวได้จากสูตร³¹⁵

$$CR_n = \sum_{i=1}^n P_i$$

โดยที่ CR_n คือ อัตราส่วนการกระจุกตัวของผู้ประกอบการจำนวน n หน่วย
 P_i คือ ส่วนแบ่งตลาดการตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายซึ่งสามารถวัดจากข้อมูลต่างๆ เช่น ส่วนแบ่งได้ ข้อมูลยอดขาย มูลค่าเพิ่ม การจ้างงาน หรือ สิทธิบัตร เป็นต้น

ยังมีค่าอัตราส่วนการกระจุกตัวสูงมากเท่าใดยิ่งแสดงว่ามีอำนาจตลาด³¹⁶ และน่าจะไม่มีการแข่งขัน³¹⁷

วัดอัตราส่วนการกระจุกตัวของหน่วยผลิตขนาดใหญ่ 4 ลำดับแรก CR_4 วัดจากผู้ประกอบการรายใหญ่ 4 ราย จะเรียกว่า CR_4 Test ตัวอย่างเช่น ถ้ามีผู้ประกอบการธุรกิจ 4 ราย มีส่วนแบ่งร้อยละ 30 ร้อยละ 25 ร้อยละ 20 และร้อยละ 15 ตามลำดับ ซึ่งในสหรัฐอเมริกาจะพิจารณา 4 ราย อังกฤษใช้ 3 ราย แคนาดาใช้จำนวนรายที่รวมกันแล้วมีส่วนแบ่ง 80% ของตลาด³¹⁸ แต่ถ้าในตลาดนั้นมีผู้ประกอบการทั้งหมด 20 ราย โดยมีรายใหญ่สุดเพียง 2 รายก็อาจพิจารณาเพียง 2 ราย ก็จะคำนวณเฉพาะผู้ประกอบการรายใหญ่ 2 รายซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดมากส่วนผู้ประกอบการรายเล็กจะไม่นำมารวมคำนวณด้วย จะเรียกว่า CR_2 Test เป็นการรวมส่วนแบ่งตลาดของผู้ผลิตรายใหญ่ 2 ราย

ข้อดีของวิธีนี้ คือ การคำนวณได้อย่างสะดวกและข้อมูลที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาหาได้ไม่ยาก เช่น สำมะโนอุตสาหกรรมหรือหาจากแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ ค่าการกระจุกตัวที่ได้สามารถบอกคร่าวๆ ว่าอุตสาหกรรมที่ศึกษามีลักษณะตลาดเป็นแบบผู้ผลิตน้อยรายแบบผูกขาด หรือแบบการแข่งขันค่อนข้างสมบูรณ์³¹⁹

³¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

³¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

³¹⁷ Whish, Richard, *Competition Law*, 5th ed., p. 43.

³¹⁸ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, *เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์*, หน้า 75.

³¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

ปัญหาที่ตามมาจากการไม่เข้าร่วมเอาส่วนแบ่งตลาดผู้ประกอบการทุกรายในตลาดหรือไม่รวมส่วนแบ่งของผู้ประกอบการรายเล็กมาพิจารณา จึงเป็นการพิจารณาเฉพาะจุดใดจุดหนึ่งของอุตสาหกรรมเท่านั้น ทำให้ได้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องตรงกับโครงสร้างตลาดตามความเป็นจริง³²⁰ ลำดับการกระจุกตัวของตลาดหนึ่ง ๆ ขึ้นอยู่กับจำนวนผู้ผลิต การจำแนกประเภทอุตสาหกรรมก็มีผลต่อการวัดการกระจุกตัวด้วย อัตราส่วนการกระจุกตัวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการเข้ามาของผู้ประกอบการรายใหม่ ไม่สะท้อนอำนาจผูกขาดหรืออำนาจตลาดของผู้ผลิตแต่ละราย การกระจุกตัวไม่ได้พิจารณาส่วนแบ่งตลาดของสินค้านำเข้าจากต่างประเทศ และอัตราส่วนการกระจุกตัวอาจให้ภาพที่ขัดแย้งกันเมื่อใช้ตัวแปรในการคำนวณต่างกัน³²¹

นอกจากนี้ในทางปฏิบัติต้องคำนึงถึงประเด็นต่างๆ ดังนี้³²²

1) ก่อนที่จะวัดการกระจุกตัวต้องกำหนดขอบเขตของตลาดนั้น ๆ ให้เหมาะสมและชัดเจนเสียก่อนเพื่อจะได้สะท้อนให้เห็นถึงสภาพการแข่งขันที่แท้จริง หากกำหนดขอบเขตตลาดกว้างเกินไป ค่าอัตราส่วนการกระจุกตัวที่คำนวณได้ก็จะต่ำ ในทางตรงข้าม หากกำหนดขอบเขตตลาดแคบเกินไป ค่าอัตราส่วนการกระจุกตัวก็จะออกมาสูง ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของตลาดจึงเป็นประเด็นสำคัญมากต้องคำนึงถึงสินค้าที่ใช้ทดแทนได้ด้วย เพื่อให้ค่าที่ได้จากการคำนวณสะท้อนให้เห็นโครงสร้างตลาดหรือสภาพการแข่งขันอย่างแท้จริง

2) การวัดการกระจุกตัวนี้ให้ความสำคัญกับบทบาทของผู้ประกอบการขนาดใหญ่ จึงต้องกำหนดว่าผู้ประกอบการใดบ้างที่ถือเป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ ซึ่งต้องกำหนดให้เหมาะสมด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่าเหมาะสมยังเป็นปัญหาอยู่ ซึ่งมีข้อเสนอว่าอาจใช้การเขียนเส้นแสดงการกระจุกตัวของอุตสาหกรรมแทนเพื่อแสดงให้เห็นแนวโน้มการกระจุกตัวของอุตสาหกรรมหนึ่ง ๆ เมื่อผู้ประกอบการที่พิจารณาเพิ่มจำนวนเพิ่มขึ้น

3) ยังไม่ชัดเจนว่าควรใช้ข้อมูลใดมาคำนวณการกระจุกตัวของตลาดจึงวัดโครงสร้างตลาดได้เหมาะสมที่สุด ทั้งนี้เพราะข้อมูลต่างๆ ต่างก็มีข้อบกพร่องด้วยกันทั้งนั้น นอกจากปัญหาข้อมูลที่เหมาะสมแล้ว ยังมีปัญหาสำคัญอีกอย่าง คือ จะหาข้อมูลที่น่าเชื่อถือจากแหล่งใด จะรวบรวมข้อมูลจากผู้ประกอบการจำนวนมากได้ครบหรือไม่ จะคุ้มกับค่าใช้จ่ายหรือไม่ และจะได้ข้อมูลที่ทันสมัยหรือไม่ ซึ่งล้วนเป็นปัญหาสำคัญ ซึ่งปกติแล้วภาคธุรกิจมักไม่ยอมเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว เพราะมีผลต่อการดำเนินงานของตัวผู้ประกอบการนั้น ๆ

³²⁰ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 56.

³²¹ วิทย์ สัตยรักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 77-78 and Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 56.

³²² ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 198-201.

