

ปัญหาการขายฟุ้งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542



นายเสนีย์ พันธุ์อุไร

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS RELATING TO TYING AND BUNDLING UNDER THE TRADE COMPETITION

ACT B.E.2542



Mr. Sanee Punurai

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirement

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาการขายฟ่งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง
การค้า พ.ศ.2542

โดย

นายเสนีย์ พันธุ์อุไร


สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

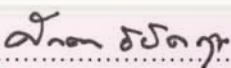
รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์นันทน อินทนนท์)

เสณีย์ พันธุ์ไร : ปัญหาการขายพ่วงตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.
2542. (PROBLEMS RELATING TO TYING AND BUNDLING UNDER THE TRADE
COMPETITION ACT B.E.2542) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: รศ.ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล,
319 หน้า.

การขายพ่วงนั้นมีความเห็นทางวิชาการซึ่งแบ่งออกเป็น 2 แนวความคิด แนวความคิดแรก
เห็นว่า การขายพ่วงย่อมส่งผลกระทบต่อกลไกการแข่งขันในตลาดจึงถือว่าการขายพ่วงเป็นสิ่งที่ไม่
ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในแนวคิดที่สองเห็นว่า การขายพ่วงอาจช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพในการ
แข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจได้จึงต้องถือว่าการขายพ่วงลักษณะดังกล่าวเป็นการขายพ่วงที่ชอบ
ด้วยกฎหมาย แต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาการขายพ่วงที่มีความ
ถูกต้อง ละเอียด และชัดเจนว่าการขายพ่วงอย่างไรที่ชอบด้วยกฎหมายและอย่างไรที่ไม่ชอบด้วย
กฎหมาย ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(2), 29

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายแข่งขันทางการค้าในอดีตมุ่งพิจารณาเฉพาะการขายพ่วง
ในรูปแบบเดียว คือ 'การบังคับขายพ่วง' แต่ในปัจจุบันได้พิจารณาถึง 'การขายพ่วงทางเทคโนโลยี'
รวมทั้งการขายพ่วงในรูปแบบอื่น เช่น 'การขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลดเป็นชุด' และในต่างประเทศมี
พัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับการขายพ่วงและให้การยอมรับหลักแห่งเหตุผลรวมทั้งค่านึงถึงปัจจัย
ต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันมากขึ้น ในประเทศญี่ปุ่นมีการนำหลักในเรื่อง 'การค้าที่ไม่เป็น
ธรรม' มาลงโทษผู้กระทำผิด ขณะที่สหภาพยุโรปมีการออกประกาศหลักเกณฑ์การพิจารณาการ
จำกัดการแข่งขันในแนวตั้งซึ่งมีเรื่องของกรบังคับขายพ่วงบัญญัติอยู่ในนั้น ในส่วนของการขาย
พ่วงที่มีการให้ส่วนลดเป็นชุดนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกา นำบัญญัติเรื่องห้ามการผูกขาดหรือ
พยายามผูกขาดมาลงโทษผู้กระทำผิด และใช้เกณฑ์การพิจารณาเช่นเดียวกับการขายต่ำกว่าทุน
อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยพบว่ามีปัญหาและอุปสรรคบางประการเนื่องมาจากตัวบทกฎหมาย
ที่ไม่ชัดเจนและการบังคับใช้กฎหมายซึ่งทางปฏิบัติไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอ
เสนอแนะแนวทางการแก้ไขและเกณฑ์การพิจารณาการขายพ่วงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ภาควิชา.....นิติศาสตร์.....

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....

ปีการศึกษา.....2552.....

ลายมือชื่อนิสิต.....เสณีย์ พันธุ์ไร.....

ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....รศ.ดร.ศักดิ์ดา.....

5086044234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : COMPETITION LAW / TYING / BUNDLING / TRADE PRACTICES

SANEE PUNURAI : PROBLEMS RELATING TO TYING AND BUNDLING
UNDER THE TRADE COMPETITION ACT B.E.2542. THESIS ADVISOR :
ASSOC. PROF. SAKDA THANITCUL, Ph.D, 319 pp.

There are controversial issues about 'Tying and Bundling'. On the one hand, Tying and Bundling can restraint competition and limit the choice of buyers. Therefore, Tying and Bundling in this case will be illegal. On the other hand, Tying and Bundling may encourage the efficiency of the competitors. Such Tying and Bundling will be legal. However, in Thailand, there is no suitable, detailed, and obvious guideline concerning Tying and Bundling that can categorize between Legal and Illegal Tying and Bundling under the Trade Competition Act B.E.2542 section 25(2), 29.

The results of study indicate that Competition Law in the past specifically focused on 'Tying or Tied-in Sale'. While at the present time it considers about 'Technological Tying/Bundling' as well as other types of Bundling such as 'Mixed Bundling' or 'Bundled Discount'. Additionally, foreign countries have been developed the ideas about Tying and Bundling and accepted the Rule of Reasons as well as other factors which can lead to negative effect in the market. In Japan, there is a theory called 'Unfair Business Practice' which can be used to punish the illegal tying. In EU, the commissions announced 'Guideline of Vertical Restraint' which provided preliminary details about Tying. In terms of 'Mixed Bundling' or 'Bundled Discount', the US court decided such cases by the rule called 'Monopolization or Attempted monopolization' and analyzed the same method as 'Predatory Pricing'. However, in Thailand, there are certain problems from the unclear enactment including the law that could not be practically enforced. Thus, the author would like to propose the solutions and guideline written in this thesis.

Field of Study : Laws Student's Signature SANEE PUNURAI
Academic Year : 2009 Advisor's Signature Sakda Thanitcul

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน รศ.ดร.ศักดา ธนิตกุล เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งกรุณาถ่ายทอดความรู้และให้คำชี้แนะทางด้านวิชาการและการปรับแต่งโครงร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนความเมตตาที่มีต่อผู้เขียนจนทำให้ผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จลุล่วง ขอกราบขอบพระคุณท่าน ศ.พิเศษ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์พร้อมทั้งให้คำแนะนำทางด้านวิชาการที่เกี่ยวข้อง ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สันติชัย สารถวัลย์แพศย์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับมาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมทั้งให้ข้อมูลในทางปฏิบัติอันเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์นันท อินทนนท์ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้พร้อมทั้งให้คำแนะนำในด้านวิชาการ รวมถึงสละเวลาในการพิจารณาและตรวจแก้โครงร่างวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ที่กรุณาถ่ายทอดความรู้และให้คำชี้แนะทางวิชาการแก่ผู้เขียน รวมทั้งให้ข้อมูลเพิ่มเติมซึ่งเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนั้น ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รศ.ดร.ศนันท์กร ไสตติพันธ์ ที่กรุณาช่วยเหลือและให้คำแนะนำในการขออนุมัติสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ ขอขอบพระคุณ พี่เจ้าหน้าที่ห้องบัณฑิตทุกท่าน ได้แก่ พี่อ้อ พี่โรส พี่หมวย พี่แอนที่ช่วยให้คำแนะนำในด้านต่างๆ ขอขอบพระคุณ คุณเจี๊ยบ พี่นุช พี่เจี๊ยบ พี่วันดีที่ช่วยเป็นธุระติดต่อประสานกับอาจารย์ ขอขอบพระคุณ พี่จิตติมาแห่งสำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าที่ชี้แนะแหล่งข้อมูลและข้อคิดเห็นทางด้านกฎหมาย ขอขอบพระคุณ ศาสฎีกาที่ได้สนับสนุนในการศึกษาต่อระดับปริญญาโทของผู้เขียน และขอขอบคุณ เพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ทุกคนที่เป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดมา

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครอบครัวของผู้เขียน อันมีนายอุดร พันธุ์ไธโร บิดา ผู้เขียน นางถนอมศรี พันธุ์ไธโร มารดาผู้เขียน ดร.สันห์ พันธุ์ไธโรและนายสมรัฐ พันธุ์ไธโร พี่ชายทั้งสองของผู้เขียน ผศ.ดร.วรรณสิริ พันธุ์ไธโร พี่สาวของผู้เขียน นางกมลวรรณ จันทรสืบ ป้าของผู้เขียน ที่คอยให้กำลังใจและให้คำแนะนำทั้งในด้านการเรียนและการดำเนินชีวิตเสมอมา

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ
สารบัญแผนภาพ.....	ฑ
บทที่ 1	1
บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	2
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	2
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	2
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	2
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	2
บทที่ 2	4
แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการขายพ่วงตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า	4
2.1 หลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า.....	4
2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วย “ตลาด” (Market)	4
2.1.1.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfect Market)	4
2.1.1.2 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfect Market)	7
2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วย “อำนาจตลาด” (Market Power)	9
2.1.2.1 การผูกขาด (Monopoly) และอำนาจผูกขาด (Monopolization)	11
2.1.2.2 การผูกขาดใน “ตลาดหลัง” (Aftermarket).....	12
2.1.3 ทฤษฎีว่าด้วย “อำนาจทางเศรษฐกิจ” (Economic Power)	14
2.1.4 ทฤษฎีว่าด้วย “ประสิทธิภาพ” (Efficiency)	15
2.1.4.1 ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative Efficiency)	15

2.1.4.2 ประสิทธิภาพในการผลิต (Productive Efficiency)	16
2.1.5 แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า.....	16
2.1.5.1 สำนักความคิดพหุนิยม (Pluralistic School) หรือสำนักฮาร์วาร์ด (Harvard School)	16
2.1.5.2 สำนักความคิดเสรีนิยม หรือ สำนักชิคาโก (Chicago School).....	20
2.1.5.3 สำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago School)	23
2.2 นิยามของการ “ขายพ่วง” หรือ “ขายควบ”	24
2.2.1 ประเภทของการขายพ่วง	29
2.2.1.1 การบังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale).....	29
2.2.1.2 การขายพ่วงแบบบันเดิ้ล (Bundling).....	31
2.2.2 ความแตกต่างระหว่างการบังคับขายพ่วง (Tying) และการขายพ่วงแบบบันเดิ้ล (Bundling)	32
2.2.3 การร่วมมือกันบังคับขายพ่วง (Tying Conspiracies)	34
2.2.3.1 ภัยคุกคามต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าของการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง	35
2.2.3.2 ตัวอย่างของการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง.....	36
2.3 ลักษณะและพฤติกรรมของกลยุทธ์การขายพ่วง	38
2.3.1 การจำหน่าย (ให้เช่า) สินค้าหรือบริการพ่วงกับสินค้าหรือบริการอื่น (Tying, Bundling)	38
2.3.2 การจำหน่าย (ให้เช่า) สินค้าหรือบริการแยกชนิดร่วมกับขายพ่วงสินค้าหรือบริการอื่น ด้วย (Mixed Bundling)	42
2.4 ผลกระทบที่เกิดจากกลยุทธ์การขายพ่วง	45
2.4.1 ผลดีของการขายพ่วง	45
2.4.1.1 การประหยัดเนื่องจากขนาด (Economies of Scale).....	46
2.4.1.2 แก้ปัญหาการกำหนดราคาที่แตกต่างกันสำหรับผู้บริโภคแต่ละราย (Price Discrimination)	47
2.4.1.3 การรักษาคุณภาพและชื่อเสียงของสินค้า (Protection of Goodwill)	53
2.4.2 ผลเสียของการขายพ่วง	55
2.4.2.1 ทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจ (Leverage Theory).....	55
2.4.2.2 การจำกัดเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าหรือปิดตลาด (Foreclosure).....	56
2.4.2.3 เป็นเครื่องมือในการควบคุมและลงโทษสมาชิกที่ร่วมกันทำความตกลงเพื่อกีดกันทางการค้าด้วยตนเอง	57

2.4.2.4 เป็นเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงการควบคุมราคา (Avoidance of price regulation)	58
2.4.2.5 เป็นการปกปิด “การตัดราคาสินค้าเพื่อทำลายคู่แข่ง” (Predatory Pricing)	58
บทที่ 3	60
หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงของแต่ละประเทศ	60
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	60
3.1.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง	60
3.1.1.1 Sherman Act 1890	60
3.1.1.2 Clayton Act 1914	61
3.1.1.3 Federal Trade Commission Act 1914	63
3.1.1.4 Bank Holding Company Act’s Anti-Tying Provision	64
3.1.1.5 Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations Chapter I.C. Exclusionary Conduct (April 2007)	65
3.1.2 ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง	66
3.1.2.1 หลักความรับผิดเด็ดขาด (<i>Per-Se Rule</i>)	67
3.1.2.2 หลักแห่งเหตุผล (<i>Rule of Reason</i>)	68
3.1.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับคดีการขายพ่วงในประเทศสหรัฐอเมริกา	69
3.1.3.1 คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง (<i>Tying, Tie-in Sale</i>)	69
3.1.3.1.1 คดี Northern Pacific Railway Company v. USA (1958)	69
3.1.3.1.2 คดี Siegel v. Chicken Delight, Inc. (1971)	70
3.1.3.1.3 คดี KFC v. Diversified Packaging Corp. (1977)	72
3.1.3.1.4 คดี Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream (1982)	74
3.1.3.1.5 คดี Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde (1984)	75
3.1.3.1.6 คดี Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services (1992)	76
3.1.3.1.7 คดี Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc(2006)	82
3.1.3.1.8 คดี Microsoft (USA)	82
3.1.3.2 คดีเกี่ยวกับการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (<i>Bundled Discount</i>)	86
3.1.3.2.1 คดี SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.(1978)	86
3.1.3.2.2 คดี Ortho Diagnostic System, Inc. v. Abbott Lab., Inc. (1996)	87
3.1.3.2.3 คดี LePage’s Inc. v. 3M (2003)	88
3.1.3.2.4 คดี Cascade Health Solutions v. PeaceHealth (2008)	89

3.2 กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป	90
3.2.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วงตามสนธิสัญญากรุงโรม (EC Treaty/ Treaty of Rome 1957).....	90
3.2.1.1 Article 81	90
3.2.1.2 Article 82(d).....	92
3.2.1.3 Commission Regulation (EC) No.2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices (Block Exemption Regulation)	93
3.2.1.4 Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints	94
3.2.2 ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง	97
3.2.2.1 หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดไปสู่หลักความชอบด้วยกฎหมาย	98
3.2.2.2 การนิยามตลาด, ตลาดประกอบ, วัตถุประสงค์ใช้สินค้าเปลี่ยนและตลาดหลัง (Market Definition, Ancillary Markets, Consumables and Aftermarkets)	99
3.2.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับคดีการขายพ่วงในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป.....	101
3.2.3.1 คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale)	101
3.2.3.1.1 คดี Hilti v. Commission (1992)	101
3.2.3.1.2 คดี Tetra Pak International SA v. Commission (1997).....	103
3.2.3.1.3 คดี Microsoft v. Commission (2004)	103
3.3 ประเทศญี่ปุ่น	106
3.3.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง	107
3.3.1.1 Anti-Monopoly Act Chapter 2 Section 3	107
3.3.1.2 Anti-Monopoly Act Chapter 5 Section 19, Designation of Unfair Trade Practice (10).....	107
3.3.1.3 Guidelines concerning the franchise system under the antimonopoly act	108
3.3.2 ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในกรณีการขายพ่วง	108
3.3.2.1 หลักว่าด้วยการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice).....	108
3.3.2.2 หลักว่าด้วยความเป็นโมฆะแห่งสัญญาขายพ่วง	109
3.3.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับคดีการขายพ่วงในประเทศญี่ปุ่น.....	110
3.3.3.1 Farmers’ Co-operative Case (1963)	110
3.3.3.2 Textbook Case (1965)	110

3.3.3.3 Draque Case (1991) หรือคดี ENIX	111
3.3.3.4 Toshiba Elevator Case (1993)	111
3.3.3.5 Microsoft Co., Ltd. Case (1998)	112
3.4 ประเทศไทย.....	113
3.4.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง	113
3.4.1.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25(2)	114
3.4.1.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 29.....	114
3.4.2 แนววินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง.....	114
3.4.2.1 คดีขายเหล้าพ่วงเบียร์ (คดีเบียร์ช้าง).....	114
บทที่ 4	120
เปรียบเทียบและวิเคราะห์การขายพ่วงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.....	120
4.1 เปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ กรณีการขายพ่วง	120
4.2 วิเคราะห์ปัญหาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542.....	123
4.3 การตีความและปรับบทกฎหมายลักษณะหรือพฤติกรรมการขายพ่วง ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542	126
4.3.1 ปัญหาว่าการบังคับขายพ่วง (Tying) ในประเทศไทยจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตลาดเสมอไปหรือไม่.....	126
4.3.1.1 ความได้เปรียบในเชิงกายภาพ (Physical advantage).....	127
4.3.1.2 ต้นทุนในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ (Information Costs)	128
4.3.1.3 ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น (Switching Costs).....	129
4.3.1.4 ความนิยมในสินค้าหรือบริการ.....	132
4.3.2 ปัญหาว่าการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) เป็นความผิดหรือไม่.....	134
4.3.2.1 การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) ซึ่งผิดกฎหมาย	134
4.3.2.2 การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย.....	136
4.3.3 ปัญหาว่าการขายพ่วงที่เป็นความผิดจะต้องพิจารณาเจตนาด้วยหรือไม่.....	139
4.3.3.1 การขายพ่วงที่เป็นความผิดจะต้องพิจารณาถึงเจตนาด้วย.....	140
4.3.3.2 การขายพ่วงที่เป็นความผิดไม่จำเป็นต้องพิจารณาเจตนา.....	142

4.3.4 ปัญหาของการบังคับขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์	145
4.3.4.1 ปัญหาของตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ในธุรกิจแฟรนไชส์	146
4.3.4.2 ปัญหาของอำนาจตลาดในธุรกิจแฟรนไชส์.....	146
4.3.4.3 ปัญหาของการพิสูจน์ความบริสุทธิ์โดยอ้างเหตุผลทางธุรกิจ	148
4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบคดีตัวอย่างที่สำคัญในประเทศไทยกรณีการบังคับขายพ่วง	151
4.4.1 คดีขายเหล่าฟวงเปียร์ (คดีเปียร์ซ้าง)	151
บทที่ 5	155
บทสรุปและข้อเสนอนแนะ	155
5.1 บทสรุป	155
5.1 ข้อเสนอนแนะ	157
รายการอ้างอิง.....	160
ภาคผนวก	164
ภาคผนวก ก. Sherman Act	166
ภาคผนวก ข. Clayton Act	170
ภาคผนวก ค. Federal Trade Commission Act	205
ภาคผนวก ง. Bank Holding Company Act's Anti-Tying Provision.....	276
ภาคผนวก จ. EC Treaty Article 81-82	285
ภาคผนวก ฉ. Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints	288
ภาคผนวก ช. Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations.....	294
ภาคผนวก ซ. พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒	297
ภาคผนวก ฅ. ร่างระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยแนวทางการ พิจารณาพฤติกรรมการขายพ่วงในรูปแบบต่างๆ พ.ศ.....	314
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	319

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบแนวคิดของสำนัก Harvard School และสำนัก Chicago School.....	23
ตารางที่ 2 เปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของการขายพ่วงแต่ละประเภท.....	33
ตารางที่ 3 แสดงตัวอย่างสมมุติคุณค่าของสินค้า A,B ต่อผู้บริโภคคนที่ 1,2.....	40
ตารางที่ 4 แสดงตัวอย่างสมมุติคุณค่าของสินค้า A,B ต่อผู้บริโภคคนที่ 1,2,3.....	43
ตารางที่ 5 แสดงตัวอย่างของการกำหนดราคาที่แตกต่างกัน.....	49
ตารางที่ 6 เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงของประเทศต่างๆ.....	123
ตารางที่ 7 เปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาดและส่วนแบ่งตลาดกับผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า.....	130



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญแผนภาพ

หน้า

แผนภาพที่ 1 แสดงดุลยภาพของตลาดแข่งขันสมบูรณ์.....	6
แผนภาพที่ 2 แสดงดุลยภาพของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์.....	9
แผนภาพที่ 3 แสดงกรอบของการวิเคราะห์โครงสร้าง พฤติกรรมและผลการดำเนินงานของตลาด (The Structure-Conduct-Performance Paradigm).....	19
แผนภาพที่ 4 แสดงช่องทางการจัดจำหน่ายโปรแกรม Microsoft Word และโปรแกรมอื่น.....	113



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในโลกแห่งการค้าเสรีในปัจจุบัน การดำเนินธุรกิจโดยปราศจากการเอาัดเอาเปรียบและการแทรกแซงเป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่ผู้ประกอบการพยายามเรียกร้องและแสวงหา กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมพฤติกรรมต่างๆของผู้ประกอบการที่พยายามเอาัดเอาเปรียบและแสวงหาผลกำไรของตนเองโดยมิชอบ โลกแห่งการค้าเสรีในปัจจุบันจึงได้สร้างกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ดังกล่าว ทั้งนี้ หลักการการแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าก็อยู่บนพื้นฐานแห่งการค้าอย่างเสรีโดยปราศจากการแทรกแซงและเอาเปรียบโดยนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาช่วยในการวิเคราะห์และวินิจฉัยพฤติกรรมต่างๆที่เกิดขึ้นในตลาดนั่นเอง

ในกรณีของการขายพ่วงก็ถือว่าเป็นกลยุทธ์ของผู้ประกอบการรูปแบบหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ในปัจจุบัน และมีปัญหาที่เกี่ยวข้องซึ่งจำเป็นต้องมีการศึกษาและทำความเข้าใจเป็นอย่างมาก โดยการขายพ่วงนั้นอาจจัดอยู่ในลักษณะหนึ่งของการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม อันทำให้ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือการได้รับบริการจากผู้ประกอบการรายอื่น ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(2) และมาตรา 29 อย่างไรก็ตาม แนวคิดในเรื่องการขายพ่วงดังกล่าวได้ถูกแบ่งออกเป็น 2 แนวคิด กล่าวคือ การขายพ่วงยอมส่งผลในการบิดเบือนกลไกการแข่งขันของตลาด และการขายพ่วงซึ่งช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาด ซึ่งแนวคิดจำพวกแรกนี้ถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

ดังนั้น การจะพิจารณาถึงรูปแบบ ลักษณะ และพฤติกรรมของการขายพ่วงว่ามีลักษณะเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จำเป็นต้องอาศัยเทียบเคียงแนวคิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ ซึ่งมีพัฒนาการทางด้านกฎหมายแข่งขันทางการค้ามาโดยลำดับ ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาวินิจฉัยคดีการขายพ่วงซึ่งมีความสลับซับซ้อนและหลายรูปแบบหลายลักษณะเป็นไปโดยถูกต้องและสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการและผู้บริโภค รวมทั้งเป็นการรักษาตลาดมิให้ถูกบิดเบือนไปโดยการกระทำอันมิชอบได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อทราบถึงลักษณะและพฤติกรรม ขอบเขต วัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของการขายพวงในรูปแบบต่างๆ

2. เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาของต่างประเทศเกี่ยวกับการขายพวงว่าการขายพวงลักษณะใดที่ชอบด้วยกฎหมายและลักษณะใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาการขายพวงที่ถูกต้องและเหมาะสม ทั้งนี้เพื่อเสนอเป็นแนวทางการพิจารณาการขายพวงตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้ มีขอบเขตรอบคลุมการศึกษาเกี่ยวข้องกับลักษณะหรือพฤติกรรมการขายพวง โดยการศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป ประเทศญี่ปุ่น และกฎหมายของประเทศไทย เพื่อทราบแนวความคิด ความแตกต่าง ข้อดี ข้อเสีย แล้ววิเคราะห์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้กับปัญหาตามกฎหมายไทยในการพิจารณาถึงลักษณะหรือพฤติกรรมซึ่งเป็นการขายพวงดังกล่าว

1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยโดยการวิเคราะห์เอกสาร (Documentary Research) ในการวิเคราะห์เอกสารจะทำการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง รวมถึงงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง โดยค้นคว้าข้อมูลเหล่านี้จากห้องสมุดต่างๆ เช่น ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รวมถึงค้นคว้าข้อมูลจากสื่ออินเทอร์เน็ต

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

การขายพวงมีทั้งการขายพวงที่ชอบด้วยกฎหมายและการขายพวงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาการขายพวงที่ถูกต้อง ละเอียดและชัดเจนว่าการขายพวงอย่างไรที่ชอบด้วยกฎหมายและอย่างไรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(2) และมาตรา 29

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงลักษณะและพฤติกรรม ชอบเขต วัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของการขายพ่วงในรูปแบบต่างๆ
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์และแนวทางการพิจารณาของต่างประเทศเกี่ยวกับการขายพ่วงว่าการขายพ่วงลักษณะใดที่ชอบด้วยกฎหมายและลักษณะใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
3. เพื่อนำหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาการขายพ่วงเสนอเป็นแนวทางการพิจารณาการขายพ่วงตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการขายพ่วงตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

2.1 หลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์กับกฎหมายแข่งขันทางการค้า

2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วย “ตลาด” (Market)

โดยที่เจตนารมณ์หลักของกฎหมายแข่งขันทางการค้านั้นคือ การคุ้มครองกลไกตลาดให้ดำเนินไปโดยปราศจากการแทรกแซงโดยไม่ชอบ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของ “ตลาด” ในทางเศรษฐศาสตร์ เพื่อสร้างความเข้าใจในเบื้องต้นอันนำไปสู่การวินิจฉัยกฎหมายแข่งขันทางการค้า

คำว่า “ตลาด” ในความหมายทั่วไป มักจะนึกถึงสถานที่ใดสถานที่หนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น เมื่อผู้พูดกล่าวว่ากำลังจะไปตลาดสิ่งที่อยู่ในใจผู้กล่าวคือสถานที่ที่มีผู้ขายจำนวนมาก นำสินค้ามากมายหลายชนิดออกมาวางขาย อย่างไรก็ตาม ในความหมายทางเศรษฐศาสตร์ คำว่าตลาดจะกินความหมายที่กว้างกว่านี้มาก ตลาดสินค้าชนิดหนึ่งๆ จะเกิดขึ้นได้ทันทีที่มีการตกลงซื้อขายกัน โดยที่ผู้ซื้อและผู้ขายอาจไม่จำเป็นต้องพบกันเลยก็ได้ การติดต่ออาจทำกันโดยทางโทรศัพท์ โทรเลข วิทยุ หรือการติดต่อผ่านคนกลางที่เป็นตัวแทน ตรงเท่าที่มีการตกลงซื้อขายสินค้าสามารถเกิดขึ้นได้ก็เรียกได้ว่าเกิดตลาดสินค้านั้นๆ ขึ้นแล้ว¹

2.1.1.1 ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfect Market)

ตลาดในทางเศรษฐศาสตร์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทตามลักษณะโครงสร้างของตลาด คือ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (perfectly competitive market) และตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfectly competitive market) ซึ่งลักษณะของตลาดแข่งขันสมบูรณ์² นั้นจะประกอบด้วย

1) มีผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมากราย (Many buyers, many sellers) การซื้อขายแต่ละรายเป็นปริมาณสินค้าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนการซื้อขายของทั้งตลาด ผู้ขายแต่ละรายไม่

¹ นราทิพย์ ชูติวงศ์, เอกสารการสอนชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (ฉบับปรับปรุง), พิมพ์ครั้งที่ 8 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545), หน้า 220.

² นราทิพย์ ชูติวงศ์, ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 262-266.

สามารถกำหนดราคาสินค้าได้ตามใจชอบ แต่จะต้องขายตามราคาตลาด (price taker) ซึ่งเป็นราคาดุลยภาพเกิดจากอุปสงค์และอุปทานของตลาดกุดตัน ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงปริมาณผู้ซื้อและผู้ขายรายใดรายหนึ่งจึงไม่ทำให้อุปสงค์ของตลาดเปลี่ยนแปลงและไม่ส่งผลกระทบต่อราคาตลาด โดยราคาสินค้าในตลาดจะถูกกำหนดโดยอำนาจต่อรองของผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งแสดงอยู่ในรูปของเส้นอุปสงค์และเส้นอุปทานของตลาด ผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละรายต่างต้องยอมรับราคาและปริมาณซื้อขายที่ถูกกำหนดขึ้นนี้

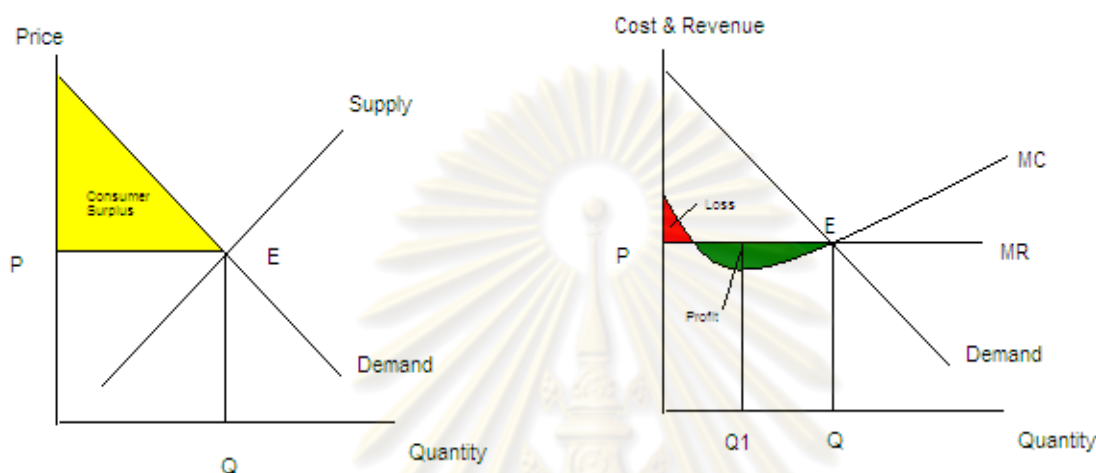
2) สินค้าที่ซื้อขายกันในตลาดแข่งขันสมบูรณ์จะมีลักษณะเหมือนกันทุกประการหรือใกล้เคียงกันมาก (homogeneous product) หมายความว่า ในสายตาของผู้ซื้อเห็นว่าสินค้านี้ดั่งกล่าวของผู้ขายแต่ละรายไม่แตกต่างกัน จะซื้อจากผู้ขายรายใดก็ได้ที่ขายตามราคาตลาด ความเหมือนกันทุกประการของสินค้าในที่นี้ จะหมายรวมถึงตลอดตั้งแต่ตัวสินค้าจนถึงสิ่งแวดล้อมในการขาย เป็นต้นว่าอรรถาธิบายของผู้ขายและบริการต่างๆ ที่ผู้ขายให้กับผู้ซื้อ ถ้าผู้ซื้อเกิดความรู้สึกว่าสินค้าของผู้ขายรายหนึ่งๆ แตกต่างกับสินค้าของผู้ขายรายอื่นๆ แม้ว่าผู้ขายนั้นๆ จะยืนยันว่าสินค้าของตนเหมือนกับสินค้าของผู้ขายคนอื่นทุกประการก็ตาม ก็ไม่อาจถือว่าสินค้านั้นมีลักษณะเหมือนกันทุกประการได้ และในกรณีนี้ผู้ซื้ออาจยินดีจ่ายเงินซื้อสินค้าที่ตนเห็นว่าดีกว่าในราคาที่สูงกว่าได้ ราคาสินค้าก็จะเป็นราคาเดียวกันในตลาด³

3) ผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละรายต่างรู้ถึงสภาพการณ์ในตลาดเป็นอย่างดี (perfect knowledge) เพราะผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเข้าถึงข้อมูล ทางเลือกทุกทางที่ตนมีอยู่เกี่ยวกับตลาดได้เสมอ เช่น ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถทราบราคาสินค้าในแต่ละพื้นที่ ถ้าผู้ซื้อหรือผู้ขายรายใดรายหนึ่งเสนอซื้อหรือเสนอขายสินค้าในราคาที่แตกต่างจากราคาที่เป็นอยู่ในตลาด ผู้ขายหรือผู้ซื้อรายอื่นๆ ก็สามารถรู้ได้ทันที และจะไม่ปรากฏว่ามีผู้ซื้อรายใดยินยอมซื้อสินค้าที่มีราคาที่สูงกว่าราคาตลาด ในทำนองเดียวกัน ผู้ขายก็จะไม่ยอมขายสินค้าให้กับผู้ซื้อที่เสนอซื้อสินค้าในราคาต่ำกว่าราคาตลาด

4) ผู้ซื้อและผู้ขายแต่ละคนต่างดำเนินนโยบายได้โดยอิสระปราศจากข้อกีดกันใดๆ ทั้งสิ้น (absence of collusion or artificial restraint) ผู้ผลิตแต่ละคนจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะผลิตสินค้าระดับไหนโดยไม่สนใจต่อปฏิกิริยาผู้ผลิตรายอื่นๆ ในตลาด ไม่มีการรวมตัวเกิดขึ้นในระหว่างผู้ซื้อหรือผู้ขาย ในขณะที่เดียวกันก็ไม่มีข้อจำกัดของรัฐบาล ไม่ว่าจะในเรื่องระดับราคาสินค้า ปริมาณการผลิต

³ นราทิพย์ ชูติวงศ์, เอกสารการสอนชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (ฉบับปรับปรุง), หน้า 223.

5) ผู้ผลิตรายใหม่ๆ สามารถเข้าหรือออกจากอุตสาหกรรมได้โดยง่ายและเสรี (freedom of entry and exit)⁴ ตลอดจนการโยกย้ายปัจจัยการผลิตทุกชนิดรวมทั้งสินค้าไปยังสถานที่ต่างๆ ได้สะดวกในทุกขณะที่ต้องการโดยเสียค่าใช้จ่ายต่ำ (perfect mobility of resources)



แผนภาพที่ 1 แสดงดุลยภาพของตลาดแข่งขันสมบูรณ์

จากภาพแรกแสดงให้เห็นว่า ดุลยภาพของตลาดแข่งขันสมบูรณ์จะอยู่ ณ ที่ซึ่งเส้นอุปสงค์ตัดกับเส้นอุปทาน โดยจะทำให้เกิดราคาดุลยภาพที่มีราคาเดียวและจะดำรงอยู่ได้ตราบเท่าที่อุปสงค์และอุปทานไม่มีการเปลี่ยนแปลง⁵ โดยหากราคาไม่อยู่ในจุดดุลยภาพก็จะปรับเข้าหาจุดดุลยภาพเองตามกลไกตลาด นอกจากนี้ ในภาพที่สอง เมื่อพิจารณาในแง่ต้นทุนและรายรับหน่วยสุดท้ายแล้ว จะเห็นว่า เนื่องจากผู้ประกอบการจะต้องนำกำไรไปชดเชยในส่วนขาดทุน ผู้ประกอบการจะเริ่มมีกำไรที่แท้จริง ณ ปริมาณ Q_1 และหากเพิ่มปริมาณเกินกว่าจุด Q แล้ว ย่อมก่อให้เกิดส่วนขาดทุนอีก ดังนั้น ปริมาณการผลิตที่ก่อให้เกิดกำไรมากที่สุด คือ ณ จุด E ($MC=MR$)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴ ประพันธ์ เศวตนันท์ และ ไพศาล เล็กอุทัย, หลักเศรษฐศาสตร์ฉบับแก้ไขปรับปรุงครั้งที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 83.

⁵ นวลทิพย์ ควกุล, เอกสารการสอนชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (ฉบับปรับปรุง), พิมพ์ครั้งที่ 8 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545), หน้า 125.

2.1.1.2 ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfect Market)

ในตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์⁶ เป็นตลาดที่ปรากฏในสภาพความเป็นจริงและมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) จำนวนผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดมักมีจำนวนไม่มากพอ จึงอาจจะสามารถทำให้เกิดอิทธิพลเหนือราคาสินค้าได้ เพราะผู้ขายโดยทั่วไปมีแนวโน้มที่จะหาทางขัดขวางการเข้ามาผลิตแข่งขันของผู้ผลิตรายใหม่ๆ ด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง และด้วยแนวโน้มของลักษณะการผลิตในปัจจุบันที่เน้นการใช้ทุน (capital intensive) ก็มีผลช่วยขจัดการผลิตแข่งขันของผู้ที่มีทุนไม่เพียงพอ นอกจากนี้ในสินค้าบางชนิด เช่น สินค้าและบริการสาธารณูปโภคต่างๆ เป็นต้นว่า ไฟฟ้า ประปา รัฐบาลอาจเข้ามาทำการผูกขาดในการผลิต หรือในบางกรณีแม้รัฐจะไม่ได้ผูกขาดในการผลิตก็อาจยินยอมให้บุคคลอื่นผูกขาดการผลิตได้ เป็นต้นว่า การให้สัมปทานการทำป่าไม้หรือเหมืองแร่แก่ผู้ผลิตเพียงรายหนึ่งหรือสองสามราย การมีผู้ขายน้อยรายจากการรวมกลุ่มของผู้ขาย หรือการมีผู้ขายเพียงรายเดียวหรือสองสามรายจากการผูกขาด หรือการยินยอมให้มีการผูกขาดโดยรัฐยอมมีผลให้ราคาสินค้าเปลี่ยนแปลงไปได้ ถ้าผู้ขายน้อยรายเหล่านั้นเปลี่ยนแปลงปริมาณการขายก็จะทำให้ผู้ขายได้เข้ามามีบทบาทในการกำหนดราคาสินค้าอันมิใช่ลักษณะของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ซึ่งในทำนองเดียวกัน ผู้ซื้ออาจรวมตัวกันเพื่อเพิ่มอำนาจต่อรองในการซื้อสินค้าให้สูงขึ้นและในกรณีเช่นนี้ผู้ซื้อก็จะมีบทบาทในการกำหนดราคาสินค้าได้ เช่น การรวมตัวกันของพ่อค้าคนกลางในการรับซื้อพืชผลการเกษตรกรรมจากชาวไร่ ชาวนา เป็นต้น

2) ในสายตาของผู้ซื้อ สินค้าต่างๆจะมีลักษณะไม่เหมือนกันทุกประการ แม้ว่าสินค้าสองยี่ห้อจะมีส่วนประกอบของสินค้าที่เหมือนกันทุกประการ ความแตกต่างในยี่ห้อและความพยายามของผู้ผลิตสินค้าแต่ละยี่ห้อในการโฆษณาชี้ชวนให้ผู้บริโภคเห็นว่าสินค้าของตนเหนือกว่าสินค้านยี่ห้ออื่น จะเป็นผลให้ผู้บริโภคเกิดความรู้สึกว่าสินค้าแต่ละยี่ห้อที่ต่างกันและไม่อาจใช้ทดแทนกันได้ อย่างสมบูรณ์ ยิ่งการโฆษณาของผู้ผลิตประสบความสำเร็จมากขึ้นเพียงใด ความเชื่อของผู้บริโภคว่าสินค้าแต่ละยี่ห้อที่มีความแตกต่างกันก็จะยิ่งมากขึ้นเพียงนั้น

3) ในความเป็นจริงผู้ซื้อและผู้ขายมิอาจรู้ถึงความเป็นไปของตลาดอย่างสมบูรณ์ได้ เพราะการจะสามารถรู้ถึงเคลื่อนไหวทั้งหมดที่เกิดขึ้นในตลาดได้นั้น ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องคอยสอดส่องและสืบหาข้อมูลอยู่ตลอดเวลา อันเป็นการสิ้นเปลืองทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย ดังนั้น จึงยากที่จะมีผู้ซื้อคนใดออกสืบถามราคาสินค้าหรือข้อมูลอื่นๆ จากร้านค้าปลีกต่างๆทุกร้าน ว่าร้านใดขายสินค้า

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 258.

