

แนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับการขายพ่วงทางเทคนิค

น.ส.วทันยา โสภากิจต์วัฒน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2561
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

IMPLEMENTATION OF COMPETITION LAW ON TECHNICAL TYING

Miss Wathanya Sopachitwatana

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2018
Copyright of Chulalongkorn University



109548261

CU Thesais 5886015834 thesis / recv: 30072562 22:15:01 / seq: 14

หัวข้อวิทยานิพนธ์

แนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับการขาย
พ่วงทางเทคนิค

โดย

น.ส.วทันยา โสภากิจต์วัฒน์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(สรวิศ ลิ้มปริงซี่)



109548261

CD iThesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

วทันยา โสภากิจต์วัฒน์ : แนวทางการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับการขาย
 พ่วงทางเทคนิค. (IMPLEMENTATION OF COMPETITION LAW ON TECHNICAL
 TYING) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

การขายพ่วงนั้นอาจเกิดในรูปแบบของสัญญาหรือทางเทคนิค ซึ่งการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical tying) เป็นการขายพ่วงโดยใช้วิธีการเชื่อมสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง ด้วยวิธีการทางเทคนิคซึ่งทำให้สินค้าทั้งสองอาจแยกออกจากกันทางกายภาพได้หรือไม่ก็ได้ เมื่อสินค้าทั้งสองนั้นสามารถแยกออกจากกันได้ทางกายภาพก็จะเป็นที่ชัดเจนว่ามีสินค้าที่มีการพ่วง และสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงเกิดขึ้น และมักสามารถนำการขายพ่วงตามข้อสัญญามารับใช้กับกรณีดังกล่าว ได้ อย่างไรก็ตามในกรณีการขายพ่วงทางเทคนิคที่สินค้ามีลักษณะของการรวมกันทางกายภาพนั้น ยากที่จะแยกมีสินค้าที่มีการขายพ่วงและสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงหรือไม่ อีกทั้งพระราชบัญญัติการ แข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50(2) และแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ไม่ได้มีการระบุถึงการ ขายพ่วงทางเทคนิคและแนวปฏิบัติในการพิจารณาสินค้า 2 ชนิดแยกออกจากกันได้เลย

จากการศึกษากฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศพบว่า ถึงแม้ว่ายังไม่ได้มีการ วางแนววินิจฉัยเกี่ยวกับการขายพ่วงทางเทคนิคที่แน่นอนนักและคดีที่เกี่ยวข้องยังมีไม่มาก แต่ได้มี การพบว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้มีการกล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ ในแนวปฏิบัติในเรื่องของการขายพ่วง ถึงแม้ว่าในการพิพากษาคดีจะไม่ได้ปรากฏการขายพ่วงทาง เทคนิคไว้โดยตรงก็ตามแต่ก็ได้การวางหลักกฎหมายที่สามารถนำมาช่วยในการวิเคราะห์เรื่อง การขายพ่วงทางเทคนิคได้ ส่วนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาได้มีแนวทางในการ วินิจฉัยการขายพ่วงและแนวทางในการแยกสินค้าออกจากกันที่น่าสนใจ ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอ แนวทางในการปรับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 กับการขายพ่วงทางเทคนิค ไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สาขาวิชา นิติศาสตร์
 ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิสิต
 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5886015834 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Technical Tying, Tying, Competition Law

Wathanya Sopachitwatana : IMPLEMENTATION OF COMPETITION LAW ON
TECHNICAL TYING. Advisor: Kansak Bejrananda, Ph.D.

Tying can take place on a contractual or technical basis. Technical Tying occurs when the tying product and the tied product are linked together by the technical way in which the products may be physically integrated. In case the products which technically linked are two separate products, It usually could apply to contractual tying cases. However, in case the products are physically integrated, it is hard to decide that this case becomes a single product or tying. The Trade Competition Act B.E. 2560 section 50 and the guidance in applying section 50 do not detail about technical tying and distinct products.

The results of the study in EU Competition Law and US Antitrust Law indicate that there are not clearly principle to apply with technical tying cases yet and there are not many cases on technical tying. However, In EU Competition Law on guidance about tying has given a definition of technical tying. Although the tying cases in the EU are not adjudicated about technical tying directly, they created the important principles to apply with the general tying cases. Nevertheless, US Antitrust Law has interesting tying cases and the separation product tests which can be applied with The Trade Competition Act B.E. 2560. Therefore, the author would like to propose the implementation of the Trade Competition Act B.E. 2560 on technical tying in this thesis.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2018

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อถ่ายทอดความรู้ ให้คำแนะนำทางด้านวิชาการ รวมถึงคอยตรวจสอบแก้ไขงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนความเมตตาของท่านอาจารย์ที่มีต่อผู้เขียนที่ทำให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ศ.ดร. ศักดา ธนิตกุล ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าและให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์พร้อมทั้งให้คำแนะนำทางด้านวิชาการต่างๆ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สรวิศ ลิ้มปรีงซี ที่ได้กรุณาให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์พร้อมทั้งให้คำแนะนำทางด้านวิชาการเพื่อให้งานฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ผศ.ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ที่ได้กรุณาให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และได้ให้ข้อชี้แนะทางวิชาการกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งหากปราศจากข้อชี้แนะ ความเห็นทางวิชาการ และแนวทางแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จากทั้งท่านอาจารย์ที่ปรึกษาและคณะกรรมการทุกท่าน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจทำให้สำเร็จลุล่วงได้ ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัวของผู้เขียน คุณพ่อคุณแม่และน้องชาย ที่คอยให้กำลังใจและช่วยเหลือให้ผู้เขียนมีกำลังใจ กำลังใจในการศึกษาต่อระดับปริญญาโทและในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วง รวมถึงกำลังใจจากเพื่อนๆ พี่ๆ ที่คอยให้คำแนะนำและให้กำลังใจเสมอมา พี่ปุ๋ยและเจมส์ที่คอยให้คำแนะนำให้การทำวิทยานิพนธ์และดำเนินการในระบบ iThesis กระจ่างทำให้กำลังใจและช่วยรับมือกับความกดดันระหว่างทำวิทยานิพนธ์ รวมถึงพี่หนิง เป้ หยก หมู แสม กิฟ โอ น้ำผึ้งและพี่ๆ เพื่อนๆ ที่คอยให้กำลังใจเสมอมา และขอขอบพระคุณพี่ๆ เจ้าหน้าที่หลักสูตรทุกท่านที่คอยช่วยให้คำแนะนำและการดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วง

วทันยา โสภากิจต์วิฒนะ

สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฉ
สารบัญรูปภาพ.....	ฐ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐานของงานวิจัย.....	2
1.3 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย.....	2
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	2
1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการวิจัย.....	3
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานของการขายพ่วงทางเทคนิค.....	4
2.1 ความหมายและลักษณะของการขายพ่วงทางเทคนิค.....	4
2.1.1 ความหมายของการขายพ่วง.....	4
2.1.2 ประเภทของการขายพ่วง	5
2.1.2.1 การขายพ่วงแบบบันเดิ้ล (Bundling)	5
2.1.2.2 การขายพ่วง (Tying).....	9

2.1.3 การขายพ่วงทางเทคนิค.....	11
2.1.3.1 การขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual Tying).....	12
2.1.3.2 การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying).....	12
2.2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วง และหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์	14
2.2.1 จุดประสงค์ของผู้ประกอบการในการขายพ่วง.....	14
2.2.1.1 วัตถุประสงค์ด้านประสิทธิภาพ	15
2.2.1.2 วัตถุประสงค์ด้านกลยุทธ์	22
2.2.2 ผลกระทบจากการขายพ่วง	32
2.2.3 ผลกระทบจากการขายพ่วงทางเทคนิค.....	42
2.3 วิเคราะห์และสรุป	45
บทที่ 3 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกับการขายพ่วงทางเทคนิค	47
3.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 101	47
3.1.1 หลักกฎหมายในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 101	47
3.1.2 Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices	49
3.1.3 European Commission Guidelines on Vertical Restraints.....	49
3.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 102	50
3.2.1 หลักกฎหมายในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 102	51
3.2.1.1 ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominance).....	51
3.2.1.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่ไม่ชอบ (Abuse of Dominant Position).....	51
3.2.2 Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.....	52

3.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค	56
3.3.1 คดี Hilti AG v. Commission (1991)	56
3.3.2 คดี Tetra Pak International SA v. Commission (1996).....	59
3.3.3 คดี Microsoft v. Commission (2007).....	61
3.4 การปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 102 กับการขายพ่วงทางเทคนิค.....	62
3.4.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง และ ความจำเป็นในการแยกสินค้า 2 ชนิด.....	63
3.3.1.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในคดีการขายพ่วง.....	64
3.3.1.2 ความจำเป็นในการแยกสินค้า2อย่างออกจากกัน.....	66
3.3.1.3 การขายพ่วงในตลาดหลังการขาย (After market) และสินค้าที่บริโภคแล้วหมดไป	68
3.3.1.4 สรุปประเด็นการแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกัน.....	69
3.4.2 ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product Market).....	70
3.4.3 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position)	71
3.4.4 การขายพ่วงส่งผลเป็นการปิดตลาด.....	73
3.4.5 การให้เหตุผลที่สมควร (Objective Justification)	76
3.5 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการขายพ่วงทางเทคนิค.....	78
3.6 วิเคราะห์และสรุป	80
บทที่ 4 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกากับการขายพ่วงทางเทคนิค	81
4.1 The Sherman Act 1890	81
4.1.1 The Sherman Act 1890 มาตรา 1	81
4.1.2 The Sherman Act 1890 มาตรา 2.....	82
4.2 The Clayton Act 1914	83

4.3 The Federal Trade Commission Act 1914..... 84

4.4 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค 85

 4.4.1 คดี United States v. Jerrold Electronic Corp (1960)..... 85

 4.4.2 คดี In re DATA GENERAL CORPORATION ANTITRUST LITIGATION. (1981)... 87

 4.4.3 คดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde (1984)..... 88

 4.4.4 คดี Eastman Kodak v. Image Technical Services (1992)..... 90

 4.4.5 คดี United States v. Microsoft Corporation (Microsoft 3) (2001)..... 91

4.5 วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายแข่งขันป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกากับการขายพ่วงกับการขายพ่วงทางเทคนิค..... 95

 4.5.1 การขายพ่วงกับสินค้าสองชนิดที่แยกจากกัน..... 99

 4.5.1.1 การทดสอบความต้องการที่แยกจากกัน (Separate-demand Test)..... 99

 4.5.1.2 การทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง (Genuine Technological-Integration test)..... 102

 4.5.1.3 การทดสอบด้วยหลักเหตุผล (Unstructured Rule-of-reason Test) 104

 4.5.1.4 การทดสอบการแยกกันของสินค้าสองชนิดจากหลักในคดี Jerrold Electronics และ Data General ที่ถูกเสนอโดย Samuel Noah Weinstein 105

 4.5.2 อำนาจตลาด..... 110

 4.5.3 การอนุญาตให้ผู้ซื้อสินค้าที่มีการพ่วง(Tying Product)ต่อเมื่อมีการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง(Tied Product)ด้วยเท่านั้น 110

 4.5.4 ผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญของการแข่งขันในการขายพ่วง 111

 4.5.5 การให้เหตุผล (Objective Justification) 111

4.6 กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการขายพ่วงทางเทคนิค..... 112

4.7 วิเคราะห์และสรุป 113

บทที่ 5 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับ การขายพ่วงทางเทคนิค	115
5.1 หลักการ แนวคิด และเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	115
5.1.1 หลักการและแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	115
5.1.2 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560	116
5.3 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560.....	117
5.3.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 50	117
5.3.1.1 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561	119
5.3.1.2 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561	121
5.3.1.3 การพิจารณาองค์ประกอบทางกฎหมายของมาตรา 50(2) และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 กับการขายพ่วงทางเทคนิค	123
ก. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด	123
ข. กำหนดเงื่อนไขให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) กับการซื้อสินค้าหรือบริการที่คู่ค้าต้องการ (Tying Product)....	124
ค. กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม	126
5.3.1.4 แนววินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า.....	127
5.3.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 57	127
5.3.2.1 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561	128
5.3.2.2 แนววินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า.....	130

5.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับ กฎหมายแข่งขัน
 ทางการค้าของสหภาพยุโรปและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาใน
 ประเด็นการขายพ่วงทางเทคนิค..... 130

5.4.1 การมีสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product)
 ซึ่งสินค้าทั้งสองสามารถแยกออกจากกันได้ 131

5.4.2 อำนาจตลาด..... 133

5.4.3 การไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วง(Tying Product)เพียงอย่าง
 เดียว 134

5.4.4 การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน 135

5.4.5 การให้เหตุผลที่สมควร..... 136

5.4.6 การขายพ่วงทางเทคนิค..... 136

5.4.7 ตารางสรุปการวิเคราะห์เปรียบเทียบ 138

5.5 วิเคราะห์สรุป 140

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 142

6.1 บทสรุป 142

6.2 ข้อเสนอแนะ 145

บรรณานุกรม..... 152

ประวัติผู้เขียน..... 158



109548261

สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของการขายสินค้ากับการขายพ่วงในรูปแบบต่าง ๆ	11
ตารางที่ 2 ตารางแสดงจุดประสงค์ของการกระทำการขายพ่วง.....	32
ตารางที่ 3 ตารางสรุปวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับการขายพ่วงทางเทคนิค.....	138



109548261

CU Thes1s 5886015834 thesis / recv: 30072562 22:15:01 / seq: 14

สารบัญรูปภาพ

รูปภาพที่ 1 กราฟกรณีตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์..... 20

รูปภาพที่ 2 กราฟกรณีตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ 20



109548261

CU Thesais 5886015834 thesais / recv: 30072562 22:15:01 / seq: 14

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จุดมุ่งหมายของการดำเนินธุรกิจก็คือการแสวงหากำไรเป็นสำคัญ การดำเนินธุรกิจในปัจจุบันมีกลยุทธ์มากมายในการดำเนินธุรกิจเพื่อให้สามารถขายสินค้าและบริการของตนให้ได้มากที่สุด ซึ่งกลยุทธ์รูปแบบหนึ่งที่มีการใช้อยู่ในปัจจุบันก็คือ การขายพ่วง (Tying Arrangement)

กลยุทธ์การขายพ่วง ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมในการดำเนินธุรกิจที่ส่งผลต่อการแข่งขันและโครงสร้างของตลาดเป็นอย่างมาก ดังนั้นพฤติกรรมการขายพ่วงนี้จึงเป็นพฤติกรรมหนึ่งที่ถูกควบคุมโดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าอันมีวัตถุประสงค์ให้การแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งการขายพ่วงนอกจากการขายพ่วงตามข้อสัญญาที่พบได้เป็นส่วนใหญ่แล้ว ยังมีการขายพ่วงอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งเรียกว่า “การขายพ่วงทางเทคนิค” (Technical Tying)

ขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) นั้นหมายถึง การขายพ่วงที่เกิดจากการออกแบบโดยวิธีการทางเทคนิคให้สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) เท่านั้น โดยสินค้าทั้งสองนั้นอาจแยกออกจากกันได้ทางกายภาพแต่สามารถทำงานได้อย่างเหมาะสมเมื่อใช้งานประกอบกัน หรือสินค้าทั้งสองนั้นอาจมีการรวมกัน (Integrated) ในลักษณะที่ยากจะแยกสินค้านั้นออกจากกันได้ทางกายภาพ หรืออาจกล่าวได้ว่ากรณีของการขายพ่วงทางเทคนิค เป็นกรณีที่สินค้าที่มีการพ่วงถูกนำมารวมเข้าด้วยกันทางกายภาพหรือทางเทคโนโลยีจนทำให้สินค้าเหล่านั้นต้องใช้งานร่วมกันหรือไม่สามารถแยกต่างหากจากกันได้ เนื่องจากพฤติกรรมของการขายพ่วงทางเทคนิคมีความซับซ้อนมากกว่าการขายพ่วงตามข้อสัญญา จึงทำให้ปัญหาของการปรับใช้กฎหมายกับการขายพ่วงทางเทคนิคมีความซับซ้อนมากขึ้นตามไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่าสินค้าที่มีการรวมกันทางเทคนิคนั้นเป็นสินค้า 2 ชิ้นหรือการรวมกันเช่นนั้นทำให้สินค้าหลอมรวมกันเป็นชิ้นเดียว ทั้งนี้การมีอยู่ของสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) เป็นหัวใจสำคัญในการพิจารณาว่ามีการขายพ่วงเกิดขึ้นหรือไม่

นอกจากนี้ โดยธรรมชาติของการขายพ่วงทางเทคนิคหรือทางเทคโนโลยีนั้นมักจะมีลักษณะของการปกป้องตลาดหลังการขาย (Aftermarket)¹ ให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งกระทบต่อโอกาสในการเข้าสู่ตลาดหลังการขายของผู้ประกอบการรายอื่น ในขณะที่เดียวกันการขายพ่วงทางเทคนิคนี้ก็อาจจะเป็นสิ่งที่ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาของนวัตกรรมใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน จึงทำให้เป็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าการขายพ่วงทางเทคนิคที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้นส่งผลกระทบต่อเป็นการสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าหรือต่อต้านการแข่งขันทางการค้า

¹ Daniel E. Gaynor, "Technological Tying," Working Paper No.284 - FTC Bureau of Economics (2006): 22.

สำหรับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย มีมาตรา 50 (2) ได้มีการกล่าวถึง การห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการ “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม” ซึ่งสามารถปรับใช้ได้กับการขายพ่วงตามข้อสัญญา แต่ในแง่ของการขายพ่วงทางเทคนิคมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือมาตราดังกล่าวสามารถปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้หรือไม่อย่างไร เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า และแนวปฏิบัติที่ออกโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการขายพ่วงทางเทคนิคไว้เลย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการของเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน สินค้าและบริการมีความหลากหลายมากขึ้นอย่างมากซึ่งมีวิธีการทำธุรกิจใหม่ ๆ เกิดขึ้นมากมาย และ การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นก็มีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นได้มากขึ้นในอนาคต ดังนั้นจึงเห็นว่าประเด็นนี้มีความสำคัญในการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมาย แนวคำพิพากษาในต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาและปรับใช้กฎหมายไทยกับการขายพ่วงทางเทคนิคได้อย่างถูกต้อง สอดคล้องกับแนวคิดสากลต่อไป

1.2 สมมติฐานของงานวิจัย

หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าในเรื่องของการขายพ่วงไม่ชัดเจนพอต่อการปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิค จึงจำเป็นต้องมีการศึกษากฎหมาย คำพิพากษาของศาล แนวคำตัดสินของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยกับพฤติกรรมดังกล่าว

1.3 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย

1. ศึกษาถึงหลักกฎหมาย หลักเกณฑ์ แนวคิดเกี่ยวกับการขายพ่วงทางเทคนิค และ หลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้า
2. ศึกษาถึงคำพิพากษาในต่างประเทศ และการปรับใช้กฎหมาย แนวโน้มปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค
3. สร้างความเข้าใจในหลักกฎหมาย ค้นหาหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ที่ถูกต้อง เหมาะสมเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมและประโยชน์แก่สังคมต่อไป

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประเด็นการขายพ่วงทางเทคนิคโดยศึกษาถึงแนวคิดที่อยู่เบื้องหลัง วิธีการปรับใช้กฎหมาย และศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมาย คำพิพากษา วิธีการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และ กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

1.5 วิธีการศึกษาค้นคว้า

การดำเนินการวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมจากหนังสือกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมาย แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ คำพิพากษาของศาล วิทยานิพนธ์และบทความที่เกี่ยวข้อง แหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตทั้งในและต่างประเทศ ในการนำมาเรียบเรียงวิเคราะห์ปัญหา และเปรียบเทียบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาและความสำคัญในประเด็นกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค
2. มีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าในเรื่องการขายพ่วงทางเทคนิค
3. เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการวิเคราะห์การขายพ่วงทางเทคนิค และสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยได้
4. สามารถวิเคราะห์ถึงปัญหาในการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันกับการขายพ่วงทางเทคนิคและสามารถเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาได้



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานของการขายพ่วงทางเทคนิค

การขายพ่วง เป็นกลยุทธ์ในการประกอบธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นมานานแล้ว ซึ่งแต่เดิมการขายพ่วงที่ได้รับความนิยมก็คือการขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual Tying) แต่ในปัจจุบันได้มีเทคโนโลยีใหม่ ๆ เกิดขึ้นมากมายที่ส่งผลให้ผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ในยุคปัจจุบัน มีการเชื่อมต่อกันด้วยโครงสร้างทางเทคนิคที่ซับซ้อน ตัวอย่างที่ชัดเจนในการอธิบายอย่างหนึ่งคือ อุตสาหกรรมโทรศัพท์มือถือ ซึ่งโทรศัพท์มือถือในปัจจุบันต่างถูกเชื่อมต่อเข้ากับส่วนประกอบที่เพิ่มเข้ามา เช่น เครื่องเล่นเพลง (Music Player) กล้องถ่ายรูป และอินเทอร์เน็ตเบราว์เซอร์ (Internet Browser) ซึ่งการพ่วงกันทางเทคนิคนี้ถูกใช้ในการเชื่อมต่อผลิตภัณฑ์โดยการรวมกันหรือบางครั้งก็เป็นการรวมกันโดยธรรมชาติที่มีความสัมพันธ์กัน¹

ในบทนี้ จะขอกล่าวถึง ความหมายและลักษณะของการขายพ่วงและการขายพ่วงทางเทคนิค ประเภทของการขายพ่วง แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงและหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ จุดประสงค์ของการขายพ่วง และ ผลกระทบจากการขายพ่วง และสรุปตามลำดับ

2.1 ความหมายและลักษณะของการขายพ่วงทางเทคนิค

2.1.1 ความหมายของการขายพ่วง

ความหมายของการขายพ่วง ได้ปรากฏคำอธิบายตามตำราต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

รองศาสตราจารย์ สุธีร์ ศุภนิตย์ ได้ให้ความหมายของการขายพ่วงไว้ว่า “การขายพ่วง (tie-ins) เป็นการขายสินค้าชนิดหนึ่ง (The tying goods) โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งด้วย (The tied goods) การสร้างข้อผูกมัดในการขายเช่นนี้โดยปกติผู้ที่วางข้อกำหนดให้มีการเอาสินค้าอีกอย่างหนึ่งไปด้วยนั้น ผู้นั้นต้องมีอำนาจผูกขาดในสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งอยู่ก่อนแล้ว”²

Nicholas Economides ได้กล่าวถึงการขายพ่วงไว้ว่า “การขายพ่วงของสินค้า (หรือบริการ) 2 อย่าง เกิดขึ้นเมื่อผู้ขายขายสินค้าหนึ่งโดยมีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าอื่นจากผู้ขายนั้นด้วย”³

Siri Silvereke ได้ให้ความหมายของการขายพ่วงไว้ว่า “การขายพ่วง ถูกอ้างถึงในสถานการณ์ที่ลูกค้าซึ่งซื้อสินค้าหลัก หรือสินค้าที่มีการพ่วง (The Tying Product) ถูกเรียกร้องให้ซื้อผลิตภัณฑ์อีกอันหนึ่งซึ่งถูกพ่วง (The Tied Product) ซึ่งถูกผูกติดกับผลิตภัณฑ์หลัก”⁴

¹ Siri Silvereke, "The Winner Takes It All? - or to What Extent May It Be Regarded Anti-Competitive Conduct to Combine Technical Tying and Patent?" (Master of European Business Law, Lund University, 2013), p. 5.

² สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 46.

³ Nicholas Economides, Research Handbook on the Economics of Antitrust Law - Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates, ed. Einer Elhauge (Edward Elgar Publishing Limited, 2012), p. 121.

ในตำรากฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป Steven Anderman and Hedvig Schmidt ได้ให้ความหมายของการขายพ่วงไว้ว่า “การขายพ่วงเป็นการขายหรือให้เช่าสินค้าโดยมีเงื่อนไขว่าผู้ขายหรือผู้ให้เช่าจะต้องซื้อหรือเช่าสินค้าอื่นจากผู้ขายหรือผู้ให้เช่าด้วย สิ่งนี้ถือว่าเป็นกลยุทธ์ทั่วไปที่มีการใช้ในอุตสาหกรรมและในบริษัทหลาย ๆ บริษัทเพื่อที่จะลดต้นทุน เพิ่มประสิทธิภาพการผลิต และกระจายความเสี่ยงเมื่อต้องการเปิดตลาดใหม่”⁵

ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่า การขายพ่วงเป็นกรณีที่ผู้ขายสร้างเงื่อนไขที่ทำให้ผู้ซื้อสินค้า เมื่อซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) จะต้องรับเอาสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ไปด้วย ทั้งนี้เงื่อนไขที่สร้างขึ้นนั้นอาจอยู่ในรูปแบบของสัญญา หรือ ด้วยลักษณะทางเทคนิคก็ได้ ซึ่งอาจเรียกลักษณะของการขายพ่วงเช่นนี้ได้ว่า การขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual Tying) หรือ การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying)⁶ ซึ่งจะอธิบายรายละเอียดไว้ในหัวข้อการขายพ่วงทางเทคนิคต่อไป

2.1.2 ประเภทของการขายพ่วง

การขายพ่วงสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ซึ่งมีส่วนที่มีความแตกต่างกันและทับซ้อนกันดังต่อไปนี้

2.1.2.1 การขายพ่วงแบบบันเดิล (Bundling)

คำว่า Bundle นั้นมีความหมายว่า ห่อ หรือ มัด หรือสิ่งที่ยึดติดกันไว้เป็นชุด ดังนั้นการขายพ่วงแบบบันเดิลจึงมีลักษณะของการขายไปด้วยกันเป็นมัด หรือเป็นชุด ๆ นั้นเอง

การขายพ่วงแบบบันเดิล หรือ Bundling ใช้เรียกในกรณีที่สินค้าเหล่านั้นถูกผู้ขายขายในลักษณะที่มีข้อกำหนดหรือราคาเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งในกรณีที่สินค้ามีการขายรวมกันตามสัดส่วนที่กำหนด กรณีนี้จะถูกเรียกว่า การขายพ่วงแบบบันเดิลโดยแท้ (Pure Bundling) หากเป็นกรณีที่สินค้าสินค้าตั้งแต่สองอย่างขึ้นไปถูกขายรวมกันโดยมีการให้ส่วนลด โดยที่สินค้าแต่ละอย่างนั้นมีการขายแยกต่างหากด้วย แต่เมื่อรวมราคาของการซื้อสินค้าแต่ละอย่างแยกกันแล้วมีราคาสูงกว่าการซื้อสินค้า

⁴ Siri Silvereke, "The Winner Takes It All? - or to What Extent May It Be Regarded Anti-Competitive Conduct to Combine Technical Tying and Patent?," p. 10.

⁵ Steven Anderman and Hedvig Schmidt, *Eu Competition Law and Intellectual Property Rights* (United States: Oxford University Press, 2011), p. 127.

⁶ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings - Paragraph 48 : 'Tying' usually refers to situations where customers that purchase one product (the tying product) are required also to purchase another product from the dominant undertaking (the tied product). Tying can take place on a technical or contractual basis.

แบบที่ขายรวมกันแบบบันเดิ้ล กรณีนี้จะถูกเรียกว่า การขายพ่วงแบบบันเดิ้ลแบบผสม (Mixed Bundling)⁷

ก. การขายพ่วงแบบบันเดิ้ลโดยแท้ (Pure Bundling)

การขายพ่วงแบบบันเดิ้ลโดยแท้ หรือ Pure Bundling เป็นกรณีที่สินค้าตั้งแต่สองอย่างขึ้นไปถูกขายรวมกันตามสัดส่วนที่กำหนด เช่น การขายคู่กันของสินค้า A และ สินค้า B ซึ่งจะไม่มีการขายสินค้า A หรือ สินค้า B แยกออกจากกัน⁸ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการขายพ่วงแบบนี้เป็นการขายสินค้าไปด้วยกันรวมกันเป็นชุดเดียวตามราคาที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งหากลูกค้าต้องการซื้อสินค้า A ก็จะต้องซื้อสินค้า B ไปด้วย หรือในทางกลับกัน หากลูกค้าต้องการซื้อสินค้า B ก็จะต้องซื้อสินค้า A ไปด้วย ซึ่งรูปแบบของการขายพ่วงเช่นนี้ในบางครั้งถูกเรียกว่า การขายพ่วงเป็นแพ็คเกจ (Package tie-ins)⁹

การขายพ่วงแบบบันเดิ้ลโดยแท้หลายอย่างปรากฏอยู่โดยทั่วไปโดยที่เราอาจไม่สังเกตเห็น ตัวอย่างเช่น บริการที่พักในโรงแรมที่มีที่พักพร้อมอาหารเช้า รถยนต์ที่มาพร้อมล้อรถยนต์ พวงมาลัย วิทยุ เครื่องยนต์ เบรก หรือแม้กระทั่งหนังสือพิมพ์ที่มีข่าว บทความพร้อมกับโฆษณา¹⁰ หรือ ตัวเครื่องบินที่รวมอาหารบนเครื่องบินด้วยซึ่งลูกค้าไม่สามารถซื้อตัวเครื่องบินและมีอาหารแยกกัน หรือหลักสูตรการเรียนเป็นแพ็คเกจในมหาวิทยาลัย เป็นต้น¹¹

เมื่อพิจารณาถึงรูปแบบของ การขายพ่วงแบบบันเดิ้ลโดยแท้ หรือ Pure Bundling ในแง่หนึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากที่จะเห็นการบังคับให้เกิดการขายพ่วงในรูปแบบนี้ขึ้นกับผู้บริโภค เนื่องจากบ่อยครั้งผู้บริโภคมีความต้องการที่จะซื้อสินค้า A และ สินค้า B แยกจากกันมากกว่า และกลไกตลาดเองก็ทำให้เกิดทางเลือกเช่นนั้นแก่ผู้บริโภคด้วย ถึงแม้ว่าราคาของการซื้อสินค้าแยกกันเช่นนี้จะมีราคาแพงกว่าและไม่ดึงดูดใจเท่าราคาของ

⁷ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings - Paragraph 48 : 'Bundling' usually refers to the way products are offered and priced by the dominant undertaking. In the case of pure bundling the products are only sold jointly in fixed proportions. In the case of mixed bundling, often referred to as a multi-product rebate, the products are also made available separately, but the sum of the prices when sold separately is higher than the bundled price.

⁸ Barry Nalebuff, Bundling, Tying, and Portfolio Effects (United Kingdom: Department of Trade and Industry, 2003), p. 13.

⁹ Jurian Langer, Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law (Netherlands: Kluwer Law International, 2007), p. 4.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Barry Nalebuff, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, p. 13.



สินค้าที่มีการขายเป็นแพ็คเกจก็ตาม ตัวอย่างเช่น โปรแกรมไมโครซอฟท์เวิร์ด (Microsoft Word) และโปรแกรมไมโครซอฟท์เอ็กเซลล์ (Microsoft Excel) สามารถซื้อแยกกันได้โดยไม่จำเป็นต้องซื้อแพ็คเกจรวมไมโครซอฟท์ออฟฟิศ (Microsoft office) ถึงแม้ว่าการซื้อแยกราคาจะแพงกว่าก็ตาม¹²

การขายพ่วงแบบบังคับโดยแท้ หรือ Pure Bundling อาจเกิดขึ้นได้เมื่อสินค้าสองอย่างขึ้นไปได้มีการเชื่อมต่อกันในทางเทคโนโลยีในลักษณะที่ในทางกายภาพเป็นไปได้ยากที่ผู้บริโภคจะแยกสินค้าเหล่านั้นออกจากกัน ซึ่งรูปแบบนี้อาจเรียกได้ว่าการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Bundling) ตัวอย่างเช่น กรณีของบริษัท Microsoft ที่ได้รวมระบบปฏิบัติการ Windows เข้ากับโปรแกรม Internet Explorer ซึ่งจะกล่าวถึงคดีโดยละเอียดอีกครั้งในภายหลัง ในกรณีนี้ผู้บริโภคไม่สามารถที่จะจัดการถอนการติดตั้งโปรแกรม Internet Explorer ออกจากระบบปฏิบัติการได้โดยไม่เป็นอันตรายต่อระบบปฏิบัติการ Windows ซึ่งเมื่อโปรแกรม Internet Explorer ได้กลายเป็นส่วนสำคัญในระบบปฏิบัติการ Windows จึงทำให้ผู้ผลิตระบบโปรแกรมรายอื่นตกอยู่ในสภาพเสียเปรียบ และเมื่อสิ่งเหล่านี้เกิดจากการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological integration) จึงยิ่งทำให้เป็นการยากสำหรับผู้บริโภคในการที่จะเปลี่ยนจาก Internet Explorer ไปใช้เว็บเบราว์เซอร์จากผู้ผลิตที่เป็นคู่แข่ง¹³ ถึงแม้จะมีโอกาสในภายหลังก็ตาม ตัวอย่างเช่น เว็บเบราว์เซอร์ Netscape ซึ่งในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2550 มีส่วนแบ่งทางการตลาด อยู่เพียง 0.6% ขณะที่ Internet Explorer มี 77.35% Firefox มี 16.01%¹⁴ จึงทำให้ Netscape ได้ประกาศยุติการพัฒนาไปเมื่อวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ.2551 ในที่สุด¹⁵

ข้อพิจารณาหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงแบบบังคับโดยแท้คือ ถ้าเป็นกรณีของการขายพ่วงแบบบังคับโดยแท้ที่เกิดขึ้นโดยมีพื้นฐานมาจากสัญญา ก็ยังอาจมีความเป็นไปได้ที่จะปลดหรือขจัดส่วนที่ไม่ต้องการออกจากการขายมาแบบแพ็คเกจรวมเช่นนี้ โดยคู่สัญญาอาจทำการตกลงกันเป็นการเฉพาะได้ แต่หากเป็นกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิค การขจัดส่วนที่ไม่ต้องการออกนี้อาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงมากหรือทำได้ยากมากเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับการออกแบบให้สินค้านั้นทำงานร่วมกัน¹⁶

¹² Ibid.

¹³ Ibid., 14.

¹⁴ Antone Gonsalves, "Aol Kills Netscape's Future, Leaves Firefox to Battle Ie," [Online]. Available from: <https://www.informationweek.com/aol-kills-netscapes-future-leaves-firefox-to-battle-ie-/d/d-id/1062770>

¹⁵ Tom Drapeau, "End of Support for Netscape Web Browsers," [Online]. Available from: <https://web.archive.org/web/20080103040327/http://blog.netscape.com/>

¹⁶ Jurian Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law*, p. 4.

ข. การขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม (Mixed Bundling)

การขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม หรือ Mixed Bundling ในบางครั้งถูกกล่าวถึงว่าการขายพ่วงแบบนี้เป็นกรณียกข้อยกเว้นทางธุรกิจ (Commercial tying)¹⁷ ซึ่งการขายพ่วงแบบนี้เป็นกรณีที่สินค้าตั้งแต่สองอย่างขึ้นไปถูกขายรวมกันโดยให้ส่วนลด ซึ่งสินค้านั้นจะมีขายทั้งแบบขายรวมกันและขายแยกกัน หรืออาจอธิบายได้ว่าการขายสินค้า A และสินค้า B แบบเป็นแพ็คเกจสินค้า A-B และมีสินค้า A และสินค้า B ขายแยกต่างหากด้วย โดยการซื้อสินค้าแบบแยกชนิดนั้นจะราคาสูงกว่าการซื้อสินค้าที่มีการขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม หรือ Mixed Bundling¹⁸

หัวใจสำคัญของการขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสมก็คือ การขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสมนี้ผู้ซื้อจะได้รับส่วนลดมากกว่าการซื้อสินค้าแต่ละชนิดแยกจากกัน ตัวอย่างเช่น ในร้านอาหารที่มีราคาเมนูแบบเซตที่ราคาถูกกว่าการเลือกซื้อแบบ a la carte , ตู้รถไฟรายเดือน , ตัวเครื่องบินแบบไปกลับ หรือแพ็คเกจการท่องเที่ยว เป็นต้น¹⁹ ดังนั้นการขายสินค้าเป็นแพ็คเกจโดยไม่มีส่วนลดใด ๆ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่ไม่มีกลยุทธ์ในการเสนอขายสินค้าเป็นแพ็คเกจ จึงไม่อาจพิจารณาได้ว่ากรณีเช่นนี้เป็น การขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม²⁰

กรณีของการขายสินค้าจำนวนมากแล้วมีส่วนลดนั้น ถือได้ว่าเป็นการขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสมในทางปฏิบัติด้วย ตัวอย่างเช่น ซื้อสินค้า A และ สินค้า A จำนวนสองหน่วยได้ราคาถูกกว่าการซื้อสินค้าเพียงหน่วยเดียว เป็นต้น²¹

ความแตกต่างระหว่างการขายพ่วงแบบบันเดิลโดยแท้ หรือ Pure Bundling กับการขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม หรือ Mixed Bundling ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ อย่างชัดเจน เนื่องจากในบางครั้งการขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสมอาจมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการขายพ่วงแบบบันเดิลโดยแท้มาก ในกรณีที่ราคาของสินค้าแต่ละหน่วยเมื่อซื้อแยกต่างหากออกจากกันมีราคาที่สูงมาก ซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นผู้บริโภคก็ไม่มีเหตุผลที่จะซื้อสินค้าแต่ละหน่วยแยกออกจากกันการซื้อสินค้าเป็นแพ็คเกจเพื่อนำไปใช้ร่วมกับสินค้าที่มาจากคู่แข่งรายอื่น²²

¹⁷ Ibid., 5.

¹⁸ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 14.

¹⁹ Jurian Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law*, p. 5.

²⁰ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 14.

²¹ Ibid., 15.

²² Jurian Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law*, p. 5.

2.1.2.2 การขายพ่วง (Tying)

การขายพ่วง หรือ Tying หมายถึงสถานการณ์ที่ผู้ซื้อสินค้าซื้อสินค้าหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง – Tying product) จะต้องซื้อสินค้าอื่นที่ถูกพ่วง (Tied product) ไปด้วย ซึ่งการขายพ่วง หรือ Tying นี้ อาจเกิดขึ้นบนพื้นฐานของสัญญา หรือทางเทคนิคก็ได้²³

การขายพ่วง หรือ Tying นั้นอาจถูกอธิบายได้ในลักษณะที่ว่าเป็นกรณีที่อยู่กึ่งกลางระหว่าง การขายพ่วงแบบบันเดิลโดยแท้ (Pure Bundling) กับ การขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม หรือ Mixed Bundling เนื่องจากเงื่อนไขของสถานการณ์ที่ว่า ผู้บริโภคที่ต้องการซื้อสินค้า A (สินค้าที่มีการพ่วง) จะต้องซื้อสินค้า B (สินค้าที่ถูกพ่วง) ไปด้วย ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่จะซื้อสินค้า A โดยปราศจาก สินค้า B แต่สามารถซื้อสินค้า B แบบแยกต่างหากได้ และในกรณีนี้สินค้าที่มีการขายก็คือแพ็คเกจสินค้า A-B และสินค้า B ซึ่งจุดนี้เป็นสิ่งที่อธิบายได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการพ่วง (tie) สินค้าเข้าไป ไม่ใช่ลักษณะของการมัดรวมขายเป็นแพ็คเกจแบบ Bundle²⁴

ในทางทฤษฎีนั้น การขายพ่วง หรือ Tying อาจแบ่งได้ 2 ประเภท คือการขายพ่วงแบบคงที่ (The static tied-sale) กับ การขายพ่วงแบบพลวัต (Dynamic tying)

ก. การขายพ่วงแบบคงที่ (The static tied-sale)

คำอธิบายของการบังคับขายพ่วงแบบคงที่ คือ กรณีที่ผู้บริโภคต้องการซื้อสินค้า A จะต้องซื้อสินค้า B ไปด้วย ซึ่งสามารถที่จะซื้อสินค้า B ไปโดยปราศจากสินค้า A ได้ ดังนั้น รูปแบบของการขายสินค้าก็คือการขายสินค้า B เพียงอย่างเดียว หรือ การขายสินค้าเป็นแพ็คเกจ A-B²⁵

ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำอธิบายความหมายของการขายพ่วง หรือ Tying กับ การขายพ่วงแบบคงที่นั้นเหมือนกัน หรืออาจกล่าวได้ว่า การความหมายของการขายพ่วงก็คือการขายพ่วงที่มีลักษณะคงที่นั่นเอง ซึ่งในบางกรณี การขายพ่วงเช่นนี้มักถูกผู้ประกอบการใช้ในลักษณะที่ เมื่อผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดอยู่ในสินค้า A อยู่แล้ว และใช้การขายพ่วงนี้ มาเพื่อเพิ่มส่วนแบ่งทางการตลาดในสินค้า B²⁶

²³ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings - Paragraph 48 : 'Tying' usually refers to situations where customers that purchase one product (the tying product) are required also to purchase another product from the dominant undertaking (the tied product). Tying can take place on a technical or contractual basis.

²⁴ Jurian Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law*, p. 6.

²⁵ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 15.

²⁶ Ibid.

ข. การขายพ่วงแบบพลวัต (Dynamic tying)

การขายพ่วงแบบพลวัต หรือ Dynamic tying นี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการขายพ่วงแบบบันเดิลโดยแท้ที่มีลักษณะพิเศษ²⁷ เนื่องจากรูปแบบของการขายพ่วงแบบพลวัตนั้นคือการที่ผู้บริโภคต้องการที่จะซื้อสินค้า A ผู้บริโภคจะต้องซื้อสินค้า B ด้วย สิ่งที่แตกต่างกันจากการขายพ่วงแบบบันเดิลโดยแท้ หรือ Pure Bundling ก็คือปริมาณในการซื้อสินค้า B ที่มีความหลากหลายตามความต้องการของผู้บริโภค ดังนั้นลักษณะการขายสินค้าอาจเป็นแพ็คเกจสินค้า A-B, A-2B, A-3B, เป็นต้น²⁸

ลักษณะของการขายสินค้าที่มีความเป็นพลวัตนี้อาจพิจารณาได้ว่ามีลักษณะของการขายพ่วงแบบคงที่ที่มีความพิเศษมากขึ้น แต่มีความแตกต่างกันตรงที่การขายพ่วงแบบพลวัตจำนวนของสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) ที่ถูกซื้อนั้นมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับผู้บริโภคแต่ละราย และจำนวนของสินค้าที่ถูกพ่วงนั้นก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดตั้งแต่เวลาที่ซื้อสินค้าครั้งแรกก็ได้ ตัวอย่างเช่น ผู้ขายเครื่องถ่ายเอกสาร (สินค้า A) กำหนดให้ผู้บริโภคต้องซื้อกระดาษที่มียี่ห้อเฉพาะเจาะจง (สินค้า B) ซึ่งโดยปกติแล้วปริมาณของการขายกระดาษสามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาขึ้นอยู่กับปริมาณความต้องการในการใช้กระดาษกับเครื่องถ่ายเอกสาร ซึ่งผู้บริโภคนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดว่าต้องการซื้อกระดาษภายหลังจากการทำสัญญาในปริมาณเท่าไรในขณะที่ซื้อเครื่องถ่ายเอกสาร แต่ภายใต้สัญญาการขายพ่วงนั้นการซื้อเครื่องถ่ายเอกสาร (สินค้า A) กับกระดาษที่ถูกพ่วงไป (สินค้า B) ผู้ซื้อสามารถระบุได้ว่าต้องการซื้อกระดาษจำนวนเท่าใดตามปริมาณที่ต้องการโดยไม่จำเป็นที่จะต้องซื้อตามสัดส่วนที่กำหนด และในสัญญาก็จะมีข้อบังคับว่าไม่ว่ากระดาษ (สินค้า B) ประเภทไหนก็ตามที่จะใช้กับเครื่องถ่ายเอกสาร (สินค้า A) จะต้องซื้อจากผู้ขายเครื่องถ่ายเอกสาร (สินค้า A) เท่านั้น เป็นต้น²⁹

²⁷ Jurian Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law*, p. 6.

²⁸ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 16.

²⁹ Ibid.

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบของการขายสินค้ากับการขายพ่วงในรูปแบบต่าง ๆ³⁰

รูปแบบของการขายพ่วง รูปแบบสินค้าที่ขาย	Pure Bundling	Technical Bundling	Mixed Bundling	Tying / The static tied-sale	Dynamic tying
A			X		
B			X	X	
A-B	X	X	X	X	
A-B, A-2B, A-3B, ...					X

จากความหมายและประเภทของการขายพ่วงที่ได้กล่าวไปในข้างต้นอาจสรุปได้เป็น 4 กรณี เพื่อง่ายต่อการแยกคือ³¹

- 1) กรณีที่สินค้าทั้งสองชนิดจะต้องถูกซื้อไปด้วยกันเท่านั้น คือ Pure Bundling
- 2) กรณีที่สินค้าทั้งสองชนิดต้องถูกซื้อไปด้วยกัน และหนึ่งในนั้นสามารถซื้อแยกต่างหากได้ คือ Tying
- 3) กรณีที่สินค้าทั้งสองชนิดสามารถซื้อไปด้วยกัน และสินค้าแต่ละชนิดสามารถซื้อแยกได้ คือ Mixed Bundling
- 4) กรณีที่สินค้าทั้งสองชนิดถูกเชื่อมโดยเทคโนโลยี คือ Technological Integration

ไม่ว่าการขายพ่วงประเภทไหนก็สามารถสร้างผลกระทบต่อตลาดได้ แต่ผลกระทบนั้นมีความแตกต่างกันและก่อให้เกิดระดับของความเสียหายหรือก่อให้เกิดประสิทธิภาพได้แตกต่างกันด้วย ตัวอย่างเช่นการขายพ่วงแบบบันเดิลแบบผสม (Mixed bundling) ที่มีการเสนอขายสินค้าแบบทั้งเป็นแพ็คเกจและมีการขายสินค้าแบบเดี่ยวด้วยนั้นสร้างความเสียหายให้น้อยกว่ากรณีการขายพ่วงแบบ Tying หรือ Bundling³²

2.1.3 การขายพ่วงทางเทคนิค

จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าลักษณะของการขายพ่วง สามารถพิจารณาได้เป็นสองลักษณะ คือ การขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual Tying) และ การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) นั้น ก่อนที่จะอธิบายถึงการขายพ่วงทางเทคนิค จะขอกล่าวถึงการขายพ่วงตามข้อสัญญาก่อนเพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

³⁰ Jurian Langer, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law*, p. 6.

³¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration* (Edward Elgar Publishing, Inc., 2009), p. 10.

³² Ibid.

2.1.3.1 การขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual Tying)

การขายพ่วงตามข้อสัญญานั้นเป็นรูปแบบของการขายพ่วงที่พบเห็นได้บ่อย และจะปรากฏในรูปแบบของข้อตกลง โดยจะเกิดขึ้นในลักษณะที่ลูกค้าที่ซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) มีภาระตามสัญญาที่จะต้องซื้อสินค้าที่ถูกพ่วงไปด้วย (The tied product) ตัวอย่างเช่น บริษัท Z ผลิตเครื่องจักร A และวัตถุดิบ B โดยบริษัท Z ผูกขาดในตลาดเครื่องจักร A แต่ตลาดวัตถุดิบ B นั้นเป็นตลาดที่มีการแข่งขันกัน ซึ่งลูกค้าที่ต้องการซื้อเครื่องจักร A นั้นปกติแล้วก็ต้องซื้อวัตถุดิบ B เพื่อใช้กับเครื่องจักร ด้วย ดังนั้นกรณีนี้จะเป็นการขายพ่วงตามข้อสัญญาเมื่อบริษัท Z ปฏิเสธที่จะขายเครื่องจักร A ให้กับลูกค้าหากลูกค้าไม่ซื้อวัตถุดิบ B จากบริษัท Z ไปด้วย³³

นอกจากนี้การขายพ่วงตามข้อสัญญาอาจเกิดขึ้นโดยมีผลมาจากข้อเสนอที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางการเงินก็ได้ เช่น การปฏิเสธไม่รับประกันสินค้าเนื่องจากลูกค้าซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) แต่ปฏิเสธไม่ซื้อสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ไปด้วย หรือให้สิทธิพิเศษในการส่งสินค้าให้กับลูกค้าที่ซื้อสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกพ่วง ก่อนลูกค้ารายอื่น เป็นต้น³⁴

2.1.3.2 การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying)

การขายพ่วงทางเทคนิค ได้มีการอธิบายถึงความหมายไว้ในหนังสือ บทความต่าง ๆ ซึ่งมีคำอธิบายที่คล้ายคลึงกันดังต่อไปนี้

แนวปฏิบัติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป มาตรา 82 ได้กล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ว่า การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) เกิดขึ้นเมื่อสินค้าที่มีการพ่วงถูกออกแบบมาในลักษณะที่สามารถทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกพ่วงเท่านั้น ไม่ใช่สินค้าทางเลือกอื่น ๆ ที่มาจากบริษัทอื่น³⁵ หรือเมื่อสินค้าทั้งสองอย่างได้รวมกันทางกายภาพ (Physically Integrated) ซึ่งจะต้องขายไปพร้อมกันเท่านั้น ซึ่งการขายพ่วงทางเทคนิคในแบบหลังนี้ถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของ Pure bundling ซึ่งในบางครั้งก็ถูกเรียกว่า Technical bundling³⁶ ตัวอย่างเช่น

³³ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Eu Competition Law - Text, Cases, and Materials* (United States: Oxford University Press, 2011), p. 455.

³⁴ Ibid.

³⁵ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings - Paragraph 48, footnote(2) : Technical Tying occurs when the tying product is designed in such a way that it only works properly with the tied product (and not with the alternatives offered by competitors).

³⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Eu Competition Law - Text, Cases, and Materials*, p. 454.

กรณีของการรวมกันของระบบปฏิบัติการ Windows เข้ากับโปรแกรม Windows Media Player³⁷ ซึ่งจะกล่าวถึงในรายละเอียดในบทถัดไป

Guy Sagi ได้กล่าวไว้ว่า “การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical tying) เกิดขึ้นเมื่อบริษัทที่มีอำนาจผูกขาดได้ใช้วิธีการเชื่อมสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกพ่วงโดยวิธีการทางเทคนิค ซึ่งการออกแบบเช่นนั้นจะทำให้ผู้บริโภคถูกบังคับให้ซื้อสินค้าทั้งสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกพ่วงไปด้วยกัน”³⁸

Daniel E. Gaynor ได้กล่าวถึง “การขายพ่วงทางเทคโนโลยี (Technological Tying) ไว้ว่า เกิดขึ้นเมื่อมีการออกแบบผลิตภัณฑ์หนึ่งให้ทำงานได้เมื่อใช้งานร่วมกับผลิตภัณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบของผลิตภัณฑ์นั้น อันมีลักษณะของความพึ่งพาอาศัยกันระหว่างผลิตภัณฑ์ซึ่งอาจเป็นความจำเป็นทางด้านวิศวกรรม เป็นต้น”³⁹

Siri Silvereke ได้กล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ว่า “การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) เป็นคำที่ถูกอ้างถึงเมื่อสินค้ามีการออกแบบทางเทคนิคซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบที่แตกต่างกันและถูกพ่วงเข้าด้วยกันอยู่ในสินค้าชิ้นเดียวกัน ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่จะซื้อสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง (Tied Product) โดยปราศจากสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เนื่องจากสินค้าทั้งสองถูกเชื่อมกันทางเทคนิค (Technically Integrated) และการรวมกันเช่นนั้นอาจทำให้สินค้าทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง (Tied Product) เท่านั้น ไม่สามารถทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าของคู่แข่งได้”⁴⁰

อนึ่ง ยังมีข้อพึงระวังที่อาจสร้างความสับสนได้ เนื่องจากได้ปรากฏว่ามีการให้ความหมายของการรวมกันทางเทคโนโลยีซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ด้วย โดย Hedvig Schmidt ได้ให้ความหมายไว้ว่า “การรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological integration) เกิดขึ้นเมื่อสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกพ่วงได้มีการรวมกันเป็นผลิตภัณฑ์เดียว ซึ่งโดยหลักการแล้วเป็นไปได้ยากที่ผู้บริโภคจะสามารถแยกผลิตภัณฑ์ออกจากกัน”⁴¹ และเมื่อถือว่ามีกรรวมเป็นผลิตภัณฑ์เดียว จึงไม่ถือว่าเป็นการพ่วงที่ผิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าอีกต่อไป

³⁷ "Case T-201/04 Microsoft V. Commission Ecr II-3601," (2007).

³⁸ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," *Seattle University Law Review* 38, 1 (2014): 2.

³⁹ Daniel E. Gaynor, "Technological Tying," *Working Paper No.284 - FTC Bureau of Economics*: 1.

⁴⁰ Siri Silvereke, "The Winner Takes It All? - or to What Extent May It Be Regarded Anti-Competitive Conduct to Combine Technical Tying and Patent?," p. 10.

⁴¹ Steven Anderman and Hedvig Schmidt, *Eu Competition Law and Intellectual Property Rights*, p. 129.

ในทางตำราได้ปรากฏว่า การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นมีคำเรียกที่เกี่ยวข้องอยู่หลากหลาย เช่น Technical Tying, Technical Bundling, Technological Tying เป็นต้น โดยถึงแม้ว่าในทางวิชาการได้มีการอธิบายถึงคำว่า Tying และ Bundling ในความหมายที่แตกต่างกัน ดังที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ แต่ในคำพิพากษาหรือตำรากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการใช้คำว่า Tying และ Bundling สลับกันหรือแทนที่กันในหลายครั้ง⁴²

ดังนั้นขอบเขตของความหมายของคำว่า ขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายถึง การขายพ่วงที่เกิดจากการออกแบบโดยวิธีการทางเทคนิคให้สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) เท่านั้น โดยสินค้าทั้งสองนั้นอาจแยกออกจากกันได้ทางกายภาพแต่สามารถทำงานได้อย่างเหมาะสมเมื่อใช้งานประกอบกัน หรือสินค้าทั้งสองนั้นอาจมีการรวมกัน (Integrated) ในลักษณะที่ยากจะแยกสินค้านั้นออกจากกันได้ทางกายภาพ

ข้อสังเกต การขายพ่วงทางเทคนิคทับซ้อนกับการขายพ่วงตามข้อสัญญาอยู่บ้าง ตัวอย่างเช่น เมื่อซื้อระบบปฏิบัติการ Windows จะต้องซื้อโปรแกรม Internet Explorer ไปด้วย ซึ่งดูเหมือนการขายพ่วงทางสัญญา อย่างไรก็ตาม จุดแตกต่างระหว่างการขายพ่วงทางเทคนิคและการขายพ่วงทางสัญญาก็คือการขายพ่วงทางเทคนิคจะต้องมีการออกแบบ ซึ่งการออกแบบนี้เองทำให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าแท้จริงแล้วเป็นสินค้าชิ้นเดียวหรือสองชิ้น และในกรณีที่ได้ความว่าเป็นสินค้าสองชิ้นก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าสินค้าทั้งสองมีเหตุผลทางเทคนิคที่จะต้องใช้คู่กันหรือไม่

2.2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วง และหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์

เรื่องของการขายพ่วงนั้นได้ปรากฏแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าและหลักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งในหัวข้อนี้จะขอกล่าวถึงจุดประสงค์ของผู้ประกอบการในการขายพ่วง ผลกระทบของการขายพ่วง และผลกระทบของการขายพ่วงทางเทคนิคตามลำดับ

2.2.1 จุดประสงค์ของผู้ประกอบการในการขายพ่วง

วัตถุประสงค์ที่ผู้ประกอบการใช้กลยุทธ์ขายพ่วงสามารถแบ่งออกเป็น 2 เหตุผลหลัก ๆ คือ วัตถุประสงค์ทางด้านประสิทธิภาพ และวัตถุประสงค์ทางด้านกลยุทธ์ ซึ่งทั้งวัตถุประสงค์ทางด้าน

⁴² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights : Promoting Innovation and Competition (2007), p. 103.

ประสิทธิภาพและวัตถุประสงค์ด้านกลยุทธ์นั้นมีส่วนทับซ้อนกันอยู่ ตัวอย่างเช่น ผู้มีอำนาจเหนือตลาดอาจลดราคาต้นทุนที่ไม่มีประสิทธิภาพได้จากการใช้วิธีการขายพ่วง ซึ่งในขณะเดียวกันก็สามารถเพิ่มส่วนแบ่งทางการตลาดได้เนื่องจากผู้บริโภคไม่รู้สึถึงถึงความแตกต่างในการเลือกซื้อสินค้าที่มีการขายพ่วงกับสินค้าที่ไม่มีขายพ่วง⁴³

ประเด็นที่มีการถกเถียงกันเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการขายพ่วงนั้นมักได้แก่ ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นจากการขายพ่วงนั้นบ่อยครั้งก็สามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีการขายพ่วง และในประเด็นที่การขายพ่วงทางเทคนิค มักจะถูกอ้างเหตุผลถึงความมีประสิทธิภาพเสมอ แต่ขณะเดียวกันก็มีกรณีมากมายที่การพ่วงกันเช่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น เป็นต้น⁴⁴

2.2.1.1 วัตถุประสงค์ด้านประสิทธิภาพ

วัตถุประสงค์หรือแรงจูงใจหลักในการทำการขายพ่วงของผู้ประกอบการมักจะเป็นเรื่องของการขายพ่วงสามารถนำไปสู่การลดต้นทุน และสามารถนำไปสู่การเพิ่มคุณภาพเป็นหลัก⁴⁵ ทั้งนี้ประเด็นดังกล่าวต่างเป็นวัตถุประสงค์ในแง่ประสิทธิภาพทั้งสิ้น ซึ่งวัตถุประสงค์ด้านประสิทธิภาพในการทำการขายพ่วง ได้แก่ เพื่อการลดต้นทุน เพื่อการเพิ่มคุณภาพ เพื่อลดความไม่มีประสิทธิภาพทางด้านราคา ซึ่งจะอธิบายตามลำดับต่อไป

ก. การลดต้นทุน (Cost Reduction)

ในการประกอบธุรกิจผู้ประกอบการสามารถได้รับประโยชน์จากการผลิตและขายสินค้าโดยใช้วิธีการขายพ่วง ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการขายสินค้าแต่ละชิ้นแยกต่างหากออกจากกันเนื่องจากการขายพ่วงสามารถทำให้เกิดการลดลงของต้นทุนในการผลิต การจัดจำหน่าย การตลาด ค่าใช้จ่ายในการทำสัญญา และก่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) ให้แก่บริษัทได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่นผู้ประกอบการสามารถประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายโดยการขายสินค้าเป็นแพ็คเกจไปเลย ตัวอย่างเช่น รองเท้าหรือถุงเท้าซึ่งการขายเป็นแพ็คเกจนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภคที่จะขายและซื้อสินค้าเหล่านั้นเป็นคู่⁴⁶ หรือในกระบวนการผลิตรถยนต์ที่พบว่าทำให้ลูกค้ามีทางเลือกในการเลือกซื้อรถยนต์ในลักษณะที่มีตัวเลือกหลากหลาย

⁴³ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 12.

⁴⁴ Ibid., 11.

⁴⁵ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 31.

⁴⁶ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights" (PhD in Law, Department of Law, University of Essex, 2008), p. 29.

นั้นเพิ่มความซับซ้อนและค่าใช้จ่ายในการผลิตมากกว่าการขายรถยนต์ในลักษณะของการฟ่วงเป็นแพ็คเกจไปเลย⁴⁷

โดยในทางเทคนิคแล้ว ผู้ประกอบการมักจะปฏิเสธที่จะขายสินค้าที่ถูกฟ่วงโดยปราศจากสินค้าที่มีการฟ่วง ถึงแม้ว่าจะเป็นการจำกัดทางเลือกของผู้บริโภค แต่จากมุมมองด้านการตลาดเห็นว่า การขายฟ่วงสินค้า หรือ บริการนั้น สามารถก่อให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันเกิดขึ้นได้ เช่น ในตลาดของเคเบิลทีวีมักจะขายฟ่วงสินค้าและบริการเข้าด้วยกัน อย่างเช่นบริษัท Sky and Virgin Media ได้เสนอขายแพ็คเกจทีวีอินเทอร์เน็ต และเครือข่ายโทรศัพท์รวมกันเป็นต้น⁴⁸

การลดราคาต้นทุนอีกรูปแบบหนึ่งก็คือการลดต้นทุนในการทำธุรกรรม (Transaction Cost) ซึ่งเป็นประโยชน์โดยตรงกับผู้บริโภค เนื่องจากสินค้าที่มีการขายฟ่วงมักอยู่ในรูปแบบของแพ็คเกจที่มีราคาสูงกว่าการซื้อสินค้าแต่ละชิ้นแยกต่างหากจากกัน และลูกค้าไม่จำเป็นที่จะต้องค้นหาส่วนประกอบอื่น ๆ ที่มีวางขายในตลาดจากบริษัทอื่น ตัวอย่างเช่น คอมพิวเตอร์ที่บ่อยครั้งมักขายเป็นแพ็คเกจที่รวมทั้งฮาร์ดแวร์ ซอฟต์แวร์ หน้าจอ คีย์บอร์ด และเมาส์ เป็นต้น⁴⁹

ข. การเพิ่มคุณภาพ (Quality Improvement)

1) เป็นการรับประกันคุณภาพ (Quality assurance)

การขายฟ่วงนั้นไม่เพียงแต่ทำให้เกิดการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) แต่ยังสามารถก่อให้เกิดการเพิ่มคุณภาพของสินค้าได้อีกด้วย ทั้งในแง่ของการควบคุมคุณภาพสินค้า การปกป้องเครื่องหมายทางการค้า หรือความลับทางการค้าในสัญญาแฟรนไชส์⁵⁰

ตัวอย่างเช่น เครื่องถ่ายเอกสารและตลับหมึก โดยบริษัทที่ผลิตเครื่องถ่ายเอกสารมีเงื่อนไขในการรับประกันเครื่องถ่ายเอกสารโดยจะต้องใช้ตลับหมึกของบริษัทเท่านั้น เนื่องจากโดยปกติแล้วหากมีอะไรผิดปกติเกิดขึ้นกับเครื่องถ่ายเอกสาร โดยธรรมชาติลูกค้าจะโทษบริษัทที่ผลิตเครื่องถ่ายเอกสาร ถึงแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วความผิดอาจจะอยู่ที่บริษัทที่ผลิตตลับหมึกก็ตาม

47 Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, pp. 31-32.