4) การวัดการกระจุกตัวไม่ได้คำนึงถึงการเข้าออกจากตลาดของหน่วยผลิต เช่น ถ้ามีหน่วยธุรกิจรายใหม่เข้าสู่ตลาด อัตราการกระจุกตัวก็จะสูงขึ้นทำให้โครงสร้างตลาดเปลี่ยนไป แต่ค่าอัตราการกระจุกตัวก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าการเพิ่มขึ้นของอัตราส่วนนี้เป็นผลมาจากหน่วยธุรกิจเดิมในตลาดหรือเป็นเพราะการเข้าสู่ตลาดของหน่วยผลิตใหม่ ดังนั้น ในกรณีนี้อาจแก้ปัญหาโดยใช้อัตราส่วนการกระจุกตัวที่นำเอาผลของการค้าระหว่างประเทศ (CR adjusted) มาใช้ในการคำนวณแทน ซึ่งมีสูตรดังนี้³²³

$$\text{CR adjusted} = \frac{P_i - E_{xi}}{P - E_x + I_m} = \frac{CR_n (P - E_x)}{P - E_x + I_m}$$

โดยที่	CRn	คือ	อัตราส่วนการกระจุกตัวที่ยังไม่ปรับกับการค้าระหว่างประเทศ
	Pi	คือ	ส่วนแบ่งการตลาดของหน่วยธุรกิจ n หน่วย
	P	คือ	มูลค่ารวมของยอดขายของผู้ประกอบการทุกรายในประเทศ
	Ex	คือ	มูลค่าสินค้าออก
	Im	คือ	มูลค่าสินค้าเข้า

5) ข้อมูลอัตราส่วนการกระจุกตัวไม่ได้แสดงให้เห็นถึงสถานะหรือตำแหน่งของผู้ประกอบการที่พิจารณาว่ามีขนาดใหญ่ที่สุด ผู้ประกอบการใดมีขนาดรองลงมา และในช่วงเวลาต่างๆ อาจมีการสับเปลี่ยนสถานะหรือตำแหน่งระหว่างผู้ประกอบการต่างๆ ในอุตสาหกรรมนั้นๆ ซึ่งผู้ประกอบการที่มีอิทธิพลต่อตลาดมากที่สุดอาจไม่ใช่ผู้ประกอบการเดิม

6) การวัดการกระจุกตัวเป็นการพิจารณาเฉพาะด้านผู้ผลิตเป็นหลักว่ามีอำนาจตลาดมากน้อยเพียงใด และแม้การกระจุกตัวจะมีค่าสูงแต่หากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคมีอำนาจต่อรองสูงแล้วให้อำนาจตลาดของผู้ประกอบการลดลงซึ่งจะมีผลต่อสภาพตลาดที่ไม่ต่างจากตลาดแข่งขันก็เป็นได้ ดังนั้น แม้อัตราส่วนการกระจุกตัวจะมีค่าสูงแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้ผลิตจะมีอำนาจตลาดเสมอไป

จากข้อจำกัดต่างๆ ดังนั้น ค่าที่ได้จากการคำนวณแสดงให้เห็นภาพแต่เพียงระดับการกระจุกตัวคร่าวๆ เท่านั้นไม่อาจใช้ค่าที่คำนวณได้เพียงลำพัง จึงต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วยเพื่อความถูกต้องเหมาะสมยิ่งขึ้น

³²³ ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 200.

2) การวัดโดยใช้ดัชนีเฮอ์ฟินด์ล Herfindahl-Hirschman Index of Concentration (HHI Index)

เป็นการวัดอำนาจตลาดที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย³²⁴ เฮอ์ฟินด์ล (O.C Herfindahl, 1950)³²⁵ พยายามแก้จุดบกพร่องของการวัดอัตราส่วนการกระจุกตัวโดยรวมผู้ประกอบการทุกรายในตลาด ซึ่งคำนวณได้จากผลรวมของส่วนแบ่งทางการตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายในอุตสาหกรรมยกกำลังสองซึ่งมีสูตรในการคำนวณดังนี้³²⁶

$$HHI = \sum_{i=1}^n P_i^2$$

โดยที่ n คือ จำนวนผู้ประกอบการทั้งหมดในตลาด
P_i คือ ส่วนแบ่งตลาดการตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ

ตัวอย่างเช่น ถ้าตลาดมีผู้ประกอบการรายใหญ่ 4 รายแต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาด 20% และมีอีก 20 รายมีส่วนแบ่งตลาดรายละ 1% ซึ่งจะคำนวณค่า³²⁷

$$\begin{aligned} HHI &= 20^2 + 20^2 + 20^2 + 20^2 + 20(1)^2 \\ &= (400 + 400 + 400 + 400 + 20) = 1,620 \end{aligned}$$

ฉะนั้นค่า HHI = 1,620

ดัชนี HHI มีข้อดีคือ ค่า HHI จะสะท้อนการกลั่นกรองระดับการกระจุกตัวได้ดี ตัวอย่างเช่น ตลาด 2 ตลาดซึ่งมีผู้ประกอบการหลายรายโดยวัดการกระจุกตัวของผู้ประกอบการ 4 ราย แต่มีค่า HHI ต่างกัน เช่น ถ้าตลาดที่หนึ่งวัดการกระจุกตัวของผู้ประกอบการ 4 รายซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดดังนี้ 60%, 10%, 10%, และ 10% (วัดการกระจุกตัวของผู้ประกอบการจำนวน 4 ราย = 90%) ซึ่งจะคำนวณค่า³²⁸

³²⁴ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 67.

³²⁵ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 78.

³²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78, ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 201, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 67, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 57 และ Wish, Richard, Competition Law, 5th ed., pp. 554-555.

³²⁷ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 67.

³²⁸ Ibid., p. 67.

$$\begin{aligned} \text{HHI} &= 60^2 + 10^2 + 10^2 + 10^2 \\ &= (3,600 + 100 + 100 + 100) = 3,900 \\ \text{ฉะนั้นค่า HHI} &= 3,900 \end{aligned}$$

และตลาดที่สอง วัดการกระจุกตัวของผู้ประกอบการ 4 รายซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดดังนี้ 22.5%, 22.5%, 22.5% และ 22.5% ซึ่งจะคำนวณค่า³²⁹

$$\begin{aligned} \text{HHI} &= 22.5^2 + 22.5^2 + 22.5^2 + 22.5^2 \\ &= (506.25 + 506.25 + 506.25 + 506.25) = 2,025 \\ \text{ฉะนั้นค่า HHI} &= 2,025 \end{aligned}$$

ดัชนี HHI นี้สะดวกในการคำนวณ พิจารณาผู้ประกอบการทุกรายในตลาดและวัดขนาดโดยเฉลี่ยของผู้ประกอบการแต่ละรายในอุตสาหกรรมนั้น ดังนั้น จึงนิยมใช้ HHI มากและผลการคำนวณสอดคล้องกับทฤษฎีผู้ขายน้อยรายเพราะการวัดเหมือนกับการวัดอำนาจผูกขาด³³⁰