ในราคาแตกต่างจากผู้ขายรายอื่นๆหรือไม่ ในทำนองเดียวกันกับผู้ขายปลีกเองก็ยากที่จะมีความรู้ครบถ้วนว่าผู้ซื้อหรือผู้ขายรายอื่นๆซื้อขายสินค้ากันในราคาเท่าใด

4) การเข้าออกจากรอุตสาหกรรม ในความเป็นจริงมิได้เป็นไปได้โดยเสรีด้วยเหตุผลอันใดอันหนึ่ง โดยทั่วไปกฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ผลิตซึ่งเป็นผู้คิดค้นสิ่งประดิษฐ์หรือวิธีการใหม่ๆ ในช่วงเวลาหนึ่ง เพื่อมิให้ผู้ผลิตรายอื่นๆ เข้ามาผลิตสินค้าชนิดเดียวกันแข่งขัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนให้มีการคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ๆ ให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาการ ในช่วงที่กฎหมายให้ความคุ้มครองอยู่นี้ ผู้ผลิตรายอื่นๆที่ปรารถนาจะเข้ามาในอุตสาหกรรมจะไม่อาจทำได้ หรือในกรณีที่รัฐผูกขาดหรือยินยอมให้มีการผูกขาดการผลิตสินค้าบางชนิด การเข้ามาผลิตแข่งขันในอุตสาหกรรมก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน นอกจากนี้ในบางกรณีแม้จะไม่มีข้อห้ามการเข้ามาผลิตแข่งขัน การเข้ามาผลิตในอุตสาหกรรมก็อาจถูกขัดขวางโดยปริยายจากความจำเป็นที่จะต้องใช้ทุนจำนวนมากหรือใช้เทคนิคการผลิตขั้นสูง ซึ่งเกินความสามารถของผู้ผลิตรายอื่นๆที่จะจัดหามาได้

5) การเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิตก็มีได้เป็นไปได้โดยเสรี เป็นต้นว่า บรรดาคนงานมักจะลังเลใจที่จะย้ายถิ่นที่อยู่ แม้ว่าค่าแรงในสองท้องถิ่นจะแตกต่างกันก็ตาม

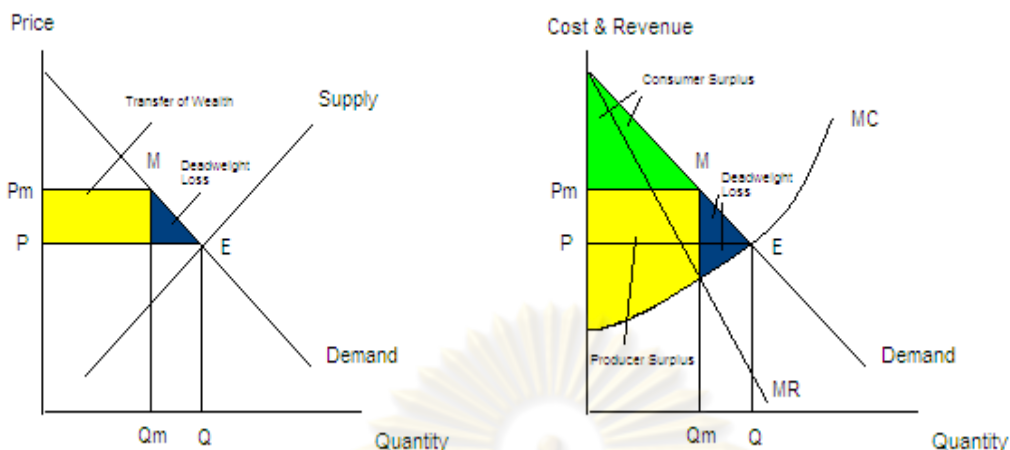
ในตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ยังสามารถจำแนกได้อีกเป็น 3 ประเภทตามระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาด คือ

1) ตลาดผูกขาด (Monopoly) เป็นตลาดที่มีผู้ซื้อเพียงรายเดียวที่ทำการซื้อสินค้าอยู่ในตลาด ผู้ซื้อรายอื่นๆในตลาดไม่อาจเกิดขึ้นได้ หรืออาจเป็นกรณีผู้ขายเพียงรายเดียวทำการผลิตสินค้าที่ไม่มีสินค้าอื่นทดแทนออกจำหน่าย การเข้ามาผลิตแข่งขันในอุตสาหกรรมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้

2) ตลาดผู้ซื้อผู้ขายน้อยราย (Oligopoly) เป็นตลาดที่มีผู้ซื้อเพียงสองสามรายทำการซื้อสินค้าอยู่ในตลาดหรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ขายมีเพียงสองสามรายทำการผลิตสินค้าที่มีความแตกต่างกัน แต่สามารถใช้ทดแทนกันได้ออกจำหน่าย

3) ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic Competition) เป็นตลาดที่มีผู้ซื้อและผู้ขายจำนวนมาก (แต่ไม่มากถึงระดับตลาดแข่งขันสมบูรณ์) ทำการซื้อสินค้าอยู่ในตลาดและสินค้ามีความแตกต่างกัน แต่สามารถใช้ทดแทนกันได้ออกจำหน่าย⁷

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 258-259.



แผนภาพที่ 2 แสดงดุลยภาพของตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์

จากภาพแรกและภาพที่สอง แสดงให้เห็นว่า การตั้งราคาสินค้าให้สูงขึ้นและการลดกำลังการผลิตของผู้ประกอบการธุรกิจในตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายในด้านต่างๆ ได้แก่ ความสูญเสียอันเกิดจากการถ่ายเทเงินได้ส่วนที่ควรจะเป็นของผู้บริโภคไปสู่ผู้มีอำนาจผูกขาด (Income Transfer or Transfer of Wealth) ความสูญเสียในเชิงเศรษฐกิจ (Deadweight welfare loss) เนื่องจากราคาที่ผู้บริโภคตั้งไว้ (Reservation Price) ต่ำกว่าราคาที่ผู้ผูกขาดกำหนดจึงต้องหันไปซื้อสินค้าอื่นมาทดแทนอันเป็นการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ยังสูญเสียโอกาสในการพัฒนาประสิทธิภาพการผลิต ทำให้ได้ผลิตภัณฑ์ที่ไม่มีคุณภาพ เป็นต้น

2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วย “อำนาจตลาด” (Market Power)

คำว่า “อำนาจเหนือตลาด” หรือ “อำนาจตลาด”^{*} ในทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง ความสามารถในการกำหนดราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) เนื่องจากภายใต้การแข่งขันอย่างสมบูรณ์ ราคาสินค้าหรือบริการจะเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่ม ดังนั้น ถ้าราคาของผู้ประกอบการรายใดสูงเกินกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม หมายความว่า ผู้ประกอบการรายนั้นไม่ได้เผชิญกับการแข่งขันอย่าง

^{*} อำนาจตลาดเป็นความหมายทางการค้าซึ่งแยกจากอำนาจในรูปแบบอื่นๆ เช่น อำนาจทหาร อำนาจการเมือง อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการอาจใช้อำนาจในรูปแบบอื่นๆ ร่วมกับอำนาจตลาด (Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes 2000: 21) นอกจากนี้ ใน Black's Law Dictionary Eighth Edition ได้ให้ความหมายของอำนาจตลาด (market power) ไว้ว่า “ความสามารถที่จะลดปริมาณสินค้า และขึ้นราคาสินค้าให้สูงกว่าระดับราคาแข่งขัน (ต้นทุนส่วนเพิ่ม) ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และมีผลทำให้ได้รับกำไรจากการกระทำนั้น ซึ่งถ้ามีอำนาจตลาดมากๆ ก็อาจจะเป็นอำนาจผูกขาด (monopoly power)” (Bryan A. Garner 2004: 991)

สมบูรณ์ หรือผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจตลาดอยู่บ้าง แต่กรณีดังกล่าวต้องแยกอำนาจตลาดออกจากกรณีอื่นๆ เช่น เมื่อราคาเปลี่ยนแปลงจากต้นทุนส่วนเพิ่มเพียงเล็กน้อยหรือเป็นราคาที่สะท้อนถึงต้นทุนคงที่ที่เพิ่มขึ้นซึ่งมิได้เกี่ยวข้องกับการป้องกันการผูกขาดแต่อย่างใด แม้ว่าผู้ประกอบการจะมีอำนาจตลาดในสายตาของเรา⁸

อำนาจตลาด คือ ความสามารถของผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายที่จะควบคุมราคาสินค้าให้สูงกว่าระดับราคาแข่งขันเพื่อหากำไรโดยจำกัดปริมาณสินค้าหรือบริการ (reducing output) และรักษาระดับราคาที่สูงขึ้นนั้นโดยไม่ทำให้ยอดขายสินค้าหรือบริการลดลงอย่างมากจนทำให้ไม่ได้รับกำไรจากการขึ้นราคาและต้องยุติการขึ้นราคานั้น⁹ ดังนั้น อำนาจตลาดในที่นี้ คืออำนาจเหนือราคา (power over price) เกิดจากราคาสวนทางกับปริมาณสินค้า เมื่อสินค้ามีปริมาณน้อยทำให้ราคาสูงขึ้น ในทางตรงข้าม หากสินค้ามีปริมาณมากราคาก็จะลดลง จึงกล่าวได้ว่าผู้ประกอบการที่สามารถหากำไรได้โดยขายสินค้าสูงกว่าราคาแข่งขันย่อมมีอำนาจตลาดอย่างแน่นอนซึ่งอาจถูกใช้โดยผู้ซื้อหรือผู้ขายก็ได้ แต่ปกติมักหมายถึง อำนาจของผู้ขาย (point of view of the seller) นักเศรษฐศาสตร์บางกลุ่มเรียกอำนาจนี้ว่า อำนาจผูกขาด (monopoly power) ซึ่งโลกแห่งความเป็นจริงผู้ผูกขาดในระบบเศรษฐกิจอาจเป็นผู้ประกอบการรายเดียวหรือมากกว่าหนึ่งรายก็ได้

ในตลาดแข่งขันมีผู้ขายจำนวนมากซึ่งผู้ขายแต่ละรายมีอำนาจเหนือราคาระดับหนึ่ง แม้ขึ้นราคาสูงกว่าระดับราคาแข่งขันเพียงเล็กน้อยก็ตาม ดังนั้น ผู้ประกอบการในตลาดลักษณะต่างๆ ก็มีอำนาจตลาดได้เช่นกัน¹⁰ โดยอำนาจตลาดนั้นเกิดขึ้นจากหลายกรณีเช่น ผู้ขายที่มีอำนาจรายเดียวหรือผู้ผูกขาด (Monopoly) ผู้ขายในตลาดผู้ขายน้อยราย (market of few sellers: oligopoly) ข้อตกลงกำหนดราคาระหว่างคู่แข่ง (cartelization) และผู้ขายสินค้ายี่ห้อเดียวกัน (single-brand seller)¹¹

ศูนย์วิทยพัชกร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸ ศิริศักดิ์ จึงถาวรณ, “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 53.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

2.1.2.1 การผูกขาด (Monopoly) และอำนาจผูกขาด (Monopolization)

แนวคิดในเรื่องของการผูกขาด (Monopoly) และอำนาจผูกขาด (Monopolization) เป็นเรื่องที่ต้องแยกออกจากกัน¹² โดยการผูกขาด (Monopoly) ในที่นี้เป็นการผูกขาดทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งไม่จำเป็นว่าถือเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าเสมอไป ซึ่งโดยเจตนารมณ์ของ “กฎหมายป้องกันการผูกขาด” ก็มีได้ต้องการให้บริษัทหรือองค์กรธุรกิจใดปราศจากอำนาจผูกขาดในตลาดเลย ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เพราะเป็นสิทธิที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามอบให้แก่ผู้ทรงสิทธิในสิ่งประดิษฐ์หรืองานสร้างสรรค์ให้แก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้สร้างสรรค์งานนั้นๆ ขึ้นมา ผู้ทรงสิทธิมีอำนาจที่จะหวงกั้นและห้ามมิให้ผู้อื่นปลอม ลอกเลียนหรือทำซ้ำซึ่งผลงานของตนเอง ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีอำนาจถึงขนาดที่จะสามารถขออำนาจศาลในการคุ้มครองอำนาจผูกขาดดังกล่าวด้วย สิ่งนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายมิได้ต้องการให้การผูกขาดเป็นความผิดโดยสิ้นเชิง¹³

ข้อพิสูจนี้อีกประการหนึ่งก็คือ การที่ไม่มีกฎหมายของประเทศใดซึ่งเป็นนานาอารยะประเทศจะถือว่าการมีอำนาจเหนือตลาดหรือการผูกขาดเป็นสิ่งผิดกฎหมายในตัวเอง ในความเป็นจริงทางธุรกิจ การที่ผู้ประกอบการพยายามปรับปรุงคุณภาพของสินค้าหรือคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ เข้าไปในสินค้าให้มีความสามารถมากขึ้น และพัฒนากระบวนการผลิตให้มีประสิทธิภาพขึ้นเพื่อจะทำให้มีต้นทุนต่ำและสามารถขายสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าคู่แข่งได้นั้น ก็เพื่อให้ขายสินค้าได้มากและมีส่วนแบ่งตลาดมากขึ้น ซึ่งจะทำให้มีอำนาจเหนือตลาดมากขึ้นตามไปด้วย ถ้ากฎหมายจะห้ามไม่ให้บริษัทนั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือผูกขาดโดยสิ้นเชิง ก็จะไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงของธุรกิจและไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศด้วย ทั้งยังจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคด้วย เพราะผู้ผลิตขาดแรงจูงใจในการปรับปรุงคุณภาพสินค้าและพัฒนากระบวนการผลิตของตน เพราะหากส่วนแบ่งในตลาดมากแล้ว กฎหมายก็จะเข้ามาแทรกแซงธุรกิจของตนได้ ดังนั้น การมีอำนาจเหนือตลาดจึงอาจเกิดภายใต้กฎหมายได้หากอำนาจเหนือตลาดหรือการผูกขาดนั้นเป็นผลมาจากประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกิจการเองแล้ว ก็ถือว่าการผูกขาดนั้นชอบด้วยกฎหมายได้¹⁴

¹² Janice E. Rubin, RS20241: Monopoly and Monopolization – Fundamental but Separate Concepts in U.S. Antitrust Law. [Online], 7 January 2009. Available from: <http://ncseonline.org/nle/crsreports/economics/econ-115.cfm>

¹³ สรวิศ ลิ้มปั้งซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 35-36.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-37.

ส่วนอำนาจผูกขาด (Monopolization) นั้นถือว่าเป็นอำนาจเหนือตลาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในส่วนี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะเข้ามาดูแลสอดส่องถึงพฤติกรรม (Behavior) ขององค์กรธุรกิจต่างๆที่แข่งขันอยู่ในตลาด โดยเฉพาะองค์กรธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดว่าได้ทำการแข่งขันในตลาด “อย่างเป็นธรรม” หรือไม่ โดยพิจารณาว่าเป็นการแข่งขันกันที่คุณภาพ การบริหารจัดการ กระบวนการผลิต และผลิตภาพ (productivity) ขององค์กรซึ่งเป็นการแข่งขันกันด้วยประสิทธิภาพของกิจการ หรือเป็นการใช้กลวิธีที่ไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้คู่แข่งต้องเลิกกิจการไป เช่น การลดราคาสินค้าจนต่ำกว่าต้นทุนทำให้บริษัทคู่แข่งขนาดเล็กที่มีสายป่านทางการเงินที่สั้นกว่าไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ การกีดกันคู่แข่งออกจากแหล่งวัตถุดิบหรือปัจจัยที่จำเป็นในการผลิต การทำให้คู่แข่งรายใหม่ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ เป็นต้น โดยในกรณีนี้กฎหมายต้องเข้ามาควบคุมดูแลและหาทางระงับก่อนที่จะเกิดผลเสียหายแก่การแข่งขันในตลาดได้¹⁵

2.1.2.2 การผูกขาดใน “ตลาดหลัง” (Aftermarket)

“ตลาดหลัง” (Aftermarket) เป็นคำที่ใช้แสดงความหมายเพื่ออธิบายตลาดซึ่งประกอบด้วยสินค้าหรือบริการอันเป็นส่วนเสริม (Complementary) สินค้าที่มีอายุการใช้งานนาน หรือเรียกอีกอย่างว่าสินค้าในตลาดแรก (original product) ยกตัวอย่างเช่น รถยนต์จำเป็นต้องมีการบำรุงรักษาอะไหล่ที่เข้ากันได้ หรือในกรณีเครื่องดูดฝุ่นหรือเครื่องถ่ายเอกสารก็จำเป็นต้องมีวัตถุดิบที่ใช้สิ้นเปลืองไปเพื่อให้สามารถทำงานได้ เครื่องดูดฝุ่นต้องมีถุงกรองฝุ่น เครื่องถ่ายเอกสารต้องมีตลับหมึกและกระดาษที่เหมาะสม สินค้าที่มีระยะเวลาการใช้งานยาวนานเหล่านี้จะต้องมีการซ่อมบำรุงอยู่เสมอ ทำให้ลูกค้าอาจถูกปิดกั้น (lock-in)¹⁶ ซึ่งเกิดจากการที่เจ้าของสินค้าในตลาดแรกต้องการให้ลูกค้าใช้ชิ้นส่วนอะไหล่หรือวัตถุดิบใช้สิ้นเปลืองของตนเท่านั้น ไม่ต้องการให้ใช้ชิ้นส่วนอะไหล่หรือวัตถุดิบใช้สิ้นเปลืองของคู่แข่ง ผลที่ตามมาคือ หน่วยธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยในตลาดแรก (original equipment) อาจถูกพบว่ามีอำนาจเหนือตลาดในตลาดหลังและอาจใช้อำนาจในตลาดหลังอย่างไม่ชอบได้ โดยมีปัจจัยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

1. **ชิ้นส่วนอะไหล่ (Spare Parts)** ชิ้นส่วนอะไหล่ในบริบทนี้ต้องเป็นส่วนประกอบหนึ่งของอุปกรณ์ที่สามารถนำมาซ่อมแซมกันได้และต้องผลิตโดยผู้ขายอุปกรณ์นั้นด้วย แม้ว่าชิ้นส่วนอะไหล่เหล่านั้นอาจถูกผลิตโดยผู้ผลิตรายอื่นด้วยก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น ยางรถยนต์ซึ่งไม่ได้ผลิตโดยผู้ผลิต

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-38.

¹⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., (United States of America: Oxford University Press, 2004), p.278.

รถยนต์ไม่ถือว่าวางรถยนต์นั้นเป็นชิ้นส่วนอะไหล่ เป็นต้น ปัญหาว่าตลาดชิ้นส่วนอะไหล่เป็นตลาดสินค้าต่างหากหรือไม่เกิดขึ้นครั้งแรกในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปในคดี *Hugin* เมื่อปี ค.ศ.1979 อันเป็นคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่ขายสินค้า (refuse to supply) โดยบริษัท Hugin แห่งประเทศสวีเดนซึ่งผลิตและขายเครื่องบันทึกจำนวนเงินของลูกค้า (cash register) และชิ้นส่วนอะไหล่ และมีส่วนแบ่งตลาดในเครื่องบันทึกจำนวนเงินเพียง 12% ในขณะที่เดียวกันการบริการซ่อมบำรุงและชิ้นส่วนอะไหล่ได้ถูกดำเนินการโดยบริษัทลูกและตัวแทนของ Hugin ต่อมาในปี ค.ศ.1972 Hugin ตัดสินใจไม่ขายเครื่องบันทึกจำนวนเงินและชิ้นส่วนอะไหล่ให้บริษัท Liptons แห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นบริษัทที่ขายต่อและให้เช่าและให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องบันทึกจำนวนเงินซึ่งบริษัท Hugin เป็นผู้ขายหนึ่งนั้น ผลคือ เมื่อปราศจากชิ้นส่วนอะไหล่ Liptons จึงไม่สามารถให้บริการซ่อมต่อไปได้ คณะกรรมาธิการจึงมีคำวินิจฉัยว่า Hugin ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในตลาดชิ้นส่วนอะไหล่และมีความผิดตาม EC Treaty Article 82 (Ex 86) และศาลแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่าตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในคดีนี้เป็นตลาดแคบ โดยตลาดในคดีนี้เกิดจากชิ้นส่วนอะไหล่ของ Hugin ซึ่งเป็นที่ต้องการของผู้ให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องบันทึกจำนวนเงินของ Hugin เนื่องจาก Hugin เป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนอะไหล่เพียงผู้เดียวจึงถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดในตลาดนั้น

หลังจากนั้นมา ในปี ค.ศ.1992 ปัญหาเกี่ยวกับตลาดชิ้นส่วนอะไหล่เป็นตลาดสินค้าต่างหากหรือไม่ และปัญหาเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดในชิ้นส่วนอะไหล่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Kodak* ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีที่คล้ายคลึงกันกับคดี *Hugin* แห่งสหภาพยุโรป โดยเนื้อหาของคดี *Kodak* จะกล่าวถึงโดยละเอียดในบทต่อไป

2. วัตถุประสงค์ใช้สิ้นเปลือง (Consumables) วัตถุประสงค์ใช้สิ้นเปลืองเป็นสิ่งที่ใช้ในการทำงานของอุปกรณ์และต้องมีการเติมให้เต็มตลอดเวลา ยกตัวอย่างเช่น ตลับหมึกซึ่งใช้สำหรับเครื่องพิมพ์ เป็นต้น วัตถุประสงค์ใช้สิ้นเปลืองมักจะถูกผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าในตลาดแรก (original product) ในคดีต่างๆที่เกิดขึ้นนั้น ผู้ผลิตมีความประสงค์ให้วัตถุประสงค์ใช้สิ้นเปลืองของตนเป็นสิ่งที่แบ่งแยกไม่ได้จากอุปกรณ์ของตนและในบางครั้งรวมไปถึงการซ่อมบำรุงด้วย จึงมีแนวโน้มที่จะพยายามให้ผู้ซื้อสินค้าในตลาดแรกต้องซื้อสินค้าหรือบริการในตลาดหลังด้วย

ในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป มีคดีที่เกิดขึ้นคือคดี *Hilti* ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตปืนยิงตะปูซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่ช่วยในการก่อสร้าง โดยเป็นดังกล่าวดังกล่าวต้องใช้กับตลับลูกปืนและตะปู ตะปูที่ใช้ได้กับปืน *Hilti* ไม่ใช่ว่าจะผลิตได้เฉพาะ *Hilti* เท่านั้น แต่บริษัทอื่นก็สามารถผลิตได้เช่นกัน บริษัทอื่นที่ผลิตตะปูดังกล่าวได้จึงรวมกันร้องเรียนว่า *Hilti* มีแผนการเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ซื้อปืนดังกล่าวจะซื้อเฉพาะตะปูของ *Hilti* คณะกรรมาธิการและศาลแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า *Hilti* มีความผิดและปฏิเสธข้อ

ต่อผู้ของ Hilti ที่ว่าเป็นยึงตะปูและตลับลูกปืนและตะปูเป็นสินค้าที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ นอกจากนั้น ในคดี Tetra Pak II ทั้งศาลและคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปต่างปฏิเสธข้ออ้างของบริษัท Tetra Pak ในเรื่องตลาดของระบบการบรรจุอาหารเหลวเพียงตลาดเดียว และพบว่าในตลาดทั้งหมด 4 ตลาด ได้แก่ ตลาดเครื่องจักรสำหรับบรรจุอาหารเหลวในกล่องกระดาษอย่างปลอดเชื้อโรค (aseptic), ตลาดที่เกี่ยวข้องกับกล่องกระดาษสำหรับบรรจุอาหารเหลวอย่างปลอดเชื้อโรค, ตลาดเครื่องจักรสำหรับบรรจุอาหารเหลวในกล่องกระดาษอย่างไม่ปลอดเชื้อโรค (non-aseptic) , ตลาดที่เกี่ยวข้องกับกล่องกระดาษสำหรับบรรจุอาหารเหลวอย่างไม่ปลอดเชื้อโรค ซึ่งรายละเอียดของทั้งสองคดีจะกล่าวถึงในบทต่อไป

2.1.3 ทฤษฎีว่าด้วย “อำนาจทางเศรษฐกิจ” (Economic Power)

”อำนาจทางเศรษฐกิจ” (Economic Power) เป็นคำที่มีความหมายกว้างกว่า “อำนาจตลาด” (Market Power) หรือ “การผูกขาด” (Monopoly Power) โดยอำนาจทางเศรษฐกิจมิได้จำกัดเฉพาะความสามารถที่จะขึ้นราคาสินค้าให้สูงกว่าระดับราคาแข่งขัน (ต้นทุนส่วนเพิ่ม) และมีผลทำให้ได้รับกำไรเท่านั้น

ในทางเศรษฐศาสตร์มีการแบ่งนิยามของอำนาจทางเศรษฐกิจไว้ 5 ประเภทด้วยกัน ได้แก่

(1) อำนาจซื้อ (Purchasing Power) คือ ความสามารถในการซื้อสินค้าหรือใช้บริการเป็นเงินจำนวนใด ๆ ก็ตาม โดยผู้ที่มีทรัพย์สินหรือรายรับมากก็จะมีอำนาจประเภทนี้มากขึ้น และหากมีสภาพคล่องทางการเงินมากก็จะมีอำนาจซื้อมากขึ้นด้วย

(2) การผูกขาด (Monopoly Power) คือ ความสามารถในการตั้งราคาสินค้าหรือบริการ ซึ่งตรงกันข้ามกับตลาดแข่งขันสมบูรณ์ที่การตั้งราคาสินค้าเป็นไปตามอุปสงค์และอุปทาน

(3) อำนาจต่อรอง (Bargaining Power) คือ ความสามารถในการต่อรองเพื่อเข้าไปมีอิทธิพลเหนือผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้น ซึ่งผู้ต่อรองอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อสิ่งใดสิ่งหนึ่ง (เช่น รางวัล, ขนมหัก, การเข้าถึงทรัพยากร เป็นต้น)

(4) อำนาจทางการบริหาร (Managerial Power) คือ ความสามารถของนายจ้างในการข่มขู่ลูกจ้างของตนว่าจะไล่ออกหรือลงโทษประการอื่นหากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือรายงานที่น่าพอใจ อำนาจนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีต้นทุนของการว่างงาน (cost of job loss) เพราะอัตราการว่างงานสูงขึ้นและประชาชนมีทรัพย์สินไม่เพียงพอในการดำรงชีพหากต้องตกงาน

(5) อำนาจทางชนชั้น (Class Power) อันเนื่องมาจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (capitalism) ทำให้คนส่วนน้อยในสังคมหรือกลุ่มนายทุนสามารถควบคุมปัจจัยการผลิตทั้งหลายและสามารถตัดวงจรผลประโยชน์จากคนส่วนใหญ่ในสังคมหรือชนชั้นแรงงานได้

โดยทั่วไป ผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่มากกว่าย่อมมีเสรีภาพมากกว่าผู้อื่นและสามารถตัดวงจรผลประโยชน์หรือเอาตัวเขาเปรียบผู้อื่นในสังคมได้ สิ่งเหล่านี้เป็นสาเหตุให้เกิดความล้มเหลวของระบบตลาด (Market failure)

นอกจากนี้ ความรู้หรือข้อมูลข่าวสารก็เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของอำนาจทางเศรษฐกิจด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของการเจรจาเพื่อตกลงทำสัญญา หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรู้ว่าข้อตกลงของเขาจะมีผลลัพธ์ที่ดีกว่า (หรือแย่กว่า) ของตกลงของอีกฝ่าย เขาจะใช้อำนาจในทางเศรษฐกิจนั้นในรูปของความรู้หรือข้อมูลข่าวสารได้ (Informational economic power)

2.1.4 ทฤษฎีว่าด้วย “ประสิทธิภาพ” (Efficiency)

ประสิทธิภาพในเชิงเศรษฐศาสตร์ หมายถึง การใช้ปัจจัยการผลิตให้น้อยที่สุดในการผลิตสินค้าจำนวนหนึ่งที่กำหนด หรือการผลิตให้ได้ผลผลิตจำนวนมากที่สุดโดยใช้ปัจจัยการผลิตที่กำหนด นอกจากนี้ ประสิทธิภาพการผลิตยังมีนัยแตกต่างกันสำหรับกรณีต่างๆ ดังนั้น ระบบเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพสูงสุดหมายถึงระบบเศรษฐกิจที่มีการจ้างงานเต็มที่ วิธีการผลิตที่มีประสิทธิภาพสูงสุด หมายถึงวิธีการผลิตที่มีต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity cost) ต่ำที่สุด¹⁷ ประสิทธิภาพเชิงเศรษฐศาสตร์ ประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน คือ ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative Efficiency) และประสิทธิภาพในการผลิต (Productive Efficiency)

2.1.4.1 ประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (Allocative Efficiency)

คือ ความมีประสิทธิภาพของตลาด โดยถือว่าตลาดมีประสิทธิภาพสูงสุดก็ต่อเมื่อราคาสินค้าในตลาดเท่ากับต้นทุนในการผลิตสินค้าหน่วยสุดท้าย (Marginal Cost) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือตลาดต้องมีการแข่งขันที่สมบูรณ์ ($P=MC$)¹⁸

¹⁷ ห้องสมุดออนไลน์ My First Info, **ศัพท์ธุรกิจ** [ออนไลน์], 27 เมษายน 2552. แหล่งที่มา: <https://finance.myfirstinfo.com/Vocab.aspx?Word=69&Id=7819>

¹⁸ สรวิต ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 33.

2.1.4.2 ประสิทธิภาพในการผลิต (Productive Efficiency)

เกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตสามารถผลิตสินค้าได้ในอัตราที่เพิ่มขึ้นเมื่อเทียบกับจำนวนวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้านั้น เช่น หากเดิมในการผลิตสินค้า X จำนวน 1000 ชิ้นจะต้องใช้วัตถุดิบ 100 กิโลกรัม เราจะถือว่าการผลิตสินค้ามีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นหากสามารถผลิตสินค้า X ได้มากกว่า 1000 ชิ้น โดยใช้วัตถุดิบ 100 กิโลกรัมเท่าเดิม เป็นต้น การเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตอาจทำได้ด้วยการพัฒนาและปรับปรุงเทคโนโลยีในการผลิตอยู่ตลอดเวลา¹⁹

นอกจากนั้น ยังมีการแบ่งประสิทธิภาพออกเป็น ประสิทธิภาพเชิงสถิต (Static Efficiency) และประสิทธิภาพเชิงพลวัต (Dynamic Efficiency) โดยประสิทธิภาพเชิงสถิตนั้น หมายถึง ประสิทธิภาพ ณ ช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง หรือเป็นประสิทธิภาพในระยะสั้นๆ ส่วนประสิทธิภาพเชิงพลวัต หมายถึง ประสิทธิภาพซึ่งเกิดจากความสมดุลกันระหว่างประสิทธิภาพระยะสั้นและผลที่จะตามมาในระยะยาว โดยเน้นที่การส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา

2.1.5 แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Law) หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาดนั้น (Antitrust Law) มีอยู่ 3 สำนักความคิดใหญ่ๆ ได้แก่ สำนักความคิดพหุนิยม (Pluralistic School) สำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School) และสำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ที่เรียกว่า Post-Chicago (Post-Chicago School)²⁰ โดยมีสาระสำคัญของแต่ละสำนักความคิดดังนี้

2.1.5.1 สำนักความคิดพหุนิยม (Pluralistic School) หรือสำนักฮาร์วาร์ด (Harvard School)

เป็นสำนักความคิดที่เคยมีอิทธิพลทางความคิดในช่วงปี 1950 และแนวความคิดของสำนักนี้มีนัยสำคัญต่อกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้ามาก โดยผู้ให้กำเนิดสำนักความคิดนี้คือ ศาสตราจารย์ Edward S. Mason แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ในบทความทางวิชาการที่ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1939²¹ และได้พัฒนาไปอีกในบทความวิชาการปี ค.ศ. 1949 และแนวคิดดังกล่าวได้รับการขยายความในรายละเอียดต่อไปโดยนักวิชาการหลายคน แต่นักวิชาการที่

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33-34.

²⁰ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 47.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

พัฒนาแนวความคิดนี้ต่อจนเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายคือ ศาสตราจารย์ F.M. Scherer แห่ง John F. Kennedy School of Governments มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด สำนักความคิดพหุนิยมจึงมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า The Harvard School เพราะมีนักวิชาการที่ให้กำเนิดและพัฒนาต่อมาล้วนเป็นอาจารย์ที่สอนที่มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด

สำนักความคิดพหุนิยมนี้มีแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้าง-พฤติกรรม-พฤติกรรม (Structure-Conduct-Performance Paradigm: S-C-P) โดยเห็นว่า ผลการดำเนินงานของตลาดบางตลาดหรือธุรกิจบางธุรกิจจะขึ้นอยู่กับ พฤติกรรมของผู้ซื้อและผู้ขายเกี่ยวกับการตั้งราคาสินค้าและบริการ การร่วมมือกันโดยตรงหรือโดยปริยายกำหนดราคา กลยุทธ์เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายและการโฆษณา การลงทุนในการวิจัยและพัฒนา การลงทุนในเครื่องจักรและโรงงาน กลยุทธ์ทางกฎหมาย(การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิบัตร) โดยพฤติกรรมจะขึ้นอยู่กับโครงสร้างของตลาดที่เกี่ยวข้องว่ามีจำนวนผู้ซื้อผู้ขายมากน้อยเพียงใด และผู้ซื้อผู้ขายมีส่วนแบ่งตลาดในสัดส่วนเท่าใด ความแตกต่างของสินค้าระหว่างสินค้าของผู้ผลิตและสินค้าของคู่แข่งในแง่ของคุณสมบัติและรสนิยมของผู้ซื้อ อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตรายใหม่มีมากน้อยเพียงใด การรวมธุรกิจในแนวตั้งของบริษัทตั้งแต่การจัดหาวัตถุดิบจนถึงการจัดจำหน่ายในระดับขายปลีก และลักษณะการกระจายธุรกิจของบริษัทว่ากระจายธุรกิจไปผลิตสินค้าอื่นๆ มากน้อยเพียงใด โครงสร้างตลาดจะขึ้นอยู่กับปัจจัยพื้นฐาน (basic conditions) อื่นๆ เช่น ที่ตั้งและความเป็นเจ้าของของวัตถุดิบที่จำเป็นในการผลิต ลักษณะของเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง (วัตถุดิบที่ใช้ทดแทนใช้ทดแทนกันได้มากน้อยเพียงใด) จำนวนแรงงานที่เห็นสมาชิกของสหภาพแรงงานมีสัดส่วนสูงต่ำเพียงใด ความคงทนของสินค้าที่ผลิตว่าใช้งานได้ยาวนานเท่าใด ระยะเวลาในการผลิต (สินค้าต้องผลิตตามคำสั่งหรือสามารถจัดส่งให้ลูกค้าจากสต็อกได้ทันที) ส่วนปัจจัยพื้นฐานในด้านอุปสงค์ก็ต้องพิจารณาถึงความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์สำหรับสินค้าทดแทน* อัตราการเติบโต

ศูนย์วิทยพัชกร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์สำหรับสินค้าทดแทน (Cross elasticity of demand) หรือ ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น หมายถึง อัตราการเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์สำหรับสินค้าชนิดหนึ่งต่ออัตราการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่ง โดยที่สินค้าอีกชนิดหนึ่งอาจเป็นสินค้าทดแทนกัน หรือใช้ประกอบกันก็ได้ โดยหากราคาสินค้าชนิดหนึ่งสัมพันธ์กับปริมาณซื้อสินค้าอีกชนิดในลักษณะผกผัน สินค้าทั้งสองชนิดเป็นสินค้าใช้ร่วมกัน แต่ถ้าราคาสินค้าชนิดหนึ่งมีความสัมพันธ์ในทิศทางเดียวกันกับปริมาณซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่ง สินค้าทั้ง 2 ชนิดเป็นสินค้าที่ใช้ทดแทนกัน ซึ่งการหาค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่นนั้นทำได้ 2 วิธี คือ 1.การหาค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่นระหว่าง 2 จุด และการหาค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น ณ จุดเดียวโดยมีสูตรการคำนวณดังนี้

1.การหาค่าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่นระหว่างจุด 2 จุด (Arc Cross-price Elasticity of Demand)

วิธีการซื้อขายสินค้า (ซื้อโดยตรงตามราคาที่บริษัทแนะนำหรือให้บริษัทผู้ผลิตต้องเข้าแข่งขันประมูล
 ขายสินค้าให้ เป็นต้น) และกรอบทั่วไปของกฎหมายสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องปฏิบัติตาม²² และ
 สามารถแสดงเป็นแผนภาพได้ดังนี้

$$E_c = \frac{\frac{Q_{x2} - Q_{x1}}{Q_{x2} + Q_{x1}}}{\frac{P_{y2} - P_{y1}}{P_{y2} + P_{y1}}}$$

โดยที่ E_c = ความยืดหยุ่นของสินค้า X ต่อราคาของสินค้า Y ระหว่าง 2 จุด
 Q_{x1} = จำนวนอุปสงค์ X ก่อนราคาสินค้า Y เปลี่ยนแปลง
 Q_{x2} = จำนวนอุปสงค์ X หลังราคาสินค้า Y เปลี่ยนแปลง
 P_{y1} = ราคาสินค้า Y เดิม
 P_{y2} = ราคาสินค้า Y ที่เปลี่ยนแปลงแล้ว

2. การหาความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่น ณ จุดเดียว (Point Cross-price Elasticity of Demand)