48 Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 14.

49 Ibid.

50 Ibid., 14-15.

ดังนั้น การขายพ่วงเครื่องถ่ายเอกสารและตลับหมึกนั้นมิประโยชน์ต่อทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภค โดยที่หากเกิดอะไรขึ้นก็ผู้ผลิตเครื่องถ่ายเอกสารก็จะเป็นผู้จัดการแต่งเพียงผู้เดียว และยังสามารถรับประกันคุณภาพของสินค้าและเป็นการง่ายต่อการตรวจสอบคุณภาพของสินค้าของตนและปกป้องเครื่องหมายการค้าได้ด้วย⁵¹

2) การลดค่าใช้จ่ายในการหาสินค้า (Reduction in search costs)

การขายพ่วงสามารถลดค่าใช้จ่ายในการค้นหาสินค้าที่เป็นองค์ประกอบที่เหมาะสมที่สุดในการทำให้สินค้าเหล่านั้นมีการทำงานร่วมกัน ตัวอย่างเช่นในยุคแรกของการใช้งานคอมพิวเตอร์โปรแกรมต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบจัดการคอมพิวเตอร์นั้น มีการขายในลักษณะที่เป็นผลิตภัณฑ์แยกต่างหากออกจากกัน แต่ในปัจจุบันนี้โปรแกรมเหล่านี้ได้มาพร้อมกับการซื้อระบบปฏิบัติการ เป็นต้น⁵²

นอกจากนี้ ในผลิตภัณฑ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี ยิ่งเทคโนโลยีก้าวหน้าขึ้นมากเท่าไร ผู้บริโภคก็จะได้รับผลประโยชน์ไปมากขึ้น ในการซื้อสินค้าไปในแพ็คเกจเดียว โดยไม่ต้องไปหาสินค้าที่มีความเข้ากันเพื่อนำมาใช้ร่วมกัน⁵³ ตัวอย่างเช่น การซื้อคอมพิวเตอร์ที่มักมีการขายคอมพิวเตอร์เป็นแพ็คเกจให้เลือกซื้ออยู่เสมอ ไม่ว่าจะเป็นคอมพิวเตอร์โน้ตบุ๊กที่มาพร้อมกับระบบปฏิบัติการและโปรแกรมพื้นฐานซึ่งทำให้ผู้บริโภคไม่ต้องเสียเวลาในการติดตั้งระบบปฏิบัติการหรือลงโปรแกรมพื้นฐานเอง หรือคอมพิวเตอร์ตั้งโต๊ะแบบครบชุดที่มาพร้อมกับหน้าจอ ระบบประมวลผล คีย์บอร์ด เมาส์ หรืออาจจะรวมถึงระบบปฏิบัติการด้วยก็ตาม จะเห็นได้ว่าผลิตภัณฑ์หรือสินค้าทางเทคโนโลยีกลุ่มนี้สามารถพบเห็นการขายเป็นแพ็คเกจได้ทั่วไป ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการขายเป็นแพ็คเกจดังกล่าวนี้เป็นมิตรต่อผู้บริโภค⁵⁴

ในบางครั้ง การขายพ่วงเช่นนี้อาจทำให้เกิดคำถามได้ว่า การรวมกันเช่นนี้เกิดขึ้นจากความต้องการของผู้บริโภคหรือเป็นผลจากผู้ประกอบการที่เล็งเห็นว่าการขายพ่วงผลิตภัณฑ์เข้าด้วยกัน หรือการรวมผลิตภัณฑ์เข้าด้วยกันนั้นจะทำให้ผู้ประกอบการมีข้อได้เปรียบสำหรับการแข่งขันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

⁵¹ Ibid., 15.

⁵² Ibid., 16.

⁵³ Ibid., 17.

⁵⁴ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," p. 34.



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

อย่างไรก็ตาม การรวมกันในลักษณะนี้ไม่เพียงแต่ผู้บริโภคได้ประโยชน์ แต่ผู้ประกอบการก็ได้ประโยชน์ด้วย⁵⁵

3) การพัฒนาผลิตภัณฑ์ (Production improvement)

การขายพ่วงสินค้านั้นสามารถทำให้สินค้านั้นเกิดคุณค่ามากขึ้นเนื่องจากการรวมกันนี้อาจสร้างผลประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภคมากกว่าการทำงานของสินค้าแต่ละชนิดที่แยกกัน เช่น โทรศัพท์มือถือที่สามารถโทรหาคนที่ผู้ใช้บริการสามารถโทรศัพท์ถ่ายรูป ปรับแต่งรูปภาพ ถ่ายวิดีโอ ส่งข้อความและเล่นอินเทอร์เน็ต ความสามารถในการส่งรูปโดยไม่ต้องใช้อุปกรณ์อื่นอย่างกล้องถ่ายรูปธรรมดา ซึ่งสิ่งเหล่านั้นไม่สามารถทำได้จากการใช้โทรศัพท์หนึ่งเครื่องและกล้องถ่ายรูปอีกหนึ่งตัว⁵⁶

ค. การลดความไม่มีประสิทธิภาพทางด้านราคา (Reducing Pricing Inefficiencies)

การลดความไม่มีประสิทธิภาพทางด้านราคาสามารถทำได้โดยการใช้กลยุทธ์การขายพ่วงในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการเลือกปฏิบัติทางราคา หรือขจัดปัญหาถ้าไรซ้ำซ้อน

1) การเลือกปฏิบัติด้านราคา (Price discrimination)

การเลือกปฏิบัติทางด้านราคานี้เป็นแรงจูงใจหนึ่งที่ทำให้เกิดการขายพ่วงอันเป็นเครื่องมือหนึ่งที่น่าไปสู่การขยายอำนาจตลาด (leveraging) ซึ่งแนวคิดที่ถูksenอโดยสำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School)⁵⁷

การขายพ่วงสามารถถูกนำมาใช้ในฐานะเครื่องมือในการเลือกปฏิบัติทางด้านราคาได้ 2 ประการ ประการแรก คือการขายพ่วงนั้นสามารถทำให้บริษัทได้รับกำไร จากการที่ผู้บริโภคให้คุณค่าที่แตกต่างกันในสินค้าแต่ละชนิด ซึ่งในกรณีที่ผู้บริโภคเป็นคนละประเภทกันและสินค้าไม่มีต้นทุนในการผลิตต่อหน่วยที่เพิ่มขึ้นหรือมีแต่ต้นทุนนั้นต่ำมาก การขายพ่วงก็จะทำให้มีอุปสงค์ที่มากขึ้นโดยต้นทุนไม่ได้เพิ่มขึ้น⁵⁸ หรืออาจกล่าวได้ว่าเมื่อสินค้า A และสินค้า B ไม่ได้

⁵⁵ Ibid., 35.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 56.

⁵⁸ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 18.; Yannis Bakos and Erik Brynjolfsson, "Bundling Information Goods: Pricing, Profits, and Efficiency," Management Science (1999): 14.

มีความสัมพันธ์กัน การเสนอขายสินค้า A-B เป็นแพ็คเกจสามารถทำให้ผู้บริโภคสามารถประเมินค่าสินค้านั้นสูงขึ้น และผู้ประกอบการก็จะสามารถได้รับส่วนเกินของผู้บริโภค (Consumer Surplus) ที่เพิ่มขึ้นได้⁵⁹ ประการที่สอง การพ่วงสินค้าที่บริโภคแล้วหมดไปกับสินค้าคงทนทำให้ผู้ประกอบการสามารถได้รับกำไรมากขึ้นตามความต้องการของผู้บริโภคที่มีต่อสินค้าคงทนเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย⁶⁰

นอกจากนี้ การเลือกปฏิบัติทางด้านราคาโดยการขายพ่วงนี้สามารถแก้ไขปัญหาด้านทุนคงที่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตลาดสินค้าที่มีต้นทุนคงที่ในราคาสูง ดังเช่น เมื่อการเลือกปฏิบัติทางด้านราคารวมกับการขายพ่วงและในตลาดสินค้าที่มีต้นทุนคงที่สูง (High fixed cost) มีเครือข่ายลูกค้า และมีการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) แล้ว การขายพ่วงสามารถก่อให้เกิดผลในแง่บวกต่อสวัสดิภาพ (Welfare) ของผู้บริโภคได้ ตัวอย่างเช่น ในตลาดเกมคอมพิวเตอร์ เช่น Nintendo , Saga และ Sony ซึ่งมีการขายเครื่องเล่นเกมคอนโซล และขายแผ่นเกมแยกต่างหากจากกัน ประสิทธิภาพอาจจะเกิดขึ้นจากราคาที่เกิดจากการอุดหนุนไขว้ (Cross subsidizing costs) จากการขายพ่วงสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) กล่าวคือแผ่นเกมไปยังสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) หรือเครื่องเล่นเกมคอนโซล ซึ่งผลิตภัณฑ์เกมที่เป็นซอฟต์แวร์นั้นมีต้นทุนคงที่สูง (High fixed cost) แต่มีต้นทุนในการผลิตซ้ำต่อหน่วยต่ำ (Low marginal cost) และเพราะฉะนั้นการประหยัดต่อขนาด (Economies of scale) เกิดได้จากการอุดหนุนไขว้จากซอฟต์แวร์ที่มีต้นทุนในการผลิตซ้ำต่อหน่วยต่ำไปยังฮาร์ดแวร์ ซึ่งเมื่อต้นทุนในการผลิตแผ่นเกมต่อหน่วยลดลง จึงทำให้เกิดแรงจูงใจให้ลูกค้าที่ลังเลที่จะซื้อซื้อระบบเกมนั้นตัดสินใจซื้อ นอกจากนี้ ก็จะทำให้ผู้ประกอบการมีลูกค้าที่มีระบบฮาร์ดแวร์หรือเครื่องเล่นเกมมากขึ้นที่ติดใจระบบเกมดังกล่าวซึ่งนำไปสู่ราคาเกมที่ลดลงและมีซอฟต์แวร์เกมที่ผลิตออกมามากขึ้นเพื่อใช้กับฮาร์ดแวร์ ลักษณะเช่นนี้สามารถพบได้ในกรณีของมือถือและระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตด้วย⁶¹

⁵⁹ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 35.

⁶⁰ David S. Evans and Michael Salinger, "Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law," *Yale Journal on Regulation* 22, 1 (2005): 49.

⁶¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 20.



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

2) ปัญหาการซ้ำซ้อน (The double marginalization)

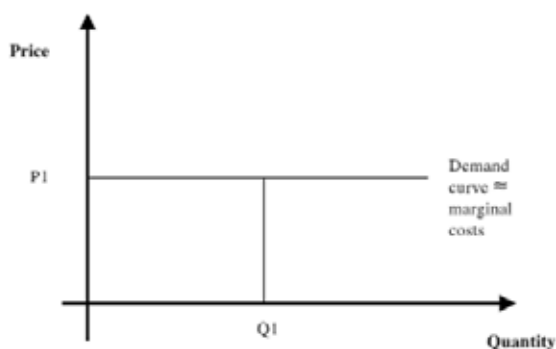


Figure 2.1 Perfect competition

รูปภาพที่ 1 กราฟกรณีตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์⁶²

ในทางทฤษฎีนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้ามีจุดมุ่งหมายที่จะทำให้เกิดตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ ซึ่งไม่มีการสูญเสียทางสังคมเกิดขึ้น (Social loss) โดยจากรูปจะเห็นได้ว่าเส้นความต้องการหรืออุปสงค์นั้นเป็นเส้นขนาน และราคาสินค้าจะเป็นไปตามกลไกตลาด เนื่องจากในตลาดมีผู้ซื้อผู้ขายจำนวนมากและสินค้ามีชนิดเดียว⁶³

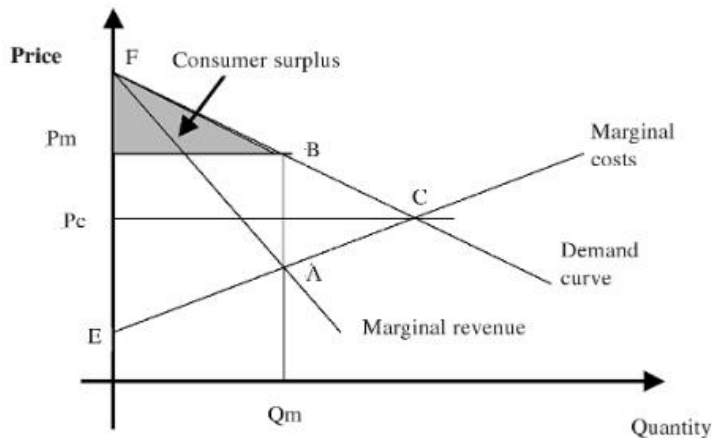


Figure 2.2 Monopoly

รูปภาพที่ 2 กราฟกรณีตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์⁶⁴

จากรูปจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดสามารถกำหนดได้ทั้งราคาและปริมาณ ซึ่งผู้ประกอบการสามารถปรับได้ตามความ

⁶² Ibid., 22.

⁶³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 39-41.; Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 21.

⁶⁴ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 23.

ต้องการ และโดยธรรมชาตินั้นผู้ประกอบการย่อมต้องการแสวงหากำไรสูงสุด และอยู่ในจุดที่เป็นประโยชน์กับตนมากที่สุด ซึ่งเส้นกำไร (Marginal revenue) เป็นเส้นที่แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการจะได้กำไรเท่าไรในการขายสินค้าเพิ่มมากขึ้นต่อหน่วย โดยที่โดยปกติแล้ว ผู้ประกอบการจะไม่ขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าราคาต้นทุน (ต่ำกว่าจุด A)⁶⁵

เมื่อพิจารณาจากรูปจะเห็นได้ว่า ราคาที่ผู้ประกอบการต้องการที่จะคิดอยู่ที่จุด Pm ซึ่งอยู่สูงกว่าจุด Pc ซึ่งเป็นราคาในกรณีที่ตลาดมีการแข่งขัน อันจะทำให้พื้นที่กำไรของผู้ประกอบการคือ PmBAE และในตลาดที่มีการแข่งขันปกตินี้ ส่วนเกินของผู้บริโภคจะเป็นสามเหลี่ยม FPcC และหากเป็นตลาดผูกขาดก็จะลดลงเป็น FPmB ซึ่งนอกจากผู้ผูกขาดจะได้ประโยชน์แล้ว ยังทำให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (Deadweight loss) ในบริเวณสามเหลี่ยม BAC อีกด้วย⁶⁶

เมื่อผู้ผูกขาดได้ขายสินค้าแก่ผู้จัดจำหน่าย ผู้ผูกขาดนั้นก็เพิ่มกำไรให้ตน ซึ่งทำให้ราคาที่มีการเพิ่มกำไรนั้นถูกส่งต่อไปยังผู้จัดจำหน่ายด้วย ซึ่งหากผู้จัดจำหน่ายเป็นผู้ผูกขาดเช่นกัน โดยธรรมชาติแล้วก็จะมีการกำหนดราคาโดยการเพิ่มกำไรให้ตนในลักษณะที่ได้มีการกล่าวไป ซึ่งทำให้เกิดผลก็คือเมื่อมีการซื้อสินค้า ผู้บริโภคก็ต้องจ่ายราคาสินค้าที่รวมกำไรของผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาด 2 รายเข้าไปด้วย ซึ่งทำให้เกิดปัญหากำไรซ้ำซ้อนเกิดขึ้น⁶⁷ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ประกอบการผลิตรถยนต์นั้นเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดรถยนต์ และ ผู้ประกอบการผลิตรถยนต์ก็เป็นผู้ผูกขาดเช่นกัน ซึ่งทำให้จะต้องซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการผลิตรถยนต์ในการผลิตรถยนต์ ในกรณีนี้ทั้งผู้ประกอบการผลิตรถยนต์ และ ผู้ประกอบการผลิตรถยนต์สามารถแสวงหากำไรได้อย่างเต็มที่ที่อาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะของการคิดกำไรที่ซ้ำซ้อน⁶⁸

ปัญหานี้ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่แย่กว่าการเกิดการผูกขาด เนื่องจากการผูกขาดที่เกิดขึ้นมีลักษณะที่เป็นลูกโซ่ นอกจากนี้ปัญหากำไรซ้ำซ้อนอาจเกิดได้ในกรณีสินค้าที่เป็นองค์ประกอบของกันและกันหรือทำงานร่วมกัน โดยเมื่อผู้ผูกขาดขายสินค้าที่เป็นองค์ประกอบเป็นแพ็คเกจรวมกันก็จะส่งผลทำให้ผู้ผูกขาด

⁶⁵ Ibid., 22.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., 23.

⁶⁸ Professor Robert S. Pindyck, "Lecture Notes on Vertical Structure - Industrial Economics for Strategic Decisions," [Online]. Available from: http://web.mit.edu/rpindyck/www/Courses/VS_11.pdf



109548261

แต่ละรายได้รับกำไรในสินค้าของตนอย่างสูงสุด⁶⁹ แนวคิดเรื่องของการขายพ่วงที่สามารถหลีกเลี่ยงปัญหาการคิดกำไรซ้ำซ้อนนั้นเกิดขึ้นมานานแล้ว โดย Augustin Cournot ได้เห็นว่าผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดสองรายสามารถขายสินค้าที่เป็นองค์ประกอบของกันและกันหรือต้องทำงานร่วมกันสามารถแสวงหากำไรเพิ่มได้เนื่องจากสินค้าเหล่านั้นจะมีคุณค่าต่อเมื่อมีการใช้งานร่วมกันเท่านั้น จึงทำให้ลูกค้านั้นจะต้องซื้อสินค้าทั้งสองไป หรือไม่ซื้อเลย เช่น ฮาร์ดแวร์กับซอฟต์แวร์ที่ต้องทำงานร่วมกัน แต่หากผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการควบรวมกิจการกันหรือมีการกำหนดราคาาร่วมกัน ก็จะสามารถทำให้ราคาสินค้าลดลงและผู้ประกอบการได้กำไรเพิ่มขึ้นได้ ดังนั้นการขายพ่วงจึงสามารถลดปัญหาการกำไรซ้ำซ้อนได้ในกรณีดังกล่าว⁷⁰

2.2.1.2 วัตถุประสงค์ด้านกลยุทธ์

การขายพ่วงนั้น นอกจากที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ทางด้านประสิทธิภาพแล้ว ผู้ประกอบการก็ยังจะสามารถที่จะใช้ประโยชน์ในแง่ของกลยุทธ์ในการที่จะได้รับส่วนแบ่งทางการตลาดและสร้างรายได้เปรียบในการแข่งขันกับบริษัทคู่แข่ง โดยอาจใช้การขายพ่วงในลักษณะของกลยุทธ์เพื่อการขยายอำนาจตลาด เพื่อบรรเทาการแข่งขัน เพื่อสร้างความได้เปรียบในการแข่งขัน เพื่อทำให้ราคาปั่นป่วน เพื่อทำให้เกิดการรวมกันทางเทคโนโลยี เพื่อสร้างแรงจูงใจในการพัฒนานวัตกรรม ซึ่งจะอธิบายตามลำดับดังต่อไปนี้

ก. ทฤษฎีการขยายอำนาจเหนือตลาด (The leveraging theory)

โดยปกติแล้วคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะมีความกังวลต่อเรื่องการขายพ่วงเมื่อการขายพ่วงนั้นกระทำโดยผู้มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อที่จะขยายอำนาจเหนือตลาดจากตลาดหนึ่งไปสู่อีกตลาดหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก็มักจะเข้มงวดต่อกรณีการขายพ่วงถึงแม้ว่าการขายพ่วงนั้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจก็ตาม เนื่องจากการขายพ่วงนั้นสามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันคู่แข่งรายอื่นออกไปจากการแข่งขัน และสามารถจำกัดทางเลือกลูกค้าในการเลือกซื้อสินค้าอย่างอิสระที่มีอยู่ในตลาด⁷¹

⁶⁹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 23.

⁷⁰ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, pp. 37-38.

⁷¹ Steven Anderman and Hedvig Schmidt, *Eu Competition Law and Intellectual Property Rights*, p. 221. ; Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 25.

การขายพวงนั้นถือได้ว่าเป็นกลวิธีหนึ่งในการเพิ่มอำนาจตลาดซึ่งมาพร้อมกับโอกาสในการใช้อำนาจในตลาดสินค้าที่มีการพวง (Tying Product market) หรือตลาดแรกนี้ก็คิดกันคู่แข่งและปิดตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพวง (Tied Product market) หรือตลาดรอง (Secondary market) ได้อย่างไม่จำกัด ซึ่งตามทฤษฎีการขยายอำนาจตลาด การขายพวงนั้นสามารถที่จะขั้บคู่ต่อสู้ออกจากตลาดสินค้าที่มีการพวง (Tied product) และอนุญาตให้ผู้ประกอบการสินค้าที่มีการพวง (Tying Product) ได้กำไรจากการใช้อำนาจเหนือตลาดเพื่อให้ได้รับกำไรสองต่อทั้งจากสินค้าที่มีการพวงและสินค้าที่ถูกนำมาพวง⁷²

การทำการขายพวงโดยใช้เป็นกลยุทธ์ในการขยายอำนาจตลาด(Leverage) และทำการปิดตลาด (Foreclosure) ถือได้ว่าเป็นกลยุทธ์ของผู้ประกอบการที่มีความตระหนักว่ากลยุทธ์การขายพวงนี้ไม่เพียงแต่สร้างผลประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการในปัจจุบัน แต่ผลของการขายพวงนี้สามารถส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดในอนาคต⁷³ นอกจากนี้ หากมีการใช้กลยุทธ์ในการขยายอำนาจกับสินค้าที่มีลักษณะความเป็นเครือข่ายผู้ใช้งานอย่างถูกจังหวะเวลา ก็อาจสร้างผลกระทบที่เป็นการถาวรได้ในอนาคต อย่างเช่นเครือข่ายผู้ใช้งานระบบปฏิบัติการ Windows ที่มีการพวงเข้ากับซอฟต์แวร์โปรแกรม Internet Explorer ซึ่งการกระทำเช่นนี้สามารถกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาดได้⁷⁴

การขายพวงนั้นไม่ใช่การกระทำที่ถูกจำกัดเพียงรูปแบบเดียวที่อยู่ในเกณฑ์ทฤษฎีการขยายอำนาจตลาด ทั้งนี้การปฏิเสธการขาย (Refusal to supply) หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License) ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำเกี่ยวข้องกับทฤษฎีการขยายอำนาจตลาดเช่นเดียวกับกรณี สัญญาอุปสิทธิเฉพาะ (Exclusive contract) และการควบรวมกิจการในแนวตั้ง (Vertical mergers) นอกจากนี้การขายพวงมักถูกใช้กับการรวมกันกับเทคโนโลยี นวัตกรรมใหม่ ๆ เพราะการขายพวงถือได้ว่าเป็นกลยุทธ์หนึ่งที่สามารถลดความเสี่ยงในการนำผลิตภัณฑ์ใหม่เข้าสู่ตลาด อีกทั้งเทคโนโลยีเหล่านั้นมักถูกคุ้มครองด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่ทางใดก็ทาง

⁷² Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 25.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Robert Stillman & Cristina Caffarra Kai-Uwe Kühn, "Economic Theories of Bundling and Their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft Case," *European Competition Journal* 1, 1 (2005): 89-90.

หนึ่ง ทั้งนี้การขายฟ่วงถือได้ว่ามีความสามารถในการขยายอำนาจตลาด (ability to leverage) เช่น การรวมกันทางเทคโนโลยี (technological Integration) เป็นต้น⁷⁵

ผลตามทฤษฎีการขยายอำนาจเหนือตลาดโดยการขายฟ่วงนั้นอาจก่อให้เกิดการปิดตลาดรอง การปกป้องตลาดสินค้าที่มีการฟ่วง และการขายตัดราคา คู่แข่ง ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

1) การปิดตลาด (Marketing foreclosure)

การขายฟ่วงนั้นถือได้ว่าเป็นกลยุทธ์ที่สามารถใช้ในการกีดขวางหรือลดความสามารถของคู่แข่งในการเข้าสู่ตลาดสินค้าที่ถูกลำนำไปฟ่วง (Tied product market) ซึ่งเป็นการปิดตลาด และการปิดตลาดที่เกิดขึ้นจะส่งผลเป็นการปฏิเสธทางเลือกของผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าปลายน้ำอื่น ๆ ที่มีขายอยู่ในตลาด⁷⁶ ดังเช่นในคดี Microsoft ในสหภาพยุโรปที่จะกล่าวในบทถัดไป ซึ่งในคดีนี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเกรงว่าการฟ่วงระบบเล่นเพลง Windows Media Player และระบบปฏิบัติการ Windows จะเป็นการปิดการแข่งขันและปิดกั้นนวัตกรรมใหม่ ๆ เกี่ยวกับระบบเล่นเพลง เนื่องจากระบบเล่นเพลง Windows Media Player อาจเป็นเครื่องเล่นเพลงที่ได้รับความนิยมมากกว่าในอนาคตทั้งจากผู้ที่เคยใช้งานและผู้จัดการลงโปรแกรม⁷⁷

การปิดตลาดในตลาดสินค้าที่ถูกลำนำไปฟ่วง (Tied product) นั้นมีความสำคัญเนื่องจากการปิดตลาดนี้อาจนำไปสู่การปิดตลาดหรือเพิ่มสิ่งกีดขวางในการเข้าสู่ตลาดสินค้าที่มีการฟ่วง (Tying Product) ได้ เพราะคู่แข่งที่มีศักยภาพมักจะถูกบังคับให้เข้าสู่ตลาดทั้งสองตลาดพร้อมกัน แทนที่จะเข้าสู่ตลาดเพียงตลาดเดียวอันเป็นการเพิ่มความเสี่ยงมากขึ้น⁷⁸

⁷⁵ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 26.

⁷⁶ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," p. 52.

⁷⁷ "T-201/04 Microsoft V. Commission ", (THE COURT OF FIRST INSTANCE (Grand Chamber), 2007). Para. 619.

⁷⁸ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," p. 53.

2) การปกป้องตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Protection of the tying product market)

การขายพ่วงนั้นอาจนำไปสู่การขับคู่แข่งออกจากตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) อย่างที่ได้มีการกล่าวไป แต่ในขณะเดียวกันก็สามารถลดความเป็นไปได้ในการที่คู่แข่งจะสามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าแรกหรือตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ด้วย ซึ่งโดยปกติแล้วการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดโดยการขายพ่วงมักเกิดขึ้นด้วย 2 เหตุผลหลักคือ เพื่อขัดขวางผู้ประกอบการรายใหม่ในการเข้ามาแข่งขันในตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) หรือ ทำให้เกิดการได้เปรียบในการแข่งขันโดยเพิ่มค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนให้กับคู่แข่ง⁷⁹

นอกจากนี้ การเข้าสู่ตลาดนั้นก็จะถูกขัดขวางหากสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) นั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และไม่สามารถหาซื้อได้จากบริษัทคู่แข่ง⁸⁰ ซึ่งนักวิชาการหลายท่านได้มีการตั้งข้อสังเกตว่า การกระทำการแผ่ขยายอำนาจผูกขาดจากตลาดหนึ่งไปสู่อีกตลาดหนึ่งนั้นอาจไม่ใช่เพราะต้องการได้อำนาจตลาดในอีกตลาดหนึ่ง แต่เป็นการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดแรก (Primary market) เพื่อปกป้องอำนาจตลาดในตลาดนั้น⁸¹

3) ขยายตัดราคาคู่แข่งโดยการขายพ่วง (Undercutting rivals' price)

ในตลาดสินค้าที่มีลักษณะของความเข้ากันหรือสัมพันธ์กัน (Complementary products) ที่มีการแข่งขันกัน การขยายตัดราคานั้นเกิดขึ้นได้ด้วย 2 เหตุผลคือ เพื่อขยายตลาด และเพื่อแข่งขันกับบริษัทคู่แข่ง⁸²

การขายพ่วงนั้นสามารถทำให้ราคาสินค้ามีการลดลงเนื่องจากการขจัดปัญหาการเข้าซ้อตัวอย่างที่ได้กล่าวไป อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทคู่แข่งที่ขายสินค้าแบบขึ้นเดียวที่ไม่ได้ทำการขายพ่วงหรือคู่แข่งที่ทำการขายสินค้าที่มีการพ่วงกันก็ตาม ก็สามารถลดราคาสินค้าลงได้เช่นกัน จึงทำให้กำไรสุทธิที่ได้รับตามส่วนแบ่งทางการตลาดลดลง และเป็นที่ยอมรับได้ว่า

⁷⁹ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 71.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 31.

⁸² Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 39.

ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการขายตัดราคานี้ อาจมีความคลุมเครือได้ว่าเป็นประโยชน์หรือไม่⁸³ อย่างไรก็ตาม หากมองอีกด้านหนึ่ง การขายพ่วงสามารถเพิ่มต้นทุนให้กับคู่แข่งในการที่จะเข้ามาสู่ตลาดเพื่อทำการแข่งขันกับบริษัทที่ทำการขายพ่วง ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการสร้างกำแพงในการเข้าสู่ตลาดและเป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการเข้าสู่ตลาดเพื่อทำการแข่งขันไม่ว่าจะเป็นการเข้ามาแข่งขันในตลาดเพียงตลาดเดียว หรือเข้าแข่งขันในตลาดทั้งสองตลาดซึ่งมีความเสี่ยงที่สูงมากขึ้น⁸⁴

ข. การบรรเทาการแข่งขัน (Competition Mitigation)

การขายพ่วงนั้นอาจสร้างกลยุทธ์ที่ก่อให้เกิดกำไรได้โดยทำให้บริษัทคู่แข่งนั้นมีการแข่งขันที่ดุเดือดน้อยลง⁸⁵ โดยกรณีเช่นนี้ได้มีการปรากฏว่าผู้ประกอบการได้ใช้การขายพ่วงในฐานะยุทธวิธีในการสมรู้ร่วมคิดเพื่อลดการแข่งขันทางด้านราคา⁸⁶ ตัวอย่างเช่น บริษัท A และ บริษัท B เป็นบริษัทเพียง 2 บริษัทที่อยู่ในตลาดสินค้า ก. ส่วนตลาดสินค้า ข. นั้นเป็นตลาดที่มีการแข่งขัน ซึ่งบริษัท A และบริษัท B นั้นสามารถตกลงแบ่งตลาดสินค้า ก. ได้ โดยที่บริษัท A จะขายเพียงแค่สินค้า ก. ส่วนบริษัท B จะขายสินค้า ก. และ ข. แต่กรรมกันเท่านั้น ซึ่งจะทำให้ทั้งบริษัท A และ B สามารถลดการแข่งขันในตลาดสินค้า ก. ทางด้านราคาไปได้⁸⁷

ในกรณีนี้นั้นอาจกล่าวได้ว่า การขายพ่วงไม่ได้กระทำในลักษณะที่พยายามที่จะกีดกันคู่แข่งออกจากตลาดหนึ่ง แต่เป็นการแบ่งตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ที่มีลักษณะของการปกป้องตลาดมากกว่าการขยายอำนาจตลาด⁸⁸

ค. ความได้เปรียบในการแข่งขัน (Gaining Competitive Advantage)

การขายพ่วงเป็นวิธีหนึ่งในการสร้างความได้เปรียบในการแข่งขัน ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่าจุดประสงค์ในการที่บริษัทหนึ่งเลือกใช้ขายพ่วงในฐานะกลยุทธ์ของบริษัทนั้นย่อมคาดหวังที่จะได้รับความได้เปรียบในการแข่งขันบางประการเหนือคู่แข่ง ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะของการลดต้นทุน หรือการเลือกปฏิบัติทางราคา ใน

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 34.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Chen Yongmin, "Equilibrium Product Bundling," *The Journal of Business* 70, University of Chicago (1997): 85-87.

⁸⁷ Ibid., 99.

⁸⁸ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 35.



กรณีนี้จะกล่าวถึงการขายพ่วงในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการสร้างเครือข่ายระหว่างบริษัทอื่น ๆ และเครือข่ายของผู้ใช้งานสินค้าเป็นหลัก⁸⁹

สินค้าหลายประเภทมีการพบว่ามีกรบรีโภคที่เพิ่มมากขึ้นซึ่งเกิดจากการบรีโภคสินค้าอื่น ๆ โดยเกิดจากการขายพ่วงหรือการขายสินค้าเป็นแพ็คเกจเนื่องจากมีการขายเป็นแพ็คเกจคู่กับสินค้าอื่น ๆ ที่น่าดึงดูดใจให้ซื้อเป็นแพ็คเกจมากกว่าการซื้อสินค้าแต่ละชนิดแบบแยกเดี่ยว⁹⁰ ซึ่งสามารถพบได้ว่ามีบริษัทต่าง ๆ มากมายร่วมกันขายสินค้าเป็นแพ็คเกจ หรือจับมือเป็นพันธมิตรกัน ตัวอย่างเช่นการขายโทรศัพท์มือถือและแพ็คเกจอินเทอร์เน็ต เป็นต้น⁹¹

การร่วมมือกันขายสินค้าเป็นแพ็คเกจ หรือการจับมือเป็นพันธมิตรกันเหล่านี้ จะมีการแข่งขันกันระหว่างกลุ่มบริษัทหรือกลุ่มพันธมิตร ซึ่งเมื่อลูกค้าได้ตกลงซื้อสินค้าที่เป็นแพ็คเกจหรืออยู่ในกลุ่มของพันธมิตรเหล่านี้ บริษัทภายในกลุ่มก็จะมีการแข่งขันกันเพื่อทำธุรกิจกับลูกค้าต่อไป อย่างไรก็ดี หากบริษัทใดในกลุ่มพันธมิตรถูกขับออกจากกลุ่มก็จะทำให้บริษัทนั้นสูญเสียผลประโยชน์และโอกาสในการแข่งขันไป⁹² โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในตลาดที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนั้น จะมีแนวโน้มที่ต้องการประโยชน์จากเครือข่ายจากบริษัทอื่น ๆ ที่จะสามารถนำไปสู่การเป็นผู้นำตลาดได้ เพราะในหลายสถานการณ์ การขายพ่วงหรือการขายเป็นแพ็คเกจนั้นสามารถเป็นตัวกระตุ้นหรือส่งผลต่อเครือข่ายต่าง ๆ ให้เป็นผู้นำในตลาดได้หากมีการใช้อย่างถูกจังหวะ⁹³

ตัวอย่างหนึ่งของผลลัพธ์จากการสร้างเครือข่ายก็คือ การใช้งานกลุ่มโปรแกรมไมโครซอฟท์ออฟฟิศ (Microsoft Office) ซึ่งเมื่อมีผู้บรีโภคที่ใช้งานโปรแกรมไมโครซอฟท์เวิร์ด (Microsoft Word) ได้ทำการอัปเดตโปรแกรมให้เป็นเวอร์ชันที่ใหม่ขึ้น กลุ่มผู้ใช้งานโปรแกรมนี้ที่มีการแลกเปลี่ยนส่งไฟล์หากันก็จะเกิดแรงกระตุ้นให้กระทำการอัปเดตโปรแกรมตามไปด้วยเนื่องจากคุณสมบัติบางประการของไฟล์ไม่สามารถแสดงผลได้ในโปรแกรมเวอร์ชันที่เก่ากว่า ดังนั้นหาก

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Michael L. Katz and Carl Shapiro, "Network Externalities, Competition, and Compatibility " The American Economic Review 75(1985): 424.

⁹¹ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 36.

⁹² Barry Nalebuff, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, p. 53.

⁹³ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 36.



ผู้ใช้งานทำการอัปเดตโปรแกรมไมโครซอฟท์เวิร์ดผ่านการอัปเดตกลุ่มโปรแกรมที่ซื้อมาที่มีลักษณะของการขายพ่วงอย่าง Microsoft Office ก็จะทำให้โปรแกรมอื่น ๆ ที่อยู่ในกลุ่มของ Microsoft Office มีการอัปเดตไปด้วย อย่างเช่น โปรแกรมไมโครซอฟท์เอกซ์เซล (Microsoft Excel) หรือโปรแกรมไมโครซอฟท์พาวเวอร์พอยต์ (Microsoft PowerPoint) และเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องใช้งานโปรแกรมเหล่านี้ก็จะเกิดแรงกระตุ้นให้ผู้ใช้งานอื่นอัปเดตโปรแกรมเช่นเดียวกับที่ได้กล่าวไป⁹⁴

คดี Microsoft ของสหภาพยุโรปเป็นตัวอย่างหนึ่งของการสร้างความได้เปรียบในการแข่งขันผ่านการขายพ่วงโปรแกรมเครื่องเล่นเพลง Windows Media Player ในคดีนี้ถือได้ว่าถือครองสัดส่วนในการตลาดเป็นอย่างมาก และบริษัท Microsoft นั้นถือได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดระบบปฏิบัติการ ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้เข้ามาแทรกแซงในเรื่องนี้ เนื่องจากบริษัทไมโครซอฟท์ได้ใช้กลยุทธ์ในการขายพ่วงเพื่อที่จะโปรโมทโปรแกรมเล่นเพลงกับระบบปฏิบัติการ Windows⁹⁵ ซึ่งดึงดูดทั้งลูกค้ากลุ่มที่เป็นผู้ผลิตเนื้อหา (content provider) และผู้บริโภค อันถือได้ว่าเป็นการสร้างเครือข่ายทั้งเครือข่ายผู้ผลิตเพลงและผู้บริโภค ซึ่งวิธีที่จะทำให้ลายเครือข่ายความสัมพันธ์นี้ได้ก็คือต้องพัฒนาผลิตภัณฑ์ตัวใหม่ขึ้นมา หรือสร้างผลิตภัณฑ์ที่คล้ายคลึงกันแต่มีเทคโนโลยีที่สูงกว่าแต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังเป็นการยาก เนื่องจากยังต้องให้ผู้บริโภคหรือผู้ใช้งานที่อยู่ในเครือข่ายเปลี่ยนมาใช้งานผลิตภัณฑ์อื่น เช่นเดียวกันกับการเปลี่ยนจากการใช้งานแผ่นเสียงมาเป็นแผ่นซีดี หรือการเปลี่ยนจากวิดีโอเทปมาเป็นดีวีดีเป็นแผ่นบลูเรย์ เป็นต้น⁹⁶

อย่างไรก็ตาม การแทรกแซงจากคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในการทำลายเครือข่ายที่เกิดขึ้นอาจสร้างผลเสียมากกว่าผลดีให้กับผู้บริโภค เนื่องจากยิ่งระบบเครือข่ายระหว่างบริษัทใหญ่มากขึ้นก็ยิ่งเป็นผลดีกับผู้บริโภค⁹⁷

⁹⁴ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 55.

⁹⁵ "Case T-201/04 Microsoft V. Commission Ecr II-3601."

⁹⁶ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 37.

⁹⁷ Ibid.

ง. การทำให้ราคาปั่นป่วน (Price Obfuscation)

การขายพ่วงนอกจากจะถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแข่งขันกับบริษัทคู่แข่งแล้ว การขายพ่วงยังอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือต่อผู้บริโภคได้ เนื่องจากผู้ประกอบการอาจใช้การขายพ่วงทำให้ราคาของสินค้าไม่ชัดเจน ซึ่งราคาของสินค้านั้นอาจไม่ชัดเจนเนื่องจากผู้บริโภคไม่สามารถเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างราคาและต้นทุนของสินค้าที่มีการขายพ่วงหรือขายเป็นแพ็คเกจ กับสินค้าที่ขายแยกต่างหาก⁹⁸

ตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงได้แก่ กรณีของ Microsoft PowerPoint เมื่อแรกเริ่มที่บริษัท Microsoft ต้องการนำเสนอขาย PowerPoint นั้น ถือได้ว่าเป็นผลิตภัณฑ์ที่ไม่ได้ใช้กันในมาตรฐานของวงการอุตสาหกรรม ในขณะที่โปรแกรมที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดมากก็คือโปรแกรม Harvard Graphics บริษัท Microsoft ได้นำโปรแกรม PowerPoint เข้าไปในแพ็คเกจ Microsoft Offices โดยขณะเดียวกันก็ได้ตั้งราคาของโปรแกรม PowerPoint ไว้สูงมาก ซึ่งทำให้ลูกค้าที่ซื้อสินค้าแพ็คเกจ Microsoft Offices เข้าใจว่าได้รับสินค้าที่มีราคาสูงจากการซื้อสินค้าที่มีการขายเป็นแพ็คเกจ โดยถ้าหากว่าบริษัทได้ตั้งราคาโปรแกรม PowerPoint โปรแกรมเดียวในราคา 19.95 USD ผู้บริโภคก็จะมี ความสนใจถึงคุณภาพของสินค้าที่มีราคาสูง และบริษัทก็สามารถใช้กลยุทธ์ในการขายสินค้าเป็นแพ็คเกจให้กับลูกค้าโดยให้ส่วนลดจำนวนมาก โดยไม่ได้เปิดเผยว่าการลดราคาไปจำนวนเท่าใด เนื่องจากไม่มีใครที่ซื้อสินค้าแต่ละชนิดแบบแยกเดี่ยว อันจะเป็นการยากที่จะรู้ว่าราคาตลาดที่แท้จริงจากการลดราคาขายเป็นแพ็คเกจ นั้นเป็นเท่าใด⁹⁹

การทำให้ราคาปั่นป่วนนั้นไม่ได้เป็นกลยุทธ์ที่ใช้ในการบิดเบือนการแข่งขัน แต่มีลักษณะของกลยุทธ์ที่ส่งผลกระทบต่อทางเลือกของผู้บริโภคมากกว่า ซึ่งเมื่อนำการขายพ่วงมาปรับกับกรณีการทำให้ราคาปั่นป่วน ถือได้ว่าเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการนำสินค้าเข้าสู่ตลาด ถึงแม้ว่าจะมีความเสี่ยงในการทำให้ลูกค้าเข้าใจผิด และอาจนำไปสู่การผิดตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้¹⁰⁰

⁹⁸ Barry Nalebuff, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, p. 61.

⁹⁹ Ibid., 62.

¹⁰⁰ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 37.



จ. การรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration)

การรวมกันของสินค้า (Product Integration) ถือว่าเป็นกระบวนการที่พบได้เป็นปกติในอุตสาหกรรมเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น ในอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์ ในฐานะที่การรวมกันนี้ถือได้ว่าเป็นแรงจูงใจให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมที่จะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และอาจสามารถพัฒนารูปแบบที่เป็นไปได้ของการขายพ่วง¹⁰¹ ผู้ผูกขาดอาจใช้อำนาจเหนือตลาดผ่านทาง การรวมกันทางเทคโนโลยีได้ โดยการรวมกันทางเทคโนโลยีนั้นทำให้สินค้าของบริษัทคู่แข่งไม่สามารถเข้ากับของตนได้ ซึ่งผู้ผูกขาดอาจควบคุมตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องกันผ่านทาง ความเข้ากันของสินค้าทางกายภาพ การประสานงานทางด้านข้อมูล การยับยั้งหรือชะลอข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่ส่งผลต่อความเข้ากันของสินค้า เป็นต้น¹⁰² เช่น บริษัทระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์อาจชะลอการส่งข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับระบบปฏิบัติการเวอร์ชันใหม่ เพื่อให้โปรแกรมของบริษัทซอฟต์แวร์ของคู่แข่งเข้ากับระบบของตนไม่ได้ระยะหนึ่ง¹⁰³

อย่างไรก็ตาม ผู้ผูกขาดอาจไม่ได้ต้องการที่จะกั้นบริษัทคู่แข่งในตลาดสินค้าที่ใกล้เคียงออกไปก็ได้ เนื่องจากผู้บริโภคอาจมีความต้องการซื้อสินค้าน้อยลงหากในตลาดไม่มีสินค้าทางเลือกอื่นที่สามารถเข้ากันได้ เช่น ระบบปฏิบัติการ Windows มีการอัปเดตเวอร์ชันใหม่ซึ่งทำให้ไม่สามารถทำงานเข้ากันได้กับเครื่องปรีน HP ซึ่งก็จะส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สนใจที่จะอัปเดตระบบปฏิบัติการ เป็นต้น¹⁰⁴

ฉ. การขายพ่วงในฐานะสิ่งจูงใจให้เกิดการพัฒนาวัตกรรม (Tying as an Incentive to Innovation)

บริษัทต่าง ๆ อาจทำการวิจัยและพัฒนา (Research and Development) ได้เพื่อทำให้เกิดข้อได้เปรียบในการแข่งขัน และการขายพ่วงก็เป็นกลยุทธ์หนึ่งที่สามารถสร้างแรงจูงใจให้เกิดการพัฒนาวัตกรรมใหม่ ๆ ได้เนื่องจากทำให้สามารถลดต้นทุนในการวิจัยและพัฒนา (Cost-cutting R&D) อีกทั้งยังสามารถรักษาตำแหน่งในตลาดให้อยู่ในสถานะที่ได้เปรียบในการแข่งขันได้อีกด้วย¹⁰⁵

¹⁰¹ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," pp. 63-64.

¹⁰² Ibid., 64-65.

¹⁰³ Ibid., 65.

¹⁰⁴ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects*, p. 57.

¹⁰⁵ Ibid., 59.

อย่างไรก็ตาม Jay Pil Choi ได้พบว่า ในการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดสินค้าที่มีการวิจัยและพัฒนาและได้ใช้กลยุทธ์การขายพ่วง การขายพ่วงนั้นสามารถป้องกันคู่แข่งที่จะได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในการเข้าถึงลูกค้า ซึ่งเมื่อการขายพ่วงกระทำโดยผู้มีอำนาจเหนือตลาด การขายพ่วงนั้นสามารถหยุดยั้งนวัตกรรมที่อาจเกิดขึ้นในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product market) เพราะเมื่อมีการปิดตลาดสินค้าแล้ว การปิดตลาดนั้นก็จะมีผลไปเป็นการปิดตลาดการวิจัยและพัฒนาที่มีอยู่ในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงด้วยไปในตัว อีกทั้งผลที่เกิดขึ้นสามารถกล่าวได้ว่าเป็นการลดแรงจูงใจในการวิจัยและพัฒนาจากบริษัทคู่แข่งอีกด้วย ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่าการขายพ่วงนี้อาจนำไปสู่การจัดผลิตภัณฑ์และบริการที่ดีกว่าที่อาจเกิดขึ้นได้ออกจากตลาดไป อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีความเป็นไปได้ที่การขายพ่วงจะสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในฐานะเครื่องมือในการจัดการวิจัยและพัฒนาที่เข้าซ้อกันได้¹⁰⁶

เหตุผลทางด้านกลยุทธ์ที่อยู่เบื้องหลังการขายพ่วงเหล่านี้มีสิ่งหนึ่งที่เป็นจุดร่วมและจุดเด่นก็คือในหลาย ๆ กรณีผลสุดท้ายก็คือการปิดตลาด ซึ่งบริษัทต่าง ๆ ย่อมมีจุดประสงค์ในการแสวงหากำไรโดยใช้กลยุทธ์เหล่านี้ ตัวอย่างเช่นถ้าบริษัทใช้การขายพ่วงทางเทคนิคก็จะสามารถเก็บเกี่ยวผลกำไรจากการขายพ่วงโดยได้รับประโยชน์จากการปิดกั้นการเข้าสู่ตลาด ในขณะที่เดียวกันก็สามารถสร้างความได้เปรียบในการแข่งขันได้ เป็นต้น¹⁰⁷ อย่างไรก็ตาม การขายพ่วงนั้นก็อาจก่อให้เกิดผลเป็นการสนับสนุนการแข่งขันได้ ซึ่งจากมูลเหตุจูงใจในการขายพ่วงที่ได้กล่าวมานี้ สามารถแสดงให้เห็นถึงผลกระทบที่มีต่อการแข่งขันในลักษณะต่างที่จะกล่าวในหัวข้อถัดไป

เหตุผลที่ทำให้บริษัทต่าง ๆ เลือกใช้การขายพ่วงกับสินค้าหรือบริการของตนนั้น สามารถสรุปได้ดังในตารางต่อไปนี้

¹⁰⁶ Jay Pil Choi "Tying and Innovation : A Dynamic Analysis of Tying Arrangements," The Economic Journal 114(2004): 97-98.

¹⁰⁷ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," p. 69.



ตารางที่ 2 ตารางแสดงจุดประสงค์ของการกระทำการขายพ่วง¹⁰⁸

เหตุผลทางด้านประสิทธิภาพ	เหตุผลทางด้านกลยุทธ์
<ol style="list-style-type: none"> 1. ลดต้นทุน (Cost reduction) 2. เพิ่มคุณภาพของสินค้า <ul style="list-style-type: none"> - รับประกันคุณภาพของสินค้า - ลดค่าใช้จ่ายในการค้นหาสินค้า - สินค้ามีการพัฒนาขึ้น 3. ลดความสูญเสียทางด้านราคา <ul style="list-style-type: none"> - การเลือกปฏิบัติทางราคา - ลดปัญหาการไร้ข้ออ้าง 	<ol style="list-style-type: none"> 1. การขยายอำนาจเหนือตลาด (leveraging) <ul style="list-style-type: none"> - ป้องกันการเข้าสู่ตลาด - ปกป้องตลาดสินค้าที่มีการพ่วง - การขายพ่วงสามารถใช้ตัดราคาคู่แข่งได้ 2. การลดการแข่งขันในตลาดลง 3. เพื่อได้รับความได้เปรียบในการแข่งขัน <ul style="list-style-type: none"> - สร้างเครือข่ายผ่านทางขายพ่วง - การรวมกันทางเทคโนโลยี 4. ทำให้ราคาเกิดความปั่นป่วน 5. การรวมกันทางเทคโนโลยี 6. เพิ่มการค้นคว้าและพัฒนา

2.2.2 ผลกระทบจากการขายพ่วง

เนื่องจากทฤษฎีการแผ่ขยายอำนาจ (The leverage theory) ในยุคแรกนั้นได้มีอิทธิพลอย่างมากในการกำหนดให้การขายพ่วง (Tying arrangement) ถูกควบคุมโดยกฎหมาย เพราะตามทฤษฎีนี้บริษัทผู้ผูกขาดที่กระทำการพ่วงสินค้าเข้าด้วยกันสามารถสร้างกำไรมากขึ้นสองเท่าจากทั้งสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) และจากทฤษฎีนี้ อันตรายที่เกิดขึ้นกับการแข่งขันนั้นมีอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก การขยายอำนาจสามารถทำให้บริษัทผู้ผูกขาดสร้างผลกำไรเพิ่มเติมในตลาดที่เพิ่มขึ้นมาได้ และประการที่สอง การขายพ่วงสามารถกันบริษัทอื่นจากตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product)¹⁰⁹

ต่อมา ด้วยพัฒนาการของสำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School)¹¹⁰ นักทฤษฎีได้ยกเหตุผลขึ้นมาว่า การขยายอำนาจของผู้ผูกขาดตามทฤษฎีนั้นไม่สามารถรับฟังได้เนื่องจากทฤษฎีกำไรของผู้ผูกขาดรายเดียว (The single monopoly profit theory) ที่เห็นว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งไม่สามารถเพิ่มกำไรจากการผูกขาดที่ได้รับอยู่แล้วผ่านการขายพ่วง

¹⁰⁸ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 12.

¹⁰⁹ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," *Seattle University Law Review*: 4.

¹¹⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 56.

สินค้าอื่นเข้ามาได้¹¹¹ ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการในสินค้าสกรูที่พยายามพ่วงการขายสกรูเข้ากับสลักเกลียว สมมติว่าทั้งสกรูและสลักเกลียวราคาต้นทุนขึ้นละ 10 เซนต์ และในตลาดที่มีการแข่งขันทำให้สินค้าทั้งสองนั้นมีราคาขายอยู่ที่ขึ้นละ 10 เซนต์ สมมติว่าถ้าหากผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดทำการขายพ่วงทั้งสกรูและสลักเกลียวโดยขายเป็นเซตและราคาขายสินค้าทั้งสองที่ทำให้ผู้ประกอบการได้กำไรสูงสุด (Profit-maximizing price) คือ 40 เซนต์ แต่ในทางกลับกัน หากตลาดสกรูเป็นตลาดที่มีการผูกขาดและในตลาดสลักเกลียวเป็นตลาดที่มีการแข่งขันก็จะทำให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจผูกขาดในตลาดสกรูคิดราคาสกรูเท่ากับ 30 เซนต์ และ ราคาสลักเกลียวในตลาดที่มีการแข่งขันเท่ากับ 10 เซนต์ ซึ่งจะทำให้สุดท้ายแล้ว ราคาในการซื้อสินค้าทั้งสองรวมกันก็จะเป็น 40 เซนต์เช่นกัน¹¹² ดังนั้นกำไรของผู้ผูกขาดจากการรวมสกรูและสลักเกลียวเข้าด้วยกันก็จะเป็นเช่นเดียวกับกรณีที่ผู้ผูกขาดจะได้กำไรจากการผูกขาดสกรูเพียงขึ้นเดียว ผลก็คือผู้ประกอบการที่ผูกขาดในสกรูไม่สามารถเพิ่มกำไรจากการผูกขาดไปมากกว่านี้ได้ถึงแม้ว่ามาจากพ่วงการขายสกรูเข้ากับสลักเกลียวก็ตาม ซึ่งนักทฤษฎีตามสำนักคิดเสรีนิยมได้อาศัยหลักทฤษฎีนี้และเห็นว่าเหตุผลเบื้องหลังของการขายพ่วงนั้นสามารถสนับสนุนการแข่งขันได้ ดังนั้นการขายพ่วงจึงควรที่จะถูกต้องตามกฎหมายด้วยตัวของมันเอง (legal per se)¹¹³

หลังจากเกิด ทฤษฎีกำไรของผู้ผูกขาดรายเดียว (The single monopoly profit theory) ขึ้น นักทฤษฎีของสำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post – Chicago School)¹¹⁴ ก็ได้มีการนำเสนอรูปแบบและสถานการณ์ทางเศรษฐศาสตร์หลายรูปแบบในการอธิบายว่าผู้ประกอบการสามารถเพิ่มกำไรจากการผูกขาดผ่านการขายพ่วงได้ ทั้งในรูปแบบของการที่ผู้ประกอบการนั้นสามารถแผ่ขยายอำนาจตลาดไปยังตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) และแสดงให้เห็นว่าบริษัทผู้ผูกขาดสามารถเพิ่มกำไรจากการผูกขาดในตลาดสินค้าที่มีการขายพ่วง (Tying product market) ได้ด้วย¹¹⁵ ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่าการขยายอำนาจของผู้ผูกขาดและการเพิ่มผลกำไรให้แก่ผู้ผูกขาดอาจเกิดขึ้นภายใต้สถานการณ์ดังต่อไปนี้¹¹⁶

¹¹¹ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," Seattle University Law Review: 4.

¹¹² Einer Elhauge "Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory " HARVARD - JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS (2009): 4-5.

¹¹³ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," Seattle University Law Review: 4-5.

¹¹⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 61.

¹¹⁵ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," Seattle University Law Review: 5.

¹¹⁶ Ibid.

1. การใช้งานสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) มีความสอดคล้องกับสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) แต่สินค้านั้นก็ยังสามารถใช้งานแบบอิสระได้ด้วย
2. มีความครอบงำในแง่ของประสิทธิภาพของการแข่งขันในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product)
3. การขายพ่วงนำไปสู่การปิดตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product)

ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในเครื่องจักรที่เติมเกลือลงในอาหารกระป๋อง บังคับให้ผู้ใช้งานเครื่องจักรซื้อเกลือพ่วงไปกับเครื่องจักรด้วย อันจะทำให้เครื่องจักรที่เติมเกลือเป็นสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และเกลือเป็นสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ในการขายพ่วงนี้จะทำให้ประสิทธิภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการที่ผลิตเกลือลดลงและอาจนำไปสู่การออกจากตลาดในที่สุด เป็นต้น¹¹⁷

เมื่อพิจารณาถึงการขายพ่วงจากเหตุผลและแรงจูงใจในการทำการขายพ่วงที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน สามารถแบ่งผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการขายพ่วงได้เป็น 3 กรณี

2.2.2.1 ผลกระทบจากการขายพ่วงอันเป็นการสนับสนุนการแข่งขันและเพิ่มประสิทธิภาพ

ก. การขายพ่วงในแง่ของการปรับปรุงสินค้า

การขายพ่วงหลายรูปแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขายพ่วงทางเทคนิคได้มีการพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่มีการขายพ่วง หรือเป็นการสร้างสิ่งใหม่ที่ดีกว่าเดิมให้เกิดขึ้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือโทรศัพท์มือถือในสมัยก่อนเป็นเพียงแค่โทรศัพท์มือถือที่ใช้ทำงานเพียงแค่การโทรเข้าโทรออก แต่ในปัจจุบันนี้โทรศัพท์มือถือหรือสมาร์ตโฟนในปัจจุบันได้สามารถใช้งานได้หลากหลาย มีฟังก์ชันต่าง ๆ เช่นกล้องถ่ายรูป การแต่งรูป กล้องวิดีโอ แอปพลิเคชันท่องอินเทอร์เน็ต ฯลฯ ซึ่งฟังก์ชันการทำงานที่เพิ่มขึ้นมานี้ได้ทำให้อุปกรณ์นั้นพัฒนาขึ้นเป็นสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการ ซึ่งการขายพ่วงในลักษณะนี้มักเกิดจากความคิดพื้นฐานของความต้องการที่จะพัฒนาสินค้าให้ดีขึ้นหรือทำให้สินค้ามีลักษณะของเทคโนโลยีสมัยใหม่ซึ่งสามารถสร้างตลาดสินค้าใหม่ขึ้นมาได้ด้วย ดังนั้นโดยหลักการแล้วการเพิ่มขึ้นของการขายพ่วงทางเทคนิคนี้สามารถเป็นประโยชน์ต่อทั้งผู้บริโภคและเศรษฐกิจ¹¹⁸

¹¹⁷ Ibid., 6. ; "International Salt Company, Incorporated V. United States," (Supreme Court of the United States, 1947).

¹¹⁸ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," Seattle University Law Review: 6-7.

ข. การขายพ่วงในแง่ของการลดต้นทุนในการผลิต

ในกระบวนการผลิตสินค้าพบว่าบ่อยครั้งการขายพ่วงทำให้ต้นทุนในการผลิตลดลงจากการนำสินค้ามาร่วมกันหรือมารวมกัน ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ ในอุตสาหกรรมการผลิตรถยนต์พบว่าเป็นการสะดวกกว่าและง่ายกว่าในการที่จะติดตั้งที่ปิดน้ำฝน แอร์ติตรอยนต์ คิวรอยนต์ ล้อรอยนต์ ระบบวิทยุ ในกระบวนการประกอบรถยนต์ ซึ่งในอดีตการซื้อรถยนต์สามารถซื้อได้โดยปราศจากสิ่งเหล่านี้ แต่ในปัจจุบันมีการพบว่าเป็นการซื้อรถยนต์ที่ผลิตมาแบบสำเร็จเป็นแพ็คเกจแล้วราคาถูกลงกว่าการซื้อรถยนต์แล้วเลือกองค์ประกอบแต่ละองค์ประกอบเอง นอกจากนี้ยังพบว่าการทำที่ผู้ผลิตจะต้องสร้างกระบวนการผลิตที่หลากหลายเพื่อที่จะให้ผู้บริโภคเลือกความต้องการซื้อรถยนต์โดยมีสินค้าที่มีการนำมาพ่วง (Tied product) หรือไม่นั้นเป็นความไม่คุ้มค่าในทางเศรษฐศาสตร์ และการขายพ่วงนั้นอาจนำไปสู่การทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดถ้าหากคุณภาพของสินค้าทั้งในสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงเพิ่มขึ้น¹¹⁹

ค. การขายพ่วงในแง่ของการลดค่าใช้จ่ายในด้านการตลาด

การทำธุรกิจกับการทำการตลาดเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันอย่างมาก ซึ่งหากผู้ประกอบการทำการนำสินค้ามาขายพ่วงและทำการตลาดไปพร้อมกันสามารถลดค่าใช้จ่ายในการทำการตลาดโดยรวมได้ เช่น ผู้ประกอบการที่ทำการผลิตสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าจะต้องตัดสินใจว่าจะวางขายสินค้าด้วยกันกับแบตเตอรี่ที่ต้องใช้ร่วมกับเครื่องใช้ไฟฟ้านั้นหรือไม่ หากผู้ผลิตต้องการให้ผู้บริโภคเป็นผู้เลือกความต้องการเลือกซื้อสินค้าพร้อมแบตเตอรี่หรือซื้อโดยปราศจากแบตเตอรี่ก็จะทำให้การทำการตลาดของสินค้านั้นเพิ่มสูงขึ้น อันเป็นเพราะทั้งสองทางเลือกนี้ทำให้เกิดระบบทำการตลาดที่เพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าซึ่งเกี่ยวกับทั้งการควบคุมดูแลสินค้า บรรจุภัณฑ์ คลังสินค้า การขนส่ง ที่จะต้องมีอยู่เพื่อดำรงไว้ซึ่งทางเลือกแก่ลูกค้า¹²⁰

ง. การขายพ่วงในแง่ของการปกป้องรักษาชื่อเสียง

การขายพ่วงสินค้าในแง่หนึ่งอาจกล่าวได้ว่าเกิดจากความจำเป็นของการใช้ งานของสินค้านั้นต้องมีความสอดคล้องกันหรือเข้ากันได้ ซึ่งถ้าหากสินค้านั้นผลิต

¹¹⁹ Robert H. Book, *The Antitrust Paradox - a Policy at War with Itself* (New York: The Free Press, 1978), pp. 378-379. ; Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," *Seattle University Law Review*: 7.