ตลาดตามตัวอย่างที่หนึ่ง ค่า HHI 3,900 มีโอกาสเกิดพฤติกรรมพร้อมกัน (parallel) หรือพฤติกรรมของผู้แข่งขันน้อยราย (oligopolistic behavior) เนื่องจากผู้ประกอบการรายใหญ่สุดจะเหนือกว่า (outdistances) คู่แข่งอย่างมาก และมีอิทธิพลต่อราคาและปริมาณโดยกระทำกรายเดียวโดยลำพัง หรืออาจเพิ่มความสามารถของความเป็นผู้นำตลาด (leadership) ในด้านราคา³³¹ ยิ่งตลาดมีการกระจุกตัวสูงยิ่งน่าจะไม่มีการแข่งขัน³³² แต่ถ้ายิ่งผู้ประกอบการมีจำนวนเพิ่มขึ้นมากเท่าใดค่าดัชนี HHI นี้จะยิ่งมีค่าลดลงและยังมีลักษณะใกล้เคียงตลาดแข่งขันมากขึ้น ข้อมูลที่ใช้ในการคำนวณค่าดัชนี HHI นอกจากจะใช้ยอดขายของหน่วยผลิตแล้วอาจใช้ข้อมูลอื่น เช่น สินทรัพย์ หรือ การจ้างงานได้เช่นเดียวกับการคำนวณอัตราส่วนการกระจุกตัว³³³

ดัชนี HHI นั้นสะดวกและเหมาะที่จะใช้วัดการเปลี่ยนแปลงส่วนแบ่งตลาดของหน่วยผลิตในตลาด เพราะ ค่าที่ได้จะแสดงให้เห็นถึงขนาดโดยเฉลี่ยของหน่วยผลิตในตลาดว่าเพิ่มขึ้นหรือลดลง โดยนำเอาจำนวนผู้ผลิตและส่วนแบ่งตลาดของผู้ผลิตทุกรายในตลาดนั้นเข้ามาพิจารณา ดังนั้น จึงมีการใช้ดัชนี HHI ในการคำนวณการกระจุกตัวแพร่หลายมากและผลที่คำนวณได้สอดคล้องกับทฤษฎีผู้ผลิตน้อยราย เพราะเหมือนกับการวัดอำนาจการผูกขาด³³⁴

³²⁹ Ibid., pp. 67-68.

³³⁰ วิทย์ สัตยารักษ์วิทย์, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม: เครื่องมือที่ใช้ในการวิเคราะห์, หน้า 78.

³³¹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 68.

³³² Whish, Richard, Competition Law, 5th ed., p. 43.

³³³ ระพีพัฒน์ ภาสบุตร, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, หน้า 201.

³³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 201-202.

แม้ว่าการคำนวณด้วยดัชนี HHI จะเป็นการคำนวณง่าย ๆ และใช้หาส่วนแบ่งตลาดคร่าว ๆ และประเมินการแข่งขันของอุตสาหกรรมที่เพิ่ม อย่างไรก็ตาม ปัญหาคือระดับของการกระจุกตัวในตลาดมีผลจากตัวแปรหลายตัว จะใช้ตัวแปรใดจึงจะเหมาะสมและการหาข้อมูลที่เหมาะสมได้อย่างไรหรือข้อมูลที่หามาได้นั้นน่าเชื่อถือมากเพียงใด³³⁵

ข้อจำกัดของดัชนีการกระจุกตัว ในประเทศกำลังพัฒนา กลไกราคาและสภาพตลาดโดยทั่วไปยังไม่สามารถทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ประกอบกับข้อมูลต่างๆ ยังไม่ตรงกับข้อเท็จจริงทั้งหมด ทำให้ดัชนีการกระจุกตัวที่คำนวณได้มักจะแสดงถึงอำนาจในการผูกขาดต่ำกว่าความเป็นจริง ผู้ผลิตในอุตสาหกรรมมีอิทธิพลต่อปริมาณการผลิตและราคาสินค้าได้สูงกว่าที่คำนวณโดยดัชนีการกระจุกตัว

การคำนวณค่า HHI หลังการรวมกิจการนั้น คิดจากผลรวมของสัดส่วนการตลาดของผู้ประกอบการในตลาดยกกำลังสอง เนื่องจากค่าส่วนแบ่งตลาดที่ใช้คำนวณอยู่ในรูปของจำนวนร้อยละ ดังนั้น ค่าของ HHI Index จะคูณด้วย 10,000 เพื่อสะดวกในการวัด เป็นผลทำให้ค่า HHI มีค่าระหว่าง 0 - 10,000 แทนที่จะเป็นค่า 0 - 1 โดยยังมีค่า HHI สูงแสดงถึงระดับการกระจุกตัวยิ่งมาก³³⁶

กรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ค่า HHI พิจารณาประเมินผลกระทบของการรวมกิจการจากการเปลี่ยนแปลงของค่าการกระจุกตัว HHI Index โดยเปรียบเทียบค่า HHI นี้ หลังการรวมกิจการกับก่อนการรวมกิจการ³³⁷

โดย : ค่า HHI ก่อน ที่มีการรวมกิจการ คือ $(S_1)^2 + (S_2)^2$
 ค่า HHI หลัง จากที่มีการรวมกิจการ คือ $(S_1 + S_2)^2 = (S_1)^2 + 2S_1S_2 + (S_2)^2$

หากหลังการรวมกิจการ (คำนวณจากผลรวมของสัดส่วนการตลาดของผู้ประกอบการในตลาดยกกำลังสอง) ค่า HHI Index เพิ่มขึ้นถึงเกณฑ์ที่กำหนดจะถือว่าตลาดมีการกระจุกตัวมากขึ้นซึ่งมีแนวโน้มเกิดการผูกขาด ในกรณีของ U.S. Merger Guideline 1982, 1984, 1987 และ 1992 นั้นได้กำหนดค่า HHI Index ที่เพิ่มขึ้นเป็น 3 ระดับดังนี้

ค่า HHI post merger ต่ำกว่า 1,000 ถือว่าตลาดมีการกระจุกตัวน้อย การควบกิจการในกรณีนี้เป็นปกติไม่มีผลเป็นการคุกคามหรือลดการแข่งขัน ไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย

³³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202.

³³⁶ Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2nd ed., p. 57.

³³⁷ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, 1.5 Concentration and Market Shares and 1.51 General Standards.

ค่า HHI post merger อยู่ระหว่าง 1,000 ถึง 1,800 ถือว่าตลาดมีการกระจุกตัวปานกลาง การควบกิจการที่มีผลทำให้ค่า HHI เพิ่มขึ้นกว่าเดิมมากกว่า 100 ถือว่าเสียหาย

ค่า HHI post merger สูงกว่า 1,800 ถือว่าตลาดมีการกระจุกตัวสูงมาก การควบกิจการที่มีผลทำให้ค่า HHI เปลี่ยนแปลงน้อยกว่า 50 ไม่ถือว่าเป็นเรื่องเสียหาย แต่ถ้าหากค่า HHI เปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นระหว่าง 50 - 100 จะต้องมีการประเมินปัจจัยผลกระทบด้านอื่นประกอบการพิจารณาถึงความเห็น เช่น อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (barrier to entry) และในกรณีที่มีการควบกิจการที่มีผลทำให้ค่า HHI เพิ่มขึ้นมากกว่า 100 ให้ถือว่าเป็นเรื่องเสียหาย³³⁸