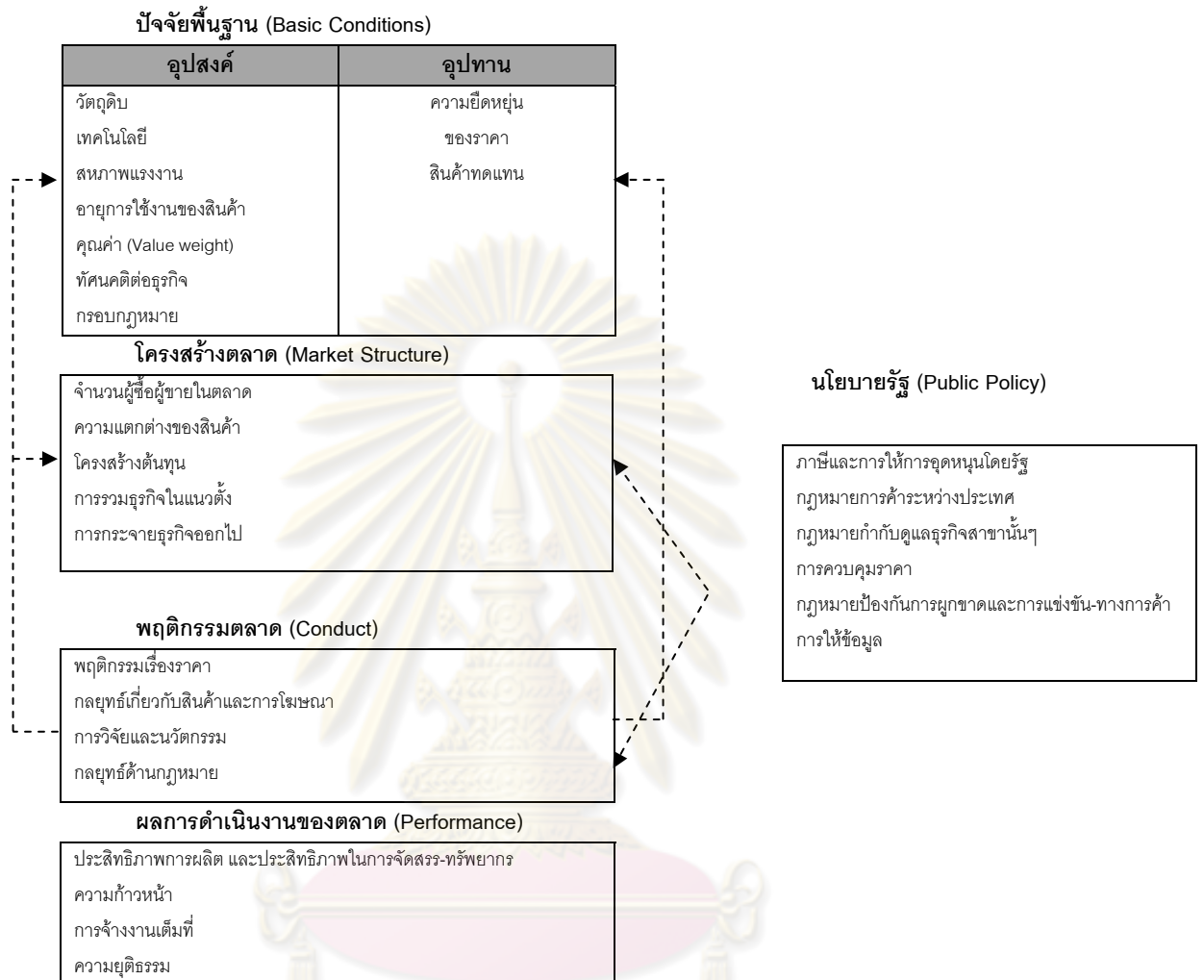
$$E_c = \frac{dQ_x P_y}{dP_y Q_x}$$

โดยที่ E_c = ความยืดหยุ่นของสินค้า X ต่อราคาของสินค้า Y ณ จุดเดียว
 P_y = ราคาสินค้า Y
 Q_x = ปริมาณสินค้า X
 $\frac{dQ_x}{dP_y}$ = อัตราส่วนการเปลี่ยนแปลง Q_x เมื่อ P_y เปลี่ยนแปลงไปน้อยมากชนิดที่มีค่า

เข้าใกล้ 0 เรียกสั้นๆว่า Derivative ของ Q_x ต่อ P_y (วินัย อัครวิเศษศิริกุล 2545: 208-210)

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

แผนภาพที่ 3 แสดงกรอบของการวิเคราะห์โครงสร้าง พฤติกรรมและผลการดำเนินงานของตลาด (The Structure-Conduct-Performance Paradigm)



กรอบการวิเคราะห์แบบ S-C-P เห็นว่า รัฐสามารถเข้าแทรกแซงโครงสร้างและพฤติกรรมของตลาดได้ โดยการให้ภาษีและการให้การอุดหนุนโดยรัฐ (subsidy) การให้ข้อมูล การควบคุมราคา หรือโดยการใช้กฎหมายเข้าแทรกแซง เช่น กฎหมายที่กำกับดูแลธุรกิจสาขานั้นๆ (กฎหมายโทรคมนาคม กฎหมายเกี่ยวกับน้ำมันดิบ กฎหมายเกี่ยวกับแก๊สธรรมชาติ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ) การลดพิกัดอัตราศุลกากรขาเข้า การจำกัดปริมาณสินค้านำเข้า ฯลฯ) และกฎหมายป้องกันการผูกขาด ในส่วนของกฎหมายป้องกันการผูกขาด จะเป็นเสมือนการใช้การผ่าตัดรักษาคนไข้ ซึ่งแตกต่างกับการให้ยารักษาโรคเรื้อรัง กล่าวคือ กฎหมายป้องกันการผูกขาดจะกำหนดพฤติกรรมที่ห้ามกระทำ ผู้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวจะถูกลงโทษ และการเข้าแทรกแซงโดยตรงโดย

เปลี่ยนโครงสร้างของตลาดเพื่อให้โครงสร้างของตลาดกลับมาที่มีการแข่งขันเหมือนเดิมเพื่อให้ผลการดำเนินงานและพฤติกรรมของตลาดหรือธุรกิจนั้นดีขึ้น²³

กรอบการวิเคราะห์เช่นนี้ได้รับการตีความโดยนักวิชาการทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและต่างประเทศ อาทิเช่น “...ทฤษฎีนี้ถูกพัฒนาจากการศึกษาค้นคว้าตลาดเชิงประจักษ์มากกว่าทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ โดยเห็นว่าโครงสร้างตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรม (conduct) ของผู้ประกอบการธุรกิจและพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจเป็นตัวกำหนดสภาพของตลาด (maker performance) เช่น การหากำไร ประสิทธิภาพ เทคนิค กระบวนการและความขยายตัวของเศรษฐกิจสามารถคาดการณ์สภาพของตลาดได้จากลักษณะของโครงสร้างตลาดโดยเฉพาะเมื่อมีการกระจุกตัวสูงจะมีแนวโน้มที่จะเกิดการผูกขาดหรือรวมหัวกันโดยมักจำกัดปริมาณสินค้าทำให้ราคาสูงขึ้นอันเป็นการจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ (allocative inefficiencies) ส่งผลเสียทางเศรษฐกิจ”²⁴ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านได้โต้แย้งแนวคิดดังกล่าวว่าจะอาจแตกต่างกันไปในแต่ละอุตสาหกรรม เนื่องจากมีการศึกษาพบว่ากรณีส่วนแบ่งตลาดหรือกำไรมากไม่ใช่หลักฐานแสดงว่ามีอำนาจตลาด แต่อาจเป็นเพราะผู้ประกอบการมีประสิทธิภาพมากก็ได้ ซึ่งเป็นการโต้แย้งจากสำนักชิคาโก (Chicago School)²⁵ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.1.5.2 สำนักความคิดเสรีนิยม หรือ สำนักชิคาโก (Chicago School)

สำนักความคิดนี้ได้พัฒนาแนวความคิดจากงานศึกษาของ Easterbrook ในช่วงทศวรรษที่ 1960 โดยมีนักวิชาการที่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้ เช่น ศาสตราจารย์ Aaron Director ศาสตราจารย์ Robert H. Bork แห่งมหาวิทยาลัย Princeton ศาสตราจารย์ Richard A. Posner แห่งมหาวิทยาลัยชิคาโก ซึ่งนอกจากจะเป็นศาสตราจารย์สอนวิชากฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มหาวิทยาลัยชิคาโกแล้วยังเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ด้วย Harold Demsetz และ Frank Easterbook ส่วนนักเศรษฐศาสตร์ที่มีอิทธิพลก็ได้แก่ ศาสตราจารย์ Milton Friedman ซึ่งได้เขียนไว้ชัดเจนว่า “เมื่อเวลาผ่านไปข้าพเจ้าได้บรรลุข้อสรุปที่ว่า กฎหมายป้องกันการผูกขาดทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี และการไม่มีกฎหมายป้องกันการผูกขาดเสียเลยโดยยกเลิกกฎหมายนี้จะทำให้พวกเราดีขึ้นในทางเศรษฐกิจ”²⁶

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

²⁴ ศิริศักดิ์ จีงฉาววรรณ, “หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก,” หน้า 45.

²⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 46-47.

²⁶ Milton Friedman, *Natural Monopoly* [Online], 8 January 2009. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Natural_monopoly

สำนักความคิดเสรีนิยมมองว่า กรอบความคิดแบบ S-C-P ของสำนักพหุนิยมเป็นกรอบที่อธิบายและสรุปความสัมพันธ์ของตัวแปร 3 ตัวแปร ได้แก่ โครงสร้าง พฤติกรรม และผลประกอบการ ในลักษณะที่หยาบและง่ายเกินไป เพราะความสัมพันธ์ของตัวแปรทั้งสามดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนและขึ้นอยู่กันกับตัวแปรสำคัญอื่นๆอีก เช่น ตัวแปรทางเศรษฐกิจ ตัวแปรทางสังคมและตัวแปรทางกฎหมาย สำนักความคิดเสรีนิยมเชื่อว่าการวิเคราะห์การแข่งขันควรให้ความสำคัญกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์มากกว่าการศึกษาเชิงประจักษ์ (empirical evidence) ซึ่งสิ่งนี้เองทำให้เกิดการปฏิวัติทางความคิดเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดอย่างมาก²⁷ แนวคิดนี้ให้ความสำคัญกับเป้าหมายเพียงอย่างเดียว (sole goal) คือ การจัดสรรทรัพยากรให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด (the maximization of allocation efficiency) เพราะจะนำไปสู่ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ผลิตและผู้บริโภค²⁸ โดยแนวคิดของ Chicago School มี “กฎเบื้องต้น (ground rule)” หรือ “หลักเกณฑ์เบื้องต้น (first principles)” ดังนี้

1) การแข่งขันเป็นเครื่องมือทำให้สวัสดิการของผู้บริโภคสูงสุดซึ่งต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการแข่งขันและประสิทธิภาพเพื่อทำให้สวัสดิการของผู้บริโภคดีขึ้น เช่น ขนาดที่มีประสิทธิภาพในการผลิต

2) นโยบายการแข่งขันควรจะปกป้องกระบวนการการแข่งขัน มิใช่ปกป้องผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่น่ายินดี เพราะประสิทธิภาพก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภค แม้จะทำลายคู่แข่ง อย่างไรก็ตาม แม้จะกล่าวกันว่า “ปกป้องการแข่งขันไม่ใช่ปกป้องคู่แข่ง” ซึ่งเป็นเป้าหมายของกฎหมายป้องกันการผูกขาด แต่บางครั้งเป็นเรื่องยากที่พิจารณาว่าผู้ประกอบการรายใดที่ต้องออกจากตลาดไปนั้นเป็นผู้ที่ไม่มีประสิทธิภาพจริงๆหรือไม่

3) การแสวงหาประโยชน์หรือผลกำไรสูงสุด แม้กระทำโดยผู้ที่เป็นผู้มีอำนาจครอบงำ (Dominance firm) เป็นหลักเบื้องต้นของเศรษฐกิจแบบตลาด ซึ่งไม่ควรจะถือว่าการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือไม่ควรจะถือว่าการใช้อำนาจตลาดหาประโยชน์โดยการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

²⁷ สิริศักดิ์ จีงถาวรณ, “หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก,” หน้า 47.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

4) การปฏิบัติทางการค้าที่มีใช้แนวนอนจำนวนมากและข้อตกลงซึ่งจำกัดอิสระหรือทางเลือกของคู่สัญญาบางรายอาจมีประสิทธิภาพและทำให้แข่งขันมากขึ้น แม้ผู้ประกอบการจะมีอำนาจตลาด แต่ไม่ควรเป็นความผิดในตัวเอง (*per se*) แต่ควรพิจารณาภายใต้หลักแห่งเหตุผล (*rule of reason*) ซึ่งให้ความสำคัญกับเรื่องประสิทธิภาพมากกว่า จึงได้มีการทำสัญญาดังกล่าวขึ้นมา

5) การแทรกแซงของรัฐอาจทำให้การผลิตลดลง (*counterproductive*) และการปรับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยเข้าใจผิด (*misguided application*) อาจขัดขวางการพัฒนาและขัดขวางการเพิ่มสวัสดิการในการประกอบการ

6) ผู้บังคับใช้กฎหมายอาจบังคับใช้กฎหมายผิดพลาด และเข้าใจผิดว่าการกระทำ การแข่งขันตามกฎหมายซึ่งมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อาจทำให้ต้นทุนการสร้างสวัสดิการสูงสุด

สำนักชิคาโก มีแนวคิดโดยสรุปว่าการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพถูกกำหนดโดยตลาด ไม่ปกป้องผู้ประกอบการรายย่อย โดยเน้นประสิทธิภาพของตลาดแข่งขัน (*Efficiency of competitive market*) ที่ไม่มีประสิทธิภาพต้องออกจากตลาดไป กลไกตลาด (*market process*) ความเป็นอิสระปราศจากบังคับทางเศรษฐกิจ (*economic forces*) แนวคิดนี้เชื่อว่าตลาดส่วนใหญ่เป็นตลาดแข่งขันแม้จะมีผู้ประกอบการน้อยรายหรือมีการผูกขาด (*monopoly*) แต่มีแนวโน้มที่ตลาดจะปรับตัวให้เหมาะสมได้เอง ตลาดมีประสิทธิภาพได้โดยรัฐไม่ต้องเข้ามาแทรกแซง ประสิทธิภาพจะกำหนดระดับของสวัสดิการสังคมหรือสวัสดิการของผู้บริโภค เมื่อไม่มีการแทรกแซงจะทำให้ตลาดมีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ สำนักชิคาโกปฏิเสธการแทรกแซงระบบเศรษฐกิจโดยรัฐ เพราะเชื่อว่าการแทรกแซงโครงสร้างตลาดจะนำมาซึ่งความไม่มีประสิทธิภาพและลดสวัสดิการของส่วนรวม (*overall welfare*)²⁹ และกฎระเบียบของรัฐ (*government regulation*) เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเพียงอย่างเดียว (*the only real barriers to entry*) การประหยัดต่อขนาด (*economies of scale*) แสดงถึงอุตสาหกรรมที่คิดขึ้นมาก่อน (*previous thought*) ผู้ประกอบการหากำไรสูงสุด และการกีดกันทางการค้าในแนวดิ่ง (*vertical restraint*) โดยปกติไม่ควรถูกควบคุม และควรแทรกแซงให้น้อยที่สุด (*minimal intervention*)³⁰

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-49.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

สำนักวิชาได้มีแนวความคิดซึ่งแตกต่างจากสำนักฮาร์วาร์ดหลายประการอันสามารถแสดงเป็นตารางได้ดังนี้

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบแนวคิดของสำนัก Harvard School และสำนัก Chicago School³¹

	Harvard School	Chicago School
เป้าหมายของการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า	มีหลายเป้าหมาย (เพื่อการจัดสรรทรัพยากรอย่างเป็นธรรม, เพื่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ, เพื่อกระจายอำนาจทางเศรษฐกิจจากส่วนกลาง, เพื่อการจัดสรรปัจจัยอย่างเหมาะสม, เพื่ออำนาจต่อรองของผู้บริโภค), เพื่อให้มีการแข่งขันเท่าที่จะทำได้ในทางปฏิบัติ (workable competition)	เพื่อสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) เท่านั้น
วิธีการค้นคว้า	การตรวจสอบโครงสร้างตลาดในเชิงประจักษ์, กรณีศึกษา, ไม่ใช่ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์	ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์กระแสหลัก และทฤษฎีราคาสัมัยใหม่
ความคิดเกี่ยวกับมาตรการ	รูปแบบการแข่งขันไม่สมบูรณ์, โครงสร้าง-พฤติกรรม-ผลการประกอบการ (S-C-P)	ประสิทธิภาพในการผลิตและประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร (productive and allocative efficiency)
วิธีการแข่งขัน	แนวคิดโครงสร้าง-พฤติกรรม-ผลการประกอบการ	พฤติกรรมของตลาด พฤติกรรมแสวงหากำไรสูงสุด
นโยบายเกี่ยวกับการแข่งขัน	นโยบายที่สนับสนุนให้รัฐเข้าแทรกแซงเพื่อกำกับดูแลตลาด	ตลาดมีกลไกในการปรับตัวได้เอง (self-correcting markets), กฎของ Darwinism, การแทรกแซงโครงสร้างตลาดเป็นข้อยกเว้น
การกีดกันทางการค้าในแนวดิ่ง	ผิดกฎหมาย	ไม่ผิดกฎหมาย, แก้ไขปัญหา free-riding
การควบรวมกิจการ (Merger)	ยิ่งผู้ประกอบการมีขนาดใหญ่ยิ่งมีพฤติกรรมเลวร้าย การกระจุกตัวทางเศรษฐกิจที่สูงทำให้เกิดการร่วมมือกันได้ง่าย	ขนาดใหญ่เป็นผลที่เกิดจากประสิทธิภาพ
อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด	เกิดจากการกระจุกตัวโดยทางเศรษฐกิจที่สูงเกินไปในตลาดนั้น	เกิดจากต้นทุนการผลิต

2.1.5.3 สำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago School)

สำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่มีแนวคิดเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขันที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับองค์กรอุตสาหกรรมสมัยใหม่ (modern industrial organization

³¹ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 55.

theory) บ่อยครั้งจะถูกเรียกว่า หลัก Post-Chicago โดยมีแนวคิดรากฐานมาจากทฤษฎีเกม (game theory) ซึ่งเน้นผลที่เกิดจากพฤติกรรมกลยุทธ์ (strategic conduct) ของผู้ประกอบการธุรกิจในการสร้างตลาดแบบต่างๆ³² โดยตระหนักถึงผลทางเศรษฐกิจของพฤติกรรมของธุรกิจที่ไกลออกไปและบางครั้งจะตรงข้ามกับทฤษฎีของสำนักเสรีนิยม (Chicago School) ซึ่งปัจจุบันนี้หลักการของสำนักเสรีนิยมสมัยใหม่ (Post-Chicago School) มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการวิเคราะห์คดีป้องกันการผูกขาดหลายคดี ผู้ประกอบการธุรกิจอาจใช้กลยุทธ์ขัดขวางไม่ให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าตลาด เช่น การตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง (predatory pricing) ซึ่งสำนักความคิดเสรีนิยมเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ไม่มีเหตุผล แทนที่จะเห็นว่าเป็นกลยุทธ์ที่มีเหตุผลเพื่อที่จะขัดขวางไม่ให้คู่แข่งรายใหม่เข้าสู่ตลาด อย่างไรก็ตาม หลักการของสำนักความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ไม่ได้มีผลกระทบต่อหลักเกณฑ์เบื้องต้นของทฤษฎีสถิตสำนักความคิดเสรีนิยมที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากในการพิจารณาผลกระทบทางเศรษฐกิจของพฤติกรรมของผู้ประกอบการโดยเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการรวมกิจการ องค์การบังคับใช้กฎหมายยังคงพิจารณาโดยใช้กรอบของการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพที่ถูกต้องขึ้นโดยสำนักความคิดเสรีนิยม

นักวิชาการทางกฎหมายที่แต่งตำราวิชากฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่โดดเด่นของประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น จะศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดของสำนักพหุนิยม สำนักเสรีนิยม และสำนักเสรีนิยมสมัยใหม่อย่างละเอียดลึกซึ้งโดยไม่เชื่อในสำนักความคิดใดสำนักความคิดหนึ่งทั้งหมด โดยมีแนวการวิเคราะห์แบบผสมผสานระหว่างสำนักความคิดต่างๆ

2.2 นิยามของการ “ขายฟ่วง” หรือ “ขายควบ”

การ “ขายฟ่วง”³³ หรือ “ขายควบ”³⁴ เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดอันหนึ่งที่ผู้ขายสินค้าชนิดหนึ่งกำหนดเงื่อนไขเป็นการบังคับให้ผู้ที่ต้องการซื้อสินค้าชนิดนั้น จะต้องซื้อหรือเช่าสินค้าอีกชนิดหนึ่งจากผู้ขายพร้อมๆกันไปด้วย โดยอาจจะบังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าชนิดหลังในจำนวนเท่ากัน หรือในอัตราส่วน

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

³³ สรวิศ ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 151-152.

³⁴ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 70-71.

ตามที่ผู้ขายกำหนด* ซึ่งตามปกติผู้ซื้ออาจจะไม่ต้องการซื้อสินค้าชนิดหลังจากผู้ขายเลยก็ได้ หากผู้ขายว่าไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเป็นการบังคับดังกล่าว

ในแง่ของการตลาดนั้น การขายพ่วงในหลายรูปแบบถูกนำมาใช้เพื่อเป็นกลยุทธ์หนึ่งในเรื่องกลยุทธ์การปรับเปลี่ยนราคา³⁵ เพราะราคาที่บริษัทกำหนดสำหรับผลิตภัณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งมิใช่จะกำหนดเป็นตัวเลขราคาเดียว หากแต่ต้องกำหนดเป็น **โครงสร้างของราคา**** ซึ่งกลยุทธ์การปรับเปลี่ยนราคาอาจแบ่งได้ตามลำดับดังนี้

- 1) การกำหนดราคาตามสภาพภูมิศาสตร์ (Geographical Pricing)
- 2) ส่วนลดและส่วนยอมให้ (Discounts and Allowances)
- 3) การกำหนดราคาเพื่อส่งเสริมการขาย (Promotional Pricing)
- 4) การกำหนดราคาโดยใช้กลยุทธ์ราคาแตกต่าง (Discriminatory Pricing)
- 5) การกำหนดราคาของผลิตภัณฑ์ใหม่ (New-Product Pricing)
- 6) การกำหนดราคาของส่วนประสมผลิตภัณฑ์ (Product-Mix Pricing)

การกำหนดเงื่อนไขเสริมอันอาจถือได้ว่าเข้าลักษณะของการขายพ่วงจะพบได้ในกลยุทธ์กำหนดราคาของส่วนประสมผลิตภัณฑ์ (Product-Mix Pricing) ซึ่งอาจแบ่งย่อยได้เป็นการกำหนดราคารวมทั้งห่อหรือทั้งชุด (Product-Bundling Pricing) การกำหนดราคาอุปกรณ์ที่ให้เลือกซื้อเพิ่มได้

* การขายพ่วงถือเป็นส่วนหนึ่งของพฤติกรรมกีดกันทางการค้าในแนวตั้ง (Vertical Restraint) ซึ่งจะเป็นพฤติกรรมที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายสินค้า (product distribution) และเป็นวิธีการที่บริษัทที่มีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดใช้จำกัดคู่แข่ง (predatory practices) หรือ กีดกันคู่แข่ง (exclusionary practices) แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นถือว่า การกระทำของบริษัทที่ยังไม่มีอำนาจเหนือตลาด เช่น อาจมีสัดส่วนในตลาดเพียง 15% ก็ถือว่าการกระทำที่ผิดแล้ว เพียงแต่ถือว่าการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง เนื่องจากกฎหมายต้องการเพียงจะปรามผู้ประกอบการขนาดกลางไม่ให้ใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ไม่ได้ประสงค์จะลงโทษให้เข็ดหลาบ(ศักดิ์ดา ธนิตกุล 2551: 65-66)

³⁵ สำออง งามวิชา, การบริหารการตลาด, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: โอ.เอส. พรีนติ้ง เฮ้าส์, 2543), หน้า 313.

** กล่าวคือ มีตัวเลขราคาหลายตัวเพื่อใช้กับรูปแบบต่างๆของผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในสายเดียวกันบ้าง ใช้กับผลิตภัณฑ์รายเดียวกันแต่ส่งไปขายในท้องที่ที่อยู่คนละแห่งกันบ้าง ใช้กับผลิตภัณฑ์รายการเดียวกันแต่มุ่งที่ลูกค้าต่างกลุ่มกันบ้าง ชื่อต่างเวลากันบ้าง รวมถึงเรื่องอื่นๆที่ทำให้บริษัทต้องปรับเปลี่ยนราคาไปตามความเหมาะสม ตัวเลขราคาที่ปรับแล้วนี้ถือเป็นราคาสุดท้ายที่คิดกับผู้ซื้อ หรือเป็นราคาที่ผู้ซื้อจ่ายจริง(สำออง งามวิชา 2543: 313)

(Optional-Feature Pricing) การกำหนดราคาผลิตภัณฑ์ร่วม (Captive-Product Pricing) และการกำหนดราคาแบบคิดสองส่วนควบ (Two-Part Pricing) ซึ่งแยกอธิบายได้ดังนี้

1) การกำหนดราคา**รวมทั้งห่อหรือทั้งชุด** (Product-Bundling Pricing) กลยุทธ์นี้จะมีแนวคิดที่ว่าผู้ขายส่วนใหญ่มักจะขายสินค้ารวมเป็นชุดหรือหลายชิ้นควบกันไป เช่น บริษัทผู้ผลิตอุปกรณ์รถยนต์อาจจะเสนอขายอุปกรณ์ตกแต่งรถยนต์ชนิดที่เป็นชุดหรือครบชุดในราคาที่ถูกลงกว่าซื้อเป็นชิ้น หรือว่าโรงแรมอาจเสนอการเช่าห้องพักรวมตลอดทั้งฤดูกาลถูกกว่าการเช่าเป็นครั้ง เป็นต้น ความประหยัดจากการซื้อเป็นชุดจะช่วยชักจูงใจให้ผู้ซื้อมาซื้อคราวละมากๆ หรือเป็นชุดได้³⁶

2) การกำหนดราคา**อุปกรณ์ที่ให้เลือกซื้อเพิ่มเติม** (Optional- Feature Pricing) บริษัทที่ใช้กลยุทธ์นี้จะเสนออุปกรณ์ให้เลือกเพิ่มควบคู่ไปกับกลยุทธ์หลัก เช่น ผู้ขายรถยนต์อาจจะให้เลือกกล้องแมกซ์และระบบเปิดปิดกระจกด้วยไฟฟ้าเพิ่ม ซึ่งต้องเสียเงินต่างหากจากการซื้อตัวรถยนต์ การกำหนดราคาอุปกรณ์สำหรับให้ลูกค้าซื้อเพิ่มได้นี้ มีปัญหาเหมือนกัน เพราะบริษัทรถยนต์จะต้องตัดสินใจเองว่าอย่างไรจะให้ไปติดกับรถ และอย่างไรจะให้ลูกค้าเลือกซื้อเพิ่มเติม และในการโฆษณาว่าราคาเพิ่มนั้น บริษัทจะแจ้งราคาใดดีระหว่างราคาที่ยังมีอุปกรณ์ไม่ครบ หรือว่าราคาที่มีอุปกรณ์ครบแล้ว และราคาของอุปกรณ์ที่จะต้องเลือกซื้อเพิ่มขึ้นนั้นควรจะกำหนดเป็นเท่าใด ในกิจการภัตตาคารมีกลยุทธ์ราคาแบบให้เลือกเพิ่มนี้เหมือนกัน เช่น กำหนดราคาอาหารต่ำ แต่กำหนดราคาสุราและเบียร์สูง ถ้าพึงเฉพาะรายได้จากค่าอาหารก็คุ้มกับต้นทุนอาหารและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ได้หมด เหล้าและเบียร์จึงเป็นตัวทำกำไรให้แก่ภัตตาคาร ดังนั้นจึงอาจพบบ่อยๆว่า พนักงานเดินโต๊ะภัตตาคารจะใช้ความพยายามเป็นพิเศษเชิญชวนให้ลูกค้าสั่งเหล้าและเบียร์ ส่วนในบางภัตตาคารใช้กลยุทธ์กลับกันก็มี คือ**คิดค่าสุราในราคาต่ำแต่คิดราคาอาหารราคาแพง**เพื่อดึงดูดคอสุราให้เข้าสู่ภัตตาคาร³⁷

3) การกำหนด**ราคาผลิตภัณฑ์ร่วม** (Captive-Product Pricing) ผลิตภัณฑ์บางอย่างจำเป็นต้องอาศัยผลิตภัณฑ์อื่น จึงจะทำงานได้หรือใช้ประโยชน์ได้ เช่น กล้องถ่ายรูปต้องใช้ร่วมกับฟิล์ม (ฟิล์ม คือ ผลิตภัณฑ์ร่วม) เครื่องโกนหนวดก็ต้องมีใบมีดโกนหนวด เป็นต้น ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้ร่วมกันเช่นนี้ มักกำหนดราคาผลิตภัณฑ์หลักต่ำ แต่กำหนดราคาผลิตภัณฑ์ร่วมสูง เช่น โกดัก กำหนดราคากล้องถ่ายรูปต่ำๆ แต่กำหนดราคาฟิล์มสูง เพราะบริษัทเน้นการขายฟิล์มเป็นหลัก แต่สำหรับบริษัทอื่นที่ไม่ได้ผลิตฟิล์มจะกำหนดราคากล้องถ่ายรูปสูงๆก็ได้

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 320.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 319.

4) การกำหนดราคาแบบคิดสองส่วนควบ (Two-Part Pricing) บริษัทขายบริการมักคิดค่าธรรมเนียม 2 ประเภทควบคู่กัน คือ ค่าธรรมเนียมคงที่ และค่าธรรมเนียมผันแปร เช่น องค์การโทรศัพท์จะกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้โทรศัพท์รายเดือนๆ ละ 100 บาท แต่จะมีค่าโทรต่อครั้งอีกครั้งละ 3 บาท ในสวนสนุกบางแห่งอาจเก็บค่าผ่านประตูในอัตราหนึ่งไว้ก่อน สำหรับให้ชมหรือเล่นได้เป็นเพียงบางรายการ แต่ถ้าเกินไปกว่านั้นจะเก็บค่าบริการเพิ่ม อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ขายบริการมักมีปัญหาในการกำหนดราคา เช่นเดียวกับบริษัทที่ขายผลิตภัณฑ์หลักและผลิตภัณฑ์ร่วมเหมือนกัน คือ จะต้องตัดสินใจว่าจะกำหนดค่าบริการเบื้องต้นเป็นเท่าใด และค่าบริการส่วนเพิ่มเป็นเท่าใดจึงจะดี ถ้าว่าตามหลักแล้ว ค่าธรรมเนียมเบื้องต้นควรจะต่ำพอที่จะดึงดูดผู้ใช้ให้มาใช้บริการได้ แต่จะต้องมีกำไรตามสมควรจากการใช้บริการ³⁸

นอกจากนั้น ในการกำหนดราคาเพื่อการส่งเสริมการขาย (Promotional Pricing) และการให้ส่วนลดหรือส่วนยอมให้ (Discounts and Allowance) ก็ยังมีกลยุทธ์อื่นอีกถือได้ว่าเข้าลักษณะของการขายพ่วงซึ่งมีเงื่อนไข โดยการกำหนดราคาเพื่อการส่งเสริมการขายจะมีกลยุทธ์การให้สัญญารับประกันและบริการ (Warranties and Service Contracts) โดยบริษัทอาจส่งเสริมการขายด้วยการเสนอการรับประกัน หรือบริการแถมให้โดยไม่คิดเงิน ซึ่งปกติแล้วการรับประกันและบริการที่ขายควบคู่ไปกับสินค้านี้ จะต้องตีเป็นเงินเพิ่มลงไปในการราคาสินค้าแต่บริษัทจะเสนอให้เปล่า เพื่อดึงดูดใจลูกค้าให้ซื้อมากขึ้น ส่วนการให้ส่วนลดหรือส่วนยอมให้ ก็จะมีกลยุทธ์การให้ส่วนลดเงินสด การให้ส่วนลดตามปริมาณ การให้ส่วนลดตามหน้าที่ (Functional Discounts) หรือส่วนลดทางการค้า ซึ่งเป็นการที่บริษัทจัดให้กับคนกลางผู้จัดจำหน่ายตามความยากง่ายของงาน³⁹ นอกจากนี้ยังมีการให้ส่วนลดอีกประเภท คือ การให้ส่วนลดเพื่อผูกพันผู้แทนจำหน่าย (Rebate) ซึ่งเป็นวิธีการจูงใจผู้แทนจำหน่ายทุ่มเทให้การขายสินค้าของบริษัทผู้ผลิต โดยบริษัทผู้ผลิตจะตั้งราคาขายไว้สำหรับตัวแทนจำหน่ายเป็นการทั่วไป และมีกำหนดว่า หากตัวแทนจำหน่ายขายสินค้าได้เกินปริมาณเท่าใด บริษัทจะคืนราคาขายที่ตั้งให้บางส่วนให้แก่ตัวแทนจำหน่ายนั้น⁴⁰

ในแง่กฎหมาย วิธีการขายพ่วงนั้นกระทำโดยผู้ประกอบการก็นำเอาสินค้าหรือบริการหรือข้อตกลงอันเป็นเงื่อนไข 2 ชนิดหรือมากกว่านั้นบังคับขายหรือให้เช่าหรือทำให้ผู้บริโภคยอมรับในเงื่อนไขนั้นๆพร้อมกัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิ่งที่น่ามาพ่วงกันนั้นอาจถูกนำมาพ่วงทางกายภาพ (Physically) เช่น การขายพ่วงโดยใช้เทคโนโลยีขั้นสูง (Technological Tie) หรือผ่านทางหน้าที่ตาม

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 319.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314-316.

⁴⁰ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 100.

สัญญาซึ่งระบุไว้กับสัญญาซื้อขาย (Contractual Tie)⁴¹ ซึ่งจะเรียกสินค้าชนิดแรกที่ผู้บริโภคหรือลูกค้าต้องการว่าเป็น “สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product)” ส่วนสินค้าชนิดหลังที่ผู้บริโภคหรือลูกค้าถูกบังคับให้รับไปด้วยจะเรียกว่า “สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง (Tied Product)”⁴² และกรณีที่ผู้ขายจะวางข้อกำหนดการขายพ่วงได้ ผู้ขายจะต้องมี “อำนาจเหนือตลาด” ในตลาด “สินค้าที่มีการพ่วง” พอสมควร มิฉะนั้น จะไม่สามารถบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อ “สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง” ได้ เพราะการที่ผู้ซื้อถูกบังคับให้ซื้อสินค้าชนิดที่ตนเองไม่ต้องการ ทำให้ผู้ซื้อต้องเสียค่าใช้จ่ายในการซื้อสินค้าที่ต้องการมากขึ้น ผู้ซื้อจะถือเสมือนว่า ผู้ขายได้ขึ้นราคาสินค้าที่มีการพ่วงนั้น หากผู้ขายไม่มีอำนาจควบคุมกลไกในตลาดได้ในระดับหนึ่ง ผู้ซื้อก็อาจจะเปลี่ยนไปซื้อสินค้าที่ต้องการจากผู้ขายรายอื่นในตลาดที่ขายสินค้าในราคาเท่ากันหรือสูงกว่าเล็กน้อย แต่ไม่ได้วางเงื่อนไขของการขายพ่วงไว้ด้วย⁴³ นอกจากนี้ การขายพ่วงนั้น อาจจะกระทำโดยหลายบริษัทผสมคั่นกันได้ ซึ่งไม่ต่างกับการขายพ่วงของบริษัทเพียงแห่งเดียว⁴⁴ การขายพ่วงจึงอาจสรุปเป็นองค์ประกอบได้ 5 ประการดังนี้

1) สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องมี 2 ชนิดที่อาจแยกเป็นประเภทต่างหากจากกันได้ (two separate products) โดยสินค้าหรือบริการตลาดหนึ่งเป็น “สินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product)” ส่วนสินค้าหรือบริการในอีกตลาดหนึ่งเป็น “สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง (Tied Product)”

2) ผู้ขายวางเงื่อนไขว่า หากผู้ซื้อต้องการจะซื้อ “สินค้าที่มีการพ่วง” ผู้ซื้อจะต้องซื้อ “สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง” ด้วยในปริมาณตามที่กำหนด ทำให้ผู้ซื้อไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องซื้อสินค้าถูกลำไปพ่วงจากสินค้าที่มีการพ่วง (no choice but to purchase the tied product from it) เงื่อนไขดังกล่าวอาจเป็นการจูงใจทางด้านราคาหรือที่ไม่ใช่การจูงใจทางด้านราคาก็ได้ เช่น การตัดการรับประกันสินค้าหากไม่ยอมรับบริการที่เสนอ หรือ การจูงใจโดยการส่งสินค้าให้กับลูกค้าที่ซื้อสินค้าแบบที่มีการขายพ่วงก่อนลูกค้ารายอื่น เป็นต้น⁴⁵

⁴¹ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, (North America: Hart Publishing, 2006), p.478.

⁴² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And its Practice*, (1994), p.350.

⁴³ สรวิศ ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 154

⁴⁴ Animesh Ballabh, *Antitrust Law: An Overview*, *Journal of the Patent and Trademark Office Society* [Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>; Christopher R. Leslie, *Tying Conspiracies* [Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>

⁴⁵ Jones and Sufrin, *EC competition law: text, case, and materials*, p.369.

3) ผู้ขายมีอำนาจเหนือตลาด (market power) ใน “สินค้าที่มีการพ่วง” ในระดับมากพอ⁴⁶ที่จะ บังคับให้ผู้ซื้อยอมรับสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง

4) พฤติกรรมของผู้ขายดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขัน (Anticompetitive Effects) ต่อตลาด “สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง”

5) การวางเงื่อนไขดังกล่าวมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับปริมาณการขายสินค้าโดยรวมที่มีอยู่ ระหว่างรัฐต่างๆ ในตลาด “สินค้าที่ถูกลำไปพ่วง” อย่างมีนัยสำคัญ (the involvement of a “not insubstantial” amount of interstate commerce in the tied market)

ในช่วง 30 ปีที่แล้ว ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้เพิ่มองค์ประกอบของการขายพ่วงโดย พิจารณาถึงเรื่องการมีอำนาจในทางเศรษฐกิจ (Economic Power) ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ โดย อำนาจทางเศรษฐกิจดังกล่าวจะพิจารณาถึงอำนาจในการครอบครองในทางทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะนำไปสู่ข้อสันนิษฐานในเรื่องอำนาจทางเศรษฐกิจได้ ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกายังได้ กำหนดเป็นหลักไว้ว่า โจทก์มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงอำนาจเหนือตลาดซึ่งจำเป็นต้องมีสำหรับ พฤติกรรมกีดกันทางการค้าประเภทอื่น ทั้งนี้ เพื่อที่จะพิสูจน์ถึง “อำนาจทางเศรษฐกิจ” ที่เพียงพอเพื่อ จะปรับเข้ากับหลักความรับผิดเด็ดขาด (Per Se Tie) อย่างไรก็ตาม ในระยะหลัง ศาลแห่งประเทศ สหรัฐอเมริกาก็ได้เปลี่ยนแนวคิดในเรื่องอำนาจทางเศรษฐกิจ และอำนาจที่อนุมานจากทรัพย์สินทาง ปัญญา ส่วนการพิจารณานั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงจากหลักความรับผิดเด็ดขาดเป็นหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) ในคดี Microsoft ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในบทต่อไป

2.2.1 ประเภทของการขายพ่วง

การขายพ่วงสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.2.1.1 การบังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale)

การบังคับขายพ่วงเป็นการขายพ่วงในลักษณะที่ผู้ประกอบการธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการ ในตลาดหนึ่ง (Tied Products) โดยนำไปพ่วงไว้กับสินค้าหรือบริการในอีกตลาดหนึ่งที่ผู้บริโภค ต้องการ (Tying Products) ทำให้ผู้บริโภคต้องถูกบังคับให้ซื้อสินค้าที่มีการพ่วงนั้นไปด้วย

⁴⁶ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 154-

ในแง่ของลักษณะของการนำไปวางของสินค้าตั้งแต่สองชนิดขึ้นไปนั้น ยังได้เป็นสองประเภท คือ การบังคับขายพ่วงที่ผูกพันโดยข้อสัญญา (Contractual Tying) และการบังคับขายพ่วงทางเทคโนโลยี (Technological Bundling หรือ Technological Tying)⁴⁷ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การบังคับขายพ่วงที่ผูกพันโดยข้อสัญญา (Contractual Tying) หมายถึง การที่ลูกค้าไม่สามารถซื้อสินค้าที่ถูกนำไปวางจากแหล่งอื่นได้เพราะผู้ขายสินค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่เปิดโอกาสให้ซื้อสินค้าจากแหล่งอื่น กล่าวอีกนัยหนึ่ง วิธีการบังคับขายพ่วงมีผลในการจำกัดทางเลือกของผู้บริโภค ซึ่งทำให้เกิดภาวะการปิดตลาด (Market Foreclosure)⁴⁸ การบังคับขายพ่วงที่ผูกพันโดยข้อสัญญานี้ถือเป็นรูปแบบทั่วไปของการบังคับขายพ่วงตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีคดีที่เกิดขึ้นมากมายในหลายๆประเทศ ในสหภาพยุโรปก็มีคดีที่มีชื่อเสียง อาทิ คดี *Eurofix-Bauco/Hilti*, คดี *Tetra Pak II* เป็นต้น

2) การบังคับขายพ่วงทางเทคโนโลยี (Technological Tying หรือ Technological Bundling) หมายถึง การบังคับขายพ่วงที่นำเทคโนโลยีมาใช้ประโยชน์เพื่อสร้างรูปแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ โดยการผสมผสานผลิตภัณฑ์เดิมซึ่งมีการพัฒนาและปรับปรุงให้ดีกว่าเดิม โดยชิ้นส่วนแต่ละชิ้นจะทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อนำมาใช้ประกอบกับระบบที่เป็นชุดของมันเองและไม่สามารถทำงานได้กับระบบการทำงานหรือส่วนประกอบอื่นๆที่เป็นคนละชุดกับมัน ส่วนใหญ่การบังคับขายพ่วงทางเทคโนโลยีนั้นจะหมายถึงเฉพาะเทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่างๆที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็น ฮาร์ดแวร์ ซอฟต์แวร์ หรืออุปกรณ์อื่นๆทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีคดีที่สำคัญและชื่อเสียงในระดับโลก อาทิ Microsoft เป็นต้น การบังคับขายพ่วงลักษณะดังกล่าวถือเป็นเรื่องใหม่ และเพิ่งมีคดีที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย จุดเริ่มต้นของการบังคับขายพ่วงลักษณะนี้เกิดขึ้นในคดี *IBM* โดยในปี 1980 คณะกรรมาธิการฯได้เริ่มพิจารณากรณีบริษัท IBM เกี่ยวกับ Mainframe Computer, the System/370 ว่า IBM มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าที่เกี่ยวข้อง คอมพิวเตอร์ดังกล่าว 2 ประการ คือ หน่วยประมวลผลกลาง (CPU) และระบบปฏิบัติการ (OS) มีการกล่าวหาว่า IBM รวม Memory Device กับ CPU และซอฟต์แวร์ต่างๆ เป็นสินค้าขึ้นเดียวกัน ทำให้ลูกค้า IBM ต้องถูกบังคับให้ซื้อทั้งหมด (Memory Device และซอฟต์แวร์ต่างๆ) ซึ่งลูกค้าอาจหาได้จากแหล่งอื่น แต่คดีจบลงด้วยการยอมความโดย IBM ยอมขายเครื่อง Mainframe Computer ทั้งแบบไม่มี Memory Device หรือแบบมี ประสิทธิภาพขั้นต่ำตามที่กำหนดเพื่อการทดสอบ⁴⁹

⁴⁷ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.478.