¹²⁰ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," *Seattle University Law Review*: 7.

ออกมาไม่ตรงตามข้อกำหนดหรือมาตรฐาน คุณภาพในการทำงานของสินค้าที่มีการขายพ่วงอาจลดลงหรืออาจเกิดอันตรายได้ ซึ่งสามารถส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงของบริษัทผู้ประกอบการได้ ดังนั้นการแก้ปัญหาในข้อนี้ผู้ประกอบการจึงทำการนำสินค้าที่มีความสัมพันธ์กันนี้ (Complementary product) ทำการพ่วงเข้ากับสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เพื่อให้แน่ใจว่าสินค้าที่มีการขายพ่วงนั้นจะสามารถทำงานได้อย่างเหมาะสม¹²¹

จ. การขายพ่วงในแง่ของการลดความเสี่ยงในการเข้าสู่ตลาด

ผู้ประกอบการอาจใช้วิธีการขายพ่วงเป็นเครื่องมือในการเข้าสู่ตลาดในฐานะเครื่องมือในการลดต้นทุนจม (Sunk cost) และต้นทุนคงที่ (Fixed cost) เช่น ในข้อตกลงแฟรนไชส์ สมมติว่ามูลค่าในตลาดของการได้รับสิทธิตามสัญญาแฟรนไชส์ในธุรกิจร้านอาหารที่มีชื่อเสียงมีราคาอยู่ที่หนึ่งล้านบาท ผู้รับอนุญาตมีความเสี่ยงมากในการลงทุน ซึ่งหากธุรกิจล้มเหลวก็จะเสียเงินจำนวนมาก ทางออกก็คือธุรกิจร้านอาหารนี้สามารถทำข้อตกลงสัญญาแฟรนไชส์โดยลดราคาของค่าแฟรนไชส์ลงเหลือสองแสนบาทได้ แต่มีการพ่วงให้ผู้รับอนุญาตต้องซื้อสินค้าจากผู้ให้อนุญาตถึงแม้ว่าราคาจะสูงกว่าในราคาตลาดก็ตาม ดังนั้นการกระทำเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการลดต้นทุนจม (Sunk cost) และต้นทุนคงที่ (Fixed cost) แต่เพิ่มค่าใช้จ่ายในด้านอื่น ๆ ขึ้นมา ซึ่งถ้าหากธุรกิจล้มเหลวผู้ประกอบการก็จะเสียเพียงแคต้นทุนจมและต้นทุนคงที่บางส่วนเท่านั้น¹²²

2.2.2.2 ผลกระทบจากการขายพ่วงอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน

ก. การใช้การขายพ่วงในการแผ่ขยายอำนาจตลาดของผู้ผูกขาด

ในทางทฤษฎีการแผ่ขยายอำนาจของผู้ผูกขาดนั้นเป็นไปได้เมื่อ สินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) มีการใช้งานที่สอดคล้องกันกับสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) แต่ยังสามารถทำงานแยกได้อย่างอิสระ และการขายพ่วงนั้นทำการปิดส่วนที่มีความสำคัญของตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied product market) ทั้งนี้การขายพ่วงนั้นส่งผลต่อประสิทธิภาพของการแข่งขันในสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied product market)¹²³

เมื่อกรณีเข้าตามเงื่อนไขเหล่านี้ การขายพ่วงนั้นจะทำการปิดตลาดในตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied product) อย่างมีนัยยะสำคัญซึ่งเป็นอันตรายต่อ

¹²¹ Ibid., 8.

¹²² Ibid., 9.

¹²³ Ibid.

ประสิทธิภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการอันจะเป็นผลทำให้ผู้ประกอบการสูญเสียความสามารถในการแข่งขันส่วนหนึ่งและอาจทำให้ต้องออกจากการแข่งขันในตลาดได้ และผลในท้ายที่สุดคือจะทำให้บริษัทที่ทำการขายพวงได้รับกำไรที่เพิ่มมากขึ้น¹²⁴

ข. การใช้การขายพวงในฐานะเครื่องมือในการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

การขายพวงสามารถเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดทั้งในสินค้าที่มีการพวง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำไปพวง (Tied Product) เนื่องจากการขายพวงสามารถทำให้ผู้ประกอบการใหม่ที่ต้องการเข้าสู่การแข่งขันในตลาดมีต้นทุนและความเสี่ยงที่สูงขึ้นในการเข้าสู่ตลาดทั้งในสินค้าที่มีการพวง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำไปพวง (Tied Product) พร้อม ๆ กัน อย่างไรก็ตามในกรณีนี้มีข้อพิจารณาหลายประการ ประการแรก ในกรณีที่การขายพวงนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพขึ้น ผลจากการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดก็จะเป็นเพียงผลข้างเคียงเท่านั้น เนื่องจากแนวคิดที่ว่าเมื่อมีการเพิ่มประสิทธิภาพให้มากยิ่งขึ้นแน่นอนว่าย่อมเป็นการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดด้วยเช่นกัน และด้วยเหตุนี้เมื่อผู้ประกอบการรายใหม่ต้องการเข้าสู่ตลาดก็ต้องเพิ่มประสิทธิภาพของสินค้าให้มากยิ่งขึ้นเพื่อที่จะทำการแข่งขันได้ ซึ่งกฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่ควรที่จะให้กรณีการขายพวงในกรณีเช่นนี้เป็นความผิด ประการที่สอง หากการขายพวงนั้นไม่มีประสิทธิภาพ บริษัทที่ทำการขายพวงนั้นก็จะเป็นเป้าหมายของบริษัทคู่แข่งที่มีความสามารถในการแข่งขัน ประการที่สามบริษัทที่ทำการขายพวงจะต้องทำการทุ่มทรัพยากรที่จำเป็นเพื่อให้ได้ผลเป็นการปิดตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพวง (tied product market) ซึ่งหากตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพวงนั้นมีการแข่งขันอยู่ก่อนที่จะเกิดการขายพวง การทำเช่นนั้นอาจส่งผลให้ผู้ประกอบการได้รับกำไรน้อยลง¹²⁵

ค. การใช้การขายพวงในการหลีกเลี่ยงการควบคุมราคา

การขายพวงอาจถูกใช้ในกรณีที่การกำหนดราคาของบริษัทผู้ผูกขาดอยู่ภายใต้การควบคุมซึ่งทำให้บริษัทไม่สามารถที่จะกำหนดราคาที่เหมาะสมที่สุดให้กับสินค้าได้ ดังนั้นเมื่อมีการพวงสินค้าที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมราคาเข้ากับสินค้าที่มีการควบคุมราคา ก็จะทำให้สามารถเก็บราคาสินค้าที่ถูกนำมาพวง (Tied product) สูงกว่าราคาในตลาดที่มีการแข่งขัน ซึ่งการทำเช่นนี้จะเป็นการเพิ่มกำไรให้กับ

¹²⁴ Ibid., 10.

¹²⁵ Ibid., 11.



ผู้ประกอบการที่ถูกควบคุมราคาในสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ประปา หรือโทรศัพท์ เป็นผู้ประกอบการที่สามารถเข้าข่ายกรณีนี้ได้ เช่น ในการให้บริการด้านโทรศัพท์นั้นมีการกำหนดราคาให้อยู่ภายใต้การควบคุม ซึ่งบริษัทนั้นอาจทำการพ่วงบริการโทรศัพท์เข้ากับการขายเครื่องโทรศัพท์เองโดยเก็บค่าโทรศัพท์ในราคาที่สูงซึ่งจะทำให้บริษัทได้รับกำไร เป็นต้น¹²⁶

ง. การใช้การขายพ่วงในการป้องกันคู่แข่งในการเข้าสู่ตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product Market)

ทฤษฎีนี้เป็นผลมาจากคดี Microsoft¹²⁷ ที่ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นว่า ในบางสถานการณ์การขายพ่วงนั้นอาจส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน และในการใช้การขายพ่วงเพื่อป้องกันคู่แข่งในการเข้าสู่ตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) นั้นมีเงื่อนไขที่จำเป็น 2 ประการ ประการแรก สินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง (Tied product) จะต้องใช้ได้กับสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เท่านั้น ประการที่สอง การสร้างสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง (Tied product) เกิดขึ้นเพราะคู่แข่งนั้นสามารถเข้าสู่ตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ได้ในอนาคต ดังนั้น ถ้าหากการขายพ่วงทำการปิดตลาดสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง (Tied product) บริษัทที่ทำการขายพ่วงก็จะสามารถป้องกันการเข้าสู่ตลาดของบริษัทคู่แข่งในตลาดสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง (Tied product) อันส่งผลต่อการเข้าแข่งขันในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ด้วยเช่นกัน¹²⁸

จ. การใช้การขายพ่วงในการสร้างให้เกิดตลาดผู้ขายน้อยราย

การขายพ่วงอาจถูกใช้ในการอำนวยความสะดวกให้กับการสมคบกันของผู้ขายน้อยรายเมื่อบริษัทที่ทำการขายพ่วงกำหนดให้ลูกค้าต้องซื้อสินค้าที่ถูกลำนำมาพ่วง (Tied product) ในราคาที่กำหนด เว้นแต่มีบริษัทอื่นขายสินค้าที่ราคาถูกลงกว่า ซึ่งสมคบกันนี้จะส่งผลให้ราคาที่มีอยู่ในตลาดนั้นสูงกว่าราคาที่จะเป็นในตลาด

¹²⁶ Ibid., 11-12.

¹²⁷ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34," (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 2001).

¹²⁸ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," Seattle University Law Review: 12.



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / revv: 30072562 22:15:01 / seq: 14

ที่มีการแข่งขัน ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วลูกค้าย่อมต้องการซื้อสินค้าที่มีราคาที่ถูกกว่า และในท้ายที่สุดการขายพ่วงนี้ก็ทำให้การสมคบกันนี้มีความมั่นคงมากขึ้น¹²⁹

จ. การขายพ่วงเพื่อกำจัดคู่แข่ง

การกำหนดราคาเพื่อขจัดคู่แข่ง (Predatory pricing) อาจเกิดขึ้นเมื่อบริษัทผู้ผูกขาดขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าราคาต้นทุน ซึ่งส่งผลเป็นการขับคู่แข่งออกจากการแข่งขันในตลาดได้ และหากนำกรณีดังกล่าวมาพิจารณากับกลยุทธ์การขายพ่วง บริษัทผู้ผูกขาดอาจทำการขายพ่วงซึ่งในส่วนของสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (tied product) จะกำหนดราคาที่ทำให้ส่วนลดจำนวนมาก หรืออาจไม่คิดราคาในส่วนของสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงเลย ซึ่งถ้าหากราคารวมของสินค้าที่มีการขายพ่วงต่ำกว่าราคาต้นทุนการผลิตทั้งหมด กรณีนี้อาจถือได้ว่าเป็นการใช้กลยุทธ์ทางด้านราคาโดยการใช้การขายพ่วงเพื่อกำจัดคู่แข่ง ซึ่งผลลัพธ์ในท้ายที่สุดก็คือการขับคู่แข่งออกจากตลาดเช่นเดียวกัน¹³⁰

2.2.2.3 ผลกระทบจากการขายพ่วงที่มีผลกระทบต่อคลุมเครือ

ก. การขายพ่วงในแง่ของการเลือกปฏิบัติทางราคาและการควบคุมขอบเขตของการใช้สินค้า

การขายพ่วงอาจถูกผู้ประกอบการใช้เป็นเครื่องมือในการเลือกปฏิบัติทางราคาและกำหนดราคาสูงสุดที่ผู้บริโภคยินยอมที่จะจ่ายในการซื้อสินค้านั้นได้ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดสามารถเพิ่มผลกำไรได้เกินกว่าระดับกำไรที่ปกติที่สามารถทำได้ แต่โดยหลักการแล้วมีปัจจัย 3 ประการที่ป้องกันการเกิดการเลือกปฏิบัติทางราคา ประการแรก บริษัทผู้ผูกขาดไม่รู้ราคาสูงสุดที่ผู้บริโภคยินยอมที่จะจ่าย ซึ่งราคาเหล่านั้นอยู่ในใจของผู้บริโภค และผู้บริโภคก็ไม่ยินดีที่จะเปิดเผยข้อมูลเหล่านั้น ประการที่สอง ตลาดเป็นตลาดสินค้าชนิดเดียวกัน (Arbitrage market) ประการที่สาม กฎหมายป้องกันการผูกขาดเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติทางราคา¹³¹

¹²⁹ Ibid., 13.

¹³⁰ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* ed. 4th (2011), pp. 403-407. ; Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," *Seattle University Law Review*: 13.

¹³¹ Guy Sagi, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements," *Seattle University Law Review*: 14.



อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ผูกขาดสามารถทำการเลือกปฏิบัติทางราคาได้ภายใต้สถานการณ์ที่มีเงื่อนไขดังนี้ ประการแรก สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) เป็นสินค้าที่เป็นองค์ประกอบของสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) และการทำงานของสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงนั้นมีจำนวนที่เพิ่มขึ้นในภายหลัง ประการที่สอง การใช้งานสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) ที่แตกต่างกันในผู้ซื้อแต่ละรายซึ่งสัมพันธ์กับการให้คุณค่าสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) ของผู้ซื้อ ตัวอย่างเช่น การขายเครื่องปริ้นเตอร์และหมึก ผู้ซื้อปริ้นเตอร์ที่ใช้งานเครื่องปริ้นเตอร์และหมึกมากกว่าผู้ซื้อรายอื่นก็จะให้คุณค่าจากการใช้งานสินค้านั้นมากกว่า ซึ่งผู้ประกอบการนั้นสามารถพ่วงการขายปริ้นเตอร์เข้ากับหมึกได้ โดยคิดราคาเครื่องปริ้นเตอร์ในราคาที่ต่ำหรือราคาในตลาดที่มีการแข่งขัน แต่คิดราคาหมึกในราคาที่สูง การทำเช่นนี้มีผลทำให้ผู้ประกอบการประสบผลสำเร็จในการเพิ่มกำไรจากลูกค้าที่มีการใช้งานหมึกบ่อย ในขณะที่เดียวกันก็สามารถขยายฐานลูกค้าผู้ใช้งานปริ้นเตอร์และลูกค้าที่ใช้งานปริ้นเตอร์ไม่บ่อยก็จะสามารถซื้อปริ้นเตอร์ได้ในราคาที่ต่ำลง¹³²

ผลจากการขายพ่วงนี้อาจไม่ก่อให้เกิดความเสียหายก็ได้ เนื่องจากในแง่หนึ่งการขายพ่วงนั้นอนุญาตให้บริษัทผู้ผูกขาดได้รับส่วนเกินผู้บริโภค (Consumer Surplus) และการขายพ่วงสามารถเพิ่มปริมาณการผลิต อันจะทำให้ความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (Dead weight loss) ลดลง นอกจากนี้การเลือกปฏิบัติทางราคาอาจนำไปสู่การผลิตที่เพิ่มขึ้นที่จะส่งผลไปถึงความมีประสิทธิภาพและลดต้นทุนในการผลิตได้¹³³

นอกจากการเลือกปฏิบัติทางราคาแล้ว การขายพ่วงยังสามารถควบคุมขอบเขตของการใช้สินค้าและกำหนดราคาของสินค้าที่เหมาะสมได้ ตัวอย่างเช่นการให้เช่าเครื่องปริ้นเตอร์ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งเมื่อหมดช่วงระยะเวลาดังกล่าวแล้วก็ต้องคืนให้แก่ผู้ประกอบการ โดยการขยายระยะเวลาเช่านั้นเกี่ยวพันโดยตรงกับค่าเสื่อมราคา ผู้ประกอบการสามารถพ่วงการเช่าเครื่องปริ้นท์เข้ากับหมึก และจากการทำเช่นนั้น การขายหมึกก็จะครอบคลุมถึงค่าเสื่อมราคาจากการใช้งานเครื่องปริ้นท์ จะเห็นได้ว่าการขายพ่วงในลักษณะเช่นนี้มีจุดประสงค์เพื่อตั้งราคาการใช้งานให้ตรงกับความเป็นจริงซึ่งไม่ได้ส่งผลอันไม่พึงปรารถนาในทางเศรษฐกิจ¹³⁴

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid., 14-15.

¹³⁴ Ibid., 15.

ข. การขายพ่วงในฐานะเครื่องมือในการจัดปัญหากำไรซ้ำซ้อน

จากที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ ปัญหากำไรซ้ำซ้อนเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการสองรายที่มีอำนาจตลาดในตลาดที่ผลิตสินค้าและมีความสัมพันธ์กันในแนวตั้งอันความใกล้ชิดกันได้กำหนดราคาสินค้าหรือบริการโดยมีการบวกกำไรซึ่งทำให้ราคาดังกล่าวสูงเกินกว่าราคาตลาด สมมติว่าสินค้าชิ้นหนึ่งถูกผลิตขึ้นโดยบริษัทผู้ผูกขาดรายหนึ่ง และถูกขายปลีกโดยผู้ผูกขาดอีกรายหนึ่ง บริษัทผู้ผูกขาดที่ทำการผลิตสินค้าจะกำหนดราคาผูกขาดเมื่อขายให้กับผู้ค้าปลีก ซึ่งผู้ค้าปลีกก็จะเก็บค่าสินค้าเพิ่มเติมจากผู้บริโภคต่อก็คือทอดหนึ่งต่อไป ดังนั้นราคาสุดท้ายของสินค้านั้นก็จะสูงกว่าราคาที่เหมาะสม อันจะทำให้ขายสินค้าได้น้อยลง ในกรณีนี้ผู้ผลิตสามารถรวมกันในแนวตั้งกับผู้ค้าปลีกโดยการขายพ่วงสินค้าเข้ากับการกระจายสินค้าเพื่อจัดกำไรซ้ำซ้อน ปัญหากำไรซ้ำซ้อนนี้ก็สามารถเกิดขึ้นในธุรกิจแนวนอนได้เช่นกัน เมื่อสินค้าที่ทำงานสัมพันธ์กันถูกขายโดยผู้ผูกขาดสองราย ซึ่งการจัดกำไรซ้ำซ้อนนั้นจะทำให้เกิดราคาที่ลดลงและปริมาณการขายที่เพิ่มมากขึ้น อันเป็นการสร้างสวัสดิภาพแก่ผู้บริโภคต่อไป¹³⁵

จากที่ได้กล่าวไปในหัวข้อนี้ สามารถสรุปได้ว่านอกจากผู้ประกอบการจะมีเหตุผลที่หลากหลายในการเลือกใช้การขายพ่วงกับการประกอบธุรกิจแล้ว การขายพ่วงที่เกิดขึ้นนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าไม่ว่าจะเป็นในแง่ของการสนับสนุนการแข่งขัน ต่อต้านการแข่งขัน หรือแม้แต่ในบางกรณีอาจสร้างผลกระทบที่มีความคลุมเครือก็ตาม ซึ่งผลกระทบต่อการแข่งขันต่าง ๆ เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญอย่างยิ่งในการที่จะนำไปพิจารณาถึงเรื่องของการขายพ่วงกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าต่อไป เพราะจุดประสงค์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็คือการดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมนั่นเอง ดังนั้นจึงสามารถสรุปผลกระทบของการขายพ่วงได้ตามตารางดังต่อไปนี้

¹³⁵ Ibid., p. 16.

ตารางที่ 2 ตารางสรุปผลกระทบจากการขายพ่วง

ผลกระทบจากการขายพ่วง		
ผลกระทบอันเป็นการสนับสนุนการ แข่งขันทางการค้า และ เพิ่มความมีประสิทธิภาพ	ผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการ แข่งขันทางการค้า	ผลกระทบที่มีลักษณะที่คลุมเครือ
<ul style="list-style-type: none"> - การขายพ่วงเพื่อการปรับปรุงสินค้า - การขายพ่วงเพื่อลดต้นทุนในการผลิต - การขายพ่วงเพื่อลดค่าใช้จ่ายทางการตลาด - การขายพ่วงเพื่อปกป้องรักษาชื่อเสียงของบริษัท และคุณภาพของสินค้า - การขายพ่วงเพื่อลดความเสี่ยงในการเข้าสู่ตลาด 	<ul style="list-style-type: none"> - การใช้การขายพ่วงเพื่อขยายอำนาจตลาด - การใช้การขายพ่วงเพื่อเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด - การขายพ่วงเพื่อหลีกเลี่ยงการควบคุมราคา - การขายพ่วงเพื่อป้องกันการเข้าสู่ตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) - การขายพ่วงเพื่อสร้างให้เกิดตลาดผู้ขายน้อยราย - การขายพ่วงเพื่อกำจัดคู่แข่ง 	<ul style="list-style-type: none"> - การขายพ่วงในแง่ของการเลือกปฏิบัติทางราคาและการควบคุมขอบเขตของการใช้สินค้า - การขายพ่วงในฐานะเครื่องมือในการจัดปัญหาการค้าซ้ำซ้อน

2.2.3 ผลกระทบจากการขายพ่วงทางเทคนิค

การขายพ่วงทางเทคนิค ถึงแม้ว่าจะมีลักษณะพิเศษกว่าการขายพ่วงตามข้อสัญญาและมีลักษณะของการออกแบบให้สินค้าที่มีการพ่วงกันทำงานร่วมกันก็ตาม แต่การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นก็ยังคงเป็นการขายพ่วงรูปแบบหนึ่ง ดังนั้นผลกระทบจากการขายพ่วงทางเทคนิคจึงสามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าเช่นเดียวกับการขายพ่วงโดยทั่วไป เพียงแต่ว่าการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นอาจมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพิ่มเติมในเรื่องของประสิทธิภาพในการขายพ่วง และลักษณะของตลาดสินค้าทางเทคโนโลยีเป็นสำคัญ

จากผลกระทบของการขายพ่วงที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อน และจากนิยามของการขายพ่วงทางเทคนิคว่า การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) เป็นการขายพ่วงที่เกิดจากการออกแบบโดยวิธีการทางเทคนิคให้สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) เท่านั้น โดยสินค้าทั้งสองนั้นอาจแยกออกจากกันได้ทางกายภาพแต่สามารถทำงานได้อย่างเหมาะสมเมื่อใช้งานประกอบกัน หรือสินค้าทั้งสองนั้นอาจมีการรวมกัน (integrated) ในลักษณะที่ยากจะแยกสินค้านั้นออกจากกันได้ทางกายภาพ ดังนั้นด้วยลักษณะของการขายพ่วงทางเทคนิคในแง่ของการสนับสนุนการแข่งขันทางการค้าอาจพิจารณาได้ว่า การทำการขายพ่วงทางเทคนิคนี้ก่อให้เกิดการปรับปรุงสินค้าที่มีความแตกต่างจากสินค้าเดิมมากน้อยเพียงใด สามารถสร้าง

ประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นได้มากกว่าสินค้าที่ขายแบบแยกเดี่ยวหรือไม่ หรือการทำการขายพ่วงทางเทคนิคดังกล่าวก่อให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ หรือไม่ อีกทั้งอาจพิจารณาได้ว่าการขายพ่วงทางเทคนิคดังกล่าวอาจทำเพื่อควบคุมคุณภาพของสินค้า ควบคุมความปลอดภัย และการใช้งานสินค้าให้สามารถใช้งานได้อย่างเหมาะสม ทั้งนี้การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นก็อาจทำให้เกิดการลดต้นทุนในการทำการผลิต การวิจัยและพัฒนา หรือทำเพื่อลดความเสี่ยงในการเข้าสู่ตลาด เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การขายพ่วงทางเทคนิคก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำเพื่อขยายอำนาจตลาด สร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด หรือเพื่อทำการกำจัดคู่แข่ง เป็นต้น ซึ่งในทางทฤษฎีมีการพบว่า การขายพ่วงทางเทคนิคสามารถสร้างประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภคได้มากกว่าการสร้างผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ดังนั้นในการวิเคราะห์เรื่องของการขายพ่วงทางเทคนิคควรที่จะพิจารณาถึงประสิทธิภาพในหลายรูปแบบที่อาจเกิดขึ้นได้จากการขายพ่วงทางเทคนิคเช่นเดียวกับผลกระทบด้านการต่อต้านการแข่งขัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประสิทธิภาพทางด้านนวัตกรรมที่เกิดขึ้น¹³⁶ แต่ก็มีข้อพิจารณาด้วยว่า ธรรมชาติของการขายพ่วงทางเทคนิคจะมีการปกป้องผู้ขายจากการเข้าสู่ตลาดหลังการขาย (Aftermarket) ของบริษัทคู่แข่ง และทำให้ผู้ขายมั่นใจว่าได้รับประโยชน์จากการลงทุนพัฒนาเทคโนโลยีอย่างเต็มที่¹³⁷

ดังนั้น หากพิจารณาในแง่ของผลิตภัณฑ์หรือสินค้าต่าง ๆ สามารถเพิ่มคุณภาพเพิ่มประสิทธิภาพได้จากการขายพ่วงทางเทคนิคหรือการขายพ่วงทางเทคโนโลยี ก็อาจพิจารณาได้ว่าการขายพ่วงดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคมากกว่าที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ในขณะเดียวกัน การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นก็อาจทำให้เกิดผลในลักษณะที่ต่อต้านการแข่งขันได้เนื่องจากการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นสามารถทำให้เกิดผลกระทบเป็นการปิดตลาดหรือกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการแข่งขัน เป็นต้น ดังนั้นในการวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการขายพ่วงทางเทคนิคจึงจำเป็นต้องพิจารณาและชี้แจงน้ำหนักถึงความมีประสิทธิภาพที่อาจจะเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับผลกระทบที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเช่นกัน¹³⁸

การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นมีความเกี่ยวข้องกับตลาดสินค้าเกี่ยวกับเทคโนโลยีเป็นสำคัญ ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์หลายท่านเห็นว่าตลาดเทคโนโลยีที่มีความลื่นไหลนี้มีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการคือ มีการประหยัดต่อขนาดที่โดดเด่น มีลักษณะของความเป็นเครือข่าย มีแนวโน้มที่จะเกิดผลการติดอยู่ในการใช้งาน (lock-in effect) และมีความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่รวดเร็ว¹³⁹

¹³⁶ Daniel E. Gaynor, "Technological Tying," *Working Paper No.284 - FTC Bureau of Economics*: 22.

¹³⁷ *Ibid.*, 23.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review* 90, 3 (2002): 914.

การประหยัดต่อขนาดที่โดดเด่นนี้ปรากฏอยู่ในด้านของอุปทานในตลาดเทคโนโลยีขั้นสูงในหลาย ๆ ตลาด ในตลาดเทคโนโลยีส่วนใหญ่แล้วนั้นเกี่ยวข้องกับการใช้ความรู้อย่างเข้มข้นมากกว่าการใช้แรงงานแบบเข้มข้น ความรู้เหล่านี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้เกี่ยวกับการพัฒนาซอฟต์แวร์ ใบบโอเทคโนโลยี และสินค้าไฮเทคอื่น ๆ ถือได้ว่าเป็นต้นทุนที่สูงเมื่อผลิตสินค้า และเมื่อสินค้าถูกพัฒนาและผลิตขึ้นมาแล้วก็มักที่จะมีต้นทุนที่ต่ำในการผลิตซ้ำ นั่นหมายความว่าในอุตสาหกรรมเหล่านี้มีลักษณะที่มีต้นทุนคงที่สูงและมีต้นทุนในการผลิตต่อหน่วยที่เพิ่มขึ้นต่ำ ซึ่งจะทำให้ต้นทุนถัวเฉลี่ยนั้นลดลงเมื่อมีการผลิตที่มากขึ้น¹⁴⁰

ด้านความโดดเด่นทางด้านเครือข่าย เป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของของตลาดสินค้าเทคโนโลยี การก่อให้เกิดเครือข่ายนี้เกิดขึ้นเมื่อผู้บริโภคให้คุณค่าต่อการใช้สินค้าหรือบริการนั้นเพิ่มขึ้น เช่น ระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ที่ถ้าหากมีผู้ใช้บริการเพิ่มมากขึ้น ก็จะทำให้ผู้ใช้งานรายย่อยสามารถติดต่อกับผู้คนได้มากขึ้นและโปรแกรมที่ใช้งานสำหรับระบบนั้นก็จะมีเพิ่มมากขึ้น¹⁴¹

การเกิดผลการติดอยู่ในการใช้งาน (lock-in effect) เป็นคุณลักษณะอย่างหนึ่งในสินค้าไฮเทคบางอย่าง ซึ่งหมายความว่าเมื่อผู้บริโภคมีความคุ้นเคยกับการใช้งานสินค้าและมีความรู้ในการใช้งานสินค้านั้นแล้วก็จะมีความลังเลในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่น¹⁴² ตัวอย่างเช่นระบบปฏิบัติการ Windows และระบบปฏิบัติการ iOS ซึ่งมีลักษณะการใช้งานที่แตกต่างกัน เมื่อผู้บริโภคใช้งานระบบใดจนเกิดความเคยชินแล้วก็ยากที่จะเปลี่ยนไปใช้งานอีกระบบหนึ่ง เป็นต้น

นอกจากนี้ตลาดเทคโนโลยีนั้นมีความเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วมาก ซึ่งจะเห็นได้ชัดเจนในตลาดซอฟต์แวร์ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา¹⁴³

ลักษณะพิเศษของตลาดเทคโนโลยีดังที่ได้กล่าวมา และตลาดซอฟต์แวร์นั้นได้ช่วยสร้างให้นักเศรษฐศาสตร์มีมุมมองที่เหมาะสมในเรื่องของกฎหมายเกี่ยวกับการขายพ่วงในตลาดเหล่านี้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักเศรษฐศาสตร์บางท่านเห็นว่าแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์แบบดั้งเดิมเกี่ยวกับการขายพ่วงนั้นอาจนำมาปรับใช้กับตลาดซอฟต์แวร์ได้ไม่ตึงนัก เนื่องจากการพัฒนานวัตกรรมในตลาดเทคโนโลยีมีมากกว่าในตลาดสินค้าโดยทั่วไป ซึ่งจะส่งผลให้เป็นการยากที่จะตัดสินว่าการพ่วงกันเช่นนั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวหรือสองชนิด และการทำเช่นนั้นส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือไม่¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ibid., 914-915.

¹⁴¹ Ibid., 915.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid., 916.

ในอุตสาหกรรมที่มีความคงที่ สินค้าจะมีการเปลี่ยนแปลงอย่างช้า ๆ และลักษณะของสินค้านั้นก็ง่ายต่อการวิเคราะห์ แต่ในอุตสาหกรรมทางเทคโนโลยี สินค้ามีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและการพิจารณาสินค้านั้นเป็นการยากในการพิจารณาว่าการเสนอขายสินค้าในลักษณะนั้นเป็นการพ่วงกันของสินค้าสองชนิด หรือเป็นสินค้าชนิดเดียวที่มีการหลอมรวมกันแล้ว นอกจากนี้ด้วยต้นทุนในการผลิตต่อหน่วยที่เพิ่มขึ้น (Marginal cost) นั้นต่ำจนทำให้ผู้ประกอบการสามารถทำการพ่วงหรือรวมสินค้าเข้าด้วยกันในราคาที่ต่ำที่สุด ซึ่งในหลาย ๆ สถานการณ์การทำการพ่วงกันอาจก่อให้เกิดประสิทธิภาพ¹⁴⁵

นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการตั้งข้อสังเกตว่า ด้วยความเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีที่มีความรวดเร็วนั้นจะเป็นการห้ามไม่ให้มีการผูกขาดในระยะยาว เนื่องจากคู่แข่งนั้นหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องผลิตสินค้าที่มีความเหนือกว่าสินค้าที่มีอยู่ในปัจจุบัน อีกทั้งยังปรากฏความกังวลว่าหากมีการแทรกแซงจากทางรัฐบาลก็อาจทำให้เกิดการหยุดยั้งของการพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น¹⁴⁶

2.3 วิเคราะห์และสรุป

การขายพ่วงสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ลักษณะ คือการขายพ่วงทางข้อสัญญา (Contractual Tying) และการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ซึ่งมีสิ่งที่มีความแตกต่างกัน คือ การขายพ่วงทางข้อสัญญานั้นเกิดขึ้นโดยอาศัยความตกลงเป็นหลัก แต่การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นสามารถเกิดขึ้นได้โดยการที่ผู้ประกอบการนั้นกระทำการพ่วงสินค้าหนึ่งเข้ากับสินค้าอีกชนิดหนึ่งด้วยวิธีการทางเทคนิคหรือวิธีการทางเทคโนโลยีซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะปรากฏในรูปแบบของสินค้าที่มีการรวมกันในลักษณะที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นสินค้าชนิดเดียว ซึ่งเป็นการยากที่จะแยกสินค้านั้นออกจากกัน

อย่างไรก็ดี จากเหตุจูงใจและผลกระทบทางเศรษฐศาสตร์นั้นพบว่า การขายพ่วงนั้นไม่ว่าจะเป็นการขายพ่วงทางข้อสัญญาหรือการขายพ่วงทางเทคนิคสามารถก่อให้เกิดได้ทั้งผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า หรือส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าโดยต้องพิจารณาเรื่องความมีประสิทธิภาพเป็นส่วนประกอบ

สำหรับการขายพ่วงทางเทคนิคที่มักจะเกิดขึ้นบนตลาดเทคโนโลยีนั้น อาจกล่าวได้ว่าตลาดเทคโนโลยีมีลักษณะพิเศษมากกว่าตลาดสินค้าทั่วไปคือมีการประหยัดต่อขนาดที่โดดเด่น มีลักษณะของความเป็นเครือข่าย มีแนวโน้มที่จะเกิดผลการติดอยู่ในการใช้งาน (lock-in effect) และมีความ

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

เปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่รวดเร็ว ดังได้กล่าวไป ซึ่งสิ่งเหล่านี้ก็จะเป็นปัจจัยที่ต้องมาพิจารณาว่าการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นจะส่งผลเช่นไรต่อการแข่งขันทางการค้า

ถึงกระนั้น การขายพ่วงทางเทคนิคก็มีสิ่งที่ต้องพิจารณาอย่างยิ่งคือ โดยธรรมชาติของการขายพ่วงทางเทคนิคนั้น จะมีลักษณะของการปกป้องผู้ขายจากการเข้าสู่ตลาดหลังการขาย (Aftermarket) ของบริษัทคู่แข่ง และทำให้ผู้ขายมั่นใจว่าได้รับประโยชน์จากการลงทุนพัฒนาเทคโนโลยีอย่างเต็มที่ อันเป็นลักษณะของการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า แต่การขายพ่วงทางเทคนิคเช่นว่านั้น อาจทำให้เกิดการความมีประสิทธิภาพและการพัฒนาของนวัตกรรมและเทคโนโลยีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / recv: 30072562 22:15:01 / seq: 14

บทที่ 3 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกับการขายพ่วงทางเทคนิค

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีบทบัญญัติหลักอยู่ 2 มาตรา คือมาตรา 101 (มาตรา 81 เดิม) ซึ่งเป็นเรื่องของความตกลงร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ (Agreement between undertaking) และ มาตรา 102 (มาตรา 82 เดิม) ซึ่งเป็นเรื่องของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีชอบ

บทกฎหมายทั้ง 2 มาตรานี้ต่างก็ห้ามการบังคับการขายพ่วง (Tying) เห็นได้จากในทั้งอนุมาตราของสองมาตรานั้นได้ห้ามการสร้างผลของสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายอื่นต้องยอมรับไปซึ่งพันธะสัญญาอื่น ที่โดยธรรมชาติหรือทางธรรมดาในทางการค้าไม่จำเป็นต้องรับไปซึ่งสัญญาเช่นนั้น “(*the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*)”¹ ซึ่งภายใต้อนุมาตรานี้สามารถตีความความหมายโดยตรงได้ถึงกรณีการขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual tying)²

อย่างไรก็ตาม ศาลชั้นต้น (The court of first instance-CFI) ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป (European Court of Justice-ECJ) และคณะกรรมการยุโรป (European Commission) ไม่ได้จำกัดการใช้กฎหมายกับการขายพ่วงเพียงแค่การตีความตามมาตรา 101 อนุ (e) และ มาตรา 102 อนุ (d) เท่านั้น แต่ได้มีการปรับใช้ มาตรา 102 อย่างกว้างขวางกับการขายพ่วงในลักษณะอื่นด้วย³ ดังนั้นในบทนี้จะกล่าวถึงทั้งมาตรา 101 และมาตรา 102 รวมถึงกฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง โดยจะเน้นไปที่มาตรา 102 และการขายพ่วงทางเทคนิคเป็นหลัก ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

3.1 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 101

3.1.1 หลักกฎหมายในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 101

บทบัญญัติมาตรา 101 นี้มุ่งควบคุมการกระทำที่เป็นการจำกัดการแข่งขันในลักษณะของการกระทำร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในแนวดิ่งหรือแนวนอน

มาตรา 101(1) ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ต้องห้ามตามกฎหมายไว้ว่า ความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์กันในแนวราบหรือแนวดิ่ง ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในลักษณะของความตกลงระหว่างกัน การตัดสินใจของสมาคม หรือการปฏิบัติร่วมกัน หากมี

¹ กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 101 อนุ (e) และ มาตรา 102 อนุ (d)

² Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," p. 89.

³ Ibid.

วัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการขัดขวาง จำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดภายในและทำให้เกิดผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก⁴

หากการกระทำนั้นเข้าเงื่อนไขตามที่ปรากฏในมาตรา 101(3) ก็ไม่จำเป็นต้องนำมาตรา 101(1)มาใช้บังคับ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่เข้าตามมาตร 101(1) และไม่ได้เข้าข้อยกเว้นจากมาตรา 101(3) แล้ว ความตกลงหรือการตัดสินใจใด ๆ ที่ต้องห้ามตามมาตรา 101 นี้ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 101(2)⁵

การกระทำที่เป็นการขายพ่วงนั้นจะตกอยู่ภายใต้มาตรา 101(1)(e) ซึ่งมีหลักอยู่ว่า “การทำสัญญาใด ๆ ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับไปซึ่งพันธะสัญญาอื่น ๆ ซึ่งโดยธรรมชาติหรือตามธรรมดาในทางการค้าไม่จำเป็นต้องรับไปซึ่งพันธะนั้น” ดังนั้น การขายพ่วงโดยปกติที่มีลักษณะของการทำสัญญาที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ต้องการสินค้าหรือบริการที่มีการพ่วง (Tying Product)

⁴ Article 101 (ex Article 81 TEC)

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

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;

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

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

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

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

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

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

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

⁵ Article 101 (ex Article 81 TEC)

ต้องรับเอาไปซึ่งสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ไปด้วยโดยที่ทางธรรมชาติหรือทางธรรมดาทางการค้าไม่ต้องรับไปก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 101(1)(e) นี้

อย่างไรก็ดี ตามบทบัญญัติของมาตรา 101(1)(e) ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นกรณีของการทำสัญญา โดยใช้คำว่า “*make the conclusion of contracts*” ซึ่งเป็นกรณีของการขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual tying) แต่เมื่อพิจารณาถึงการขายพ่วงทางเทคนิค ที่ไม่ได้ใช้วิธีการทางสัญญา แต่ใช้วิธีการทางเทคนิคก็จะไม่เข้าข่ายตามบทบัญญัติมาตรานี้

ถึงแม้ว่าการขายพ่วงทางเทคนิคจะไม่เข้าข่ายกรณีตัวอย่างที่ระบุไว้ในมาตรา 101(1)(e) ก็ตาม แต่มาตรา 101(1) ได้ระบุอนุ (a)-(e) ไว้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น เนื่องจากตามมาตรา 101(1) ตอนท้ายได้ระบุว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณี... “and in particular those which...” แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 101(1) นั้นมีจุดประสงค์ในการที่ควบคุมข้อตกลง (all agreements) ทุกชนิดที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน ข้อตกลงมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการขัดขวาง จำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาดภายใน เมื่อการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากการทำข้อตกลง ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 101 นี้

3.1.2 Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้ใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดเป็นข้อยกเว้นสำหรับความตกลงบางประการที่หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว จะถือว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 101(1) จะไม่นำไปใช้กับความตกลงนั้น ซึ่งเรียกบทบัญญัตินี้ได้ว่า “Block Exemption” ซึ่ง Block Exemption ที่นำมาใช้บังคับกับข้อตกลงในแนวตั้งปัจจุบันคือ Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

3.1.3 European Commission Guidelines on Vertical Restraints

การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้มีการกำหนด Block Exemption ขึ้นมานั้น ก็ได้มีการจัดทำแนวปฏิบัติในการนำมาตรา 101(1) และ Block Exemption มาปรับใช้โดยมี

รายละเอียดที่มากขึ้น ในแนวปฏิบัติฉบับนี้ได้ปรากฏเรื่องของการขายพ่วงอยู่ในหัวข้อ 2.9 การขายพ่วง (Tying) พารากราฟที่ 214⁶ - 222

แนวปฏิบัติฉบับนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่เห็นว่าการสร้างข้อจำกัดในแนวตั้งนี้อาจเกิดปัญหาในการแข่งขันทางการค้าได้หากปรากฏอำนาจตลาดที่มากพอในระดับหนึ่ง⁷ แต่หากผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีอำนาจตลาด คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าถือว่าผู้ประกอบการที่กระทำการสร้างข้อจำกัดในแนวตั้งมาใช้เพียงเพื่อเพิ่มกำไรและทำให้กระบวนการจัดจำหน่ายดีขึ้นเท่านั้น⁸

เรื่องของการขายพ่วงได้ปรากฏอยู่ในพารากราฟที่ 214 โดยกล่าวว่า การขายพ่วงหมายถึงสถานการณ์ที่ซื้อสินค้าหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง Tying Product) จะต้องซื้อสินค้าอื่น (สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง Tied-product) จากผู้จำหน่ายสินค้านั้นรายเดียวกันหรือจากผู้อื่นที่กำหนดไว้โดยผู้จำหน่ายสินค้า และได้กล่าวไว้อีกว่าการขายพ่วงนั้นอาจตกอยู่ภายใต้การกระทำที่ไม่ชอบ (abuse) ในมาตรา 102 หรืออยู่ภายใต้การจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งในมาตรา 101 ก็ได้⁹

3.2 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 102

มาตรา 102 นี้เป็นมาตราที่มีขึ้นเพื่อปรับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด โดยมีจุดมุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มีชอบ

ดังนั้นประเด็นที่ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่จึงเป็นหลักสำคัญประการแรกในการพิจารณาว่ากรณีเข้าเกณฑ์ตามมาตรา 102 หรือไม่¹⁰ และหลักสำคัญถัดไปก็คือต้องเกิดการใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ (abuse) เกิดขึ้น

⁶ Guidelines on Vertical Restraints, paragraph 214 : Tying refers to situations where customers that purchase one product (the tying product) are required also to purchase another distinct product (the tied product) from the same supplier or someone designated by the latter. Tying may constitute an abuse within the meaning of Article 102 (2). Tying may also constitute a vertical restraint falling under Article 101 where it results in a single branding type of obligation (see paragraphs (129) to (150)) for the tied product. Only the latter situation is dealt with in these Guidelines.

⁷ Guideline on Vertical Restraints. Paras 6

⁸ Guideline on Vertical Restraints. Paras 106

⁹ Guideline on Vertical Restraints. Paras 214

¹⁰ Alison Jones and Brenda Sufrin, *Eu Competition Law - Text, Cases, and Materials*, p. 283.



3.2.1 หลักกฎหมายในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 102¹¹

องค์ประกอบสำคัญของมาตรา 102 นี้ก็คือการมีอำนาจเหนือตลาด (Dominance) และ การใช้อำนาจในทางที่มิชอบ (Abuse) ซึ่งในมาตรา 102 เองก็ไม่ได้ให้ความหมายขององค์ประกอบทั้งสองไว้อย่างชัดเจนนัก ดังนั้นแนวคำพิพากษาจึงมีบทบาทสำคัญในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในมาตรา 102¹²

3.2.1.1 ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (Dominance)

เนื่องจากจุดประสงค์ของมาตรา 102 นี้คือต้องการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ ดังนั้นเงื่อนไขแรกที่จะทำให้พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจผิดตามมาตรา 102 นี้คือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเสียก่อน ซึ่งแนวทางตามกฎหมายของสหภาพยุโรปไม่ได้มีการวางบทนิยามของผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้แต่อย่างใด ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายนั้นจำเป็นจะต้องอาศัยการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์ร่วมด้วย ทั้งนี้ต้องมีการหาขอบเขตตลาดด้วย

3.2.1.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ (Abuse of Dominant Position)

หลักสำคัญของมาตรา 102 อีกประการหนึ่งคือต้องการป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ (abuse) ซึ่งมาตรา 102 เป็นมาตราที่มีการบัญญัติไว้อย่างกว้าง สืบไปได้จาก

¹¹ Guidelines on Vertical Restraints, paragraph 214 : Tying refers to situations where customers that purchase one product (the tying product) are required also to purchase another distinct product (the tied product) from the same supplier or someone designated by the latter. Tying may constitute an abuse within the meaning of Article 102 (2). Tying may also constitute a vertical restraint falling under Article 101 where it results in a single branding type of obligation (see paragraphs (129) to (150)) for the tied product. Only the latter situation is dealt with in these Guidelines.

¹¹ Article 102 Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

¹² Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights." P.91

บทบัญญัติมาตรา 102 ที่ใช้คำว่า “such abuse may, in particular, consist in : (a),(b),(c),(d)...” ซึ่งแปลความได้ว่า การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้รวมถึง กรณี (a),(b),(c),(d)... ดังนั้นบทบัญญัตินี้จึงสามารถที่จะครอบคลุมไปถึงการกระทำใด ๆ ที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่นอกเหนือตัวอย่างที่มีขึ้นในมาตรา 102

จากมาตรา 102 สามารถพิจารณาได้ว่า การกระทำในลักษณะของการขายพ่วงนั้นตกอยู่ในกรณีตัวอย่างที่ปรากฏในมาตรา 102 (d) ซึ่งสามารถแปลความได้ว่า

“มาตรา 102 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบโดยผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียวหรือหลายราย เกิดขึ้นภายในตลาดของรัฐสมาชิกหรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญอยู่ในรัฐสมาชิก การกระทำนั้นเป็นการต้องห้ามในฐานะที่ขัดต่อตลาดภายในตราบเท่าที่การกระทำดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

การกระทำโดยไม่ชอบดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้รวมถึง...

(d) การทำสัญญาใด ๆ ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับไปซึ่งพันธะอื่นเพิ่มเติม ซึ่งตามธรรมชาติหรือโดยประเพณีทางการค้าไม่มีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของสัญญา (subject of such contracts)”

จากใจความของมาตรา 102 (d) แสดงให้เห็นถึงการต้องรับหน้าที่เพิ่มเติมผ่านทางสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการที่เป็นการทำสัญญาให้คู่สัญญาที่ต้องการสินค้าที่มีการพ่วง (tying) ต้องรับสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied product) ไปด้วย โดยที่ทั้งสองสิ่งนี้ไม่ได้มีความสัมพันธ์กัน ดังนั้นจะเห็นว่าจากตัวอย่างในมาตรา 102(d) ได้สะท้อนถึงการขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual tying) อย่างชัดเจน

แต่อย่างไรก็ดี หากกรณีเป็นเรื่องของการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical tying) ก็สามารถที่จะนำมาตรา 102 นี้ไปปรับใช้ได้ผ่านการตีความคำว่า “Abuse of Dominant Position” หรือการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ

3.2.2 Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings

ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป มาตรา 102 (Article 102 TFEU เดิมคือ Article 82 EC) ในปัจจุบัน ได้มีแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับการขายพ่วงที่ออกตามความในมาตรานี้ ซึ่งเอกสารอ้างอิงของมาตรา 82 เดิมเป็นที่เข้าใจว่าใช้อ้างอิงกับมาตรา 102 ในปัจจุบันด้วย¹³

¹³ "Guidance - Abuse of Dominant Position (Article 102 TfeU)," [Online]. Available from: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/>

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการอธิบายถึงการขายพ่วงไว้ในแนวปฏิบัติฉบับนี้ พารากราฟที่ 47 – 62 ว่า โดยมีหลักว่า การขายพ่วงเป็นวิธีในทางปฏิบัติโดยทั่วไปที่มุ่งให้ลูกค้าได้รับสินค้าที่ดีขึ้น หรือเสนอขายสินค้าในราคาต้นทุนที่ลดลง แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำเช่นนี้โดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดสินค้าที่มีการพ่วงอาจส่งผลเสียต่อผู้บริโภคได้หากการขายพ่วงเช่นนั้นเป็นการขัดขวางคู่แข่งอื่นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมของตลาดการขายพ่วง¹⁴ ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะดำเนินการภายใต้มาตรา 82 (มาตรา 102 ในปัจจุบัน) เมื่อผู้ประกอบการอยู่ในสถานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดสินค้าที่มีการขายพ่วงและกรณีเป็นไปตามเงื่อนไข 2 ประการ ประการแรกสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงเป็นสินค้าที่แยกออกจากกัน ประการที่สองการกระทำการขายพ่วงเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่การต่อต้านการแข่งขันอันเป็นการปิดตลาด¹⁵

ในแนวทางปฏิบัติฉบับนี้ได้มีการกล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ไว้ด้วย โดยเป็นการให้ความหมายไว้ในพารากราฟที่ 48 ว่า การขายพ่วง (Tying) มักใช้อ้างถึงสถานการณ์ที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง Tying Product) ต้องซื้อสินค้าอื่น (สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง Tied Product) จากผู้มีอำนาจเหนือตลาด การขายพ่วงนั้นอาจอยู่บนพื้นฐานของเรื่องทางเทคนิค (Technical) หรือทางสัญญา (Contractual) ก็ได้¹⁶ และได้ขยายความถึงการขายพ่วงที่อยู่บนพื้นฐานของเรื่องทางเทคนิคไว้ในเชิงอรรถว่า การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) เกิดขึ้นเมื่อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ถูกออกแบบในลักษณะที่ทำงานได้อย่างเหมาะสมเฉพาะกับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ซึ่งไม่ใช่สินค้าที่เป็นทางเลือกอื่น ๆ ที่เกิดจากคู่แข่ง¹⁷

¹⁴ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 49 - Tying and bundling are common practices intended to provide customers with better products or offerings in more cost effective ways. However, an undertaking which is dominant in one product market (or more) of a tie or bundle (referred to as the tying market) can harm consumers through tying or bundling by foreclosing the market for the other products that are part of the tie or bundle (referred to as the tied market) and, indirectly, the tying market.

¹⁵ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 50 -The Commission will normally take action under Article 82 where an undertaking is dominant in the tying market and where, in addition, the following conditions are fulfilled: (i) the tying and tied products are distinct products, and (ii) the tying practice is likely to lead to anti-competitive foreclosure.

¹⁶ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 48 - 'Tying' usually refers to situations where customers that purchase one product (the tying product) are required also to purchase another product from the dominant undertaking (the tied product). Tying can take place on a technical or contractual basis

¹⁷ Technical tying occurs when the tying product is designed in such a way that it only works properly with the tied product (and not with the alternatives offered by competitors)



นอกจากนี้ยังได้มีการกล่าวถึงการแยกสินค้าออกจากกัน (Distinct Product) ในพารากราฟที่ 51 ว่า สินค้าจะถูกพิจารณาถึงการแยกออกจากกันโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยความต้องการของผู้บริโภค สินค้าสองชนิดนั้นแยกออกจากกัน หากเมื่อไม่มีการขายพ่วงหรือการขายพ่วงแบบบังคับแล้ว มีผู้บริโภคจำนวนมากที่จะซื้อหรือซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) โดยปราศจากการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) จากผู้ผลิตรายเดียวกัน และด้วยเหตุนี้แสดงให้เห็นว่าสินค้านั้นทั้งสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงเป็นสินค้าที่อยู่ได้ด้วยตัวเอง (Stand-alone product) หลักฐานที่ว่าสินค้าทั้งสองนั้นแยกออกจากกันรวมถึง หลักฐานโดยตรงที่ว่า การให้ทางเลือกแก่ผู้บริโภคในการซื้อสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงแยกออกจากกันจากแหล่งผู้ผลิตอื่น หรือหลักฐานโดยอ้อม เช่นการดำรงอยู่ในตลาดของผู้ประกอบการที่ทำการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) เพียงอย่างเดียวโดยปราศจากสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) หรือหลักฐานที่ระบุว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดน้อยในตลาด โดยเฉพาะในตลาดที่มีการแข่งขันมีแนวโน้มที่จะไม่ทำการพ่วงหรือไม่ทำการขายเป็นแพ็คเกจในสินค้าเช่นนั้น¹⁸

นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า ยังได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติในการพิจารณาการขายพ่วงที่จะส่งผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าไว้ในพารากราฟที่ 52 -58 ซึ่งแนวปฏิบัติที่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาการขายพ่วงทางเทคนิคมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

พารากราฟที่ 52 ได้วางหลักไว้ว่า การขายพ่วงหรือการขายพ่วงแบบบังคับนี้อาจนำไปสู่ผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ ตามพารากราฟ 20 มาประกอบกัน (พารากราฟ 20 กล่าวถึงการพิจารณาหลักฐานที่รับฟังได้ในการพิจารณาการละเมิด มาตรา 82 เดิม หรือมาตรา 102 ในปัจจุบัน โดยพิจารณาปัจจัยต่างทั้งในแง่ของ สถานะของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เงื่อนไขและขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง สถานะของคู่แข่งของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด สถานะของลูกค้าหรือผู้จัดจำหน่าย ขอบเขตของการกระทำที่เป็นการละเมิด หลักฐานของความเป็นไปได้ที่จะทำให้เกิดการปิดตลาดเกิดขึ้นจริง และ หลักฐาน

¹⁸ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 51 - Whether the products will be considered by the Commission to be distinct depends on customer demand. Two products are distinct if, in the absence of tying or bundling, a substantial number of customers would purchase or would have purchased the tying product without also buying the tied product from the same supplier, thereby allowing stand-alone production for both the tying and the tied product (36). Evidence that two products are distinct could include direct evidence that, when given a choice, customers purchase the tying and the tied products separately from different sources of supply, or indirect evidence, such as the presence on the market of undertakings specialized in the manufacture or sale of the tied product without the tying product (37) or of each of the products bundled by the dominant undertaking, or evidence indicating that undertakings with little market power, particularly in competitive markets, tend not to tie or not to bundle such products.

เกี่ยวกับกลยุทธ์ในการกีดกันคู่แข่งออกจากตลาด) โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ในการพิจารณาปรับใช้กับคดีว่ากรณีดังกล่าวเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าหรือไม่¹⁹

พารากราฟ 53 วางหลักไว้ว่า หากผู้ประกอบการนำกลยุทธ์การขายพ่วงมาใช้นั้นมีลักษณะที่ยาวนาน (lasting one) เช่นการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ก็จะทำให้ผลกระทบต่ออันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าในลักษณะของการกีดกันนั้นมากขึ้น²⁰

พารากราฟที่ 58 วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่สินค้าที่มีการขายพ่วงเป็นสินค้าที่มีความสอดคล้องกันหรือเข้ากัน (An important complementary product) อย่างมีนัยยะสำคัญ การลดลงของผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง และการลดลงของความสามารถในการหาสินค้านั้นสามารถทำให้การเข้าสู่ตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Market) ยากยิ่งขึ้น²¹

นอกจากนี้ แนวปฏิบัติฉบับนี้ยังกล่าวถึงเรื่องประสิทธิภาพไว้ในพารากราฟที่ 62 ว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะต้องพิจารณาเหตุผลของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดว่าการกระทำการขายพ่วงนั้นสามารถนำไปสู่การลดลงของค่าใช้จ่ายในการผลิตหรือจัดจำหน่ายซึ่งเป็นประโยชน์ต่อลูกค้า รวมทั้งการขายพ่วงทำให้เกิดการลดต้นทุนในการทำธุรกรรมสำหรับลูกค้าสามารถทำให้เกิดการประหยัดในการบรรจุภัณฑ์ และลดค่าใช้จ่ายในการจัดจำหน่ายได้หรือไม่ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาด้วยว่าการรวมสินค้า 2 ชิ้นที่แยกออกจากกัน (Two independent

¹⁹ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 52 - Tying or bundling may lead to anti-competitive effects in the tied market, the tying market, or both at the same time. However, even when the aim of the tying or bundling is to protect the dominant undertaking's position in the tying market, this is done indirectly through foreclosing the tied market. In addition to the factors already mentioned in paragraph 20 , the Commission considers that the following factors are generally of particular importance for identifying cases of likely or actual anti-competitive foreclosure.

²⁰ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 53 - The risk of anti-competitive foreclosure is expected to be greater where the dominant undertaking makes its tying or bundling strategy a lasting one, for example through technical tying which is costly to reverse. Technical tying also reduces the opportunities for resale of individual components.

²¹ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 58 - If the tied product is an important complementary product for customers of the tying product, a reduction of alternative suppliers of the tied product and hence a reduced availability of that product can make entry to the tying market alone more difficult.

products) เป็นสินค้าใหม่สินค้าเดียว (single product) หรือไม่ รวมถึงเรื่องการเพิ่มคุณภาพของสินค้านั้นและผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นผู้บริโภค²²

3.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค

3.3.1 คดี Hilti AG v. Commission (1991)²³

บริษัท Hilti Aktiengesellschaft เป็นบริษัทที่ผลิตปืนยิงตะปูระบบ PAFS (Powder-actuated fastening system) แถบกระสุนยิงตะปู (Cartridge strips) และตะปูที่ใหญ่ที่สุดในยุโรปมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่ลิกเตนสไตน์ (Liechtenstein) เป็นสถานที่ผลิตหลัก นอกจากนั้นก็ยังมีโรงงานอยู่ในประเทศอังกฤษ และประเทศอื่น ๆ ในยุโรปอีกด้วย

บริษัท Hilti นั้นมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าปืนยิงตะปูระบบ PAFS ซึ่งทางบริษัทได้มีสิทธิบัตรในปืนยิงตะปูระบบ (PAFS) และแถบกระสุนยิงตะปู โดยปืนยิงตะปูระบบ PAFS เป็นเทคโนโลยีของบริษัท Hilti ที่ทำให้ตะปูที่ยิงออกมามีความเร็ว ถูกต้อง แม่นยำ ซึ่งตัวปืนนั้นต้องใช้คู่กันกับแถบกระสุนยิงตะปูและตะปู

ระบบปืนยิงตะปูนี้ทำงานอยู่บนหลักการเดียวกับปืน กล่าวคือการระเบิดของกระสุนจะขับเคลื่อนตะปูด้วยแรงจลน์มหาศาลและแม่นยำให้เข้าไปในตำแหน่งที่ผู้ใช้งานต้องการ อย่างไรก็ตาม ตัวตะปูและกระสุนที่อยู่ในแถบกระสุนยิงตะปูนั้นแยกออกจากกันโดยสิ้นเชิง

เดิมที่ระบบปืนยิงตะปู ตะปูนั้นจะถูกขับเคลื่อนโดยตรงจากการระเบิดของกระสุนซึ่งผลจากการยิงนั้นจะมีความเร็วสูงมาก แต่ต่อมาปืนยิงตะปูส่วนใหญ่รวมถึงของบริษัท Hilti ได้ทำงานอยู่บนพื้นฐานความปลอดภัยโดยระบบลูกสูบซึ่งการจุดระเบิดของกระสุนจะขับเคลื่อนลูกสูบในการยิงตะปูออกไป

วัสดุที่ต้องการยิงตะปูเข้าไปในนั้นอาจมีความแตกต่างกัน ซึ่งในบางพื้นผิวก็จะต้องใช้ตะปูที่มีความจำเพาะ ซึ่งตะปูเหล่านั้นถูกผลิตมาโดยเฉพาะสำหรับใช้กับปืนยิงตะปูและไม่สามารถนำตะปูธรรมดามาใช้ได้ ความแข็งแรงของตะปูและลักษณะของปลายตะปูจะต้อง

²² Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings , Paragraph 62- Provided that the conditions set out in Section III D are fulfilled, the Commission will look into claims by dominant undertakings that their tying and bundling practices may lead to savings in production or distribution that would benefit customers. The Commission may also consider whether such practices reduce transaction costs for customers, who would otherwise be forced to buy the components separately, and enable substantial savings on packaging and distribution costs for suppliers. It may also examine whether combining two independent products into a new, single product might enhance the ability to bring such a product to the market to the benefit of consumers. The Commission may also consider whether tying and bundling practices allow the supplier to pass on efficiencies arising from its production or purchase of large quantities of the tied product.