3.2.4 ประเมินอำนาจตลาดด้วยปัจจัยอื่น

เนื่องจากในหลายคดีมักมีการโต้แย้งว่ากำหนดขอบเขตของตลาดไม่เหมาะสม ดังนั้น ส่วนแบ่งตลาดจึงไม่สามารถวัดอำนาจตลาดได้ รวมถึงกรณีที่สินค้าแตกต่างกันอย่างมากจึงไม่สามารถประเมินอำนาจตลาดจากส่วนแบ่งตลาดได้ ดังนั้น การนำส่วนแบ่งตลาดมาประเมินอำนาจตลาดและสภาพการแข่งขันจึงทำได้ยาก นอกจากส่วนแบ่งตลาดแล้วยังมีปัจจัยอื่นที่สามารถบ่งชี้ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ซึ่งในบางกรณีอาจต้องพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดประกอบกับปัจจัยอื่นว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดหรือไม่³³⁹ กรณีที่ส่วนแบ่งตลาดไม่สอดคล้องกับอำนาจตลาดหรือเมื่อไม่สามารถหาส่วนแบ่งตลาดได้ก็จะใช้ปัจจัยอื่นมาประเมินว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่³⁴⁰ ซึ่งปัจจัยอื่นที่บ่งชี้ว่ามีอำนาจตลาด เช่น

1) การผูกขาดโดยกฎหมาย (statutory monopoly) มาตรการทางกฎหมาย เช่น กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ผู้ประกอบการเป็นผู้ผูกขาดโดยชอบด้วยกฎหมาย ยอมให้มีสิทธิเพียงผู้เดียว เช่น การให้สัมปทานซึ่งถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดทำให้ได้เปรียบด้านต้นทุน แม้ว่าการเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือเสมอไป การผูกขาดโดยกฎหมายไม่เหมือนกับการผูกขาดทางเศรษฐกิจถ้าตลาดที่

³³⁸ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, 1.5 Concentration and Market Shares and 1.51 General Standards, สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, "โครงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี ญี่ปุ่น สหภาพยุโรป และไทย" (การศึกษาทางด้านกฎหมาย) เสนอต่อ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, (สิงหาคม 2542), บทที่ 4 กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันที่เป็นธรรมของเกาหลีใต้, หน้า 2-11 และ Whish, Richard, *Competition Law*, 5th ed., pp. 554-555.

³³⁹ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., p. 347.

³⁴⁰ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., *The law of antitrust: an integrated handbook*, 1st ed., p. 68.

เกี่ยวข้องกับกว้างมากกว่าสินค้าที่ได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม การเข้าสู่ตลาดที่ได้รับความคุ้มครองจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอาจเป็นปัจจัยบ่งชี้การมีอำนาจเหนือ³⁴¹

2) เทคโนโลยีขั้นสูงและประสิทธิภาพของผู้ประกอบการมักเป็นปัจจัยที่บ่งชี้ถึงการมีอำนาจเหนือ อย่างไรก็ตาม ในทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่าเทคโนโลยีขั้นสูงของผู้ประกอบการถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดในตัวเอง (barrier to entry per se) ค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีอาจเป็นต้นทุนจม (sunk cost) ในการเข้าสู่ตลาด แต่คู่แข่งรายใหม่ที่เข้าสู่ตลาดอาจไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายทำนองเดียวกันนี้ในการค้นคว้าและวิจัย (research and development) ก็ได้ ถ้าในตลาดไม่ต้องการการคิดค้นสร้างอะไรใหม่ ประสิทธิภาพทั้งหมดในการดำเนินการทางการค้าของผู้ประกอบการเป็นการเพิ่มสถานะการมีอำนาจเหนือ ประสิทธิภาพของเครือข่ายการจัดกระจายสินค้า (distribution network)³⁴²

3) การรวมขั้นตอนในแนวดิ่ง (vertical integration) สะท้อนถึงประสิทธิภาพของผู้ประกอบการ การรวมขั้นตอนการผลิต อาจทำให้กลายเป็นผู้ผูกขาด แต่ไม่บ่งชี้การผูกขาด การรวมขั้นตอนในแนวดิ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการพิสูจน์อำนาจเหนือตลาดและอาจถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด³⁴³

4) การประหยัดต่อขนาดถือว่าเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด แม้ว่า Stigler เห็นว่าการประหยัดต่อขนาดไม่ถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด ตามทฤษฎีองค์กรอุตสาหกรรมสมัยใหม่ การประหยัดต่อขนาดเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดโดยใช้กลยุทธ์ (strategic entry barriers) สร้างความได้เปรียบให้ผู้ประกอบการที่เข้าสู่ตลาดก่อน การประหยัดต่อขนาดร่วมกับต้นทุนจมจำนวนมาก เป็นอุปสรรคที่ขัดขวางการเข้าสู่ตลาดได้อย่างมาก³⁴⁴

5) การเข้าถึงแหล่งเงินทุนและการลงทุนที่จำเป็นต้องใช้เป็นเงินลงทุนจำนวนมากถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด การเข้าถึงทุนต่างชาติของผู้ประกอบการเป็นสิ่งบ่งชี้อำนาจเหนือ (dominance) ของผู้ประกอบการ³⁴⁵

6) การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบสำคัญในการผลิต (access to key inputs) คู่แข่งรายใหม่อาจไม่สามารถเข้าตลาด เนื่องจากไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบหลักในการผลิต (key inputs) ซึ่งรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย หรืออาจหมายถึงไม่สามารถเข้าถึงวัตถุดิบด้วย (raw materials) ซึ่งอาจนำเข้าจากต่างประเทศทดแทนซึ่งต้องเสียค่าใช้จ่ายมากกว่ามีความเสี่ยงสูง

³⁴¹ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., pp. 355-356.

³⁴² Ibid., pp. 356-357.

³⁴³ Ibid., p. 357.

³⁴⁴ Ibid., pp. 357-358.

³⁴⁵ Ibid., p. 358.

และเกี่ยวพันไปถึงการเข้าถึงแหล่งเงินทุน คู่แข่งใหม่เข้าถึงวัตถุดิบหลักไม่ได้เพราะผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปฏิบัติเศษที่จะส่งผลให้³⁴⁶

7) การโฆษณา ชื่อเสียง ความแตกต่างของสินค้า อาจถือเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด การประหยัดต่อขนาดในการโฆษณาและค่าใช้จ่ายในการโฆษณาถือเป็นต้นทุนจม (sunk cost) การโฆษณาสร้างค่านิยม (goodwill) ชื่อเสียง และเป็นเจ้าแรกหรือยี่ห้อแรก (first brand) ในตลาด ได้เปรียบเนื่องจากเข้าสู่ตลาดก่อน (first-mover advantage) ซึ่งเป็นอุปสรรคของคู่แข่งที่มาทีหลัง (later entrants)³⁴⁷ การโฆษณาและส่งเสริมการขายทำให้ส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้น ผู้บริโภคพอใจสินค้านั้นมากกว่าสินค้าที่ไม่มียี่ห้อตราสินค้าหรือคนละยี่ห้อหรือคนละตลาด ทั้งที่ราคาแตกต่างกันอย่างมาก แต่ก็ควรพิจารณาด้วยว่าผู้บริโภคอาจพอใจในคุณภาพมากกว่าโฆษณา คู่แข่งใหม่ต้องพบกับอุปสรรคต่างๆ ทำให้แข่งขันด้วยการโฆษณามากขึ้นอย่างมาก คู่แข่งอาจต้องเผชิญกับการโฆษณาหรือการส่งเสริมการขายที่รุนแรงมาก ค่านิยมและชื่อเสียงของผู้ประกอบการเป็นปัจจัยเบื้องต้นที่พิสูจน์ว่าผู้ประกอบการนำมีอำนาจเหนือ การเผยแพร่ (proliferation) ยี่ห้อสินค้าและความแตกต่างของสินค้าเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด³⁴⁸ อย่างไรก็ตาม การคำนึงถึงความยากลำบากในการเข้าสู่ช่องทางการจัดกระจายสินค้าในตลาดที่มีตราสินค้ามากมาย (brand-crowded market)³⁴⁹