⁴⁸ *Ibid*, p.492.

⁴⁹ *Ibid*, pp.495-496.

ส่วนในรูปแบบของการ Tying นั้นยังสามารถแบ่งออกได้อีกเป็น 2 ประเภทตามแนวคิดของ Ballabh ดังนี้

1) การบังคับขายพ่วงในแนวนอน (Horizontal Tying) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการธุรกิจบังคับให้ลูกค้าของตนต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ลูกค้าต้องการไปพร้อมกัน ยกตัวอย่างเช่น ในการซื้อแปรงสีฟันของบริษัท A นั้นผู้ซื้อต้องซื้อปากกาของบริษัท A พร้อมกับร่องเท้าสเก็ตน้ำแข็งของบริษัท A ด้วย⁵⁰ (อย่างไรก็ตาม บริษัทก็อาจยื่นข้อเสนอในรูปแบบของโปรโมชั่นเป็นการแถมสินค้าฟรีที่มีจำนวนจำกัดโดยผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าอื่นของบริษัทด้วย)

2) การบังคับขายพ่วงในแนวตั้ง (Vertical Tying) เป็นพฤติกรรมที่ผู้ประกอบการธุรกิจบังคับให้ลูกค้าของตนต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ลูกค้าต้องการไปพร้อมกันจากบริษัทเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ผู้ใช้รถยนต์ของบริษัท A จะสามารถขับได้โดยต้องเติมน้ำมันที่บริษัท A เป็นเจ้าของแต่ผู้เดียวและต้องมารับบริการกับผู้จัดจำหน่ายของบริษัท A เท่านั้น⁵¹

2.2.1.2 การขายพ่วงแบบบันเดิล (Bundling)

การขายพ่วงแบบบันเดิลแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1) การขายพ่วงแบบบันเดิล (Pure Bundling) หมายถึง การขายพ่วงที่ผู้ประกอบการธุรกิจขายสินค้าในลักษณะเป็นแพคเกจอย่างเดียว ทำให้ผู้บริโภคจะต้องซื้อเป็นแพคเกจโดยไม่มีการขายแยกต่างหาก การขายพ่วงลักษณะนี้จะมีการกำหนดสัดส่วนหรือปริมาณของสินค้าที่มีการขายพ่วงอย่างชัดเจนแน่นอน เช่น การขายอาหารเป็นชุดๆ โดยไม่มีการแยกขาย, การขายลูกบิดประตูและกุญแจ เป็นต้น

2) การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หมายถึง การขายพ่วงที่ผู้ประกอบการธุรกิจขายสินค้าโดยผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าแบบเป็นชุดก็ได้ หรือจะซื้อแยกสินค้าแต่ละอย่างต่างหากก็ได้ โดยผู้ประกอบการจะให้ข้อเสนอในลักษณะเป็นส่วนลดทางการค้าหากว่าผู้บริโภคซื้อในลักษณะเป็นชุด⁵² ยกตัวอย่างเช่น กรณีร้านแมคโดนัลด์ขายชุดอาหารเป็นชุดๆ เช่น ชุดแฮปปี้มิลล์ แต่ก็มีการขายอาหารในชุดแฮปปี้มิลล์ต่างหาก โดยหากซื้ออาหารเป็นชุดจะมีราคาถูกลง เป็นต้น

⁵⁰ Ballabh, *Antitrust Law: An Overview*. [Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>

⁵¹ *Ibid.*

⁵² O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, pp.477-478.

2.2.2 ความแตกต่างระหว่างการบังคับขายพ่วง (Tying) และการขายพ่วงแบบมัด (Bundling)

การขายพ่วงแบบมัด (Bundling) มิใช่เป็นสิ่งเดียวกันกับการบังคับขายพ่วง (Tying) กฎหมายที่เกี่ยวกับการ “Bundling” จึงมีพัฒนาการแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับการ “Tying” แม้ว่านักเศรษฐศาสตร์จำนวนมากมองว่าทั้งสองสิ่งนี้เป็นเรื่องเดียวกัน⁵³ การขายพ่วงแบบมัดโดยเนื้อแท้ (Pure Bundling) จะเกิดขึ้นต่อเมื่อไม่มีสินค้าในแพ็คเกจที่ผู้ซื้อสามารถเลือกซื้อต่างหากจากกันได้ สินค้าแต่ละอย่างนั้นผู้ซื้อจะได้รับในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของสินค้าในแพ็คเกจ ยกตัวอย่างเช่น สินค้า A และสินค้า B จะขายเฉพาะแพ็คเกจ A-B เท่านั้น นอกจากนี้ การขายพ่วงแบบมัด (Bundling) จะมีสัดส่วนหรือปริมาณสินค้าที่ขายคงที่ เช่น ชมพูสระผมหนึ่งขวดต่อครีมนวดผมหนึ่งขวด ตัวอย่างของการขายพ่วงในลักษณะนี้จะพบได้ในเมนูอาหารกลางวันในราคาคงที่ การให้เช่าห้องพักพร้อมอาหารกลางวัน และการบังคับให้ทำประกันภัย⁵⁴ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการมักเรียกการขายพ่วงโดยทั่วไปว่า การขายพ่วงแบบมัด (Bundling) ซึ่งสื่อความหมายว่าเป็นการขายพ่วงที่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนการบังคับขายพ่วง (Tying) ซึ่งเป็นการขายพ่วงที่ประเทศต่างๆ ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเกิดเมื่อมีสินค้าจำนวนมากขายในลักษณะเป็นแพ็คเกจเช่นกัน เพียงแต่สินค้าหรือบริการที่ถูกลำไปพ่วงหรือ Tied Products อาจมีการวางขายทั่วไปตามปกติ แต่สินค้าหรือบริการที่มีการขายพ่วงหรือ Tying Products นั้นจะไม่มีวางจำหน่ายตามปกติแยกจากสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง ดังนั้น ผู้บริโภคในสินค้าหรือบริการที่มีการขายพ่วงหรือ Tying Products จะถูกบังคับให้ต้องซื้อสินค้าหรือบริการที่ถูกลำไปพ่วงด้วยหรือ Tied Products ยกตัวอย่างเช่น สินค้า A และสินค้า B ถ้าสินค้า A ถูกลำไปพ่วงกับสินค้า B ลูกค้าที่ต้องการซื้อสินค้า A ก็ต้องซื้อสินค้า B ด้วย ในขณะเดียวกันการซื้อสินค้า B อย่างเดียวก็สามารถทำได้ตามปกติโดยไม่ต้องซื้อสินค้า A ในคดี Microsoft คณะกรรมาธิการได้กล่าวหาบริษัทซอฟต์แวร์นี้ในข้อหาพยายามผูกขาดตลาดโปรแกรม Media Player โดยบังคับให้บริษัทผู้ผลิตและจำหน่ายคอมพิวเตอร์ (OEMs) จำหน่ายคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลพร้อมกับโปรแกรม Windows Media Player โดยติดตั้งมาตั้งแต่ตอนจำหน่ายแต่แรก⁵⁵

⁵³ The Metropolitan Corporate Counsel, Inc., *Antitrust In Distribution - Tying, Bundling and Loyalty Discounts, Resale Pricing Restraints, Price Discrimination - Part I*. [Online], 18 January 2009. Available from: <http://www.metrocorp.counsel.com/current.php?artType=view&artMonth=January&artYear=2009&EntryNo=4751>

⁵⁴ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.477.

⁵⁵ *Ibid*, pp.477-478.

การขายพ่วงในอีกลักษณะหนึ่งคือการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือ การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Bundled Discounts) ซึ่งหมายถึงพฤติกรรมที่มีการขายสินค้าแต่ละอย่างเป็นส่วนหนึ่งของแพ็คเกจและสามารถซื้อแยกสินค้าแต่ละอย่างต่างหากได้นอกจากนั้น จะมีการลดราคาสินค้าแบบแพ็คเกจนั้นลงให้ต่ำกว่าราคาสินค้าสองชนิดรวมกันเพื่อสร้างแรงจูงใจให้ลูกค้า ยกตัวอย่างเช่น มีสินค้า A และสินค้า B การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) คือขายทั้งสินค้า A, B ต่างหากจากกันและในขณะเดียวกันก็ขายแพ็คเกจ A-B ด้วยตัวอย่างที่พบในชีวิตประจำวันเช่น การซื้อตั๋วตามฤดูกาล (season tickets), การซื้อตั๋วเครื่องบินไป-กลับ, และการซื้ออาหารเป็นชุดที่ร้าน McDonald ในกรณีของตั๋วเครื่องบินนั้นลูกค้าสามารถซื้อตั๋วสองใบแยกกันได้ในราคาที่สูงกว่าการซื้อตั๋วแบบไป-กลับ เช่นเดียวกับชุด Happy Meal ของร้าน McDonald การซื้อส่วนหนึ่งของชุดอาหารแยกต่างหากจะมีราคาสูงกว่าแบบซื้อเป็นชุด⁵⁶ การขายพ่วงในลักษณะนี้โดยทั่วไปถือว่าการก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการแข่งขันจึงไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าถึงแม้ว่าอาจสร้างผลร้ายให้กับคู่แข่งก็ตาม เพราะการให้ส่วนลดย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคและสะท้อนการแข่งขันในตลาดอย่างยิ่งยวดซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งสนับสนุนอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม นักวิชาการได้ตระหนักถึงการให้ส่วนลดดังกล่าวว่า ในบางกรณีหากกระทำโดยหน่วยธุรกิจที่มีอำนาจผูกขาดแล้วก็อาจเป็นอันตรายต่อการแข่งขันได้เช่นกัน

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของการขายพ่วงแต่ละประเภท

	บังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale)	บันเดิล (Bundling)	บันเดิลผสม (Mixed Bundling)
จำนวนตลาดสินค้าหรือบริการ	2 ตลาดขึ้นไป	2 ตลาดขึ้นไป	2 ตลาดขึ้นไป
สัดส่วนหรือปริมาณสินค้า	กำหนดไว้แน่นอน	กำหนดไว้แน่นอน	ไม่สามารถกำหนดได้แน่นอนเนื่องจาก การมีส่วนลดหากซื้อมากขึ้น
อำนาจบังคับ	อาศัยอำนาจบังคับในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง	การขายเป็นชุดทำให้ดูเหมือนถูกบังคับซื้อทั้งชุด	ไม่มีการใช้อำนาจบังคับ

⁵⁶ Ibid, p.478.

ส่วนลดทางการค้า (Rebate)	ไม่มีการให้ส่วนลด	ไม่มีการให้ส่วนลด	มีการให้ส่วนลดในรูปแบบต่างๆ
ประโยชน์ต่อสินค้าที่มีการพวง	สินค้าที่ถูกนำไปพวงอาจมีหรือไม่มีประโยชน์ต่อสินค้าที่มีการพวงก็ได้	การขายเป็นชุดทำให้สินค้าที่ถูกนำไปพวงสามารถใช้ประโยชน์ร่วมกับสินค้าที่มีการพวงได้	ถูกดัดแปลงมากจากการขายพวงแบบดั้งเดิมทำให้สินค้าที่ถูกนำไปพวงยังคงมีประโยชน์ต่อสินค้าที่มีการพวง
ความชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไป	ถือว่าผิดกฎหมาย	ไม่ถือว่าผิดกฎหมาย	ไม่ถือว่าผิดกฎหมาย

2.2.3 การร่วมมือกันบังคับขายพวง (Tying Conspiracies)⁵⁷

เป็นแนวคิดใหม่ซึ่งถูกนำเสนอโดยศาสตราจารย์ Christopher R. Leslie แห่งมหาวิทยาลัย Chicago-Kent College of Law และยังเป็นศาสตราจารย์รับเชิญให้กับมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก ซึ่งท่านได้เปลี่ยนแนวความคิดอันยาวนานแต่เดิมที่ว่าการขายพวงนั้นจะต้องกระทำโดยบริษัทซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเพียงบริษัทเดียวเท่านั้น โดยกฎหมายแข่งขันทางการค้าในอดีตไม่ได้ตระหนักถึงผลของการร่วมมือกันในบรรดาผู้ประกอบการเหล่านั้น ซึ่งด้วยเหตุนี้การร่วมมือกันบังคับขายพวง (Concerted Tying Arrangement) ก็จะมาสู่ผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งการบังคับขายพวงในลักษณะนี้จะต้องได้รับการตรวจสอบและเอาใจใส่มากกว่าการขายพวงโดยผู้ประกอบการรายเดียว (Unilateral) และโดยความเห็นของศาสตราจารย์ Leslie ได้สนับสนุนแนวคิดที่จะนำหลักความรับผิดในตัวเอง (Per Se illegality) มาใช้ในการวิเคราะห์พฤติกรรมการร่วมมือกันบังคับขายพวงซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

ศาสตราจารย์ Leslie มีความเห็นว่า การบังคับขายพวง (Tying) จะเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ประกอบการธุรกิจปฏิเสธที่จะขายสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งที่ผู้บริโภคต้องการ เว้นแต่ว่าผู้บริโภคนั้นยอมซื้อสินค้าชนิดอื่นด้วย คำนิยามโดยทั่วไปของการบังคับขายพวง (Tying) สันนิษฐานว่าผู้ประกอบการธุรกิจนั้นมีเพียงรายเดียวเท่านั้นที่สร้างเงื่อนไขดังกล่าวต่อผู้บริโภคซึ่งเป็นความเข้าใจที่ผิด⁵⁸ แม้ว่าจะมีความสับสนในทฤษฎีกฎหมายป้องกันการผูกขาดในเรื่องนี้ก็ตาม แต่โครงสร้างของกฎหมายป้องกันการผูกขาดก็ได้กำหนดให้ครอบคลุมถึงประเด็นดังกล่าวแล้ว พฤติกรรมจำกัดการแข่งขันโดยร่วมมือกัน (Concerted Action) นั้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 1 แห่ง Sherman Act ในขณะที่มาตรา 2 แห่ง

⁵⁷ Leslie, *Tying Conspiracies*. [Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>

⁵⁸ *Ibid.*

Sherman Act มุ่งหมายเฉพาะประเด็นพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียว * เมื่อมีการกล่าวหาว่ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายป้องกันการผูกขาด คำถามแรกที่ว่าทนายความและผู้พิพากษาจะถามคือพฤติกรรมดังกล่าวนั้นเป็นการสมคบกันหรือทำรายเดียว สิ่งนี้ย่อมเป็นการบ่งชี้ว่าควรจะใช้กับบทบัญญัติใดระหว่างมาตรา 1 หรือมาตรา 2 **

การบังคับขายพ่วง (Tying) ส่วนใหญ่จะเป็นแบบรายเดียวโดยไม่มีการตกลงกันระหว่างผู้สมรู้ร่วมคิด ดังนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่าพฤติกรรมบังคับขายพ่วง (Tying) เหล่านั้นตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 1 แห่ง Sherman Act แต่นักกฎหมายป้องกันการผูกขาดในปัจจุบันไม่ได้ตระหนักว่าการบังคับขายพ่วง (Tying) นั้นสามารถเกิดขึ้นจากการสมคบกันได้และการสมคบกันขายพ่วงดังกล่าวก็สามารถทำให้เกิดภัยคุกคามต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งมากกว่าการขายพ่วงแบบในอดีตที่ทำโดยผู้ขายที่มีอำนาจเหนือตลาดรายเดียว

แม้ว่าจะมีการวิพากษ์วิจารณ์โดยทั่วไปในปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายการบังคับขายพ่วง (Tying) แต่ยังไม่มียุทธศาสตร์ที่กล่าวถึงปัญหาการสมคบกันขายพ่วงโดยตรงได้ การร่วมมือกันบังคับขายพ่วง (Tying Conspiracy) จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจหนึ่งที่ขายทั้งสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งของตนและขายสินค้าชนิดเดียวกันกับตนว่าจะใช้วิธีการขายพ่วงต่อผู้บริโภค โดยวิธีการตกลงกับบริษัทอื่นดังกล่าวทำให้การบังคับขายพ่วง (Tying) สามารถเพิ่มผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าได้อย่างมาก

2.2.3.1 ภัยคุกคามต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าของการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง

การร่วมมือกันบังคับขายพ่วงเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 กิจการขึ้นไปซึ่งแต่ละรายขายสินค้าโดยใช้กลยุทธ์การบังคับขายพ่วง (Tying) ตกลงกันว่าจะร่วมมือกันบังคับขายพ่วง ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงอันตรายของการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้ามากก็ตาม แต่ศาลหรือนักวิชาการก็มิได้ให้ความสำคัญกับประเด็นดังกล่าวมากเท่าใด

* ตาม Sherman Act, 15 U.S.C. §§1-7 (2000) พฤติกรรมตามมาตรา 2 ในเรื่องการสมคบกันสร้างอำนาจเหนือตลาดนั้นใช้บังคับค่อนข้างน้อยแม้มีเหตุผลที่ดี ดังนั้น จึงเป็นการง่ายกว่าหากพิสูจน์ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 1 ในเรื่องการห้ามพฤติกรรมที่เป็น การสมคบกันเพื่อจำกัดการค้าขาย (Christopher R. Leslie 2007: 23)

** หรือทั้งสองมาตรา หากว่าพฤติกรรมสมคบกันนั้นนำไปสู่การผูกขาดตาม Sherman Act, 15 U.S.C. §§1-2 (Christopher R. Leslie 2007: 23)

2.2.3.2 ตัวอย่างของการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง

ประการแรก การร่วมมือกันบังคับขายพ่วงจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีผู้ประกอบการธุรกิจรายใหญ่ 2 ราย เท่านั้น* ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *International Business Machines (IBM) Corp. v. United States* ซึ่งเป็นคดีในยุคแรกๆ ที่ศาลได้ตัดสินไว้ บริษัท IBM ผลิตและให้เช่าเครื่องคำนวณผลซึ่งใช้บัตรเจาะรู (Tabulating Machine) IBM กำหนดให้ผู้เช่าเครื่องคำนวณผลต้องซื้อเฉพาะบัตรเจาะรูซึ่งผลิตโดยบริษัท IBM เท่านั้น หากผู้เช่าใช้บัตรเจาะรูซึ่งไม่ได้ผลิตโดยบริษัท IBM ทางบริษัทจะเลิกสัญญาเช่า ค่าเช่าของบริษัท IBM ทำให้ภาคธุรกิจจำต้องพึ่งพาแต่เฉพาะเครื่องคำนวณผลของบริษัท IBM ทำให้ศาลชั้นต้นและศาลฎีกาในคดีดังกล่าวพิพากษาว่าบริษัท IBM มีความผิดตามมาตรา 3 แห่งกฎหมาย Clayton Act

แม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาในคดี IBM จะเป็นเสมือนอนุญแจสำคัญในคดีขายพ่วงซึ่งได้รับการอ้างอิงโดยนักวิชาการและนักปฏิบัติ สิ่งที่ไม่ได้รับการกล่าวถึงในคดีดังกล่าวคือการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง บริษัท IBM ไม่ได้ใช้การบังคับขายพ่วงแต่เพียงบริษัทเดียว ในตลาดเครื่องคำนวณผล ณ เวลานั้น บริษัท IBM มีคู่แข่งรายใหญ่ที่สำคัญ คือ บริษัท Remington Rand ทั้งบริษัท IBM และ Remington Rand ตกลงกันว่าจะให้เช่าเครื่องคำนวณผลโดยขายบัตรเจาะรูพร้อมๆ กัน** รัฐได้กล่าวหาบริษัททั้งสองโดยอ้างถึงข้อตกลงระหว่าง Remington และ IBM ว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย Sherman Act และขณะเดียวกันก็ แต่ละบริษัทก็มีความผิดตามกฎหมาย Clayton Act ด้วย*** อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีดังกล่าวเพียงแต่อ้างอิงข้อตกลงระหว่างบริษัททั้งสองอย่างคร่าวๆ

* นอกเหนือจากคดีร่วมมือกันบังคับขายพ่วงระหว่าง IBM และ Remington ซึ่งจะกล่าวต่อไปแล้ว ตลาดกระป๋องดื่มในหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ถึงช่วงเริ่มต้นสงครามโลกครั้งที่ 2 (mid-1940s) แสดงให้เห็นถึงการมีอำนาจเหนือตลาดของบริษัทใหญ่ 2 บริษัท คือ บริษัท American Can และ Continental Can ซึ่งแสดงออกอย่างชัดเจนว่าร่วมมือกันบังคับขายพ่วงสินค้าของตน ในคดีดังกล่าวกระทรวงยุติธรรมแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาตั้งข้อหาในปี 1946 ว่า การตั้งราคาและวางเงื่อนไขของบริษัท American Can และ Continental Can เป็นอย่างเดียวกันเนื่องจากการสมคบกันโดยมีการจัดประชุมลับระหว่างบริษัททั้งสองเพื่อตกลงกันดังกล่าวมิใช่เป็นการแข่งขันกันทางด้านราคาแต่อย่างใด (Christopher R. Leslie 2007: 25)

** ศาลในคดีดังกล่าวอธิบายว่า รัฐได้ยื่นฟ้องบริษัทผู้ผลิตทั้งหลาย “ซึ่งเข้ามาทำสัญญากัน...โดยแต่ละรายตกลงที่จะใช้สัญญาเช่าเป็นหลัก และแต่ละรายจะไม่ยอมให้ผู้เช่าเครื่องคำนวณผลของบริษัทอื่นซื้อบัตรเจาะรูซึ่งบริษัททั้งสองผลิตขึ้น (Christopher R. Leslie 2007: 23)

*** *United States v. IBM Corp.*, 13 F.Supp. 11, 12 (S.D.N.Y. 1935) ในตอนแรก รัฐได้ยื่นฟ้องนิติบุคคล 4 ราย ได้แก่ บริษัท IBM, Tabulating Machine Company, Remington Rand, Inc., และ Remington Rand Service เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลฎีกา บริษัท IBM ได้ควมรวมกิจการของบริษัท Tabulating Machine Company และขณะเดียวกัน Remington Rand Service ได้เลิกกิจการไป ทำให้คดีดังกล่าวเหลือจำเลยเพียง 2 ราย คือ บริษัท IBM และ Remington Rand, Inc. (Christopher R. Leslie 2007: 25)

ทั้งนี้เพราะไม่มีบริษัทใดที่ให้การต่อสู้ในเรื่องข้อตกลงดังกล่าว * ยิ่งไปกว่านั้น บริษัททั้งสองต่างยอมยกเลิกข้อตกลงดังกล่าวระหว่างกันแต่ก็ไม่ได้รวมถึงการบังคับขายพ่วง (Tying) ของพวกเขา ดังนั้นในการพิจารณาของศาลจึงมุ่งไปที่ประเด็นว่า บริษัท IBM ละเมิดกฎหมาย Clayton Act มาตรา 3 โดยวิธีการขายพ่วงหรือไม่ เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลในคดีดังกล่าวปฏิเสธข้อต่อสู้ของบริษัท IBM ในประเด็นว่า หากยอมให้ผู้เข้าใช้บัตรเจาะรูของบริษัทคู่แข่งอื่นๆจะทำให้ประสิทธิภาพของเครื่องคำนวณผลของบริษัท IBM ลดลง การปฏิเสธข้ออ้างของบริษัท IBM ในเรื่องการขายพ่วงแบบรายเดียวเป็นเสมือนสมบัติล้ำค่าที่ถูกนำมาใช้อ้างอิงตลอดมา ในขณะที่การร่วมมือกันบังคับขายพ่วงซึ่งมีผลต่อผู้บริโภคเป็นอย่างเดียวกันกลับไม่ได้รับความสนใจแต่อย่างใด

ประการที่สอง การร่วมมือกันบังคับขายพ่วงสามารถแทรกซึมผ่านตลาดโดยบริษัทหลายๆบริษัทได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีอำนาจผูกขาดทั้งสองกิจการในคดี IBM ในกิจการพาณิชย์และเป็นตัวอย่างหนึ่งของการร่วมมือกันบังคับขายพ่วงในแนวนอนโดยประกอบด้วยบริษัทหลายๆบริษัทร่วมมือกัน มีการยื่นฟ้องเป็นคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดหลายคดีต่อกิจการพาณิชย์และสมาคมการค้าของกิจการเหล่านั้นในข้อหาร่วมมือกันบังคับขายพ่วงโดยเจ้าของสุสานได้ฟ้องแผนการจัดงานศพซึ่งประกอบด้วยสินค้าและบริการต่างๆมากมาย ยกตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งการบังคับขายพ่วง (Tying) บังคับให้ผู้ซื้อแผนการจัดงานศพให้ซื้องานด้านการเตรียมการด้านฐานรากจากเจ้าของสุสาน สิ่งนี้ไม่ใช่ตัวอย่างเดียวของกลยุทธ์ในธุรกิจดังกล่าว เพราะมีเจ้าของสุสานกว่า 50 แห่งตกลงกันว่าพวกเขาแต่ละรายจะวางเงื่อนไขเดียวกันนี้ต่อลูกค้าของตน โดยข้อตกลงดังกล่าวนี้มีมานานกว่า 2 ทศวรรษแล้ว

ประการสุดท้าย การร่วมมือกันบังคับขายพ่วงนั้นจะมีลักษณะแตกต่างจากการบังคับขายพ่วง (Tying) โดยทั่วไปซึ่งจะมีเงื่อนไขเกินกว่าการซื้อสินค้าธรรมดาเท่านั้น ในคดีล่าสุด กลุ่มผู้ค้าปลีกได้ยื่นฟ้องโดยใช้วิธีการดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อบริษัทบัตรเครดิตรายใหญ่ 2 บริษัท ซึ่งถูกกล่าวหาว่าตกลงกันเพื่อใช้วิธีการบังคับขายพ่วงเพื่อการค้าของตน ในการดำเนินคดีดังกล่าวมีการระบุว่า ทั้งบริษัท Visa และ MasterCard เป็นจำเลยร่วมโดยร่วมกันฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดโดยใช้วิธีการหลายอย่าง ซึ่งรวมถึงการร่วมมือกันบังคับขายพ่วงด้วย กลยุทธ์ที่ทั้งสองบริษัทนำมาใช้คือ “an honor all cards” โดยกำหนดให้ผู้ค้าขายซึ่งยอมรับบัตรเครดิตของพวกเขาจะต้องยอมรับบัตร

* บริษัท Remington อาจดูเหมือนมีบทบาทน้อยลงเมื่อคดีขึ้นไปถึงชั้นศาลฎีกา เพราะบริษัทดังกล่าวให้การในเชิงเป็นคู่ความร่วมว่า “คำสั่งใดๆที่จะมีผลต่อบริษัท Remington นั้นให้ถือเป็นอย่างเดียวกับคำสั่งใดๆที่มีผลต่อบริษัท IBM” (IBM, 13 F.Supp. at 12) ภายหลังเมื่อศาลฎีกามีคำพิพากษาในคดีดังกล่าว ในเนื้อหาแห่งคำพิพากษานั้นจึงไม่ได้บ่งชี้ชัดเจนต่อผู้อ่านว่า บริษัท Remington เป็นจำเลยด้วยแต่อย่างใด (Christopher R. Leslie 2007: 25)

ทุกชนิดของพวกเขาด้วย ดังนั้น บรรดาผู้ค้าขายซึ่งต้องการที่จะรับชำระหนี้ด้วยบัตรเครดิตการ์ด (สินค้าที่มีการพ่วง) จะต้องถูกบังคับให้ต้องยอมรับชำระหนี้โดยบัตรเดบิตการ์ด (สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง) ซึ่งทำกำไรได้น้อยด้วย กลุ่มผู้ค้าขายต่างได้รับความเดือดร้อนเพราะกำไรของตนลดลงจากการรับชำระหนี้ผ่านทางเดบิตการ์ดและต้องการที่จะปฏิเสธการรับชำระหนี้ทางเดบิตการ์ดทั้งหมด อย่างไรก็ตาม กลุ่มพ่อค้าเหล่านั้นยังคงถูกบังคับให้ต้องยอมรับสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงดังกล่าวตราบเท่าที่การรับชำระหนี้โดยบัตรเครดิตการ์ดเป็นเสมือนประเพณีทางการค้าไปแล้ว กลุ่มพ่อค้ามากกว่า 4 ล้านรายจึงรวมกลุ่มกันฟ้องเป็นคดีขายพ่วงโดยอ้างว่าเป็นการปิดกั้นการแข่งขันในตลาดเดบิตการ์ด* ปรากฏว่าคดีดังกล่าวมีการประนีประนอมยอมความกัน จึงไม่เกิดหลักทางกฎหมายเรื่องการร่วมมือกันบังคับขายพ่วง แต่ศาลชั้นต้นก็ได้พบหลักฐานทั้งทางตรงและทางอ้อมซึ่งสามารถจูงใจคณะลูกขุนได้ว่ากระทำผิดฐานร่วมมือกันบังคับขายพ่วง และความสำคัญของคดีนี้จะเห็นได้จากจำนวนเงินที่มีการประนีประนอมยอมความกันซึ่งสูงถึงราวๆ 3.4 พันล้านดอลลาร์** ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่มากที่สุดเท่าที่เคยมีมาในประวัติศาสตร์ของการประนีประนอมยอมความคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดแห่งประเทศไทยสหรัฐอเมริกา

2.3 ลักษณะและพฤติกรรมของกลยุทธ์การขายพ่วง

รูปแบบของการขายพ่วงที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำมาใช้นั้นมีหลายแบบแตกต่างกันหลายประเภท อาทิ

2.3.1 การจำหน่าย (ให้เช่า) สินค้าหรือบริการพ่วงกับสินค้าหรือบริการอื่น (Tying, Bundling)

การจำหน่ายสินค้านั้นร่วมกับผลิตภัณฑ์อื่นถือเป็นกลยุทธ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจนิยมนำมาใช้และมีปัญหาหนักที่สุด การขายควบชนิดนี้ถือเป็นรูปแบบปกติของการขายพ่วงซึ่งสามารถทำกำไรให้แก่ผู้ขายได้โดยผู้ขายจะนำสินค้ามาวางขายในลักษณะขายพ่วง กล่าวคือ หากต้องซื้อสินค้านั้นทั้ง 2 ชนิดหรือบางครั้งอาจจะมากกว่า 2 ชนิดพร้อมกัน ซึ่งบางครั้งสินค้าเหล่านั้นอาจไม่เกี่ยวข้องกันเลยก็ได้ ตัวอย่างเช่น เมื่อซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์ ผู้ขายมักจะรวมเอาโปรแกรมปฏิบัติการ และโปรแกรมสำเร็จรูปในราคาของเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วย หรือบางครั้งอาจจะรวมอุปกรณ์บางอย่างที่เราจะต้องซื้อ

* คำฟ้องในคดีดังกล่าวได้บรรยายว่ากลยุทธ์ของบริษัททั้งสองในบัตร Visa, Visa & MasterCard จะสร้างอำนาจผูกขาดต่อตลาดบัตรเดบิตการ์ดได้ (Christopher R. Leslie 2007: 26)

** ศาลประมาณมูลค่าของค่าเสียหายหากศาลพิพากษาให้แพ้คดีอยู่ระหว่าง 25-87 พันล้านดอลลาร์ (Christopher R. Leslie 2007: 26)

ไปพร้อมกับเครื่องด้วย หรือบางครั้งเมื่อไปซื้อสบู่ ผู้ชายจะรวมแปรงสีฟันมาไว้ในกล่องเดียวกันซึ่งจะต้องซื้อทั้งสองอย่างพร้อมกัน⁵⁹

ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น กลยุทธ์ทางการตลาดในการขายพวงที่จะทำให้ผู้ชายได้รับกำไรมากกว่าการขายแบบแยกชนิดสินค้าที่สุด* โดยการวิเคราะห์นั้นจะสมมติให้มีผู้บริโภค 2 คนที่มีรสนิยมแตกต่างกัน ดังนั้นการให้คุณค่ากับสินค้าแต่ละชนิดของผู้บริโภคแต่ละคนจะแตกต่างกัน และสมมติให้มีสินค้า 2 ชนิดคือ สินค้า A และสินค้า B และกำหนดให้ผู้บริโภคแต่ละคนจะซื้อสินค้าได้เพียงชนิดละ 1 หน่วยเท่านั้น

กำหนดให้

$$V_A^1 = \text{คุณค่าของสินค้า A ที่ผู้บริโภคคนที่ 1 ได้รับความพึงพอใจจากสินค้า A}$$

$$V_A^2 = \text{คุณค่าของสินค้า A ที่ผู้บริโภคคนที่ 2 ได้รับความพึงพอใจจากสินค้า A}$$

$$V_B^1 = \text{คุณค่าของสินค้า B ที่ผู้บริโภคคนที่ 1 ได้รับความพึงพอใจจากสินค้า B}$$

$$V_B^2 = \text{คุณค่าของสินค้า B ที่ผู้บริโภคคนที่ 2 ได้รับความพึงพอใจจากสินค้า B}$$

สมมติให้ผู้บริโภคคนที่ 1 ชอบที่จะบริโภคสินค้า A มากกว่าสินค้า B ดังนั้นคุณค่าของสินค้า A จึงมากกว่าคุณค่าของสินค้า B ในสายตาของผู้บริโภคคนที่ 1 โดยเราสมมติให้ผู้บริโภคคนที่ 1 ให้คุณค่ากับสินค้า A เท่ากับ H และให้คุณค่ากับสินค้า B เท่ากับ L โดยที่ H มีค่ามากกว่า L ส่วนผู้บริโภคคนที่ 2 มีรสนิยมที่ชอบสินค้า B มากกว่าสินค้า A ดังนั้นคุณค่าของสินค้า B จึงมากกว่าสินค้า A ในสายตาของผู้บริโภคคนที่ 2 สมมติให้คุณค่าของสินค้า B เท่ากับ H และคุณค่าสินค้า A เท่ากับ L สำหรับผู้บริโภคคนที่ 2 หรือเราสามารถเขียนแสดงได้ดังตารางได้ดังนี้

⁵⁹ คมกริช ถาวรวันชัย, “การขายควบสินค้าสามารถทำอะไรได้อย่างไร,” วารสารมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2545): 52.