²³ "T-30/89 Hilti Ag V. Commission," (1991).

เหมาะสมที่ทำให้แน่ใจได้ว่าสามารถเข้ากับความเร็วในการยิงตะปูและการเจาะทะลุได้ และโดยเหตุผลทางเทคนิคนั้น ตะปูไม่สามารถทำจากสแตนเลส เนื่องจากเหตุผลทางด้านประสิทธิภาพในการป้องกันการกัดกร่อนของตะปู ตะปูนั้นจะต้องถูกเคลือบด้วยสังกะสี (Zinc)

บริษัท Hilti เคยมีสิทธิบัตรในตะปูภายในรัฐสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) ยกเว้นในประเทศเดนมาร์ก และได้หมดอายุลงแล้วในปี 1988 ส่วนกระสุนที่ใช้ในการยิงตะปูแบบแยกเดี่ยวนั้นไม่ได้มีการจดสิทธิบัตร แต่มีการจดสิทธิบัตรสำหรับแถบกระสุนยิงตะปูที่ใช้สำหรับปืนยิงตะปูกึ่งอัตโนมัติ

ความปรากฏว่าตะปูที่ใช้กับปืนยิงตะปูนั้นไม่ได้ผลิตมาจากบริษัท Hilti เพียงบริษัทเดียว แต่ผลิตมาจากบริษัทอิสระอื่น ๆ อีกหลายบริษัทด้วย ซึ่งบริษัทเหล่านี้เห็นว่าการกระทำของบริษัท Hilti เป็นการกระทำที่ทำให้แน่ใจว่าลูกค้าที่ซื้อปืนยิงตะปูไปจะต้องซื้อตะปูจากบริษัท Hilti เท่านั้น

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ตัดสินว่า บริษัท Hilti ได้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในการพยายามจำกัดหรือป้องกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตตะปูอิสระ ทั้งนี้ วิธีการที่บริษัท Hilti พยายามทำให้แน่ใจว่าแถบกระสุนยิงตะปูที่มีสิทธิบัตรนั้นไม่ได้มีการซื้อขายอย่างอิสระมีดังต่อไปนี้

- ทำการขายฟ่วงตะปูเข้ากับการขายแถบกระสุนยิงตะปู
- ใช้วิธีการลดการให้ส่วนลดและใช้นโยบายการกีดกันอื่น ๆ เมื่อแถบกระสุนยิงตะปูไม่ได้ถูกซื้อไปพร้อมกับตะปู
- โน้มน้าวตัวแทนจำหน่ายอิสระไม่ให้ทำการส่งออกสินค้าไปยังต่างประเทศ
- ปฏิเสธคำสั่งซื้อแถบกระสุนยิงตะปูจากลูกค้าหรือตัวแทนจำหน่ายที่อาจนำสินค้าไปขายต่อ
- ทำการขัดขวางหรือทำให้กระบวนการทางกฎหมายในการขอสิทธิบัตรแถบกระสุนยิงตะปูล่าช้า

- ทำการปฏิเสธไม่รับประกันคุณภาพของสินค้าหากใช้ตะปูของบริษัทอื่น

- ทำการเลือกปฏิบัติและให้นโยบายกีดกันต่อทั้งบริษัทคู่แข่งและลูกค้าของคู่แข่ง

อย่างไรก็ดี บริษัท Hilti ได้โต้แย้งต่อศาลชั้นต้นในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจตลาด โดยไม่ได้โต้แย้งในประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) แต่โต้แย้งในประเด็นที่ว่า ตะปูนั้นเป็นวัสดุที่ใช้แล้วหมดไปและเป็นวัสดุที่ไม่มีประโยชน์หากปราศจากปืนยิงตะปูของตน ซึ่งปืนของตนนั้นเป็นระบบ FAPS อันอยู่ในตลาดที่มีการแข่งขันเช่นเดียวกันกับบริษัทที่ขายปืนยิงตะปูเร็วบริษัทอื่น และปืนยิงตะปู แถบ



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

กระสุนยิงตะปู และตะปูถือว่าเป็นผลิตภัณฑ์ที่เป็นตลาดเดียว การกระทำการขายพ่วงดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่ไม่ชอบ แต่ศาลชั้นต้น (General Court) และ ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป (CJEU) ไม่เห็นด้วย

ศาลมองว่าปืนยิงตะปู แแถบกระสุนยิงตะปู และตะปุนั้นถือได้ว่าเป็นตลาด 3 ตลาด แยกออกจากกัน โดยบริษัท Hilti ได้มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าทั้ง 3 ตลาด และบริษัท Hilti ได้กระทำการผิดต่อมาตรา 86 (มาตราเดิมของมาตรา 102 ในปัจจุบัน) โดยพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการทำเพื่อขายพ่วงตะปูไปกับแถบกระสุนยิงตะปู อีกทั้งยังป้องกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตตะปูรายอื่น

นอกจากนี้ บริษัท Hilti ได้มีการอ้างว่าการกระทำของบริษัทเป็นเพื่อความปลอดภัยว่าปืนยิงตะปู ตลับตะปูและตะปูจะต้องใช้ของ Hilti เท่านั้นถึงจะได้มาตรฐาน แต่อย่างไรก็ดี บริษัท Hilti เองไม่เคยได้มีการแจ้งถึงมาตรฐานความปลอดภัยในเรื่องดังกล่าวแก่หน่วยงานมาตราการค้าของสหราชอาณาจักรหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือแม้กับผู้บริโภคว่า จะต้องใช้ตะปูจากบริษัทของ Hilti เท่านั้น ไม่เช่นนั้นจะมีปัญหาเรื่องความปลอดภัยได้

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น และเห็นว่าข้ออ้างเรื่องความปลอดภัยของบริษัท Hilti นั้นฟังไม่ขึ้น

ข้อสังเกต ในคดีนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลได้นำมาตรา 86 (มาตรา 102 ในปัจจุบัน) มาปรับใช้ โดยการปรับใช้ในคดีนี้เป็นการใช้สำหรับการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงแค่การขายพ่วงสินค้าตามสัญญาซึ่งจะปรับใช้กับอนุมาตรา (d) เท่านั้น แต่ยังเป็นกรกระทำอื่น ๆ ที่เป็นการกระทำโดยมิชอบในฐานะผู้มีอำนาจเหนือตลาด ศาลจึงได้ทำการปรับใช้มาตรา 86 เป็นการทั่วไปโดยไม่ได้อ่านอนุมาตรา

อย่างไรก็ดี ในแง่ของการขายพ่วงทางเทคนิค ผู้เขียนมีความเห็นว่า ปืนยิงตะปู และแถบกระสุนยิงตะปูซึ่งสินค้าทั้งสองต่างมีสิทธิบัตรนั้นถูกออกแบบให้มีการทำงานร่วมกันอย่างเหมาะสม ซึ่งเข้ากับลักษณะของนิยามของการขายพ่วงทางเทคนิคที่สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ในที่นี้ก็คือปืนยิงตะปู ถูกออกแบบให้ทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ซึ่งในที่นี้ก็คือแถบกระสุนยิงตะปูเท่านั้น แต่คดีดังกล่าวไม่ได้มีการพิจารณาถึงประเด็นนี้ โดยมีเพียงการพิจารณาถึงการขายพ่วงแถบกระสุนยิงตะปูเข้ากับตะปูเท่านั้น อีกทั้งพฤติกรรมอื่น ๆ ของบริษัท Hilti ก็มีเพียงพอดต่อการตัดสินว่าได้มีพฤติกรรมที่ไม่ชอบในฐานะผู้มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว



109548261

3.3.2 คดี Tetra Pak International SA v. Commission (1996)²⁴

บริษัท Tetra Pak International SA เป็นบริษัทที่มีสำนักงานใหญ่จดทะเบียนอยู่ที่ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และมีบริษัทเครือข่ายในระดับสากล ซึ่งบริษัท Tetra Pak กรุ๊ป มีความเชี่ยวชาญในเครื่องมือบรรจุผลิตภัณฑ์อาหารที่เป็นของเหลวหรือกึ่งของเหลวลงกล่องซึ่งอาหารเหลวนี้นั้นส่วนใหญ่จะเป็นนม และกิจการของบริษัทที่มีความครอบคลุมถึงทั้งส่วนแพ็คเกจที่มีการฆ่าเชื้อและไม่มีการฆ่าเชื้อ และผลิตกล่องบรรจุภัณฑ์และเครื่องบรรจุของใส่บรรจุภัณฑ์

มีข้อสังเกตว่า ในการบรรจุนมลงกล่องเพื่อขายนั้น จะอยู่ในรูปแบบของนมพาสเจอร์ไรส์ หรือ นมที่ผ่านความร้อนสูง (Ultra-high temperature) ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการฆ่าเชื้อซึ่งจะทำให้สามารถเก็บรักษานมโดยไม่ต้องแช่ตู้เย็นได้เป็นระยะเวลาหลายเดือนซึ่งจะเรียกนมนี้ว่า นม UHT และในกระบวนการการฆ่าเชื้อนี้ Tetra Pak ได้เรียกระบบนี้ว่าระบบ Tetra Brik ซึ่งออกแบบมาเพื่อการบรรจุนม UHT โดยเฉพาะ ซึ่งกล่องบรรจุภัณฑ์นี้จะถูกขายและส่งไปยังผู้ใช้งานในลักษณะที่เป็นม้วน ซึ่งจะถูกลูกฆ่าเชื้อในเครื่องบรรจุของใส่กล่องและถูกแช่ในไฮโดรเจนเพอร์ออกไซด์ แล้วค่อยนำมาใช้บรรจุของเหลวในสภาวะแวดล้อมที่ปลอดเชื้อ อีกทั้งยังมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในภาคส่วนอุตสาหกรรมเดียวกันมีเพียงบริษัทคู่แข่งของ Tetra Pak คือ บริษัท PKL ที่ได้ผลิตระบบบรรจุของลงในกล่องปลอดเชื้อโดยระบบที่ชื่อว่า Combiblocs ซึ่งแตกต่างกับระบบบรรจุภัณฑ์ของ Tetra Pak เนื่องจากกล่องเหล่านี้นั้นจะถูกทำเป็นรูปทรงไว้ก่อนที่จะมีการบรรจุของลงในบรรจุภัณฑ์ และด้วยเหตุผลทางเทคนิคและทางปฏิบัติของผู้ผลิตเครื่องจักรปลอดเชื้ออื่น ๆ ก็ได้มีการจัดให้มีกล่องที่ใช้สำหรับเครื่องจักรของตนเอง และถือครองเทคโนโลยีการบรรจุภัณฑ์ระบบปลอดเชื้อ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นกุญแจสำคัญในการเข้าสู่ตลาดเพื่อทำการแข่งขันทั้งในตลาดเครื่องจักรและกล่องปลอดเชื้อ

ในทางตรงกันข้าม ระบบบรรจุภัณฑ์แบบไม่ได้ฆ่าเชื้อนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับสินค้าที่เป็นนมพาสเจอร์ไรส์ ไม่จำเป็นที่จะต้องผ่านกระบวนการปลอดเชื้อในระดับเดียวกัน และใช้อุปกรณ์ที่มีความซับซ้อนน้อยกว่า ในตลาดกล่องบรรจุภัณฑ์แบบไม่ปลอดเชื้อ บริษัท Tetra Pak แรกเริ่มได้ใช้กล่องที่มีลักษณะเป็นสี่เหลี่ยม (Brick-type carton) ซึ่งก็ได้มีการใช้เรื่อยมา แต่สินค้าหลักที่ตลาดที่ปรากฏอยู่ในขณะนั้นคือกล่องทรงสี่เหลี่ยมที่ด้านบนมีลักษณะเป็นเหมือนสามเหลี่ยมมุงหลังคา (Gable-top carton) ซึ่งทางบริษัทเรียกว่า

²⁴ "T-83/91 Tetra Pak International Sa V. Commission," (1996).

Tetra Rex และสินค้านี้มีการแข่งขันโดยตรงกับกล่องลักษณะเดียวกันที่เรียกว่า Pure-Pak ที่ผลิตโดยบริษัท Elopak

นอกจากนี้เมื่อเอกสารปรากฏแก่ศาลว่าบริษัท Tetra Pak มีสิทธิบัตรในเทคโนโลยีพื้นฐานเกี่ยวกับเครื่องจักร กล่องบรรจุภัณฑ์และกระบวนการต่าง นอกจากนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาสำหรับการขายหรือให้เช่าเครื่องจักร และจัดหากล่องบรรจุภัณฑ์ระหว่างบริษัท Tetra Pak และลูกค้าของบริษัทในหลายรัฐมีเนื้อหากระทบต่อการแข่งขัน เนื่องจากให้สิทธิเด็ดขาดแก่บริษัท Tetra Pak ในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมเครื่องจักร รวมถึงการจัดหาอะไหล่ต่าง ๆ อีกทั้งลูกค้าจะต้องใช้กล่องบรรจุภัณฑ์จากบริษัท Tetra Pak เท่านั้น และจะต้องซื้อกล่องบรรจุภัณฑ์จากบริษัท Tetra Pak หรือผู้จัดจำหน่ายที่บริษัท Tetra Pak กำหนด เป็นต้น

ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นเห็นว่า ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ บริษัท Tetra Pak International SA เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดใน ตลาดกล่องปลอดเชื้อ และ ตลาดเครื่องบรรจุของใส่กล่องปลอดเชื้อ โดยศาลได้เห็นว่าเป็นคดีนี้สามารถแบ่งตลาดที่เกี่ยวข้องได้เป็น 4 ตลาด คือ ตลาดกล่องปลอดเชื้อ ตลาดเครื่องบรรจุของใส่กล่องปลอดเชื้อ ตลาดกล่องไม่ปลอดเชื้อ และตลาดเครื่องบรรจุของใส่กล่องไม่ปลอดเชื้อ และการกระทำของบริษัท Tetra Pak International SA นั้น ได้ทำการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในตลาดกล่องปลอดเชื้อ ตลาดเครื่องบรรจุของใส่กล่องปลอดเชื้อ โดยการขายพ่วงกล่องไม่ปลอดเชื้อกับเครื่องบรรจุของใส่กล่องไม่ปลอดเชื้อ นอกจากนี้ยังได้ขายหรือให้เช่าเครื่องบรรจุของใส่กล่องโดยกำหนดเงื่อนไขให้ลูกค้าต้องซื้อกล่องจากบริษัทของตนเท่านั้น อีกทั้งต้องใช้บริการการซ่อมบำรุงเครื่องจักรของบริษัทอีกด้วย อย่างไรก็ตามบริษัทได้อ้างว่าการกระทำดังกล่าวมีเหตุผล เนื่องจากระบบของตนเป็นระบบ Integrated distribution systems ซึ่งเป็นระบบที่มีการรวมกันหรือเชื่อมต่อกันนั่นเอง ซึ่งเป็นเรื่องของทางเทคนิค บริษัทตนสามารถทำได้ อีกทั้งการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องของการรักษามาตรฐาน และชื่อเสียงของบริษัทอีกด้วย ซึ่งศาลชั้นต้นไม่เห็นด้วย และเห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิดตามมาตรา 86 EEC (มาตรานี้เป็นมาตราเดิมก่อนที่จะเปลี่ยนเป็นมาตรา 82 EC และมาตรา 102 TFEU ในปัจจุบัน)

คดีนี้ได้มีการอุทธรณ์ไปยัง ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป โดยบริษัท Tetra Pak ได้อุทธรณ์ในประเด็นที่ว่า การขายพ่วงที่เกิดขึ้นไม่ผิดตามมาตรา 86 โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามอนุ(d) เนื่องจากตามบทบัญญัติมาตรา 86 (d) ได้ห้ามการขายพ่วงเมื่อสัญญานั้นโดยธรรมชาติหรือโดยประเพณีทางการค้าไม่มีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของสัญญา แต่ทางบริษัท Tetra Pak เห็นว่าการกระทำของตนไม่ผิดตามมาตรา 86(d) เพราะกรณีดังกล่าวสินค้ามีความสัมพันธ์กัน ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้พิพากษาแย้งว่าผิดตามมาตรา



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

86 เพราะถึงแม้ว่าจะเกิดคำถามที่ว่า การฟ่งสินค้าทั้งสองนั้นเป็นไปตามการใช้งานทางการค้าหรือมีความเชื่อมโยงกันตามธรรมชาติก็ตาม แต่การขายดังกล่าวก็ยังถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ (Abuse) ตามความหมายของมาตรา 86 อยู่ดี

3.3.3 คดี Microsoft v. Commission (2007)²⁵

บริษัท Microsoft เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในรัฐวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทนี้มีธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ที่ใช้สำหรับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการออกแบบ พัฒนา และทำการตลาดเกี่ยวกับซอฟต์แวร์ต่าง ๆ ที่มีความหลากหลาย ซึ่งผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์เหล่านั้น ทางบริษัทมีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับระบบปฏิบัติการสำหรับคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลหรือที่เราเรียกกันว่าคอมพิวเตอร์ PC ระบบปฏิบัติการสำหรับการทำงานแบบกลุ่ม และโปรแกรม Streaming media player

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในปี 1998 ทางบริษัท Microsoft ได้มีการปฏิเสธการใช้ข้อมูลที่ใช้ในการทำงานร่วมกัน (Interoperability Information) กับระบบปฏิบัติการ Windows ให้กับบริษัทคู่แข่งรายอื่น และ ในเดือนกุมภาพันธ์ ปี 2000 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้เริ่มทำการสอบสวนด้วยตนเองในกรณีนี้ที่บริษัท Microsoft ได้มีการรวมระบบปฏิบัติการ Windows 2000 เข้ากับโปรแกรม Windows Media Player ซึ่งต่อมา บริษัทซอฟต์แวร์ Microsoft ได้ถูกฟ้องในข้อหาขายฟ่งระบบปฏิบัติการ Windows กับ โปรแกรม Windows Media Player ซึ่งเป็นการกระทำอันละเมิดมาตรา 82 โดยในวันที่ 23 มีนาคม 2004 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรปได้มีคำตัดสินว่าบริษัท Microsoft ได้กระทำผิดตามมาตรา 82 EC Treaty โดยใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบโดยการรวมสินค้าที่แยกออกจากกันได้ 2 ชนิดเข้าด้วยกัน และได้ตัดสินให้บริษัท Microsoft จ่ายค่าปรับจำนวน 497 ล้านยูโร ซึ่งต่อมา ศาลชั้นต้น (Court of First Instance) ได้พิพากษายืนและค่าปรับยังคงไม่เปลี่ยนแปลง เป็นจำนวน 497 ล้านยูโร เท่าเดิม

ประเด็นที่มีการพิจารณาในคดีนี้คือ

ประเด็นแรก การปฏิเสธในการให้ข้อมูล (Refusal to supply) ของบริษัท Microsoft โดยบริษัท Microsoft ปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลที่ใช้ในการทำงานร่วมกัน (Interoperability Information) แก่คู่แข่ง ในการอนุญาตให้ใช้ข้อมูลเหล่านั้นในการพัฒนาและสร้างสินค้าเพื่อที่จะสามารถนำมาแข่งขันกับบริษัท Microsoft บนระบบปฏิบัติการได้

²⁵ "T-201/04 Microsoft V. Commission ".

ซึ่งในประเด็นนี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าให้บริษัท Microsoft เปิดเผยข้อมูลจำเพาะที่บริษัทอื่น ๆ สามารถนำไปใช้ในการสร้างงานของตนเพื่อใช้กับระบบปฏิบัติการได้

ประเด็นที่สอง การขายพ่วงระบบปฏิบัติการ Windows และ โปรแกรม Windows Media Player ในประเด็นนี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ให้บริษัท Microsoft ขายระบบปฏิบัติการ Windows โดยปราศจากโปรแกรม Windows Media Player

จากคดีนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้สร้างหลักในการพิจารณาการขายพ่วงที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 102 จะต้องมียอดประกอบ 4 ประการ²⁶ คือ

1. สินค้า 2 ชิ้นที่แยกจากกัน (Two separate products)
2. มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Dominance in the tying market)
3. ลูกค้าไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วงเพียงอย่างเดียว (The customers are given no choice to obtain the tying product alone)
4. การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน (The tying forecloses competition)

ข้อสังเกต จากหลักการ 4 ประการในการพิจารณาการขายพ่วง มีข้อสังเกตว่า หลักในเรื่องของการที่ผู้บริโภคไม่มีทางเลือกที่จะรับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วงเพียงอย่างเดียวนั้น ไม่ได้มีการระบุว่า การปราศจากทางเลือกนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยข้อสัญญาเท่านั้น ดังนั้นการปราศจากทางเลือกดังกล่าวจึงอาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยวิธีการทางข้อสัญญาและวิธีการทางเทคนิค

3.4 การปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 102 กับการขายพ่วงทางเทคนิค

การขายพ่วงที่ผิดตามมาตรา 102 นั้น จะต้องเป็นกรณีที่พิจารณาได้ว่า มีผลิตภัณฑ์ 2 อย่าง และมีอำนาจตลาดในสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เป็นสำคัญ ซึ่งการพิจารณาการขายพ่วงโดยไม่ชอบนี้อาจแบ่งพิจารณาได้ 5 ชั้น²⁷ คือ

3.3.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market) และความจำเป็นในการแยกสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) และสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ออกจากกัน

²⁶ Siri Silvereke, "The Winner Takes It All? - or to What Extent May It Be Regarded Anti-Competitive Conduct to Combine Technical Tying and Patent?," p. 12. ; "T-201/04 Microsoft V. Commission ". para. 842.

²⁷ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 60.

3.3.2 ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product Market)

3.3.3 มีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) - มีการบีบบังคับ ซึ่งบังคับให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าที่มีการพ่วง

3.3.4 การขายพ่วงมีผลกระทบเป็นการปิดตลาด

3.3.5 การให้เหตุผลที่สมควร (Objective Justification)

3.4.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง และ ความจำเป็นในการแยกสินค้า 2 ชนิด

การหาขอบเขตของตลาดนั้นเป็นจุดสำคัญในการตัดสินว่าผู้ประกอบการมีความผิดในกรณีการขายพ่วงหรือไม่ ในฐานะที่ว่าในความเป็นจริงแล้ว จุดพิจารณาสำคัญของการขายพ่วงคือมีสินค้า 2 อย่างแยกออกจากกัน ซึ่งหมายความว่าจะต้องมีการวิเคราะห์ถึงตลาดที่มีความเกี่ยวข้องกัน (Relevant market) ด้วย²⁸

การหาตลาดที่มีความเกี่ยวข้องกัน (Relevant market) ถือได้ว่าเป็นขั้นตอนแรกในการค้นหาว่า บริษัทนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ในการวิเคราะห์ตลาด ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ตลาดผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant Product Markets) และ ตลาดทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant Geographic Markets)²⁹

องค์ประกอบแรก การหาตลาดผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant product markets)³⁰ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วนคือ อุปสงค์ในสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้ (Demand Substitutability) และอุปทานในสินค้าที่สามารถทดแทนกันได้ (Supply Substitutability) ซึ่งขอบเขตของตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องนั้นขึ้นอยู่กับ การพิสูจน์ว่าสินค้านั้นทดแทนกันได้หรือไม่ ซึ่งในคดีการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น การประเมินได้อยู่บนพื้นฐาน 2 แบบทดสอบ คือ ประเมินในแง่อัตวิสัย (Subjective Test) ซึ่งพิจารณาถึงคุณลักษณะของสินค้า เป้าหมายในการใช้งานและราคา และประเมินในแง่ภาวะวิสัย (Objective Test) เป็นการประเมินทางเศรษฐศาสตร์ SSNIP Test ซึ่งประเมินปฏิกิริยาของลูกค้าต่อบริษัทคู่แข่ง³¹

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ "Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law." Para. 7.

³¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 60. ; "Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law." Paras. 15-23.

องค์ประกอบที่สอง การหาตลาดทางภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant geographic markets) นั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ให้ความหมายตลาดทางภูมิศาสตร์ว่าเป็นพื้นที่บริเวณที่เงื่อนไขของการแข่งขันนั้นเพียงพอที่จะถือได้ว่ามีลักษณะเหมือนกันและสามารถแยกความแตกต่างออกจากบริเวณใกล้เคียงได้ เพราะเงื่อนไขของการแข่งขันคือการประเมินค่าความแตกต่างในแต่ละบริเวณได้³²

3.3.1.1 ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องในคดีการขายพ่วง

การพิจารณาขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องมีข้อพิจารณาจากคดีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ ในคดี Hilti คดีนี้ถือได้ว่าเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นถึงการพิจารณาดตลาดที่มีความเกี่ยวข้องกันในคดีขายพ่วง ซึ่งถึงแม้ว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะเห็นว่าในคดีนี้มีตลาดที่เกี่ยวข้อง 3 ตลาด คือตลาดปืนยิงตะปู ตลาดแถบกระสุนยิงตะปู และตลาดของตะปู แต่ในคดีนี้สามารถแบ่งประเด็นที่มีการถกเถียงกันได้ 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรก บริษัท Hilti ถือสิทธิบัตรในแถบกระสุนยิงตะปู เพราะแถบกระสุนยิงตะปูนั้นต้องเข้ากันได้แบบเฉพาะเจาะจงกับปืนยิงตะปู ซึ่งการเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรตามกฎหมายทำให้บริษัท Hilti ไม่ต้องประสบกับการแข่งขันด้วยเหตุนี้จึงเป็นการให้อำนาจตลาดแก่บริษัท Hilti ประเด็นที่สอง บริษัท Hilti นั้นมีอำนาจตลาดจากการที่มีเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า ระบบการวิจัยและพัฒนา และระบบการจัดจำหน่ายในตลาดปืนยิงตะปูที่ดี และประเด็นที่สาม มีบริษัทผลิตตะปูอิสระอื่น ๆ³³

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ปืนยิงตะปูและส่วนที่ใช้แล้วหมดไปนั้นไม่ว่าจะเป็นแถบกระสุนยิงตะปูหรือตะปูนั้นไม่ได้ถูกซื้อไปพร้อมกัน ซึ่งตะปูนั้นถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของตลาดหลังการขายมากกว่าการเป็นส่วนหนึ่งของระบบปืนยิงตะปู PAFS นอกจากนั้นความต้องการของตะปูกับกระสุนใส่ตะปูนั้นเท่ากัน เนื่องจากกระสุนหนึ่งอันบรรจุตะปูได้ 1 ตัว³⁴ อีกทั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีให้เหตุผลอีกว่ากระสุนและตะปูนั้นสามารถเป็นตลาดที่แยกออกจากกันได้เนื่องจากใช้เทคโนโลยีที่แตกต่างกัน และถึงแม้ว่าความต้องการของกระสุนตะปูและตะปูจะเท่ากัน ก็ไม่ได้หมายความว่าลูกค้าจำเป็นที่จะต้องซื้อในปริมาณที่เท่ากัน³⁵

³² "Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law." Para. 8.

³³ "T-30/89 Hilti Ag V. Commission." ;Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 62-63.

³⁴ Barry Nalebuff, *Bundling, Tying, and Portfolio Effects.*, p. 17-18.

³⁵ "T-30/89 Hilti Ag V. Commission." Para. 66-67. ;Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 62-63.



นอกจากคดี Hilti แล้ว คดี Tetra Pak ก็เป็นอีกคดีหนึ่งที่ช่วยในการศึกษาความหมายของตลาดในคดีขายพ่วง นอกจากนั้นแล้วทั้ง 2 คดียังมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องของระบบของผลิตภัณฑ์ ซึ่งคดี Tetra Pak เป็นคดีเกี่ยวกับระบบการบรรจุลงแพ็คเกจ ส่วนคดี Hilti เป็นระบบ PAFS ซึ่งทั้ง 2 ระบบนั้นสามารถถูกมองในฐานะผลิตภัณฑ์ได้หากทุกองค์ประกอบนั้นถูกคุ้มครองภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญา แต่อย่างไรก็ตาม การขายพ่วงสินค้าที่มีสิทธิบัตรเข้ากับสินค้าที่ไม่มีสิทธิบัตรสร้างผลกระทบเกินกว่าขอบเขตของสิทธิเด็ดขาด (Exclusive right) ที่ตนมี อันเป็นการฝ่าฝืน กฎหมายแข่งขันทางการค้ามาตรา 86 (มาตรา 102 TFEU ในปัจจุบัน)³⁶

เมื่อพิจารณาคดี Hilti และ คดี Tetra Pak แล้ว ถือได้ว่าทั้ง 2 คดีนั้นถูกจัดว่าเป็นการขายพ่วงทางข้อสัญญา เนื่องจากถึงแม้ว่าสินค้าทั้งสองในทั้ง 2 คดีจะมีลักษณะการทำงานที่มีการเชื่อมกันทางเทคนิคและมีการทำงานเป็นระบบก็ตาม แต่สินค้าในคดีดังกล่าวนั้นมีลักษณะของการที่แยกออกจากกันได้โดยชัดเจนจึงทำให้ในการพิจารณาการขายพ่วง การนำกรณีดังกล่าวปรับเข้ากับการขายพ่วงตามข้อสัญญานั้นมีความสะดวกในการปรับใช้กฎหมายมากกว่า นอกจากนี้ทั้ง 2 คดีก็มีข้อสังเกตว่าศาลได้รับรู้ถึงข้อเท็จจริงของการมีอยู่ของการทำงานเป็นระบบ แต่ไม่ได้กล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคอย่างเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด ซึ่งศาลได้ปรับใช้กฎหมายกับทั้ง 2 คดีว่าเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) อีกทั้งการกระทำดังกล่าวเป็นการยับยั้งทางเลือกของผู้บริโภคในการที่จะซื้อสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) อย่างอิสระ³⁷

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า การที่สินค้าทั้ง 2 ชิ้นนั้นสามารถแยกออกจากกันได้ทางกายภาพหรือไม่ ถือได้ว่าเป็นจุดตัดของการพิจารณาการขายพ่วงว่าจะนำการขายพ่วงทางสัญญาหรือทางเทคนิคมาปรับใช้ เนื่องจากหากสินค้าทั้งสองมีลักษณะที่แยกออกจากกันถึงแม้ว่าจะมีการเชื่อมกันได้โดยทางเทคนิคก็ตาม แต่เมื่อสินค้าทั้งสองมีการทำการซื้อขายเกิดขึ้นก็จะเกิดสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นด้วย ซึ่งทำให้การปรับใช้การขายพ่วงทางข้อสัญญาจะมีความสะดวกมากกว่า นอกจากนี้ คดี Microsoft ของสหภาพยุโรปก็แสดงให้เห็นว่าจะมีการพิจารณาถึงการรวมกันทางเทคโนโลยี และการขายพ่วงทางเทคนิคจากการขายสินค้าในลักษณะที่มีการรวมกันเป็นหน่วยเดียว³⁸

³⁶ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 63.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., 64.



3.3.1.2 ความจำเป็นในการแยกสินค้า2อย่างออกจากกัน

การพิจารณาสินค้า 2 ชนิดว่ามีการแยกจากกันได้หรือไม่นั้นมีความสำคัญในการบ่งบอกว่ามีเกิดการขายพ่วง มีสินค้าที่เป็นสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied product) เกิดขึ้นหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการแยกว่าสินค้านั้นมีการพ่วงเกิดขึ้นหรือไม่ หรือการนำสินค้ามารวมกันนั้นทำให้สินค้าได้กลายเป็นสินค้าขึ้นเดียวที่มีตลาดเกิดขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะ

ตามหลักที่ปรากฏในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป การทดสอบว่าสินค้า 2 อย่างแยกออกจากกันได้หรือไม่นั้นเกี่ยวข้องกับการระบุลักษณะตามธรรมชาติของสินค้า ลักษณะทางกายภาพ และการใช้งานในเชิงพาณิชย์เป็นประการแรก และประการต่อมาคือ ความต้องการของผู้บริโภคในสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ซึ่งจะถูกระบุโดยผู้ประกอบการอิสระในตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง³⁹

นอกจากนี้ยังมีการทดสอบอื่นอีก 2 อย่างซึ่งสามารถระบุสินค้านั้นสามารถอยู่อย่างโดดเดี่ยวได้หรือไม่ ซึ่งก็คือ ประการแรก การประเมินพฤติกรรมทางการค้าของบริษัทไม่ว่าจะเป็นการขาย การโฆษณา การโปรโมทสินค้าแยกจากกัน ประการที่สอง ทดลองทำการพ่วงโดยใช้สินค้าจากผู้ประกอบการอื่นมาแทนที่ และประเมินค่าว่าสามารถเปลี่ยนแทนสินค้าที่มีการขายพ่วงได้หรือไม่⁴⁰

การทดสอบโดยการประเมินพฤติกรรมทางการค้าของบริษัทนั้นปรากฏในกรณีคดี Microsoft เนื่องจากถึงแม้ว่าบริษัท Microsoft จะขายระบบปฏิบัติการกับโปรแกรม WMP แต่ตัวโปรแกรม WMP เองนั้นก็มีการโปรโมท การอัพเกรดที่แยกออกมาจากระบบปฏิบัติการ Windows และมีเงื่อนไขการใช้งานตามสัญญาที่แตกต่างกัน⁴¹ นอกจากนั้น บริษัท Microsoft ยังมีการเสนอโปรแกรม WMP ให้กับระบบปฏิบัติการอื่น เช่น Apple อีกด้วย⁴² ซึ่งกลยุทธ์เหล่านี้แสดงให้เห็นว่า บริษัท Microsoft เองก็ได้มีการตระหนักรู้และยอมรับว่า

³⁹ Ibid., 65-66.

⁴⁰ Maurits Dolmans and Thomas Graf, "Analysis of Tying under Article 82 Ec: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective," *WORLD COMPETITION* 27, 2 (2004): 227-239. ; Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 66.

⁴¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 66. ; "T-201/04 Microsoft V. Commission ". paras. 653-654.

⁴² Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 66.

โปรแกรม WMP เองนั้นก็ไม่ได้มีการรวมกันเป็นส่วนหนึ่งของระบบปฏิบัติการ Windows อย่างสมบูรณ์⁴³

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับสินค้าต่าง ๆ ก็อาจเปลี่ยนได้ในชั่วข้ามคืน และในโลกทุกวันนี้ผู้บริโภคอาจคาดหวังว่าระบบปฏิบัติการในคอมพิวเตอร์สามารถเล่นหรือเปิดไฟล์อะไรก็ได้โดยไม่ต้องดาวน์โหลดโปรแกรมมาเพิ่ม ซึ่งในคดี Microsoft นั้นก็ได้มีการตระหนักถึงประเด็นนี้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ความเปลี่ยนแปลงในความเป็นจริงนั้นอาจเกิดขึ้นโดยใช้เวลาหลายปีกว่าตลาดจะมีการปรับตัว⁴⁴

ตัวอย่างกรณีหนึ่งที่เห็นได้ชัดคือโทรศัพท์มือถือที่มีกล้องถ่ายรูป ถึงแม้ว่าปกติแล้วโทรศัพท์มือถือนั้นจะมีหรือไม่มีกล้องถ่ายรูปก็ได้ แต่โดยธรรมชาติของผู้บริโภคนั้นย่อมต้องการโทรศัพท์มือถือที่มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยที่สุด ซึ่งหากมุมมองต่อสินค้าของผู้บริโภคมีความเปลี่ยนแปลง ความต้องการในสินค้า 2 ชนิดที่แยกออกจากกันนั้นอาจจะหายไปได้หากการรวมกันของสินค้า 2 ชนิดนั้นได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก⁴⁵

โทรศัพท์มือถือที่มีกล้องถ่ายรูปหรือที่เรียกกันว่าสมาร์ทโฟนในปัจจุบันนั้นไม่สามารถกล่าวได้ว่าสามารถทดแทนกับโทรศัพท์มือถือและกล้องถ่ายรูปได้ เนื่องจากรูปแบบของการขายพ่วงของโทรศัพท์มือถือที่มีกล้องถ่ายรูปนั้นมีคุณลักษณะพิเศษที่สินค้าแต่ละชนิดไม่ว่าโทรศัพท์มือถือหรือกล้องถ่ายรูปเองไม่สามารถสู้ได้ ตัวอย่างเช่น ความสามารถในการส่งรูปที่ถ่ายไปยังมือถือเครื่องอื่นได้ในทันที หรือฟังก์ชันแต่งรูปภายในมือถือได้ทันที เป็นต้น⁴⁶

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาในประเด็นเรื่องของการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) ว่า ผลกระทบที่เกิดจากการพ่วงสินค้าอันมีลักษณะเป็นการถาวรนี้ อาจสร้างผลกระทบเป็นการขัดขวางการแข่งขันทางการค้ามากกว่าการขายพ่วงทางสัญญา (Contractual Tying) ซึ่งเป็นตัวบ่งชี้ว่าการขายพ่วงทางเทคนิค (Technological Integration) ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเข้มงวดมากกว่าการขายพ่วงทางสัญญา⁴⁷

แต่อย่างไรก็ดี ก็มีข้อโต้แย้งเช่นในคดี Microsoft ว่าการห้ามการพ่วงระหว่าง Microsoft และ WMP นั้นจะเป็นการขัดขวางผู้บริโภคชาวยุโรปจากการได้รับประโยชน์จาก

⁴³ Ibid., 66.

⁴⁴ Ibid., 67.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., 69.

⁴⁷ "Communication from the Commission - Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the Ec Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings," ed. Official Journal of the European Union(2009). Para. 53.

ซอฟต์แวร์ที่มีการพ่วงนี้ อีกทั้งขัดขวางการพัฒนาทางเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรวมกันทางเทคโนโลยีนี้สามารถเป็นแรงขับเคลื่อนที่สำคัญให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมในอุตสาหกรรมเทคโนโลยี เพราะมันสามารถสร้างความมีประสิทธิภาพให้กับผู้คิดค้นและพัฒนา และให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภคในเวลาเดียวกัน⁴⁸

เมื่อพูดถึงแง่ของตลาดนั้น สามารถพิจารณาได้ว่าในความเป็นจริงแล้ว ตลาดนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นหลายระดับ ซึ่งจะช่วยให้ในการกำหนดว่าสินค้าองค์ประกอบนั้นเป็นองค์ประกอบของสินค้า หรือเป็นสินค้าที่แยกออกไป ตัวอย่างเช่น รถยนต์นั้นเป็นสินค้าที่ถูกมองว่าเป็นสินค้าชิ้นเดียว แต่เมื่อพิจารณาไปอีกระดับหนึ่ง รถยนต์นั้นประกอบไปด้วยอะไหล่ต่าง ๆ และบริการหลังการขาย ซึ่งสามารถพูดได้ว่าผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ นั้นเกี่ยวข้องกันในระดับที่ต่างกันไป ซึ่งความต้องการในแต่ละองค์ประกอบของสินค้าก็มีความแตกต่างกันไป ซึ่งไม่จำเป็นว่าสินค้าเหล่านั้นจะมีการพ่วงกันในลักษณะของการกระทำที่ไม่ถูกต้อง (abusive manner) เสมอไป⁴⁹

3.3.1.3 การขายพ่วงในตลาดหลังการขาย (After market) และสินค้าที่บริโภคแล้วหมดไป

ความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) กับสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) สามารถกล่าวได้ว่าสินค้าทั้งสองนี้เป็นสิ่งที่สอดคล้องหรือเกี่ยวเนื่องกัน เนื่องจากสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) อาจเป็นส่วนประกอบ อะไหล่ หรือบริการหลังการขาย หรือสินค้าที่ใช้แล้วหมดไปของสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ก็ได้⁵⁰

ตัวอย่างของคดีการขายพ่วงที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้แล้วหมดไปได้แก่ คดี Hilti⁵¹ และ Tetra Pak⁵² ซึ่งสินค้าที่ใช้แล้วหมดไป ใน 2 คดีนี้คือตะปู และกล่องบรรจุภัณฑ์ซึ่งเป็นสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) และถือได้ว่าเป็นสินค้าในตลาดหลังการขาย (Aftermarket) อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของการขายพ่วงและตลาดหลังการขาย อาจกล่าวได้ว่าเมื่อผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าในตลาดสินค้าแรกแล้ว ผู้บริโภคนั้นอาจติดอยู่กับการถูกบังคับให้ซื้อบริการหลังการขายหรือซื้ออะไหล่หรือชิ้นส่วนที่เกี่ยวข้องจากผู้ผลิตสินค้าราย

⁴⁸ A. Jorge Padilla and Michele Polo David S. Evans, "Tying in Platform Software: Reasons for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law," *World Competition: Law and Economics Review* 25, 4 (2002): 513.

⁴⁹ David S. EVANS and A. Jorge PADILLA, "Tying under Article 82 Ec and the Microsoft Decision : A Comment on Dolmans and Graf," *World Competition: Law and Economics Review* (2004): 9.

⁵⁰ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 72.

⁵¹ "T-30/89 Hilti Ag V. Commission."

⁵² "T-83/91 Tetra Pak International Sa V. Commission."

เดียวกันเพื่อรักษาคุณภาพของสินค้า ดังเช่นกรณีตะปูและกล่องบรรจุภัณฑ์ในคดี Hilti และ Tetra Pak ซึ่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นเข้มงวดและไม่ผ่อนปรนกับการขายพ่วงในตลาดหลังการขาย (Aftermarkets) และมองว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง (abusive)⁵³

3.3.1.4 สรุปประเด็นการแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกัน

การพิจารณาการแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกันโดยการทดสอบจากการแยกความต้องการของลูกค้านั้นมีข้อบกพร่องเมื่อนำมาปรับใช้กับผลิตภัณฑ์ที่มีความซับซ้อนและใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เนื่องจากอาจไม่สามารถแยกระหว่างสินค้ากับอะไหล่หรือชิ้นส่วนออกจากสินค้าได้ นอกจากนี้จากคดีต่าง ๆ ทำให้เห็นว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลสหภาพยุโรปไม่ได้พิจารณาว่าสินค้านั้นเป็นชิ้นเดียวหรือสองชิ้นเป็นหลัก แต่ค่อนข้างพิจารณาจากตลาดและผู้ผลิตสินค้ารายอื่น ๆ ของสินค้าองค์ประกอบที่มีการพ่วง (Tied Components)⁵⁴ อันถือได้ว่าเป็นการไม่คำนึงถึงประเด็นเรื่องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และนวัตกรรมของผลิตภัณฑ์ พัฒนาการของตลาด และความต้องการของสินค้าที่มีการพ่วงเพียงอย่างเดียว (Stand-alone demand for the tying product) เนื่องจากไม่ได้พิจารณาถึงตัวผลิตภัณฑ์และความเป็นไปได้ในการพัฒนาสินค้านั้น⁵⁵

ปัญหาของการใช้การทดสอบจากความต้องการของลูกค้าก็คือไม่สามารถพิจารณากรณีการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) และเงื่อนไขของตลาดที่มีความเฉพาะได้ ซึ่งหากพิจารณาแค่ความต้องการในตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied products) ก็จะส่งผลให้เกิดความเสี่ยงของการหยุดชะงักของนวัตกรรม⁵⁶ นอกจากนี้ ในคดี Microsoft คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลชั้นต้น ไม่ได้พิจารณาข้อโต้แย้งของ Microsoft ในกรณีที่เป็นกรรวมกัน (Integration) เนื่องจากพบว่าสินค้าทั้งสองอย่างนั้นสามารถแยกตลาดออกจากกันได้ (Separate market) และปรากฏความต้องการของผู้บริโภคต่อโปรแกรม Windows Media Player ในฐานะสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) แยกต่างหากออกไป ซึ่งการตัดสินในลักษณะเช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการไม่กล้าที่จะผลิตและพัฒนาสินค้าที่มีนวัตกรรมใหม่ ๆ ออกมาได้⁵⁷ และ จากแนวทางในการพิจารณาคดีของ

⁵³ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 72.

⁵⁴ Ibid., 73.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid., 74.

ทั้งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลชั้นต้นในคดี Microsoft สามารถกล่าวได้ว่า หากปรากฏว่าไม่มีความต้องการแยกต่างหากของสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) การรวมกันทางเทคโนโลยีเช่นนี้ (Technological Integrated) ก็จะถูกมองเป็นสินค้าชิ้นเดียว⁵⁸

3.4.2 ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product Market)

มาตรา 102 นั้น ถูกนำมาใช้ต่อเมื่อผู้ประกอบการอยู่ในสถานะมีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น (Dominant) และมาตรา 102 ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีที่ผู้ประกอบการมีการกระทำการโดยไม่ชอบ (abuse) เพื่อให้ได้มาซึ่งฐานะอำนาจเหนือตลาด (Dominant)⁵⁹

อย่างที่ได้อธิบายไปในบทก่อนหน้าว่า การขายพ่วงเป็นกลยุทธ์ที่ใช้กันในทางธุรกิจระหว่างบริษัทต่าง ๆ โดยการขายพ่วงนั้นสามารถส่งผลให้ผู้บริโภคได้ประโยชน์และเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันให้กับบริษัทในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product)

ประเด็นในเรื่องเหตุผลที่ต้องมีเงื่อนไขเกี่ยวกับอำนาจตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product)⁶⁰ ได้ปรากฏอย่างชัดเจนในคดี Hilti ซึ่งเกี่ยวข้องกับนโยบายของบริษัทที่ใช้กับการอำนาจเหนือตลาดในแถบกระสุนยิงตะปูของ Hilti และปืนยิงตะปู ซึ่งบริษัท Hilti มีตำแหน่งทางการตลาดในตลาดปืนยิงตะปูอยู่สูงที่สุดและมีกำแพงการเข้าสู่ตลาดที่สูง แล้วยังต้องการที่จะมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดตะปู ซึ่งเป็นตลาดที่ง่ายต่อการเข้ามาแข่งขัน⁶¹

คดีที่ได้กล่าวไว้ในบทนี้ปรากฏว่าในคดีต่าง ๆ ได้ปรากฏว่าบริษัทต่าง ๆ ถือครองอำนาจตลาดอย่างมีนัยยะสำคัญ

ในคดี Hilti พบว่าบริษัท Hilti มีอำนาจเหนือตลาด ถือครองส่วนแบ่งทางการตลาดในตลาดแถบกระสุนยิงตะปู 70 % และมีส่วนแบ่งทางการตลาดในปืนยิงตะปู 55%⁶²

ในคดี Tetra Pak II บริษัท Tetra Pak มีส่วนแบ่งทางการตลาดประมาณ 90 % ของส่วนแบ่งทางการตลาดทั้งในตลาดเครื่องจักรและบรรจุภัณฑ์⁶³

⁵⁸ Ibid., 73-74. ; "T-201/04 Microsoft V. Commission ". Para. 918.

⁵⁹ Atilano Jorge Padilla Robert O'Donoghue, *The Law and Economics of Article 102 Tfeu* (Oxford: Hart Publishing, 2013), pp. 99-100.

⁶⁰ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration.*, p. 74.

⁶¹ "T-30/89 Hilti Ag V. Commission."

⁶² Ibid. Para. 19.

⁶³ "T-83/91 Tetra Pak International Sa V. Commission." para. 3.

ในคดี Microsoft บริษัท Microsoft มีส่วนแบ่งทางการตลาดในตลาดระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ 90%⁶⁴

ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปได้วางหลักไว้ว่า การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้นเกิดขึ้นได้โดยบริษัทที่มีอำนาจตลาดอย่างมีนัยยะสำคัญ ในขณะเดียวกันผู้ประกอบการหรือบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจไม่ได้กระทำการที่ถือว่าการกระทำโดยมิชอบ (Abuse) ก็ได้ อย่างไรก็ตาม สามารถสรุปได้ว่าฐานะอำนาจเหนือตลาดนั้นเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการปรับใช้กับคดีการขายพ่วง ตามมาตรา 102 ซึ่งแนวโน้มในการปรับใช้มาตรานี้จะมีความเข้มงวดกับการหาอำนาจเหนือตลาด⁶⁵

3.4.3 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position)

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) ตามมาตรา 102 นั้น ยากที่อธิบายถึงความหมายที่แน่ชัด อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาได้มีการให้ความหมายของคำว่า การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ไว้โดยศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปในคดี Hoffmann-La Roche ซึ่งความหมายนั้นประกอบไปด้วย 3 เงื่อนไข⁶⁶

เงื่อนไขแรก การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) เป็นเรื่องทางภาวะวิสัย ซึ่งจะปรากฏอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง โดยมีต้องพิจารณาเจตนาที่จะกระทำการที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ⁶⁷

เงื่อนไขประการที่สอง เป็นการปฏิบัติที่แตกต่างจากการปฏิบัติที่ใช้ในการแข่งขันปกติ หรือการแข่งขันตามความสามารถ⁶⁸

เงื่อนไขประการที่สาม การกระทำนั้นต้องให้ผลเป็นการต่อต้านการแข่งขันซึ่งเป็นการจำกัดทั้งการแข่งขันในปัจจุบันและการแข่งขันที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งเงื่อนไขข้อนี้ก็จะมีการประเมินที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับรูปแบบของการใช้อำนาจเหนือตลาด⁶⁹

การบังคับให้ซื้อสินค้า 2 ชนิดไปด้วยกัน หรือ การบีบบังคับ (Coercion) นั้นถือได้ว่าเป็นหัวใจของการวิเคราะห์เรื่องการขายพ่วง ซึ่งการประเมินการบีบบังคับหรือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการประเมินผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน และจากคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ พบว่าได้มีการตีความถึงการบีบบังคับว่าเป็น

⁶⁴ "T-201/04 Microsoft V. Commission ". para. 31.

⁶⁵ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 76.

⁶⁶ Ibid., 77.

⁶⁷ "85/76 - Hoffmann-La Roche V Commission," (1979). Para 91

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

กรณีและผู้บริโภคไม่สามารถที่จะเลือกรับเอาไปซึ่งสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) โดยปราศจากสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ได้⁷⁰

จากการพิจารณาในคดี Hilti และ คดี Tetra Pak II พบว่าสิ่งสำคัญที่กำหนดว่ามีการบีบบังคับหรือไม่คือ ในความเป็นจริงแล้วลูกค้าได้ถูกขัดขวางจากการซื้อสินค้าแต่ละชนิดแยกจากกัน และถูกกันออกไปจากการมีตัวเลือกในการซื้อสินค้าหรือไม่ หรืออาจกล่าวได้ว่าลูกค้ามีทางเลือกหรือไม่ ซึ่งการบีบบังคับนี้ไม่เพียงแต่จะจำกัดทางเลือกของลูกค้าเท่านั้น แต่ยังส่งผลให้ผู้จัดจำหน่ายตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบในการแข่งขัน และในกรณีร้ายแรงที่สุดคืออาจถูกตัดออกจากการแข่งขันก็เป็นได้⁷¹ ซึ่งในคดี Hilti การขัดขวางที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นจากการขัดขวางตามข้อสัญญาเท่านั้น แต่ด้วยสภาพทางเทคนิคที่บริษัท Hilti มีสิทธิบัตรในปืนยิงตะปู จึงทำให้เกิดสภาพบังคับทางเทคนิคในความเป็นจริงด้วย

ในคดี Microsoft ก็ปรากฏถึงการบีบบังคับเช่นกัน เพียงแต่การขายพ่วงโปรแกรม Windows Media Player นั้นเป็นการบังคับในลักษณะที่เป็นการรวมเข้ากันกับระบบปฏิบัติการ Windows ซึ่งในคดีนี้ได้มีการโต้เถียงกันในประเด็นเรื่องการบีบบังคับว่าลูกค้าถูกจำกัดในกระบวนการแรกของการเลือกซื้อระบบปฏิบัติการ Windows ที่มาพร้อมกับโปรแกรม Windows Media Player⁷² ซึ่งในความเป็นจริงแล้วหลังจากการเลือกครั้งแรกในการเลือกระบบปฏิบัติการนั้น ลูกค้ายังสามารถเลือกโปรแกรมเล่นเพลงโปรแกรมอื่นได้ และไม่ได้ผูกพันในการใช้ WMP ดังนั้นในความเป็นจริงแล้วอาจพิจารณาได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีการบีบบังคับที่จำกัด⁷³

การพ่วง (Tie) นั้นอาจกล่าวได้ว่าไม่ใช่การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 102 หากลูกค้ามีทางเลือกในการเลือกซื้อสินค้า มีทางเลือกในการซื้อสินค้าแยกต่างหากจากกัน ซึ่งทางเลือกนี้อาจหมดไปในกรณีที่สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ได้ขายในราคาเดียวกันกับสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกพ่วงรวมกันเป็นแพ็คเกจ และหากกล่าวถึงคดี Microsoft แล้ว ถือได้ว่าเป็นกรณีที่บริษัท Microsoft ซึ่งอยู่ในฐานะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้กระทำการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบโดยการรวมโปรแกรม Windows

⁷⁰ "T-201/04 Microsoft V. Commission ". Para. 944.

⁷¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 79.

⁷² "T-201/04 Microsoft V. Commission ".

⁷³ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 79.



Media Player เข้ากับระบบปฏิบัติการ Windows โดยทำให้ทางเลือกของลูกค้าในการซื้อ ระบบปฏิบัติการเพียงอย่างเดียวหมดไป⁷⁴

ในประเด็นเรื่องของการบีบบังคับนั้นอาจกล่าวได้ว่าสามารถเกิดการบีบบังคับได้ทั้ง ทางตรงและทางอ้อม โดยจงใจหรือไม่ได้ตั้งใจ ซึ่งหากพิจารณาในความเป็นจริงแล้ว การบีบบังคับนั้นตั้งอยู่บนฐานของการประเมินว่ามีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่และเป็นสินค้าที่แยก ออกจากกันหรือว่าเป็นสินค้าที่มีการรวมกันเป็นชิ้นเดียว ซึ่งถ้าหากเป็นสินค้าที่แยกออกจาก กันและถูกขายโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและ ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปก็จะตัดสินว่าเป็นกรณีของผู้บริโภคขาดทางเลือกและเป็นกรณีการใช้ อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ⁷⁵

3.4.4 การขายพ่วงส่งผลเป็นการปิดตลาด

การวิเคราะห์ถึงผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้านั้นส่วนใหญ่แล้ว จะอยู่บนพื้นฐานของการกระทำโดยมิชอบ (Abuse) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีอย่างน้อย 3 เหตุผล ในการมองว่าการขายพ่วงนั้นเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า⁷⁶

ประการแรก การขายพ่วงสามารถกันคู่แข่ง และสามารถทำงานในฐานะสิ่งขัดขวาง ในการเข้าสู่ตลาด ทำให้ลูกค้าที่ซื้อสินค้าจากบุคคลที่สามในตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ลดลง

ประการที่สอง การขายพ่วงเป็นการจำกัดทางเลือกของลูกค้า ซึ่งอาจนำไปสู่การ แสวงหาประโยชน์อย่างไม่ถูกต้องอันเป็นการกระทำโดยมิชอบ (Abuse) ในที่สุด

ประการที่สาม การขายพ่วงนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อตลาดอย่างน้อย 2 ตลาดขึ้นไป โดยการขายพ่วงสินค้าไปด้วยกันโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นสามารถที่จะ ขยายอำนาจตลาดจากตลาดหนึ่งไปสู่อีกตลาดหนึ่ง ดังนั้น ถึงแม้ว่าการขายพ่วงนั้นจะส่งผล โดยตรงต่อลูกค้า แต่ก็ส่งผลทางอ้อมอันเป็นการกีดกันคู่แข่งและขัดขวางคู่แข่งที่อาจเกิดขึ้น ได้ด้วย

สิ่งที่จะกำหนดว่าการพ่วงนั้นสร้างผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทาง การค้าหรือไม่นั้นมี 2 องค์ประกอบ องค์ประกอบแรกคือจะต้องพิสูจน์ได้ว่าการพ่วงนั้นสร้าง

⁷⁴ "T-201/04 Microsoft V. Commission ". para. 944.

⁷⁵ Hedvig Schmidt, "A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights," pp. 144-145.

⁷⁶ DAVID HARBORD AND TOM HOEHN "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy," International Review of Law and Economics 14, 4 (1994): 411. ; Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 84.

หรือจะสร้างผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน องค์ประกอบที่สองคือ ผลกระทบนั้นร้ายแรงเพียงพอที่ปิดเป็นการแข่งขัน⁷⁷

คำพิพากษาที่ตัดสินว่าการขายพ่วงส่งผลเป็นการปิดตลาด ได้แก่ คดี Hilti ซึ่งปรากฏว่า การกระทำอันเป็นการขายพ่วงของบริษัท Hilti นั้น มีวัตถุประสงค์และมีผลในการที่จะกั้นผู้ผลิตตะปูอิสระรายอื่นที่อาจคุกคามต่อตำแหน่งผู้มีอำนาจเหนือตลาดของบริษัท Hilti ออกไปจากตลาด⁷⁸ ในคดี Tetra Pak II ได้ปรากฏว่าการทำสัญญาของบริษัท Tetra Pak กับลูกค้า ไม่ว่าจะกรณีการซื้อหรือเช่าเครื่องจักรก็ตาม ก็จะต้องซื้อกล่องบรรจุภัณฑ์จากบริษัท Tetra Pak หรือผู้จัดจำหน่ายที่บริษัท Tetra Pak กำหนดเท่านั้น อันจะทำให้ผู้ผลิตกล่องบรรจุภัณฑ์รายอื่นไม่สามารถเข้ามาแข่งขันในตลาดได้⁷⁹

ในคดี Microsoft นั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีความเห็นที่แตกต่างจากคดี Hilti และ คดี Tetra Pak II ออกไปว่า การขายพ่วงของบริษัท Microsoft นั้นมีความเป็นไปได้ต่อความเสี่ยงในการปิดตลาดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต⁸⁰ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการขยายการวิเคราะห์ถึงผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันออกไป ถึงแม้ว่าจะมีการขายพ่วงโปรแกรม Windows Media Player เข้ากับระบบปฏิบัติการ Windows ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วปรากฏว่ายังมีทางเลือกอื่นให้ผู้บริโภคสามารถดาวน์โหลดโปรแกรมเล่นเพลงจากบริษัทอื่นได้ผ่านทางอินเทอร์เน็ตได้ก็ตาม⁸¹

ทางบริษัท Microsoft เองก็ได้มีการโต้แย้งในประเด็นนี้ว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าควรที่จะแสดงหลักฐานที่แสดงถึงการปิดตลาดมากกว่าการพิจารณาแค่บริษัท Microsoft ได้มีการจัดจำหน่ายระบบปฏิบัติการ Windows ไปพร้อมกับโปรแกรม WMP ในการพิสูจน์ว่าการกระทำนี้เป็นอันตรายต่อการแข่งขัน เพราะในความเป็นจริงแล้ว คู่แข่งรายอื่นก็ยังมีวิธีการอื่นที่จะเข้าถึงผู้บริโภคมากกว่าการขายระบบปฏิบัติการ Windows โดย OEMs ได้มีการติดตั้งโปรแกรม Windows Media Player ไว้ก่อน อย่างเช่นการดาวน์โหลดโปรแกรมอื่นทางอินเทอร์เน็ตอย่างได้กล่าวไป⁸²

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า พบว่าการกระทำของบริษัท Microsoft ในการขายพ่วงนี้ไม่ได้สร้างทั้งประโยชน์และแรงจูงใจให้ผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ (OEMs) กระทำการ

⁷⁷ "Dg Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses ", (EUROPEAN COMMISSION - DG Competition 2005), pp. 56-57.

⁷⁸ "T-30/89 Hilti Ag V. Commission."

⁷⁹ "T-83/91 Tetra Pak International Sa V. Commission."

⁸⁰ "T-201/04 Microsoft V. Commission ". Para. 857.

⁸¹ Ibid. Para. 829.

⁸² Ibid. Para. 1013.