8) ขนาดทั้งหมด ความแข็งแกร่งและระดับของสินค้า แม้ว่าขนาดของผู้ประกอบการจะไม่ได้บ่งชี้ว่ามีอำนาจเหนือตลาด แต่ในบางกรณีสถานะและขนาดของผู้ประกอบการจะสัมพันธ์กับการมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งเป็นหลักฐานที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจ (relevant economic evidence) ซึ่งต้องพิจารณาประเมินอำนาจตลาด ขอบเขตของภูมิศาสตร์ของผู้ประกอบการเป็นข้อได้เปรียบที่ทำให้ถูกคู่แข่งใหม่หรือปัจจัยที่ไม่แน่นอน จู่โจมได้ยาก ผู้ประกอบการที่มีสินค้าหลากหลายประเภทและสินค้าเหล่านั้นอยู่คนละตลาดกันไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ซึ่งเป็นสิ่งบ่งชี้ว่ามีอำนาจเหนือ เนื่องจากผู้ประกอบการอาจใช้ประโยชน์จากความแตกต่าง (diversity) ของสินค้าโดยหรืออาจยอมขาดทุนในสินค้าอย่างหนึ่งซึ่งไม่กระทบต่อกำไรทั้งหมดของผู้ประกอบการหรือที่เรียกว่า "มีสายป่านยาว (deep pocket)" เพื่อทำลายคู่แข่ง³⁵⁰

³⁴⁶ Ibid., p. 359.

³⁴⁷ R. Schmalensee, 'Entry Deterrence in the Ready-to-eat Breakfast Cereal Industry' (1978) 9 Bell Journal of Economic 305 cited in Ibid., p. 359.

³⁴⁸ J. S. Bain, Barriers to New Competition (1956, Harvard University Press), R. Schmalensee, 'Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands' (1981) 72 America Economic Review 349 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 360.

³⁴⁹ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 360.

³⁵⁰ Ibid., pp. 360-361.

9) กำไร ถ้ามีกำไรผูกขาดแสดงว่ามีอำนาจตลาด³⁵¹ และการหากำไรได้จำนวนมาก (high profitability) สะท้อนถึงอำนาจแต่อาจเป็นเพียงระยะเวลาสั้นๆ ซึ่งอาจไม่สะท้อนถึงอำนาจตลาดที่แท้จริงในระยะยาวก็ได้ ถ้ายังหากำไรได้มากเป็นเวลานานยิ่งแสดงว่ามีอำนาจตลาดอย่างไรก็ตาม แม้ผู้ประกอบการไม่ได้กำไรหรือได้กำไรน้อย (low profitability) ก็อาจมีอำนาจตลาดได้เช่นกัน³⁵² ดังนั้น หลักฐานการใช้กำไรมาประเมินอำนาจตลาดจึงเป็นปัญหาในการคำนวณอย่างมาก และผู้ประกอบการได้กำไรผูกขาดหรือไม่เป็นเรื่องพิสูจน์ได้ยาก³⁵³ ต้องพิจารณาความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการ ไม่ได้พิจารณาลำพังเฉพาะแต่การได้รับกำไรเท่านั้น³⁵⁴ การขาดทุน (losses) แม้เป็นระยะเวลาไม่นานอาจแสดงถึงความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการเช่นกันทำให้ผู้ประกอบการสามารถแบกรับหรือทนต่อความเสียหายได้³⁵⁵

10) สิ่งชี้วัดผลดำเนินงาน (performance indicators) บางครั้งผลสภาพทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการเป็นสิ่งบ่งชี้ว่ามีอำนาจเหนือ กำลังผลิต (capacity) อาจบ่งชี้ว่ามีอำนาจตลาดแม้ไม่ได้แยกแยะระหว่างกำลังผลิตที่ไม่มีประโยชน์ (idle) และกำลังผลิตส่วนเกิน กำลังผลิตที่ไม่มีประโยชน์เมื่อใช้แล้วไม่ทำให้ได้กำไร เนื่องจากส่งผลให้ราคาตลาดต่ำกว่าต้นทุนในการผลิตซึ่งเกิดได้ทั้งในตลาดแข่งขันและตลาดไม่แข่งขัน ส่วนกำลังผลิตส่วนเกิน (excess capacity) หมายความว่า ผู้ประกอบการผลิตต่ำกว่าปริมาณที่ผู้ประกอบการสามารถผลิตได้ ซึ่งอาจผลิตเพิ่มขึ้นได้โดยไม่มีต้นทุนต่อหน่วยเพิ่มขึ้น กำลังผลิตส่วนเกินมักพบในตลาดที่มีการผูกขาด³⁵⁶

11) ต้นทุนค่าเสียโอกาส (opportunity cost) เป็นมูลค่าของบางสิ่งซึ่งต้องเลิกทำเพื่อทำสิ่งอื่นหรือเพื่อให้ได้สิ่งอื่น ถือเป็นต้นทุนความได้เปรียบเชิงสัมบูรณ์ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือ ซึ่งอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดถือเป็นต้นทุนค่าเสียโอกาส³⁵⁷

12) การประเมินสถานะโดยตัวผู้ประกอบการ บางครั้งเอกสารภายในของตัวผู้ประกอบการเองเป็นสิ่งบ่งชี้อำนาจเหนือของตัวผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของ

³⁵¹ Ibid., p. 361.

³⁵² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., pp. 68-69.

³⁵³ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 361.

³⁵⁴ Case 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, para.s 126-128 and Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282, para. 59 cited in Ibid., p. 362.

³⁵⁵ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 362.

³⁵⁶ Ibid., p. 362.

³⁵⁷ Ibid., p. 362.