* การวิเคราะห์เกี่ยวกับการขายพวงสินค้า (Tying) ซึ่งสามารถทำให้ผู้ผลิตสามารถทำอะไรได้มากกว่าการขายแบบแยกชนิดสินค้านี้ได้มีการนำเสนอโดยนักเศรษฐศาสตร์หลายท่าน เช่น Burstein (1989) Adam & Yellen (1976) และ McAfree, McMillan & Whinston (1989) (คมกริช ถาวรวันชัย 2545: 52)

ตารางที่ 3 แสดงตัวอย่างสมมติคุณค่าของสินค้า A,B ต่อผู้บริโภคคนที่ 1,2

	คุณค่าสินค้า A	คุณค่าสินค้า B
ผู้บริโภคคนที่ 1	$V_A^1 = H$	$V_B^1 = L$
ผู้บริโภคคนที่ 2	$V_A^2 = L$	$V_B^2 = H$

ในการวิเคราะห์สมมติว่าผู้บริโภคจะซื้อสินค้าไปเพื่อการบริโภคเท่านั้นไม่ได้นำไปจำหน่ายหรือแลกเปลี่ยนกับผู้บริโภคคนอื่น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีขายสินค้าแยกชนิด

ถ้าหากผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายใช้กลยุทธ์ในลักษณะที่ไม่มีการขายควบสินค้า กล่าวคือขายสินค้าแยกชนิดกัน ซึ่งเขาจะมีทางเลือก 2 ทางคือ ทางเลือกที่ 1 ตั้งราคาและขายสินค้าทั้ง 2 ชนิดให้ต่ำและเขาสามารถขายสินค้าได้ทั้ง 2 ชนิด โดยผู้บริโภคแต่ละคนจะซื้อสินค้าทั้งสองชนิด (สินค้า A และสินค้า B) ทางเลือกที่ 2 คือ เขาจะตั้งราคาสินค้าให้สูง ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคแต่ละคนซื้อสินค้าเพียงชนิดเดียว

สมมติว่าผู้ผลิตตั้งราคาสินค้า $P_A = P_B = L$ ผู้บริโภคแต่ละคนจะซื้อสินค้าทั้งสินค้า A และ B เพราะคุณค่าของสินค้าที่เขาได้รับสูงกว่าหรือเท่ากับราคาสินค้าที่เขาจ่ายไป (คุณค่าที่ผู้บริโภคคนที่ 1 ได้รับจากการบริโภคสินค้า A และ B เท่ากับ $H+L$ ขณะที่ราคาที่เขาจ่ายคือ $L+L$) และผู้ผลิตจะได้รายรับรวมจากการจำหน่ายสินค้าให้กับผู้บริโภคทั้ง 2 ดังนี้คือ $R^{NT}(L) = 2L+2L=4L$

ถ้าสมมติให้ผู้ผลิตตั้งราคาสินค้า $P_A = P_B = H$ ผู้บริโภคคนที่ 1 จะซื้อสินค้า A เพียงอย่างเดียวเพราะว่าสินค้า B ให้คุณค่าต่ำกว่าราคาที่เขาจ่าย เขาจึงไม่ซื้อสินค้า B (คุณค่าที่เขาได้รับจากการบริโภคสินค้า B คือ L แต่ราคาที่เขาจ่ายคือ H) ส่วนผู้บริโภคคนที่ 2 จะซื้อสินค้า B เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะสินค้า A ให้คุณค่าเท่ากับ L ซึ่งน้อยกว่าราคาที่เขาต้องจ่ายคือ H ดังนั้นเขาจึงซื้อสินค้า B เท่านั้น (คุณค่าที่เขาได้จากบริโภคสินค้า A คือ L แต่ราคาที่เขาจ่าย คือ H) และผู้ผลิตจะได้รายรับรวมจากการจำหน่ายสินค้าให้กับผู้บริโภคทั้ง 2 ดังนี้คือ $R^{NT}(H) = H+H=2H$

ดังนั้นราคาสินค้ากรณีขายสินค้าแยกชนิด (No Tying, No Bundling) สามารถสรุปได้เป็นกรณีดังนี้

$$P_A^{NT} = P_B^{NT} = \begin{cases} L & \text{ถ้าหาก } H < 2L \text{ (ทางเลือกที่ 1)} \\ H & \text{ถ้าหาก } H > 2L \text{ (ทางเลือกที่ 2)} \end{cases} \quad (1)$$

เมื่อเปรียบเทียบรายรับรวมทั้ง 2 กรณี สามารถเขียนได้ดังนี้

$$R^{NT} = \begin{cases} 4L & \text{ถ้าหาก } H < 2L \text{ (ทางเลือกที่ 1)} \\ 2H & \text{ถ้าหาก } H > 2L \text{ (ทางเลือกที่ 2)} \end{cases} \quad (2)$$

โดยที่ P^{NT} คือ ราคาที่ผู้ผลิตตั้งในกรณีที่ไม่มีการขายควบสินค้า และ R^{NT} คือ รายรับรวมกรณีที่ไม่มีการขายควบสินค้า

จากทางเลือกทั้งสองทางที่ผู้ผลิตสามารถเลือกได้ เราจะเห็นได้ว่า รายรับรวมของผู้ผลิตกรณีที่เขาเลือกตั้งราคาสูง [$R^{NT}(H)$] จะมากกว่ารายรับรวมในกรณีที่เขาคำตั้งราคาสินค้าต่ำ [$R^{NT}(L)$] ถ้าหาก $2H > 4L$ หรือ $H > 2L$ ดังนั้นผู้ผลิตจะตั้งราคาสินค้า A และ B เท่ากับ H ถ้าหาก $H > 2L$ และจะตั้งราคาสินค้า A และ B เท่ากับ L ถ้าหาก $H < 2L$ ดังที่ได้แสดงในสมการที่ (1) และจะได้รายรับรวมตามสมการที่ (2)

2) กรณีขายพ่วงหรือขายควบสินค้า

ถ้าหากผู้ผลิตใช้กลยุทธ์ทางการตลาดโดยการขายพ่วงหรือขายควบสินค้า A กับสินค้า B โดยนำสินค้าทั้ง 2 มาบรรจุในกล่องเดียวกัน ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิดพร้อมกันจะแยกซื้อสินค้าแต่ละชนิดไม่ได้ ผู้ผลิตจะตั้งราคาสินค้ากล่องละ $P^T = H+L$ ทั้งนี้เพื่อที่จะดึงเอาส่วนเกินของผู้บริโภคไปทั้งหมด ผู้บริโภคทั้งสองคนก็จะซื้อสินค้าคนละ 1 กล่อง ซึ่งแต่ละกล่องจะประกอบไปด้วยสินค้า A และสินค้า B ชนิดละ 1 หน่วย ผู้ผลิตจะได้รับรายรับรวมเท่ากับ $R^T = 2(H+L)$ ดังนั้นเราจะเห็นได้ว่าผู้ผลิตจะได้รายรับรวมมากกว่ากรณีขายสินค้าแยกชนิดกัน ($R^T > R^{NT}$) ทั้งนี้เพราะว่า $H > L > 0$ ⁶⁰

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52-54.

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการที่ผู้ประกอบการจำหน่ายคอมพิวเตอร์การขายพ่วงหรือขายควบมาใช้กับการขายสินค้าของตนร่วมกับสินค้าอื่นที่เป็นคนละชนิดกัน ย่อมสามารถทำกำไรให้ผู้ประกอบการเพิ่มมากขึ้นกว่ากรณีขายสินค้าแยกกันโดยแสดงให้เห็นได้จากกราฟที่เพิ่มขึ้นมากกว่ากรณีแยกขายสินค้านั้นเอง แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อสมมุติฐานที่ว่าผู้บริโภคแต่ละคนหรือแต่ละกลุ่มจะต้องมีรสนิยมและการให้คุณค่ากับตัวสินค้าแต่ละชนิดแตกต่างกันด้วย

การจำหน่ายสินค้าร่วมกับผลิตภัณฑ์อื่นมีตัวอย่างคดีที่สำคัญที่มีชื่อเสียงของการบังคับขายพ่วงก็คือ กรณีบริษัทไมโครซอฟท์(Microsoft) ซึ่งได้พ่วงโปรแกรม Microsoft Windows, Internet Explorer, Outlook Express, Microsoft Office เข้าด้วยกัน ซึ่งในมุมมองของบริษัทไมโครซอฟท์นั้นเพียงแค่ว่าเป็นโปรแกรมสำหรับท่องเว็บไซต์ (Web Browser) และส่งเมลล์หากันเท่านั้นอันเป็นเรื่องปกติของระบบปฏิบัติการ(Operation System, OS)ทั่วไป ซึ่งเหมือนกับกรณีรถยนต์ซึ่งได้มีการปรับเปลี่ยนอุปกรณ์ต่างซึ่งเคยแยกออกเป็นชิ้นส่วนต่างหาก เช่น เครื่องวัดความเร็ว(Speedometer) และวิทยุเครื่องเสียงต่างๆ ซึ่งทำให้นิยามของระบบปฏิบัติการได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปโดยรวมถึงสิ่งซึ่งก่อนหน้านี้เคยขายแยกกัน ซึ่งในกรณีของบริษัทไมโครซอฟท์นั้นจะได้กล่าวในรายละเอียดในตอนต่อไป

2.3.2 การจำหน่าย (ให้เช่า) สินค้าหรือบริการแยกชนิดร่วมกับขายพ่วงสินค้าหรือบริการอื่นด้วย (Mixed Bundling)

ผู้ผลิตนอกจากจะใช้กลยุทธ์ขายพ่วงหรือขายควบสินค้าแล้ว เขาอาจจะใช้กลยุทธ์การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) กล่าวคือ ขายสินค้าในลักษณะที่แยกชนิด ร่วมกับการขายสินค้าควบกัน โดยกลยุทธ์ในลักษณะนี้บริษัทผู้ผลิตอาจจะขายสินค้าทุกอย่างแยกต่างหากจากกันในราคาปกติแต่จะให้ส่วนลดสำหรับกรณีที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าควบกันไป

Adam และ Yellen (1976) ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ผลิตที่มีอำนาจผูกขาดสามารถทำกำไรได้มากขึ้นจากการขายพ่วงร่วมกับการขายแยกชนิด (Mixed Bundling) เมื่อเทียบกับการขายแบบแยกชนิดเพียงอย่างเดียว (No Tying, No Bundling) หรือการขายควบสินค้าเพียงอย่างเดียว (Tying, Bundling) ในการวิเคราะห์นั้นจะสมมุติให้มีผู้บริโภค 3 คน และมีสินค้า 2 ชนิดคือ สินค้า A และสินค้า B เพื่อให้ง่ายต่อความเข้าใจจะขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4 แสดงตัวอย่างสมมุติคุณค่าของสินค้า A,B ต่อผู้บริโภคคนที่ 1,2,3

	คุณค่าสินค้า A	คุณค่าสินค้า B
ผู้บริโภคคนที่ 1	$V_A^1 = X$	$V_B^1 = Y$
ผู้บริโภคคนที่ 2	$V_A^2 = a$	$V_B^2 = a$
ผู้บริโภคคนที่ 3	$V_A^3 = Y$	$V_B^3 = X$

ค่าที่แสดงในตาราง คือคุณค่าของสินค้า A และสินค้า B ที่ผู้บริโภคแต่ละคนได้รับ จากการบริโภคสินค้านั้นๆ โดยกำหนดให้ $X > a > Y$ และ $2a > X+Y$

1) กรณีขายสินค้าแยกชนิด

จากข้อมูลในตาราง ถ้าหากผู้ผลิตใช้กลยุทธ์ในการกำหนดราคาโดยไม่มีการขายพ่วงสินค้า (No Tying, No Bundling) คือขายสินค้า A และ B แยกกัน ผู้ผลิตสามารถตั้งราคาสินค้าได้ดังนี้

ทางเลือกที่ 1 ตั้งราคา $P_A = P_B = Y$ ผู้บริโภคทั้ง 3 คนจะซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิด อย่างละ 1 หน่วย เพราะราคาที่เขาย่ำน้อยกว่าคุณค่าของสินค้าที่เขาได้รับ ผู้ผลิตจะมีรายรับรวมจากการจำหน่ายสินค้าเท่ากับ $R^{NT} = 3 \times 2 \times Y = 6Y$

ทางเลือกที่ 2 ตั้งราคา $P_A = P_B = a$ ผู้บริโภคคนที่ 1 จะซื้อสินค้า A จำนวน 1 หน่วย และไม่ซื้อสินค้า B เลย เนื่องจากคุณค่าที่ได้จากสินค้า B ($V_B^1 = Y$) จะมีค่าน้อยกว่าราคาที่ต้องจ่าย (a) ผู้บริโภคคนที่ 2 จะซื้อสินค้า A และ B อย่างละ 1 หน่วย ส่วนผู้บริโภคคนที่ 3 จะซื้อสินค้า B จำนวน 1 หน่วย และไม่ซื้อสินค้า A เลย เนื่องจากคุณค่าที่ได้จากสินค้า A ($V_A^3 = Y$) มีค่าน้อยกว่าราคาที่ต้องจ่าย (a) ผู้ผลิตจะมีรายรับรวมจากการจำหน่ายสินค้าเท่ากับ $R^{NT} = a + 2a + a = 4a$

ทางเลือกที่ 3 ตั้งราคา $P_A = P_B = X$ ผู้บริโภคคนที่ 1 จะซื้อสินค้า A 1 หน่วย และไม่ซื้อสินค้า B เนื่องจากคุณค่าที่ได้รับจากสินค้า B ($V_B^1 = Y$) จะมีค่าน้อยกว่าราคาที่ต้องจ่าย (X) ผู้บริโภคคนที่ 2 จะไม่ซื้อสินค้า A และ B เลย เนื่องจากคุณค่าที่ได้รับจากสินค้าแต่ละชนิด ($V_A^2 = V_B^2 = a$) จะมีค่าน้อยกว่าราคาที่ต้องจ่าย (X) ผู้บริโภคคนที่ 3 จะซื้อสินค้า B 1 หน่วย และไม่ซื้อสินค้า A เนื่องจากคุณค่าที่ได้รับจากสินค้า A ($V_A^3 = Y$) มีค่าน้อยกว่าราคาที่ต้องจ่าย (X) ผู้ผลิตจะมีรายรับรวมจากการจำหน่ายสินค้าเท่ากับ $R^{NT} = X + 0 + X = 2X$

2) กรณีขายควบสินค้า

ถ้าหากผู้ผลิตใช้กลยุทธ์ในการกำหนดราคาโดยมีการขายควบเพียงอย่างเดียว (Tying, Bundling) คือ นำสินค้า A และ B มาขายรวมกันในกล่องเดียวกัน โดยผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิดไปพร้อมกัน ผู้ผลิตสามารถตั้งราคาได้ดังนี้

ทางเลือกที่ 1 ตั้งราคาขายควบสินค้า A และ B เท่ากับ $P^T = X+Y$ ในกรณีนี้ผู้บริโภคทั้ง 3 คนจะซื้อสินค้าคนละ 1 กล่อง เพราะคุณค่าที่ได้รับจากสินค้าไม่น้อยกว่าราคาที่เขาจ่าย ผู้ผลิตจะได้รายรับรวมเท่ากับ $R^T = 3(X+Y)$

ทางเลือกที่ 2 ตั้งราคาขายควบสินค้า A และ B เท่ากับ $P^T = 2a$ ที่ราคานี้ผู้บริโภคคนที่ 1 และ 3 จะไม่ซื้อสินค้าเลย เพราะราคาที่ตั้งไว้มากกว่าคุณค่าของสินค้าที่เขาได้รับ ($2a > X+Y$) ผู้ผลิตจะขายสินค้าได้เพียง 1 กล่องให้กับผู้บริโภคคนที่ 2 และจะมีรายรับรวมเท่ากับ $R^T = 2a$

3) กรณีขายสินค้าแยกชนิดร่วมกับขายควบ

ถ้าหาก ผู้ผลิตใช้กลยุทธ์ในการขายและตั้งราคาในลักษณะที่ผู้ซื้ออาจจะซื้อสินค้าแยกชนิดก็ได้ หรืออาจจะซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิดควบกันก็ได้ โดยที่ราคาสินค้าที่ผู้ผลิตตั้งจะแตกต่างกันดังนี้

หากต้องการซื้อสินค้าแยกชนิดกัน ราคาสินค้าจะเท่ากับ $P_A = P_B = X$ และ

หากต้องการซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิดรวมกัน ราคาสินค้าจะเท่ากับ $P^{MT} = 2a$

ในกรณีนี้ ผู้บริโภคคนที่ 1 จะซื้อเฉพาะสินค้า A ทั้งนี้เพราะถ้าเขาซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิด คุณค่าของสินค้าที่เขาได้รับ ($V_A^1 + V_B^1 = X+Y$) จะน้อยกว่าราคาที่เขาจ่าย ($2a$) ผู้บริโภคคนที่ 2 จะซื้อสินค้าทั้ง 2 ชนิด เพราะคุณค่าของสินค้าที่เขาได้รับไม่น้อยกว่าราคาที่เขาจ่าย ($V_A^2 + V_B^2 = 2a$) ผู้บริโภคคนที่ 3 จะซื้อสินค้า B เพียงอย่างเดียว เพราะถ้าเขาซื้อทั้ง 2 ชนิด คุณค่าของสินค้าที่เขาได้รับ ($V_A^3 + V_B^3 = X+Y$) จะน้อยกว่าราคาที่เขาจ่าย ($2a$) รายรับรวมของผู้ผลิตในกรณีนี้จะมีค่าเท่ากับ $R^{MT} = X+2a+X = 2(X+a)$ ⁶¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าภายใต้สมมุติฐานที่กำหนดข้างต้น กลยุทธ์การขายและตั้งราคาแยกชนิดร่วมกับการขายควบ (Mixed Bundling) นี้จะทำให้ผู้ผลิตได้รับรายรับรวมสูงกว่าการขายแบบแยก

⁶¹ เรืองเดียวกัน, หน้า 54-56.

ชนิด (No Tying, No Bundling) และการขายควบสินค้า (Tying, Bundling) เพียงกลยุทธ์เดียว* อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารูปแบบขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) จะสามารถทำให้ผู้ผูกขาดได้กำไรมากกว่าการตั้งราคาแบบแยกชนิด หรือแบบขายควบเพียงอย่างเดียว แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อสมมุติฐานที่ว่าผู้บริโภคแต่ละคนหรือแต่ละกลุ่มจะต้องมีรสนิยมและการให้คุณค่ากับตัวสินค้าแต่ละชนิดแตกต่างกันด้วย⁶²

ในกรณีของการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) แม้ลูกค้าจะได้ซื้อสินค้าได้ในราคาที่ถูกลงกว่าหากซื้อในลักษณะเป็นชุด คือ มีการให้ส่วนลดจากสินค้าหลายๆชนิด (Multi-product rebate) แต่ในมุมมองของกฎหมายแข่งขันทางการค้า นักวิชาการส่วนหนึ่งและศาลมีความเห็นว่าเป็นความผิด หากพบว่ามีความพยายามที่จะขยายหรือป้องกันอำนาจผูกขาด เช่น คดี SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co. หรือทำให้การแข่งขันถูกกีดกันออกไป เช่น คดี LePage's Inc. v. 3M อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านและศาลเห็นว่าการขายพ่วงลักษณะนี้เป็นการขายพ่วงที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คดี Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC หรือ คดี Ortho Diagnostic Sys., Inc. v. Abbott Labs, Inc. ซึ่งรายละเอียดของคดีจะได้กล่าวในบทต่อไป

2.4 ผลกระทบที่เกิดจากกลยุทธ์การขายพ่วง

ในการบังคับขายพ่วง ผู้ประกอบธุรกิจอาจมีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน และย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อกลไกตลาดการแข่งขันอย่างเสรีแตกต่างกันออกไปโดยสามารถแบ่งออกเป็นผลกระทบในด้านดีและผลกระทบในด้านเสียดังนี้

2.4.1 ผลดีของการขายพ่วง

การขายพ่วงในหลายๆ กรณีไม่ได้ทำเพื่อกีดกันทางการค้าในตลาด แต่ผู้ประกอบธุรกิจนำกลยุทธ์การขายพ่วงมาใช้เพียงเพื่อต้องการเพิ่มประสิทธิภาพการแข่งขันในตลาดของตนให้มีมากขึ้นเท่านั้น และในบางกรณีนอกจากจะไม่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดผลิตสินค้าในจำนวนต่ำกว่าอุปสงค์ในตลาดแล้ว ยังอาจเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดผลิต

* มีแนวคิดในการนำเอากลยุทธ์การขายและตั้งราคาแบบแยกขาย แยกชนิดร่วมกับการขายพ่วง (Mixed Tying) มาประยุกต์ใช้ในกิจการเคเบิลทีวีซึ่งผู้บริโภคสามารถเลือกรับรายการทีวีที่ตนชอบได้ หรืออาจจะรับเป็นเซตของรายการก็ได้ ซึ่งการใช้กลยุทธ์แบบนี้จะทำให้กิจการเคเบิลทีวีได้รับสมาชิกมากขึ้นและได้รับกำไรเพิ่มขึ้นในที่สุด(คมกริช ถาวรวันชัย 2545: 51)

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

สินค้ามากขึ้นจนไม่แตกต่างจากกรณีที่มีการแข่งขันตามปกติในตลาด⁶³ ซึ่งท่านศาสตราจารย์ Robert H. Bork แห่งสำนักชิคาโก (Chicago School) ก็มีความเห็นว่าการกีดกันทางการค้าในแนวดิ่ง เช่น การขายควบนี้ ไม่ควรถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า เช่นกัน ซึ่งในแง่ของผลดีจากการขายพ่วงนั้นอาจแยกพิจารณาประสิทธิภาพที่เพิ่มขึ้นจากการขายพ่วงได้ดังนี้

2.4.1.1 การประหยัดเนื่องจากขนาด (Economies of Scale)⁶⁴

การที่ผู้ประกอบการธุรกิจบังคับขายพ่วงกัน อาจทำให้ผู้ประกอบการนั้นเสียค่าใช้จ่ายบางประการน้อยลง หรืออาจจะไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายบางอย่างเพิ่มขึ้น ผู้ผลิตสามารถผลิตสินค้าได้ลดลง (Lowering Production)⁶⁵ อันเป็นการลดต้นทุนการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้าของผู้ผลิต ซึ่งผลประโยชน์ส่วนหนึ่งจะตกแก่ผู้บริโภคด้วย⁶⁶ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นคนขายพิการเหลือขาขาข้างเดียว ในกรณีการบังคับขายรองเท้าเป็นคู่หากนาย ก. ไม่ต้องถูกบังคับให้ซื้อรองเท้าเป็นคู่เพราะเป็นคนขายพิการข้างเดียว จะทำให้เกิดปัญหาตามมาอีก เพราะร้านค้าไม่สามารถขายรองเท้าข้างซ้ายที่เหลืออยู่ได้ เนื่องจากมีโอกาสน้อยมากที่จะมีผู้ที่มีขาซ้ายเพียงข้างเดียวที่มีเท้าขนาดเท่ากับนาย ก. และชอบรองเท้าอย่างเดียวกันมาซื้อรองเท้าข้างซ้ายที่เหลืออยู่จากร้านดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาต่อไปในการเก็บสต็อกสินค้า การจัดหากล่องเพื่อบรรจุรองเท้าข้างซ้ายสำหรับให้ลูกค้าที่อาจเข้ามาซื้อรองเท้าข้างนั้น อาจจะต้องสั่งซื้อรองเท้าข้างขวามาเพิ่มเติมจากโรงงานเพื่อให้เข้าคู่กับรองเท้าข้างซ้ายที่เหลืออยู่ ซึ่งจะสร้างปัญหาต่อเนื่องไปถึงโรงงานที่ตามปกติจะกำหนดสายการผลิตสำหรับรองเท้าเป็นคู่ไว้ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการกระทำเหล่านี้จะถูกผลักภาระกระจายไปยังผู้บริโภคอื่นที่ซื้อรองเท้าเป็นคู่ตามปกติด้วย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า อรรถประโยชน์* ที่จะได้แก่นาย ก. มีเพียงเล็กน้อยแต่

⁶³ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 161.

⁶⁴ Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And its Practice*, pp.366-367.

⁶⁵ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.479.

⁶⁶ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself*, (United States of America: Free Press, 1993), pp.378-379.

* นักเศรษฐศาสตร์ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า อรรถประโยชน์ต่างกัน เช่น “คุณสมบัติที่ทำให้สินค้าเป็นที่ต้องการของผู้ซื้อ” “วิสัยความสามารถของสินค้าที่จะสนองความต้องการของมนุษย์” หรือ “คุณสมบัติที่มีอยู่ในสินค้าหรือบริการ ซึ่งสามารถสร้างความพอใจให้แก่ผู้บริโภคสินค้านั้น” เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อาจสรุปได้อย่างง่าย ๆ ว่า “อรรถประโยชน์ของสินค้าหรือบริการชนิดใดก็คือความพอใจที่ผู้บริโภคได้รับการบริโภคสินค้าหรือบริการชนิดนั้น” และยิ่งผู้บริโภคมีความต้องการสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งมากเพียงไร อรรถประโยชน์หรือความพอใจที่จะได้รับจากการบริโภคสินค้าหรือบริการชนิดนั้น ก็ยิ่งเพิ่มสูงขึ้นด้วย นอกจากนี้ อรรถประโยชน์ยังสามารถวัดค่าเป็นหน่วยนับได้ หน่วยที่ว่าเป็นการสมมติชื่อขึ้นเรียกว่า ยูทิล (util) เช่น ข้าวแกง 1 จาน ให้ อรรถประโยชน์ 10 ยูทิล น้ำอัดลม 1 ขวด ให้ อรรถประโยชน์ 4 ยูทิล เป็นต้น (สังคัคดิ์ ทิตาราม 2545: 139)

การยอมให้แยกขายรองเท้าได้จะก่อให้เกิดปัญหาจำนวนมากกว่าอรรถประโยชน์แก่นาย ก. และจะทำให้ผู้บริโภคอื่นส่วนใหญ่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นด้วย ปัญหาของ “รองเท้า” นี้เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งของสินค้าอีกจำนวนมากที่หากพิจารณาลึกลงไปแล้วอาจแบ่งขายออกเป็นชิ้นส่วนย่อยๆ ได้ อีกจำนวนมาก แต่ซึ่งตามปกติมักจะบังคับขายรวมกันไป และหากยอมให้แยกขายจะทำให้เกิดปัญหาได้ เช่น รถยนต์มีทั้งส่วนที่เป็นเครื่องยนต์ ยาง โครงเหล็ก อุปกรณ์ตกแต่งภายใน เป็นต้น⁶⁷

2.4.1.2 แก่ปัญหาการกำหนดราคาที่แตกต่างกันสำหรับผู้ซื้อแต่ละราย* (Price Discrimination)⁶⁸

ตามปกติ สินค้าชนิดหนึ่งจะมี “คุณค่าหรือประโยชน์” ต่อผู้ซื้อแต่ละรายไม่เท่าเทียมกัน ผู้ซื้อแต่ละรายก็จะตั้งราคาสูงสุดที่ตนเต็มใจจะจ่าย (Reservation Price) เพื่อให้ได้สินค้านั้นมาไม่เท่าเทียมกัน โดยราคาสูงสุดนั้นจะสูงหรือต่ำก็ขึ้นอยู่กับ “คุณค่าหรือประโยชน์” ของสินค้าต่อผู้ซื้อรายนั้นๆ สมมุติว่า บริษัท ก.ขายเครื่องจักร X ซึ่งสามารถนำมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตสินค้า Y โดยมีบริษัทหนึ่งตั้งราคาสูงสุดที่เต็มใจจะจ่ายเพื่อซื้อเครื่องจักร X เท่ากับ 300,000 บาท บริษัทสองตั้งราคาสูงสุดไว้เท่ากับ 500,000 บาท และบริษัทสามตั้งราคาไว้จำนวน 800,000 บาทตามลำดับ เนื่องจากบริษัททั้งสามสามารถนำมาผลิตสินค้า Y ได้มีมูลค่าใกล้เคียงกับราคาสูงสุดที่ตั้งไว้

ดังนั้น หากบริษัท ก.ต้องการแสวงหาผลกำไรสูงสุดจากการพัฒนาเครื่องจักร X บริษัท ก.ก็ต้องขายเครื่องจักรให้แก่บริษัทหนึ่ง, บริษัทสอง, และบริษัทสามในราคา 300,000, 500,000, 800,000 บาทตามลำดับ ซึ่งจะทำให้บริษัท ก.ได้รับเงินรวม 1,600,000 บาท แต่ในทางปฏิบัติ แทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะตั้งราคาขายให้แตกต่างกันดังกล่าว เนื่องจากในท้ายที่สุด บริษัทสองและบริษัทสามก็จะไม่ซื้อเครื่องจักรจากบริษัท ก. แต่จะเปลี่ยนไปซื้อจากบริษัทหนึ่งแทน โดยบริษัทหนึ่งอาจหาประโยชน์จากการกำหนดราคาที่แตกต่างกัน (Arbitrage) ** ด้วยการขายเครื่องจักรต่อให้บริษัทสองและบริษัท

⁶⁷ สรวิต ลิ้มปริงชี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 162-163.

* ในมุมมองของนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ผลดีของการขายพ่วงที่เป็นการแก้ปัญหาการกำหนดราคาที่แตกต่างกันสำหรับผู้ซื้อแต่ละรายนั้นเป็นข้อเสียเพราะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า แต่ก็ยังยอมรับว่าทำให้เกิดประสิทธิภาพเนื่องจากช่วยลดปัญหาเรื่องต้นทุนในการทำธุรกรรม (Transaction Cost) (O'Donoghue and Padilla 2006 : 479)

⁶⁸ Richard A. Posner, *Antitrust Law: an economic perspective*, (1976), P.173.

** Arbitrage เป็นกลยุทธ์ทางการค้าอย่างหนึ่งที่ถูกรื้อแบบมาเพื่อการทำกำไรอันแน่นอนจากการทำสัญญาซื้อขายซึ่งไม่จำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมากหรือไม่ได้รับความเสี่ยงเลยในการทำสัญญาซื้อขายกันนั้น ตัวอย่างของการทำ Arbitrage จะเป็นกรณี

สามในราคา 400,000 บาท⁶⁹ หากบริษัท ก.กำหนดราคาขายเครื่องจักร X ไว้เท่ากับ 500,000 บาท สำหรับผู้ซื้อทุกราย บริษัท ก.ก็จะขายได้เพียง 2 เครื่องให้แก่บริษัทสองและบริษัทสามและได้เงินไปเพียง 1,000,000 บาท

บริษัท ก.อาจจะแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการไม่ขายเครื่องจักร X แต่ให้เช่าเครื่องจักรดังกล่าวแทน และกำหนดเงื่อนไขการเช่าไว้ได้ว่า บริษัทผู้เช่าจะต้องซื้อวัตถุดิบ Z ซึ่งจำเป็นต้องใช้กับเครื่องจักร X ในการผลิตสินค้า Y จากบริษัท ก.ด้วย และในกรณีนี้ บริษัท ก.อาจจะตั้งราคาวัตถุดิบ Z ให้สูงกว่าปกติในระดับหนึ่ง ราคาวัตถุดิบ Z ส่วนที่เพิ่มขึ้นนี้แท้ที่จริงแล้วเป็นเพียงค่าตอบแทนในการให้เช่าเครื่องจักรส่วนหนึ่ง เพียงแต่แอบแฝงอยู่ในรูปของราคาวัตถุดิบ เมื่อใช้วิธีการขายพ่วงเช่นนี้ จะมีผลให้บริษัทสองและบริษัทสามจะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่บริษัท ก.เพิ่มขึ้นมากกว่าบริษัทหนึ่ง เนื่องจากทั้งสองบริษัทนำเครื่องจักรไปใช้ผลิตสินค้าในปริมาณที่มากกว่าและต้องซื้อวัตถุดิบ Z จำนวนมากกว่าตามไปด้วย

ในกรณีที่ผู้ขายต้องให้บริการหลังการขายหรือการรับประกันในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมเครื่องจักรหรือสินค้าที่ขายด้วย การขายพ่วงในลักษณะข้างต้นยังอาจทำหน้าที่ในการคิดค่าตอบแทนในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมเครื่องจักรจากลูกค้าแต่ละรายตามค่าใช้จ่ายที่ผู้ขายจะต้องรับภาระด้วย โดยการที่บริษัทหนึ่ง บริษัทสอง และบริษัทสามใช้เครื่องจักรในการผลิตสินค้าในจำนวนที่แตกต่างกันนี้ ทำให้เครื่องจักรเกิดการสึกหรอและต้องรับการบำรุงรักษาและซ่อมแซมแตกต่างกันด้วย เครื่องจักรที่มีการใช้งานมากย่อมมีโอกาสที่จะเกิดการสึกหรอได้มากกว่าเครื่องจักรที่ใช้งานได้น้อยเป็นธรรมดา⁷⁰ หากผู้ขายต้องคิดราคาให้บริการแบบเหมารวมในราคาเดียวกับลูกค้าทุกราย จะทำให้ลูกค้าที่ใช้งานเครื่องจักรน้อยต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไปกว่าส่วนที่ตนควรจะต้องรับภาระ ในขณะที่ลูกค้าที่ใช้งานเครื่องจักรมากก็จะได้ประโยชน์เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าต้นทุนในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมที่บริษัท ก.จะต้องเสียไปในการให้บริการแก่ลูกค้ารายนั้น⁷¹

ในเรื่องนี้ได้มีการยกตัวอย่างที่น่าสนใจเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงภาพยนตร์เป็นชุด (Block Booking) ให้แก่สถานีโทรทัศน์ในหนังสือของศาสตราจารย์ Robert H. Bork และ

ซื้อตราสารในตลาดแห่งหนึ่งและขายตราสารนั้นในตลาดอีกแห่งหนึ่งซึ่งมีราคาสำหรับตราสารไม่เท่ากันโดยทำการซื้อขายในเวลาเดียวกัน (Frank K. Reilly and Keith C. Brown 1997: 1049)

⁶⁹ Bork, *The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself*, pp.376-378.

⁷⁰ *Ibid.*, p.378.

⁷¹ สรวิต ลิ้มปรีงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 164-

ศาสตราจารย์ Herbert Hovenkamp⁷² ไว้ ซึ่งจะสามารถอธิบายได้โดยตัวอย่างต่อไปนี้ คือ บริษัท A เป็นบริษัทจัดจำหน่ายภาพยนตร์ ต้องการจะให้สิทธิการฉายภาพยนตร์ 2 เรื่อง คือ เรื่องแฟนฉัน และ เรื่องบ้านทรายทองให้แก่สถานี ก. และสถานี ข. โดยสถานีทั้งสองตั้งราคาสูงสุดที่เต็มใจจะจ่ายเป็นค่าตอบแทนสำหรับสิทธิการฉายภาพยนตร์ทั้งสองเรื่องดังนี้

ตารางที่ 5 แสดงตัวอย่างของการกำหนดราคาที่แตกต่างกัน

	แฟนฉัน	บ้านทรายทอง	รวม
สถานี ก.	200,000 บาท	80,000 บาท	280,000 บาท
สถานี ข.	120,000 บาท	100,000 บาท	220,000 บาท

เหตุที่สถานีโทรทัศน์ทั้งสองตั้งราคาไว้แตกต่างกันสำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่อง เนื่องจากกลุ่มผู้ชมของสถานีโทรทัศน์ทั้งสองแตกต่างกัน และชอบภาพยนตร์ไม่เหมือนกัน “คุณค่า” (Value) ของภาพยนตร์แต่ละเรื่องที่มีต่อสถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่งจึงแตกต่างกันตามไปด้วย

ในกรณีนี้ หากจะทำให้บริษัท A ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนสูงสุด บริษัท A จะต้องสามารถคิดราคาค่าตอบแทนจากสถานี ก. สำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่องในราคาสูงสุดตามที่สถานี ก. เต็มใจจะจ่ายข้างต้น เป็นเงินรวม 280,000 บาท และคิดค่าตอบแทนจากสถานี ข. ในราคาสูงสุดเช่นกัน เป็นเงินรวม 220,000 บาท ซึ่งจะทำให้บริษัท A ได้รับค่าตอบแทนสูงสุดเป็นเงิน 500,000 บาท แต่โอกาสที่บริษัท A จะคิดค่าตอบแทนในอัตรานี้ได้มีน้อยมากแทบจะเป็นไปไม่ได้ เนื่องจากสถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่งคงจะไม่พอใจที่ได้รับการปฏิบัติจากบริษัท A ไม่เท่าเทียมกัน และต้องซื้อภาพยนตร์บางเรื่องในราคาแพงกว่าอีกสถานีหนึ่ง และอาจทำให้เกิดปัญหาในแง่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้ นอกจากนี้ ยังเป็นการยากที่บริษัท A จะสามารถค้นหาราคาสูงสุดที่สถานีโทรทัศน์แต่ละแห่งเต็มใจจะจ่ายได้ ที่สำคัญคือ บริษัท A อาจจะต้องเจรจาทอรองกับสถานีโทรทัศน์ที่ต้องการจะฉายภาพยนตร์ดังกล่าวเป็นรายเรื่องไป เพื่อจะสามารถได้รับค่าตอบแทนใกล้เคียงกับอัตราสูงสุด ซึ่ง

⁷² Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And its Practice*, pp.380-381.

จะทำให้ขั้นตอนการประกอบธุรกิจยุ่งยาก และเกิด “ต้นทุนในการทำธุรกรรม” (Transaction Costs)* เพิ่มขึ้นมาก

หากบริษัท A ต้องการจะตั้งราคาค่าตอบแทนสำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่องเป็นราคาเดียวกันสำหรับสถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่ง บริษัท A จะต้องตั้งราคาสำหรับเรื่องแพนด้าเป็นเงิน 120,000 บาทและสำหรับเรื่องบ้านทรายทองเป็นเงิน 80,000 บาท ซึ่งจะทำให้บริษัท A ได้รับค่าตอบแทนจำนวน 400,000 บาท ซึ่งน้อยกว่าจำนวนค่าตอบแทนสูงสุดที่สถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่งเต็มใจจะจ่ายเป็นเงิน 100,000 บาท

หากบริษัท A ตั้งราคาไว้เท่ากับอัตราสูงสุดที่มีผู้เต็มใจจะจ่ายสำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่อง (คิด 200,000 บาท สำหรับเรื่องแพนด้าและ 100,000 บาทสำหรับเรื่องบ้านทรายทอง) จะทำให้สถานีเพียงแห่งเดียวที่เต็มใจจะจ่ายค่าตอบแทนที่เพิ่มขึ้นสำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่องนั้นให้แก่บริษัท A (คงเหลือสถานี ก.ซื้อสิทธิสำหรับเรื่องแพนด้าและสถานี ข.ซื้อสิทธิสำหรับเรื่องบ้านทรายทอง) ทำให้บริษัท A ได้รับค่าตอบแทนเพียง 300,000 บาท ซึ่งน้อยกว่าจำนวนค่าตอบแทนสูงสุดที่สถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่งเต็มใจจะจ่ายเป็นเงิน 200,000 บาท

ในกรณีเช่นนี้ วิธีการหนึ่งที่จะทำให้บริษัท A แก้ปัญหาข้างต้นและได้รับค่าตอบแทนใกล้เคียงกับค่าตอบแทนสูงสุดที่สถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่งสามารถและเต็มใจจะจ่ายได้แก่ การขายพวง โดยการกำหนดให้สถานีโทรทัศน์ต้องซื้อภาพยนตร์เป็นชุด (Package Sale or Block Booking) กล่าวคือ ต้องซื้อสิทธิสำหรับทั้งเรื่องแพนด้าและเรื่องบ้านทรายทองไปด้วยกัน โดยบริษัท A จะคิดราคาแบบเหมารวมไปในราคาชุดละ 220,000 บาท (ซึ่งเป็นจำนวนที่มากที่สุดที่ทั้งสองสถานีสามารถยอมรับได้) บริษัท A จะได้รับค่าตอบแทนจำนวน 440,000 บาท ซึ่งน้อยกว่าจำนวนค่าตอบแทนสูงสุดที่สถานีโทรทัศน์ทั้งสองแห่งเต็มใจจะจ่ายเป็นเงิน 60,000 บาท กรณีนี้ หากมองผิวเผินจากมุมมองของบริษัท A อาจเป็นการคิดราคาจากลูกค้าทั้งสองรายอย่างเท่าเทียมกันในราคาชุดละ 220,000 บาท แต่หากมองจากมุมมองของผู้ซื้อ จะเหมือนกับว่า บริษัท A คิดราคาสำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่องไม่เท่ากัน เนื่องจากสินค้าที่ซื้อไปมีคุณค่าต่อผู้ซื้อไม่เท่ากัน โดยสำหรับสถานี ข.การซื้อเป็นชุดเช่นนี้ไม่ต่างจากการซื้อเรื่องแพนด้าในราคา 120,000 บาทและซื้อเรื่องบ้านทรายทองในราคา 100,000 บาท ส่วนสถานี ก.ก็ไม่ต่างจากการซื้อเรื่องแพนด้าในราคา 140,000 บาทและซื้อเรื่องบ้านทรายทองใน

* Transaction Cost เป็นค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมซื้อขายสินค้า หากค่าใช้จ่ายส่วนนี้มีน้อยก็จะแสดงให้เห็นถึงว่าตลาดนั้นมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ โดยประสิทธิภาพในส่วนนี้ถือว่าเป็นประสิทธิภาพภายใน (Internal Efficiency)(Frank K. Reilly and Keith C. Brown 1997: 107)

ราคา 80,000 บาท การขายเป็นชุดให้กับบริษัท A ยังช่วยตัดปัญหาเรื่องการเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการที่จะต้องเจรจาต่อรองเพื่อหาราคาที่เหมาะสมสำหรับภาพยนตร์แต่ละเรื่องเป็นรายเรื่องไปด้วย

การที่ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถคิดราคาที่แตกต่างกันโดยอาศัยการขายพวงดังกล่าวก่อ ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจมีแรงจูงใจในการผลิตสินค้าให้มากขึ้นจนเพียงพอกับอุปสงค์ในตลาด หรือเท่ากับอุปทานสินค้าที่จะมีการผลิตในตลาดที่แข่งขันกันตามปกติ เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจจะสามารถแสวงหากำไรจากเงินลงทุนของตนได้เพิ่มขึ้นจากผู้ซื้อแต่ละรายแม้ว่าจะปราศจากข้อได้เปรียบในต้นทุนของสินค้า (Absence of Cost Advantages)⁷³ หากผู้ประกอบการธุรกิจคิดค่าตอบแทนแตกต่างกันตามแต่ว่าสินค้านั้นจะมี “คุณค่าหรือประโยชน์” ต่อผู้ซื้อแต่ละรายมากน้อยกว่ากันเพียงไร⁷⁴ โดยแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนว่าทำให้ตลาดแข่งขันกันอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยสำนักความคิดเสรีนิยม (Chicago School) หลายคนไม่ว่าจะเป็น Bowman, Posner, Bork ได้แย้งทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจที่ว่าจะมีผลกระทบต่อตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพวงนั้นว่าไม่มีทางเป็นไปได้⁷⁵ โดยข้อโต้แย้งของสำนักความคิดเสรีนิยมนั้นสามารถยกตัวอย่างได้ดังแบบจำลองต่อไปนี้

สมมติว่ามีสินค้าอยู่ 2 ชนิด คือ สินค้า A และสินค้า B ซึ่งสินค้าทั้งสองชนิดไม่เกี่ยวข้องกันและก็อาจใช้สอยสินค้าทั้งสองร่วมกันหรือแยกกันใช้สอยก็ได้ ส่วนผู้บริโภคนั้นมีอุปสงค์ในสินค้าแต่ละชนิดเท่ากับ V_A และ V_B ตามลำดับและเพื่อที่จะพิสูจน์ถึงกลยุทธ์การขายพวง จะสมมติว่าไม่มีต้นทุนในการรวมสินค้าเพื่อขายพวง ตลาดของสินค้า A ถูกผูกขาดโดยบริษัท ก. โดยต้นทุนในการผลิตเท่ากับ C_A (ซึ่งน้อยกว่า V_A) และสมมติว่าการเข้าสู่ตลาดสินค้า A ไม่สามารถทำได้ (โดยบริษัท ก. อาจได้รับสิทธิบัตรหรือมีฐานการผลิตมั่นคงจนทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถเข้ามาสู้ได้) และสมมติว่าตลาดของสินค้า B ถูกครอบงำแบ่งตลาดเพียงสองบริษัท คือ บริษัท ก. และบริษัท ข. โดยต้นทุนในการผลิตสินค้า B ของทั้งสองบริษัทเท่ากับ C_B และ C_{Bc} ตามลำดับ และสมมติให้บริษัท ก. และบริษัท ข. อยู่ในตลาดและได้จ่ายต้นทุนจมในการเข้าสู่ตลาดแล้ว (ถ้ามี) ซึ่งบริษัท ก. พยายามวางแผนว่าจะขายสินค้าทั้งสองชนิดพวงกันไปหรือขายแยกออกจากกัน แผนการของบริษัท ก. สามารถแยกตามรายการดังนี้

⁷³ Jay Pil Choi, *Recent developments in antitrust: theory and evidence*, 1st ed., (United States of America: Massachusetts Institute of Technology, 2007), p.61.