ติดตั้งระบบปฏิบัติการพร้อมโปรแกรมเล่นมีเดีย เนื่องจากนอกจากจะต้องมีการใช้เนื้อที่ความจุของฮาร์ดแวร์แล้ว ยังมีค่าใช้จ่ายในการฝึกฝนพนักงานและมีการทดสอบสินค้าเพิ่มเติม และหน่วยให้ความช่วยเหลือลูกค้าอีกด้วย ซึ่งลูกค้าไม่น่าที่จะต้องการแบกรับค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นที่ทำให้ต้องซื้อระบบปฏิบัติการในราคาที่สูงขึ้นเพื่อซอฟต์แวร์ที่เพิ่มขึ้นมา⁸³

เมื่อก้าวถึงทางเลือกอื่นในการดาวน์โหลดโปรแกรมอื่น ๆ นั้น คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการให้เหตุผลว่า ผู้บริโภคพบว่าการดาวน์โหลดนั้นมีความยากเมื่อเทียบกับการติดตั้งมาก่อนโดยบริษัทผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ (OEMs) และจำเป็นที่จะต้องใช้อินเทอร์เน็ทที่มีความแรง ซึ่งบริษัท Microsoft ได้โต้แย้งว่าด้วยพัฒนาการของตลาดโปรแกรมเครื่องเล่นมีเดียจะทำให้การดาวน์โหลดนั้นง่ายขึ้นและเร็วขึ้น⁸⁴ อย่างไรก็ตามก็ตีความกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่าทางเลือกในการดาวน์โหลดนั้นก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคได้น้อยและไม่สามารถชดเชยผลกระทบในแง่ลบที่เกิดจากการขายพ่วงโปรแกรม Windows Media Player และระบบปฏิบัติการ Windows ได้⁸⁵ นอกจากนี้การมีโปรแกรมเล่นมีเดียมากกว่าหนึ่งโปรแกรมในระบบปฏิบัติการอาจจะสร้างความสับสนในการใช้งานให้กับผู้บริโภค ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการดาวน์โหลดนี้ไม่สามารถทำงานร่วมกันได้กับการที่ผู้ผลิต (OEMs) ได้ทำการติดตั้งไว้ก่อน เพราะจะทำให้เกิดประสิทธิภาพที่น้อยกว่าและการดาวน์โหลดเครื่องเล่นมีเดียที่สองนั้นสร้างความดึงดูดใจในการใช้ได้น้อยกว่า⁸⁶

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้พบว่าข้อโต้แย้งของบริษัท Microsoft ว่าการดาวน์โหลดนั้นเป็นทางเลือกที่เท่ากับการติดตั้งโปรแกรมไว้ก่อนนั้นขัดแย้งกับสิ่งที่บริษัท Microsoft ยืนยันว่าการติดตั้งไว้ก่อนนี้เป็นสิทธิของตนที่จะทำได้⁸⁷ แต่ในกรณีนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ลืมนำบริษัท Microsoft ได้พิจารณาว่าโปรแกรม Windows Media Player เป็นส่วนหนึ่งของระบบปฏิบัติการ Windows และบริษัท Microsoft เพียงแค่ต้องการพยายามพิสูจน์ว่าการรวมกัน (Integration) ระหว่างระบบปฏิบัติการ Windows และโปรแกรม Windows Media Player ไม่ได้ปิดตลาดโปรแกรมเครื่องเล่นมีเดีย เนื่องจากผู้บริโภคมีทางเลือกอื่นในการเข้าถึงโปรแกรมอื่น ๆ เช่น การดาวน์โหลด แต่ประเด็นนี้ถูกตีตกไปเพราะการดาวน์โหลดถูกมองว่าเป็นตัวเลือกอันดับ

⁸³ Ibid. ; Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, pp. 90-94.

⁸⁴ "T-201/04 Microsoft V. Commission ". para. 305.

⁸⁵ "Ec Microsoft Commission Decision ". para 871

⁸⁶ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, pp. 90-94.

⁸⁷ "T-201/04 Microsoft V. Commission ". para 1041



รอง (Second Bests) เท่านั้น ไม่ใช่การพ่วงเพื่อการปิดตลาดที่ดำรงอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งในท้ายที่สุดในคดีนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่ากรณีดังกล่าวก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการปิดตลาดในอนาคต⁸⁸

อย่างไรก็ตาม ในมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์นั้น การพ่วงไม่ได้สร้างแต่ผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันเสมอไป การพ่วงนั้นอาจสร้างผลเป็นการสนับสนุนการแข่งขันได้

3.4.5 การให้เหตุผลที่สมควร (Objective Justification)

ในเรื่องของการขายพ่วง การให้เหตุผลที่สมควรถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดปกป้องการกระทำการขายพ่วงได้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดประสิทธิภาพ หรือเป็นการเพิ่มสวัสดิภาพแก่ผู้บริโภค (welfare enhancing)⁸⁹

คดีที่ปรากฏในสหภาพยุโรปที่ได้มีการอ้างถึงเหตุผลในการทำการขายพ่วงอยู่หลายคดี เช่น ในคดี Hilti บริษัท Hilti ได้มีการให้เหตุผลในเรื่องของความน่าเชื่อถือ ระบบการทำงานและความปลอดภัยของระบบ PAFS โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้ผลิตภัณฑ์ของบริษัทอื่นกับส่วนประกอบของระบบ PAFS ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ปฏิเสธข้อเหตุผลของบริษัท Hilti ด้วย 3 ประการ⁹⁰

ประการแรก คือ บริษัท Hilti ไม่ได้มีการจัดเตรียมหลักฐานในการพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นเรื่องของคุณภาพและความปลอดภัยเช่นในกรณีของการแจ้งลูกค้าและบริษัทคู่แข่ง นอกจากนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่พบว่าเกิดอุบัติเหตุจากการใช้ตะปูของผู้ผลิตรายอื่นกับปืนยิงตะปูของ Hilti

ประการที่สอง คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ถือว่าการมีอยู่ของมาตรฐานความปลอดภัยของสหภาพยุโรป (EC safety standards) นั้นเป็นการคุ้มครองที่เพียงพอแล้ว⁹¹

ประการที่สาม คือ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าโต้แย้งว่าบริษัท Hilti ใช้มาตรการในการรักษามาตรฐานความปลอดภัยอื่น ๆ ที่สร้างข้อจำกัดน้อยกว่าการขายพ่วง

⁸⁸ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 90. ; "T-201/04 Microsoft V. Commission ". para. 1035.

⁸⁹ Robert O'Donoghue, A. J. P., *The Law and Economics of Article 102 Tfeu*, p. 230.

⁹⁰ "Hilti Commission Decision," (1987). Para. 89-90,93.

⁹¹ Ibid. Para. 82.

ในการรักษามาตรฐานสุขภาพและความปลอดภัย หรืออาจกล่าวได้ว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเชื่อว่าบริษัท Hilti มีแรงจูงใจอื่นในการขายพ่วงมากกว่าความปลอดภัย⁹²

ในคดี Tetra Pak II บริษัท Tetra Pak ก็ได้อาศัยเหตุผลเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยในฐานะที่ต้องปกป้องชื่อเสียงและความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ ศาลชั้นต้น ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งเหล่านี้โดยอ้างถึงคดี Hilti และเห็นว่าเงื่อนไขในการพ่วงในสัญญาของบริษัท Tetra Pak ชัดเจนว่าเหตุผลที่กล่าวอ้างมานั้นไม่ใช่จุดประสงค์ที่แท้จริงในการทำการขายพ่วงและการปกป้องสุขภาพของสาธารณชนนั้นไม่มีเหตุผล⁹³

ในคดี Microsoft บริษัท Microsoft ได้โต้แย้งในประเด็นความมีประสิทธิภาพ 2 ประการ คือ ประสิทธิภาพในการจัดจำหน่าย และ ประสิทธิภาพเกี่ยวกับโปรแกรม Windows Media Player ในฐานะแพลตฟอร์มสำหรับเนื้อหาและโปรแกรม⁹⁴

ประการแรก บริษัท Microsoft ให้เหตุผลว่า การตั้งค่าโดยปริยาย (default option) ในคอมพิวเตอร์เพื่อลดต้นทุนในการทำธุรกรรมสำหรับลูกค้าและลดการเสียเวลา และการสร้างความสับสนในการใช้งานโปรแกรม ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นว่า บริษัท Microsoft ไม่ได้มีการพิจารณาว่า โปรแกรมที่จะถูกติดตั้งไว้ก่อนโดยผู้ผลิต OMEs นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นโปรแกรมของบริษัท Microsoft เอง⁹⁵

ประการต่อมา บริษัท Microsoft ให้เหตุผลว่า ต้นทุนในการทำธุรกรรมลดลง เนื่องจากการขายพ่วงสินค้าสองชนิดเข้าด้วยกันเพราะจะลดทรัพยากรในการดูแลระบบที่แยกออกจากกัน ซึ่งเชื่อว่าความมีประสิทธิภาพนี้จะตกสู่ผู้บริโภคด้วย ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าเห็นด้วยกับเหตุผลนี้ แต่อย่างไรก็ตามก็เห็นว่า การลดต้นทุนนี้ไม่สามารถที่จะลดทอนการบิดเบือนการแข่งขันที่เกิดขึ้นในคดีนี้ได้⁹⁶

นอกจากนี้ บริษัท Microsoft ยังมีการให้เหตุผลอีกว่า โปรแกรม Windows Media Player เมื่อรวมกับระบบปฏิบัติการ Windows จะนำไปสู่การแสดงผลภาพทางเทคโนโลยีของสินค้าได้ดีกว่า และสินค้าสองอย่างนี้ทำงานส่งเสริมกัน ซึ่งคณะกรรมการ

⁹² Ibid. Para 90

⁹³ "T-83/91 Tetra Pak International Sa V. Commission." Para 140

⁹⁴ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 95-97.

⁹⁵ Ibid. ; "Ec Microsoft Commission Decision ".Para. 956.

⁹⁶ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 95-97. ; "Ec Microsoft Commission Decision ". Para. 958.

แข่งขันทางการค้าไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างนี้ เนื่องจากบริษัท Microsoft สามารถสร้างระบบปฏิบัติการ Windows ได้ซึ่งทำงานได้โดยไม่มีโปรแกรม WMP⁹⁷

ศาลชั้นต้นได้มีการระบุว่า การยอมรับการขายเป็นแพ็คเกจในฐานะการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological integration) บริษัทที่ทำการขายพ่วงจะต้องแสดงให้เห็นว่าการขายพ่วงนั้นได้เสนอประสิทธิภาพทางเทคนิคซึ่งนำไปสู่สมรรถนะของสินค้าที่มีเทคโนโลยีที่เหนือกว่า ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการพัฒนาไปในทางบวกและเป็นการพัฒนานวัตกรรมใหม่ ๆ ซึ่งในคดี Microsoft ทางบริษัทได้เพียงแคโต้แย้งว่าระบบปฏิบัติการ Windows ทำงานเร็วขึ้นเพราะการรวมกันเท่านั้น ซึ่งศาลชั้นต้นเห็นว่าไม่เพียงพอต่อเงื่อนไขของเทคโนโลยีที่เหนือกว่า⁹⁸

กล่าวโดยสรุปคือ โดยหลักการแล้วข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับความจำเป็นที่เป็นรูปธรรมหรือความมีประสิทธิภาพสามารถแบ่งออกได้เป็น การให้เหตุผลด้านสุขภาพและความปลอดภัย คุณภาพของสินค้าและสมรรถภาพทางเทคโนโลยีที่เหนือกว่า และการลดต้นทุน

ในแง่ของสุขภาพและความปลอดภัย เงื่อนไขหลักที่จะต้องพิจารณาคือ จะต้องเป็นความจริง และผู้ประกอบการได้มีการสร้างความแน่ใจเกี่ยวกับมาตรฐานความปลอดภัยขั้นสูง โดยการแจ้งกับบริษัทคู่แข่งหรือลูกค้าในฐานะที่แสดงให้เห็นว่าการพ่วงนั้นเป็นมาตรการขั้นต่ำในการรักษาความปลอดภัย⁹⁹

ในแง่ของคุณภาพสินค้า เงื่อนไขก็คือสินค้าต้องมีคุณภาพทางเทคนิคที่สูงกว่าสินค้าอื่นในตลาด ซึ่งความเหนือกว่านั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยปราศจากการพ่วง¹⁰⁰

ในแง่ของการลดต้นทุน ข้ออ้างนี้สามารถใช้ได้จริงในคดี Microsoft อย่างไรก็ตาม การจะปรับใช้ข้ออ้างนี้ได้จริงนั้นมีโอกาสน้อย เนื่องจากน้ำหนักอาจน้อยเกินไปเมื่อเทียบกับผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันที่เกิดจากการพ่วง¹⁰¹

3.5 กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการขายพ่วงทางเทคนิค

ทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิคมักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของสิทธิบัตร (Patent) ซึ่งโดยหลักแล้วสิทธิบัตรนั้นมีจุดมุ่งหมายในการกระตุ้นให้เกิดการลงทุนในตลาด

⁹⁷ "Ec Microsoft Commission Decision ". Para. 1019.

⁹⁸ "T-201/04 Microsoft V. Commission ".;Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 102.

⁹⁹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration.*, p. 107.

¹⁰⁰ Ibid., 107.

¹⁰¹ Ibid.

เสริมสร้างการวิจัยและพัฒนา และสร้างให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ ให้เกิดขึ้น โดยเจ้าของสิทธิบัตรก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแตกต่างกับการเปิดเผยข้อมูลทางเทคนิค¹⁰²

อย่างไรก็ตาม สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นเกี่ยวข้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าเมื่อมีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะเครื่องมือในการขยายอำนาจ ในกรณีของการปฏิเสธในการจัดหาให้ (refusal to supply) ข้อตกลงอนุญาตให้ใช้สิทธิ และการขายพ่วง ซึ่งได้ปรากฏว่ามีคดีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงและมาตรา 102 (มาตรา 82 เดิม) ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ในคดี Hilti และ Tetra Pak ได้แสดงให้เห็นถึงแนวนโยบายของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต่อการคุ้มครองสินค้าที่มีทรัพย์สินทางปัญญา โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีแนวโน้มที่จะใช้มุมมองที่เข้มงวดกับสินค้าที่ได้รับการคุ้มครองตามทรัพย์สินทางปัญญาในการหาตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งบ่อยครั้งขอบเขตของตลาดจะไม่ตรงกับขอบข่ายความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา¹⁰³

ถึงแม้ว่าสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะไม่ได้ถูกสันนิษฐานว่าสร้างอำนาจเหนือตลาด แต่ก็เป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งในการส่งผลถึงการมีอำนาจเหนือตลาด และหากพิจารณาถึงเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) กับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว การใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตราบเท่าที่เป็นการใช้สิทธิอย่างปกติธรรมดา แต่เมื่อใดที่มีการใช้สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในการแผ่ขยายอำนาจไปในตลาดปลายน้ำ (Downstream market) และกีดกันคู่แข่งรายอื่นออกจากตลาดก็จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (Abuse of Dominant Position)¹⁰⁴

ในคดี Hilti และ คดี Tetra Pak II ขอบเขตของตลาดนั้นเกี่ยวข้องกับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา แต่ในคดี Microsoft นั้น สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญามีบทบาทน้อยกว่า เนื่องจากเห็นว่าในคดี Microsoft บริษัท Microsoft มีอำนาจเหนือตลาดระบบปฏิบัติการและสามารถสร้างผลกระทบอย่างมากในตลาด ซึ่งสร้างผลเสียได้มากกว่าในการพิจารณากรณีที่บริษัท Microsoft มีสิทธิเด็ดขาด (Exclusive right) ในโปรแกรมของตน¹⁰⁵ อย่างไรก็ตามเรื่องนี้อาจมีความเกี่ยวข้องกับประเภทของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งในคดี Hilti และคดี Tetra Pak II เป็นเรื่องของสิทธิบัตร แต่ในคดีของ Microsoft เป็นเรื่องของลิขสิทธิ์ ซึ่งหากเปรียบเทียบกันแล้วสิทธิบัตรนั้นมีสิทธิที่แข็งแกร่งกว่า

¹⁰² Siri Silvereke, "The Winner Takes It All? - or to What Extent May It Be Regarded Anti-Competitive Conduct to Combine Technical Tying and Patent?," p. 19.

¹⁰³ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration, p. 107.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid., 108.

ลิขสิทธิ์เนื่องจากสิทธิบัตรสามารถกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นจากการผลิตสินค้าเดียวกัน ในขณะที่ลิขสิทธิ์ทำได้เพียงแค่กันไม่ให้ผู้อื่นคัดลอกสินค้าของตนไม่ใช่กันในกรณีของสินค้าที่คล้ายกันเท่านั้น¹⁰⁶

อย่างไรก็ตาม สถานะของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นได้มีบทบาทสำคัญในการกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องและการมีอำนาจเหนือตลาด แต่ไม่ได้มีความสำคัญนักในการพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (Abuse of Dominant Position) หรือไม่ แต่การกำหนดขอบเขตของตลาดนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อปัจจัยในการเกิดขึ้นของการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางมิชอบ (Abuse of Dominant Position)¹⁰⁷

3.6 วิเคราะห์และสรุป

ในสหภาพยุโรป มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค 3 คดี คือคดี Hilti คดี Tetra Pak II และคดี Microsoft ซึ่งศาลไม่ได้กล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ไว้ชัดเจนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในคดี Microsoft ที่เป็นการขายพ่วงระหว่างระบบปฏิบัติการ Windows และโปรแกรม Windows Media Player ได้วางหลักการพิจารณาการขายพ่วงไว้ 4 ประการดังต่อไปนี้

1. สินค้า 2 ชิ้นที่แยกจากกัน (Two separate products)
2. มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Dominance in the tying market)
3. ผู้บริโภคไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วงเพียงอย่างเดียว (The customers are given no choice to obtain the tying product alone)
4. การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน (The tying forecloses competition)

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า เนื่องด้วยความซับซ้อนทางเทคนิคในยุคปัจจุบัน ประเด็นสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการขายพ่วงทางเทคนิคก็คือคำถามที่ว่า ในคดีที่เกิดขึ้นเป็นกรณีของสินค้า 2 ชิ้นที่แยกจากกัน หรือเป็นกรณีของสินค้าที่มีการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) ซึ่งถือว่าเป็นสินค้าเพียงชิ้นเดียว ทั้งนี้ ข้อสังเกตประการสำคัญคือในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว ศาลสหภาพยุโรปจะพิจารณาลักษณะทางธรรมชาติของสินค้า ลักษณะทางกายภาพ การใช้งาน และความต้องการของผู้บริโภคในสินค้าที่ถูกพ่วงนั้นเท่านั้น ซึ่งอาจต้องพิจารณาต่อไปว่าแนวทางดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะใช้กับสินค้าที่มีความซับซ้อนทางเทคโนโลยีดังที่ปรากฏในปัจจุบันหรือไม่ ทั้งนี้ กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีพัฒนาการและหลักเกณฑ์ที่น่าสนใจซึ่งจะกล่าวถึงในบทถัดไป

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid., 113.

บทที่ 4 กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกากับการขายพ่วงทางเทคนิค

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการนำกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust law) มาใช้อย่างยาวนาน และมีการพัฒนาทั้งทางด้านกฎหมาย แนวคิด ทฤษฎี คำพิพากษามาอย่างต่อเนื่อง จึงถือได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก

หากกล่าวถึงการขายพ่วงนั้นเดิมทีในประเทศสหรัฐอเมริกา การขายพ่วงได้รับการปฏิบัติอย่างเข้มงวดและแข็งแกร่งต่างจากศาลของสหรัฐอเมริกา และแนวคิดว่าการขายพ่วงนั้นเป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่เป็นความผิด (Per se violation) เป็นระยะเวลาอันยาวนานเนื่องจากเหตุผลของตามทฤษฎีการขยายอำนาจ (The leverage theory) ที่อยู่เบื้องหลัง ซึ่งต่อมาภายหลังด้วยคำพิพากษาต่าง ๆ และนักคิดทางเศรษฐศาสตร์ทำให้เกิดหลักคิดว่าการขายพ่วงนั้นไม่ควรถูกปฏิบัติว่าการขายพ่วงเป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่เป็นความผิดในตัวเอง (Per se violation) และควรจะมีการใช้หลักเหตุผล (Rule of reason) กับการประเมินการขายพ่วง¹ ซึ่งจะกล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

4.1 The Sherman Act 1890

The Sherman Act 1890 นั้นถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกิดขึ้นในวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1890 ภายใต้ยุคของประธานาธิบดี เบนจามิน แฮร์ริสัน² ซึ่งมาตราหลักใน The Sherman Act 1890 ที่มีความเกี่ยวข้องกับการขายพ่วงคือ มาตรา 1 และ มาตรา 2 ซึ่งการกระทำผิดตามกฎหมายฉบับนี้มีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา

4.1.1 The Sherman Act 1890 มาตรา 1³

มาตรา 1 ของ The Sherman Act ได้วางหลักไว้ว่า “ สัญญาทุกประเภท การรวมกันในรูปแบบของทรัสต์หรืออื่น ๆ หรือการสมคบกัน เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือธุรกิจไม่ว่าระหว่างมลรัฐหรือต่างประเทศนั้นเป็นการผิดกฎหมาย...”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรานี้มีลักษณะในการห้ามการกระทำอันเป็นการร่วมมือกันในการจำกัดการแข่งขันทางการค้าหรือทางธุรกิจที่ไม่สมควร (Unreasonably restraint of trade or

¹ Jay Pil Choi, Recent Developments in Antitrust - Theory and Evidence (United States of America: Massachusetts Institute of Technology, 2007), p. 81.

² Robert H. Book, The Antitrust Paradox - a Policy at War with Itself, p. 19.

³ The Sherman Act 1890 Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

commerce) ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้ได้จำกัดการร่วมมือกันทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันในความสัมพันธ์ในแนวดิ่งหรือแนวนอนก็ตาม⁴

การขายพ่วงใด ๆ ก็ตามที่จะเข้าข่าย มาตรา 1 ของ The Sherman Act ได้นั้น เมื่อวิเคราะห์จากตัวบทกฎหมายแล้ว การขายพ่วงนั้นจะต้องเป็นการขายพ่วงที่มีลักษณะเป็นสัญญาเท่านั้น (Contractual tying) ดังนั้นการขายพ่วงทางเทคนิคที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางด้านสัญญา ไม่มีการตกลงหรือสมคบกันจึงเป็นกรณีที่ไม่สามารถปรับเข้ากับมาตรานี้ได้

นอกจากนี้ มาตรานี้เน้นการกระทำอันเป็นลักษณะของการร่วมมือกัน การสมคบกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า การกระทำการขายพ่วงที่เป็นการกระทำเพียงฝ่ายเดียว (Unilateral conduct) ก็จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้เช่นกัน

4.1.2 The Sherman Act 1890 มาตรา 2⁵

มาตรา 2 ของ The Sherman Act ได้วางหลักไว้ว่า “ผู้ใดที่ทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด รวมกันหรือสมคบกันเพื่อผูกขาดส่วนหนึ่งส่วนใดของการค้าหรือธุรกิจไม่ว่าระหว่างมลรัฐหรือต่างประเทศนั้นมีความผิด”

บทบัญญัติในมาตรานี้ จากถ้อยคำแสดงให้เห็นว่าการกระทำให้มาตรานี้ไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดจากการร่วมมือกันหรือการสมคบกันดังเช่นในมาตรา 1 ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามาตรานี้สามารถปรับใช้กับการกระทำของบริษัทเดียว (Single-firm conduct) ได้ นอกจากนี้มาตรานี้ยังมีจุดประสงค์ในการป้องกันการผูกขาดหรือการพยายามที่จะผูกขาด เพื่อรักษาไว้ซึ่งการแข่งขัน⁶

เมื่อนำเรื่องของ การขายพ่วงมาใช้กับมาตรานี้จะเห็นได้ว่า การขายพ่วงที่ผิดตามมาตรานี้ ถ้ามีการกระทำที่ถือได้ว่ายามผูกขาดก็ถือได้ว่ามีความผิดแล้ว อีกทั้งยังเห็นได้ว่ามาตรานี้ไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงการตกลงกัน ซึ่งเป็นการขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual tying) เท่านั้น ดังนั้นไม่ว่าการขายพ่วงทางข้อสัญญา หรือการขายพ่วงทางเทคนิค ก็อาจผิดตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act หากเป็นการกระทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด

⁴ Robert H. Book, *The Antitrust Paradox - a Policy at War with Itself*, pp. 19-20.

⁵ The Sherman Act 1890 Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

⁶ "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act : Chapter 1," [Online]. Available from: <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>

4.2 The Clayton Act 1914

มาตราที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงตาม The Clayton Act ก็คือ มาตรา 3⁷

The Clayton Act ก็คือ มาตรา 3 วางหลักไว้ว่า “การที่บุคคลใด ๆ ได้ทำการค้าพาณิชย์ อันเป็นการให้เช่า การขายหรือทำสัญญาขายสินค้า บรรจุภัณฑ์ ผลิตภัณฑ์ เครื่องจักร หรือโภคภัณฑ์อื่น ๆ ไม่ว่าจะมิลิทธิบัตรหรือไม่มิลิทธิบัตร มีไว้เพื่อใช้ บริโภค หรือขายต่อในประเทศสหรัฐอเมริกา หรืออาณาเขตอื่นใด หรือในรัฐโคลัมเบีย หรือหมู่เกาะใด ๆ ที่มีการครอบครอง หรือสถานที่อื่นที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของสหรัฐอเมริกา หรือกำหนดราคาขาย หรือให้ส่วนลดในราคาใด ๆ โดยมีเงื่อนไข ข้อตกลง หรือความเข้าใจว่าผู้เช่าหรือผู้ซื้อจะไม่ใช้หรือทำการตกลงในสินค้า บรรจุภัณฑ์ ผลิตภัณฑ์ เครื่องจักร หรือโภคภัณฑ์อื่น ๆ ของคู่แข่งรายหนึ่งหรือคู่แข่งอื่นของผู้ให้เช่าหรือผู้ขาย หากผลของการเช่า การขาย การทำสัญญาเพื่อขาย หรือเงื่อนไขอื่นใดไม่เป็นการตกลงหรือความเข้าใจ ที่อาจก่อให้เกิดการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ หรือมีแนวโน้มที่จะสร้างการผูกขาดขึ้นในการค้าใด ๆ การนั้นเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

จากหลักในมาตรานี้จะเห็นได้ว่า มีการบัญญัติถึงการ “อาจก่อให้เกิดการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ (May be to substantially lessen competition)” และ “มีแนวโน้มที่จะสร้างการผูกขาด (Tend to create a monopoly)” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าตามมาตรานี้ เพียงแค่มีการพิสูจน์ว่ามีการ “อาจก่อให้เกิด” การลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ หรือ “มีแนวโน้ม” ที่จะสร้างการผูกขาด ก็ถือว่าเข้าข่ายการกระทำผิดตามมาตรานี้แล้ว⁸ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติใน The Sherman Act ที่ไม่ว่าจะเป็นในมาตรา 1 ที่ต้องแสดงให้เห็นถึงการสมคบกันที่เกิดขึ้นหรือ หรือในมาตรา 2 ที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงการผูกขาดหรือพยายามที่จะผูกขาด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรานี้กับการขายพ่วง จะเห็นได้ว่าตามมาตรานี้เป็นการห้ามมิให้บุคคลใด ๆ กระทำการค้าซึ่งรวมไปถึงการขายและการให้เช่าที่อาจก่อให้เกิดการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ หรือมีแนวโน้มที่จะสร้างการผูกขาดขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจุดประสงค์

⁷ The Clayton Act 1914, Section 3 - It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.

⁸ Keith N. Hylton, *Antitrust Law - Economic Theory and Common Law Evolution* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003), pp. 285-286.

ของมาตรานี้มีความต้องการให้การควบคุมพฤติกรรมของบุคคลใด ๆ อันอาจถือได้ว่า มีจุดประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายเดียวด้วย ดังนั้นการขายพ่วงที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้จึงอาจกล่าวได้ว่า เน้นการพิจารณาถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจที่นำการขายพ่วงมาใช้ฝ่ายเดียว (Unilateral Conduct) ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงการตกลงกันดังเช่น The Sherman Act มาตรา 1

ข้อสังเกตในมาตรานี้คือ ตามมาตรานี้ได้มีการกำหนดประเภทของสินค้าไว้ว่าเป็นกรณีของ “สินค้า บรรจุภัณฑ์ ผลิตภัณฑ์ เครื่องจักร หรือโภคภัณฑ์อื่น ๆ ไม่ว่าจะมียี่ห้อหรือไม่มียี่ห้อ” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หากกรณีการขายพ่วงที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือขอบเขตของสินค้าที่กำหนดไว้ใน The Clayton Act มาตรา 3 นี้ ก็จะไม่สามารถใช้บทบัญญัตินี้ได้ เช่นการบริการอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การเช่า การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นต้น

4.3 The Federal Trade Commission Act 1914

กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นในค.ศ. 1914 ภายใต้สมัยประธานาธิบดี วูดโรว์ วิลสัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการห้ามการแข่งขันด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้าระหว่างมลรัฐ ซึ่งไม่มีโทษในทางอาญา นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ก่อตั้งหน่วยงานอิสระในการตรวจสอบการกระทำภายใต้ชื่อว่า คณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission : FTC) โดยหน่วยงานนี้มีพันธกิจในการปกป้องผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าจากการกระทำที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน การฉ้อฉล และการทำธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม โดยมีหน้าที่ในการสอบสวน ตรวจสอบพฤติกรรมที่ละเมิดต่อกฎหมาย และดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย⁹ ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าหรือ FTC นี้จะอาศัยอำนาจตาม The Federal Trade Commission Act 1914 มาตรา 5

หลักที่ปรากฏอยู่ใน The Federal Trade Commission Act 1914 มาตรา 5 มีใจความกล่าวถึงอำนาจของหน่วยงาน FTC ในการป้องกันการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม หรือการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อทางการค้า การฉ้อฉลในทางการค้า ซึ่งตามกฎหมายนี้ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจโดยตรงในการออกคำสั่งในการป้องกันบุคคล องค์กรธุรกิจต่าง ๆ ยกเว้นธนาคารจากการใช้วิธีการที่ไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน หรือสร้างผลกระทบทางการค้า¹⁰ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตามมาตรา 5 นี้มีอยู่อย่างกว้างขวาง ซึ่งพฤติกรรมการขายพ่วงที่เข้าข่ายตามกฎหมาย The Sherman Act และ The Clayton Act ก็สามารถพิจารณาได้ว่าอยู่ในขอบเขตของมาตรา 5 นี้ด้วย

⁹ "The Federal Trade Commission - About Ftc," [Online]. Available from: <https://www.ftc.gov/about-ftc>

¹⁰ "Federal Trade Commission Act ", (1914). Section 5

4.4 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงต้องพิจารณาคำพิพากษา ซึ่งเป็นกฎหมาย และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการนำไปพิจารณาเรื่อง การขายพ่วงทางเทคนิคมีดังต่อไปนี้

4.4.1 คดี United States v. Jerrold Electronic Corp (1960)¹¹

คดีนี้เป็นคดีในยุคแรก ๆ ที่มีการพัฒนาการทดสอบการแยกออกจากกันของสินค้าที่มีการขายพ่วง โดยศาลในคดีนี้ได้วิเคราะห์ถึงการแยกออกจากกันของสินค้าโดยขึ้นอยู่กับ 3 ปัจจัย คือ มุมมองของผู้บริโภค มุมมองของผู้ประกอบการ และระบบการทำงานของสินค้านั้น

คดีนี้ บริษัท Jerrold Electronics Corporation และบริษัทอื่นอีก 5 บริษัทได้ถูกฟ้องว่ากระทำการสมคบคิดกันและทำสัญญาที่มีข้อจำกัดโดยไม่มีเหตุผลอันเป็นการจำกัดทางการค้าและการพาณิชย์ในอุปกรณ์ระบบกระจายสัญญาณโทรทัศน์แบบเสาอันเป็นการละเมิด The Sherman Act มาตรา 1 และกลุ่มบริษัทนี้ได้ทำการสมคบและพยายามที่จะผูกขาดในทางการค้าและการพาณิชย์ในอุปกรณ์ระบบกระจายสัญญาณโทรทัศน์แบบเสา อันเป็นการละเมิด The Sherman Act มาตรา 2 และทำสัญญาเพื่อที่จะขายหรือทำการขายโดยมีเงื่อนไขที่ผิดต่อ The Clayton Act มาตรา 3 ซึ่งศาลพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำผิดจริง และในคดีนี้ได้ปรากฏรายละเอียดเกี่ยวกับการขายพ่วงอันมีข้อพิจารณา ดังนี้

บริษัท Jerrold Electronic ทำการผลิตระบบโทรทัศน์เสาอากาศและมีการขายให้กับชุมชนที่ห่างไกลซึ่งมีปัญหาในการยารับสัญญาณ ระบบโทรทัศน์เสาอากาศนี้ ประกอบด้วย 4 ส่วน ส่วนแรกคือเสาอากาศ ส่วนที่สองอุปกรณ์ที่จะนำสัญญาณเข้ามาในเมือง ส่วนที่สาม ระบบโครงร่าง (Skeleton system) ซึ่งกระจายสัญญาณในเมือง ส่วนที่สี่ อุปกรณ์แยกสัญญาณโทรทัศน์ (Tap-off) ซึ่งจะนำสัญญาณจากระบบโครงร่างไปยังบ้านต่าง ๆ บริษัท Jerrold ขายอุปกรณ์นี้ในฐานะระบบที่มีความสมบูรณ์ในตัว ไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่มีการขายแยกออกจากกัน อย่างไรก็ตามก็สังเกตเห็นว่าทางบริษัท Jerrold Electronic ทำการขายพ่วงเพราะทางบริษัทถือครองอำนาจตลาดในชิ้นส่วนอุปกรณ์ที่อาศัยเทคโนโลยีเสาอากาศนี้บางชิ้น และได้บังคับให้ผู้บริโภคที่ต้องการซื้อสินค้าเพียงชิ้นเดียวจะต้องซื้อส่วนอื่น ๆ ไปด้วยอันเป็นการซื้อสินค้าไปทั้งระบบ ซึ่งทางบริษัท Jerrold Electronic เห็นว่าระบบสินค้าของตนเป็นผลิตภัณฑ์เดียว ไม่ใช่การควบกันของสินค้า 4 ชนิดแยกออกจากกัน

¹¹ "United States V. Jerrold Electronics Corporation, 187 F. Supp. 545 ", (U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 1960).

ในการพิจารณาว่าระบบนี้เป็นสินค้าชิ้นเดียวหรือหลายชิ้นนั้น ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้พิจารณาปัจจัยที่เกี่ยวข้องหลายปัจจัย ประการแรก บริษัทคู่แข่งของ Jerrold Electronic มีการเสนอขายส่วนประกอบแยกต่างหากจากระบบทั้งระบบ ประการที่สอง ตัวระบบเองมีความแตกต่างจากระบบอื่นโดยมีความต้องการอย่างเฉพาะเจาะจงในการขายให้แก่ชุมชน ประการที่สาม มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการคิดเงินสินค้าผู้บริโภคถูกคิดเงินจากสินค้าแต่ละองค์ประกอบแยกจากกันแทนที่จะถูกคิดเป็นชุด และจากข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงเห็นว่าระบบนี้เป็นสินค้า 4 ชิ้นแยกออกจากกัน ไม่ใช่สินค้าชิ้นเดียว

ผู้พิพากษาได้มีการให้หมายเหตุไว้ว่า เมื่อพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายอื่นก็พบว่าลูกค้าบางรายต้องการซื้อสินค้าทั้งระบบมากกว่าแต่ละส่วนแยกออกจากกัน และในชุมชนที่แตกต่างกันก็ได้รับระบบที่แตกต่างกันเนื่องจากแต่ละระบบถูกออกแบบมาให้เข้ากันกับการรับสัญญาณที่ไม่ดีได้แตกต่างกัน นอกจากนี้จากข้อเท็จจริงที่ว่าระบบนั้นสร้างตามคำสั่งของลูกค้าเนื่องจากความต้องการของแต่ละชุมชนที่แตกต่างกันจึงทำให้ไบเสริจเรียกเก็บเงินมีลักษณะแยกออกเป็นส่วน ๆ มากกว่าเป็นการคิดทั้งระบบ

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาในคดีนี้มีการแสดงความเห็นที่น่าสนใจว่า ถ้าเป็นในช่วงแรกของการก่อตั้งธุรกิจ บริษัท Jerrold Electronic มีเหตุผลทางธุรกิจที่สมควรในการขายระบบนี้ในรูปแบบของการรวมเข้าด้วยกัน เนื่องจากเมื่อมีการเสนอขายสินค้าเข้าสู่ตลาดเป็นครั้งแรก ตัวระบบนั้นยังไม่ได้อยู่ในสถานะที่เสร็จสมบูรณ์ และมีความเปราะบางและไม่เสถียร ทางบริษัทจึงไม่ต้องการให้มีการใช้ส่วนประกอบอื่นจากภายนอกเข้ามาเชื่อมในระบบเพราะอาจทำให้สินค้าทำงานไม่ได้ ซึ่งเหตุผลของทางบริษัทนั้นผู้พิพากษาเห็นว่าสามารถรับฟังได้ เนื่องจากหากการขายระบบนี้ล้มเหลวเนื่องจากการใช้สินค้าอื่นที่ไม่ใช่ของบริษัท Jerrold Electronic นั้นอาจทำให้ชื่อเสียงของสินค้าได้รับความเสียหายและไม่อาจกู้คืนได้ ดังนั้นการขายพวงนี้อนุญาตให้ทำได้เพราะเป็นการสร้างตัวของธุรกิจใหม่ที่มีความเสี่ยงในอนาคตสูง อย่างไรก็ตาม ทางโจทก์เองก็ไม่ได้โต้แย้งในเรื่องของเหตุผลในการทำสัญญาประการนี้ แต่โจทก์ได้มุ่งเน้นในประเด็นของการบังคับการขายพวงที่เกิดขึ้น

จากการวิเคราะห์ของผู้พิพากษาในคดีสามารถแบ่งได้เป็น 3 แ่ง คือแง่ความคิดเห็นของลูกค้าต่อระบบ แ่งของบริษัทและบริษัทคู่แข่งมองต่อระบบ และการทำงานของระบบ ซึ่งมุมมองการวิเคราะห์นี้สามารถนำไปใช้กับการแยกสินค้าออกจากกันได้ ซึ่งจะกล่าวต่อไปในภายหลัง

ในมุมมองของผู้บริโภค การมีความต้องการที่แยกออกจากกันในสินค้าที่มีการรวมกันเป็นการบอกเป็นนัยถึงเรื่องที่ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่เป็นสองชนิด มากกว่าสินค้าชนิดเดียว แต่ขณะเดียวกันก็มีผู้บริโภคที่ต้องการซื้อสินค้าทั้งระบบมากกว่าสินค้าที่แยกจากกันเช่นกัน และในมุมมองของผู้ประกอบการนั้นก็สามารถกล่าวได้ว่า ผู้ผลิตมีมุมมองต่อสินค้าที่มีความแตกต่างออกไปจากลูกค้าว่าสินค้านั้นเป็นการรวมกันของสินค้าสองอย่างเพื่อสร้างสินค้าชนิดเดียวหรือไม่ และราคาก็เป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงวิธีการมองสินค้าของผู้ประกอบการผ่านการขายของตน เช่นการคิดค่าสินค้าแต่ละชิ้นแยกออก



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

จากกันถึงแม้ว่าจะมีการขายเป็นระบบก็ตาม ซึ่งบริษัท Jerrold Electronic ได้มองระบบในฐานะการควมรวมของสินค้าที่แยกจากกัน ไม่ใช่การเป็นสินค้าขึ้นเดียวด้วยตัวของมันเอง และนอกจากนี้ในมุมมองของผู้ประกอบการอาจแสดงให้เห็นผ่านการกระทำของบริษัทคู่แข่งว่ามีการขายสินค้าแยกจากกันหรือขายสินค้ารวมเป็นสินค้าขึ้นเดียว

ท้ายที่สุดในคดีนี้ศาลได้พิพากษาว่า

1. จำเลยและพวกได้มีการรวมกันและสมคบกันในการทำสัญญาการให้บริการและทำการขายระบบโทรทัศน์เสาอากาศเฉพาะการขายระบบโทรทัศน์เสาอากาศทั้งระบบเท่านั้น เนื่องจากเป็นการกีดขวางการค้าและธุรกิจใอุปกรณ์โทรทัศน์เสาอากาศจึงผิดตาม The Sherman Act มาตรา 1
2. จำเลยและพวกได้ทำสัญญาเพื่อจะขายหรือขายระบบโทรทัศน์เสาอากาศโดยมีเงื่อนไขที่ผิดต่อกฎหมายซึ่งเป็นความผิดตาม The Clayton Act มาตรา 3
3. จำเลย บริษัท Jerrold Electronic ได้สร้างระบบโทรทัศน์เสาอากาศ ซึ่งส่งผลต่อการปิดตลาดในการที่จะให้บริษัทคู่แข่งเข้ามามีส่วนแบ่งทางการตลาดในอุปกรณ์ของระบบโทรทัศน์เสาอากาศ ซึ่งหากมีการกระทำดังกล่าวต่อไปในอนาคตก็จะทำให้การแข่งขันลดลงและสร้างผู้ผูกขาดในการขายและจัดจำหน่ายระบบโทรทัศน์เสาอากาศขึ้นในสหรัฐอเมริกาอันเป็นการขัดต่อ The Clayton Act มาตรา 7
4. จำเลยบริษัท Jerrold-Northwest ได้พยายามทำการผูกขาดอันเป็นความผิดตาม The Sherman Act มาตรา 2

4.4.2 คดี In re DATA GENERAL CORPORATION ANTITRUST LITIGATION.

(1981)¹²

ในคดีนี้บริษัท Data General Corporation ได้ถูกฟ้องเกี่ยวกับการขายพ่วง 2 กรณีว่า ทำการขายพ่วงระบบปฏิบัติการ (Tying Product) เข้ากับ CPUs (Tied Product) และทำการขายพ่วง CPUs กับอุปกรณ์เก็บความจำ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดตาม The Sherman Act มาตรา 1 และ The Clayton Act มาตรา 3

ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้มีการพิจารณาว่าการรวมกันของ CPU และอุปกรณ์เก็บความจำโดยเริ่มจากมุมมองของผู้ผลิต ซึ่งพบว่าในทางปฏิบัติในตลาดของบริษัท Data General แสดงให้เห็นว่าสินค้า CPUs และ อุปกรณ์ความจำ (Memory Board) นั้นเป็นสินค้าที่แยกออกจากกัน เนื่องจากถึงแม้ว่า

¹² "In Re Data General Corp. Antitrust Litigation, 529 F. Supp. 801," (U.S. District Court for the Northern District of California, 1981).

บริษัท Data General จะไม่ขาย CPUs โดยปราศจาก Memory Board แต่ได้ปรากฏว่ามีการขาย Memory Board แยกต่างหาก และยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการอื่นที่ผลิต CPUs และ Memory Board พบว่ามีอย่างน้อยหนึ่งบริษัทที่ทำการขายของสองสิ่งนี้พร้อมเข้าด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตาม บริษัทคู่แข่งของบริษัท Data General ทั้งหมดนั้นมีการขาย Memory Board แยกต่างหากออกจากกัน

เมื่อทำการพิจารณาในมุมมองของผู้บริโภค ศาลพบว่า มีลูกค้าของบริษัท Data General ที่ให้การว่า เมื่อลูกค้าได้ซื้อ CPU ของทางบริษัท Data General ไปแล้วได้ทำการถอน Memory Board ของบริษัท Data General ออกแล้วแทนที่ด้วยสินค้าของบริษัทอื่นแทน ซึ่งทางบริษัท Data General เองก็ยอมรับว่าการกระทำของลูกค้าเช่นนี้ไม่ใช่เรื่องแปลกแต่อย่างใด จึงทำให้สามารถสรุปได้ว่า มีลูกค้ากลุ่มหนึ่งที่ไม่ได้มองว่า CPUs และ Memory Board เป็นสินค้าชิ้นเดียว

ในประการสุดท้ายก็ได้มีการพิจารณาว่าการทำการขายพร้อมเช่นนี้ทำให้เกิดการทำงานที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการที่ผู้ประกอบการขายสินค้า 2 ชนิดแยกจากกันหรือไม่ ซึ่งบริษัท Data General ได้ให้เหตุผลว่า การทำการค้นคว้าวิจัยและพัฒนาสินค้า 2 ชิ้นนี้ร่วมกันได้ลดค่าใช้จ่ายลง และการรวมกันของสินค้าเช่นนี้ทำให้มีการทำงานอย่างเหมาะสมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งระบบ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธถึงข้อกล่าวอ้างนี้ โดยให้เหตุผลว่าไม่มีการแสดงให้เห็นถึงผลประโยชน์ที่จะต้องเสียไปหากมีการขายสินค้า 2 ชนิดแยกออกจากกัน

4.4.3 คดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde (1984)¹³

คดีนี้ไม่ได้กล่าวถึงการขายพร้อมทางเทคนิคไว้ แต่เป็นคดีสำคัญที่ได้มีการวางเกณฑ์ถึงการพิจารณาการขายพร้อมและเกณฑ์การแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกันที่สำคัญ โดยพิจารณาว่ามีความต้องการในสินค้าชิ้นหนึ่งแยกออกจากสินค้าอีกชิ้นหนึ่งที่เพียงพอหรือไม่ อีกทั้งคดีนี้เป็นคดีที่มีการนำหลักเหตุผล (Rule of Reason) นำมาใช้ในการพิจารณาคดี

ในปี 1971 โรงพยาบาลเจฟเฟอร์สัน (โรงพยาบาล Jefferson Parish Hospital เขตที่ 2) จำเลยได้เข้าทำสัญญากับบริษัท Roux & Associates ซึ่งทำให้บริษัท Roux เป็นผู้จัดหาบริการทางวิสัญญีให้แก่โรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งภายใต้ข้อตกลงนี้ค่าธรรมเนียมใด ๆ เกี่ยวกับการวิสัญญีผู้ป่วยจะได้รับใบเสร็จแยกต่างหากออกไป ซึ่งการชำระเงินก็จะมีการแยกกันระหว่างการชำระให้กับโรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันและบริษัท Roux & Associates และภายใต้ข้อตกลงดังกล่าวนี้ บริการทางวิสัญญีที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันจะต้องมาจากวิสัญญีแพทย์จากบริษัท Roux & Associates เท่านั้น

¹³ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde," (Supreme Court of the United States, 1984).

ในปี 1977 โจทก์ Edwin G. Hyde ได้ยื่นสมัครเป็นวิสัญญีแพทย์ที่โรงพยาบาลเจฟเฟอร์สัน และได้ถูกปฏิเสธโดยสิ้นเชิงเนื่องจากโรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันได้มีข้อตกลงให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวกับบริษัท Roux & Associates โจทก์จึงได้ฟ้องโรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันเพื่อให้ศาลสั่งห้ามและมีค่าตัดสินแสดงสิทธิว่าความตกลงของโรงพยาบาลกับบริษัท Roux & Associates นั้นละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า ซึ่งโจทก์ได้ให้เหตุผลว่า ความตกลงนั้นเป็นความตกลงในการขายพ่วงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยโจทก์ได้แสดงหลักฐานว่า บ่อยครั้งผู้ป่วยนั้นต้องการระบวิสัญญีแพทย์อย่างเฉพาะเจาะจง ซึ่งขัดต่อสัญญาที่โรงพยาบาลได้ทำไว้ การกระทำเป็นการละเมิด The Sherman Act มาตรา 1

จำเลย โรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันได้แสดงหลักฐานว่า ผู้ป่วยกว่า 70 % ในพื้นที่ใช้บริการโรงพยาบาลอื่นที่ไม่ใช่โรงพยาบาลเจฟเฟอร์สัน สัญญาที่ถูกฟ้องนี้จึงเพียงพอที่จะสร้างความเสียหายให้กับการแข่งขันเนื่องจากตลาดอำนาจเหนือตลาด ซึ่งศาลชั้นต้นของสหรัฐเห็นด้วยว่า โรงพยาบาลเจฟเฟอร์สันไม่ได้ครอบครองอำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องทางภูมิศาสตร์นี้ (Relevant geographic market) และศาลยังเห็นอีกว่าผลประโยชน์จากข้อสัญญานี้เป็นการทำให้การดูแลผู้ป่วยนั้นดีขึ้นซึ่งเป็นการสนับสนุนการแข่งขันมากกว่าส่งผลเป็นการต่อต้านการแข่งขัน

อย่างไรก็ดี ศาลอุทธรณ์สหรัฐได้กลับคำพิพากษาโดยตัดสินว่า สัญญาดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegal per se) ซึ่งกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงเพราะผู้ใช้บริการห้องผ่าตัดของโรงพยาบาล (Tying Product) จะต้องซื้อบริการที่ทางโรงพยาบาลเลือกไว้ก็คือบริการด้านวิสัญญี (Tied product) ไปด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าโรงพยาบาลมีอำนาจตลาดอย่างเพียงพอในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ในการบีบบังคับให้ผู้ซื้อสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) และเนื่องจากการซื้อสินค้าที่มีการพ่วงนั้นก่อให้เกิดการค้าระหว่างมลรัฐที่มีจำนวนที่กล่าวไม่ได้ว่าเป็นจำนวนน้อย (Not insubstantial amount of interstate commerce) ดังนั้นความตกลงขายพ่วงดังกล่าวจึงเป็นความผิดตามกฎหมาย

ศาลฎีกาของสหรัฐได้ตัดสินว่า สัญญาให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในกรณีนี้ไม่ผิดตาม The Sherman Act มาตรา 1 เนื่องจากในการสอบสวนเกี่ยวกับความชอบด้วยเหตุผลของการขายพ่วงนั้น จะต้องพิจารณาขอบเขตของตลาดสินค้าที่มีการขายพ่วงซึ่งเป็นตลาดที่สินค้าทั้งสองชนิดได้ถูกขาย อันเป็นสถานที่ที่ทำให้เกิดผลกระทบเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ดังนั้นในคดีนี้ ในการวิเคราะห์การขายพ่วงจะต้องเน้นที่การขายบริการดังกล่าวให้แก่ผู้ป่วยมากกว่าตัวสัญญาการจัดหาบริการทางวิสัญญี ซึ่งในการวิเคราะห์นั้นจะต้องพิจารณาว่าสินค้า 2 ชนิดมีการพ่วงเข้าด้วยกัน และได้มีการใช้อำนาจตลาด บังคับให้ผู้ป่วยต้องรับเอาไปซึ่งการขายพ่วงนั้น

การขายพ่วงนั้นไม่สามารถคงอยู่ได้หากขาดความต้องการของผู้ป่วยในการซื้อบริการทางวิสัญญีแพทย์แยกต่างหากจากบริการของโรงพยาบาล ซึ่งจุดนี้เป็นจุดตัดที่สำคัญในการพิจารณาว่ามี



109548261

CT :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

การขายพ่วงเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้อาจพิจารณาถึงข้อเท็จจริงว่าได้มีการเสนอบริการทางวิสัญญีแยกต่างหากจากบริการของโรงพยาบาลหรือไม่ ในความเป็นจริง ปรากฏข้อเท็จจริงคือ ตามสัญญาให้สิทธินั้นมีเงื่อนไขให้ซื้อบริการทั้งสองอย่างด้วยกัน และกรณีที่จะทำให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันนั้นจะต้องเป็นกรณีที่โรงพยาบาลที่มีอำนาจตลาดได้บังคับให้ผู้ป่วยซื้อบริการตามสัญญานั้น หากไม่มีการบังคับเกิดขึ้นแล้ว ผู้ป่วยย่อมมีอิสระในการเข้าไปใช้บริการของโรงพยาบาลคู่แข่งและให้บริการทางวิสัญญีของบริษัทอื่น

ประเด็นเรื่องความแพร่หลายของประกันสุขภาพที่ทำให้ผู้ป่วยขาดแรงจูงใจในการเปรียบเทียบราคาค่าบริการ และการขาดแคลนข้อมูลของผู้ป่วยในการเปรียบเทียบคุณภาพของบริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาลคู่แข่งอาจสร้างอำนาจทางตลาดได้ในทางนามธรรม แต่ในความเป็นจริงแล้ว การที่ผู้ป่วยขาดความตระหนักในด้านราคาไม่ได้เป็นสิ่งที่จะสามารถบังคับให้ผู้ป่วยใช้บริการทางวิสัญญีที่ตนไม่ต้องการได้

จากพยานหลักฐานทั้งหมดแสดงให้เห็นว่าตัวเลือกของวิสัญญีแพทย์ที่โรงพยาบาลนั้นจำกัดอยู่ที่ต้องเลือกแพทย์หนึ่งใน 4 คนตามสัญญา ถ้าหากโจทก์ได้รับการยอมรับเข้าไปเป็นพนักงานของโรงพยาบาลก็จะทำให้ตัวเลือกนั้นเพิ่มขึ้นก็จริง แต่อย่างไรก็ตามอิสระในการเลือกวิสัญญีแพทย์ตามความต้องการนั้นยังถูกจำกัดอยู่เช่นเดิม ดังนั้นเมื่อไม่มีหลักฐานปรากฏว่าราคา คุณภาพ อุปสงค์หรืออุปทาน ไม่ว่าจะสำหรับสินค้าที่มีการพ่วง (Tying) หรือสินค้าที่ถูกพ่วง (Tied Product) ได้รับความกระทบในแง่ลบจากสัญญาให้สิทธิดังกล่าว และไม่มีการแสดงให้เห็นว่าตลาดโดยรวมถูกลดกระทบจากสัญญาดังกล่าว

ศาลฎีกาพิพากษากลับ สัญญาให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในกรณีนี้ไม่ผิดตาม The Sherman Act มาตรา 1

4.4.4 คดี Eastman Kodak v. Image Technical Services (1992)¹⁴

บริษัท Eastman Kodak ทำธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องถ่ายภาพเอกสารไมโครฟิล์ม และให้บริการดูแลรักษาเปลี่ยนชิ้นส่วนอะไหล่ด้วย ส่วนบริษัท Image Technical Services ทำธุรกิจซ่อมเครื่องถ่ายภาพเอกสารไมโครฟิล์ม ซึ่งบริษัท Kodak นั้นมีนโยบายในการจำกัดจำนวนอะไหล่ของบริษัท Kodak สำหรับผู้ให้บริการซ่อมอิสระ ซึ่งทำให้ผู้ให้บริการซ่อมยากที่จะแข่งขันกับบริษัท Kodak ได้ โดยผู้ให้บริการอิสระได้ฟ้องบริษัท Kodak ว่าทำการพ่วงการขายบริการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการผิด The Sherman Act มาตรา 1 การขายพ่วงในคดีนี้แตกต่างจากคดีอื่นเนื่องจากบริษัท

¹⁴ "Eastman Kodak Company, Petitioner V. Image Technical Services, Inc., Et AL.," (Supreme Court of the United States, 1992).