ผู้บริหารอาจไม่ใช่ความจริง อาจเป็นการพูดเพื่อสร้างความเชื่อมั่นในสถานะของตัวเอง หรืออาจเป็นทั้งสองอย่าง³⁵⁸

13) พฤติกรรมต่างๆของผู้ประกอบการอาจบ่งชี้อำนาจเหนือและเป็นหลักฐานแสดงถึงอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ซึ่งน่าจะพิสูจน์ว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือโดยมิชอบ เช่น การเลือกปฏิบัติทางราคา³⁵⁹ การห้ามส่งออก (export bans) ความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจ กระทำการได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่งหรือผู้บริโภคเป็นหลักฐานแสดงถึงอำนาจตลาดของผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ต้องพิจารณาอย่างระมัดระวัง พฤติกรรมของผู้ประกอบการบางอย่างถ้าไม่มีอำนาจเหนือก็สามารถทำได้โดยพฤติกรรมบางอย่าง อาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดโดยกลยุทธ์ (strategic entry barrier) เช่น สภาพการแข่งขันหลังเข้าตลาด (post-entry) พฤติกรรมเบียดเบียนคู่แข่ง (predatory behavior) อาจขัดขวางการเข้าสู่ตลาด และการทำข้อตกลงเฉพาะราย (exclusive dealing) การขายพ่วง (tying) และการกระทำต่าง ๆ ทำนองเดียวกันที่กีดกันคู่แข่งออกจากตลาด เป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ประกอบการพิจารณาประกอบการตัดสินใจเข้าสู่ตลาด³⁶⁰

14) พฤติกรรมตลาดในอดีตเป็นสิ่งบ่งชี้ ซึ่ง Baker และ Bresnahan กล่าวถึง วิธีการทางเศรษฐศาสตร์ 3 วิธีในการวัดอำนาจตลาด ข้อมูลการคำนวณทางเศรษฐศาสตร์ โดยใช้ข้อมูลทางการสถิติมาพิสูจน์ขนาดของอำนาจตลาด³⁶¹ ตัวอย่างเช่น ข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์ เพื่อสนับสนุนหรือหักล้างอำนาจตลาดโดย (1) พิสูจน์ว่าผู้ประกอบการที่พิจารณา (target firm) รักษาการขึ้นราคาของตนโดยไม่ให้คู่แข่งขึ้นราคา (ถ้ารักษาการขึ้นราคาไว้ได้แสดงว่ามีอำนาจตลาด) (2) พิสูจน์ว่าผู้ประกอบการที่พิจารณา (target firm) รักษาการขึ้นราคา เมื่อผู้ผลิตสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้ไม่ขึ้นราคาสินค้า (ถ้าตลาดแคบมากสินค้าของผู้ประกอบการที่พิจารณาจะแข่งขันผู้ประกอบการที่พิจารณาไม่สามารถรักษาราคาที่เพิ่มขึ้น) และ (3) พิสูจน์ว่าในอุตสาหกรรมร่วมกัน กำหนดราคาสูงในระยะยาว ทำให้กลายเป็นสงครามราคาในระยะสั้น (สภาพที่นักทฤษฎีเศรษฐศาสตร์พบการใช้กลยุทธ์และการตั้งราคาที่สูงอยู่แก่กัน (interdependent pricing) ซึ่งแสดงถึง

³⁵⁸ Ibid., pp. 362-363.

³⁵⁹ Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2nd ed., pp. 125, 135.

³⁶⁰ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 363.

³⁶¹ Baker, Jonathan B. and Bresnahan, Timothy F., "Empirical methods of identifying and measuring market power" 61 Antitrust Law Journal 3, 5 (1992) cited in Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 69.

อำนาจตลาด) เนื่องจากตัวอย่างทั้ง 3 วิธีต้องมีข้อมูลจำนวนมาก ซึ่งสัมพันธ์กับสินค้าที่ผู้บริโภคใช้ตราสินค้ามักเป็นข้อมูลการตรวจสอบยอดขาย (point-of-sale scanner data)³⁶²

การเลือกปฏิบัติทางราคาตามพื้นที่ภูมิศาสตร์ของผู้ประกอบการ ในการจำกัดการจำหน่ายสินค้า การเลือกปฏิบัติทางราคา (price discrimination) ในการจำหน่ายสินค้าให้เหมือนกันหรือสินค้า 2 ยี่ห้อซึ่งมีลักษณะภายนอกเหมือนกันยกเว้นภาพลักษณ์ (brand image) เป็นเวลานานแสดงถึงอำนาจตลาด แม้การเลือกปฏิบัติทางราคาไม่ได้ชี้วัดระดับอำนาจตลาดอย่างชัดเจน แต่เป็นจุดเริ่มต้นขั้นต่ำที่พบอำนาจตลาดในคดีจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง³⁶³

ทฤษฎีองค์กรอุตสาหกรรมสมัยใหม่ (modern industrial organization theory) ให้ความสำคัญกับการวิเคราะห์กลยุทธ์แข่งขัน (strategic competition) ทำให้พฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือถูกประเมินเป็นใช้อำนาจโดยมิชอบหรือไม่³⁶⁴

15) คู่ค้าที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (unavoidable trading partner)
ผู้ประกอบการที่จำเป็นต้องทำการค้า (vis-à-vis) กับผู้ซื้อซึ่งผู้ประกอบการไม่สามารถหลีกเลี่ยงไปทำการค้ากับผู้ซื้อรายอื่นได้ เนื่องจากเป็นหุ้นส่วนทางธุรกิจที่มีพันธะผูกพันไม่อาจเลี่ยงได้ซึ่งไม่ทำให้อำนาจซื้อ (buyer power) ของผู้ซื้อลดลง (dittute)³⁶⁵

การจำกัดการกระจายสินค้า (distribution restraints) โดยการขายสินค้าให้เหมือนกันแบบเลือกปฏิบัติทางราคาหรือขายสินค้าอย่างเดียวกันแต่คนละยี่ห้ออาจแสดงว่ามีอำนาจตลาด แม้ว่าการเลือกปฏิบัติทางราคาอาจไม่เป็นสิ่งบ่งชี้ระดับอำนาจตลาดที่ชัดเจน แต่การจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งอาจพิสูจน์ว่ามีอำนาจตลาด พฤติกรรมที่บ่งชี้อำนาจตลาดอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันที่น่าจะสร้างความไม่ทราบข้อมูลของผู้บริโภคมาสร้างอำนาจตลาดโดยการส่งเสริมการขายสินค้าให้ที่เกี่ยวของของตัวเองแทนจำหน่าย หรือผู้ขายไม่ได้ประโยชน์ หรือไม่สามารถเข้าถึงการแข่งขันกับสินค้าที่ถูกขายควบ ซึ่งยากที่จะแยกแยะว่าการกระทำใดเป็นการสร้างและใช้อำนาจตลาด³⁶⁶ ถ้าผู้ซื้อเป้าหมาย (target buyer) ไม่อ่อนไหวต่อต้นทุนเพราะต้นทุนถูกผลักไปสู่บุคคลที่สาม มีความเสี่ยงสูงที่ผู้ขายอาจใช้อำนาจตลาดบางอย่าง หรืออาจมีความที่แตกต่างด้านราคาอย่างมากระหว่างสินค้าให้หนึ่งและสินค้าคู่แข่ง อำนาจตลาดจากความแตกต่างของยี่ห้อสินค้าระหว่าง

³⁶² Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 69.

³⁶³ Ibid., p. 69.

³⁶⁴ Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 363.

³⁶⁵ Ibid., pp. 363-364.

³⁶⁶ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 69.