⁷⁴ สรวิต ลิ้มปั้งซี, *กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ*, หน้า 166-168.

⁷⁵ Choi, *Recent developments in antitrust: theory and evidence*, p.62.

1) หากบริษัท ก.ผลิตและขายสินค้าทั้งสองชนิดแยกกัน (No Bundling) กำไรรวมของบริษัท ก.จะเป็นไปตามสมการดังต่อไปนี้

$$\Pi_i = (V_A - C_A) + \max [C_{Bc} - C_{B_i}, 0]$$

จากสมการนี้สามารถอธิบายได้ว่า หากสินค้า A, B ขายแยกกันก็สามารถแยกวิเคราะห์หรือออกจากกันได้ บริษัท ก.ก็จะสามารถทำกำไรจากการขายสินค้าในตลาดสินค้า A เท่ากับ $(V_A - C_A)$ ส่วนในตลาดสินค้า B ผู้ผลิตไม่ว่าจะเป็นบริษัท ก. หรือ บริษัท ข.จะได้รับกำไรมากที่สุดก็ต่อเมื่อมีต้นทุนของสินค้า B ต่ำ ดังนั้น บริษัท ก.จะมีกำไรในสินค้า B เท่ากับ $\max [C_{Bc} - C_{B_i}, 0]$ กำไรรวมของบริษัท ก.จึงได้เท่ากับสมการข้างต้น

2) หากบริษัท ก.ผลิตและขายสินค้าทั้งสองชนิดรวมกันหรือใช้กลยุทธ์ขายพ่วงแบบบันเดิล (Bundling) กรณีนี้ผู้บริโภคจะมีสองทางเลือก ทางเลือกแรกคือซื้อสินค้า A, B ที่มีการพ่วงกันแล้วจากบริษัท ก. ในราคาเท่ากับ P หรือทางเลือกที่สองคือซื้อเฉพาะสินค้า B จากบริษัท ข. สำหรับในทางเลือกแรกราคา P ควรจะเป็นดังนี้

$$V_A + V_B - P \geq V_B - C_{Bc}$$

ฉะนั้นราคาขายพ่วงที่บริษัท ก.สามารถตั้งราคาได้สูงที่สุดนั้นจึงเท่ากับ $P = V_A + C_{Bc}$ ฉะนั้นกำไรที่บริษัท ก.จะได้รับก็คือ $(V_A + C_{Bc}) - (C_A + C_{B_i})$ หรือเท่ากับ $(V_A - C_A) + (C_{Bc} - C_{B_i})$ หรืออาจแสดงเป็นสมการได้ว่ากำไรรวมของบริษัท ก. จะเป็นดังนี้

$$\tilde{\Pi}_i = \max [(V_A - C_A) + (C_{Bc} - C_{B_i}), 0]$$

ดังนั้น จากทางเลือกทั้งสองจะเห็นว่า $\tilde{\Pi}_i < \Pi_i$ เว้นแต่บริษัท ก.มีต้นทุนในการผลิตสินค้า B ต่ำกว่าบริษัท ข. ซึ่งแม้จะเป็นเช่นนั้นจริงก็พบว่าการขายพ่วงจะไม่มีผลทำให้กำไรรวมของบริษัท ก. เปลี่ยนแปลงไป ($\tilde{\Pi}_i = \Pi_i$) จึงสามารถบอกเป็นนัยๆ ได้ว่าบริษัท ก.จะไม่มีแรงจูงใจที่จะใช้กลยุทธ์ขายพ่วงเพื่อให้ได้อำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าที่ถูกนำมาพ่วง ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การกำหนดราคาที่แตกต่างกันสำหรับผู้ซื้อแต่ละราย (Price Discrimination) ได้เข้ามามีบทบาทในการสร้างแรงจูงใจในการขายพ่วง ซึ่งตรงข้ามกับทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจโดยสิ้นเชิง⁷⁶

⁷⁶ Ibid., pp.64-65.

อย่างไรก็ตาม จากสมการข้างต้นในส่วนของระดับต้นทุนของแต่ละบริษัทนั้น จะเห็นได้ว่าการขายสินค้าทั้งสองชนิดแยกกันจะช่วยส่งเสริมให้เกิดประสิทธิภาพอย่างคงที่เท่ากันเพราะทำให้เกิดการผลิตสินค้า B โดยผู้ผลิตสินค้าที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดฝ่ายเดียว แต่หากการขายพ่วงสินค้าทั้งสองชนิดการผลิตสินค้าสามารถทำได้โดยบริษัทที่ใช้กลยุทธ์ดังกล่าวแม้ว่าบริษัทตนจะมีต้นทุนในการผลิตสินค้า B มากกว่าตราบเท่าที่ต้นทุนที่เสียเปรียบของตน ($C_{B_i} - C_{B_c}$) น้อยกว่าเงินกำไรเฉพาะที่มีอยู่ในตลาดสินค้า A ($S_A = V_A - C_A$) จากตัวอย่างจำลองเบื้องต้น แรงจูงใจจากสังคมและภาคธุรกิจสำหรับการขายพ่วงจึงเกิดขึ้นพร้อมๆกัน⁷⁷

2.4.1.3 การรักษาคุณภาพและชื่อเสียงของสินค้า (Protection of Goodwill)⁷⁸

เครื่องจักรต่างๆที่ใช้ในการผลิตสินค้าจะสามารถทำงานได้ดีและผลิตสินค้าที่มีคุณภาพสูงตามที่ต้องการได้หรือไม่นั้น นอกจากจะขึ้นอยู่กับการทำงานของตัวเครื่องจักรเองแล้ว ชิ้นส่วนอะไหล่และการบำรุงรักษาก็มีส่วนอย่างมากที่จะทำให้เครื่องจักรนั้นผลิตสินค้าที่มีคุณภาพตามที่ต้องการ ฉะนั้น ในบางครั้ง ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผลิตเครื่องจักรจึงประสงค์จะเข้าไปดำเนินการดูแลรักษาหรือซ่อมแซมเครื่องจักรเอง เพื่อจะได้สามารถดูแลให้เครื่องจักรอยู่ในสภาพที่ดีตลอดเวลา ผู้ผลิตเครื่องจักรจึงอาจบังคับขายพ่วงโดยให้ผู้ซื้อหรือเช่าเครื่องจักรต้องซื้ออะไหล่และบริการในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมจากผู้ผลิตนั้นด้วย เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้ผลิตเครื่องจักรย่อมจะมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกลไกการทำงานของเครื่องจักรดังกล่าวดีกว่าผู้อื่น และทราบว่าจะต้องใช้อุปกรณ์หรืออะไหล่ชนิดหรือประเภทใดในการซ่อมแซมจึงจะทำให้เครื่องจักรสามารถใช้งานได้ดีตลอดเวลา หากให้ผู้ซื้อหรือเช่าเครื่องจักรซ่อมแซมเองหรือจ้างช่างภายนอกไปซ่อมแซมอาจจะทำให้เครื่องจักรเสียหายหรือทำงานผิดปกติได้ และอาจมีการนำอุปกรณ์หรืออะไหล่ที่ไม่ได้คุณภาพไปใช้ทดแทนชิ้นส่วนของแท้ในเครื่องจักรนั้น ซึ่งหากมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นอาจทำให้ผู้ขายเครื่องจักรเกิดความรับผิดจากการรับประกันคุณภาพสินค้าตามระยะเวลาที่กำหนด หรืออาจทำให้เครื่องจักรที่ให้เช่าเสียหายจนไม่สามารถใช้งานได้ตามปกติได้ และทำให้ผู้เช่าเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าที่ควรจะต้องเสีย⁷⁹

⁷⁷ *Ibid.*, p.65.

⁷⁸ Posner, *Antitrust Law: an economic perspective*, p.181.

⁷⁹ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 169

ในกรณีของสัญญาแฟรนไชส์* ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisor) มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับในอันที่จะรักษาชื่อเสียงและคุณภาพของสินค้าและบริการในร้านของผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Franchisee)⁸⁰ เพราะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้ลงทุนในการพัฒนาและประชาสัมพันธ์สินค้าและเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชส์ของตนให้เป็นที่ยอมรับของผู้บริโภค การที่ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิรายใดรายหนึ่งจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานคุณภาพที่ต้องการ อาจทำให้ชื่อเสียงของร้านแฟรนไชส์นั้นโดยรวมต้องเสียหายตามไปด้วย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงอาจวางเงื่อนไขบังคับให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องซื้ออุปกรณ์การผลิต วัตถุดิบต่างๆ ตลอดจนสินค้าสำเร็จรูปจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งเรื่องนี้เรียกว่าเป็นการประกันคุณภาพของสินค้า (Quality Control Justification)** ยกตัวอย่างเช่น บริษัทไอเด็งผู้ผลิตก๊วยเตี๋ยวเป็นเจ้าของเครือข่ายแฟรนไชส์ “ร้านก๊วยเตี๋ยวไอเด็ง” อาจวางข้อกำหนดว่าผู้ที่เป็นสมาชิกและได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ขายของร้านแฟรนไชส์ “ก๊วยเตี๋ยวไอเด็ง” จะต้องซื้อเส้นก๊วยเตี๋ยวและลูกชิ้นทั้งหมดที่จำหน่ายในร้านจากบริษัทไอเด็งด้วย ในกรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าบริษัทไอเด็งได้ขาย “ก๊วยเตี๋ยวและลูกชิ้นไอเด็ง” พวงไปกับการให้ “สิทธิในการเป็นสมาชิกแฟรนไชส์ร้านก๊วยเตี๋ยวไอเด็ง”

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีการรักษาคุณภาพและชื่อเสียงของสินค้านั้น การขายพวงมิใช่วิธีการเดียวที่จะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจอาจกำหนดมาตรฐานหรือระเบียบให้ผู้ซื้อ ผู้เช่า หรือผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ต้องปฏิบัติตามเพื่อที่จะทำให้เครื่องจักร สินค้า หรือธุรกิจแฟรนไชส์ มีคุณภาพและมาตรฐานตามที่ต้องการ ในกรณีที่ต้องทำการบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมเครื่องจักร ก็อาจให้บุคคลภายนอกทำการซ่อมแซมแทนได้ แต่ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานหรือระเบียบหรือมาตรฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นกำหนด หรือผู้เป็นสมาชิกแฟรนไชส์อาจจะซื้อสินค้าจากบุคคลภายนอกมาขายในร้านก็ได้ แต่สินค้านั้นต้องได้มาตรฐานหรือมีลักษณะตามที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในแฟรนไชส์นั้นกำหนด การกำหนดมาตรฐานหรือระเบียบนั้นมีข้อด้อยคือ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคอยตรวจตราและ

* แฟรนไชส์ (Franchise) หมายถึง การที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ (Franchisor) ได้อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจอีกรายหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ (Franchisee) มีสิทธิในการจัดจำหน่ายสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่งในเครือข่ายแฟรนไชส์ของผู้ให้สิทธิ โดยผู้รับสิทธิตกลงจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมแก่ผู้ให้สิทธิ โดยมีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดว่า ผู้รับอนุญาตจะต้องใช้ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายการค้า หรือรูปแบบการประกอบธุรกิจเป็นอย่างเดียวกันกับผู้ให้สิทธิกำหนด ผู้ให้สิทธิจะถ่ายทอดวิธีการประกอบธุรกิจให้แก่ผู้รับอนุญาต และจะให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคตลอดอายุสัญญาแฟรนไชส์ เป็นต้น (Dorothy Livingston & Jonathan Scott 1995: 96-97)

⁸⁰ Phillip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, (1988), pp.709-710.

** ในอดีตแนวคิดในเรื่องการประกันคุณภาพของสินค้านั้นไม่ได้รับการยอมรับจากศาลดังจะเห็นได้จากคำตัดสินในคดี *Siegel v. Chicken Delight, Inc.* 448 F.2d 43 (9th Cir. 1971) (คดีคา ธนิตกุล 2551: 73)

สอดคล้องโดยตลอดว่า มีการปฏิบัติตามมาตรฐานหรือระเบียบนั้นอย่างเคร่งครัดหรือไม่ หากผู้ซื้อ ผู้เช่า หรือผู้ที่เป็นสมาชิกแฟรนไชส์มีจำนวนมากแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจก็จะต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการตรวจตราและสอดคล้องดังกล่าว ทำให้อาจจะไม่คุ้มกับประโยชน์ที่จะได้รับ⁸¹

2.4.2 ผลเสียของการขายพ่วง

2.4.2.1 ทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจ (Leverage Theory)*

เหตุที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับกาที่ผู้ประกอบธุรกิจนำกลยุทธ์การขายพ่วงมาใช้ เนื่องจากกลยุทธ์ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมากต่อกลไกการแข่งขันอย่างเสรีในตลาด ผลกระทบประการหนึ่งคือ ผู้ประกอบธุรกิจอาจใช้กลยุทธ์การขายพ่วงเป็นเครื่องมือในการใช้อิทธิพลหรืออำนาจเหนือตลาดที่ตนมีอยู่ในตลาดของ “สินค้าที่มีการพ่วง” ในการสร้างหรือแผ่ขยายอิทธิพลหรืออำนาจนั้นไปสู่ตลาดของ “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” ซึ่งเราอาจเรียกแนวคิดนี้ว่าเป็น “ทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจ” (Leverage Theory) โดยการบีบบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อ “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” จากผู้ประกอบธุรกิจนั้นโดยผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจได้รับสิทธิบัตรใน “สินค้าที่มีการพ่วง” โดยรัฐก็ได้ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวได้รับส่วนแบ่งตลาดของ “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” มากขึ้นจนในที่สุดอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นมีอำนาจเหนือตลาดหรือมีอิทธิพลในตลาดของ “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” (Tied Product) ด้วยอีกตลาดหนึ่ง งานเขียนในระยะหลังๆ ได้มีการวิเคราะห์ถึงทฤษฎีคลาสสิกดังกล่าวนี้ โดยยืนยันว่าข้อโต้แย้งของสำนักชिकाไ้ยอมไม่สามารถนำมาใช้ได้อีกในแบบจำลองต่างๆ⁸²

อันตรายที่แท้จริงของการขายพ่วงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้อาจจะไม่ได้อยู่ที่การขายพ่วงโดยตรง เนื่องจากในการบังคับขาย ผู้ประกอบธุรกิจอาจจะขาย “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” ในราคาที่ดีกว่าจนอาจจะต่ำกว่าต้นทุนการผลิต แต่ผลเสียจะเกิดแก่ผู้บริโภคในภายหลังเมื่อผู้ประกอบ

⁸¹ Posner, *Antitrust Law: an economic perspective*, pp.175-176.

* ในคดี *Northern Pacific Railway Co. V. United States*, 356 U.S. 1, 6, 78 S. Ct. 514, 518 (1958) ได้ให้เหตุผลในการห้ามใช้กลยุทธ์การขายพ่วงไว้ว่า การขายพ่วงแทบจะไม่ได้ทำเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใด นอกเหนือจากการกีดกันทางการค้า... ทำให้คู่แข่งไม่สามารถเข้าถึงตลาดของ “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” ได้โดยไม่ใช่เพราะว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้การขายพ่วงมีสินค้าที่มีคุณภาพดีกว่าหรือสินค้านั้นมีราคาถูกกว่า แต่เป็นเพราะว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีอำนาจหรืออิทธิพลในอีกตลาดหนึ่ง ในขณะที่เดียวกัน ผู้ซื้อถูกบังคับให้สละสิทธิในการเลือกระหว่างสินค้าที่แข่งขันกัน... ด้วยเหตุต่างๆนี้ การขายพ่วงจึงเป็นการกีดกันทางการค้าที่ไม่สมควรในตัวเอง หากผู้ประกอบธุรกิจ (ที่ใช้การขายพ่วงนั้น) มีอำนาจเหนือตลาดมากพอในตลาดของ “สินค้าที่มีการพ่วง” ในอันที่จะกีดกันทางการค้าอย่างเสรีในตลาด... (Herbert Hovenkamp, p.363)

⁸² Choi, *Recent developments in antitrust: theory and evidence*, p.81.

ธุรกิจนั้นสามารถสร้างอำนาจเหนือตลาดของ “สินค้าที่ผูกนำไปพวง” ได้แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจึงจะ ตักตวงและแสวงหาผลประโยชน์จากผู้บริโภค ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้รับผลกำไรเกินกว่าระดับที่ ควรจะได้ทั้งในตลาดของ “สินค้าที่มีการพวง” และตลาดของ “สินค้าที่ผูกนำไปพวง”⁸³

2.4.2.2 การจำกัดเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าหรือปิดตลาด (Foreclosure)⁸⁴

การขายพวงนั้นถูกมองว่า เป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ซื้อในอันที่จะเลือกซื้อสินค้าได้ อย่างเสรีในตลาด ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถตัดสินใจซื้อโดยพิจารณาจากคุณภาพหรือราคาของสินค้า ตามแต่ตนจะพึงพอใจ ถึงแม้ว่าในบางกรณีสินค้าคนละยี่ห้อจะมีคุณภาพหรือราคาที่เหมาะสมกัน ผู้ซื้อ หรือผู้บริโภคนั้นก็ยังคงต้องการที่จะมีอิสระในการเลือกผู้จำหน่ายสินค้าหรือยี่ห้อที่จะทำการซื้อขาย อย่างไรก็ตาม ผู้ขายส่วนมากมักชอบที่จะซื้อสินค้าจากผู้ขายหลายยี่ห้อแม้คุณภาพและราคาสินค้า ไม่แตกต่างกันก็ตาม การยึดติดกับสินค้าเพียงยี่ห้อเดียวก่อให้เกิดความเสี่ยงทางธุรกิจต่อผู้ซื้อ หากว่า ผู้ขายยี่ห้อหนึ่งมีปัญหาทางด้านแรงงาน ทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้น และคุณภาพของสินค้าต่ำลง หรือมี การผิมนัดในการส่งมอบสินค้า ผู้ซื้ออาจเผชิญกับความสูญเสียได้ ซึ่งความเสียหายในส่วนนี้ผู้ซื้ออาจ หลีกเลี่ยงได้โดยการซื้อสินค้ายี่ห้ออื่นที่มีในตลาดและเป็นสินค้าที่ตรงกับอุปสงค์ของผู้ซื้อ⁸⁵ ฉะนั้น การ ขายพวงทำให้ผู้ซื้อถูกบังคับให้ต้องซื้อ “สินค้าที่ผูกนำไปพวง” (Tied Product) ด้วย ทั้ทั้งที่ผู้ซื้ออาจจะ ต้องการแต่เพียง “สินค้าที่มีการพวง” (Tying Product) เช่น บริษัท A ซึ่งเป็นผู้ซื้ออาจจะต้องการซื้อแต่ สินค้า X แต่เนื่องจากบริษัท ก. กำหนดเงื่อนไขการขายพวง บริษัท A จึงต้องซื้อทั้งสินค้า X และสินค้า Y ด้วย ผู้ที่จะได้รับผลกระทบนอกจากจะมีผู้ซื้อสินค้าแล้ว ยังรวมถึงผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ผลิตและ ขายสินค้าชนิดหรือประเภทเดียวกันกับ “สินค้าที่ผูกนำไปพวง” ด้วย เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น นั้นจะถูกปิดกั้น (Foreclosure) ทำให้ไม่สามารถผลิตและเสนอขายสินค้าของตนให้แก่ผู้ซื้อได้อีก⁸⁶ โดยกรณีตามตัวอย่างข้างต้น บริษัทอื่นอาจจะไม่สามารถขายสินค้า Y ให้แก่บริษัท A ได้ เพราะบริษัท A ได้ซื้อไปจากบริษัท ก. แล้ว แม้ว่าในความเป็นจริง บริษัท A อาจจะต้องซื้อสินค้า Y จากผู้ ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ผลิตสินค้าที่มีคุณภาพดีกว่า และเป็นที่ยอมรับของผู้บริโภคมากกว่า⁸⁷

⁸³ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 155-156.

⁸⁴ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.479.

⁸⁵ Leslie, *Tying Conspiracies*. [Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>

⁸⁶ Areeda & Kaplow, *Antitrust Analysis*, p 704.

⁸⁷ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 156-157.

2.4.2.3 เป็นเครื่องมือในการควบคุมและลงโทษสมาชิกที่ร่วมกันทำความตกลงเพื่อกีดกันทางการค้าด้วยตนเอง⁸⁸

การขายพ่วงยังอาจถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบของกลุ่มผู้ผลิตที่ร่วมกันกีดกันทางการค้าโดยการกำหนดราคา * "สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง" ร่วมกัน โดยผู้ผลิตอาจกำหนดว่าผู้ซื้อไม่จำเป็นต้องซื้อ "สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง" จากผู้ผลิตนั้น หากผู้ซื้อสามารถซื้อสินค้านั้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ในราคาที่ถูกลงกว่า ในกรณีนี้ ผู้ผลิตก็จะทราบได้ว่าสมาชิกในกลุ่มรายใดที่ทำการหลอกลวง (Cheating) สมาชิกรายอื่นด้วยการแอบตัดราคาสินค้า เนื่องจากผู้ซื้อจะเป็นผู้ให้ข้อมูลว่าสามารถซื้อสินค้านั้นจากผู้ประกอบธุรกิจรายใดในราคาที่ถูกลงกว่าได้ หากผู้ซื้อไม่ต้องการที่จะซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้กลยุทธ์การขายพ่วงนั้น⁸⁹ ซึ่งหลังจากทราบว่าสมาชิกผู้ใดหลอกลวงโดยการแอบตัดราคาแล้ว สมาชิกคนดังกล่าวก็จะได้รับการลงโทษโดยการปรับเป็นเงินหรือการทำสงครามราคาได้กลับ (retaliatory price war) ** เพื่อเป็นการนำผลกำไรจากสมาชิกคนดังกล่าวกลับคืนมา ยกตัวอย่างเช่น บริษัท A, บริษัท B, บริษัท C เป็นผู้ผลิตสินค้า ก. และ ข. ทั้งสามบริษัทได้แอบร่วมกันกำหนดราคาขายสินค้าในราคาหน่วยละ 100 บาท ในกรณีนี้ บริษัท A อาจวางข้อกำหนดบังคับลูกค้าของตนว่า หากประสงค์จะซื้อสินค้า ก. จะต้องซื้อสินค้า ข. ในอัตราส่วนที่กำหนดในราคาหน่วยละ 100 บาท แต่หากลูกค้าสามารถแสดงได้ว่า อาจซื้อสินค้า ข. จากผู้ผลิตอื่นได้ในราคาต่ำกว่า 100 บาทได้ ลูกค้ารายนั้นก็จะมีสิทธิซื้อเฉพาะสินค้า ก. และไม่ต้องถูกบังคับให้ซื้อสินค้า ข. ด้วย หากลูกค้ารายหนึ่งเกิดสามารถแสดงได้ว่า ซื้อสินค้า ข. ได้ในราคาหน่วยละ 95 บาทจากบริษัท B เพื่อจะไม่ต้องถูกบังคับให้ซื้อสินค้า ข. ดังกล่าว บริษัท A ก็จะสามารถรู้ได้ทันทีว่า บริษัท B กำลังแอบหลอกลวงสมาชิกอื่นที่ร่วมกันกำหนดราคาด้วยการแอบลดราคาให้ลูกค้ารายนั้น⁹⁰ และจะมีมาตรการลงโทษบริษัท B ตามมาภายหลัง สิ่งนี้เองทำให้ความตกลงร่วมกันในการกำหนดราคาสินค้า หรือปริมาณการผลิตสินค้า

⁸⁸ Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And its Practice*, pp.374-375.

* การร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือกำหนดปริมาณสินค้าที่จะผลิต คือ การที่ผู้ประกอบการในระดับเดียวกัน เช่น ผู้ผลิตสินค้าชนิดหนึ่งจำนวน 5 ราย ซึ่งมียอดขาย 90% ของสินค้านั้นในตลาด ตกลงกันว่าจะลดการผลิตสินค้าลง 10% ของปริมาณการผลิตในปีที่ผ่านมาพร้อมกับจะขึ้นราคาสินค้า 20% เป็นหน่วยละ 100 บาท เป็นต้น พฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมกีดกันทางการค้าในแนวนอน (horizontal restraint) คือพฤติกรรมกีดกันทางการค้าซึ่งร่วมกันกระทำโดยผู้ประกอบการในระดับเดียวกัน (ศักดิ์ดา ธนิตกุล 2551: 62)

⁸⁹ *Ibid.*

** การทำสงครามราคาได้กลับ (retaliatory price war) เป็นวิธีการโต้ตอบแบบตาต่อตาฟันต่อฟัน โดยการที่หากหุ้นส่วนทางธุรกิจที่ร่วมฮั้วตัดราคาสินค้าในช่วงเวลาหนึ่ง หุ้นส่วนอื่นที่ร่วมฮั้วด้วยก็จะทำการตัดราคาสินค้าบ้างในช่วงเวลาถัดมา ทั้งนี้เพื่อให้ส่วนกำไรที่สูญเสียไปจากหุ้นส่วนที่ทรยศกลับคืนมาที่ตน (Christopher R. Leslie 2004: 618)

⁹⁰ สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, ฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 158.

(Cartel) มีเสถียรภาพและเหนียวแน่นมากขึ้น เพราะการที่ให้แรงจูงใจแก่ผู้ประกอบการในลักษณะนี้ก็เปรียบเสมือนการใช้ให้ผู้บริโภคเป็นตำรวจคอยตรวจตราว่ามีการทุจริตในการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าหรือไม่⁹¹

2.4.2.4 เป็นเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงการควบคุมราคา (Avoidance of price regulation)⁹²

ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสาธารณูปโภคบางอย่างซึ่งทางราชการได้ควบคุมราคาสินค้าหรือบริการที่ได้รับอนุญาตไว้ด้วย ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นไม่สามารถขายสินค้าหรือบริการได้ในระดับราคาที่อาจจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้รับผลตอบแทนสูงสุดจากเงินลงทุนของตน (Maximizing Profits) ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นอาจหลีกเลี่ยงการควบคุมราคาดังกล่าวได้โดยการบังคับขายสินค้าหรือบริการฟ่วงไปกับสินค้าหรือบริการที่ถูกควบคุมราคานั้นแล้วคิดราคา “สินค้าที่ถูกนำไปฟ่วง” นั้นในราคาสูงขึ้นจนเท่ากับระดับราคาที่จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายนั้นได้รับผลกำไรสูงสุดจากการลงทุนของตน ราคา “สินค้าที่ถูกนำไปฟ่วง” ซึ่งเพิ่มขึ้นเพราะเหตุนี้แท้ที่จริงแล้วเป็นกำไรสำหรับสินค้าหรือบริการที่มีการควบคุมราคา ผู้ประกอบการเพียงแต่นำมาซ้อนเงินไว้ในราคาของ “สินค้าที่ถูกนำไปฟ่วง” ยกตัวอย่างเช่น บริษัท ก. ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรศัพท์แต่ทางราชการได้ควบคุมราคาค่าใช้บริการไว้ ทำให้โดยเฉลี่ยในแต่ละเดือน บริษัท ก. ได้รับผลกำไรประมาณ 100 บาทต่อโทรศัพท์ 1 เครื่อง บริษัท ก. คำนวณว่าหากสามารถคิดค่าบริการได้ในราคาที่สามารทำได้สูงสุดเท่าที่ผู้บริโภคจะยอมจ่าย จะทำให้บริษัท ก. ได้รับผลกำไรประมาณเดือนละ 150 บาทต่อโทรศัพท์ 1 เครื่อง บริษัท ก. อาจจะบังคับให้ผู้ใช้บริการต้องเช่าเครื่องโทรศัพท์จากบริษัท ก. เท่านั้น หากตามปกติค่าเช่าโทรศัพท์ประมาณเดือนละ 10 บาท บริษัท ก. อาจจะคิดค่าเช่าโทรศัพท์เพิ่มขึ้นอีกเดือนละ 50 บาทเพื่อชดเชยผลกำไรที่ขาดหายไปจากการควบคุมค่าบริการดังกล่าว⁹³

2.4.2.5 เป็นการปกปิด “การตัดราคาสินค้าเพื่อทำลายคู่แข่ง” (Predatory Pricing)⁹⁴

ในกรณีที่ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสินค้าชนิดหนึ่งต้องการจะทำลายล้างคู่แข่งของตนด้วยการขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนการผลิตของตน ทำให้สินค้าของผู้ประกอบการนั้นมีราคาถูกกว่าคู่แข่งชันมาก และผู้บริโภคเปลี่ยนไปซื้อสินค้าจากผู้ประกอบการนั้นแทน จนในที่สุด

⁹¹ Ibid.

⁹² Bork, *The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself*, p.376.

⁹³ Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy The Law Of Competition And its Practice*, p.376.

⁹⁴ Ibid., pp.377-378.

คู่แข่งซึ่งมี “สายป่าน” หรือ เงินทุนน้อยกว่าประสบภาวะขาดทุนจากการที่ไม่สามารถขายสินค้าได้ จนกระทั่งไม่อาจประกอบธุรกิจต่อไปได้ เมื่อคู่แข่งต้องออกจากตลาดไปแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจึงจะ “ถอนทุน” ที่เสียไปในการขายต่ำกว่าทุนดังกล่าวด้วยการขึ้นราคาสินค้าในภายหลัง โดยการขึ้นราคาสินค้านั้นภายหลังจะไม่กระทบต่อยอดขายสินค้านัก เนื่องจากขณะนั้น ผู้ที่แข่งขันในตลาดนั้นมี น้อยลง และผู้ที่เหลืออยู่ก็ไม่มีอำนาจในตลาดมากพอที่จะขัดขวางการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ ประกอบธุรกิจนั้นที่มีมากขึ้นได้ การขายพ่วงอาจช่วยปกปิดการขายต่ำกว่าทุนได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจ อาจขายสินค้าชนิดหนึ่งในราคาปกติ แต่ขายพ่วงสินค้าอีกชนิดหนึ่งในราคาต่ำกว่าต้นทุนการผลิต สินค้าชนิดนั้น ทำให้ผลรวมจากการขายพ่วงผู้ซื้อสามารถซื้อสินค้าสองชนิดได้ในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน รวมในการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าทั้งสอง ยกตัวอย่างเช่น บริษัท ก. เป็นบริษัทผู้ผลิตสินค้า X ราย ใหญ่ ต้องการจะตัดราคาต่ำกว่าทุนเพื่อทำลายบริษัท ข. ซึ่งเป็นคู่แข่งรายหนึ่ง บริษัท ก. อาจจะ กำหนดการขายพ่วงเพื่อจูงใจให้ลูกค้าเปลี่ยนจากการซื้อสินค้าของบริษัท ข. มาเป็นซื้อจากบริษัท ก. แทนได้ โดยการวางเงื่อนไขไว้ว่า หากลูกค้าซื้อสินค้า X จากบริษัท ก. จำนวนเท่าใดก็ตามในราคาปกติ หน่วยละ 100 บาท ลูกค้าสามารถซื้อสินค้า Y จากบริษัท ก. ได้ในราคาหน่วยละ 50 บาท ทั้งนี้ ที่ ต้นทุนการผลิตสินค้า X และ Y เท่ากับหน่วยละ 80 บาท เช่นนี้ จะมีผลเท่ากับว่าลูกค้าสามารถซื้อ สินค้า X และ Y ได้ในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตรวมของสินค้าทั้งสองชนิด⁹⁵

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹⁵ สรวิต ลิ้มปริงซี, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ, หน้า 159-

บทที่ 3

หลักกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงของแต่ละประเทศ

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างมาก เพราะเป็นประเทศแรกที่มีการริเริ่มนำกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาใช้ และแนวคิดทางด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าก็มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ในขณะเดียวกันได้มีสำนักความคิดต่างๆเกิดขึ้น ซึ่งล้วนแต่มีจุดกำเนิดจากประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งสิ้น กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยมีพัฒนาการตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันโดยผ่านคำพิพากษาของศาลตามอิทธิพลของระบบ common law

3.1.1 บทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง

3.1.1.1 Sherman Act 1890

การบังคับขายพ่วง (Tying Arrangement) ซึ่งรวมทั้งการบังคับขายพ่วงสินค้าและการบริการ¹ ถือเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่ง Sherman Act 1890 มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า

“สัญญาทุกชนิด, การรวมกันในรูปแบบของทรัสต์หรืออื่น, หรือการสมคบกัน, ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าในบรรดารัฐต่างๆ, หรือในต่างประเทศ, ถือว่าเป็นความผิด ผู้ใดที่ทำสัญญาหรือทำการรวมกันหรือทำการสมคบกันเพื่อทำความผิดดังกล่าวถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาร้ายแรง ในกรณีที่เป็นิติบุคคลต้องระวางโทษปรับไม่เกิน \$100,000,000 หากเป็นบุคคลธรรมดาต้องระวางโทษปรับไม่เกิน \$1,000,000 หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตาม Sherman Act 1890 มาตรา 1 นั้น กฎหมายมุ่งคุ้มครองมิให้มีการบิดเบือนกลไกการแข่งขันในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของผู้บริโภคในการเลือกทั้งสินค้าและบริการ และเนื่องจากมีการใช้ถ้อยคำในมาตรา 1 แบบรวมๆว่า “สัญญาทุกชนิด...” (Every

¹ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, 4th ed., (St. Paul, Minn. : West Pub. Co., 1994), p.326.

contract...) ฉะนั้นจึงครอบคลุมถึงการบังคับขายพ่วงทั้งสินค้า, บริการ, และอื่นๆที่ไม่ใช่สินค้าหรือบริการ เช่น ที่ดินในคดี Northern Pacific Railway Co. v. United States 356 U.S. 1 (1958).²

การบังคับขายพ่วงที่เป็นความผิดตามกฎหมาย Sherman Act 1890 มาตรา 1 นอกจากจะมีองค์ประกอบความผิดว่ามีการขายสินค้าโดยมีเงื่อนไขบังคับว่าผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วงด้วยแล้ว ศาลยังได้สร้างหลักกฎหมายว่า การบังคับขายพ่วงอาจเกิดจากการตกลงกับผู้ซื้อว่าจะไม่ซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นด้วย (or at least agrees that he will not purchase that product from any other supplier) ซึ่งในปัจจุบัน ศาลได้ตีความขยายในเรื่องอำนาจบังคับรวมไปถึงอำนาจทางเศรษฐกิจ (economic power) อย่างไรก็ตาม การบังคับขายพ่วงที่เป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจ (Unilateral activity) อยู่นอกขอบเขตความรับผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ซึ่งได้ห้ามการตกลงกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้า (contracts, combinations and conspiracies)

นอกจากนั้น การขายพ่วงยังอาจเป็นความผิดตาม Sherman Act 1890 มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการผูกขาด, หรือพยายามผูกขาด, หรือรวมกันหรือสมคบกันกับบุคคลอื่น, เพื่อผูกขาดส่วนใดส่วนหนึ่งของการค้าในบรรดารัฐต่างๆ, หรือในต่างประเทศ, ถือว่ามีความผิดอาญาร้ายแรง ในกรณีที่เป็นนิติบุคคลต้องระวางโทษปรับไม่เกิน \$100,000,000 หากเป็นบุคคลธรรมดาต้องระวางโทษปรับไม่เกิน \$1,000,000 หรือจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีเกี่ยวกับการขายพ่วงตามมาตรา 2 จะเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก โดยการพิจารณาว่าเป็นความผิดหรือไม่ตามมาตรา 2 จะวิเคราะห์ว่าการขายพ่วงส่งผลให้หน่วยธุรกิจสามารถได้มาซึ่งอำนาจผูกขาดหรือรักษาอำนาจผูกขาดของตนไว้ทั้งในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงและตลาดสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วง ซึ่งเป็นความผิดในข้อหาผูกขาดหรือพยายามผูกขาดโดยมิชอบด้วย (Monopolization or Attempted Monopolization) เช่น ในคดี *LePage's Inc. v. 3M* (2003) หรือคดี *U.S. v. Microsoft Corp* (2001)

3.1.1.2 Clayton Act 1914

การบังคับขายพ่วงถือว่าเป็นความผิดตาม Clayton Act มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า

² Keith N. Hylton, *Antitrust law: economic theory and common law*, (United States of America: Cambridge University Press, 2003), p.290.