Kodak นั้นถือสัดส่วนทางการตลาดอยู่ 23 % ซึ่งน้อยกว่าในคดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde (1984) อีก ซึ่งทำให้เกิดประเด็นว่า บริษัท Kodak มีอำนาจตลาดในตลาดหลังการขาย (Aftermarket) สำหรับอะไหล่ (Tying product) และการพ่วงบริการ (Tied product) ในตลาดอะไหล่สำหรับเครื่องถ่ายภาพเอกสารหรือไม่

ศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้ปรับใช้หลักความรับผิดชอบที่ติดขัดกับการขายพ่วงในกรณีนี้ แต่บริษัท Eastman Kodak ได้โต้แย้งว่าตนนั้นมีอำนาจผูกขาดในตลาดชิ้นส่วนอะไหล่ของบริษัทของตนโดยลักษณะของสินค้าตามธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งศาลฎีกาสหรัฐฯ เห็นว่า ตลาดหลังการขายนั้นไม่ได้ถูกยกเว้นจากการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า เนื่องจากตลาดเหล่านี้มีความสำคัญและมีการเติบโตทางอุตสาหกรรม ถึงแม้ว่าผู้ผลิตทุกรายนั้นจะครอบครองอำนาจตลาดบางส่วนในสินค้าที่เป็นอะไหล่ของตน แต่ศาลฎีกาสหรัฐฯ เห็นว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะไม่ปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในกรณีเช่นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบางคดีที่อำนาจตลาดนั้นเกิดจากการทรงสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ ในทางเอาเปรียบหรือขยายอำนาจไปสู่อีกตลาดหนึ่ง บริษัทเช่นนั้นก็ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด คดี Kodak นี้เป็นคดีที่มีความพิเศษเนื่องจากศาลได้ยอมรับความหมายของตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นสินค้าแบรนด์เดียว ซึ่งได้ให้ความหมายจากการแข่งขันที่เกิดขึ้นภายในแบรนด์ แต่อย่างไรก็ดีบริษัท Kodak นั้นมีจุดประสงค์ในการกระทำเช่นนี้ แบ่งได้ออกเป็น 2 เหตุผลคือ ประการแรก ลูกค้าได้รับข้อมูลเพียงส่วนหนึ่งหรือได้รับข้อมูลไม่เพียงพอที่จะประเมินถึงต้นทุนค่าใช้จ่ายในระยะยาว ซึ่งจะทำให้ค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าของบริษัทอื่นนั้นจะสูงมาก ประการที่สองคือเมื่อผู้ซื้อสินค้ามีการซื้อสินค้าไปแล้ว ผู้ขายสามารถเพิ่มราคาสินค้าในตลาดสินค้าหลังการขายได้โดยที่ผู้ซื้อต้องจ่ายอมซื้อเพราะติดอยู่ในการที่จะต้องให้ผลิตภัณฑ์นั้นเพราะค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนไปใช้ของบริษัทอื่นนั้นสูงเกินไป

4.4.5 คดี United States v. Microsoft Corporation¹⁵ (Microsoft 3) (2001)

คดีนี้มีประวัติเกี่ยวเนื่องย้อนหลังไปในปี ค.ศ.1994 ซึ่งกระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ ได้ฟ้องคดีต่อบริษัท Microsoft โดยมีข้อกล่าวหาว่า บริษัท Microsoft เป็นผู้ผูกขาดในตลาดระบบปฏิบัติการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการใช้ข้อตกลงเกี่ยวกับโปรแกรมซอฟต์แวร์และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งคดีนี้ได้จบลงด้วยการประนีประนอมยอมความ และคดีนี้มีชื่อว่า United States v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448, 1451 (D.C. Cir. 1995) หรือเรียกได้อีกชื่อหนึ่งว่า คดี Microsoft 1

¹⁵ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

ในปี ค.ศ. 1998 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้ฟ้องคดีต่อบริษัท Microsoft อีกครั้งหนึ่งโดยเกี่ยวเนื่องกับคดีเดิมว่า บริษัท Microsoft ได้ละเมิดข้อตกลงตามคำพิพากษาตามยอมในคดี Microsoft I โดยการขายพ่วงโปรแกรม Internet Explorer 3.0 กับ โปรแกรม Internet Explorer 4.0 กับระบบปฏิบัติการ Windows 95 ซึ่งสุดท้ายแล้วศาลตัดสินว่าการกระทำของบริษัท Microsoft ไม่เป็นการละเมิดความตกลงตามคำพิพากษาตามยอม และในคดีนี้มีชื่อว่า United States v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งได้ว่า คดี Microsoft 2

ต่อมาในเดือน พฤษภาคม ค.ศ.1998 กระทรวงยุติธรรม และกลุ่มโจทก์จาก 19 มลรัฐได้ฟ้องบริษัท Microsoft ว่าได้กระทำการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด 4 ประการ คือ ทำข้อตกลงทำการค้าเฉพาะรายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful exclusive dealing arrangements) การขายพ่วงอันไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งขัดต่อ The Sherman Act มาตรา 1 และ กระทำผิดตาม มาตรา 2 ในกรณีดำรงอยู่ในตำแหน่งผู้ผูกขาดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful monopoly maintenance) และพยายามที่จะทำการผูกขาด

ข้อกล่าวหาต่อบริษัท Microsoft มีอยู่ว่า ทางบริษัท Microsoft ได้พยายามที่จะดำรงความเป็นผู้ผูกขาดโดยการพยายามขจัดโปรแกรม Netscape Navigator ซึ่งเป็นเว็บเบราว์เซอร์ และ โปรแกรม Sun Java ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มภาษาคอมพิวเตอร์ออกไปจากตลาด ซึ่งทั้ง Netscape Navigator และ Java นั้นต่างก็เป็น “Middleware” (Middleware คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่คอยช่วยเหลือดูแลการทำงานของโปรแกรมที่ทำงานอยู่บนระบบปฏิบัติการต่าง ๆ) และทั้งนี้ในมุมมองของโจทก์ โปรแกรมที่เป็น Middleware ได้เป็นภัยต่อความเป็นผู้ผูกขาดของระบบปฏิบัติการ Windows อย่างชัดเจนด้วยสาเหตุ 2 ประการ คือ ประการแรก ด้วยตัวโปรแกรม Middleware นั้นสามารถใช้เป็นแพลตฟอร์มซึ่งสามารถแข่งขันได้โดยตรงกับระบบปฏิบัติการ Windows ประการที่สอง คือโปรแกรม Middleware มีการออกแบบให้สามารถทำงานได้มากกว่าระบบปฏิบัติการเดี่ยว และอนุญาตให้ผู้พัฒนาซอฟต์แวร์สามารถเขียนโปรแกรมซึ่งสามารถทำงานได้บนระบบปฏิบัติการหลายระบบ ซึ่งจะนำไปสู่การลดกำแพงในการเข้าสู่ตลาดของโปรแกรมต่าง ๆ และโจทก์เห็นว่าการกระทำของบริษัท Microsoft นั้นเป็นการปกป้องสถานะผู้ผูกขาด

นอกจากนี้ โจทก์ยังกล่าวหาว่าบริษัท Microsoft ได้มีการกระทำอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันในความพยายามที่จะทำลายการแข่งขันจาก Navigator และ Java ซึ่งการกระทำเหล่านี้รวมถึง การทำสัญญาการค้าเฉพาะรายกับผู้ผลิต OEMs และผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต(IAPs) โดยการกีดกัน Navigator ออกไปโดยให้ OEMs ใช้ Internet Explorer แทน และกดดันให้บริษัท Apple หยุดการใช้งาน Navigator และโจทก์ยังฟ้องอีกว่าบริษัท Microsoft ได้ทำการพ่วงโปรแกรม Internet Explorer กับระบบปฏิบัติการ Windows โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อที่จะทำลายคู่แข่งในตลาดเว็บเบราว์เซอร์



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

ศาลชั้นต้นสหรัฐได้มีคำตัดสินว่า บริษัท Microsoft เป็นผู้ผูกขาดในตลาดระบบปฏิบัติการ PC และบริษัทได้มีการกระทำอันขัดต่อการแข่งขันทางการค้าเพื่อที่จะดำรงไว้ซึ่งอำนาจผูกขาด และการกระทำเหล่านี้เป็นการทำเพื่อทำลายการแข่งขันโดยโปรแกรม Middleware การกระทำนั้นรวมถึง การพยายามโน้มน้าวให้ Netscape ไม่ปล่อยโปรแกรมเวอร์ชันที่ทำงานได้บนหลายแพลตฟอร์ม การทำสัญญาให้สิทธิ (Exclusive Contract) กับบริษัท OEMs ผู้ให้บริการการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต (IAPs) และบริษัท Apple เพื่อบังคับให้คู่สัญญาเหล่านี้ใช้โปรแกรม IE มากกว่า Netscape และการขายพ่วง โปรแกรม IE เข้ากับระบบปฏิบัติการ Windows เพื่อลดสัดส่วนทางการตลาดของบริษัทคู่แข่ง และนอกจากนี้บริษัท Microsoft ยังได้สร้าง Java Virtual Machine (JVM) เป็นเวอร์ชันของตนเองและในสัญญานั้นก็ได้บังคับให้ผู้ขายอิสระใช้งานด้วย และจากข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัท Microsoft มีอำนาจผูกขาดและการกระทำที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ผู้พิพากษาจึงได้ตัดสินว่าบริษัท Microsoft ได้ละเมิดต่อ The Sherman Act มาตรา 2 โดยการพยายามดำรงไว้ซึ่งการเป็นผู้ผูกขาดโดยผิดกฎหมายในตลาดระบบปฏิบัติการ และมีความรับผิดในการพยายามรักษาไว้ซึ่งการผูกขาดตาม มาตรา 2 อีกด้วย ซึ่งผู้พิพากษาพบว่าข้อเสนอของบริษัท Microsoft ที่มีต่อ Netscape ในการแบ่ง ตลาดระบบปฏิบัติการนั้นเพียงพอที่จะสร้างความเป็นไปได้ที่อันตรายว่าบริษัท Microsoft อาจ ประสบความสำเร็จในการเป็นผู้ผูกขาดในตลาดเบราว์เซอร์

สำหรับการละเมิดตามมาตรา 1 ผู้พิพากษาพบว่า บริษัท Microsoft มีความรับผิดต่อการ ขายพ่วงแต่ไม่ใช่ในกรณี exclusive dealing ซึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้พบว่าโปรแกรม IE และ ระบบปฏิบัติการ Windows นั้นเป็นสินค้าที่แยกออกจากกันได้ จากที่ปรากฏอยู่ในใบอนุญาตการใช้ Windows ในเรื่องของการซื้อโปรแกรม IE ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ตัดสินว่า บริษัท Microsoft ได้สร้าง การขายพ่วงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา Jackson ได้ปฏิเสธที่จะตัดสินว่าบริษัท Microsoft มีความผิดในกรณี exclusive dealing เนื่องจากจำเลยไม่ได้ปรากฏการปิดตลาดใน สัดส่วนที่เพียงพอในตลาดระบบเบราว์เซอร์

ต่อมาบริษัท Microsoft ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

ในประเด็นของการผูกขาด ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้สนับสนุนคำตัดสินของศาลล่างที่ว่า บริษัท Microsoft มีอำนาจผูกขาดในตลาดระบบปฏิบัติการ PC ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของบริษัท Microsoft ที่ว่าศาลชั้นต้นได้ให้ความหมายของตลาดที่เกี่ยวข้องผิด และยังปฏิเสธการยืนยันของ Microsoft ว่า ในอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์นั้นมีความเป็นเอกลักษณ์และมีความเป็นพลวัตรซึ่งจะต้อง พิจารณาหลักฐานมากกว่าสถานการณ์ปกติ

ศาลอุทธรณ์ยังสนับสนุนคำตัดสินของศาลชั้นต้นอีกว่าบริษัท Microsoft ได้มีการกระทำอัน เป็นการต่อต้านการแข่งขัน โดยการกระทำนั้นรวมถึงการที่บริษัท Microsoft ได้มีการวางข้อกำหนด



อย่างจำกัดในการให้ใบอนุญาตระบบ Windows ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการลดการใช้เว็บเบราว์เซอร์ของคู่แข่งผ่านทางสัญญาที่มีข้อจำกัดมากกว่าการขึ้นอยู่กับผลิตภัณฑ์ของบริษัท Microsoft นั้นมีความเหนือกว่า

ส่วนวิธีการพ่วงโปรแกรม IE ไปกับระบบปฏิบัติการ Windows นั้น บริษัท Microsoft ได้พัฒนาระบบปฏิบัติการ Windows ให้ใช้งานกับ Netscape ได้ยากลำบาก และการบังคับขายโปรแกรม IE โดยทำให้ไม่สามารถลบออกไปจากระบบ Add/Remove Program ได้ทำให้การใช้งานของเว็บเบราว์เซอร์คู่แข่งลดลง ซึ่งกรณีนี้เป็นการทำงานผูกขาดโดยไม่ชอบ

นอกจากวิธีการพ่วงโปรแกรม IE และระบบปฏิบัติการ Windows แล้ว บริษัท Microsoft ยังมี Exclusive contract กับระบบการเข้าถึงทางอินเทอร์เน็ต (IAPs) มี Exclusive dealing arrangement กับผู้ขายซอฟต์แวร์รายย่อย และมีข้อตกลงกับบริษัท Apple ใช้ขายพ่วง IE กับระบบปฏิบัติการ และให้ตั้งค่าเป็นเว็บเบราว์เซอร์พื้นฐาน

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงเทคโนโลยี Java ศาลได้ตัดสินว่าความตกลงที่บริษัท Microsoft ทำกับผู้ขายซอฟต์แวร์รายย่อย ซึ่งเสนอว่าจะให้ข้อมูลทางเทคนิคของระบบปฏิบัติการ Windows และเปลี่ยนกับการโปรโมท Java เวอร์ชัน ของ Microsoft เป็นการต่อต้านการแข่งขันอันส่งผลต่อการปิดตลาดในตลาด Java อย่างมีนัยยะสำคัญ ซึ่งศาลตัดสินว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน นอกจากนี้บริษัท Microsoft ยังมีการชูปริษัท Intel ว่าให้เลิกความพยายามในการสร้างแพลตฟอร์มในระบบ Java มิฉะนั้นจะหันไปสนับสนุนบริษัทไมโครชิปที่เป็นคู่แข่ง ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการต่อต้านการแข่งขัน

ประเด็นข้อหาพยายามในการผูกขาด ศาลอุทธรณ์กลับคำตัดสินศาลชั้นต้นในกรณีความรับผิดชอบในการพยายามที่จะผูกขาดว่า โจทก์แสดงหลักฐานไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าการกระทำของบริษัท Microsoft เป็นการเพิ่มความเป็นไปได้อย่างอันตรายในการได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด (Dangerous probability of achieving monopoly power) ในตลาดเว็บเบราว์เซอร์

ประเด็นเรื่องการขายพ่วงนั้น ศาลได้กลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นที่ว่าการขายพ่วงโปรแกรม IE กับระบบ Microsoft เป็นความผิดเด็ดขาดทางกฎหมาย (Per se unlawful) โดยเห็นว่าไม่ควรเอาหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดมาใช้ ซึ่งควรนำหลักเหตุผล (Rule of reason) มาใช้ และศาลได้ยื้อสำนวนให้ศาลชั้นต้นสหรัฐพิจารณาใหม่โดยซึ่งนำหน้าหน้การต่อต้านแข่งขันทางการค้ากับการการสนับสนุนการแข่งขัน

ต่อมาในวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ.2001 กระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้บรรลุข้อตกลงกับบริษัท Microsoft ในการประนีประนอมยอมความ โดยให้บริษัท Microsoft แบ่ง Application programming interface หรือช่องทางการเชื่อมต่อกับระบบปฏิบัติการกับบริษัทอื่น และยินยอมให้บริษัท OEMs และผู้ใช้งานสามารถลบโปรแกรมประเภท Middleware ได้



4.5 วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายแข่งขันป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกากับการขายพ่วงกับการขายพ่วงทางเทคนิค

ในยุคแรกของการตัดสินในคดีขายพ่วงนั้น ได้มีการตัดสินว่าการขายพ่วงนั้นเป็นความรับผิดเด็ดขาด (Illegal per se) และมีแนวคิดในทางต่อต้านการขายพ่วงเป็นอย่างมาก¹⁶ ซึ่งศาลได้มีการพัฒนาหลักผ่านคำพิพากษาถึงหลักเกณฑ์ 4 ประการ¹⁷ในการพิจารณาว่าการขายพ่วงนั้นเป็นความรับผิดเด็ดขาดตามกฎหมาย ซึ่งก็คือ

1. มีการขายพ่วง (A tying Arrangement) ซึ่งจะต้องเป็นสินค้า 2 ชนิดแยกออกจากกัน
2. อำนาจตลาดในสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product market)
3. อนุญาตให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ต่อเมื่อมีการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) เท่านั้น
4. การขายพ่วงนั้นจะต้องส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการค้าในมลรัฐ

เมื่อการขายพ่วงนั้นครบเงื่อนไข 4 ประการ การขายพ่วงนั้นก็จะเป็นความรับผิดเด็ดขาดตามกฎหมาย ซึ่งต่อมาในภายหลังศาลก็ได้มีการนำหลักเหตุผล (Rule of Reason) มาปรับใช้ จึงทำให้ถึงแม้ว่าการกระทำการขายพ่วงนั้นครบตามเงื่อนไขทั้ง 4 ประการก็อาจยังไม่เป็นความผิดเสมอไป จะต้องพิจารณาเหตุผลประกอบด้วยว่าการณดังกล่าวควรที่จะให้มีการขายพ่วงหรือไม่¹⁸

การฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับขายพ่วงส่วนใหญ่แล้วมักจะพิจารณาในเรื่องของการแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกันและอำนาจตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product Market) เป็นสำคัญ และในกรณีที่สินค้านั้นเกี่ยวข้องกับนวัตกรรมและเทคโนโลยีที่บ่อยครั้งสินค้านั้นมักมาในรูปแบบของการรวมกันที่มีลักษณะของการรวมกันทางกายภาพ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นสำคัญคือสินค้านั้นเป็นสินค้าชนิดเดียวหรือสองชนิด¹⁹

นอกจากนี้คำพิพากษาในยุคแรกที่มีการปรับใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด (Illegal per se) กับการขายพ่วงนั้นมีความไม่สอดคล้องกันเท่าใดนัก เช่น ในเรื่องของอำนาจตลาด

อำนาจตลาดเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการกำหนดถึงการขายพ่วงที่เป็นความผิด ซึ่งคดีในยุคแรกนั้นปรากฏว่าเงื่อนไขของระดับอำนาจตลาดนั้นไม่สอดคล้องกัน เช่น ในคดี Times-Picayune

¹⁶ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 121-122.

¹⁷ "Eastman Kodak Company, Petitioner V. Image Technical Services, Inc., Et Al."; "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

¹⁸ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."; "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

¹⁹ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 911.

Pub. Co. v. United States (1953) ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่ามาตรฐานของอำนาจตลาดคือ ฐานะผู้มีอำนาจผูกขาด (Monopolistic position) ในขณะที่ ในคดี International Salt Co. v. United States (1947) อำนาจตลาดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า บริษัท International Salt Co. ถือสิทธิบัตรในเครื่องจักร และ ในคดี Northern Pacific Railway (NPR) v. United States นั้น บริษัท NPR เป็นเจ้าของที่ดินบริเวณรอบรางรถไฟกว่า 40 ล้านเอเคอร์ ซึ่งได้กำหนดให้ผู้ซื้อที่ดินหรือเช่าที่ดินของตนต้องใช้บริการการขนส่งของบริษัท NPR トラบเท่าที่ไม่สามารถหาทางเลือกอื่นที่ราคาถูกลงกว่าได้ ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินให้บริษัท NPR มีอำนาจตลาดอย่างมีนัยยะสำคัญ โดยถือว่ามีอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างเพียงพอที่จะเป็นสาเหตุให้เกิดอันตรายต่อการแข่งขันทางการค้า เป็นต้น²⁰

ต่อมาในภายหลังในคดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde (1984) ศาลฎีกาสหรัฐได้มีการพัฒนาการปรับใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด ซึ่งในศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่าสัญญาระหว่างโรงพยาบาลกับบริษัทที่ให้บริการทางวิสัญญีนั้นละเมิด The Sherman Act มาตรา 1 โดยการฟ้องโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างการใช้งานห้องผ่าตัดกับบริการทางวิสัญญีแพทย์ ถึงอย่างไรก็ตาม ศาลเชื่อว่าผลกระทบจากสัญญาดังกล่าวนั้นมีเพียงเล็กน้อย ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้กลับคำพิพากษา โดยเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการขายพ่วง ซึ่งสัญญาดังกล่าวนั้นตกอยู่ในหลักความรับผิดเด็ดขาดตามกฎหมาย ในทางตรงกันข้ามศาลฎีกาตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่าสัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อมาตรา 1 แต่มีความเห็นที่ไม่ตรงกัน ซึ่งผู้พิพากษา 4 ท่านเห็นว่าควรนำหลักเหตุผล (Rule of reason) มาปรับใช้ ในขณะที่ผู้พิพากษาอีก 5 ท่านเห็นว่าควรปรับใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด (per se)²¹ ซึ่งหนึ่งในเหตุผลในการยึดถือหลักความรับผิดเด็ดขาดคือ ประวัติศาสตร์หลักกฎหมายในเรื่องกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้นพัฒนาไปไกลเกินกว่าที่จะถกเถียงในประเด็นที่เป็นที่แน่นอนแล้วว่าการขายพ่วงเป็นการขัดขวางการแข่งขันทางการค้าอันเป็นความเสี่ยงที่ยอมรับไม่ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นความไม่มีเหตุผลในตัวเอง อีกทั้งศาลฎีกาสหรัฐยังมีการอ้างถึง The Clayton Act มาตรา 3 โดยยึดถือว่าสภาองค์กรยังคงไม่รับหลักการเช่นนี้มาหากไม่เห็นว่าการขายพ่วงนั้นเป็นประเด็นที่น่าวิตกกังวลอย่างยิ่ง²² แต่อย่างไรก็ดีศาลฎีกาสหรัฐได้มีการกล่าวว่าการขายพ่วงนั้นอาจก่อให้เกิดประโยชน์ได้ทั้งผู้บริโภคและผู้ขายในฐานะที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ²³

²⁰ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 123-124.

²¹ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

²² Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 131.

²³ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

ในคดี Microsoft ของสหรัฐอเมริกาได้ปรากฏหลักการประเมินเกี่ยวกับการขายพ่วงและการต่อต้านการแข่งขันที่สำคัญ จากคดี Microsoft 1 ที่มีการตกลงประนีประนอมยอมความกัน และในคดี Microsoft 2 กระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาได้ฟ้องว่าบริษัท Microsoft ได้มีการละเมิดข้อตกลงโดยการขายพ่วงเว็บเบราว์เซอร์ Internet Explorer กับระบบปฏิบัติการ Windows 95 ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) ที่ทำกับผู้ผลิตอุปกรณ์ OEMs โดยศาลฎีกาได้ตีความข้อตกลงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของข้อ 4(e) ซึ่งห้ามไม่ให้บริษัท Microsoft ทำข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing agreement) ที่มีเงื่อนไขให้ผู้ได้รับอนุญาตจะต้องรับเอาไปซึ่งการอนุญาตในสินค้าอื่นไปด้วย เว้นแต่สินค้านั้นจะมีการรวมกัน ซึ่งศาลพบว่าบริษัท Microsoft ไม่ได้กระทำการอันเป็นการขัดต่อการแข่งขัน เนื่องจาก Windows 95 และ โปรแกรม Internet Explorer นั้นไม่ใช่สินค้า 2 อย่างที่แตกต่างกัน แต่เป็นสินค้าที่มีการรวมกัน ซึ่งในคดีนี้ศาลได้พิจารณาว่าการกระทำของบริษัท Microsoft นั้นเป็นการละเมิดสัญญาประนีประนอมยอมความหรือไม่ ไม่ใช่กรณีการพิจารณาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าแบบปกติ²⁴

ประเด็นโต้แย้งนั้นเกิดขึ้นอีกครั้งในคดี Microsoft 3 ซึ่งกระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้ฟ้องบริษัท Microsoft ในการรวมกันของระบบปฏิบัติการ Windows กับเว็บเบราว์เซอร์ ซึ่งถูกกล่าวหาว่าได้ทำการขายพ่วงทั้งในแง่ของการพ่วงตามข้อสัญญาและพ่วงตามเทคโนโลยี ซึ่งบริษัท Microsoft ได้แย้งว่า 2 องค์ประกอบนั้นได้มีการรวมกันเป็นสินค้าเดียว และตลาดที่เกี่ยวข้องในที่นี่ก็คือตลาดแพลตฟอร์มของโปรแกรมซอฟต์แวร์ ซึ่งศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่าการกระทำของบริษัท Microsoft เป็นการกระทำผิดโดยการขายพ่วงภายใต้ The Sherman Act มาตรา 1 โดยอ้างอิงจากคดี Jefferson Parish และ คดี Eastman Kodak แต่ศาลอุทธรณ์นั้นได้ใช้หลักที่มีความผ่อนปรนมากกว่าในการปรับใช้กับการขายพ่วง ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า ในสถานการณ์ที่มีความแน่นอนว่าหลักความรับผิดชอบที่เด็ดขาดนั้นไม่เพียงพอต่อการปรับใช้แก่คดี ดังนั้นควรที่จะนำหลักเหตุผล (Rule of reason) มาปรับใช้กับสถานการณ์เหล่านั้น²⁵

คดี Microsoft นี้มีความแตกต่างจากคดีก่อนหน้าในสองแง่มุมคือ ประการแรก คดีนี้เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ว่ามีการพ่วงกันทางกายภาพหรือการรวมกันทางเทคโนโลยี และประการที่สองคือประเด็นโต้แย้งที่ว่า การพ่วงนั้นเพิ่มคุณค่าของสินค้าที่มีการขายพ่วงให้แก่ผู้ใช้งานและเป็นสินค้าที่ผลิตมาเพื่อเติมเต็มซึ่งกันและกัน²⁶

²⁴ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34." ; Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 137-138.

²⁵ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

²⁶ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 140-144.

ในประเด็นเรื่องของการเพิ่มคุณค่านั้นเป็นข้อโต้แย้งเช่นเดียวกับ ในคดี International Salt Co. v. United States (1947) และ ในคดี IBM v. United States (1936) ซึ่งบริษัท IBM นั้นเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรในเครื่องจักรที่ทำงานร่วมกันกับการดบันทึกข้อมูลที่เรียกว่า Tabulating card ในคดีนี้ถือได้ว่าเป็นคดีเกี่ยวกับการอ้างเหตุผลเพื่อทำการขายพ่วงในยุคแรก ซึ่งบริษัท IBM ได้อ้างว่าจุดประสงค์ในการขายพ่วงก็คือเพื่อดำรงไว้ซึ่งค่าความนิยม (Goodwill) ของ IBM และทำให้แน่ใจถึงคุณภาพที่การทำงานร่วมกันเครื่องจักรซึ่งอาจเกิดผลกระทบได้หากใช้การดบันทึกข้อมูลของบริษัทอื่น ซึ่งศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งนี้ โดยเห็นว่าบริษัทอื่นนั้นมีความเท่าเทียมกันที่จะสามารถผลิตการดบันทึกข้อมูลที่เรียกว่า tabulating card ได้โดยไม่ทำให้เครื่องจักรเสียหาย²⁷

ศาลอุทธรณ์นั้นได้มีความยากลำบากในการประเมินว่าผลประโยชน์ที่เกิดจากการรวมกันของสินค้าของ Microsoft นั้นสามารถทำได้โดยผู้ผลิตเว็บเบราว์เซอร์รายอื่นที่มีมาตรฐานได้เช่นเดียวกัน ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีในการประเมินนี้มีระดับที่สูงเช่นเดียวกับในคดี IBM²⁸

จากที่ได้กล่าวมาสามารถสรุปได้ว่า ในยุคแรกของคดีที่มีการตัดสินว่าการขายพ่วงเป็นความรับผิดเด็ดขาด (Illegal per se) นั้น ในคดี Jefferson Parish ได้วางหลักไว้ว่าการขายพ่วงที่จะเป็นกรณีมีความรับผิดเด็ดขาดนั้นจะต้องครบองค์ประกอบใน 3 กรณีคือ ประการแรก จำต้องมีการขายพ่วงระหว่างสินค้า 2 ชนิดแยกออกจากกัน ประการที่สอง ผู้ขายจะต้องมีอำนาจตลาด และประการที่สาม จะต้องมีผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญในตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง (The tied market)²⁹ ซึ่งหากเงื่อนไขสามประการนี้ถูกเติมเต็มแล้ว การขายพ่วงนั้นมีความรับผิดเด็ดขาด เว้นแต่มีเหตุผลที่เพียงพอสำหรับการกระทำเช่นนั้น จากหลักที่เกิดขึ้นในคดี IBM³⁰

ศาลอุทธรณ์สหรัฐได้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขอีกว่า จำเลยนั้นได้ทำให้ผู้บริโภคไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากการซื้อสินค้าที่มีการพ่วง ซึ่งรวมถึงการบีบบังคับที่เกิดขึ้นในฐานะส่วนประกอบที่แยกออกมา³¹

ในการพิจารณาการปรับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกากับการขายพ่วงทางเทคนิค จะพิจารณาตามลำดับหัวข้อต่อไปนี้

- 4.5.1 การขายพ่วงกับสินค้าสองชนิดที่แยกออกจากกัน
- 4.5.2 อำนาจตลาด

²⁷ "International Business Machines Corp. V. United States, 298 U.S. 131 (1936)."

²⁸ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

²⁹ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

³⁰ "International Business Machines Corp. V. United States, 298 U.S. 131 (1936)."

³¹ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 130.

- 4.5.3 การอนุญาตให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าที่มีการพ่วง(Tying Product)ต่อเมื่อมีการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง(Tied Product)ด้วยเท่านั้น
- 4.5.4 ผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญของการแข่งขันในการขายพ่วง
- 4.5.5 การให้เหตุผล (Objective Justification)

โดยจะกล่าวถึงคดีที่เกี่ยวข้องประกอบในแต่ละประเด็นตามลำดับดังต่อไปนี้

4.5.1 การขายพ่วงกับสินค้าสองชนิดที่แยกจากกัน

จากคดีที่ปรากฏเกี่ยวกับการขายพ่วงสามารถกล่าวได้ว่ามีหลักเกณฑ์การแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกันดังต่อไปนี้

4.5.1.1 การทดสอบความต้องการที่แยกจากกัน (Separate-demand Test)³²

ในคดี Jefferson Parish ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การปฏิเสธในการขายสินค้าสองชนิดแยกจากกันไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันเสมอไป อย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญของคดีคือศาลได้เน้นการพิจารณาว่ามีความต้องการแยกออกไปสำหรับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงหรือไม่ (The tied product) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเมื่อไม่มีความต้องการซื้อในบริการวิสัญญีแพทย์แยกออกจากการใช้บริการของโรงพยาบาล จะไม่ถือว่ามีขายพ่วง ทั้งนี้ศาลฎีกาสหรัฐได้พิจารณาสินค้าดังกล่าวว่ามีสองชนิด คือบริการทางวิสัญญีแพทย์ในฐานะองค์ประกอบของบริการของโรงพยาบาลที่สามารถมีการเสนอแยกออกจากกันและมีการเก็บค่าบริการแยกต่างหากจากกัน นอกจากนี้หลักฐานจากลูกค้าและศัลยแพทย์แสดงให้เห็นว่าพวกเขาทราบว่าบริการด้านวิสัญญีแพทย์นั้นเป็นบริการที่แยกออกจากกันของโรงพยาบาล³³

อาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้ศาลได้วางหลักในการแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกันโดยอาศัยปัจจัยที่ว่ามีความต้องการที่เพียงพอ (sufficient demand) สำหรับสินค้าหนึ่งแยกออกไปจากสินค้าชิ้นที่สองหรือไม่³⁴

ศาลฎีกาได้ให้ข้อสังเกตว่ากรณีนี้ได้มีการพ่วงสินค้าสองชนิดแยกออกจากกัน แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา Justice O'Connor ในคดีนั้นได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า กรณีนี้อาจพูดไม่ได้ว่าเป็นบริการสองอย่างที่แยกออกจากกัน เนื่องจากไม่มีผู้ป่วยรายใดที่จะทำการผ่าตัดโดยไม่ใช้บริการทางวิสัญญี

³² Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 917.

³³ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

³⁴ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 918.

ซึ่งอาจมองได้ว่าการให้บริการดังกล่าวเป็นบริการที่มี 2 องค์ประกอบในสินค้าชิ้นเดียว และโรงพยาบาลเองก็ไม่สามารถได้รับอำนาจตลาดเพิ่มจากการเสนอบริการเช่นนั้น³⁵

ในคดี Eastman Kodak บริษัท Kodak เองก็ได้มีการอาศัยข้อโต้แย้งที่คล้ายคลึงกันกับเหตุผลของผู้พิพากษา Justice O'Connor ว่า เนื่องจากไม่มีความต้องการชิ้นส่วนอะไหล่แยกต่างหากจากการบริการ ดังนั้นกรณีจึงไม่มีตลาดสองตลาดแยกออกจากกัน ซึ่งศาลฎีกาสหรัฐได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างนั้น โดยเห็นว่า แม้ว่าการทำการขายพ่วงนั้นจะเกิดจากการทำงานของสินค้าที่มีการเชื่อมถึงกัน ซึ่งสินค้าชิ้นหนึ่งไม่สามารถใช้ได้โดยไม่มีสินค้าอีกชิ้นหนึ่ง การพ่วงนั้นก็ยังคงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด³⁶ และศาลเห็นว่าการปฏิเสธความคงอยู่ของการขายพ่วงระหว่างสินค้าที่มีการทำงานเชื่อมถึงกัน (Functionally linked product) นั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผล โดยศาลถือว่ากรณีดังกล่าวมีสินค้า 2 ชิ้นแล้ว ถึงแม้ว่าสินค้าหนึ่งในนั้นจะไม่สามารถใช้งานได้หากปราศจากสินค้าอื่นก็ตาม³⁷

ศาลฎีกาสหรัฐเห็นว่าสินค้าของบริษัท Kodak นั้นมีความจำเพาะ ซึ่งเป็นเครื่องจักรในทางธุรกิจที่มีความซับซ้อน สามารถถ่ายเอกสารได้ในปริมาณมากและมีอุปกรณ์ไมโครกราฟิก ซึ่งอะไหล่ นั้นรวมถึงซอฟต์แวร์ซึ่งไม่สามารถทำงานร่วมกันได้กับของบริษัทคู่แข่ง อย่างไรก็ตามคดีนี้มีข้อสังเกตว่าบริษัท Kodak ไม่ได้มีการขายระบบทั้งหมดรวมถึงอุปกรณ์ การบริการตลอดอายุการใช้งานและอะไหล่ต่าง ๆ ในราคาเดียว แต่บริษัท Kodak นั้นมีการให้บริการหลังระยะเวลารับประกันหมดลงหรือให้บริการตามที่ลูกค้าติดต่อมา ซึ่งพิจารณาได้ว่าเป็นการถือส่วนแบ่งทางการตลาดเกี่ยวกับการให้บริการสินค้าของบริษัท Kodak ถึง 80-95 % และบริษัท Kodak เองมีอำนาจในการกำหนดราคาของอะไหล่ได้³⁸

ศาลฎีกาสหรัฐจึงได้ยอมรับเหตุผลที่ว่าในความเป็นจริงแล้วในคดีนี้มี 3 ตลาดแยกออกจากกัน คือตลาดเครื่องถ่ายเอกสาร ตลาดอะไหล่ของ Kodak (ตลาดสินค้าที่มีการขายพ่วง tying product market) และตลาดการให้บริการเกี่ยวกับเครื่องถ่ายเอกสาร (the tied product market) และได้ตัดสินว่า ไม่ว่าจะมีความต้องการของลูกค้าที่เพียงพอ หรือความมีประสิทธิภาพของบริษัทในการให้บริการแยกต่างหาก ก็พบว่าบริษัท Kodak ได้มีการขายบริการและอะไหล่แยกออกจากกันตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน³⁹ ซึ่งศาลก็ได้ยืนยันถึงหลักในคดี Jefferson Parish เกี่ยวกับการทดสอบความ

³⁵ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

³⁶ "Eastman Kodak Company, Petitioner V. Image Technical Services, Inc., Et Al.."

³⁷ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilitities for a New Seperate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 918.

³⁸ "Eastman Kodak Company, Petitioner V. Image Technical Services, Inc., Et Al.."

³⁹ Ibid.

ต้องการของลูกค้าว่า ลูกค้าหรือผู้บริโคนั้นจะต้องมีความต้องการต่อสินค้าหรือบริการที่เพียงพอที่จะไม่ว่าจะเป็นในแง่ของประสิทธิภาพหรือทางเศรษฐกิจที่จะทำให้บริษัทนั้นจัดหาสินค้าหรือบริการที่เป็นองค์ประกอบให้แยกต่างหากออกจากกัน ซึ่งจะทำให้เห็นได้ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่แยกจากกัน ซึ่งจุดนี้เป็นจุดที่สำคัญ เพราะหมายความว่า ถึงแม้ว่าจะมีความต้องการของผู้บริโภคหรือมีผู้ประกอบการอิสระในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied market) แต่สิ่งเหล่านั้นมีข้อจำกัดในการพิจารณาสินค้าแยกออกจากกัน เนื่องจากสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) เหล่านี้อาจไม่ถูกมองว่ามีการแยกจากกันก็ได้ หากผู้บริโคนั้นไม่ได้มีความต้องการที่เพียงพอ⁴⁰

ทั้งในคดี Jefferson Parish และคดี Kodak เป็นการสร้างมาตรฐานในการพิจารณาสินค้าสองชนิดแยกจากกันโดยอาศัยปัจจัยในการพิจารณาความต้องการที่แยกออกจากกัน และศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้อาศัยหลักฐานตามการปฏิบัติในตลาดที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งสัมพันธ์กันกับทั้งความรู้ของลูกค้าและความต้องการที่เกิดขึ้น และมุมมองของผู้ผลิต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทางปฏิบัติทางการค้าของจำเลยและทางปฏิบัติของคู่แข่ง

ในคดี Microsoft 3 ได้มีการพิจารณาถึงการทดสอบของคดี Jefferson Parish ว่าเป็นวิธีการที่จะตัดสินการขายพ่วงแบบง่ายว่าการขายพ่วงนั้นเพิ่มสวัสดิภาพแก่ผู้บริโภค (Consumer welfare) หรือไม่ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าความต้องการของสินค้าที่แยกจากกันจะเกิดขึ้นเมื่อประโยชน์ของทางเลือกในการเลือกสินค้านั้นมีน้ำหนักมากกว่าความมีประสิทธิภาพของสินค้าที่มีการรวมกัน⁴¹ เพราะว่าการวิเคราะห์ที่ปรากฏในคดี Jefferson Parish มีจุดมุ่งหมายในการพิจารณาว่าการรวมกันเช่นนั้นเพิ่มสวัสดิภาพแก่ผู้บริโภค (Consumer welfare) หรือไม่⁴²

การทดสอบนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าการทดสอบนี้หากนำไปใช้กับตลาดที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนั้นจะไม่ค่อยเหมาะสมนัก เนื่องจากธรรมชาติของเทคโนโลยีนั้นมีความไหลและเป็นพลวัต ซึ่งการจะตัดสินสินค้าว่าเป็นสิ่งใหม่ทั้งหมดที่ถือว่าเป็นสินค้าเดียว หรือเป็นสินค้า 2 ชิ้นที่แยกออกจากกันแต่ถูกนำมารวมกันนั้นเป็นการยากและอาจนำไปสู่แนวทางที่ผิดได้⁴³ เพราะด้วยการพัฒนาและนวัตกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในตลาด การใช้มุมมองความต้องการของลูกค้ามีข้อจำกัด ซึ่งการทดสอบความต้องการของลูกค้าที่เพียงพอต่อการปรับใช้กับกรณีการขายพ่วงตามข้อสัญญา แต่

⁴⁰ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 918-919.

⁴¹ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

⁴² Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 918-919.

⁴³ *Ibid.*, 919.

สำหรับการนำไปปรับใช้กับสินค้าที่มีความซับซ้อนมากขึ้นและการรวมกันทางเทคโนโลยีนั้นอาจไม่เพียงพอ⁴⁴

ในอุตสาหกรรมเกี่ยวกับนวัตกรรมและเทคโนโลยีขั้นสูง หากเกิดการขายพ่วงทางเทคนิคเกิดขึ้น เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การทดสอบการแยกกันของสินค้าที่มีอยู่ในปัจจุบัน ถือได้ว่ามีความขาดแคลนเนื่องจากปัญหาความซับซ้อนของสินค้าและในแต่ละอุตสาหกรรมนั้นก็ยังมีโครงสร้างที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งกรณีอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีอย่างเห็นได้ชัด⁴⁵ คือ

ประการแรก ผู้ประกอบการอาจตั้งต้นด้วยการพ่วงสินค้าสองชนิดเข้าด้วยกันให้มีการทำงานลักษณะใหม่เกิดขึ้น ซึ่งถึงแม้ว่าสินค้าแต่ละชนิดจะเป็นที่รู้จัก แต่ด้วยการรวมกันนี้สามารถทำให้เกิดการทำงานแบบใหม่เกิดขึ้น เช่น โทรศัพท์มือถือที่มีกล้อง หรือคอมพิวเตอร์ที่มีเครื่องเล่น DVD

ประการที่สองคือ บริษัทตัดสินใจที่จะขายสินค้าเป็นแพ็คเกจเข้าด้วยกัน ซึ่งเป็นการพ่วงเข้าด้วยกันเพื่อสนับสนุนสินค้าปลายน้ำ ตัวอย่างเช่นคดี Microsoft 2 และ 3 ซึ่งความซับซ้อนเหล่านี้ต้องการการประเมินทางด้านกฎหมายว่าการขายพ่วงเหล่านี้ต่อต้านการแข่งขันทางการค้าหรือไม่

4.5.1.2 การทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง (Genuine Technological-Integration test)⁴⁶

จากคดี Microsoft 2 ความขัดแย้งนั้นเกิดขึ้นในปี ค.ศ.1995 เมื่อบริษัท Microsoft ได้เริ่มทำการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ผลิต OEMs ในระบบปฏิบัติการ Windows 95 โดยมีเงื่อนไขให้ยอมรับและติดตั้งแพ็คเกจซอฟต์แวร์ซึ่งรวมถึง Internet Explorer ซึ่งกระทรวงยุติธรรมสหรัฐได้นำคดีขึ้นสู่ศาล โดยอ้างว่าสัญญาอนุญาตให้สิทธินี้ละเมิดคำพิพากษาตามยอมในคดีก่อน ซึ่งเมื่อนำแนวทางการพิจารณาในคดี Jefferson Parish มาพิจารณาแล้วพบว่า มีความต้องการในระบบปฏิบัติการ และโปรแกรมเว็บเบราว์เซอร์แยกออกจากกัน แต่บริษัท Microsoft ได้แย้งว่าสินค้านั้นมีการรวมเข้าด้วยกันแล้ว และทุกครั้งที่มีการเพิ่มอะไรเข้าไปในระบบปฏิบัติการก็ถือว่าเป็นการสร้างสินค้าใหม่ขึ้นมา

ศาล D.C. Circuit ได้พิจารณาถึงปัญหาในแง่ของผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันจากการขายพ่วง และความสำคัญของข้ออ้างของบริษัท Microsoft ที่ว่ามีอิสระในการออกแบบสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการ ซึ่งศาลได้ปฏิเสธที่จะใช้บททดสอบของคดี Jefferson Parish ในการแก้ปัญหา เพราะไม่สามารถแยกการสินค้าที่มีการพัฒนาโดยมีการรวมกันแยกออกจากกันได้ และด้วยความ

⁴⁴ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 137.

⁴⁵ Ibid., 138.

⁴⁶ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 920.

พยายามในการเชื่อมช่องว่างระหว่างการให้คุณค่ากับการแข่งขันและความสามารถในการสร้างนวัตกรรมใหม่ ๆ The D.C. Circuit ได้สร้างการทดสอบการแยกสินค้าสองชนิดขึ้นมาใหม่สำหรับสินค้าทางเทคโนโลยี⁴⁷

ภายใต้การทดสอบใหม่นี้ ศาล D.C. Circuit ได้ถือว่าการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง (Genuine Technological-Integration) ควรได้รับการปฏิบัติในฐานะสินค้าชิ้นเดียว ไม่ว่าจะองค์ประกอบของสินค้าที่มีการรวมกันนั้นจะมีตลาดสินค้าแยกออกมาหรือไม่ก็ตาม โดยศาลให้ความหมายของการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง (Genuine Technological-Integration) ว่าเป็นสินค้าใด ๆ ที่มีการทำงานร่วมกันในลักษณะที่ไม่อาจพบได้หากสินค้านั้นมีการซื้อแยกต่างหากออกจากกัน⁴⁸

ศาลอุทธรณ์ในคดี Microsoft 2⁴⁹ ได้สร้างการทดสอบการรวมกันของสินค้าที่เรียกว่า The majority's test ในการประเมินว่าสินค้านั้นมีการรวมกันหรือไม่⁵⁰

ส่วนแรกของการทดสอบมีเงื่อนไขว่าศาลจะต้องพิจารณาว่าการรวมกันนั้นเป็นการรวมกันในระดับของการออกแบบหรือการติดตั้ง ซึ่งถ้าหากเป็นระดับของการติดตั้งผู้บริโภคจะไม่ได้รับประโยชน์จากการรวมกันซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อสินค้าที่มีการขายแบบแยกเดี่ยว และศาลพบว่าการรวมกันนั้นก็คือการสร้างสรรค์ที่เกิดจากการออกแบบในการขมวดสินค้าทั้งสองเข้าด้วยกัน (The creation of design that knits the two together) อย่างไรก็ตามความสะดวกของผู้ประกอบการในการผลิตสินค้าด้วยกันนั้นไม่ได้หมายความว่าการพ่วงสินค้าเข้าด้วยกันนั้นจะเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผล⁵¹

การทดสอบส่วนที่สองคือ การรวมกันนั้นจะต้องสร้างสิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งศาลใช้คำว่าควรเกิดคุณค่าทางเทคโนโลยี (Technological value) ซึ่งเพียงแค่เพิ่มกำไรนั้นไม่เพียงพอ⁵²

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Wald ได้มีข้อเสนอแนะว่า การทดสอบการรวมกันของสินค้า The majority's test นี้ไม่ว่าการรวมกันนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคหรือไม่ การทดสอบนั้นมีความใกล้เคียงกับการทดสอบความต้องการของสินค้าในคดี Jefferson Parish ประการแรก มีความจำเป็นที่จะต้องระบุได้ว่าเกิดประโยชน์ที่แท้จริงต่อผู้บริโภคจากการรวมกันของสินค้าสองชนิดนั้น ประการที่สองจะต้องสืบให้แน่ชัดว่ามีตลาดที่แท้จริงสำหรับสินค้าสองชนิดที่แยกจากกันหรือไม่ ซึ่ง

⁴⁷ Ibid., p. 921.

⁴⁸ Ibid., pp. 921-922.

⁴⁹ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34." II Para948

⁵⁰ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, pp. 138-139.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

หากมีตลาดสินค้าที่แยกออกจากกันก็สามารถสันนิษฐานได้ว่าประสิทธิภาพที่ได้จากการรวมกันของสินค้าทั้งสองชนิดมีจำกัด⁵³

หากมีการตัดสินว่าสินค้านั้นมีการรวมกัน (Integration) เกิดขึ้นนั้นเท่ากับว่าเป็นการยอมให้การพ่วงนั้นเป็นที่ยอมรับได้ในฐานะที่สินค้าทั้งสองอย่างไม่ถูกมองว่าเป็นการพ่วงเข้าด้วยกันอีกต่อไป แต่จะถูกมองว่าเป็นส่วนประกอบที่อยู่ในสินค้าหนึ่งเท่านั้น⁵⁴

4.5.1.3 การทดสอบด้วยหลักเหตุผล (Unstructured Rule-of-reason Test)

ในคดี Microsoft 3 เนื่องจากศาลเห็นว่าไม่มีการทดสอบการแยกสินค้า 2 ชนิดออกจากกันที่เพียงพอ ดังนั้นแทนที่ศาลจะพิจารณาว่าการพ่วงระบบปฏิบัติการ Windows กับโปรแกรม Internet Explorer เป็นสินค้าขึ้นเดียวหรือสองชิ้น ศาลใช้การพิจารณาโดยใช้วิธีการชั่งน้ำหนัก “On balance anticompetitive” ว่าโจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าการออกแบบสินค้าเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งบริษัท Microsoft ก็จะทำการต่อสู้ว่าสินค้าของตนนั้นส่งเสริมการแข่งขัน การทดสอบด้วยหลักเหตุผลนี้ถึงแม้ว่าจะดูเป็นการทดสอบที่เรียบง่าย แต่การทดสอบนี้มีความซับซ้อนและเสียค่าใช้จ่ายสูง เพราะต้องการความสอดคล้องกับความเข้าใจต่อสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่เกิดผลกระทบจากการขายพ่วง ถึงแม้ว่าการทดสอบนี้อาจดูดีกว่าการทดสอบที่ได้กล่าวไป 2 ประการข้างต้น แต่การทดสอบนี้มีข้อเสียสำคัญ 2 ประการ⁵⁵

ประการแรกคือ การทดสอบด้วยหลักเหตุผลนี้เป็นการทดสอบที่ไม่มีโครงสร้าง (The unstructured rule-of-reason) ซึ่งการทดสอบนี้ทำให้บริษัทเกี่ยวกับเทคโนโลยีไม่สามารถคาดเดาได้ว่าการกระทำใดจะเข้าข่ายกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งการประเมินหลักเหตุผลนี้ขึ้นอยู่กับคดีแต่ละคดีเป็นกรณี ๆ ไป เมื่อไม่สามารถคาดเดาได้ อาจทำให้บริษัทต่าง ๆ ไม่กล้าที่จะพัฒนานวัตกรรมต่าง ๆ

ประการต่อมา คือคำถามที่ศาลจะเป็นผู้กำหนดเพื่อใช้ในการตัดสินนั้นมีความไม่แน่นอน เพราะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล

ในคดี Microsoft 3 ศาสตราจารย์ LAWRENCE LESSIG ในฐานะ AMICUS CURIAE ในคดีได้เสนอการทดสอบถึงความสมดุล (Balance Test) ซึ่งอนุญาตให้ซอฟต์แวร์ทั้งสองถูกมองว่าเป็นสินค้าขึ้นเดียว โดยไม่คำนึงว่าการพ่วงนั้นจะเป็นทางสัญญาหรือทางเทคโนโลยี ซึ่งจะพิจารณาว่าเป็นการรวมกันในลักษณะที่เป็นทางเลือกใหม่ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการรวมกันเช่นนั้นเป็นอันตรายต่อการแข่งขัน ซึ่งจุดประสงค์ของการทดสอบนี้คือการพิจารณาว่าการขายพ่วงนั้นเป็นการทำเพื่อกลยุทธ์ใน

⁵³ Ibid., 139-141.

⁵⁴ Ibid., 140.

⁵⁵ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*, 927-928.

การขายมากกว่าเพื่อก่อให้เกิดนวัตกรรมหรือไม่⁵⁶ ซึ่งภายใต้การทดสอบถึงความสมดุลนี้ ศาสตราจารย์ LAWRENCE LESSIG พบว่าโปรแกรม Internet Explorer และระบบปฏิบัติการ Windows เป็นสินค้าที่แยกจากกัน⁵⁷ อย่างไรก็ตาม การทดสอบนี้ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการขายพ่วงดังกล่าวสามารถสร้างให้เกิดประสิทธิภาพหรือเป็นอันตรายต่อการแข่งขันมากนักน้อยเพียงใด⁵⁸

4.5.1.4 การทดสอบการแยกกันของสินค้าสองชนิดจากหลักในคดี *Jerrold Electronics และ Data General ที่ถูกเสนอโดย Samuel Noah Weinstein*⁵⁹

จากคดี *Jerrold Electronics* และ *Data General* ทำให้เกิดคำถามว่า การทำการขายพ่วงนั้นทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของสวัสดิภาพของผู้บริโภค (Consumer Welfare) ซึ่งในคดีทั้งสองศาลได้เห็นว่าผู้ที่รู้ถึงตลาดของสินค้านั้นดีที่สุดคือบรรดาผู้ประกอบการและผู้บริโภค และถึงแม้ว่าความเห็นของทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคจะมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดข้อผิดพลาด แต่ศาลก็เห็นถึงการพิจารณาตัวสินค้าที่มีการรวมกัน (Integration) นั้นเองว่าเกิดประโยชน์ขึ้นหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงจุดอ่อนของการทดสอบในคดี *Jefferson Parrish* การทดสอบการรวมกันที่แท้จริงทางเทคโนโลยีว่าอาศัยการวิเคราะห์จากปัจจัยเดียว⁶⁰

ในคดีที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีการขายพ่วงที่เกิดขึ้นอาจมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จึงการใช้การทดสอบที่มีปัจจัยการพิจารณาเพียงปัจจัยเดียวอาจไม่เพียงพอต่อการวิเคราะห์กับการแยกกันของสินค้าที่มีการขายพ่วงเกิดขึ้น ดังนั้นในการวิเคราะห์สินค้าที่มีการขายพ่วงทางเทคนิคหรือทางเทคโนโลยีนั้นอาจต้องใช้การทดสอบที่มีปัจจัยหลายประการร่วมกันวิเคราะห์ ซึ่งจากการวิเคราะห์ของ Samuel Noah Weinstein ในคดี *Jerrold Electronics* และ *Data General* นั้นปัจจัยในการวิเคราะห์ 3 ประการที่จะกล่าวถึงต่อไปนั้นสามารถสร้างความมั่นใจในเรื่องของการปกป้องการแข่งขันทางการค้าได้ ปัจจัยการพิจารณาทั้ง 3 ประการได้แก่ มุมมองของผู้บริโภค มุมมองของผู้ประกอบการ และการทำงานของสินค้าที่มีการรวมกัน⁶¹

1. มุมมองของผู้บริโภค

การประเมินในแง่ของผู้บริภคานั้นจะต้องพิจารณาใน 2 องค์ประกอบ คือ ประเมินความต้องการ ณ เวลาที่สินค้ามีการรวมกัน และ การประเมินถึงความต้องการของสินค้าขณะที่สินค้าที่มี

⁵⁶ "Brief of Professor Lawrence Lessig as Amicus Curiae," (2000), pp. 38-39.

⁵⁷ Ibid., 40.

⁵⁸ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 142.

⁵⁹ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 949.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., 950.

การรวมกันได้ปรากฏอยู่ในตลาดระยะหนึ่งแล้ว ซึ่งการประเมินประการหลังนั้นอาจเป็นไปได้หาก การแข่งขันในสินค้าที่แยกออกจากกันนั้นถูกขบออกจากตลาดโดยการขายพ่วงนั้นแล้ว⁶²

1.1 ความต้องการ ณ เวลาที่สินค้ามีการรวมกัน

ในเรื่องของความต้องการของสินค้า ณ เวลาที่มีการรวมกันเมื่อพิจารณาถึงคดี Jefferson Parish และคดี Microsoft 3 จะพบว่าสิ่งที่ปรากฏในคดีดังกล่าวนี้ไม่เพียงพต่อการที่ศาลจะกล่าว ว่ามีความต้องการที่แยกออกจากกันอยู่ เนื่องจากโดยปกติแล้วนั้นย่อมมีความต้องการของสินค้าของ ผู้บริโภคที่แยกออกจากกันอยู่แล้วเสมอก่อนที่สินค้าเหล่านั้นจะถูกนำมารวมกัน จึงทำให้มีความ จำเป็นในการอาศัยการวิเคราะห์ถึงความต้องการที่ปรากฏอยู่ในตลาดในเชิงลึก อีกทั้งค้นหาถึงกลุ่ม ผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคที่มีความซับซ้อนและยิ่งผู้บริโภคมีความรู้เกี่ยวกับตลาดสินค้านั้น ๆ มากเท่าไร ศาลก็จะสามารถให้น้ำหนักกับความเห็นเหล่านั้นได้มากขึ้น เพราะเป็นการเพิ่มความเป็นไปได้ที่ความรู้ ของผู้บริโภคจะสามารถระบุถึงประสิทธิภาพของการรวมกันของสินค้านั้นได้⁶³

แนวคิดเบื้องหลังเกี่ยวกับการทดสอบในแง่ของผู้บริโภคนั้นคือผู้บริโภคจะเลือกการขายพ่วง เพื่อเพิ่มสวัสดิภาพ (Welfare) ให้แก่ตน หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้บริโภคจะเลือกการขายพ่วงหาก ผลประโยชน์ที่มีการเสนอจากการพ่วงนั้นมีมากกว่ามูลค่าของทางเลือกในการซื้อสินค้าในตลาดสินค้า ที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product market) อย่างไรก็ตาม หากการขายพ่วงนั้นมีราคาที่สูงกว่าสินค้าที่มีการ ขายแยกเดี่ยว รูปแบบของการซื้อนี้ก็เกี่ยวข้องกับเรื่องของประสิทธิภาพน้อยมาก⁶⁴

1.2 ความต้องการของสินค้าขณะที่สินค้าที่มีการรวมกันได้ปรากฏอยู่ในตลาดระยะหนึ่ง แล้ว

ความต้องการของสินค้าของผู้บริโภคหลังมีการรวมกันอาจแสดงให้เห็นถึงคุณค่าของการ รวมกัน (Integration) ที่เกิดขึ้นได้ แต่หากผู้ผูกขาดได้กระทำการในการแข่งขันในทางที่ทำให้ความ ต้องการของสินค้าที่แยกเดี่ยว (Stand-alone) ลดลง ก็จะเป็นการยากที่จะรู้ว่าการลดลงของความ ต้องการนั้นเกิดจากประสิทธิภาพของการรวมกันหรือไม่⁶⁵

มาตรการหนึ่งในการวัดถึงความต้องการของสินค้าหลังมีการรวมกันที่มีประโยชน์คือ การ ทดสอบที่ ศาสตราจารย์ Lopatka และ Page เรียกว่า การทดสอบโดยการทดลอง (Experimental test)⁶⁶ โดยให้ทางเลือกแก่ผู้บริโภคให้เลือกระหว่างสินค้าที่แยกเดี่ยวกับสินค้าที่มีการรวมกัน หาก

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ John E. Lopatka and William H. Page, "Antitrust on Internet Time: Microsoft and the Law and Economics of Exclusion," *Supreme Court Economic Review* 7(1999): 205-206.

ผู้บริโภคยังคงเลือกสินค้าที่แยกเดี่ยวนั้นอย่างต่อเนื่องก็แสดงให้เห็นว่าการรวมกันเช่นนั้นไม่ได้ทำให้ประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตาม การทดสอบนี้ผู้ผูกขาดจำเป็นที่จะต้องมีการเสนอทั้งสินค้าที่มีการรวมกัน และสินค้าที่แยกเดี่ยวอันเป็นการบังคับให้บริษัทผู้ประกอบการเสนอขายสินค้าที่ตนเชื่อว่ามี ความดีด้อยกว่า⁶⁷

ข้อเสียที่สำคัญของการทดสอบโดยการทดลอง (Experimental test) นี้ก็คือ ผู้ผูกขาดอาจ พึงพิจารณาการกำหนดราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (Predatory Pricing) ในการผลักดันการรวมกันของสินค้า ซึ่ง หากผู้บริโภคหยุดการซื้อสินค้าแบบแยกเดี่ยวสากลก็เมื่ออาจรู้ได้ว่าผู้บริโภคนั้นเลือกสินค้าที่มีการรวมกัน เพราะประสิทธิภาพที่เพิ่มมากขึ้น หรือเพราะสินค้าที่มีการขายแบบแยกเดี่ยวนั้นมีราคาที่ไม่จูงใจต่อ ผู้บริโภคจนสินค้านั้นถูกขับออกไปจากตลาดในที่สุด⁶⁸

ในบางกรณีความต้องการของสินค้าหลังมีการรวมกันสามารถวัดได้โดยไม่ต้องอาศัยการ ทดสอบโดยการทดลอง (Experimental test) ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีการขายสินค้าแบบแยกเดี่ยวของ บริษัทคู่แข่งต่อไปหลังจากที่มีการรวมกันเกิดขึ้น ซึ่งการดำรงอยู่ของสินค้าที่มีการแยกเดี่ยวเหล่านี้เป็น หลักฐานที่แสดงให้เห็นอย่างเพียงพอว่าการรวมกันนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น อย่างมีนัยยะสำคัญ และจากคดี Microsoft ข้อเท็จจริงที่ว่า Netscape ยังคงมีส่วนแบ่งทางการตลาด ภายหลังจากการรวมกันของ Windows และ Internet Explorer นั้นหมายความว่า การรวมกันของ Windows และ Internet Explorer ไม่ได้ทำให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าอย่างเพียงพอเมื่อเทียบกับ สินค้าที่มีการแยกเดี่ยวที่จะทำให้สินค้านั้นออกไปจากตลาด ซึ่งผลสุดท้ายก็คือ ผู้บริโภคยังคงมองเห็น ว่าเว็บเบราว์เซอร์และระบบปฏิบัติการเป็นสินค้า 2 อย่างที่แยกออกจากกัน⁶⁹

2. มุมมองของผู้ประกอบการ

องค์ประกอบ 2 ประการในการพิจารณาเกี่ยวกับมุมมองของผู้ประกอบการ คือ การกระทำ ของผู้ประกอบการอื่นในตลาด และการกระทำของผู้ประกอบการ (จำเลย) เอง

2.1 ผู้ประกอบการอื่นในตลาด

ในคดี Jerrold Electronics ผู้พิพากษาในคดีได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าบริษัทคู่แข่งของบริษัท Jerrold มีการเสนอขายสินค้าองค์ประกอบของระบบโทรทัศน์เสาอากาศแยกต่างหากด้วยนอกจาก การขายสินค้าในฐานะเป็นระบบ และในคดี Data General ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่าผู้ประกอบการใน ตลาดที่มีการแข่งขันนั้นมีการขาย Memory boards แยกต่างหากจาก CPU ข้อมูลเหล่านี้เป็น ประโยชน์ในการตัดสินว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าชิ้นเดียวหรือสินค้าสองชิ้นที่แยกต่างหากออกจากกันได้

⁶⁷ Samuel Noah Weinstein, "Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case," *California Law Review*: 951.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

โดยปกติแล้วผู้ประกอบการมักมีความเข้าใจในตลาดสินค้าของตนเป็นอย่างดี ซึ่งถ้าหากผู้ประกอบการนั้นได้มีการเสนอขายสินค้าแบบแยกเดี่ยวและสินค้าที่มีการรวมกัน(integration) สิ่งนี้เป็นสิ่งที่ระบุได้ว่าผู้ประกอบการให้คุณค่ากับทางเลือกของผู้บริโภคมากกว่าการเพิ่มประสิทธิภาพในการขายพ่วงในสินค้าของตน⁷⁰

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาที่มีข้อจำกัด 2 ประการ ประการแรก ในบางสถานการณ์ไม่มีบริษัทคู่แข่งที่จะเสนอทั้งสินค้าแบบแยกเดี่ยวและสินค้าที่มีการรวมกัน ตัวอย่างเช่นในคดี Microsoft นั้นไม่ปรากฏบริษัทคู่แข่งอื่นที่ผลิตทั้งระบบปฏิบัติการและเว็บเบราว์เซอร์ ดังนั้นการกระทำของบริษัทคู่แข่งอาจไม่มากพอที่จะนำมาใช้ในการวิเคราะห์ ประการที่สอง ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดอาจมีเหตุผลที่แตกต่างกันในการทำการขายพ่วง หากเป็นผู้ประกอบการรายย่อยที่ถือครองอำนาจตลาดน้อยนั้นอาจไม่ได้หวังกำไรมหาศาลที่เกิดจากการขายพ่วง เพียงแต่ใช้การขายพ่วงเพื่อสร้างรายได้เปรียบในการแข่งขันบางประการหรือสร้างการประหยัดต่อขนาดให้เกิดขึ้น (Economies of Scale) ในขณะที่ผู้ประกอบการที่ถือครองอำนาจตลาดมากอาจสร้างกำไรมหาศาลได้จากการขายพ่วง และมีข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งก็คือผู้ประกอบการที่ทำการขายพ่วงอยู่ในตลาดนั้นอาจไม่ได้กระทำการที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเสมอไป⁷¹

2.2 มุมมองของผู้ประกอบการ - วิเคราะห์ในแง่ของเจตนา

วิธีการหนึ่งที่จะช่วยในการวิเคราะห์ถึงมุมมองของผู้ประกอบการคือการวิเคราะห์ถึงเจตนาของผู้ผูกขาดในการทำการรวมกัน (Integrating) สินค้าทั้งสอง ซึ่งถ้าหากศาลพบว่าเหตุผลหลักที่ผู้ผูกขาดทำการรวมสินค้าสองอย่างนั้นเพื่อมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการถูกนำไปพ่วง (Tied product) มากกว่าการทำให้สินค้านั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งจุดนี้จะเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าตลาดของสินค้าทั้งสองนั้นแยกออกจากกันและการรวมกันของสินค้าทั้งสองนั้นเป็นสิ่งที่ไม่จริง (Artificial) หลักเหตุผลก็คือ หากผู้ประกอบการนั้นไม่ได้คาดหวังว่าการรวมกันของสินค้านั้นจะเกิดประสิทธิภาพมากขึ้น การรวมกันเช่นนั้นอาจทำให้เกิดการต่อต้านการแข่งขัน⁷²

หากวิเคราะห์ถึงเจตนาในคดี Microsoft 3 หลักฐานได้ปรากฏว่าบริษัท Microsoft ต้องการที่จะรวมระบบปฏิบัติการ Windows เข้ากับ Internet Explorer เพื่อมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดเว็บเบราว์เซอร์ ซึ่งสิ่งนี้เป็นการบอกเป็นนัยว่าผู้บริหารของบริษัท Microsoft เห็นว่าเว็บเบราว์เซอร์นั้นมีตลาดที่แยกออกจากกันจากตลาดระบบปฏิบัติการ และหลักฐานก็ได้แสดงให้เห็นว่าบริษัท

⁷⁰ Ibid., 952.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid., 952-953.