ยี่ห้อได้ยี่ห้อหนึ่งและสินค้าที่แข่งขันการตั้งราคาโดยไม่คำนึงถึงราคาของกลุ่มคู่แข่งอาจถือว่ามีอำนาจตลาด³⁶⁷

16) อำนาจเหนือการผูกมัดและตลาดหลังการขาย การผูกมัด (lock-in) ลูกค้านำให้เปลี่ยนได้และตลาดหลังการขาย (หรือตลาดบริการหลังการขาย aftermarket)³⁶⁸ โดยใช้ช่องว่างของข้อมูลหรือความไม่ทราบข้อมูลของผู้บริโภคเป็นพฤติกรรมอีกอย่างหนึ่งที่บ่งชี้ถึงอำนาจตลาดสำหรับ

อำนาจตลาดในตลาดหลังการขาย (aftermarket) อาจวัดจากโครงสร้างตลาดอย่างไรก็ตาม ในหลายกรณีผู้ขายสินค้าหรืออุปกรณ์หลักอาจเป็นผู้จำหน่ายชิ้นส่วนในตลาดรอง (aftermarket part) รายเดียว (sole-supplier) และอยู่ภายใต้ข้อตกลงทางตลาดบางอย่าง เนื่องจากการคุกคามการเข้าสู่ตลาดและชื่อเสียงของผู้ขายสินค้าหลัก กรณีข้อตกลงการแข่งขันมีประสิทธิภาพมาก ถ้ามีข้อมูลร่วมกับการขายชิ้นส่วนในตลาดรองเพิ่มอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดรองโดยใช้การขายฟุ้ง ทำข้อตกลงเฉพาะหรือการออกแบบสินค้าใหม่ ซึ่งเป็นการแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจประกอบกับการควบคุมอำนาจตลาดไม่เหมาะสม³⁶⁹

ตลาดหลังการขายเป็นคนละตลาด (separate product market) กับสินค้าหลัก (primary product) ลูกค้าอาจเลือกใช้สินค้าในตลาดแรกทำให้ถูกผูกมัด (locked-in) ในตลาดรอง (secondary market) และถูกบังคับ (obliged) ให้ซื้อเฉพาะสินค้าหรือบริการที่ใช้ร่วมกันกับ (compatible) สินค้าหลักเท่านั้น ดังนั้น แม้ในตลาดแรกเป็นตลาดแข่งขัน แต่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าในตลาดหลังการขายมีผู้ผลิตเพียงรายเดียว (sole producer) ซึ่งมีอำนาจเหนือในตลาดรองนั้น อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่าถ้าผู้ประกอบการมีอำนาจในตลาดรองหรือมีอำนาจผูกมัดเหนือลูกค้าหรือไม่³⁷⁰

ผู้ประกอบการอ้างว่าไม่สามารถใช้สถานะที่มีอำนาจเหนือลูกค้ามาหาประโยชน์ในตลาดรองโดยขึ้นราคา ถ้าตลาดแรกมีการแข่งขัน เนื่องจากว่า³⁷¹

1) ลูกค้าในตลาดหลังการขายจะเปลี่ยนไปยังตลาดอื่นเมื่อจำเป็นต้องเปลี่ยนสินค้าหลักหรืออุปกรณ์ติดตั้งพื้นฐาน (installed base)

³⁶⁷ Ibid., pp. 69-70.

³⁶⁸ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 364.

³⁶⁹ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 70.

³⁷⁰ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 364.

³⁷¹ Ibid., p. 364.

2) ลูกค้าย่อมพอใจที่จะซื้อสินค้าหลักอีกยี่ห้อมากกว่ายอมให้ผู้ประกอบการหาประโยชน์ในตลาดรองต่อไป และ

3) ลูกค้าตัดสินใจซื้อสินค้าหลักในตลาดแรก เพราะราคาและเงื่อนไขในตลาดรอง

ในบางตลาดค่าใช้จ่ายในตลาดรองตลอดอายุการใช้งาน (lifetime) สินค้าหลักอาจสูงมากกว่าราคาของสินค้าหลัก และลูกค้าเลือกสินค้าหลัก (the original product) โดยพิจารณาค่าใช้จ่ายตลอดอายุการใช้งาน (lifetime cost) แล้วจึงตัดสินใจซื้อ ดังนั้น ผู้ประกอบการอาจหาประโยชน์จากตลาดรอง ถ้าผู้ประกอบการไม่เปิดเผย (transparent) ข้อมูลต่างๆ และปิดบังค่าใช้จ่ายต่างๆตลอดอายุการใช้งานในเวลาที่ผู้ซื้อซื้อสินค้าหลัก³⁷² ดังนั้น ก่อนที่จะพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดในตลาดรองหรือไม่ จึงต้องพิจารณา 1) ผู้บริโภคอาจหันไปใช้สินค้าอื่นในตลาดแรกได้หรือไม่ และ 2) ลูกค้าทราบข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับสินค้ารอง เช่น ราคาชิ้นส่วน ราคาอะไหล่ อุปกรณ์ใช้สิ้นเปลือง ค่าบริการ ในเวลาที่ตัดสินใจซื้อสินค้าในตลาดแรก³⁷³

การใช้อำนาจเหนือในตลาดสินค้ารอง (secondary product) เช่น ชิ้นส่วนทดแทนหรืออะไหล่ (spare parts) สินค้าใช้สิ้นเปลือง (consumables) หรือบริการซ่อมบำรุง (maintenance services) ซึ่งสินค้าเหล่านี้ใช้ร่วมกับสินค้าหลักและต้องใช้ด้วยกันได้ดี สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการอื่นไม่อาจใช้ทดแทนได้หรือใช้ทดแทนได้ไม่ดีเท่ากับสินค้าหรือบริการที่ผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าหลัก³⁷⁴

มีปัญหว่าผู้ผลิตสินค้าหลักที่ไม่มีอำนาจเหนือ (non-dominant) จะมีอำนาจเหนือในตลาดสินค้ารองที่มีขนาดเล็กกว่าได้หรือไม่ ซึ่งปัญหาจะซับซ้อนมากขึ้น ถ้าผู้ผลิตสินค้าหลักโต้แย้งว่าไม่สามารถเป็นผู้มีอำนาจในตลาดสินค้ารองเพราะไม่มีอำนาจเหนือในตลาดสินค้าหลัก เนื่องจากผู้ซื้อน่าจะเลิกซื้อสินค้าหลักทันทีเมื่อราคาอะไหล่หรือค่าบริการเพิ่มขึ้น ซึ่งผู้บริโภคสามารถคำนวณค่าใช้จ่ายทั้งหมดตลอดอายุการใช้งาน (overall life-time costs) สินค้าหลักโดยรวมชิ้นส่วนต่างๆ สินค้าใช้สิ้นเปลือง (consumables) การปรับแต่ง (upgrades) การบริการและอื่นๆ และไม่น่าจะมีการเลือกปฏิบัติทางราคาระหว่างลูกค้าใหม่และลูกค้าเก่าหรือลูกค้าเดิมเสียค่าปรับเปลี่ยน (switching costs) ต่ำเพื่อหันไปใช้สินค้าอื่น อีกด้านหนึ่ง ผู้ผลิตสินค้ารองซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงถูกสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือโดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดขึ้นในตลาดสินค้าหลัก ดังนั้น ในการประเมินอำนาจตลาดต้องพิจารณาปัจจัยสำคัญต่างๆเป็นรายกรณี (case by case) เช่น มูลค่าของสินค้าหลัก ค่าใช้จ่ายในการหาข้อมูล ค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่น ค่าใช้จ่ายตลอดอายุการใช้งานสินค้า

³⁷² Ibid., p. 364.