“ผู้ใดที่กระทำการค้า, ในระหว่างกระทำการค้าดังกล่าว, ให้เช่าหรือทำสัญญาซื้อขายสินค้า, ผลิตภัณฑ์, อุปกรณ์, เครื่องจักร หรืออื่นๆ ไม่ว่าจะได้รับสิทธิบัตรหรือไม่ก็ตาม, ไม่ว่าจะมิวัตถุประสงค์เพื่อใช้, เพื่อบริโภค, เพื่อขายต่อภายในสหรัฐอเมริกาหรืออาณาเขตอื่นหรือในรัฐโคลัมเบียหรือภายในเขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกา, หรือกำหนดราคาขายต่อ, หรือให้ส่วนลดจากราคาขายโดยมีเงื่อนไข, ข้อตกลง, หรือความเข้าใจกับผู้เช่าหรือผู้ซื้อว่าจะไม่ใช้หรือทำการค้าในสินค้า, ผลิตภัณฑ์, อุปกรณ์, เครื่องจักร หรืออื่นๆ กับคู่แข่งหรือคู่แข่งของผู้ให้เช่าหรือผู้ขาย เมื่อผลกระทบจากการให้เช่าหรือขายหรือสัญญาเกี่ยวกับการค้าขายหรือเงื่อนไข, ข้อตกลง, หรือความเข้าใจอาจส่งผลกระทบต่อผลการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญหรืออาจมีแนวโน้มที่จะสร้างอำนาจผูกขาดในบางส่วนหรือส่วนใดของการค้า จะถือว่าผู้นั้นกระทำความผิด”

ขอบเขตของการบังคับขายพ่วงที่เป็นความผิดตามกฎหมาย Clayton Act มีอยู่อย่างจำกัด จุดแตกต่างระหว่าง Clayton Act และ Sherman Act คือการพิสูจน์ เพราะการพิสูจน์ตาม Clayton Act ต้องพิสูจน์เพียงพฤติกรรมการบังคับขายพ่วง “อาจมีแนวโน้ม” (may tend) ในการลดการแข่งขันทางการค้าอย่างมีนัยสำคัญ ในขณะที่การพิสูจน์ตาม Sherman Act จะต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้าที่เกิดขึ้นจริง (an actual effect on competition) นอกจากนี้ เฉพาะการบังคับขายพ่วงที่เกี่ยวกับสินค้าเท่านั้น³ ที่ตกอยู่ภายในบังคับแห่ง Clayton Act 1914 มาตรา 3 เพราะกฎหมายมุ่งเฉพาะการบังคับขายพ่วงที่เป็นสินค้ากับสินค้า และซึ่งเป็นทรัพย์สินที่สามารถให้เช่าหรือขายได้ด้วย เช่นคดี *Satellite Television Ass'n Resources, Inc. v. Continental Cablevision of Va., Inc.*, 586 F.Supp. 973, 975 (E.D. Va. 1982), aff'd, 714 F.2d 351 (4th Cir. 1983), cert. denied, 465 U.S. 1027 (1984)⁴ สินค้าดังกล่าวต้องเป็นสินค้าที่จับต้องได้ (Tangible goods and commodities) มิใช่เป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสินค้าที่จับต้องไม่ได้ เช่น แพรนไชส์หรือบริการ แต่แม้จะปรากฏความแตกต่างดังกล่าว การวิเคราะห์ของศาลตามบทบัญญัติของ Clayton Act ก็มีความคล้ายคลึงกันกับการพิสูจน์ตาม Sherman Act มาตรา 1

ตามบทบัญญัติของ Clayton Act ได้กำหนดพฤติกรรมการบังคับขายพ่วงรวมไปถึงการให้เช่าสินค้า, ผลิตภัณฑ์, เครื่องจักร หรือโภคภัณฑ์อื่นๆ ไม่ว่าจะผู้ประกอบการนั้นจะได้รับสิทธิบัตรหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ผู้เช่าหรือผู้ซื้อจะไม่ใช้หรือติดต่อค้าขายกับคู่แข่งทางการค้าคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าสินค้านั้น ซึ่งผลกระทบของเงื่อนไขดังกล่าวจะทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญหรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอำนาจผูกขาดในสินค้าใดๆก็ตาม

³ Gellhorn and Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, p.326.

⁴ Hyton, *Antitrust law: economic theory and common law*, p.290.

3.1.1.3 Federal Trade Commission Act 1914

เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (FTC) พิจารณาออกคำสั่งหยุดหรือระงับการกระทำของหน่วยธุรกิจที่ใช้วิธีการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งตามบทบัญญัติแห่ง Federal Trade Commission Act มาตรา 5 (15 U.S.C. § 45(a)(1)) ได้บัญญัติห้ามวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair methods of competition) ไว้โดยบัญญัติว่า

“(a) ประกาศเกี่ยวกับความผิดกฎหมาย; อำนาจในการห้ามการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม; เหตุที่ไม่สามารถบังคับใช้กับการค้าต่างประเทศ

(1) วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า, และไม่เป็นธรรมหรือเป็นการกระทำลวงหรือวิธีปฏิบัติในหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า, ถือว่ามีขอบด้วยกฎหมาย

(2) คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลธรรมดา, ห้างหุ้นส่วน, หรือนิติบุคคลยกเว้นธนาคาร, สถาบันการเงินที่ให้กู้ยืมเงินตามมาตรา 57a (f)(3) องค์กรที่ให้สินเชื่อของรัฐตามมาตรา 57a (f)(4), ผู้ขนส่งทั่วไปตามพระราชบัญญัติที่ทำการค้า, การขนส่งทางอากาศและการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศตาม part A of subtitle VII of title 49, และบุคคลธรรมดา, ห้างหุ้นส่วน, หรือนิติบุคคลใดก็ตาม Packers and Stockyards Act, 1921, as amended [7 U.S.C. 181 et seq.] ยกเว้นแต่กรณีมาตรา 406(b) ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว [7 U.S.C. 227 (b)], จากการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในหรือที่มีผลกระทบต่อการค้าและไม่เป็นธรรมหรือเป็นการกระทำลวงหรือวิธีปฏิบัติในหรือที่มีผลกระทบต่อการค้า

(3) กรณีต่อไปนี้จะไม่นำเรื่องวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมมาใช้บังคับเกี่ยวกับการค้ากับต่างประเทศ(ที่ไม่ใช่ธุรกิจนำเข้า) เว้นแต่—

(A) วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวมีผลกระทบโดยตรง, มีนัยสำคัญ, และสามารถคาดเห็นได้โดยชอบด้วยเหตุผล—

(i) ในบรรดาการค้าซึ่งไม่ใช่การค้ากับต่างประเทศ, หรือในธุรกิจนำเข้ากับต่างประเทศ; หรือ

(ii) ในธุรกิจส่งออกกับต่างประเทศ, โดยมีบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าภายในประเทศสหรัฐอเมริกา; และ

(B) ผลกระทบดังกล่าวมีการร้องเรียนภายใต้บทบัญญัตินี้

หากบทบัญญัตินี้สามารถบังคับใช้กับวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเพียงเพราะเข้าองค์ประกอบตาม (A)(ii), บทบัญญัตินี้จะใช้บังคับได้เฉพาะความเสียหายในธุรกิจส่งออกในประเทศสหรัฐอเมริกา

(4)

(A) เพื่อประโยชน์แห่งบทบัญญัติ (a), คำว่า “ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการกระทำลวงหรือวิธีปฏิบัติ” ให้รวมถึงการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการค้าต่างประเทศซึ่ง—

(i) ส่งผลหรือมีแนวโน้มที่จะส่งผลให้เกิดความเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้โดยชอบด้วยเหตุผลภายในประเทศสหรัฐอเมริกา; หรือ

(ii) เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่สำคัญภายในประเทศสหรัฐอเมริกา

(B) ให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจเยียวยาความเสียหายจากความไม่เป็นธรรมหรือเป็นการกระทำลวงหรือวิธีปฏิบัติตามเนื้อความแห่งย่อหน้านี้ รวมทั้งการชดเชยความเสียหายต่อผู้เสียหายทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ”

แม้ว่าคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า (FTC) จะไม่ได้บังคับใช้กฎหมาย Sherman Act โดยตรงก็ถือว่าพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดบทบัญญัติตามกฎหมาย Sherman Act นั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act ด้วย ฉะนั้น จึงถือว่าการบังคับขายพ่วงเป็นความผิดตาม Federal Trade Commission Act มาตรา 5 อีกบทหนึ่งเช่นกัน

3.1.1.4 Bank Holding Company Act's Anti-Tying Provision

เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการบังคับขายพ่วงในกิจการเกี่ยวกับธนาคารโดยบัญญัติไว้ใน Title 12 (12 U.S.C. § 1971-1978) โดยสาระสำคัญจะอยู่ในมาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า

“(1) ธนาคารต้องไม่ขยายวงเงินสินเชื่อ, ให้เช่าหรือขายทรัพย์สินทุกประเภท, หรือให้บริการใดๆ, หรือกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงการพิจารณาสำหรับธุรกรรมข้างต้น, โดยมีเงื่อนไข—

(A) ว่าลูกค้าจะต้องยอมรับการให้สินเชื่อ, ทรัพย์สิน, หรือบริการเพิ่มเติมจากธนาคารดังกล่าวนอกจากการกู้ยืม, ส่วนลด, การฝากเงิน, หรือการให้บริการทรัพย์สิน;

(B) ว่าลูกค้าจะต้องยอมรับการให้สินเชื่อ, ทรัพย์สิน, หรือบริการเพิ่มเติมจากธนาคารซึ่งธนาคารดังกล่าวถือหุ้นอยู่, หรือจากบริษัทลูกของธนาคารซึ่งธนาคารดังกล่าวถือหุ้นอยู่;

(C) ว่าลูกค้าจะต้องยอมให้สินเชื่อ, ทรัพย์สิน, หรือบริการเพิ่มเติมต่อธนาคารดังกล่าว, นอกจากกรณีที่เกี่ยวข้องและเป็นการให้เพื่อการกู้ยืม, ส่วนลด, การฝากเงิน, หรือการให้บริการทรัสต์;

(D) ว่าลูกค้าจะต้องยอมให้สินเชื่อ, ทรัพย์สิน, หรือบริการเพิ่มเติมต่อธนาคารซึ่งธนาคารดังกล่าวถือหุ้นอยู่, หรือต่อบริษัทลูกของธนาคารซึ่งธนาคารดังกล่าวถือหุ้นอยู่; หรือ

(E) ว่าลูกค้าจะต้องไม่ยอมรับการให้สินเชื่อ, ทรัพย์สิน, หรือบริการเพิ่มเติมจากคู่แข่งของธนาคารดังกล่าว, ธนาคารซึ่งธนาคารดังกล่าวถือหุ้นอยู่, หรือบริษัทลูกของธนาคารซึ่งธนาคารดังกล่าวถือหุ้นอยู่, นอกจากเงื่อนไขว่าธนาคารดังกล่าวต้องการกำหนดธุรกรรมเกี่ยวกับเครดิตอย่างมีเหตุผลเพื่อประกันความน่าเชื่อถือของเครดิตลูกค้า.

คณะกรรมการอาจสั่งอนุญาตให้มีกรณียกเว้นตามข้อห้ามข้างต้นและข้อห้ามตามมาตรา 1843 (f)(9) และ 1843 (h)(2) ทั้งนี้จะต้องพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของ chapter”

3.1.1.5 Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations

Chapter I.C. Exclusionary Conduct (April 2007)

จากคำแนะนำ (Recommendations) ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้วางแนวเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าไว้ดังนี้

“ข้อ 12 โดยทั่วไป มาตรฐานในการปรับใช้มาตรา 2 แห่ง Sherman Act ซึ่งเป็นข้อห้ามอย่างกว้างๆต่อพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจะต้องชัดเจนและสามารถคาดหมายได้ในการบังคับใช้ สามารถบริหารจัดการได้ และต้องถูกออกแบบมาเพื่อลดอุปสรรคขัดขวางที่มากเกินไปและที่น้อยเกินไปซึ่งทั้งสองประการจะไปลดสวัสดิภาพผู้บริโภค

ข้อ 13 สภาคองเกรสไม่ควรแก้ไขมาตรา 2 แห่ง Sherman Act มาตรฐานในปัจจุบันของศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งพิจารณาว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวเป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นสิ่งที่เหมาะสมแล้ว แม้ว่าจะมีความเป็นไปได้ว่าบางท่านไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินในบางคดี แต่โดยทั่วไปศาลจะพิจารณาอย่างรอบคอบแล้วว่าการแข่งขันกันอย่างเข้มข้น, ความมุ่งมั่นในการดำเนินธุรกิจอย่างก้าวร้าว, และการตระหนักถึงเรื่องประสิทธิภาพที่ไม่มีให้กับผู้แข่งขันเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม ถึงแม้ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่เป็น “ผู้ผูกขาด” ซึ่งคู่แข่งอยู่ในฐานะเสียเปรียบอยู่แล้วก็ตาม

ข้อ 14 ความกระจ่างชัดและการพัฒนาการเป็นสิ่งสามารถบรรลุผลได้ดีที่สุดโดยความก้าวหน้าของการตีความโดยศาล ทศนะของนักวิชาการและการวิจัยอย่างต่อเนื่องจะเป็นการช่วยในการพัฒนาการแนวคำพิพากษาของศาลเนื่องจากทำให้ทราบถึงมาตรฐานทางกฎหมายที่

เหมาะสมเพื่อพิจารณาผลกระทบต่อการแข่งขันในกรณีของการขายพ่วงแบบมัดมัด (bundling) และการปฏิเสธไม่ทำสัญญากับคู่แข่ง (unilateral refusals to deal with a rival) ในตลาดเดียวกัน

ข้อ 15 ความกระจ่างชัดและการพัฒนาการของหลักกฎหมายในมาตรา 2 แห่ง Sherman Act เป็นสิ่งที่เราปรารถนา โดยเฉพาะในกรณีที่ยังขาดความชัดเจนและหลักการที่ลงรอยกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีของการขายพ่วงแบบมัดมัด (bundling) และผู้ผูกขาดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อคู่แข่งอย่างไรบ้าง

ข้อ 16 มาตรฐานที่ไม่กระจ่างชัดเกี่ยวกับการขายพ่วงแบบมัดมัด (bundling) ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้ในคดี *LePage's v. 3M* อาจเป็นผลเสียต่อการส่งเสริมการแข่งขันหรือสมดุลของการแข่งขัน และจะสร้างผลกระทบต่อสวัสดิภาพของผู้บริโภค (consumer welfare) ในเวลาต่อมาได้

ข้อ 17 ศาลอาจรับวิธีการพิจารณาทั้งสามประการ (three-part test) เพื่อวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (bundled discounts or rebates) ซึ่งเป็นการละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ได้ โดยในการพิสูจน์ถึงการละเมิดบทบัญญัติแห่งมาตรา 2 โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ในแต่ละองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ (รวมทั้งองค์ประกอบอื่นๆ ตามมาตรา 2 ด้วย) ดังนี้ :

- (1) หลังจากแบ่งสรรปันส่วนในส่วนลดทั้งหมดต่อสินค้าทุกชนิดที่อยู่ในแพ็คเกจแล้ว พบว่าจำเลยขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มของสินค้านั้น
- (2) เป็นไปได้ว่าจำเลยจะถอนทุนคืนจากการขาดทุนในระยะสั้นคราวนี้; และ
- (3) ปรากฏว่าการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อกลไกการแข่งขัน

ข้อ 18 โดยทั่วไป ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีหน้าที่ต้องทำธุรกิจกับคู่แข่งของตนในตลาดเดียวกัน

ข้อ 19 อำนาจเหนือตลาดไม่อาจอนุมานได้จากสิทธิในสิทธิบัตร, ลิขสิทธิ์, หรือเครื่องหมายการค้าในคดีเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า”

3.1.2 ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง

3.1.2.1 หลักความรับผิดเด็ดขาด (Per-Se Rule)

หลักความรับผิดเด็ดขาดซึ่งถูกนำมาใช้พิจารณาตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 มีสาระสำคัญคือ หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจเข้าองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้จะถือว่ามีความผิดฐานบังคับขายพ่วงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

- 1) มีตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง 2 ตลาดแตกต่างกัน
- 2) ผู้ขายสร้างเงื่อนไขบังคับให้ผู้ซื้อซื้อสินค้าชนิดหนึ่ง (สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง) เพื่อที่จะได้สินค้าอีกชนิดหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง) หรืออย่างน้อยตกลงกับผู้ซื้อว่าผู้ซื้อจะไม่ซื้อสินค้านั้นจากผู้ขายรายอื่นอีก
- 3) ผู้ขายมีอำนาจตลาด (market power) หรืออำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอ (sufficient economic power) ในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง
- 4) พฤติกรรมดังกล่าวมีผลกระทบต่อปริมาณการขายสินค้าโดยรวมในตลาด “สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง” อย่างมีนัยสำคัญ (affects substantial volume of commerce)

หลักความรับผิดเด็ดขาดจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่โดยตรรกะและประสบการณ์บ่งชี้ชัดเจนว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อกระบวนการแข่งขันทางการค้าจากพฤติกรรมของจำเลย ซึ่งร้ายแรงถึงขนาดที่ว่าเป็นการเปล่าประโยชน์ที่จะมีการไต่สวนสืบพยานกันในศาลเพื่อชั่งน้ำหนัก ระหว่างข้อดีหรือประโยชน์ของพฤติกรรมดังกล่าวและข้อเสียหรือผลกระทบต่อกระบวนการแข่งขัน หลักความรับผิดเด็ดขาดที่ใช้กับการบังคับขายพ่วงก็เช่นเดียวกัน หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน องค์ประกอบความผิดก็จะถือว่าเป็นความผิดตาม Sherman Act มาตรา 1 ทันที โดยไม่จำเป็นต้องมีการสืบพยานถึงผลของการส่งเสริมการแข่งขันหรือประโยชน์ต่อผู้บริโภคแต่อย่างใด

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมองว่าการขายพ่วงเป็นพฤติกรรมร้ายแรงและ พฤติกรรมดังกล่าวมีสถานะใกล้เคียงกับการที่ศาลจะนำหลักความรับผิดเด็ดขาด (Per Se) มาใช้ พิจารณาโดยมีทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจ (Leverage Theory) สนับสนุนดุลยพินิจของศาลในอดีตเป็น ระยะเวลายาวนาน สำหรับกรณีการขายพ่วงนั้น⁵ แต่แม้หลักความรับผิดเด็ดขาดนั้นจะถูกนำมาใช้ อย่างกว้างขวาง หลักการดังกล่าวนี้จะมีข้อแตกต่างไปอย่างมากเมื่อเทียบกับหลักความรับผิดเด็ดขาด

⁵ Jay Pil Choi, *Recent developments in antitrust: theory and evidence*, 1st ed., (United States of America: Massachusetts Institute of Technology, 2007), p.81.

ที่ถูกลำเอามาใช้พิจารณาในกรณีของการร่วมกันกำหนดราคาสินค้าอันถือว่าเป็นพฤติกรรมกีดกันทางการค้าในแนวนอน (Horizontal Price-Fixing)⁶

อิทธิพลของหลักความรับผิดเด็ดขาดทำให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีในอดีตปฏิเสธที่จะรับฟังข้อต่อสู้ของจำเลยในเรื่องเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายของการบังคับขายพ่วงซึ่งเป็นเหตุผลสนับสนุนพฤติกรรมดังกล่าว เช่น คดี *International Salt Co. v. United States* 332 U.S. 392 (1947), *Northern Pacific Railway Co. v. United States* 356 U.S. 1 (1958), *United States v. Loew's* 371 U.S. 38 (1962)

3.1.2.2 หลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason)

ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ว่าการบังคับขายพ่วงเป็นความผิดตามหลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per-Se Rule*) ได้เพราะขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งใน 4 ประการ โจทก์สามารถฟ้องคดีบังคับขายพ่วงโดยอ้างหลักแห่งเหตุผลได้ (*Rule of Reason*) ได้ โดยโจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงผลกระทบต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในตลาดสินค้าที่ถูกลำเอามาไปพ่วง (*anticompetitive effect in the tied product market*) ยกตัวอย่างเช่น การพิสูจน์ในคดี *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d at 95-96.⁷

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการตัดสินคดีโดยปฏิเสธข้อดีหรือประโยชน์ของการขายพ่วงยอมทำให้การตัดสินผิดพลาดได้มาก ดังนั้น ในเวลาต่อมาศาลได้เปลี่ยนแนวทางในการวินิจฉัยโดยรับฟังถึงข้อต่อสู้ของจำเลยมากขึ้น โดยศาลนำหลักแห่งเหตุผล (*Rule of Reason*) มาประกอบการวินิจฉัยคดี หลักแห่งเหตุผลที่ศาลนำมาใช้นั้น คือ การสันนิษฐานว่าการบังคับขายพ่วงของจำเลยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นหน้าที่ของโจทก์นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว แต่ในบางคดีศาลก็จะใช้หลักแห่งเหตุผลกลับกัน (*Reverse Rule of Reason*) โดยสันนิษฐานว่าการบังคับขายพ่วงของจำเลยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นหน้าที่ของจำเลยนำสืบถึงข้อดีหรือประโยชน์ของการขายพ่วง ซึ่งหลักการนี้เปรียบเสมือนเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per-Se Illegality*) เช่น คดี *United States v. Jerrold Electronics Corps.* 365 U.S. 567 (1961)⁸

⁶ Gellhorn and Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, p.327.

⁷ International Competition Network, *Tying & Bundled Discounting*. [Online], 29 August 2009. Available from: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/2008QuestionnaireDocs/FTC_Tying_Bundling_Discounts

⁸ Hylton, *Antitrust law: economic theory and common law*, pp.292-294.

ในปัจจุบัน ถึงแม้ว่าศาลจะพิจารณาคดีขายพ่วงโดยปรับเข้ากับหลักความรับผิดชอบก็ตาม แต่ศาลก็รับฟังถึงข้อต่อสู้ของจำเลยเรื่องความชอบด้วยเหตุผลมากขึ้น⁹ เช่น คดี *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises* [II] 429 U.S. 610 (1977), *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde* 466 U.S. 2 (1984).

3.1.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับคดีการขายพ่วงในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง (Tying) ส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับหน้าที่ตามที่จะระบุไว้ในสัญญา (Contractual Tying) ในขณะที่คดีขายพ่วงที่ใช้เทคโนโลยีในการผสมผสานสินค้าขึ้น (Technological Integration) จะถูกยกฟ้องไปเพราะศาลขาดความเชี่ยวชาญในการตัดสินคดีประเภทดังกล่าว¹⁰ ส่วนคดีการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด” (Bundled Discounts) นั้นมีคำพิพากษาในศาลล่างจำนวนน้อยเท่านั้นที่วินิจฉัยไว้และยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เลย

3.1.3.1 คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale)

3.1.3.1.1 คดี Northern Pacific Railway Company v. USA (1958)

ในปี ค.ศ.1864 และ 1870 รัฐสภาได้อนุมัติที่ดินโดยโอนกรรมสิทธิ์ให้กับบริษัท Northern Pacific Railway Company (N.P.) บริษัทซึ่งทำธุรกิจด้านการเดินรถไฟทั้งการรับขนของและรับขนคนโดยสาร โดยที่ดินที่รัฐสภายกให้นั้นเป็นจำนวนถึง 40 ล้านเอเคอร์ โดยบริษัท N.P. ต้องสร้างทางรถไฟจากทะเลสาบ Superior ถึง Puget Sound การบริหารจัดการที่ดินดังกล่าวจะกระทำผ่านบริษัทลูกคือ Northwestern Improvement Company (the Land Company) ซึ่งมีทั้งการขายและให้เช่าที่ดิน รวมทั้งการให้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในที่ดินดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นไม้, แร่เหล็ก, ถ่านหิน, น้ำมัน, และเหมืองแร่อื่นๆ ที่ดินบางส่วนแม้จะขายไปแล้วแต่ก็ยังสงวนสิทธิเกี่ยวกับผลประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติในที่ดินดังกล่าวอยู่ด้วย อย่างไรก็ตาม ในสัญญาขายและให้เช่าที่ดินของทางบริษัทจะมีข้อสัญญาข้อหนึ่งซึ่งกำหนดว่า ผู้ซื้อและผู้เช่าที่ดินจะต้องขนส่งสินค้าทุกชนิดซึ่งผลิตในที่ดินที่ขายหรือให้เช่านั้นโดยใช้เส้นทางรถไฟของบริษัท N.P. เว้นแต่บริษัทขนส่งอื่นจะคิดราคาค่าขนส่งที่ถูกกว่าหรือบริการที่ดีกว่าบริษัท N.P. ซึ่งข้อสัญญานี้ถูกเรียกว่า “Preferential Routing”

⁹ *Ibid.*, p.299.

¹⁰ Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, (North America: Hart Publishing, 2006), p.479.

ในปี ค.ศ.1949 รัฐได้มีการดำเนินคดีเกี่ยวกับข้อสัญญา “Preferential Routing” โดยเห็นว่าเป็นความผิดฐานบังคับขายพ่วง (Tying) ตาม Sherman Act มาตรา 1 แต่จำเลยต่อสู้ว่าตนปราศจากอำนาจเหนือตลาดจึงไม่อาจบังคับขายพ่วงได้ ในคดีนี้ศาลชั้นต้นเห็นว่า สินค้าที่มีการพ่วงซึ่งเป็นที่ดินนั้นเป็นเจ้าของโดยบริษัท N.P. แต่เพียงผู้เดียว จึงถือว่าบริษัท N.P. มีอำนาจเหนือตลาดที่จะบังคับข้อสัญญาเดินรถไฟดังกล่าวได้ นอกจากนั้น ข้อสัญญาดังกล่าวยังเป็นการจำกัดทางเลือกของผู้ซื้อและผู้เช่าที่ดินในการเลือกเส้นทางขนส่งสินค้า (Free Choice) และยังเป็นการจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม (Unreasonable Restraints of Trade) ตาม Sherman Act มาตรา 1 นอกจากนั้นยังมีผลกระทบต่อปริมาณการค้าในธุรกิจขนส่งในเขตพื้นที่นั้นเป็นจำนวนมากอีกด้วย ดังนั้น ศาลชั้นต้นจึงมีคำสั่งห้ามบริษัท N.P. บังคับตามข้อสัญญานี้และห้ามทำให้ข้อสัญญานี้ในอนาคต

บริษัท N.P. ได้อุทธรณ์โดยตรงมายังศาลฎีกา และศาลฎีกาได้วินิจฉัยยืนตามศาลชั้นต้น โดยเห็นว่า การบังคับขายพ่วงเป็นการจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรมในตัวเองเมื่อผู้กระทำมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอ (sufficient economic power) ในสินค้าที่มีการพ่วงเพื่อจำกัดการแข่งขันอย่างเสรีในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง และศาลฎีกาเห็นว่าบริษัท N.P. มีอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างมากในฐานะที่เป็นเจ้าของที่ดินหลายล้านเอเคอร์แต่เพียงผู้เดียว จึงสามารถที่จะบังคับผู้ซื้อและผู้เช่าที่ดินดังกล่าวได้ จึงไม่ต้องสงสัยถึงปริมาณการค้าที่ถูกกระทบ นอกจากนั้น ความร้ายกาจของการบังคับขายพ่วงนั้นอยู่ที่การใช้อำนาจทางเศรษฐกิจเพื่อจำกัดการแข่งขัน ไม่ว่าจะอำนาจนั้นมีหลักแหล่งมาจากที่ใดและไม่ว่าอำนาจนั้นอยู่ในรูปของการผูกขาดหรือไม่ ถึงแม้ข้อสัญญา “Preferential Routing” อาจมองว่าไม่รุนแรงเพราะมีการเปิดช่องหากบริษัทอื่นสามารถให้ราคาที่ดีกว่าหรือบริการที่ดีกว่า แต่ก็เป็นเรื่องที่ศาลปฏิเสธโดยเหตุเดียวกับคดี International Salt เพราะข้อสัญญาดังกล่าวมีส่วนในการสร้างพันธะต่อผู้เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างชัดเจน และเป็นที่น่าสงสัยว่าทำไมต้องบังคับกับคู่สัญญาเกือบทุกราย อีกทั้งเป็นที่เชื่อได้ยากว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ ศาลฎีกาจึงตัดสินยืนตามศาลชั้นต้น

3.1.3.1.2 คดี Siegel v. Chicken Delight, Inc. (1971)

มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ได้กล่าวหาบริษัท Chicken Delight ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ว่าจำกัดการค้าอย่างผิดกฎหมายซึ่งแม้จะไม่เคยเก็บค่าสิทธิแฟรนไชส์หรือค่า Loyalties เลย แต่ได้บังคับให้ต้องซื้ออุปกรณ์ในการทำอาหาร, วัตถุดิบที่เป็นของแห้งผสม และห่ออาหารกระดาศที่มีเครื่องหมายการค้าของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์แต่เพียงผู้เดียว โดยราคาสินค้าที่ต้องซื้อนั้นมีราคาแพงกว่าผู้ระบายสินค้า (suppliers) รายอื่น ทั้งนี้ เพื่อเป็นเงื่อนไขในการได้รับสิทธิของเครื่องหมายการค้าในการประกอบกิจการร้านอาหารทั้งกรณีส่งถึงบ้านและกรณี

รับประทานที่ร้าน ศาลชั้นต้นตัดสินว่าจำเลยมีความผิด จำเลยจึงอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาเป็น ประเด็นข้อกฎหมายที่สำคัญดังนี้

1. การขายสิทธิตามสัญญาแพรนไฮส์ซึ่งเป็นสิทธิในการประกอบกิจการและได้รับ ประโยชน์จากชื่อเสียงของชื่อทางการค้านั้น ไม่จำเป็นต้องบังคับให้ซื้อสินค้าทั้งหมดจากผู้ให้สิทธิแพ รนไฮส์ ดังนั้น การพ่วงสินค้าทั่วไป (ซึ่งโดยปกติไม่มีความเกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า) เพียงเพราะ กล่าวอ้างว่าเป็นสิ่งสำคัญเพื่อการผลิตไม่อาจหลบเลี่ยงการตรวจสอบของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ได้

2. ตามหลักความรับผิดเด็ดขาด โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับสิทธิแพรนไฮส์ซึ่งฟ้องเรียกค่าเสียหาย ตาม Sherman Act ไม่เพียงแต่ต้องยกองค์ประกอบของการบังคับขายพ่วงเท่านั้น แต่ต้องพิสูจน์ด้วย ว่าสินค้าที่มีการพ่วงนั้นมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอ (sufficient economic power) เพื่อนำมาใช้ จำกัดการค้าอย่างเสรีในตลาดสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง ในคดีนี้ Chicken Delight มีเครื่องหมายการค้าซึ่ง มีลักษณะเฉพาะ ประกอบกับมีอำนาจในการบังคับตามข้อสัญญา จึงถือว่ามีอำนาจตลาดที่เพียงพอ นอกจากนั้น ยังไม่อาจปฏิเสธได้ว่า Chicken Delight มีชื่อเสียงและการยอมรับในสังคมซึ่งกลุ่มธุรกิจ อาหารฟาสต์ฟู้ดไม่มีเช่นนั้น ในกรณีนี้สามารถอนุมานอำนาจทางเศรษฐกิจจากสิทธิบัตรหรือ เครื่องหมายการค้าของ Chicken Delight

3. Chicken Delight ต่อสู้ว่าข้อสัญญานี้เป็นเหตุผลทางการตลาดทั้งนี้เพื่อรักษา เอกลักษณะของธุรกิจ, ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน, และการควบคุมคุณภาพสินค้า ซึ่งแม้หน้าที่ ดังกล่าวจะมีอยู่ก็ตามก็ไม่ใช่ว่าจะอ้างได้ในทุกกรณีเสมอไป การจำกัดการค้าจะกระทำได้เฉพาะ **เมื่อปราศจากทางเลือกที่เป็นการจำกัดน้อยที่สุด** (only in the absence of less restrictive alternatives) ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นพบข้อเท็จจริงว่าการควบคุมคุณภาพอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถทำได้โดยการกำหนดคุณสมบัติหรือรายละเอียด (specifications) ในกรณีของอุปกรณ์ ในการทำอาหาร (Cooking machinery) และเครื่องเทศ dip and spice mixes และจากการไต่สวน ของลูกขุนก็เห็นด้วยกับศาล ส่วนห่ออาหารกระดาษเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของแพรนไฮส์ และเพื่อระบุว่าเป็นอาหารร้อน ศาลเห็นว่าสามารถกำหนดรายละเอียดได้ง่ายเพียงแค่การพิมพ์ ตัวอักษรและรายละเอียดทางด้านสีสັນให้เหมือนกันก็ได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่ใช่ Chicken Delight สามารถผลิตและจำหน่ายได้ตามรายละเอียดที่กำหนด ไม่มีผู้ใดก็ตามที่สามารถกันตนเองให้ พ้นผิดจากการบังคับขายพ่วงตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้เพียงแค่ประทับตราเครื่องหมาย การค้าลงในสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง ไม่ว่าสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงตนเองจะเป็นผู้ผลิตหรือไม่ก็ตาม

4. การตรวจสอบความเสียหายของผู้ซื้อจะต้องพิจารณาจากต้นทุนและคุณค่าของสินค้า ประกอบกัน แม้ Chicken Delight อ้างว่าผู้ซื้อไม่เสียหายเพราะหลักฐานจากคุณค่าของสินค้าที่มีการ

พวงแสดงว่าผู้ซื้อยินดีที่จะจ่ายแม้ว่าราคาสินค้าที่ถูกนำไปพวงจะสูงกว่ารายอื่น ศาลก็ไม่เห็นด้วยกับ Chicken Delight เพราะคุณค่าของสินค้าที่มีการพวงมีใช้หลักฐานว่าผู้ซื้อเต็มใจจ่ายแม้ต้นทุนจะสูงก็ตาม ทั้งนี้เพราะผู้ซื้ออาจไม่ได้ตระหนักมาก่อนว่าเขาจะต้องลงทุนเท่าไร, สินค้าที่ถูกนำไปพวงจะแพงกว่าปกติหรือไม่ ซึ่งต้นทุนในส่วนนี้ถูกรวมเป็นต้นทุนของสินค้าที่มีการพวงซึ่งในสัญญาอาจไม่ได้กล่าวไว้เลย แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อเท็จจริงเหลืออยู่เกี่ยวกับราคาจริงของทั้งสินค้าที่มีการพวงและราคาสินค้าที่ถูกนำไปพวงซึ่งไม่เกี่ยวกับข้อหาบังคับขายพวง จึงให้ย้อนสำนวนเฉพาะประเด็นนี้

สรุปคือ ข้อสัญญาดังกล่าวของบริษัท Chicken Delight เป็นการบังคับขายพวง (Tying Arrangement) ซึ่งเป็นการฝ่าฝืน Sherman Act มาตรา 1 และข้อต่อสู้ของ Chicken Delight ฟังไม่ขึ้น

3.1.3.1.3 คดี KFC v. Diversified Packaging Corp. (1977)

คดีนี้เริ่มมาจาก KFC ได้ยื่นฟ้อง Diversified Packaging Corp. ในข้อหาละเมิดเครื่องหมายการค้าและแข่งขันไม่เป็นธรรม เนื่องจากจำเลยนำเครื่องหมายการค้าของ KFC มาติดลงบนสินค้าของตนโดย KFC ไม่ยินยอม และจำเลยยังทำให้ผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์สับสนในแหล่งที่มาของสินค้าและคุณภาพด้วย ส่วนจำเลยฟ้องกลับว่า KFC ทำผิดกฎหมายตาม Sherman Act เพราะสัญญาแพรนไฮส์เป็นการบังคับขายพวงโดยมิชอบ ข้อเท็จจริงก็คือ สัญญาแพรนไฮส์มีการกำหนดให้ผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์ต้องซื้อสินค้าชนิดต่างๆ รวมถึงเครื่องมือจาก KFC หรือจากแหล่งอื่นซึ่ง KFC ได้อนุมัติแล้วเป็นลายลักษณ์อักษร โดยในขั้นตอนการอนุมัติ ผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์จะต้องยื่นคำร้องและ KFC อาจต้องการสินค้าตัวอย่างจากแหล่งอื่นซึ่งผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์เสนอเพื่อมาทำการทดสอบและวิเคราะห์ต่อไป แต่เท่าที่ผ่านมา KFC ไม่เคยปฏิเสธคำร้องเพื่อขออนุมัติสินค้าจากแหล่งอื่นจากผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์เลย ต่อมาในปี 1972 จำเลยคือ Diversified Packaging Corp. เริ่มใช้เครื่องหมายการค้าของ KFC โดยไม่ได้รับอนุญาตในสินค้ากล่องใส่ไก่ทอด, กระดาษทิชชู, กระดาษห่อไก่ทอดกันชื้น โดยสินค้านี้มีคุณสมบัติหรือรายละเอียด (specifications) ต่ำกว่ามาตรฐานของ KFC

ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ KFC ชนะคดี จึงมีการอุทธรณ์ต่อมา ศาลอุทธรณ์โดย Goldberg พิพากษาเป็นประเด็นข้อกฎหมายดังนี้

1. ในคดีนี้ สินค้าชนิดแรกหรือสินค้าที่มีการพวงคือ ตัวแพรนไฮส์ ส่วนสินค้าชนิดที่สองหรือสินค้าที่ถูกนำไปพวงคือ เครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการทำธุรกิจ, วัตถุประสงค์ซึ่งจะต้องขายให้ลูกค้า, และสินค้าอื่นๆที่จะต้องแจกจ่ายให้กับสาธารณชนเพื่อโฆษณา KFC

2. การที่ KFC จะประสบความสำเร็จได้ก็โดยซื้อเสียงซึ่งได้รับจากสาธารณชนซึ่งต้องอาศัยประสิทธิภาพของผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์ เพราะ KFC แทบไม่มีโอกาสในการชี้แจงต่อลูกค้าที่ไม่ได้

รับความพึงพอใจว่าเป็นความผิดของผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์บางส่วนเท่านั้น ดังนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลหากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จำกัดทางเลือกของผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ในตลาดสินค้าที่สองหรือสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง

3. แม้ว่าตามหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดจะเปิดช่องแก่จำเลยในการพิสูจน์น้อยมากก็ตาม ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ก็ยังคงข้อต่อสู้ที่สำคัญเพื่อรักษาประโยชน์ของกิจการของตนได้ โดยผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าการขายพ่วงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อควบคุมคุณภาพของสินค้าซึ่งจะไปสู่ผู้บริโภคในบั้นปลาย โดยในขั้นตอนของการพิสูจน์ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ต้องชี้ให้เห็นว่าการขายพ่วงเป็นวิธีการเพื่อคงไว้ซึ่งคุณภาพและเป็นภาระต่อการค้าการแข่งขันน้อยที่สุด หากมีทางเลือกอื่นที่เป็นภาระต่อการค้าการแข่งขันน้อยกว่านี้ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์มีหน้าที่ต้องใช้ทางเลือกดังกล่าวนี้มากกว่าใช้การบังคับขายพ่วง ซึ่งโดยปกติข้อต่อสู้ของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะฟังไม่ขึ้น เพราะสามารถกำหนดคุณสมบัติหรือรายละเอียด (specifications) ของสินค้าได้ เว้นแต่ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดเช่นนั้นได้ เพราะมีรายละเอียดมากหรือซับซ้อนเกินไปจนไม่อาจให้ข้อมูลดังกล่าวได้