Microsoft นั้นเห็นถึงความสำคัญของการฟงสินค้าทั้งสองเข้าด้วยกันเพื่อขยายอำนาจตลาดมากกว่าที่จะสร้างผลิตภัณฑ์ใหม่ที่มีความเหนือกว่าสินค้าชิ้นเดียวที่มีขายแยกต่างหากในตลาด⁷³

อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์ถึงเจตนานี้ก็มิข้อยกเว้น เนื่องจากถึงแม้ว่าผู้ผูกขาดนั้นมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจตลาดในสินค้าหนึ่งแผ่ขยายอำนาจไปยังตลาดสินค้าหนึ่งผ่านการรวมกัน (Integration) ก็ตาม แต่การรวมกันเช่นนั้นอาจสร้างประสิทธิภาพที่มีความเหนือกว่าสินค้าที่มีการขายแยกต่างหาก ซึ่งจุดนี้จะเป็นจุดด้อยที่ว่าเจตนาที่นั้นไม่สามารถวัดถึงคุณค่าของสินค้าที่มีการรวมกัน (Integration) ได้ และอีกทั้งการรวมกันเช่นนั้นก็อาจทำให้เกิดผลเป็นการสนับสนุนการแข่งขันได้⁷⁴

3. การทำงานของสินค้าที่มีการรวมกัน

ในขณะที่ความสำคัญในการพิจารณามุมมองของผู้บริโภคและมุมมองของผู้ประกอบการมีความสำคัญเท่ากัน แต่ในแง่ของการพิสูจน์การทำงานของสินค้าที่มีการรวมกันนั้นมีความสำคัญรองลงมาในการพิจารณาตามการทดสอบนี้ เนื่องจากโดยปกติแล้วไม่เป็นการยากเท่าใดนักที่ศาลจะทำการประเมินจากมุมมองของผู้บริโภคและผู้ประกอบการ แต่อย่างไรก็ดี การประเมินจะมีความยากมากขึ้นในการวิเคราะห์ว่าสินค้าที่รวมกันนั้นแสดงให้เห็นเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้าหรือไม่ และด้วยคำถามที่เกี่ยวข้องกับทางเทคนิคต่าง ๆ ทั้งสองฝั่งนั้นจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในการประกอบการพิจารณาคดีของศาล⁷⁵

การทดสอบนี้เมื่อพิจารณาถึงมุมมองของผู้บริโภคและผู้ประกอบการแล้ว อาจสร้างคำถามเพื่อทำการทดสอบได้ 5 ประการ⁷⁶ คือ

- มีความต้องการในสินค้าที่มีรวมกัน ณ เวลาที่สินค้ามีการรวมกันหรือไม่
- ปรากฏความต้องการสินค้าที่แยกออกมาสำหรับสินค้าที่มีการขายแยกเดี่ยว ณ เวลาหลังจากที่เกิดการรวมกันหรือไม่
- ผู้ประกอบการอื่นมองตลาดสินค้านั้นอย่างไร
- เจตนาในการทำการรวมกันของสินค้าของผู้ที่ทำการฟงคืออะไร
- มีหลักฐานที่เพียงพอหรือไม่ว่าการรวมกันเช่นนั้นทำให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างแท้จริง

ดังนั้น หากทั้งปัจจัยทางด้านผู้บริโภคและผู้ประกอบการแสดงให้เห็นว่าสินค้าที่มีการรวมกัน (integration) นั้นเป็นสินค้า 2 ชนิดแยกจากกัน จะมีเพียงหลักฐานที่มีอำนาจมากกว่า (Overwhelming evidence) กล่าวคือการระบุว่า การรวมกันเช่นนั้นเป็นความก้าวหน้าทาง

⁷³ Ibid., p. 953.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

เทคโนโลยีที่แท้จริงเท่านั้นที่จะสามารถทำให้ศาลสามารถพิจารณาได้ว่าการรวมกันเช่นนั้นเป็นสินค้าขึ้นเดียว และไม่เป็นการพ่วงสินค้าโดยผิดกฎหมาย การพิจารณาในตอนท้ายนี้ถือได้ว่าเป็นมาตรการในการคุ้มครองเพื่อทำให้แน่ใจว่าในบางสถานการณ์ไม่ว่าผู้บริโภครหรือผู้ประกอบการจะเชื่อว่าสินค้าที่มีการรวมกันนั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือไม่ แต่จากตัวสินค้านั้นเองแสดงให้เห็นว่าเกิดประสิทธิภาพที่เหนือกว่าเกิดขึ้น นวัตกรรมนั้นก็จะไม่ถูกห้ามตามกฎหมาย⁷⁷

4.5.2 อำนาจตลาด

เรื่องอำนาจตลาดนั้นเป็นขั้นตอนถัดมาในการพิจารณาว่าการขายพ่วงนั้นผิดตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งจะต้องระบุให้ได้ว่าผู้ขายนั้นมีอำนาจตลาดหรือไม่ ถ้าหากผู้ขายมีอำนาจตลาดเพียงพอก็อาจกระทำการในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบจากการใช้อำนาจตลาดนั้นได้ เช่น การบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าเป็นแพ็คเกจแทนที่ซื้อสินค้านั้นแยกจากกัน ซึ่งการบังคับเช่นนั้นจะเป็นการขัดขวางการแข่งขันและบีบบังคับผู้ซื้ออีกด้วย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

เมื่อพิจารณาคดี Jefferson เมื่อพิจารณาถึงอำนาจตลาดของโรงพยาบาล Jefferson แล้วพบว่ามียอยู่ 30% ซึ่งผู้ป่วยอีก 70% นั้นใช้บริการโรงพยาบาลอื่น จึงทำให้ศาลฎีกาสหรัฐสรุปได้ว่ากรณีนี้ไม่ใช่การขายพ่วงที่เป็นความผิดตามกฎหมายเนื่องจากมีอำนาจตลาดเพียงแค่ 30% โรงพยาบาลจะไม่สามารถขัดขวางการแข่งขันด้วยการขายพ่วงได้⁷⁸ ส่วนในคดี Microsoft 3 นั้น บริษัท Microsoft ถือครองอำนาจตลาดอย่างน้อย 95% ในตลาดระบบปฏิบัติการซึ่งศาลได้ตัดสินว่าเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดในตลาดระบบปฏิบัติการ⁷⁹

4.5.3 การอนุญาตให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าที่มีการพ่วง(Tying Product)ต่อเมื่อมีการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง(Tied Product)ด้วยเท่านั้น

นอกจากการพิจารณาว่าสินค้าที่มีการพ่วงนั้นเป็นสินค้าที่แยกออกจากกันหรือไม่ และผู้ประกอบการที่กระทำการดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว องค์ประกอบประการถัดมาที่จะต้องพิจารณาก็คือการบังคับให้ลูกค้าซื้อสินค้าได้ต่อเมื่อมีการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงด้วยเท่านั้น ซึ่งการบังคับนี้มีข้อสังเกตว่าอาจอยู่ในลักษณะของข้อสัญญาหรือใช้วิธีการทางเทคนิคก็ได้

ในคดี Jerrold Electronic คดีนี้มีลักษณะของการขายพ่วงที่เป็นการบังคับให้ลูกค้าต้องซื้อสินค้าไปทั้งระบบ ซึ่งในระบบของสินค้านั้นประกอบไปด้วยสินค้า 4 ชิ้น ไม่มีการขายสินค้าแต่ละชิ้นแยกกันเช่นผู้ประกอบการผู้เป็นคู่แข่งรายอื่น ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการขายพ่วงอันมี

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

⁷⁹ "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

ลักษณะเป็นการบังคับให้ต้องรับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงด้วย⁸⁰ ส่วนคดี Data General ก็ได้มีการขายพ่วง CPU เข้ากับอุปกรณ์เก็บความจำซึ่งทำให้ลูกค้าต้องรับไปซึ่งสินค้าทั้ง 2 ชนิดเท่านั้น⁸¹ หรือแม้กระทั่งในคดี Microsoft 3 ที่บริษัท Microsoft ได้ใช้วิธีการทางเทคนิคให้ลูกค้าต้องรับไปซึ่งโปรแกรม Internet Explorer โดยไม่มีทางเลือกก็ถือได้ว่ามีลักษณะของการบังคับให้ต้องรับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำมาพ่วงด้วยเท่านั้น⁸²

4.5.4 ผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญของการแข่งขันในการขายพ่วง

ในการที่จะพิพากษาได้ว่าการขายพ่วงนั้นเป็นความผิดจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งทั้งในคดี Jefferson Parish⁸³ และคดี International Salt⁸⁴ แสดงให้เห็นว่าความเสียหายที่อาจเกิดการปิดตลาดนั้นเพียงพอต่อเงื่อนไขในการก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการแข่งขัน

4.5.5 การให้เหตุผล (Objective Justification)

จากคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิคที่ได้มีการกล่าวไปในบทนี้ มีข้อสังเกตว่าคดีต่าง ๆ เหล่านี้ต่างอ้างว่าสินค้านั้นมีลักษณะของความเป็นระบบ สินค้าเหล่านั้นจำเป็นที่จะต้องมีการทำงานร่วมกันจึงจะเกิดประสิทธิภาพที่ดีขึ้นก็ตาม ซึ่งก็พบว่าศาลได้มีการรับฟังถึงเหตุผลทางด้านประสิทธิภาพ ลักษณะการทำงานของสินค้า หรือแม้กระทั่งความจำเป็นทางด้านธุรกิจที่พึงมีการตั้งกิจการ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาของศาลในคดีเหล่านี้ต่างตั้งเกณฑ์การพิจารณาไว้สูง ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความมีประสิทธิภาพหรือเหตุผลอื่น ๆ ที่ได้กล่าวอ้างมาว่าเกิดขึ้นจริงเท่านั้น

ดังนั้น จากการให้เหตุผลที่จะทำให้สามารถทำการขายพ่วงได้นั้น ศาลได้วางเกณฑ์ที่จะปรับใช้ถือหลักเกณฑ์การให้เหตุผลไว้สูงอย่างที่กล่าวไปในคดี Kodak และคดี IBM ซึ่งก็เป็นที่ปรากฏว่าผู้ประกอบการต่าง ๆ นั้นมีแนวโน้มที่จะประสบความสำเร็จในการอ้างว่ากรณีของตนนั้นขาดซึ่งอำนาจตลาด มากกว่าการปรับใช้ข้ออ้างในเรื่องของความมีเหตุผลในทางธุรกิจ เช่น การรับประกันด้านคุณภาพ เป็นต้น⁸⁵

⁸⁰ "United States V. Jerrold Electronics Corporation, 187 F. Supp. 545 ".

⁸¹ "In Re Data General Corp. Antitrust Litigation, 529 F. Supp. 801."

⁸² "United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34."

⁸³ "Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde."

⁸⁴ "International Salt Company, Incorporated V. United States."

⁸⁵ Hedvig Schmidt, Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration., p. 151.

4.6 กฎหมายต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการขาย พ่วงทางเทคนิค

บทบาทของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีบทบาทในฐานะของอำนาจตลาดในการขายพ่วง ใน 2 ลักษณะ⁸⁶

ประการแรก ในมุมมองของการให้ความหมายของตลาดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งตลาดที่เกี่ยวข้องนี้บ่อยครั้งจะมีการให้นิยามตามขอบเขตของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาที่คุ้มครองสินค้าอยู่⁸⁷

ประการที่สอง มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงที่มีแนวโน้มที่จะเชื่อว่า สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีสิทธิบัตรนั้นมีส่วนร่วมในการทำให้เกิดอำนาจตลาด⁸⁸

อย่างไรก็ดีในคดี *International Salt* ศาลฎีกาสหรัฐได้มีการให้ข้อสังเกตไว้ว่า สินค้าที่มีสิทธิบัตรนั้นไม่จำเป็นที่จะมีส่วนร่วมในเรื่องของอำนาจตลาดเสมอไป ซึ่งในบางครั้งการมีสิทธิบัตรนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งหรือส่วนประกอบของสินค้าเท่านั้น⁸⁹

ในความเห็นทางวิชาการก็ได้มีการปรากฏว่าผู้ทรงสิทธิบัตรนั้นไม่ได้ถือครองอำนาจตลาดราบเท่าที่ไม่มีการปิดกั้นสิ่งที่สามารถเข้ามาแทนที่ได้ในกรณีสินค้าที่มีสิทธิบัตร⁹⁰

ในทางตรงกันข้าม ศาลยุติธรรมและศาลชั้นต้นได้สร้างความชัดเจนในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิว่าสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินโดยทั่วไปภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด และจะไม่ถูกอนุมานว่าผู้ทรงสิทธิบัตรมีส่วนร่วมในอำนาจตลาดและการอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยทั่วไปนั้นจะถูกพิจารณาว่าเป็นการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า⁹¹

อย่างไรก็ตาม สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้มีบทบาทมากนักในการพิจารณาการแยกสินค้าสองชนิดออกจากกัน ซึ่งอาจจะเป็นเพราะว่าคดีที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงที่เกิดขึ้นนั้น ส่วนใหญ่แล้วเป็นกรณีของการขายพ่วงตามข้อสัญญา⁹²

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การขายพ่วงทางเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมทางเทคโนโลยีนั้นมักจะมี ความเกี่ยวข้องกับสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมาย

⁸⁶ Ibid., 152.

⁸⁷ "International Business Machines Corp. V. United States, 298 U.S. 131 (1936)."; "International Salt Company, Incorporated V. United States."

⁸⁸ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 152.

⁸⁹ "International Salt Company, Incorporated V. United States."

⁹⁰ Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 153.

⁹¹ "United States - Ip Licensing Guidance." Section 2

⁹² Hedvig Schmidt, *Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration*, p. 153.

ฉบับหนึ่งที่ว่า The Patent Misuse Reform Act 1988 ซึ่งได้วางหลักถึงการใช้สิทธิเกินขอบเขตนั้นเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ (To misuse) ซึ่งการทำกรขายพ่วงทางเทคนิคผ่านการใช้สิทธิบัตรเกินขอบเขตอาจเข้าข่ายกรณีตามกฎหมายฉบับนี้ได้⁹³ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าเท่านั้น ไม่ได้ศึกษาไปถึงประเด็นความคาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายแข่งขันทางการค้ากับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเด็นนี้

4.7 วิเคราะห์และสรุป

จากคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับคดีในเรื่องของการขายพ่วงในสหรัฐอเมริกา ได้ปรากฏว่าได้มีการแยกระหว่างการขายพ่วงตามข้อสัญญาและการรวมกันทางเทคโนโลยีในคดี Microsoft ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลได้ตระหนักถึงความมีอยู่ของการรวมกันทางเทคนิค ซึ่งมีความแตกต่างจากการขายพ่วงตามข้อสัญญา และในคดี Microsoft 2 ได้มีการให้ความหมายของสินค้าที่มีการรวมกันว่าเป็นสินค้าที่มีการทำงานรวมกันในลักษณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่ไม่อาจหาได้หากซื้อสินค้านั้นแยกจากกันและผู้ซื้อนำมารวมกันเอง

ปรากฏว่าจากคดี Microsoft 2 ศาลได้สร้างหลักในการทดสอบสินค้าที่มีการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) ซึ่งเป็นการทดสอบที่เรียกว่า The majority's test ในการประเมินว่าสินค้ามีการรวมกันจริงหรือไม่ หรือเป็นเพียงแค่การนำสินค้ามาขายเป็นแพ็คเกจเท่านั้น

การทดสอบประการแรกคือ ศาลจะต้องพิจารณาว่าการรวมกันนั้นเป็นการรวมกันในระดับของการออกแบบหรือการติดตั้ง ซึ่งถ้าหากเป็นระดับของการติดตั้งผู้บริโภคจะไม่ได้รับประโยชน์จากการรวมกันซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อสินค้าที่มีการขายแบบแยกเดี่ยว และศาลพบว่าการรวมกันนั้นก็คือ การสร้างสรรค์ที่เกิดจากการออกแบบในการขมวดสินค้าทั้งสองเข้าด้วยกัน (The creation of design that knits the two together)

และการทดสอบที่สองคือ การรวมกันนั้นจะต้องสร้างสิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งศาลใช้คำว่าควรเกิดคุณค่าทางเทคโนโลยี (technological value) ซึ่งเพียงแค่เพิ่มกำไรนั้นไม่เพียงพอ

การทดสอบนี้นั้นได้สร้างความชัดเจนในความแตกต่างของการรวมกันของสินค้า (Integration) และการขายพ่วง ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าสินค้าที่มีการรวมกันจะไม่ถูกมองว่าเป็นการพ่วงเข้าด้วยกัน แต่จะถูกมองว่าเป็นการที่เป็นสินค้าที่มีการรวมกัน เป็นการรวมกันของส่วนประกอบที่อยู่ในสินค้าหนึ่งเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การทดสอบนี้เป็นการทดสอบที่อาศัยการพิจารณาปัจจัยเพียงปัจจัยเดียวเท่านั้น โดยพิจารณาถึงการรวมกันทางเทคโนโลยีเป็นหลัก ซึ่งก็ได้ปรากฏการเสนอวิธีการทดสอบสินค้าแยกกันของสินค้าสองชนิดจากหลักในคดี Jerrold Electronics และ Data General ที่ถูก

⁹³ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 334-336.

เสนอโดย Samuel Noah Weinstein โดยอาศัยปัจจัยการพิจารณาใน 3 แง่ได้แก่ มุมมองของผู้บริโภค มุมมองของผู้ประกอบการ และการทำงานของสินค้าที่มีการรวมกัน

ทั้งจากการทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริงและการทดสอบที่อาศัยหลักจาก คดี Jerrold Electronics และ Data General ผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นวิธีที่เหมาะสมกับการพิจารณาเรื่องของการขายพ่วงทางเทคนิคต่อไปหากนำหลักทั้งสองมาพิจารณาร่วมกัน

จากการที่ปรากฏหลักกฎหมายและศาลก็ได้สร้างหลักในการพิจารณาสินค้า 2 ชนิดแยกออกจากกันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งในกรณีของการขายพ่วงทางข้อสัญญาและการรวมกันทางเทคโนโลยี มีข้อพิจารณาว่าจะสามารถนำไปปรับใช้กับแนวทางในการวิเคราะห์กับกรณีการขายพ่วงทางเทคนิคที่อาจเกิดขึ้นในกฎหมายไทยได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งจะกล่าวถึงในบทถัดไป



109548261

บทที่ 5 กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับ การขายพ่วงทางเทคนิค

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยได้มีการกล่าวถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการขายพ่วงไว้ทั้งใน พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ฉบับเดิม และ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 แต่ไม่ได้มีการบัญญัติถึงการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical tying) ไว้โดยตรง ซึ่งในบทนี้จะพิจารณาถึงกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยว่าจะสามารถนำไปปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้มากน้อยเพียงใด

5.1 หลักการ แนวคิด และเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยนั้นเกิดขึ้นจากการยกร่าง ศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าจากนานาประเทศ โดยนำจุดเด่นของกฎหมายแต่ละประเทศมาผสมผสานให้เข้ากับบริบทของสังคมและเศรษฐกิจไทย เพื่อนำไปสู่การส่งเสริมให้มีการแข่งขันอย่างเต็มที่ในตลาดสินค้าและบริการในท้ายที่สุด¹

5.1.1 หลักการและแนวคิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมและดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจเสรีอย่างเช่นประเทศไทย² ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้านี้อาจถือได้ว่าเป็น “ธรรมนูญทางการค้า” ที่ผู้ประกอบการทุกคนจะต้องปฏิบัติตามและอยู่ภายใต้กติกาเดียวกันเพื่อให้เกิดการแข่งขันการอย่างเสรีและเป็นธรรม และป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดในการประกอบธุรกิจ อีกทั้งยังส่งเสริมให้เกิดธรรมาภิบาลในการค้าอีกด้วย³

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีประวัติความเป็นมายาวนานเป็นเวลาหนึ่งร้อยกว่าปีมาแล้ว ซึ่งเริ่มต้นมาจากประเทศในทวีปอเมริกาเหนือ นั่นคือในประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกา⁴ ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้นก็ได้มีการพัฒนาเรื่อยมาและมีหลักการร่วมกันที่มีความเป็นสากลในการส่งเสริมระบบเศรษฐกิจ โดยในกฎหมายนั้นมีเนื้อหาหลักอยู่ 3 ประการเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมที่ไม่ก่อให้เกิดการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมก็คือ

- 1) ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Abuse of Dominant)
- 2) กำกับดูแลการรวมธุรกิจที่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขัน (Merger & Acquisition)

¹ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 30.

² สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 2.

³ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, คำถามที่พบบ่อย : การแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (พ.ศ. 2559), หน้า. 1.

⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 4.

- 3) ห้ามมิให้มีการตกลงร่วมกันทางธุรกิจเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Restrictive Agreements)

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นมีเนื้อหาจำกัดดูแลพฤติกรรมต้องห้ามทั้ง 3 ประการที่ได้กล่าวไป อีกทั้งยังมีการจำกัดดูแลกรณีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เหมาะสม (Unfair Trade Practice) ด้วย⁵

5.1.2 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เกิดขึ้นเนื่องจากตลอดระยะเวลาที่ได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 พบว่าไม่มีคดีการแข่งขันทางการค้าขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมเลย เนื่องจากการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิดของกฎหมาย ไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาประกอบการเอาผิดกับผู้กระทำผิดได้อย่างเพียงพอ ซึ่งสามารถสรุปปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้ดังนี้⁶

- 1) กลไกในการบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ - การสืบสวนสอบสวนมีขั้นตอนที่ล่าช้า พระราชบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงการกระทำผิดนอกราชอาณาจักร บทลงโทษไม่สอดคล้องกับความร้ายแรงของพฤติกรรม และการพิจารณาคดีขาดผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะ
- 2) กฎหมายมีความครอบคลุมไม่เพียงพอ - เนื่องจากไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบพฤติกรรมและโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ไม่สอดคล้องกับสากล อีกทั้งมีการยกเว้นการบังคับใช้แก่รัฐวิสาหกิจซึ่งสร้างความไม่เสมอภาคให้กับเอกชน
- 3) คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าขาดความอิสระและปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย - คณะกรรมการขาดความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้า การบริหารงานและงบประมาณมีจำกัด ขาดบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

ดังนั้นพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 จึงได้ถูกบัญญัติขึ้น โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้ที่ปรากฏอยู่ท้ายพระราชบัญญัติคือ เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติบางประการให้สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป และเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย ให้สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าที่แต่เดิมเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ให้เป็นหน่วยงาน

⁵ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, คำถามที่พบบ่อย : การแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 1

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

ของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการและไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ และให้มีฐานะเป็นนิติบุคคลเพื่อให้เกิดความคล่องตัวและเป็นอิสระ⁷

5.3 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560

5.3.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 50

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 50 เป็นเรื่องของการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นก่อนที่จะพิจารณาถึงการขายพ่วง จะขอกล่าวถึงการพิจารณาเรื่องตลาดเป็นประการแรก ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการให้นิยามของคำว่า “ตลาด” ไว้ในมาตรา 5 ซึ่งมีความว่า

“ตลาด” หมายความว่า ตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันหรือที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ โดยให้พิจารณาด้านคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ และด้านพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ ”

จากความรู้ที่ปรากฏนี้เห็นได้ว่าการพิจารณาเรื่องตลาดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้พิจารณาถึงการทดแทนกันได้ในด้านคุณลักษณะ ราคา วัตถุประสงค์การใช้งาน หรือพื้นที่การจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าไม่ได้มีการกล่าวว่าการพิจารณาด้านนั้นพิจารณาจากมุมมองของใคร ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่าในเรื่องนี้มีเกณฑ์ตามประกาศของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าว่าไว้หรือไม่อย่างไร ซึ่งปรากฏว่าในเรื่องนี้มี ประกาศคณะกรรมการการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

ในเรื่องของการขายพ่วง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ไม่ได้มีการระบุถึงการขายพ่วงไว้โดยเฉพาะ แต่จากความเห็นเชิงวิชาการได้มีความคิดเห็นในทิศทางเดียวกันว่าการขายพ่วงนั้นถือได้ว่าเป็นหนึ่งในพฤติกรรมที่ถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁸ ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการแก้ไขปรับปรุงจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับการขายพ่วง ดังที่ปรากฏความอยู่ในมาตรา 50 (2) ที่ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา ๕๐ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

⁷ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 26 มีนาคม. แหล่งที่มา:

http://otcc.dit.go.th/?page_id=47

⁸ สุธีร์ ศุภนิธย์, หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 46.

(๒) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าการได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น”

เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(2)⁹ จะเห็นได้ว่าข้อความตามมาตรา 50(2) ได้มีการตัดประโยคที่ว่า “เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อม” ออกไป แต่ถึงแม้ว่าจะมีการตัดประโยคนี้ออกไปผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้เป็นการสร้างความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญ เนื่องจากด้วยคำว่า “กำหนดเงื่อนไข” นั้นอาจตีความได้ถึงกรกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นกรกำหนดเงื่อนไขไม่ว่าจะเป็นกรกำหนดเงื่อนไขทางตรงหรือทางอ้อมก็สามารถรวมอยู่ในคำว่ากรกำหนดเงื่อนไขได้ทั้งสิ้น

นอกจากนี้คำว่า “เป็นการบังคับ” ก็ได้มีการตัดออกไปด้วย และถึงแม้ว่าหลักสำคัญอย่างหนึ่งของการขายบังคับขายพ่วงก็คือการบังคับ (Coercion) ให้มีการรับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ก็ตาม แต่จากการที่บทบัญญัติมาตรานี้ได้มีการเพิ่มคำว่า “กรกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม” เพิ่มเติมขึ้นจากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติฉบับเดิมซึ่งคำดังกล่าวมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “เป็นการบังคับ” ดังนั้นจึงสามารถตีความเรื่อง กรกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ว่าหากมีการบังคับเกิดขึ้นถือได้ว่าเป็นเรื่องที่มีความไม่เป็นธรรมอยู่ในตัวอยู่แล้ว¹⁰ ดังนั้นคำว่า “ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม” จึงสามารถตีความได้ว่ารวมคำว่ากรบังคับอยู่ในตัว

จากบทบัญญัติมาตรา 50 (2) สามารถสังเกตได้ว่ามีการใช้ถ้อยคำว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าการได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัตินี้มีลักษณะของการห้ามของการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position) เช่นเดียวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมาตรา 102¹¹ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรานี้สามารถตีความได้ในลักษณะกว้างที่ไม่เพียงแต่ครอบคลุมการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจกระทำการตกลงกันซึ่งเป็นการกระทำสองฝ่ายได้

⁹ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 “ มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้...

(2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น”

¹⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542, หน้า 51.

¹¹ กัญจนศักดิ์ เพชรานนท์, "บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด," วารสารนิติศาสตร์ (พ.ศ.2561): 627-628.

เท่านั้น แต่กรณีนี้สามารถครอบคลุมถึงการกระทำที่ห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในลักษณะที่เป็นการกระทำอันเป็นการกระทำเพียงฝ่ายเดียว (Unilateral Conduct) ด้วย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรานี้สามารถครอบคลุมถึงการขายพ่วงที่เป็นการกระทำเพียงฝ่ายเดียวได้ด้วย

ในเรื่องของบทกำหนดโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 หมวด 6 บทกำหนดโทษ มาตรา 72 ได้มีการระบุถึงมาตรา 50 ไว้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ซึ่งมาตรา 72 มีความว่า

“มาตรา 72 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 50 หรือมาตรา 54 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เมื่อบทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา จึงส่งผลให้จะต้องมีการตีความโดยเคร่งครัดกับการกระทำตามมาตรา 50 นี้ในการที่จะพิจารณาให้ผู้ประกอบธุรกิจใด ๆ มีความผิดทางอาญา ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การตีความโดยเคร่งครัดนี้จะอาศัยการเทียบเคียง (Analogy) บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ให้เกิดผลร้ายไม่ได้ ซึ่งการตีความกฎหมายอาญานี้ห้ามเฉพาะการเทียบเคียงที่เป็นโทษ แต่ไม่ได้ห้ามการตีความโดยขยายความ “Extensive interpretation” ถึงแม้ว่าการขยายความนั้นจะเป็นการขยายความแล้วก่อให้เกิดผลเป็นโทษก็ตาม ตัวอย่างของการตีความโดยขยายความโดยศาลยุติธรรมของประเทศไทยคือ ฎีกาที่ 877/2501 คดีลักกระแสไฟฟ้า ที่ได้ขยายความคำว่าทรัพย์สินตามกฎหมายอาญาให้รวมถึงคำว่าทรัพย์สินด้วย¹²

ดังนั้น ด้วยการตีความบทบัญญัติมาตรา 50(2) ในการปรับใช้กับการขายพ่วงนี้ จึงอาจสามารถนำไปปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ ซึ่งจะวิเคราะห์ในหัวข้อ การพิจารณาองค์ประกอบทางกฎหมายของมาตรา 50(2) และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 กับการขายพ่วงทางเทคนิคต่อไป

5.3.1.1 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกำหนดขอบเขตของตลาดและส่วนแบ่งตลาดนี้ขึ้นตามคำจำกัดความในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

¹² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (สำนักพิมพ์ พลสมยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551), หน้า 24-27.

พ.ศ. 2560 มาตรา 5 โดยได้มีการกล่าวถึงความหมายของตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องไว้ในข้อ 3 ซึ่งมีความว่า

“ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (Relevant Product Market)” หมายความว่า ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้โดยผู้บริโภค เมื่อพิจารณาจาก คุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการนั้น ”

จากข้อความดังกล่าวจะสังเกตได้ว่าการพิจารณาตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องนั้นตามแนวปฏิบัติฉบับนี้เป็นการให้พิจารณาผ่านทางมุมมองของ “ผู้บริโภค” ซึ่งไม่รวมถึงมุมมองของลูกค้า คู่ค้า หรือผู้จำหน่าย ฯลฯ ด้วย ดังนั้นหากพิจารณาถึงตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการขาย พ่วงทางเทคนิคแล้ว การขายพ่วงทางเทคนิคบ่อยครั้งอาจมีลักษณะของการรวมกันทางกายภาพ หรือ แม้กระทั่งการเกิดการขายพ่วงทางเทคนิคที่ได้พัฒนาสินค้ารูปแบบใหม่ออกมาโดยใช้การขายพ่วง มุมมองของผู้บริโภคเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอต่อการพิจารณาว่าตลาดสินค้าใดเป็นตลาดสินค้าที่ เกี่ยวเนื่องกันบ้าง ซึ่งในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกัน หากพิจารณาในมุมมองของผู้ประกอบการร่วมด้วยอาจทำให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี ในประกาศฉบับนี้ยังได้กล่าวถึงความหมายของการกำหนดขอบเขตของตลาด เอาไว้ด้วยในข้อ 3 ซึ่งมีความว่า

“การกำหนดขอบเขตตลาด (Market Definition)” หมายความว่า การวิเคราะห์ข้อเท็จจริง เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนกันได้ โดยพิจารณาสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องและ ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสรุปของขอบเขตตลาดในการบังคับใช้ภายใต้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560”

อีกทั้งปรากฏหลักการในการกำหนดขอบเขตของตลาดไว้ในแนวปฏิบัติฉบับนี้ หมวด 1 ซึ่ง มี ความว่า

“ข้อ 5 ในการกำหนดขอบเขตตลาดจะพิจารณาเงื่อนไขที่เป็นการจำกัดการแข่งขันของสินค้า หรือบริการในด้านการทดแทนกันด้านอุปสงค์ (Demand Substitutability) การทดแทนกันด้าน อุปทาน (Supply Substitutability) และการแข่งขันกับสินค้าหรือบริการที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต (Potential Competition) มาประกอบกัน

ข้อ 6 การทดแทนกันด้านอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการ เป็นการพิจารณาความเห็น และ มุมมองของผู้บริโภคถึงขอบเขตของการใช้สินค้าหรือบริการที่ทดแทนกันได้ ทั้งจากเหตุผล คุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการนั้น และเหตุผลทางด้าน ภูมิศาสตร์

ข้อ 7 การทดแทนกันด้านอุปทานของสินค้าหรือบริการ เป็นการพิจารณาความสามารถของ ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการหนึ่งในการเปลี่ยนไปผลิตและทำการตลาดสินค้าหรือบริการที่

เกี่ยวเนื่องได้โดยไม่ต้องแบกรับภาระต้นทุนหรือความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ อันเนื่องมาจาก การเปลี่ยนแปลงของราคา

ข้อ 8 การแข่งขันกับสินค้าหรือบริการที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต เป็นการพิจารณาปัจจัยและ สถานการณ์ในแต่ละกรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดของสินค้าหรือบริการที่ เกี่ยวเนื่อง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อระดับการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ได้”

จากหลักการในการกำหนดขอบเขตตลาดจะเห็นว่าความหมายของตลาดสินค้าหรือบริการที่ เกี่ยวเนื่องให้พิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภค ขณะที่หลักการในการกำหนดขอบเขตตลาดตามข้อ 6 และข้อ 7 ซึ่งให้พิจารณาทั้งความทดแทนกันได้ของสินค้าและบริการทั้งในมุมมองของผู้บริโภคและผู้ผลิต หรือจัดจำหน่าย ซึ่งหลักการตามแนวปฏิบัติฉบับนี้เป็นเรื่องของการพิจารณาเรื่องการกำหนดขอบเขต ตลาดและส่วนแบ่งตลาดในกรณีทั่วไป จึงทำให้มีข้อสังเกตว่าการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นจะต้องมีการ พิจารณาทั้งเรื่องของตลาดสินค้าเกี่ยวกับเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย อีกทั้งด้วยลักษณะพิเศษของ ตัวสินค้าในกรณีที่มีการขายพ่วงทางเทคนิคเอง จึงทำให้ในความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าในการ พิจารณาตลาดสินค้าหรือบริการที่มีความเกี่ยวเนื่องในกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นควรที่จะ พิจารณาทั้งในแง่ของผู้บริโภคและผู้ประกอบการร่วมกัน

ทั้งนี้ข้อสังเกตว่า ถึงแม้ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยจะมีการกล่าวถึงเรื่อง การกำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาดไว้ก็ตาม แต่ไม่ได้ปรากฏเรื่องแนวปฏิบัติในการแยก สินค้า 2 ออกจากกันในกรณีที่มีการขายพ่วงดังเช่นในแนวปฏิบัติตามมาตรา 102 ของกฎหมาย แข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเรื่องการขายพ่วงแต่อย่างใด

5.3.1.2 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการ พิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดลักษณะการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมี อำนาจเหนือตลาดที่ฝ่าฝืนกฎหมายผ่านทางประกาศฉบับนี้เพื่อให้การพิจารณาการกระทำที่เป็น ความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 มีความชัดเจนและเป็นไป ในแนวทางเดียวกัน ซึ่งแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงได้แก่

“ข้อ 6 การกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตน ต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อ หรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) มีการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตน เช่น

(ก) กิจกรรมส่วนลดของราคาสินค้าหรือบริการ (Discount Schemes) เช่น การ กำหนดให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าเป็นจำนวนมากหรือทั้งหมด (Fidelity Discounts) ซึ่งมากเกินไป



ความจำเป็นของผู้ซื้อและตัดโอกาสมิให้ผู้ซื้อเลือกซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่น หรือการกำหนดให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าอื่นพ่วงด้วย (Tied Product) จึงจะได้ส่วนลด

(ง) เงื่อนไขให้ลูกค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่ลูกค้าต้องการ (Tying Product)

(2) เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) ต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้าของลูกค้า

(ข) ต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการของลูกค้า

(ค) ต้องจำกัดโอกาสของลูกค้าในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(3) เงื่อนไขดังกล่าวมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม”

จากแนวทางดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในข้อ 6(1) มีลักษณะของการเขียนแนวทางแบบเปิดกว้างคือ เป็นการยกตัวอย่างการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนนั้นมีตัวอย่างอะไรบ้าง ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ การกำหนดให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าอื่นพ่วงด้วย (Tied Product) จึงจะได้ส่วนลดตามข้อ 6(1)(ก) และ เงื่อนไขให้ลูกค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่ลูกค้าต้องการ (Tying Product) ตามข้อ6(1)(ง) ซึ่งมีความกว้างกว่าแนวทางปฏิบัติเดิมที่ออกตามความในพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ฉบับเดิม ซึ่งได้เพียงแคื่อยกตัวอย่างของการขายพ่วง และกำหนดข้อยกเว้นว่าการขายพ่วงนั้นสามารถกระทำได้หากเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพไว้เพียงเท่านั้น และถ้าหากทำการเปรียบเทียบกับแนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับก่อนจะเห็นได้ว่า ในแนวปฏิบัติฉบับนี้ได้มีการยกเลิกข้อยกเว้นของสินค้าที่มีการขายพ่วงเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพออกไป โดยได้ปรากฏเรื่อง “เงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม” เกิดขึ้นแทน

นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดแนวทางการพิจารณาการกระทำที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรไว้ด้วยว่า

“ข้อ 9 การพิจารณาความไม่เป็นธรรมหรือไม่มีเหตุผลอันสมควรของการกระทำ ให้พิจารณาเกณฑ์ดังต่อไปนี้ประกอบกัน

(1) เป็นการกระทำที่ไม่เคยมีการปฏิบัติมาก่อนที่มีใช้การดำเนินการตามธุรกิจปกติ

(2) เป็นเงื่อนไขที่มีได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรและมีได้แจ้งให้ลูกค้าทราบเป็นการล่วงหน้าภายในระยะเวลาอันสมควรตามแนวทางการค้าปกติของคู่กรณี

(3) เป็นการกระทำที่ไม่สามารถรับฟังได้ด้วยเหตุผลอันชอบธรรมในทางธุรกิจ การตลาด หรือเศรษฐศาสตร์

(4) ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง”



จากแนวทางการพิจารณานี้จะเห็นได้ที่มีการกำหนดไว้อย่างกว้างซึ่งรวมไปถึงเหตุผลในทางธุรกิจหรือเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องอีกด้วย ซึ่งการพิจารณาถึงความไม่เป็นธรรมที่มีการเปิดกว้างเช่นนี้จะทำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาลสามารถตีความได้อย่างอิสระ

ดังนั้นหากมีการกระทำใด ๆ ที่เป็นการบังคับขายพ่วงที่ไม่สามารถรับฟังได้ด้วยเหตุผลทางธุรกิจ การตลาด หรือทางเศรษฐศาสตร์นั้นย่อมเข้าองค์ประกอบของการกระทำที่ไม่เป็นธรรมนี้ได้

5.3.1.3 การพิจารณาองค์ประกอบทางกฎหมายของมาตรา 50(2) และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 กับการขายพ่วงทางเทคนิค

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 50(2) และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 สามารถแยกเงื่อนไขสำคัญขององค์ประกอบในการกระทำความผิดตามมาตรา 50(2) ในเรื่องของการขายพ่วง ได้ 4 ประการ คือ

ก. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 50 นี้เป็นมาตราที่ทำการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้กระทำการโดยมิชอบ ดังนั้นการกระทำใดที่จะผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้จะต้องเข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเสียก่อน ดังนั้นในกรณีที่เกิดการขายพ่วงเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการขายพ่วงตามข้อสัญญาหรือการขายพ่วงทางเทคนิคก็ตาม จะต้องเข้าเงื่อนไขที่ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจเหนือตลาดเสียก่อน มิฉะนั้นแล้วก็ไม่ผิดตามบทบัญญัติในมาตรานี้

ดังนั้น เมื่อมีการพิจารณาถึงตลาดตามบทบัญญัติในมาตรา 5 และพิจารณาเรื่องขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาดตามแนวปฏิบัติที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้กำหนดไว้เรียบร้อยแล้ว ก็จะต้องทำการค้นหาผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นลำดับถัดไป ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการออกประกาศเรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้โดยมีความดังนี้

ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดพ.ศ. 2561 ได้มีการประกาศหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

“ข้อ 3 ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ

ข้อ 4 การนับส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดให้นับรวมส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดด้วย และให้ถือว่าบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด”

หลักเกณฑ์ในเรื่องของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดในข้อ 3 นั้นเหมือนกับหลักเกณฑ์ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดเดิมที่ออกแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 แต่ประกาศฉบับนี้ได้มีการเพิ่มเติมข้อ 4 ขึ้นมาให้มีการนับรวมส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการด้วย ซึ่งข้อกำหนดนี้ได้ทำให้ความหมายของผู้ประกอบธุรกิจมีความครอบคลุมยิ่งขึ้น

ข. กำหนดเงื่อนไขให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product)

ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่คู่ค้าต้องการ (Tying Product)

ในหัวข้อนี้จะพิจารณาถึงเรื่องของการกำหนดเงื่อนไข และเรื่องความหมายของคู่ค้าตามลำดับ

ในเรื่องของการกำหนดเงื่อนไข แนวปฏิบัติข้อ 6(1)(1) ได้ระบุถึง การกำหนดเงื่อนไขให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่คู่ค้าต้องการ (Tying Product) กรณีนี้ได้มีการใช้คำว่า “กำหนด” ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสามารถปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้มากน้อยเพียงใด

ประเด็นเรื่องการวิเคราะห์คำว่า “กำหนดเงื่อนไข” ผู้เขียนมีความเห็นว่าสามารถวิเคราะห์ได้ว่า จากถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายสามารถตีความได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขมีลักษณะของการ “กำหนด” อันเป็นลักษณะของการเป็นการขายพ่วงตามข้อสัญญา (Contractual Tying) ประการหนึ่ง อย่างไรก็ตามหากต้องการตีความให้สามารถปรับใช้กับ



การขายพ่วงทางเทคนิคการตีความกฎหมายมาตรานี้จะต้องใช้วิธีการตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากบทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ซึ่งการตีความโดยเคร่งครัดสามารถตีความในลักษณะของการขยายความได้ดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น โดยตีความปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคว่า การกำหนดเงื่อนไขนั้นหมายความรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในทางเทคนิคด้วย ซึ่งในกรณีนี้รวมถึง การออกแบบมาให้สินค้ามีการเชื่อมกันในทางเทคโนโลยีได้ อันถือได้ว่าเป็นการสร้างเงื่อนไขหรือกำหนดเงื่อนไขรูปแบบหนึ่ง

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า แนวปฏิบัติตามข้อ 6(1) ได้ระบุว่า “มีการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตน เช่น...” ซึ่งพิจารณาได้ว่าการขายพ่วงที่ระบุไว้ในแนวปฏิบัติข้อ 6(1)(ง) เป็นเพียงตัวอย่างในแนวปฏิบัติในเรื่องของการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนเท่านั้น ซึ่งเป็นการกำหนดแบบปลายเปิดที่อาจนำการขายพ่วงทางเทคนิคปรับใช้ได้ เมื่อพิจารณาได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขนี้รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขทางเทคนิคด้วย

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตอีกว่า ทั้งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 และแนวปฏิบัติของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าก็ไม่ได้ปรากฏเรื่องเกี่ยวกับการขายพ่วงทางเทคนิค หรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการแยกระหว่างสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) กับ สินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) แต่ประการใด จึงส่งผลให้เมื่อเกิดกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิคเกิดขึ้นในประเทศไทยในลักษณะที่สินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำมาพ่วงถูกออกแบบมาให้มีการเชื่อมกันทางเทคนิคในลักษณะที่ทางกายภาพยากที่จะแยกออกจากกันได้ กฎหมายของประเทศไทยก็จะมีหลักเกณฑ์ที่เพียงพอที่พิจารณาว่าสินค้านั้นมีการพ่วงกันเกิดขึ้นระหว่างสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำมาพ่วงหรือไม่ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสินค้าแยกออกจากกันในกรณีที่มีการขายพ่วงในต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการพิจารณาในกรณีนี้ โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะซึ่งจะกล่าวในบทถัดไป

ในเรื่องของการกระทำต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้า แนวปฏิบัติข้อ 6 (1) ใช้ถ้อยคำว่า “มีการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตน” สามารถตีความได้ว่าการกระทำดังกล่าวนี้ต้องเป็นการกระทำต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตน

การเป็นการกระทำต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้า กับ เป็นการกระทำต่อผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนนั้นมีความหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งหมายความว่า การบังคับขายพ่วงที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเกิดกับผู้ประกอบการ หรือ Business operator ที่เป็นคู่ค้าเท่านั้น อันได้แก่ ผู้จัดการจำหน่ายหรือผู้จำหน่ายต่อซึ่งสินค้า ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก เป็นต้น



109548261

CT :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

อย่างไรก็ดี ตามความเห็นของผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแนวปฏิบัติตามข้อ 6 (1) นั้นมีความแคบกว่าบทบัญญัติตามมาตรา 50 (2) เนื่องจากในแนวปฏิบัติมีการระบุไว้ถึง “การกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบการอื่น” อันจะสามารถตีความได้ว่าการขายพ่วงที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นกรณีที่เกิดการผู้ประกอบการสองรายขึ้นไปอันจะเป็นลักษณะของการขายพ่วงตามข้อสัญญาเท่านั้น

อย่างไรก็ตามจากบทบัญญัติมาตรา 50 (2) มีการใช้ถ้อยคำที่กว้างกว่าแนวปฏิบัติตามข้อ 6 (1) โดยใช้คำในลักษณะที่ว่า “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกระทำที่ห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีนี้ สามารถตีความรวมถึงการขายพ่วงทางเทคนิคซึ่งเป็นหนึ่งในรูปแบบของการกระทำเพียงฝ่ายเดียว

ค. กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม

จากบทบัญญัติมาตรา 50(2) นอกจากจะต้องพิจารณาในประเด็นการกำหนดเงื่อนไขแล้ว การกำหนดเงื่อนไขที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมด้วย ดังนั้นเมื่อมีการขายพ่วงทางเทคนิคเกิดขึ้น การกำหนดเงื่อนไขทางเทคนิคดังกล่าวจะต้องมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมด้วยจึงจะเข้าตามบทบัญญัติมาตรานี้

ประเด็นเรื่องของความเป็นธรรมในเรื่องของการขายพ่วงนั้น การบังคับ (Coercion) ใ้รับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) เมื่อมีการซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) โดยที่ลูกค้าไม่มีทางเลือกอื่นนั้นก็ถือได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมรูปแบบหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความเป็นธรรมนั้น ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ได้มีการกำหนดแนวทางการพิจารณาความไม่เป็นธรรมไว้ในข้อ 9 ซึ่งมีความหมายเชิงกว้างที่เปิดโอกาสให้ตีความโดยใช้หลักเหตุผลทางธุรกิจ เศรษฐศาสตร์ และปัจจัยอื่น ๆ เข้ามาประกอบในการตีความได้ด้วย

ในเรื่องของความเป็นธรรมในกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิคนั้น ถึงแม้ว่าโดยธรรมชาติของการขายพ่วงทางเทคนิคจะมีการบังคับใ้รับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ด้วยวิธีการทางเทคนิคก็ตาม แต่การพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมนั้นจะต้องพิจารณาเหตุผลหลายประการในการชั่งน้ำหนักประกอบกัน เช่น ความจำเป็นในการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นอาจอยู่ในรูปแบบความปลอดภัยในการใช้งานสินค้า การส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพสุขภาพอนามัยของผู้บริโภค หรือพิจารณาในเรื่องของความมีประสิทธิภาพที่เกิดจากการขายพ่วงทางเทคนิค ความเข้ากันของสินค้าที่ทำให้สินค้าที่มีการขายพ่วงทางเทคนิคทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ หรือการเกิดหรือแนวโน้มในการพัฒนาสินค้าให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ



109548261

ก็ตาม นอกจากนี้ในเรื่องของความเป็นธรรมยังต้องพิจารณาถึงในด้านเศรษฐศาสตร์ว่าการกระทำดังกล่าวส่งผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ หรือแม้แต่ทางด้านธุรกิจซึ่งอาจมีการใช้การขายพ่วงทางเทคนิคในการเข้าสู่ตลาดและทำให้ธุรกิจในขณะที่มีการตั้งตัวมีความมั่นคง เป็นต้น ซึ่งแนวทางการพิจารณาความไม่เป็นธรรม ข้อ 9(4) ได้กล่าวถึงปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งมีความหมายกว้าง อันจะสามารถนำเหตุผลในลักษณะอื่นเช่นเหตุผลทางเทคโนโลยีมาใช้ในการพิจารณานอกเหนือจากเรื่องทางธุรกิจ การตลาด หรือ เศรษฐศาสตร์ได้

5.3.1.4 แนววินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ขณะนี้ยังไม่ปรากฏแนววินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคดีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงทางเทคนิค

แนววินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงนั้นมีปรากฏเพียงแค่คดีขายเหล้าพ่วงเบียร์ซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

5.3.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 57

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้กำหนดเรื่องของการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นไว้ในมาตรา 57 ซึ่งมีความว่า

“ มาตรา 57 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม
- (3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม
- (4) กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

จากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรานี้จะเห็นได้ว่าสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งมีข้อสังเกตว่ามาตรานี้มุ่งหมายในการควบคุมในเรื่องของการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นโดยที่บทบัญญัติในมาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังเช่นบทบัญญัติในมาตรา 50 ดังนั้นเมื่อไม่มีเงื่อนไขในเรื่องของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด นั่นก็แสดงให้เห็นว่า การที่ผู้ประกอบการจะผิดตามบทบัญญัตินี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมียอำนาจเหนือตลาด เพียงแค่การกระทำนั้นเข้าตามลักษณะที่กำหนดตามมาตรา 57 ก็เป็นความผิดได้

ในการพิจารณาเรื่องการขายพ่วงและการขายพ่วงทางเทคนิค กับบทบัญญัติมาตรา 57 นี้สามารถตีความปรับใช้กับการขายพ่วงได้ทั้งกับการขายพ่วงทางข้อสัญญาและการขายพ่วงทางเทคนิคผ่านทางมาตรา 57(3) ได้ โดยมาตรา 57 (3) เป็นเรื่องการกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัด



หรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้นเมื่อการขายพ่วงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของการกำหนดเงื่อนไขไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขทางด้านสัญญาหรือด้านเทคนิคก็ตาม เมื่อการกำหนดนั้นเป็นการจำกัดหรือขัดขวางผู้ประกอบธุรกิจอื่นอย่างไม่เป็นธรรม กรณีก็จะเข้าตามบทบัญญัติมาตรา 57(3) นี้

จากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 57 นี้ คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการออกแนวปฏิบัติเรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นพ.ศ. 2561 เพื่อพิจารณาการกระทำที่ผิดตามมาตรา 57 ด้วย ซึ่งมีรายละเอียดของแนวพิจารณาการกระทำที่ผิดและแนวทางการพิจารณาการกระทำที่ไม่เป็นธรรมด้วยซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 82 ซึ่งอยู่ในหมวด 6 บทกำหนดโทษได้กล่าวถึงโทษของการฝ่าฝืนมาตรา 57 ไว้ในมาตรา 82 ซึ่งเป็นเรื่องที่มีโทษทางปกครองว่า

“มาตรา 82 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 55 มาตรา 57 หรือมาตรา 58 ต้องชำระค่าปรับ ทางปกครอง ในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด

ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ให้ชำระค่าปรับ ทางปกครองในอัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท”

ตามบทบัญญัติมาตรานี้แสดงให้เห็นว่ามาตรา 57 มีลักษณะของโทษทางปกครอง ไม่ใช่โทษทางอาญาดังเช่นมาตรา 50 ซึ่งจะต้องตีความการใช้กฎหมายโดยเคร่งครัด ดังนั้นการตีความกฎหมายจึงสามารถตีความตามหลักการตีความกฎหมายทั่วไปโดยพิเคราะห์ถึงถ้อยคำตามบทบัญญัติทางกฎหมายและหลักเหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบกัน¹³ โดยตีความไปในทางที่สามารถก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายกับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ว่า “การกำหนดเงื่อนไข” นั้นรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในทางเทคนิคหรือกรณีการสร้างเงื่อนไขทำให้สินค้าเชื่อมกันโดยวิธีการทางเทคนิคได้ด้วย โดยมีใช้หมายถึงการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะของข้อตกลงหรือสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว

5.3.2.1 ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561

คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้มีการออกแนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ผ่านทางประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผล

¹³ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2560), หน้า 122-131.

เสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น พ.ศ. 2561 ซึ่งประการที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงปรากฏอยู่ในข้อ 10 ของแนวปฏิบัติฉบับนี้ซึ่งมีความว่า

“ข้อ 10 การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(4) การกำหนดเงื่อนไขบังคับโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นจากตนหรือจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หากคู่ค้าจะซื้อสินค้าหรือบริการชนิดที่ต้องการจากตน”

จากแนวปฏิบัติข้อ 10(4) นี้มีข้อสังเกตว่าไม่ได้มีการระบุถึงการขายพ่วงไว้เป็นตัวอย่างดังเช่นแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ แต่อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติข้อ 10(4) นี้มีลักษณะที่กว้าง ซึ่งสามารถปรับใช้กับการขายพ่วงได้ว่า การขายพ่วงนั้นเป็นกรณีที่มีการบังคับให้รับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied product) ไปด้วยเมื่อมีการซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เท่านั้น กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไข และการกำหนดเงื่อนไขที่เกิดขึ้นนี้อาจเป็นการกำหนดเงื่อนไขทางสัญญาหรือทางเทคนิคก็ได้ดังที่ได้มีการกล่าวไป ซึ่งเมื่อมีลักษณะของการต้องรับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงเท่านั้นเป็นกรณีอื่นจะถือได้ว่ามีลักษณะของการบังคับก็สามารถพิจารณาได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการกำหนดเงื่อนไขบังคับให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นจากตนหรือจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น และหากไม่มีเหตุผลอันสมควรก็จะมีผลตามกรณีนี้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 57(3) ได้ใช้ถ้อยคำว่า “กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม” จึงทำให้ต้องมีการพิจารณาด้วยว่าการกำหนดเงื่อนไขที่เกิดขึ้นเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งแนวปฏิบัติฉบับนี้ก็ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมด้วยในข้อ 11 ความว่า

“ข้อ 11 การพิจารณาความไม่เป็นธรรมของการกระทำทำให้พิจารณาเกณฑ์ดังต่อไปนี้ประกอบกัน

- (1) เป็นการกระทำที่ไม่เคยมีการปฏิบัติมาก่อนที่มีใช้การดำเนินการตามธุรกิจปกติ
- (2) เป็นเงื่อนไขที่มีได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรและมีได้แจ้งให้คู่ค้าทราบเป็นการล่วงหน้าภายในระยะเวลาอันสมควรตามแนวทางการค้าปกติของคู่กรณี
- (3) เป็นการกระทำที่ไม่สามารถรับฟังได้ด้วยเหตุผลอันชอบธรรมในทางธุรกิจ การตลาด หรือ เศรษฐศาสตร์
- (4) ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง”

มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมตามแนวปฏิบัติข้อ 11 นี้ได้มีเนื้อหาเช่นเดียวกันกับแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ในเรื่องการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมดังที่ได้กล่าวไป จึงสามารถนำหลักการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมกับการขายพ่วงทางเทคนิคที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อข้างต้นนั้นมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้เช่นเดียวกัน

5.3.2.2 แนววินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ขณะนี้ยังไม่ปรากฏแนววินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคดีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงและการขายพ่วงทางเทคนิค

5.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย กับ กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นการขายพ่วงทางเทคนิค

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้นได้มีการนำหลักคิดและมีพัฒนาการมาจากกฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ ซึ่งในเรื่องการขายพ่วงนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักในการพิจารณาการขายพ่วงเมื่อเทียบเคียงกับหลักที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของทั้งในสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกานั้นสามารถพิจารณา 4 ประการคือ

1. สินค้า 2 ชิ้นที่แยกจากกัน (Two separate products) - สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) เป็นสินค้าที่สามารถแยกออกจากกันได้
2. มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Dominance in the tying market)
3. ผู้บริโภคไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วงเพียงอย่างเดียว (The customers are given no choice to obtain the tying product alone)
4. การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน (The tying forecloses competition)

ทั้งนี้ทั้งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาต่างมีข้อยกเว้นว่าการขายพ่วงนั้นสามารถกระทำได้หากมีการให้เหตุผลที่รับฟังได้ในการทำการขายพ่วงเช่นนั้น

ดังนั้น เมื่อนำกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมาพิจารณาวิเคราะห์เทียบเคียงกับหลักกฎหมายของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปและกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาในเรื่องของการขายพ่วงทางเทคนิค สามารถวิเคราะห์ได้ตามหัวข้อดังนี้

5.4.1 การมีสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) ซึ่งสินค้าทั้งสองสามารถแยกออกจากกันได้

5.4.2 อำนาจตลาด

5.4.3 การไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เพียงอย่างเดียว

5.4.4 การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน

5.4.5 การให้เหตุผลที่สมควร

5.4.6 การขายพ่วงทางเทคนิค



จากหัวข้อที่ได้กล่าวไว้ สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบตามลำดับได้ดังต่อไปนี้

5.4.1 การมีสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกลำมาพ่วง (Tied Product) ซึ่งสินค้าทั้งสองสามารถแยกออกจากกันได้

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย พ.ศ. 2560 ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วง มาตรา 50(2) ไม่ได้กล่าวถึงการขายพ่วงไว้โดยตรงในมาตรานี้ แต่มาตรานี้สามารถตีความได้ถึงกรณีการขายพ่วงได้ อีกทั้งตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 6(1)(ง) ได้ระบุว่า

“(1) มีการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตน เช่น

(ง) เงื่อนไขให้ผู้ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่ผู้ค้าต้องการ (Tying Product)”

แสดงให้เห็นว่าโดยหลักการแล้วการขายพ่วงของไทยนั้นจะต้องมีสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product) และสินค้าที่ถูกลำมาพ่วง (Tied product) แต่อย่างไรก็ดี ตามแนวปฏิบัติของไทยไม่ได้ปรากฏแนวทางในการพิจารณาสินค้าทั้งสองแยกออกจากกันแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้มีการให้ความหมายของคำว่าตลาด ตามมาตรา 5 โดยมีใจความว่า

“ “ตลาด” หมายความว่า ตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกันหรือที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ โดยให้พิจารณาด้านคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการ และด้านพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการ ”

จากความรู้ที่ปรากฏนี้เห็นได้ว่าการพิจารณาเรื่องตลาดตามพระราชบัญญัตินี้ให้พิจารณาถึงการทดแทนกันได้ในด้านคุณลักษณะ ราคา วัตถุประสงค์การใช้งาน หรือพื้นที่การจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าไม่ได้มีการกล่าวว่าการพิจารณาตลาดนั้นพิจารณาจากมุมมองของใคร ซึ่งในเรื่องนี้มี ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณา กำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561 ได้มีการกล่าวถึงความหมายของตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องไว้ในข้อ 3 ซึ่งมีความว่า

“ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (Relevant Product Market)” หมายความว่า ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการที่สามารถใช้ทดแทนกันได้โดยผู้บริโภค เมื่อพิจารณาจากคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์การใช้งานของสินค้าหรือบริการนั้น

จากข้อความดังกล่าวจะสังเกตได้ว่าการพิจารณาตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องตามแนวปฏิบัติฉบับนี้เป็นการให้พิจารณาผ่านทางมุมมองของ “ผู้บริโภค” ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ในการพิจารณาสินค้าทั้งสองแยกออกจากกันสามารถพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคเป็นหลัก

นอกจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย พ.ศ. 2560 ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วง มาตรา 50(2) แล้ว ยังมีบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งคือมาตรา 57 ที่สามารถนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงได้ด้วย แต่อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ไม่ได้มีการระบุถึงการขายพ่วงไว้ดังเช่นในแนวปฏิบัติมาตรา 50 แต่อย่างใด แต่มีการใช้คำในลักษณะกว้างที่สามารถทำไปปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้เท่านั้นอย่างที่ได้มีการกล่าวไปในหัวข้อก่อน

ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นเรื่องของการควบคุมพฤติกรรมของผู้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ตามมาตรา 102 นั้นเป็นบทบัญญัติที่เปิดกว้างให้ครอบคลุมถึงการกระทำอันมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ในอนาคต ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 102 ได้มีการระบุถึงความหมายของการขายพ่วงว่า “การขายพ่วง (Tying) มักใช้อ้างถึงสถานการณ์ที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง Tying Product) ต้องซื้อสินค้าอื่น (สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง Tied Product) จากผู้มีอำนาจเหนือตลาด การขายพ่วงนั้นอาจอยู่บนพื้นฐานของเรื่องทางเทคนิค (Technical) หรือทางสัญญา (Contractual) ก็ได้” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักการที่ว่าการขายพ่วงนั้นจะต้องมี สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และ สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง (Tied Product) นอกจากนี้จากคำพิพากษาในคดี Microsoft ก็ได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ด้วยว่า กรณีที่จะเป็นการขายพ่วงที่ผิดตามกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่มีสินค้าทั้งสองอย่างที่สามารถแยกออกจากกัน

นอกจากนี้ยังได้มีการกล่าวถึงการแยกสินค้าออกจากกันในพารากราฟที่ 51 ว่า สินค้าจะถูกพิจารณาถึงการแยกออกจากกันโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าโดยอาศัยความต้องการของผู้บริโภค สินค้าสองชนิดนั้นแยกออกจากกันเป็นหลัก

ส่วนกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้นได้ปรากฏหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาในการพิจารณาว่าการขายพ่วงนั้นเป็นกรณีที่มีสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง (Tied Product) ซึ่งได้มีการพัฒนาเกณฑ์ในการแยกสินค้าออกจากกันโดยปรากฏเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- การทดสอบความต้องการที่แยกจากกัน (Separate-demand Test) พิจารณาว่า มีความต้องการที่เพียงพอ (Sufficient demand) สำหรับสินค้าหนึ่งแยกออกไปจากสินค้าอื่นที่สองหรือไม่
- การทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง (Genuine Technological-Integration test) ว่ามีการรวมกันทางเทคโนโลยีอื่นจะสร้างคุณค่าเพิ่มมากกว่าการใช้สินค้า 2 ชนิดแบบแยกจากกันหรือไม่
- การทดสอบด้วยหลักเหตุผล (Unstructured Rule-of-reason Test)
- การทดสอบการแยกกันของสินค้าสองชนิดแบบใหม่ที่ถูกระบุโดย Samuel Noah Weinstein โดยอาศัยหลักจากคดี Jerrold Electronics และ Data General โดย

พิจารณาสินค้าจากมุมมองของผู้บริโภค มุมมองของผู้ประกอบการ และการทำงานของสินค้าที่มีการรวมกัน

หากพิจารณาในแง่ของการขายพ่วงทางเทคนิค ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรากฏความเห็นและแนวทางในการพิจารณาการแยกกันของสินค้า 2 ชนิดที่มากกว่าในกฎหมายไทยและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

5.4.2 อำนาจตลาด

ในประเด็นเรื่องของอำนาจตลาด ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทย พ.ศ. 2560 ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วง มาตรา 50(2) ได้มีการระบุถึงการห้าม “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” และมีประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ในข้อ 3 ซึ่งเป็นการทำตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในการปกป้องการแข่งขันทางการค้าเป็นสำคัญ ซึ่งผู้ประกอบการที่จะกระทำผิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าได้นั้นจะต้องมีอำนาจตลาด