³⁷³ Ibid., p. 364.

³⁷⁴ Ibid., p. 365.

หลัก อายุการใช้งานสินค้าหลัก การเปิดเผยราคาหรือค่าใช้จ่ายของสินค้ารองและความเสียหายต่อผู้บริโภคในระยะยาว และปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง³⁷⁵

ถ้าผู้ซื้อทราบราคาสินค้าใช้สิ้นเปลือง ชิ้นส่วนอะไหล่ หรือค่าบริการซ่อมบำรุง และพิจารณาข้อมูลเหล่านี้ก่อนซื้อสินค้าหลัก ซึ่งถ้าราคาสินค้ารองยี่ห้อใดเพิ่มขึ้นอาจจูงใจให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหลักยี่ห้ออื่นทดแทน และไม่น่าจะมีการเลือกปฏิบัติทางราคาระหว่างลูกค้าเก่าและลูกค้าใหม่³⁷⁶

ผู้ซื้ออาจถูกผูกมัด (bound) ให้ต้องซื้อสินค้าจากผู้ผลิตสินค้าหลัก เนื่องจากจำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นและไม่แจ้งให้ผู้ซื้อทราบรายละเอียดต่างๆ อย่างเพียงพอในเวลาที่ดีตัดสินใจซื้อสินค้าหลัก³⁷⁷

อำนาจตลาดในตลาดหลังการขายอาจลดลงถ้ามีการแข่งขันในตลาดสินค้ารองมากขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ขายสินค้าหลักเป็นผู้ขายสินค้ารองเพียงรายเดียวแต่ยังเผชิญกับแรงกดดันจากการแข่งขัน ถ้าคู่แข่งเข้าสู่ตลาดได้และต้องรักษาชื่อเสียงของสินค้าของตนเอง³⁷⁸

17) การมีอำนาจเหนือตลาดในเศรษฐกิจสมัยใหม่ การแข่งขันมีแนวโน้มแข่งขันด้วยนวัตกรรมใหม่ (innovation) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดมักมีอำนาจเพียงชั่วคราวและสูญเสียอำนาจได้ง่าย ดังนั้น ส่วนแบ่งตลาดไม่ใช่ปัจจัยที่พิสูจน์อำนาจตลาดในระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่ ผู้มีส่วนแบ่งตลาดมากอาจถูกคุกคามจากคู่แข่งที่ปรับปรุงพัฒนาทำให้ไม่สามารถรักษาสถานะของตนได้ ถ้าไม่ปรับปรุงพัฒนาตลอดเวลา ส่วนแบ่งตลาดที่สูงเท่ากับมีอำนาจเหนือ กรณีนี้ผู้ผูกขาดที่อ่อนแอจะเสียหายอย่างมากต่อการพัฒนาและการแข่งขัน³⁷⁹

อำนาจตลาดพิจารณาความสามารถแข่งขัน (contestability) ดีกว่า ถ้าตลาดมีการแข่งขันผู้ที่มีส่วนแบ่งตลาดสูงไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือ เพราะโอกาสการเข้าสู่ตลาด การแข่งขันมีผลต่อพฤติกรรมของผู้ประกอบการไม่อาจกระทำการได้อย่างอิสระได้ ต้องคำนึงถึงคู่แข่งด้วย³⁸⁰

³⁷⁵ Ibid., p. 365.

³⁷⁶ Ibid., pp. 365-366.

³⁷⁷ Ibid., p. 366.

³⁷⁸ Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1st ed., p. 70.

³⁷⁹ Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2nd ed., p. 366.

³⁸⁰ Ibid., p. 366.

3.2.3.5 ปัจจัยอื่นที่บ่งชี้ว่ามีอำนาจตลาด

ลักษณะที่บ่งชี้ว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด เช่น

1) ผลการประกอบการหรือระดับอัตราส่วนกำไรที่ผู้ประกอบการนั้นได้รับต่างจากอัตรากำไรเฉลี่ยของผู้ประกอบการรายอื่นมากเท่าใด ถ้าได้รับกำไรมากกว่าอัตรากำไรเฉลี่ยของผู้ประกอบการรายอื่นมาก ถือว่าผู้นั้นมีอำนาจเหนือตลาดมาก

2) ความเป็นอิสระในการประกอบกิจการเทียบกับคู่แข่งว่าต้องคำนึงถึงปฏิกิริยาของคู่แข่งหรือไม่ (Theory of independence) กล่าวคือ ถ้าคู่แข่งเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม เช่น การออกผลิตภัณฑ์ใหม่ การพัฒนา ปรับปรุงรูปแบบของสินค้า การลดหรือขึ้นราคาสินค้า การจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย แล้วผู้ประกอบการรายนั้นต้องปรับตัวตามหรือไม่ ถ้าไม่ต้องปรับตัวตามแสดงว่ามีอำนาจเหนือตลาดมาก

3) มีส่วนแบ่งตลาดหรือยอดขายมาก แสดงว่ามีอำนาจเหนือตลาดมาก

4) สถานะของผู้ประกอบการ เช่น มีอำนาจต่อรองมาก ฐานะทางการเงิน รายได้จาก การดำเนินธุรกิจ เทคโนโลยีการผลิต สภาพของตลาดมีการแข่งขันน้อย อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่

5) อำนาจต่อรองของผู้บริโภค แม้ผู้ประกอบการจะเป็นผู้ผูกขาดแต่หากผู้บริโภคมีอำนาจต่อรองมาก เพราะมีกำลังซื้อในปริมาณมาก ๆ ผู้ผูกขาดก็ไม่อาจใช้อำนาจเหนือตลาดได้เต็มที่ เนื่องจากถ้าตั้งราคาสูงเกินไปผู้บริโภครายนั้นก็จะไม่ซื้อสินค้าจากผู้ผูกขาด

ซึ่งลักษณะดังกล่าวข้างต้นเป็นข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้นมิใช่ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแน่นอน ซึ่งต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ร่วมด้วย คือ เป็นผู้มีความสามารถในการควบคุมปริมาณการผลิตหรือปริมาณการจำหน่าย ควบคุมราคาให้อยู่เหนือระดับราคาที่แข่งขันโดยอิสระ ไม่มีผู้ผลิตรายอื่นมีความสามารถในการผลิตสินค้าหรือบริการทดแทนสินค้าหรือบริการที่ลดลง ไม่มีผู้นำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ และผลจากการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นได้รับกำไรเกินปกติ

ผู้เขียนเห็นว่าในบางกรณีลำพังเฉพาะส่วนแบ่งตลาดก็อาจบ่งชี้ถึงอำนาจตลาดได้ แต่ในบางกรณีลำพังเฉพาะส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวก็ไม่อาจสะท้อนให้ทราบหรือบ่งชี้ถึงอำนาจตลาดที่แท้จริงของผู้ประกอบการได้ จึงต้องตรวจสอบปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ทั้งเรื่องการใช้สินค้าหรือบริการอื่นทดแทน การทดแทนด้านการผลิต ผลผลิตของผู้ประกอบการรายอื่น และ การเข้าสู่ตลาดของคู่แข่งรายใหม่ จึงจะสรุปได้ว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแสดงถึงการมีอำนาจตลาดของผู้ประกอบการอย่างแท้จริง