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย พ.ศ. 2560 ยังปรากฏมาตรา 57 ที่สามารถนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงและการขายพ่วงทางเทคนิคได้ แต่ตามบทบัญญัติมาตรานี้ผู้ประกอบการไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่นำมาปรับใช้กับการขายพ่วงก็คือมาตรา 102 ซึ่งก็ได้มีการระบุถึงผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant position) และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเองก็ได้พิจารณาเงื่อนไขในเรื่องอำนาจตลาดนี้ โดยเป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนการพิจารณาต่อไปว่าคดีนั้นเกิดการขายพ่วงหรือไม่

ทั้งบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยและกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นต่างเป็นลักษณะของบทบัญญัติในการควบคุมผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่กฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นมีความแตกต่างออกไป ซึ่งสำหรับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น หากเป็น The Sherman Act มาตรา 1 เป็นมาตราที่ห้ามการกระทำอันเป็นการร่วมมือกันในการจำกัดการแข่งขันเป็นสำคัญ ซึ่งไม่รวมถึงการขายพ่วงที่เป็นการกระทำเพียงฝ่ายเดียว ส่วน The Sherman Act มาตรา 2 เน้นควบคุมการกระทำที่เป็นการผูกขาดหรือการพยายามผูกขาด ซึ่งการกระทำที่จะเข้าข่ายมาตรานี้ได้ ผู้ประกอบการรายนั้นต้องมีอำนาจตลาดอยู่ในตัว ส่วน The Clayton Act มาตรา 3 นั้นก็เน้นถึงการป้องกันการลดลงของการแข่งขันและเรื่องของแนวโน้มในการที่จะสร้างการผูกขาดขึ้น นอกจากนี้จากการพิจารณาคดีที่ปรากฏในศาลก็พบว่าศาลได้มีการพิจารณาถึงอำนาจตลาดเป็นสำคัญด้วย



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

เมื่อพิจารณาเรื่องของอำนาจตลาดก็สามารถพบได้ว่ามีการระบุถึงผู้ประกอบการนั้นจะต้องมีอำนาจตลาดเช่นเดียวกัน เพียงแต่เกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

5.4.3 การไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วง(Tying Product)เพียงอย่างเดียว

ในหัวข้อนี้โดยหลักแล้วหมายถึงการปรากฏถึงการบีบบังคับ (Coerce) เกิดขึ้นในการรับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied product) โดยที่ไม่มีทางเลือกอื่น ซึ่งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในมาตรา 50 (2) ได้มีการระบุถึง “การกำหนดเงื่อนไข... ให้ต้องจำกัด...” ซึ่งการจำกัดในข้อนี้สามารถแปลความหมายได้ถึงการมีทางเลือกที่น้อยลงหรือไม่มีทางเลือกเลย ซึ่งในแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 (2) พบว่าได้กล่าวถึงการกำหนดเงื่อนไขให้คู่ค้า “ต้อง” ซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่คู่ค้าต้องการ (Tying Product) ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของไทยก็มีการกำหนดถึงเงื่อนไขในการต้องรับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง

ส่วนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในมาตรา 57(3) ก็ได้มีการใช้ถ้อยคำว่า “กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวาง” ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับในมาตรา 50(2) ที่แสดงถึงการจำกัดเช่นกัน

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป ตามมาตรา 102 ที่เป็นเรื่องของกรควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้น แม้มาตรา 102 ไม่ได้บัญญัติห้ามเรื่องการขายพ่วงทางเทคนิคไว้โดยตรง แต่บทบัญญัตินี้มีลักษณะที่กว้างทำให้สามารถตีความถึงการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบให้ครอบคลุมถึงการขายพ่วงทางเทคนิคได้ ทั้งนี้เรื่องการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นได้ปรากฏอยู่ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 102 ด้วย โดยพารากราฟที่ 48 มีความว่า การขายพ่วง (Tying) มักใช้อ้างถึงสถานการณ์ที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง Tying Product) ต้องซื้อสินค้าอื่น(สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง Tied Product) จากผู้มีอำนาจเหนือตลาด การขายพ่วงนั้นอาจอยู่บนพื้นฐานของเรื่องทางเทคนิค (Technical) หรือทางสัญญา (Contractual) ก็ได้ โดยความหมายที่ปรากฏนี้ก็แสดงให้เห็นถึงการ “ต้องซื้อ” สินค้าที่ถูกนำไปพ่วงด้วย อันแสดงให้เห็นถึงการบีบบังคับ ซึ่งการบีบบังคับนั้นอาจเกิดขึ้นได้โดยสัญญาหรือสภาพบังคับทางเทคนิคก็ได้ อีกทั้งแนวคำพิพากษาก็ปรากฏว่าในการขายพ่วงนั้นจะต้องมีการบีบบังคับเกิดขึ้น เช่นในคดี Hilti คดี Tetra Pak และคดี Microsoft เป็นต้น

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ก็ได้วางหลักเกี่ยวกับการปรากฏถึงการบีบบังคับให้มีการรับไปซึ่งสินค้าที่มีการนำมาพ่วงเช่นกัน ซึ่งคำพิพากษาในสหรัฐอเมริกาทั้งในคดี Jerrold Electronic คดี Data General หรือคดี Microsoft 3 ก็ตาม ก็พบได้ว่าการขายพ่วงที่เกิดขึ้น



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

นั้นมีลักษณะของการบีบบังคับอันจะทำให้ไม่สามารถที่จะรับไปซึ่งสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) โดยปราศจากสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) ได้

สามารถสรุปได้ว่าหลักในข้อนี้ได้ปรากฏทั้งในประเทศไทย กฎหมายของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาเช่นกัน

5.4.4 การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน

เนื่องจากจุดประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าคือเพื่อการดำรงไว้ซึ่งการค้าที่เสรีและเป็นธรรม ดังนั้นทั้งจากองค์ประกอบในเรื่องอำนาจตลาดที่ได้กล่าวไปและเรื่องของการบีบบังคับให้มีการรับไปซึ่งสินค้าที่ถูกพ่วงแล้ว หากมีองค์ประกอบทั้ง 2 ประการนี้ก็อาจกล่าวได้ว่า เมื่อผู้ประกอบการมีอำนาจตลาด และมีการบีบบังคับให้รับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง ก็ได้ถือว่าการขายพ่วงที่ขัดขวางการแข่งขัน ซึ่งหลักในข้อนี้เหมือนกันทั้งในประเทศไทย ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมาตรา 50 (2) มีการกล่าวถึงการ “ กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าการได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น ” ซึ่งสามารถสังเกตได้ว่า จากหลักการในมาตรานี้ที่เป็นการควบคุมผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่มิชอบ และตามบทบัญญัติมาตรา 50 (2) ที่มีการกำหนดให้ผู้ประกอบการอื่นต้อง “ จำกัด ” โอกาสนั้น แสดงให้เห็นถึงความหมายของการขายพ่วงที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นการขัดขวางทางแข่งขันทางการค้า

นอกจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 50(2) ยังมีบทบัญญัติตามมาตรา 57 ที่สามารถนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงและการขายพ่วงทางเทคนิคได้ด้วย อันเป็นเรื่องของการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรานี้จึงไม่ได้มีการพิจารณาเรื่องผู้ประกอบการดังเช่นในมาตรา 50(2) จึงส่งผลให้ในบางครั้งหากการขายพ่วงนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมก็จะมีคามผิดตามมาตรานี้แล้วโดยไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ว่ามีการขัดขวางการแข่งขันหรือการปิดตลาดเกิดขึ้น

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้มีการวางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องการขายพ่วงได้ ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวก็ได้กล่าวถึงผลกระทบอันเป็นการปิดตลาดในพารากราฟที่ 52-28 ดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 อีกทั้งคดีที่ปรากฏในสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นคดี Hilti คดี Tetra Pak II คดี Microsoft ก็ได้มีการกล่าวถึงผลกระทบจากการขายพ่วงอันเป็นการขัดขวางการแข่งขันและทำให้เกิดการปิดตลาดเกิดขึ้น



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ได้ปรากฏคำพิพากษาคดีต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไปในบทที่ 4 ซึ่งคดีเหล่านั้นต่างแสดงให้เห็นว่าการขายพ่วงนั้นจะต้องทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ

5.4.5 การให้เหตุผลที่สมควร

การให้เหตุผลที่สมควรในหัวข้อนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้การขายพ่วงนั้นไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งหากมีเหตุผลที่รับฟังได้ การขายพ่วงนั้นอาจไม่ถือว่าเป็นการขัดขวางการแข่งขัน

ในกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ปรากฏอยู่ในมาตรา 50 (2) ว่า เป็นการห้ามไม่ให้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม และในแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ข้อ 9 ได้เปิดโอกาสให้ตีความความไม่เป็นธรรมโดยใช้หลักเหตุผลทางธุรกิจ เศรษฐศาสตร์ และปัจจัยอื่น ๆ เข้ามาประกอบได้ด้วย นอกจากนี้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2550 ยังมีมาตรา 57 ที่สามารถนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงและการขายพ่วงทางเทคนิคได้ ในกรณีที่เกิด “กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของ ผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม” ซึ่งหากการขายพ่วงนั้นมีลักษณะที่เป็นธรรมก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 57

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเรื่องการให้เหตุผลกับการขายพ่วงทางเทคนิคแล้ว หากการขายพ่วงทางเทคนิคทำให้เกิดความมีประสิทธิภาพและสนับสนุนการแข่งขันทางการค้า อาจกล่าวได้ว่ากรณีดังกล่าวสมควรอนุญาตให้กระทำได้ ซึ่งการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นอาจก่อให้เกิดการปรับปรุงสินค้าที่มีความแตกต่างจากสินค้าเดิม สามารถสร้างประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นได้มากกว่าสินค้าที่ขายแบบแยกเดี่ยว หรือการทำการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นสามารถก่อให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมใหม่ได้ นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาได้ว่าอีกว่าการขายพ่วงทางเทคนิคดังกล่าวทำเพื่อควบคุมคุณภาพของสินค้า ควบคุมความปลอดภัย และการใช้งานสินค้าให้สามารถใช้งานได้เหมาะสม ทั้งนี้การขายพ่วงทางเทคนิคนั้นก็อาจทำให้เกิดการลงทุนในการทำการผลิต การวิจัยและพัฒนา หรือเพื่อลดความเสี่ยงในการเข้าสู่ตลาดได้ด้วย ซึ่งการกล่าวอ้างเหตุผลเหล่านี้จะต้องมีหลักฐานสนับสนุนที่เพียงพอ

ในสหภาพยุโรปได้ปรากฏการอ้างถึงเหตุผลในการทำการขายพ่วงในคดีเกี่ยวกับการขายพ่วงว่าทำเพื่อสุขภาพและความปลอดภัย เพื่อรักษาคุณภาพของสินค้า และเพื่อการลดต้นทุนในการผลิต ซึ่งศาลได้ไม่อนุญาตตามเหตุผลที่ได้มีการกล่าวอ้างมาเนื่องจากเห็นว่าไม่มีหลักฐานสนับสนุนที่เพียงพอ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีปรากฏคำพิพากษาที่อ้างถึงการรับประกันทางด้านคุณภาพ และความมีประสิทธิภาพของสินค้า เช่นกัน แต่ศาลเห็นว่าข้อกล่าวอ้างดังกล่าวไม่น่าจะรับฟังได้

5.4.6 การขายพ่วงทางเทคนิค

ในเรื่องของการขายพ่วงทางเทคนิคกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยนั้น พบว่าประเด็นเรื่องของการขายพ่วงทางเทคนิคไม่ได้มีการปรากฏถึงทั้งในบทบัญญัติมาตรา 50(2) และ



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคแต่อย่างใด ซึ่งมีเพียงแต่การกล่าวถึงการขายพ่วงในความหมายโดยทั่วไป โดยข้อ 6(1)(ง) มีการใช้คำว่า “การกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่น ซึ่งเป็นคู่ค้าของตน” ซึ่งหากตีความแค่ว่าตามตัวอักษรสามารถตีความได้ว่าการขายพ่วงที่ปรากฏในแนวปฏิบัตินั้นหมายถึงแต่เพียงการขายพ่วงตามข้อสัญญาเท่านั้น

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 50(2) นั้นโดยหลักหากตีความตามตัวอักษรก็สามารถตีความได้ว่าเป็นการขายพ่วงตามข้อสัญญาเช่นกัน แต่หากนำหลักการตีความตามหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ที่จะต้องตีความทั้งตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ก็อาจจะสามารถตีความถึงการขายพ่วงทางเทคนิคได้ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรานี้มีโทษทางอาญา ซึ่งหากตีความโดยเคร่งครัดอาจไม่สามารถปรับใช้กรณีดังกล่าวกับการขายพ่วงทางเทคนิคได้

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมได้ในมาตรา 57 ซึ่งสามารถปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ดังที่ได้กล่าวไปในบทนี้ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรานี้มีโทษทางปกครองเท่านั้น ดังนั้นการตีความปรับใช้กฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องตีความโดยเคร่งครัดดังเช่นมาตราที่มีโทษทางอาญา

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้มีแนวปฏิบัติที่กล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ โดยเป็นการให้ความหมายไว้ในพารากราฟที่ 48 ว่า การขายพ่วง (Tying) มักใช้อ้างถึงสถานการณ์ที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง Tying Product) ต้องซื้อสินค้าอื่น (สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง Tied Product) จากผู้มีอำนาจเหนือตลาด การขายพ่วงนั้นอาจอยู่บนพื้นฐานของเรื่องทางเทคนิค (Technical) หรือทางสัญญา (Contractual) ก็ได้ และได้ขยายความถึงการขายพ่วงที่อยู่บนพื้นฐานของเรื่องทางเทคนิคไว้ในเชิงอรรถว่า การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) เกิดขึ้นเมื่อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ถูกออกแบบในลักษณะที่ทำงานได้อย่างเหมาะสมเฉพาะกับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ซึ่งไม่ใช่สินค้าที่เป็นทางเลือกอื่น ๆ ที่เกิดจากคู่แข่ง และได้กล่าวถึงผลกระทบของการขายพ่วงที่ได้กล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ในพารากราฟ 53 ซึ่งวางหลักไว้ว่า ความเสี่ยงของผลกระทบอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นการปิดตลาดอาจถูกคาดหมายได้ว่า ความเสี่ยงนั้นมีสูงขึ้นเมื่อผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้กลยุทธ์การขายพ่วงหรือการขายพ่วงแบบบันเดิ้ลโดยนำมาใช้นั้นมีลักษณะที่ยาวนาน (Lasting one) เช่นการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ก็จะทำให้ผลกระทบในลักษณะของการกีดกันนั้นมากขึ้น นอกจากนี้ในคดีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้มีการกล่าวถึงการรวมกันทางเทคโนโลยีไว้ในคดี Microsoft แต่ไม่ได้มีการวิเคราะห์ถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้โดยตรงแต่อย่างใด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา ได้ปรากฏหลักการพิจารณาเรื่องการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริงในคดี Microsoft 2 และปรากฏการกล่าวถึงการรวมกันทางเทคโนโลยีในคดี Microsoft 3 แต่ก็ไม่ได้มีการวิเคราะห์ถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้โดยตรงแต่อย่างใด

5.4.7 ตารางสรุปการวิเคราะห์เปรียบเทียบ

ตารางที่ 3 ตารางสรุปวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป
กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย
กับการขายพ่วงทางเทคนิค

	กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป	กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา	กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย
1. สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และ สินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) และการพิจารณาสินค้าทั้งสองแยกออกจากกัน	แนวปฏิบัติพารากราฟที่ 51 พิจารณาโดยอาศัยความต้องการของผู้บริโภค สินค้าสองชนิดนั้นแยกออกจากกัน	1. การทดสอบความต้องการที่แยกจากกัน 2. การทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง 3. การทดสอบด้วยหลักเหตุผล 4. การทดสอบการแยกกันของสินค้าสองชนิดจากหลักในคดี Jerrold Electronics และ Data General ที่ถูกเสนอโดย Samuel Noah Weinstein	- ปรากฏถึงสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และ สินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ข้อ 6 - แนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ไม่ได้กล่าวถึงการขายพ่วงไว้โดยตรง แต่สามารถนำไปปรับใช้ได้กับการขายพ่วง - ไม่ปรากฏถึงแนวทางการพิจารณาสินค้าทั้งสองแยกออกจากกัน - การพิจารณาลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องเนื่องตามแนวปฏิบัติฉบับนี้เป็นการให้พิจารณาผ่านทางมุมมองของ “ผู้บริโภค”
2. อำนาจเหนือตลาด	มาตรา 102 มุ่งควบคุมพฤติกรรมผู้มีอำนาจเหนือตลาด	- ไม่ใช่กรณีบทบัญญัติที่มุ่งควบคุมพฤติกรรมผู้มีอำนาจเหนือตลาด - The Sherman Act 1890 มาตรา 2 – ผู้ใดที่ทำ	- มาตรา 50 มุ่งควบคุมพฤติกรรมผู้มีอำนาจเหนือตลาด - มาตรา 57 มุ่งทำให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ผู้



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

		การผูกขาดหรือพยายามผูกขาด - The Clayton Act มาตรา 3 - ก่อให้เกิดการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ หรือมีแนวโน้มที่จะสร้างการผูกขาดขึ้นในการค้าใด	ประกอบธุรกิจไม่จำเป็นต้องมีอำนาจเหนือตลาด
3. การกระทำโดยมิชอบ - การไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วง(Tying Product)เพียงอย่างเดียว	มาตรา 102 ได้กล่าวถึง การกระทำโดยมิชอบ (Abuse) และศาลได้วางหลักถึงการขายพ่วงว่า ต้องมีการบีบบังคับเกิดขึ้น	ศาลได้ปรากฏการวางหลักถึงการบีบบังคับ และการที่ผู้บริโภคปราศจากทางเลือก	- มาตรา 50(2) ใช้คำว่า “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม” - มาตรา 57(3) ใช้คำว่า “กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของ ผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม”
4. การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน	แนวปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องการขายพ่วงพารากราฟที่ 52-28 และคำพิพากษาในคดีขายพ่วง	- The Sherman Act มาตรา 2 – ผู้ใดที่ทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด - The Clayton Act มาตรา 3 - ก่อให้เกิดการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ หรือมีแนวโน้มที่จะสร้างการผูกขาดขึ้นในการค้าใด	- บทบัญญัติมาตรา 50 (2) ที่กล่าวถึงว่า มีการกำหนดที่ทำให้ให้ผู้ประกอบการอื่นต้อง “จำกัด” โอกาส - บทบัญญัติมาตรา 57 เป็นเรื่องของการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่นซึ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงเรื่องการปิดตลาด
5. การให้เหตุผลที่สมควร	ศาลปรากฏถึงการพิจารณาเรื่อง สุขภาพและความปลอดภัย กับคุณภาพของสินค้า	ศาลปรากฏถึงการพิจารณาเรื่องของการรับประกันคุณภาพ แต่มีเกณฑ์การพิจารณาที่สูงมาก	- แนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ข้อ 9 การพิจารณาความไม่เป็นธรรม - แนวปฏิบัติตามมาตรา

			57 ข้อ 11 การพิจารณา ความไม่เป็นธรรม
6. การขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying)	- มีการระบุถึงการขาย พ่วงทางเทคนิคไว้ในแนว ปฏิบัติตามมาตรา 102	- ไม่ได้มีการกล่าวถึงการ ขายพ่วงทางเทคนิคไว้ โดยตรง - มีการกล่าวถึงการรวมกัน ทางเทคโนโลยี (Technological Integration) ไว้ในคดี Microsoft	- ไม่ปรากฏ

5.5 วิเคราะห์สรุป

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าของไทยไม่ได้ปรากฏถึงการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ซึ่งจำเป็นที่จะต้องอาศัยการวิเคราะห์และตีความว่าจะสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงได้มากเพียงใด

ทั้งนี้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ฉบับก่อนได้มีการกล่าวถึงการขายพ่วงไว้เช่นกัน ซึ่งสามารถปรับใช้ได้กับกรณี มาตรา 25 (2) ซึ่งการขายพ่วงในกฎหมายฉบับก่อนได้ปรากฏหลักเกณฑ์ในแนวปฏิบัติ และในแนวปฏิบัติได้ระบุเพียงความหมายและตัวอย่างของการขายพ่วง และมีการให้ข้อยกเว้นไว้ว่าการขายพ่วงนั้นสามารถกระทำได้หากเป็นเพื่อส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพ

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 50(2) และมาตรา 57(3) ต่างใช้คำที่คล้ายกันว่า มาตรา50(2) “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม” และในมาตรา 57(3) “กำหนดเงื่อนไขทางการค้า...อย่างไม่เป็นธรรม” ซึ่งในการปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคสามารถนำหลักการตีความกฎหมายมาใช้ในการตีความว่า “การกำหนดเงื่อนไข” ดังกล่าวรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขทางเทคนิคด้วย ซึ่งจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักเรื่องความเป็นธรรมประกอบกันด้วย

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ กฎหมายแข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบันมาตรา 50 (2) นั้นมีความคล้ายคลึงกับมาตรา25 (2) ในกฎหมายฉบับเดิม แต่ในแนวทางปฏิบัตินั้นได้มีความเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งกล่าวถึงการขายพ่วงโดยมีความกว้างกว่าแนวทางปฏิบัติเดิม และได้มีการยกเลิกข้อยกเว้นของสินค้าที่มีการขายพ่วงเพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพออกไป และได้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาแทนว่า การกระทำดังกล่าวเป็นธรรมหรือไม่โดยรวมถึงการวิเคราะห์ถึงหลักเศรษฐศาสตร์และปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ ซึ่งสามารถอาศัยการตีความกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการขายพ่วงทางเทคนิคได้

จากที่ได้มีการกล่าวไปในบทนี้ว่า ในการปรับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นอกจากบทบัญญัติตามมาตรา 50(2) ที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีผู้ประกอบการซึ่งมี



109548261

อำนาจเหนือตลาดได้กระทำการขายพ่วงทางเทคนิคแล้ว ยังมีมาตรา 57(3) ซึ่งเป็นเรื่องของการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ด้วย ซึ่งมีข้อสังเกตคือ มาตรา 50(2) และ มาตรา 57(3) มีความแตกต่างกันที่มาตรา 50(2)นั้นผู้ประกอบการต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดและบทบัญญัติมาตรานี้มีโทษทางอาญา ส่วนมาตรา 57(3) ผู้ประกอบการนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด อีกทั้งบทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่มีโทษในทางปกครอง

นอกจากนี้ สำหรับการปรับใช้การขายพ่วงทางเทคนิคอาจกล่าวได้กฎหมายไทยนั้นยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์และคำพิพากษาที่เพียงพอในการพิจารณาว่าในกรณีที่เกิดการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) ที่มีการเชื่อมกันในทางเทคโนโลยีที่ซับซ้อนนั้น จะแยกสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) กับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ออกจากกันได้อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงข้อเสนอแนะแนวทางในการปรับใช้กฎหมายไทยกับการขายพ่วงทางเทคนิคในหัวข้อถัดไป



109548261

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

การขายพ่วง (Tying) เป็นพฤติกรรมอย่างหนึ่งของผู้ประกอบการที่นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจที่สามารถพบเห็นได้อย่างทั่วไป อย่างไรก็ตามหลักเศรษฐศาสตร์ หากผู้ประกอบการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแล้ว การขายพ่วงเช่นนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดได้ทั้งการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า และการต่อต้านการแข่งขันทางการค้า ซึ่งแนวคิดในยุคแรกนั้นจะปรากฏว่ามีการพิจารณาการขายพ่วงในแง่ลบว่า กรณีที่เกิดการขายพ่วงเกิดขึ้น เมื่อผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดแล้วได้กระทำการขายพ่วงแล้ว จะเกิดผลเสียต่อทั้งผู้ประกอบการอื่นเป็นการส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจ และเป็นการจำกัดอิสระในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภค แต่ต่อมาได้มีการเกิดขึ้นในการพิจารณาการขายพ่วงในอีกรูปแบบหนึ่งว่าสามารถส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและเพิ่มประสิทธิภาพ อีกทั้งส่งผลดีต่อผู้บริโภค

อย่างไรก็ดี ด้วยวิวัฒนาการของโลกและอุตสาหกรรมก็ได้เกิดการพัฒนาค้าที่เป็นนวัตกรรมใหม่ ๆ และมีเรื่องเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งผู้ประกอบการเองก็ได้นำการขายพ่วงในรูปแบบเดิมมาปรับใช้กับสินค้าที่เกี่ยวข้องทางเทคโนโลยี หรือนำสินค้ามาเชื่อมกันด้วยวิธีการทางเทคนิค จึงทำให้รูปแบบการขายพ่วงแต่เดิมที่มีการขายพ่วงทางข้อสัญญาเพียงอย่างเดียว (Contractual Tying) ก็ได้ปรากฏการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical Tying) และการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) เกิดขึ้น ซึ่งในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์นั้นเชื่อว่า การขายพ่วงทางเทคนิคสามารถก่อให้เกิดประสิทธิภาพไม่ว่าจะเป็นด้านราคาหรือคุณภาพของสินค้าอันเป็นการส่งเสริมการแข่งขันได้ อย่างเช่นการพัฒนาให้สินค้ามีความเข้ากันได้ ทำงานร่วมกันอย่างเหมาะสม และปลอดภัย เสริมสร้างการคิดค้นเทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่ ๆ รวมถึงการประหยัดต้นทุนในการผลิต จัดจำหน่าย การค้นคว้าวิจัยเป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามข้อพึงพิจารณาว่าธรรมชาติของการขายพ่วงทางเทคนิคจะมีการปกป้องผู้ขายจากการเข้าสู่ตลาดหลังการขาย (Aftermarket) ของบริษัทคู่แข่ง และทำให้ผู้ขายมั่นใจว่าได้รับประโยชน์จากการลงทุนพัฒนาเทคโนโลยีอย่างเต็มที่ ซึ่งจะส่งผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน แต่อย่างไรก็ดีเรื่องนี้อาจมองได้ว่าเป็นเหมือนเหรียญ 2 ด้าน ซึ่งในอีกแง่หนึ่งกรณีอาจกล่าวได้ว่า การอนุญาตให้เกิดการขายพ่วงทางเทคนิคได้นั้นอาจส่งผลดีต่อการพัฒนาของอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องทางเทคโนโลยีและส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า หรือการขายพ่วงทางเทคนิคจะสามารถกีดกันผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งออกไปจากการแข่งขันและเกิดความได้เปรียบในทางธุรกิจอย่างมาก

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้นได้ตระหนักถึงการมีอยู่ของการขายพ่วงทางเทคนิค โดยได้ระบุอยู่ในแนวปฏิบัติตามมาตรา 102 (มาตรา 82 เดิม) เกี่ยวกับความหมายของการ

ขายพ่วงซึ่งมีการกล่าวถึงการขายพ่วงทางเทคนิคและการขายพ่วงตามสัญญา อีกทั้งปรากฏหลักการในการพิจารณาการขายพ่วงที่สำคัญในคดีที่มีการขายพ่วงระบบปฏิบัติการ Windows และโปรแกรม Windows Media Player หรือคดีที่เรียกกันว่าคดี Microsoft ของสหภาพยุโรป คดีนี้ศาลสหภาพยุโรปได้ก่อให้เกิดการวางหลักในการพิจารณาการขายพ่วงที่ขัดต่อมาตรา 102 (มาตรา 82) เดิมว่า จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบดังต่อไปนี้

1. สินค้า 2 ชิ้นที่แยกจากกัน (Two separate products)
2. มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Dominance in the tying market)
3. ผู้บริโภคไม่มีทางเลือกในการที่จะได้รับไปแต่สินค้าที่มีการพ่วงเพียงอย่างเดียว (The customers are given no choice to obtain the tying product alone)
4. การขายพ่วงที่เป็นการขัดขวางการแข่งขัน (The tying forecloses competition)

แต่คดีดังกล่าวไม่ได้วางหลักในการพิจารณาการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ว่าในเรื่องของการพิจารณาการแยกสินค้าที่มีการขายพ่วงทางเทคนิคว่าควรมีการพิจารณาอย่างไร แต่ใช้หลักการในการพิจารณาสินค้า 2 ชิ้นแยกจากกันโดยอาศัยการพิจารณาความต้องการของลูกค้า ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า อาจไม่เพียงพอต่อการปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งจะมีความซับซ้อนและยากต่อการพิจารณามากขึ้น

ทางฝั่งของสหรัฐอเมริกา นั้น ได้มีการปรับใช้หลักความรับผิดเด็ดขาด (Illegal per se) กับการขายพ่วงมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานจนกระทั่งได้มีการปรับเข้าสู่การนำหลักเหตุผล (Rule of reason) มาปรับใช้กับคดีมากขึ้นในเวลาต่อมา

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำมาปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้นั้น ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่บทบัญญัติมาตราที่เป็นเรื่องของการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้กระทำการโดยมิชอบดังเช่นในสหภาพยุโรป แต่ The Sherman Act 1890 มาตรา 2 เป็นการพิจารณาว่าผู้ใดที่ทำการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด และ The Clayton Act มาตรา 3 พิจารณาการก่อให้เกิดการลดลงของการแข่งขันอย่างมีนัยยะสำคัญ หรือมีแนวโน้มที่จะสร้างการผูกขาดขึ้นในการค้าใด ซึ่งจากกฎหมายและแนวคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงสามารถกล่าวได้ว่าเกิดหลักการในการพิจารณาการขายพ่วงที่เป็นความผิดดังนี้

1. มีการขายพ่วง (A tying Arrangement) ซึ่งจะต้องเป็นสินค้า 2 ชนิดแยกออกจากกัน
2. อำนาจตลาดในสินค้าที่มีการพ่วง (Tying product market)
3. อนุญาตให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ต่อเมื่อมีการซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) เท่านั้น
4. การขายพ่วงนั้นจะต้องส่งผลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อการค้าในมลรัฐ

เมื่อการขายพวงนั้นครบเงื่อนไข 4 ประการ การขายพวงนั้นก็จะเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งต่อมาในภายหลังศาลก็ได้มีการนำหลักเหตุผล (Rule of Reason) มาปรับใช้ จึงทำให้ถึงแม้ว่าการกระทำการขายพวงนั้นครบตามเงื่อนไขทั้ง 4 ประการก็อาจยังไม่เป็นความผิดเสมอไป จะต้องพิจารณาเหตุผลประกอบด้วยว่ากรณีดังกล่าวควรที่จะให้มีการขายพวงหรือไม่

นอกจากนี้คำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ได้เกิดการสร้างหลักการแยกสินค้า 2 ชั้นออกจากกันในการกรณีที่เกิดการขายพวงเกิดขึ้นโดยสามารถแบ่งออกเป็น 4 การทดสอบ ได้แก่

1. การทดสอบความต้องการที่แยกจากกัน
2. การทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง
3. การทดสอบด้วยหลักเหตุผล
4. การทดสอบการแยกกันของสินค้าจากหลักในคดี Jerrold Electronics และ คดี Data General ที่ถูกเสนอโดย Samuel Noah Weinstein

ถึงแม้ว่าจะยังไม่ปรากฏหลักการในการพิจารณาการขายพวงทางเทคนิคไว้โดยตรงก็ตาม แต่แนวทางการทดสอบสินค้า 2 ชั้นที่แยกจากกันเหล่านี้มีความน่าสนใจที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาการขายพวงทางเทคนิคในกฎหมายไทยได้ ถึงแม้ว่าหลักทดสอบเหล่านี้จะมีข้อบกพร่องบ้างดังที่ได้กล่าวไปในเนื้อหาบทก่อนหน้า แต่การทดสอบนี้เป็นการทดสอบที่สามารถจะวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความแตกต่างในการแยกการขายพวงทางเทคนิค (Technical Tying) และการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) ได้อย่างมีความชัดเจนระดับหนึ่ง กล่าวคือ

หากเป็นกรณีที่สินค้านั้นเป็นการพวงทางเทคนิค (Technical Tying) การรวมกันเช่นนี้ถึงแม้ว่าจะมีการรวมกันของสินค้าด้วยวิธีการทางเทคโนโลยีก็ตาม แต่การใช้งานสินค้านั้นอาจไม่ได้ทำให้เกิดผลดีที่เกินไปกว่าการใช้งานสินค้าที่มีการพวงและสินค้าที่ถูกนำไปพวงแยกจากกัน

หากเป็นกรณีการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) อาจกล่าวได้ว่าการรวมกันเช่นนั้นก่อให้เกิดการขมวดเข้าหากันของสินค้าสองชนิดโดยก่อให้เกิดประโยชน์ที่มากกว่าสินค้าแต่ละชนิดที่แยกจากกัน ตัวอย่างเช่น โทรศัพท์มือถือที่มีกล้องถ่ายรูป ที่จะสามารถทำให้ส่งรูปให้ผู้อื่นหลักจากถ่ายได้ทันทีและสามารถปรับแต่งรูปได้อัตโนมัติภายในเครื่องทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีการย้ายไฟล์ลงคอมพิวเตอร์ก่อนดังเช่นกรณีของกล้องถ่ายรูปปกติ นอกจากนี้หากสินค้านั้นเป็นการรวมกันทางเทคโนโลยี (Technological Integration) อาจพิจารณาได้ว่าสินค้าที่มีการรวมกันจะไม่ถูกมองว่าเป็นการพวงเข้าด้วยกัน แต่จะถูกมองว่าเป็นการที่เป็นสินค้ามีการหลอมรวมกันเป็นชิ้นเดียว

หากพิจารณากลับไปถึงคดี Jerrold Electronics และ Data General จากที่ได้กล่าวไปในบทก่อนก็จะพบได้ว่าในคดีก่อน ๆ ของสหรัฐอเมริกา นั้นได้ปรากฏถึงการทดสอบการแยกกันของสินค้าสองชนิด โดย Samuel Noah Weinstein ได้เสนอแนวการนำหลักการที่ปรากฏนี้มาปรับใช้กับการขายพวงทางเทคนิคซึ่งอาจมีความเหมาะสมมากกว่าเกณฑ์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยการทดสอบนี้เป็นการ



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

ทดสอบโดยใช้พิจารณาถึงมุมมองของผู้บริโภค มุมมองของผู้ประกอบการ และพิจารณาถึงฟังก์ชันการทำงานของสินค้าที่ตนเองเป็นเกณฑ์การแบ่งสินค้าว่าสามารถแยกออกจากกันได้หรือไม่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวทางการพิจารณาที่น่าสนใจที่อาจนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคกับกฎหมายไทยได้ต่อไป

ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น ไม่ว่าจะเป็ฯพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ฉบับเดิม หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ฉบับใหม่ มีแต่การระบุถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการขายพ่วงอย่างคร่าว ๆ เท่านั้น ไม่ได้มีการระบุถึงการขายพ่วงทางเทคนิคไว้แต่ประการใด อีกทั้งไม่มีแนวคำพิพากษาและแนวปฏิบัติที่ชัดเจนเพียงพอต่อการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับการขายพ่วงทางเทคนิค

6.2 ข้อเสนอแนะ

ถึงแม้ว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาการขายพ่วงทางเทคนิคที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นจะไม่ได้มีความชัดเจนมากนัก แต่สามารถเสนอแนะแนวทางการปรับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้ากับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ดังนี้

ประการแรก แนวทางการปรับใช้พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 50 (2) และ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 กับการขายพ่วงทางเทคนิค

จากบทบัญญัติ มาตรา 50 (2) ที่มีใจความว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้...

(๒) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าการได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น”

การปรับใช้บทบัญญัติมาตรานี้กับการขายพ่วงทางเทคนิคจึงต้องพิจารณาตามองค์ประกอบต่อไปนี้

1. สินค้าที่มีการพ่วงกันประกอบด้วยสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product)

บทบัญญัติมาตรา 50 (2) ไม่ได้กล่าวถึงการขายพ่วงไว้โดยตรง แต่ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำต้องห้ามของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ในข้อ 6 (1)(ง) ได้มีการยกตัวอย่างของการขายพ่วงไว้ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการขายพ่วงจะต้องมีสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

“(1) มีการกำหนดเงื่อนไขต่อผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตน เช่น

(ง) เงื่อนไขให้ผู้ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นพ่วง (Tied Product) ไปกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่ผู้ค้าต้องการ (Tying Product)”

อย่างไรก็ตาม การขายพ่วงทางเทคนิคก็คือการขายพ่วงรูปแบบหนึ่ง ซึ่งความหมายของการขายพ่วงทางเทคนิค (Technical tying) หมายถึง การขายพ่วงที่เกิดจากการออกแบบโดยวิธีการทางเทคนิคให้สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) ทำงานได้อย่างเหมาะสมกับสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) เท่านั้น โดยสินค้าทั้งสองนั้นอาจแยกออกจากกันได้ทางกายภาพแต่สามารถทำงานได้อย่างเหมาะสมเมื่อใช้งานประกอบกัน หรือสินค้าทั้งสองนั้นอาจมีการรวมกัน (Integrated) ในลักษณะที่อยากจะแยกสินค้านั้นออกจากกันได้ทางกายภาพ และ จากความหมายของการขายพ่วงทางเทคนิคนี้ ทำให้เป็นการยากที่จะพิจารณาว่าในกรณีที่สินค้าทั้งสองมีการรวมกันในลักษณะที่อยากจะแยกออกจากกันทางกายภาพว่าเป็นกรณีที่เป็นสินค้าชิ้นเดียวหรือสินค้า 2 ชิ้น ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการพิจารณาดังนี้

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้นำการทดสอบการแยกกันของสินค้าสองชนิดจากหลักในคดี Jerrold Electronics และ Data General ที่ถูกเสนอโดย Samuel Noah Weinstein ในประเด็นของการพิจารณามุมมองของผู้บริโภคและมุมมองของผู้ประกอบการประกอบกัน

ในมุมมองของผู้บริโภค ให้พิจารณาคำขอความต้องการของสินค้าขณะที่สินค้ามีการรวมกันหรือนำมาพ่วงกัน และพิจารณามุมมองของผู้บริโภคหลังจากที่สินค้านั้นมีการรวมกันหรือพ่วงกันระยะหนึ่งแล้ว เนื่องจากผู้บริโภคจะเป็นผู้ที่ใช้งานสินค้านั้น ๆ ที่จะรับรู้ได้ถึงความแตกต่างและความเปลี่ยนแปลงของสินค้า ถ้าหากผู้บริโภคเห็นว่าสินค้าเหล่านั้นเป็นเพียงการนำสินค้า 2 ชิ้นมาพ่วงและยังมีความต้องการในสินค้า 2 ชิ้นแยกออกจากกัน กรณีนั้นเป็นการขายพ่วง แต่หากปรากฏว่าภายหลังจากการรวมกันระยะหนึ่งแล้วความต้องการสินค้าของผู้บริโภคมีความเปลี่ยนแปลงซึ่งหากสินค้าที่เกิดการรวมกันนั้นเกิดการพัฒนาเป็นเทคโนโลยีใหม่ก็จะส่งผลทำให้ตลาดสินค้านั้นมีการแยกตัวออกมา

ในมุมมองของผู้ประกอบการ ให้พิจารณาผู้ประกอบการอื่นในตลาดว่ามองสินค้านั้นอย่างไร และพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการอื่นในตลาด หากผู้ประกอบการมองสินค้าที่มีการนำไปพ่วงกันว่าเป็นสินค้า 2 ชิ้นที่แยกจากกันถือว่าเป็นกรณีที่มีการขายพ่วงเกิดขึ้น หากกรณีสินค้ามีการนำไปพ่วงกันหรือเชื่อมกันด้วยวิธีการทางเทคนิคแล้วเกิดเทคโนโลยีที่สูงขึ้น ผู้ประกอบการอื่นในตลาดย่อมมองว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่เกิดขึ้นใหม่ และไม่ใช่วิธีการของการขายพ่วงอีกต่อไป

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หากพิจารณาจากทั้งมุมมองผู้บริโภคและมุมมองของผู้ประกอบการ ในกรณีที่สินค้าที่มีการรวมกันของสินค้า 2 ชนิดในลักษณะที่อยากจะแยกออกจากกันได้ทางกายภาพโดยใช้วิธีการทางเทคนิค แล้วทั้งจากผู้บริโภคและผู้ประกอบการเห็นว่าสินค้านั้นไม่ถือว่าเป็นสินค้า 2 ชิ้นที่แยกออกจากกันได้ ก็ถือว่ากรณีนี้ไม่เกิดการขายพ่วง ไม่ต้องนำมาตรา 50(2) มาปรับใช้กับ



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / rev: 30072562 22:15:01 / seq: 14

กรณีดังกล่าว แต่ถ้าหากว่าจากมุมมองผู้บริโภคและผู้ประกอบการเห็นว่าสินค้านั้นเป็นสินค้า 2 ชั้น กรณีนั้นก็อาจมีความผิดตามมาตรา 50 (2) ซึ่งจะต้องพิจารณาองค์ประกอบที่จะกล่าวถัดไปพร้อมด้วย

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า การพิจารณาในลักษณะนี้มีความสอดคล้องกับหลักการทดสอบการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริง เนื่องจากว่าหากมีการรวมกันทางเทคโนโลยีที่แท้จริงเกิดขึ้นและสินค้านั้นสามารถก่อให้เกิดประโยชน์หรือเทคโนโลยีใหม่ในลักษณะที่สินค้าแยกกัน 2 ชั้นไม่อาจกระทำได้แล้ว ทั้งในมุมมองของผู้บริโภคและผู้ประกอบการย่อมมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่มีตลาดสินค้าใหม่เช่นเดียวกัน

2. ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดสินค้าที่มีการพวง

เนื่องจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 50(2) เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้กระทำการโดยมิชอบ ดังนั้นจึงต้องมีการพิจารณาความหมายของตลาด ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ขอบเขตของตลาดและใครเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งประเทศไทยมีเกณฑ์การพิจารณาดังที่ได้มีการกล่าวไปในบทที่ 5 อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องของการพิจารณาดตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง แนวปฏิบัติของประเทศไทยพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภค ซึ่งอาจยังไม่ครบถ้วนเพียงพอต่อการขยายพวงทางเทคนิค ดังนั้นควรที่จะพิจารณาถึงผู้ประกอบการอื่นด้วย อันเป็นการพิจารณาในมุมมองของคู่ค้ามากกว่า

3. มีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่ค้า

ในเรื่องของการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมขอกกล่าวแยกกันเป็น 2 ประเด็นคือ

ประเด็นแรก เรื่องการกำหนดเงื่อนไข

เรื่องการกำหนดเงื่อนไข อย่างที่ได้มีการกล่าวไปในบทที่ 5 ว่าการใช้คำว่า “กำหนด” มีลักษณะของการขยายพวงตามข้อสัญญามากกว่าการขยายพวงทางเทคนิค อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 50(2) มีโทษทางอาญาจึงต้องอาศัยการตีความอย่างเคร่งครัดอย่างที่ได้กล่าวไป อย่างไรก็ตามการตีความโดยเคร่งครัดนี้ ไม่ได้ห้ามการตีความโดยขยายความ “Extensive interpretation” ถึงแม้ว่าการขยายความนั้นจะเป็นการขยายความแล้วก่อให้เกิดผลเป็นโทษก็ตามอย่างที่ได้มีการกล่าวไป จึงทำให้สามารถนำไปปรับใช้กับการขยายพวงทางเทคนิคได้ว่า การกำหนดเงื่อนไขนั้นหมายความรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในทางเทคนิคด้วย ซึ่งในกรณีนี้รวมถึง การออกแบบมาให้สินค้านั้นมีการเชื่อมกันในทางเทคโนโลยีได้ อันถือได้ว่าเป็นการสร้างเงื่อนไขหรือกำหนดเงื่อนไขรูปแบบหนึ่ง

ประเด็นที่สอง ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม

เรื่องของการเป็นธรรมได้มีการกล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตรา 50(2) และแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ข้อ 9 ซึ่งแนวปฏิบัติตามข้อ 9 นั้นได้มีการกล่าวไว้ในเชิงกว้างให้สามารถนำปัจจัยหลาย ๆ ประการมาชั่งน้ำหนักเพื่อพิจารณาความเป็นธรรมได้



ในเรื่องของการขายพ่วงเมื่อมีการบังคับ (Coercion) ให้รับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) เมื่อมีการซื้อสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) โดยที่ลูกค้าไม่มีทางเลือกอื่นนั้นก็ถือได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมรูปแบบหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความเป็นธรรมในกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิคนั้น ถึงแม้ว่าโดยธรรมชาติของการขายพ่วงทางเทคนิคจะมีการบังคับให้รับไปซึ่งสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ด้วยวิธีการทางเทคนิคก็ตาม แต่การพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมนั้นจะต้องพิจารณาเหตุผลหลายประการในการชั่งน้ำหนักประกอบกัน

ประเด็นเรื่องการส่งผลเป็นการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าและเพิ่มประสิทธิภาพในกรณีของการขายพ่วงทางเทคนิคอาจเป็นเหตุผลในลักษณะเช่น ความจำเป็นในการขายพ่วงทางเทคนิคนั้น อาจอยู่ในรูปแบบความปลอดภัยในการใช้งานสินค้า การส่งผลต่อสวัสดิภาพสุขภาพอนามัยของผู้บริโภค หรือพิจารณาในเรื่องของควมมีประสิทธิภาพที่เกิดจากการขายพ่วงทางเทคนิค ความเข้ากันของสินค้าที่ทำให้สินค้าที่มีการขายพ่วงทางเทคนิคทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ หรือแม้กระทั่งการเกิดหรือแนวโน้มในการพัฒนาสินค้าให้เกิดนวัตกรรมใหม่ ๆ ก็ตาม

นอกจากนี้ต้องพิจารณาเรื่องของผลของการขายพ่วงทางเทคนิคเป็นการต่อต้านการแข่งขันทางการค้าหรือไม่ เกิดการปิดตลาดหรือแนวโน้มในการปิดตลาดหรือไม่ เป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายอื่นในการเข้าสู่การแข่งขันในตลาดหรือไม่ มีลักษณะของการขายพ่วงเพื่อขจัดคู่แข่งหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งแนวทางการพิจารณาความไม่เป็นธรรม ข้อ 9(4) ยังได้กล่าวถึงปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งมีความหมายกว้าง อันจะสามารถนำเหตุผลในลักษณะอื่นเช่นเหตุผลทางเทคโนโลยีมาใช้ในการพิจารณานอกเหนือจากเรื่องทางธุรกิจ การตลาด หรือเศรษฐศาสตร์ได้

ดังนั้นท้ายที่สุดแล้วคือการชั่งน้ำหนักว่าการขายพ่วงนั้นเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งหากกรณีนั้นพิจารณาแล้วว่าเป็นกรณีผู้ประกอบการผู้มีอำนาจเหนือตลาดทำการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม กรณีนั้นก็มีความผิดตามมาตรา 50(2) แต่หากพิจารณาได้ว่าการกำหนดเงื่อนไขของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นเป็นธรรม กรณีนี้ก็ไม่ได้มีความผิดตามมาตรา 50(2)

ประการที่สอง แนวทางการปรับใช้พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 57 (3) และประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561 กับการขายพ่วงทางเทคนิค

เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 57 เป็นเรื่องของการควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกรณีนี้ผู้ประกอบการไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดถึงจะเข้าข่ายความผิดตามมาตรานี้ได้ อีกทั้งบทบัญญัติในมาตรานี้มีลักษณะของโทษทางปกครองจึงไม่จำเป็นต้องตีความโดยเคร่งครัดดังเช่นบทบัญญัติในมาตรา 50 ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าหากผู้ใช้กฎหมายเกรงว่าจะ

เกิดข้อถกเถียงในการตีความคำว่า “กำหนดเงื่อนไข” ตามมาตรา 50(2) กับการขายพ่วงทางเทคนิค อาจไม่สามารถนำไปปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ สามารถใช้ทางเลือกในการปรับกับมาตรา 57(3) นี้แทนได้

จากบทบัญญัติมาตรา 57(3) ที่มีความว่า “มาตรา 57 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(3) กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของ ผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม”

ประกอบกับแนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ข้อ 10 ได้ระบุถึงกรณีที่สามารถปรับกับการขายพ่วงทางเทคนิคไว้ดังนี้

“ข้อ ๑๐ การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(4) การกำหนดเงื่อนไขบังคับโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นจากตนหรือจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หากคู่ค้าจะซื้อสินค้าหรือบริการชนิดที่ต้องการจากตน”

นอกจากนี้เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาบทบัญญัติ มาตรา 50 (2) ที่มีใจความว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้...

(๒) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้าการได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น”

เมื่อพิจารณาทั้งบทบัญญัติมาตรา 57(3) แนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ข้อ 10 และ บทบัญญัติมาตรา 50 (2) จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกันมาก เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 57 ไม่ได้กล่าวถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ดังนั้นจึงทำให้สามารถนำมาปรับใช้กับการขายพ่วงทางเทคนิคได้โดยพิจารณาตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. สินค้าที่มีการพ่วงกันประกอบด้วยสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product)

เนื่องจากการขายพ่วงจำเป็นที่จะต้องมียสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) และสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง (Tied Product) ดังนั้นการพิจารณาการขายพ่วงทางเทคนิคจะต้องพิจารณาให้ได้ก่อนว่าสินค้านั้นมีสินค้าสองชิ้นที่แยกจากกัน ซึ่งสามารถพิจารณาตามเกณฑ์ในข้อเสนอแนะประการที่หนึ่ง ข้อ 1 ดังที่ได้กล่าวไป

2. การขายพ่วงนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น

ลักษณะของการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ตามมาตรา 57 ที่สามารถนำมาใช้ได้กับการขายพ่วง ปรากฏอยู่ในมาตรา 57(3) ว่า “กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม”

ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ประกอบการรายอื่นนั้นจะต้องมีลักษณะของการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่น อย่างไรก็ตามการจำกัดหรือขัดขวางนั้นต้องมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมด้วย ซึ่งเรื่องของความเป็นธรรมในการวิเคราะห์เรื่องการขายพ่วงทางเทคนิคนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับข้อเสนอแนะประการที่หนึ่งที่ได้กล่าวไป

แนวปฏิบัติตามมาตรา 57(3) ในประการที่เกี่ยวกับการขายพ่วงปรากฏอยู่ในข้อ 10(4) ความว่า “(4) การกำหนดเงื่อนไขบังคับโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้คู่ค้าต้องซื้อสินค้าหรือบริการอื่นจากตนหรือจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หากคู่ค้าจะซื้อสินค้าหรือบริการชนิดที่ต้องการจากตน” ซึ่งสังเกตได้ว่าไม่ได้มีการยกตัวอย่างเรื่องการขายพ่วงไว้ดังเช่นในแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ดังนั้นเมื่อการขายพ่วงหรือการขายพ่วงทางเทคนิคเกิดขึ้น และมีการขายสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) โดยมีการบังคับไม่ว่าจะโดยข้อสัญญาหรือทางเทคนิคให้มีการรับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ไปด้วยย่อมเข้าตามกรณีมาตรา 57(3) และแนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ข้อ 10 (4)

3. มีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่ค้า

ในเรื่องของกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมขกกล่าวแยกกันเป็น 2 ประเด็นคือ

ประเด็นแรก เรื่องการกำหนดเงื่อนไข

เรื่องการกำหนดเงื่อนไข อย่างที่ได้มีการกล่าวไปในบทที่ 5 ว่าการใช้คำว่า “กำหนด” มีลักษณะของการขายพ่วงตามข้อสัญญามากกว่าการขายพ่วงทางเทคนิค แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 57 มีลักษณะของโทษทางปกครอง ไม่ใช่โทษทางอาญาดังเช่นมาตรา 50 ซึ่งจะต้องตีความการใช้กฎหมายโดยเคร่งครัด ดังนั้นการตีความกฎหมายจึงสามารถตีความตามหลักการตีความกฎหมายทั่วไปโดยพิเคราะห์ถึงถ้อยคำตามบทบัญญัติทางกฎหมายและหลักเหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายประกอบกัน โดยตีความไปในทางที่สามารถก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายกับการขายพ่วงทางเทคนิคได้ว่า “การกำหนดเงื่อนไข” นั้นรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในทางเทคนิคหรือกรณีการสร้างเงื่อนไขทำให้สินค้าเชื่อมกันโดยวิธีการทางเทคนิคได้ด้วย โดยมีใช้หมายถึงการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะของข้อตกลงหรือสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว

ประเด็นที่สอง ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม

จากที่ได้กล่าวไปว่าการปรับใช้บทบัญญัติมาตรานี้จะต้องพิจารณาถึงความเป็นธรรมด้วย ซึ่งแนวปฏิบัติตามมาตรา 57 ก็ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมไว้ในข้อ 11 ความว่า



109548261

“ข้อ 11 การพิจารณาความไม่เป็นธรรมของการกระทำให้พิจารณาเกณฑ์ดังต่อไปนี้ประกอบกัน

- (1) เป็นการกระทำที่ไม่เคยมีการปฏิบัติมาก่อนที่มีการดำเนินการตามธุรกิจปกติ
- (2) เป็นเงื่อนไขที่มีได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรและมีได้แจ้งให้คู่ค้าทราบเป็นการล่วงหน้าภายในระยะเวลาอันสมควรตามแนวทางการค้าปกติของคู่กรณี
- (3) เป็นการกระทำที่ไม่สามารถรับฟังได้ด้วยเหตุผลอันชอบธรรมในทางธุรกิจ การตลาด หรือ เศรษฐศาสตร์
- (4) ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง”

มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมตามแนวปฏิบัติของมาตรา 57 ข้อ 11 นี้ได้มีเนื้อหาเช่นเดียวกับกับแนวปฏิบัติตามมาตรา 50 ในเรื่องการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรม ดังนั้นจึงสามารถนำหลักการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมกับการขายพ่วงทางเทคนิคที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อข้อเสนอแนะประการที่หนึ่งมาปรับใช้ในการวิเคราะห์ในลักษณะเดียวกัน



109548261

บรรณานุกรม

"85/76 - Hoffmann-La Roche V Commission." 1979.

Alison Jones and Brenda Sufrin. Eu Competition Law - Text, Cases, and Materials.
United States: Oxford University Press, 2011.

Antone Gonsalves. Aol Kills Netscape's Future, Leaves Firefox to Battle Ie [Online].

Available from: <https://www.informationweek.com/aol-kills-netscapes-future-leaves-firefox-to-battle-ie-/d/d-id/1062770>

Barry Nalebuff. Bundling, Tying, and Portfolio Effects. United Kingdom: Department of Trade and Industry, 2003.

"Brief of Professor Lawrence Lessig as Amicus Curiae." 2000.

"Case T-201/04 Microsoft V. Commission Ecr Ii-3601." 2007.

Chen Yongmin. Equilibrium Product Bundling. The Journal of Business 70, University of Chicago (1997).

"Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law."

"Communication from the Commission - Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the Ec Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings." edited by Union, O. J. o. t. E., 2009.

Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act :

Chapter 1. [Online]. 2015. Available from:

<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>

Daniel E. Gaynor. Technological Tying. Working Paper No.284 - FTC Bureau of Economics (2006).

DAVID HARBORD AND TOM HOEHN Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy. International Review of Law and Economics 14, 4 (1994).

David S. Evans, A. J. P. a. M. P. Tying in Platform Software: Reasons for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law. World Competition: Law and Economics Review 25, 4 (2002).

David S. EVANS and A. Jorge PADILLA. Tying under Article 82 Ec and the Microsoft Decision : A Comment on Dolmans and Graf. World Competition: Law and Economics Review (2004).

David S. Evans and Michael Salinger. Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law. Yale Journal on Regulation 22, 1 (2005).

"Dg Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses ". EUROPEAN COMMISSION - DG Competition 2005.

"Eastman Kodak Company, Petitioner V. Image Technical Services, Inc., Et Al.". Supreme Court of the United States, 1992.

"Ec Microsoft Commission Decision ".

Einer Elhauge Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory HARVARD - JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS (2009).

The Federal Trade Commission - About Ftc. [Online]. Available from: <https://www.ftc.gov/about-ftc>

"Federal Trade Commission Act ". 1914.

Guidance - Abuse of Dominant Position (Article 102 Tfeu). [Online]. Available from: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/>

Guy Sagi. A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements. Seattle University Law Review 38, 1 (2014).

Hedvig Schmidt. A Comparative Analysis of Ec Competition and Us Antitrust Approaches to Tying with Special Reference to Economic Thinking and Intellectual Property Rights. PhD in Law, Department of Law University of Essex. 2008.

———. Competition Law, Innovation and Antitrust - an Analysis of Tying and Technological Integration. Edward Elgar Publishing, Inc., 2009.

Herbert Hovenkamp. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 2011.

"Hilti Commission Decision." 1987.

"In Re Data General Corp. Antitrust Litigation, 529 F. Supp. 801." U.S. District Court for the

Northern District of California, 1981.

"International Business Machines Corp. V. United States, 298 U.S. 131 (1936)."

"International Salt Company, Incorporated V. United States." Supreme Court of the United States, 1947.

Jay Pil Choi. Recent Developments in Antitrust - Theory and Evidence. United States of America: Massachusetts Institute of Technology, 2007.

Jay Pil Choi Tying and Innovation : A Dynamic Analysis of Tying Arrangements. The Economic Journal 114 (2004).

"Jefferson Parish Hospital District No. 2, Et Al. V. Edwin G. Hyde." Supreme Court of the United States, 1984.

John E. Lopatka and William H. Page. Antitrust on Internet Time: Microsoft and the Law and Economics of Exclusion. Supreme Court Economic Review 7 (1999).

Jurian Langer. Tying and Bundling as a Leveraging Concern under Ec Competition Law. Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

Kai-Uwe Kühn, R. S. C. C. Economic Theories of Bundling and Their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft Case. European Competition Journal 1, 1 (2005).

Keith N. Hylton. Antitrust Law - Economic Theory and Common Law Evolution. United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.

Maurits Dolmans and Thomas Graf. Analysis of Tying under Article 82 Ec: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective. WORLD COMPETITION 27, 2 (2004).

Michael L. Katz and Carl Shapiro. Network Externalities, Competition, and Compatibility The American Economic Review 75 (1985).

Nicholas Economides. Research Handbook on the Economics of Antitrust Law - Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates. Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

Professor Robert S. Pindyck. Lecture Notes on Vertical Structure - Industrial Economics for Strategic Decisions [Online]. 2011. Available from:
http://web.mit.edu/rpindyck/www/Courses/VS_11.pdf

Robert H. Book. The Antitrust Paradox - a Policy at War with Itself. New York: The Free

Press, 1978.

Robert O'Donoghue, A. J. P. The Law and Economics of Article 102 TFEU. Oxford: Hart Publishing, 2013.

Samuel Noah Weinstein. Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case. California Law Review 90, 3 (2002).

Siri Silvereke. The Winner Takes It All? - or to What Extent May It Be Regarded Anti-Competitive Conduct to Combine Technical Tying and Patent? Master of European Business Law, Lund University. 2013.

Steven Anderman and Hedvig Schmidt. Eu Competition Law and Intellectual Property Rights. United States: Oxford University Press, 2011.

"T-30/89 Hilti Ag V. Commission." 1991.

"T-83/91 Tetra Pak International Sa V. Commission." 1996.

"T-201/04 Microsoft V. Commission ". THE COURT OF FIRST INSTANCE (Grand Chamber), 2007.

Tom Drapeau. End of Support for Netscape Web Browsers [Online]. 2007. Available from: <https://web.archive.org/web/20080103040327/http://blog.netscape.com/>

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights : Promoting Innovation and Competition. 2007.

"United States - Ip Licensing Guidance."

"United States V. Jerrold Electronics Corporation, 187 F. Supp. 545 ". U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 1960.

"United States V. Microsoft Corporation 253 F.3d 34." United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 2001.

Yannis Bakos and Erik Brynjolfsson. Bundling Information Goods: Pricing, Profits, and Efficiency. Management Science (1999).

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค1 บทบัญญัติทั่วไป. สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์. บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด. วารสารนิติศาสตร์(พ.ศ.2561).

ศักดิ์ดา ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://otcc.dit.go.th/?page_id=47 [เข้าถึงเมื่อ 26 มีนาคม]

———. คำถามที่พบบ่อย : การแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. พ.ศ.2559.

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2560.



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / recv: 30072562 22:15:01 / seq: 14



109548261

CU IThesis 5886015834 thesis / rcv: 30072562 22:15:01 / seq: 14

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	วทันยา โสภากิจต์วัฒนะ
วัน เดือน ปี เกิด	16 มกราคม 2534
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับ 2 - คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย เนติบัณฑิตไทย - เนติบัณฑิตยสภา
ที่อยู่ปัจจุบัน	127-129 ตรอกไทโร แขวงสัมพันธวงศ์ เขตสัมพันธวงศ์ กรุงเทพฯ 10100



109548261

CD :Thesis 5886015834 thesis / recv: 30072562 22:15:01 / seq: 14