4. ตามสัญญาแฟรนไชส์ ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์สามารถซื้อสินค้าจากแหล่งใดก็ได้ซึ่ง KFC อนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ซึ่งปัจจุบันมีทั้งหมด 9 แหล่งที่อนุมัติแล้ว ส่วนแหล่งที่ 10 เป็นบริษัทในเครือของ KFC นอกจากนี้ ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ยังสามารถแนะนำแหล่งระบายสินค้าแหล่งอื่นๆ เพิ่มเติมได้อีกเพื่อให้ KFC อนุมัติ โดยในสัญญาแฟรนไชส์กำหนดไว้ด้วยว่า “ห้าม KFC ไม่อนุมัติโดยปราศจากเหตุผล” ดังนั้น สัญญาแฟรนไชส์ดังกล่าวจึงไม่ได้บังคับผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ให้ซื้อสินค้าของ KFC เพื่อให้ได้ตัวแฟรนไชส์ เพราะผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์สามารถซื้อสินค้าจากแหล่งอื่นได้ ถึงแม้จะมองได้ว่าเป็นการบังคับทางอ้อมเพราะผลเหมือนกับการบังคับขายพ่วงทั่วไปซึ่งมีการกำหนดเงื่อนไขบังคับเช่นกัน

5. KFC ปล่อยให้ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์มีอิสระในการเลือกซื้อสินค้าที่สองหรือสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่ KFC ได้ โดยแหล่งอื่น ๆ นั้นไม่มีส่วนได้เสียและ KFC ไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเป็นเงินหรือค่าคอมมิชชันแต่อย่างใด การแข่งขันในตลาดจึงสามารถกระทำได้โดยไม่มีกีดกัน และที่ผ่านมา KFC ไม่เคยปฏิเสธการขออนุมัติเลยสักครั้ง

6. KFC อ้างว่าจะอนุมัติแหล่งที่ระบายสินค้าได้เมื่อผ่านมาตรฐานขั้นต่ำของเขาแล้ว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันคุณภาพขั้นต่ำต่อผู้บริโภค แต่จำเลยคือ Diversified Packaging Corp. ได้แย้งว่าระบบควบคุมคุณภาพของ KFC นั้นเป็นเรื่องโกหกหลอกลวง จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าระบบดังกล่าวไม่ใช่วิธีการควบคุมคุณภาพ แต่จำเลยไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้เช่นนั้น

7. เฉพาะประเด็นตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า พิพากษาว่า สัญญาแฟรนไชส์ที่กำหนดว่าผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์จะซื้อสินค้าบางชนิดจากแหล่งที่ผู้ขายสิทธิแฟรนไชส์อนุมัติเท่านั้น ไม่ถือว่าการบังคับขายพ่วงโดยมิชอบ

3.1.3.1.4 คดี Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream (1982)

Norman E. Krehl ตัวแทนร้านค้าซึ่งขายไอศกรีมซึ่งซื้อแฟรนไชส์มาจากบริษัท Baskin-Robbins Ice Cream Company (BRICO) ยื่นฟ้องโดยการดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อผู้บริหารระบบแฟรนไชส์ Baskin-Robbins และผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ในเขตพื้นที่ต่างๆ โดยกล่าวหาว่า BRICO บังคับขายพ่วงไอศกรีมกับเครื่องหมายการค้าซึ่งต้องห้ามตาม Sherman Act มาตรา 1 ข้อเท็จจริงก็คือ BRICO เป็นบริษัทที่ควบคุมระบบแฟรนไชส์ไอศกรีม ในปี 1959 ได้เริ่มธุรกิจโดยการสิทธิแฟรนไชส์โดยตรงแก่ร้านค้าปลีกใน California หลังจากนั้นมีการขยายกิจการไปโดยเป็นระบบให้สิทธิแก่ผู้ผลิตอิสระเพื่อผลิตไอศกรีมและเปิดให้แฟรนไชส์แก่ร้านค้าต่างๆ ระบบการจัดจำหน่าย (distribution system) ของ BRICO จะมี 3 ระดับ ระดับแรกคือ BRICO เองซึ่งอยู่ด้านบนสุดเป็นผู้ควบคุมสาขาร้านค้าทั้งหมด, เลือกพื้นที่, และเป็นเจ้าของบริษัทลูกซึ่งเป็นผู้ให้เข้าร้านค้า ระดับที่สองคือ ผู้ผลิตอิสระ (independent manufacturers) ทั้ง 8 แห่งซึ่งได้รับสิทธิในการผลิตจาก BRICO ในเขตพื้นที่ต่างๆ ผู้ผลิตอิสระนี้สามารถให้แฟรนไชส์แก่ร้านค้าในเขตพื้นที่ของตนได้ แต่ห้ามเปิดเผยสูตรของไอศกรีมแก่ร้านค้าโดยเด็ดขาด ระดับที่สามคือ ร้านค้าซึ่งได้รับแฟรนไชส์ โดยมีข้อกำหนดว่าร้านค้าจะต้องขายเฉพาะไอศกรีมของ BRICO จากผู้ผลิตอิสระซึ่งเป็นผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เท่านั้น

ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง โจทก์จึงอุทธรณ์ เฉพาะคดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง (Tie-in Claim) ศาลอุทธรณ์โดย Ely พิพากษาว่า

1. การพิสูจน์ว่าเป็นการบังคับขายพ่วงโดยมิชอบนั้น จะต้องมิสินค้าทั้งสองชนิดแยกต่างหากจากกันโดยมีการขายสินค้าชนิดหนึ่งและสร้างเงื่อนไขบังคับให้ซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่ง ประเด็นนี้โจทก์อาศัยแนวคำพิพากษาในคดี Siegel v. Chicken Delight (1971) โดยอ้างว่า เครื่องหมายการค้าเป็นสินค้าที่มีการพ่วงตามระบบแฟรนไชส์ แต่ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างกัน เพราะในคดี Chicken Delight เป็นการบังคับขายพ่วงสินค้าที่เป็นส่วนประกอบอื่นๆและไม่ได้ถูกออกแบบมาพิเศษเพื่อกิจการโดยตรง เพราะเป็นเพียงห่ออาหารกระดาษและอุปกรณ์ทำอาหารซึ่งมีทั่วไปในตลาด และหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในคดี Chicken Delight คือการระบุรูปแบบของธุรกิจเท่านั้น

2. การพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้าเป็นสินค้าแยกต่างหากจากสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงหรือไม่จะต้องพิจารณาประเภทของแฟรนไชส์ กล่าวคือ แฟรนไชส์นั้นแบ่งเป็น 2 รูปแบบ แบบแรกคือ ธุรกิจแฟรนไชส์โดยทั่วไป (business format system) และแบบที่สองคือธุรกิจแฟรนไชส์ที่เป็นระบบ

จัดจำหน่าย (distribution system) แฟรนไชส์โดยทั่วไปจะตั้งขึ้นเพื่อการค้าและผู้ค้าปลีกเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดหาสินค้า ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เพียงแต่ให้ใช้เครื่องหมายการค้าและสินค้าเพื่อการดำเนินกิจการ แฟรนไชส์แบบนี้ถือว่าความเชื่อมโยงระหว่างเครื่องหมายการค้าและสินค้าเป็นสิ่งที่ยากไกลกันมาก หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าคือการสะท้อนความมีชื่อเสียงและมาตรฐานด้านคุณภาพ ดังนั้นคุณค่าของเครื่องหมายการค้าจึงสะท้อนจากแหล่งที่มาของสินค้าที่ถูกนำไปวาง เช่น ในคดี Chicken Delight

3. ในขณะที่แฟรนไชส์ที่เป็นระบบจัดจำหน่าย (distribution system) ดังเช่น Baskin-Robbins นั้นแตกต่างออกไป เพราะในระบบนี้ร้านค้าเปรียบเสมือนทางน้ำเพื่อส่งสินค้าไปยังผู้บริโภค คนสุดท้าย สินค้าต่างๆจะผลิตโดยผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์หรือผู้ได้สิทธิในการผลิต ในบริบทนี้เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ต่างกันออกไป โดยเครื่องหมายการค้าในระบบนี้จะทำหน้าที่เสมือนเป็นสินค้าที่ส่งผ่านไปถึงผู้บริโภคคนสุดท้าย การบังคับขายพ่วงจึงไม่อาจเอาผิดได้เพราะเครื่องหมายการค้าเป็นเพียงสิ่งบ่งบอกสินค้าที่ส่งผ่านไปซึ่งตรงกับความเห็นของศาลชั้นต้นที่เห็นว่าเครื่องหมายการค้าเป็นเพียงสิ่งบ่งชี้ถึงสินค้าไอศกรีมที่จำหน่ายผ่านระบบจัดจำหน่ายเท่านั้น

4. ดังนั้น เครื่องหมายการค้าซึ่งถูกใช้โดยผู้บริหารระบบแฟรนไชส์ปราศจากสถานะที่แยกออกต่างหากจากสินค้าซึ่งเป็นไอศกรีมซึ่งถูกกล่าวหาว่าเป็นการพ่วงซึ่งเป็นความผิด

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

แพทย์ Hyde (โจทก์) เป็นวิสัญญีแพทย์ (แพทย์เชี่ยวชาญทางด้านการวางยาสลบ) ที่มีใบอนุญาตประกอบโรคศิลป์จากแพทยสภาได้ยื่นใบสมัครงานเพื่อทำงานเป็นวิสัญญีแพทย์ในโรงพยาบาล Jefferson Parish District No.2 โรงพยาบาลปฏิเสธที่จะจ้างเนื่องจากมีสัญญาฉบับบริษัท Roux & Associates ซึ่งเป็นบริษัทของวิสัญญีแพทย์จำนวน 4 คนอยู่แล้ว ดังนั้น แพทย์ Hyde จึงฟ้องโรงพยาบาลว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้า (มาตรา 1 ของ Sherman Act และมาตรา 3 ของ Clayton Act) เพราะเป็นสัญญาขายบริการ ผ่าตัดควบกับการวางยาสลบคนไข้ที่มารับบริการทางการแพทย์ที่โรงพยาบาล ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าสัญญาดังกล่าวผิดกฎหมายในตัวเอง ศาลฎีการับฎีกา (granted certiorari)

ประเด็นกฎหมาย ผู้ประกอบธุรกิจจำเป็นต้องมีอำนาจตลาดหรือไม่ก่อนที่พฤติกรรมจะถูกพิจารณาว่าผิดกฎหมายในตัวเอง?

คำพิพากษาของศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลฎีกาตัดสินว่าพฤติกรรมของจำเลยไม่ขัดต่อมาตรา 1 ของ Sherman Act และมาตรา 3 ของ Clayton Act เนื่องจาก

ประการแรก การขายฟ่งที่ถือว่าผิดกฎหมายคือ การใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีอยู่ในสินค้ารายการแรก บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้ารายการที่สองด้วยการทำให้การแข่งขันในตลาดของสินค้ารายการที่สองลดลงถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย Sherman Act

ประการที่สอง ในกรณีนี้ ในมุมมองของคนไข้แล้ว มีการขายบริการ 2 รายการ บริการรายแรก คือ การให้บริการวางยาสลบ และบริการรายการที่สองคือ การให้บริการทางการแพทย์อื่นๆ จึงมี 2 ตลาดบริการ แต่เนื่องจากจำเลยมีคนไข้เพียง 30% ของคนไข้ทั้งหมดในเขตที่จำเลยประกอบธุรกิจทำให้จำเลยมีอำนาจตลาดที่ไม่เพียงพอที่จะบังคับคนไข้ให้ซื้อบริการอย่างอื่นควบได้ ดังนั้น ศาลจึงไม่นำหลักความรับผิดชอบในตัวเองมาปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดีนี้

ประการที่สาม พฤติกรรมของจำเลยยังอาจฝ่าฝืน Sherman Act หากว่ามีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โฉงก์ไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่ามีผลกระทบต่อความต้องการของคนไข้อย่างไร เช่น คนไข้ไม่ต้องการบริการวางยาสลบจากจำเลย แต่ต้องการบริการวางยาสลบจากวิสัญญีแพทย์คนอื่น เช่นจากโจทก์ เป็นต้น¹¹

3.1.3.1.6 คดี Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services (1992)

กลุ่มธุรกิจให้บริการซ่อมบำรุง (Independent service organizations “ISO's”) ยื่นฟ้อง Kodak ตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1, 2 และ Clayton Act มาตรา 3 โดยกล่าวหาว่าจำเลยจำกัดการขายชิ้นส่วนอะไหล่โดยขายให้เฉพาะลูกค้าที่ซื้ออุปกรณ์ของบริษัท เช่น เครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์ พรีนเตอร์ และอุปกรณ์ด้านไมโครกราฟฟิคของตนซึ่งในสมัยก่อนเคยขายชิ้นส่วนอะไหล่แก่ลูกค้าทุกประเภท และปฏิเสธไม่ให้บริการซ่อมบำรุงแก่ลูกค้าเก่าของตนหากไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่ Kodak กำหนด นอกจากนั้น ปรากฏข้อเท็จจริงว่าราคาค่าบริการซ่อมบำรุงของ ISO's ถูกกว่าราคาค่าบริการในตลาดและลูกค้าบางส่วนเห็นว่าบริการของ ISO's มีคุณภาพดีกว่าด้วย

คดีนี้ ศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษา Schwarzer ตัดสินยกฟ้องในข้อกล่าวหาทั้งหมด โดยในข้อกล่าวหาตาม Sherman Act มาตรา 1 ซึ่งเป็นกรณีบังคับขายฟ่ง (Tying) ศาลชั้นต้นมองว่า Kodak ไม่ได้บังคับให้ลูกค้าตกลงซื้อชิ้นส่วนอะไหล่และบริการจากตน เพราะลูกค้าสามารถซื้ออุปกรณ์จากบริษัทโดยไม่ต้องซื้อชิ้นส่วนอะไหล่ สามารถซื้อชิ้นส่วนอะไหล่ได้ต่อเมื่อเคยซื้ออุปกรณ์จากบริษัท และสามารถใช้บริการซ่อมบำรุงได้ทราบเท่าที่อุปกรณ์ผ่านมาตรฐานของบริษัท จึงไม่มีการบังคับแต่อย่างใด และการปฏิเสธไม่ขายชิ้นส่วนให้กับ ISO's ก็ไม่ผิดเช่นกันแม้จะทำให้ลูกค้าตน

¹¹ คักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 193-194.

ได้รับผลร้ายบ้างแต่ก็เป็นเพราะ Kodak ต้องการประหยัดต้นทุนการผลิต และเมื่อปราศจากข้อตกลงกับลูกค้าจึงไม่เป็นความผิดตาม Clayton Act มาตรา 3 ด้วย ส่วนในประเด็น Sherman Act มาตรา 2 ข้อหา Monopolization และ Attempted Monopolization ศาลชั้นต้นมองว่า Kodak มีอำนาจในตลาดชิ้นส่วนอะไหล่โดยธรรมชาติแต่ก็มีหน้าที่ของบริษัทที่ต้องขายชิ้นส่วนอะไหล่ของตนให้แก่ ISO's อันเป็นการช่วยเหลือคู่แข่งของตนแต่อย่างใด

ISO's ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษา Wiggins แห่ง 9th Circuit กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นทั้งหมด โดยในข้อหาบังคับขายพ่วงได้วินิจฉัยว่า

(1) การบังคับขายพ่วงเป็นความผิดตามหลักความรับผิดเด็ดขาด (*per se*) ต่อเมื่อจำเลยมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอในตลาดแรกและนำอำนาจนั้นมาใช้เพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดที่สองและมีผลกระทบต่อการแข่งขันในวงกว้าง แม้ Kodak จะอ้างว่าไม่ได้บังคับให้ผู้บริโภคใช้บริการเพื่อรับชิ้นส่วนอะไหล่เพราะ Kodak เพียงห้ามลูกค้าไปใช้บริการกับ ISO's เท่านั้น ซึ่งจุดนี้ถือเป็นการบังคับแล้ว

(2) ประเด็นสินค้าตลาดเดียวกันหรือไม่ Kodak อ้างว่าชิ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมบำรุงเป็นตลาดเดียวกันและไม่มี Demand แยกกันเพราะต้องใช้ประกอบกัน แต่การอ้างว่าต้องใช้ประกอบกันจึงไม่ถือว่ายุคนละตลาดฟังไม่ขึ้น เพราะการวิเคราะห์จะต้องพิจารณา Demand แต่ละสินค้าว่าแยกกันหรือไม่ นอกจากนั้น นโยบายของ Kodak ก็บังคับว่าอนุญาตให้ซื้อชิ้นส่วนอะไหล่ต่อเมื่อตกลงรับบริการซ่อมบำรุงตนจึงเห็นได้ชัดว่าคนละตลาด

(3) ในประเด็นอำนาจบังคับในตลาดว่ามีหรือไม่ ศาลชั้นต้นมิได้วินิจฉัยไว้ แต่ ISO's อ้างว่ามีอำนาจบังคับเพราะชิ้นส่วนอะไหล่ผลิตเฉพาะ Kodak และผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนไปใช้อุปกรณ์อื่นได้ทันที เมื่อซื้ออุปกรณ์ที่มีราคาแพงแล้ว ก็ต้องถูกปิดกั้นอยู่เช่นนั้น แต่ Kodak ต่อสู้ว่าตนไม่มีอำนาจตลาดเพียงพอเพราะส่วนแบ่งตลาดของตนไม่มากพอ หากขึ้นราคาสูงเกินไป ผู้บริโภคจะหันไปใช้สินค้าของคู่แข่งแทนได้ โดย Kodak ประเมินว่าส่วนแบ่งตลาดของตนไม่เกิน 23% แต่ศาลอุทธรณ์กลับเห็นว่าคดีนี้ต่างจากกรณีการขายพ่วงอุปกรณ์กับชิ้นส่วนอะไหล่หรือบริการ เพราะกลไกการแข่งขันจะทำให้ผู้บริโภคหันไปซื้อสินค้ารายอื่นทันที แต่คดีนี้ เป็นการพ่วงชิ้นส่วนอะไหล่กับบริการซ่อมบำรุงอันเป็นตลาดหลัง (*after-market/ derivative market*) กลไกตลาดในอุปกรณ์ (*interbrand competition*) จึงไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อหันไปใช้รายอื่นได้ หาก Kodak พ่วงชิ้นส่วนอะไหล่กับบริการซ่อมบำรุงกับอุปกรณ์ในราคาสูงย่อมจะสูญเสียลูกค้าของตนไป ซึ่งทำให้ Kodak ไม่อาจขึ้นราคาค่าบริการได้ อย่างไรก็ตาม ความไม่สมบูรณ์ของตลาด (*market imperfections*) สามารถทำให้ผู้บริโภคมองไม่เห็นปัจจัยราคาและคุณภาพซึ่งแฝงอยู่ในการบังคับขายพ่วงได้ ดังนั้น จากสภาพความ

เป็นจริงในตลาดอุปกรณ (interbrand market) จึงไม่อาจทำให้อำนาจของ Kodak ในตลาดขึ้นส่วนอะไหล่ลดลง

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า Kodak คิดราคาบริการเป็น 2 เท่าตัวเมื่อเทียบกับคู่แข่งแต่คุณภาพในบริการของ Kodak ดีกว่า และกลับมีผู้บริโภคจำนวนมากจ่ายแพงกว่าไม่ยอมเปลี่ยนไปใช้บริการของคู่แข่ง ซึ่งโครงสร้างราคาของ Kodak น่าจะทำให้ส่วนแบ่งตลาดของ Kodak ลดลง แต่ตรงกันข้ามกลับคงส่วนแบ่งตลาดไว้ได้ 23% แต่ส่วนแบ่งตลาดอุปกรณไม่ใช่เครื่องบ่งชี้อำนาจในตลาดขึ้นส่วนอะไหล่ ฉะนั้นจึงต้องมีจุดแข็งบางอย่างที่สามารถสร้างอำนาจในตลาดหลัง (after-market/ derivative market) คือ ตลาดขึ้นส่วนและบริการได้

(4) เหตุผลที่ Kodak อ้างมี 3 ประการแรก Kodak กล่าวว่าผู้บริโภคได้รับบริการที่ไม่ดีพอเพราะผู้บริโภคไม่สามารถแยกแยะได้ ประการที่สอง Kodak ต้องการลดต้นทุนการผลิตขึ้นส่วนเพราะตนต้องขายขึ้นส่วนอะไหล่ให้กับผู้ที่ไม่ได้ใช้บริการของตนทำให้สิ้นเปลืองโดยใช้เหตุ ประการที่สาม Kodak ต้องการป้องกันไม่ให้ ISO's มาใช้ต้นทุนในอุตสาหกรรมของตน (free-riding) แต่จากการวิเคราะห์ของศาลเห็นว่า Kodak มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าการบังคับขายพ่วงเป็นวิธีเดียวเท่านั้นในการประกันคุณภาพของตนแต่ยังพิสูจน์ไม่เพียงพอ อีกทั้งมีหลักฐานว่า ISO's บริการดีกว่า ส่วนในประการที่สองศาลมองว่า Kodak สามารถพิจารณาอุปสงค์ขึ้นส่วนอะไหล่โดยวัดจากจำนวนครั้งของการเสียหายของอุปกรณ ซึ่งกำไรของบริษัทก็มาจากการขายขึ้นส่วนอะไหล่อยู่แล้วไม่ว่าผู้ซื้อจะนำไปใช้บริการกับใครก็ตาม ส่วนในประการสุดท้าย ศาลเห็นว่าฟังไม่ขึ้นเลยเพราะ Kodak เข้าใจว่าหาก ISO's จะเข้ามาแข่งขันกับตนก็ต้องฟันฝ่าอุปสรรคเข้ามาสู่ตลาดขึ้นส่วนอะไหล่และบริการได้เอง แต่ตรงกันข้าม การบังคับขายพ่วงของตนกลับสร้างอุปสรรคต่อ ISO's ในการเข้าสู่ตลาดเพิ่มถึง 2 ตลาดพร้อมกัน ซึ่ง Kodak ก็มีทางเลือกอื่นที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันน้อยกว่า คือ การปรับโครงสร้างราคาให้สะท้อนต้นทุนของตน แต่กลับไม่ทำเช่นนั้น

(5) สุดท้าย Kodak อ้างว่าตนเป็นผู้ประกาศฝ่ายเดียว ลูกค้านำไม่ได้ตกลงด้วยจึงไม่เป็นความผิดตาม Sherman Act มาตรา 1 แต่จากเอกสาร “Terms of Sale” ระบุไว้ชัดเจนถึงข้อตกลงของลูกค้านำจึงถือว่ามีข้อตกลงทำสัญญากันแล้ว

ส่วนในข้อหาตาม Sherman Act มาตรา 2 คือ การปฏิเสธไม่ทำสัญญาด้วย (The Refusal to Deal Claim) อันจะเป็นความผิดฐานข้อหา Monopolization และ Attempted Monopolization ศาลมองว่า Kodak มีสิทธิปฏิเสธไม่ทำสัญญากับผู้อื่นได้ต่อเมื่อมีเหตุผลพิเศษทางธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate business reason) แต่โจทก์มีหลักฐานว่า Kodak มีนโยบายกีดกันคู่แข่งและมีเจตนาสร้างอำนาจผูกขาด อย่างไรก็ตาม เหตุผลของศาลชั้นต้นที่ว่า Kodak ไม่มีหน้าที่ต้องทำสัญญากับคู่แข่งมิใช่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดตาม Sherman Act มาตรา 2

ในชั้นฎีกา ผู้พิพากษา Blackmun ตัดสินยืนตามคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ โดยในการวินิจฉัยข้อหาบังคับขายพ่วง ศาลได้สรุปว่ากรณีดังกล่าวสามารถนำหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (*Per-Se Rule*) มาวินิจฉัยได้ว่าเป็นความผิดฐานบังคับขายพ่วง (*Tying*) โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้¹² โดยจำเลยมีความผิดตาม Sherman Act มาตรา 1, 2 ดังนี้

(1) ประเด็นว่ามีตลาดที่เกี่ยวข้อง 2 ตลาดหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่าต้องพิจารณาจากอุปสงค์ของผู้บริโภค และพบว่าในอดีต Kodak เคยขายชิ้นส่วนอะไหล่ให้กับผู้ซื้อที่ซ่อมแซมเอง (*self-service*) และให้บริการซ่อมแซมแยกกันซึ่งปัจจุบันก็ยังคงเป็นเช่นนี้อยู่ นอกจากนี้ พัฒนาการของอุตสาหกรรมซ่อมแซมก็เป็นหลักฐานอย่างดีว่าจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพแก่หน่วยธุรกิจหากแยกตลาดบริการซ่อมแซมออกจากตลาดชิ้นส่วนอะไหล่

(2) ประเด็นว่ามีกการบังคับหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นด้วยกับศาลอุทธรณ์ว่ามีกการวางเงื่อนไขบังคับจริง นอกจากนี้ยังพบว่าลูกค้าจำนวนหนึ่งต้องการรับบริการซ่อมแซมโดยไม่ต้องการชิ้นส่วนอะไหล่ เพราะบริการซ่อมแซมบางอย่างไม่ต้องเปลี่ยนอะไหล่ แต่อีกจำนวนหนึ่งต้องการชิ้นส่วนอะไหล่อย่างเดียวเพราะตนสามารถซ่อมเองได้หรือนำไปให้ที่อื่นซ่อมแซม และ Kodak ต้องการจำกัดจำนวนชิ้นส่วนอะไหล่ในตลาดโดยห้ามผู้ซื้อและผู้แทนจำหน่ายของตนขายชิ้นส่วนอะไหล่ให้แก่ ISO's และมีความพยายามจำกัดอุปกรณมือสองในตลาดด้วย

(3) ประเด็นอำนาจบังคับซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุดของคดี กล่าวคือ การปราศจากอำนาจในตลาดอุปกรณทำให้ปราศจากอำนาจในตลาดผลพลอยได้จากอุปกรณด้วยหรือไม่ บริษัท Kodak อ้างว่าตนปราศจากอำนาจเหนือตลาดในตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกซารและอุปกรณด้านไมโครกราฟฟิค หากว่า Kodak พยายามเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าโดยขึ้นราคาชิ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมบำรุงในระดับที่สูงกว่าที่ควรจะเป็น บริษัท Kodak เองก็จะเสียส่วนแบ่งตลาดในตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกซารและอุปกรณด้านไมโครกราฟฟิคไปเพราะผู้ซื้อจะเปลี่ยนไปซื้ออุปกรณดังกล่าวจากผู้ผลิตรายอื่นที่มีค่าใช้จ่ายในส่วนของบริการรักษาน้อยกว่า หรือแม้จะสมมุติว่าบริษัท Kodak มีส่วนแบ่งตลาดในชิ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมบำรุงมากกว่า 80% ก็ตาม การแข่งขันโดยกลไกตลาดในตลาดเครื่องถ่ายภาพเอกซารและอุปกรณด้านไมโครกราฟฟิคจะแยกบริษัท Kodak ออกไปเองจากการขึ้นราคาสินค้าเกินสมควร¹³ อย่างไรก็ตาม ศาลปฏิเสธข้ออ้างของบริษัท Kodak โดยให้เหตุผล ดังนี้

¹² Gellhorn and Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, p.338.

¹³ *Ibid.*, p.339.

(3.1) แม้ Kodak ไม่อาจขึ้นราคาขึ้นส่วนอะไหล่หรือบริการได้มากเพราะจะทำให้ต้นทุนสูญเสียลูกค้าได้ตามกฎแห่งความยืดหยุ่นของอุปสงค์สำหรับสินค้าทดแทนในตลาด (cross-elasticity of demand) แต่ไม่ได้หมายความว่าตนปราศจากอำนาจในตลาดขึ้นส่วนอะไหล่หรือบริการ เพราะแม้ผู้ผูกขาดก็ยังสูญเสียยอดขายได้หากตนขึ้นราคาสูงเกินไป และการขึ้นราคาขึ้นส่วนอะไหล่และบริการก็สามารถชดเชยกำไรที่สูญเสียไปจากตลาดอุปกรณืได้ กลไกตลาดอุปกรณืที่ไปจำกัดการขึ้นราคาขึ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมจึงไม่อาจเป็นไปได้ในความเป็นจริง

(3.2) ศาลพบว่า มีต้นทุนและความยากลำบากในการได้รับข้อมูลด้านการบำรุงรักษาที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคซึ่งปัญหาในส่วนนี้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างตลาดขึ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมแซมกับตลาดอุปกรณืมีความสัมพันธ์กันน้อยลง ปัจจัยนี้ได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้บริโภคและจะเป็นผลดีต่อบริษัท Kodak ในการตัดวงเอาประโยชน์ได้ เพราะผู้บริโภคต้องพิจารณาความคุ้มค่าของสินค้าตลอดอายุการใช้งานซึ่งเป็นสิ่งที่ยากและมีต้นทุนสูง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องราคา คุณภาพ อุปกรณืยี่ห้อต่างๆทั้งหมดในตลาด การอัพเกรดอุปกรณื บริการซ่อมบำรุง การประเมินจำนวนครั้งของการซ่อมบำรุง ธรรมชาติของการซ่อมบำรุง ราคาขึ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมแซม ระยะเวลาที่อุปกรณืต้องซ่อมบำรุง และความเสียหายจากการที่ไม่ได้ใช้อุปกรณืระหว่างซ่อมแซม ข้อมูลเหล่านี้เป็นสิ่งที่เข้าถึงได้ยากในช่วงตัดสินใจซื้อ และในระหว่างอายุการใช้งานบริษัทก็อาจเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการให้บริการ รวมทั้งพัฒนาสินค้าใหม่ๆที่มีคุณภาพสูงกว่าเดิมซึ่งทำให้ความต้องการซ่อมแซมอุปกรณืเก๋าลดลง แม้คู่แข่งของ Kodak สามารถให้ข้อมูลได้แต่ศาลเห็นว่าไม่มีข้อมูลที่น่าเชื่อถือ แม้มีข้อมูลของคู่แข่งก็ไม่แน่ว่าจะทำให้เขาได้ประโยชน์มากขึ้นหากแจ้งให้ผู้ซื้อทราบ นอกจากนั้น ที่เห็นชัดเจนในลูกค้าบางกลุ่ม เช่น หน่วยงานราชการ ซึ่งได้จัดซื้ออุปกรณืมาทั้งระบบซึ่งเป็นภาระยากในการพิจารณาต้นทุนทั้งหมด เพราะถือว่าบริการหลังการขายเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมิใช่ค่าใช้จ่ายในการลงทุนเหมือนตอนซื้ออุปกรณื ซึ่งในตอนตัดสินใจซื้อก็จะพิจารณาแต่เฉพาะราคาเครื่องที่ต่ำที่สุดในตลาดเท่านั้น และแม้ Kodak อ้างว่ายังมีผู้ซื้อที่มีความเชี่ยวชาญอยู่ (sophisticated customers) ซึ่งคนกลุ่มนี้สามารถหยุดการขึ้นราคาสินค้าได้ แต่เนื่องจากคนกลุ่มนี้มีน้อย ดังนั้นการขึ้นราคาบริการซ่อมแซมให้สูงเกินกว่าราคาตลาดก็คุ้มค่าแม้จะทำให้ผู้ซื้อที่มีความเชี่ยวชาญที่มีจำนวนน้อยเปลี่ยนไปใช้อุปกรณือื่นก็ตาม ในขณะที่ผู้ซื้อรายอื่นที่ขาดความเชี่ยวชาญจะไม่สามารถรู้เท่าทันของบริษัท Kodak ได้***

** เปรียบเทียบกับ Richard Craswell, *Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues*, 62 B.U.L.Rev. 661 (1982) ซึ่งเสนอว่าแทนที่จะบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้ถูกนำมาใช้เพื่อแก้ไขอันตรายจากการขายพ่วงซึ่งมีสาเหตุมาจากความไม่สมมูลกันของข้อมูล (information asymmetries) (Gellhorn and Kovacic 1994: 339).

(3.3) ศาลพบว่า มีต้นทุนในการเปลี่ยนเครื่องถ่ายเอกสารและอุปกรณ์ด้านไมโครกราฟฟิคใหม่ (switching cost) จะกีดกันไม่ให้ผู้เป็นเจ้าของสินค้าของบริษัท Kodak เปลี่ยนไปซื้อเครื่องถ่ายเอกสารและอุปกรณ์ด้านไมโครกราฟฟิคจากผู้ผลิตรายอื่นได้ (lock-in) เป็นเหตุให้บริษัท Kodak อาจอาศัยช่องทางดังกล่าวปิดกั้นกลุ่มลูกค้าของตนโดยขึ้นราคาขึ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมบำรุงให้สูงกว่าราคาตลาด โดยเฉพาะหากลูกค้าที่ถูกปิดกั้นมีเปอร์เซ็นต์สูงเมื่อเทียบกับกลุ่มลูกค้าใหม่ที่มีศักยภาพ และหากผู้ขายสามารถกำหนดราคาที่แตกต่างกันระหว่างลูกค้ารายเก่าและลูกค้ารายใหม่ กลยุทธ์นี้ย่อมทำกำไรได้มากขึ้น เพราะผู้ขายสามารถตั้งราคาสำหรับลูกค้ารายใหม่ต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มในอุปกรณ์และเอากำไรคืนจากค่าบริการซ่อมบำรุงหรืออาจมีการรับประกันอุปกรณ์ตลอดอายุการใช้งานซึ่งจะไม่ให้แก่ลูกค้าเก่าที่ถูกล๊อคอินแล้ว ซึ่งปรากฏหลักฐานว่าราคาของอุปกรณ์นั้นแพงมาก ประกอบกับผู้ซื้อจำเป็นต้องได้รับ Support material ของ Kodak ด้วยทำให้ต้นทุนในการเปลี่ยนอุปกรณ์สูง นอกจากนี้มีการกำหนดราคาอุปกรณ์ ขึ้นส่วนอะไหล่ และบริการซ่อมบำรุงของลูกค้าเก่าและลูกค้าใหม่แตกต่างกันจริง

(4) แม้ Kodak อ้างว่าตนสามารถวางแผนการตลาดใหม่ๆ จะทำให้สามารถแข่งขันได้ดีขึ้นในตลาดอุปกรณ์ แต่ศาลไม่เห็นด้วยว่ากลยุทธ์การขายดังกล่าวนั้นสมเหตุสมผลโดยคำนึงถึงการควบคุมคุณภาพสินค้าเพราะหลักฐานที่ปรากฏไม่มีน้ำหนักเพียงพอให้รับฟังได้เช่นนั้น¹⁴ และเมื่อศาลชั่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงในการห้ามพฤติกรรมที่เป็นบวกกับความเสี่ยงในการปล่อยให้การกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ได้รับการลงโทษแล้ว ศาลฎีกาเห็นว่าไม่ควรเป็นไปตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น

ศาลฎีกาได้กล่าวไว้ด้วยว่า บริษัท Kodak อาจชนะในประเด็นว่ามีสินค้า 2 ชนิดแยกจากกันหรือไม่ รวมทั้งประเด็นการใช้อำนาจเหนือตลาดของเครื่องถ่ายเอกสารและอุปกรณ์ด้านไมโครกราฟฟิค และประเด็นความสมเหตุสมผลซึ่งมีน้ำหนักมากกว่าพฤติกรรมกีดกันทางการค้าโดยการขายพ่วง

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี Kodak ได้ขยายมุมมองทางการบังคับขายพ่วง (Tying) ได้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่า กิจการใดก็ตามจะถือได้ว่ามีอำนาจเหนือตลาดในตลาดขึ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมบำรุง (สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง) แม้จะปราศจากอำนาจเหนือตลาดในตลาดเครื่องถ่ายเอกสารและอุปกรณ์ด้านไมโครกราฟฟิค (สินค้าที่มีการพ่วง) ก็ตาม¹⁵ อย่างไรก็ตาม ในขณะที่เดียวกันศาลก็ได้ตระหนักถึงข้อต่อสู้ทางการควบคุมคุณภาพสินค้า

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Gellhorn and Kovacic, *Antitrust law and economics in a nutshell*, p.340.

ต่อความรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per-Se Rule*) จุดนี้เองย่อมเป็นการยืนยันแนวคิดในคดีก่อนๆ ในอดีตซึ่งวางแนวไว้ว่าการบังคับขายพวง (*Tying*) อาจชอบด้วยเหตุผลได้หากอาศัยเหตุผลด้านความจำเป็นบางอย่างหรือวิธีการที่ถูกต้องเหมาะสมเพื่อรักษาคุณภาพสินค้าที่มีการพวงไว้

3.1.3.1.7 คดี *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc*(2006)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ บริษัท *Illinois Tool Works* ผู้ผลิตหมึกสำหรับ inkjet printer และได้รับสิทธิบัตรในหัวพิมพ์และตลับหมึกพิมพ์ รวมหมึกพิมพ์ซึ่งไม่มีสิทธิบัตร ได้ขายหมึกให้กับบริษัท OEMs และตกลงกันว่า จะซื้อหมึกจากผู้ขายเท่านั้นและห้ามทั้งผู้ซื้อและลูกค้าเติมหมึกชนิดอื่นลงในตลับหมึกพิมพ์ที่ได้รับสิทธิบัตร บริษัท *Independent Ink* ได้พัฒนาหมึกพิมพ์ที่มีคุณสมบัติเช่นเดียวกันได้ยื่นฟ้องคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดต่อผู้ได้รับสิทธิบัตรซึ่งกำหนดให้ลูกค้าต้องซื้อหมึกของผู้ขายที่ไม่ได้รับสิทธิบัตรด้วย โดยกล่าวหาว่าเป็นการบังคับขายพวง (*Tying*) และเป็นการผูกขาดโดยมิชอบในตลาดหมึก ตาม *Sherman Act* มาตรา 1, 2 ศาลชั้นต้นตัดสินให้บริษัท *Illinois Tool Works* ชนะ ในชั้นอุทธรณ์ศาล *Federal Circuit* พิพากษากลับ ในชั้นฎีกา ศาลฎีกาโดยผู้พิพากษา *Stevens* วินิจฉัยว่า

1. ข้อเท็จจริงเพียงแต่สินค้าที่มีการพวงได้รับสิทธิบัตรไม่เพียงพอที่จะสนับสนุนในการอนุมานอำนาจตลาดในสินค้าที่ได้รับสิทธิบัตรแล้วได้ การวินิจฉัยนี้เป็นการกลับคำพิพากษาในคดี *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*; *International Salt Co. v. United States*; *United States v. Loew's Inc.* และ *Jefferson Parish Hospital Dist. No.2 v. Hyde* รวมทั้งคดีอื่นๆที่เคยอนุมานอำนาจตลาดจากสิทธิบัตร

2. ในคดีที่เกี่ยวกับการบังคับขายพวงทั้งหมด โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจตลาดในสินค้าที่มีการพวง

3. สิทธิบัตรไม่ใช่เครื่องบ่งชี้ในการอนุมานอำนาจตลาดของผู้ได้รับสิทธิบัตรนั้น

ดังนั้น เมื่อบริษัท *Independent Ink* มิได้นำเสนอหลักฐานเกี่ยวกับตลาดที่เกี่ยวข้องหรือพิสูจน์อำนาจตลาดของบริษัท *Illinois Tool Works* จึงต้องยกข้อกล่าวหาไปยังศาลชั้นต้นเพื่อให้มีการพิจารณาพยานหลักฐานเกี่ยวกับอำนาจตลาดใหม่อีกครั้งในศาลชั้นต้น

3.1.3.1.8 คดี *Microsoft (USA)*

เป็นคดีที่มีประวัติการต่อสู้ในทางคดีอันยาวนานและมีชื่อเสียงที่สุดในโลกในบรรดาคดีการขายพวงและกฎหมายแข่งขันทางการค้าทั้งหมด โดยคดีของ *Microsoft* เริ่มต้นตั้งแต่นั้นปี ค.ศ.

1994 โดยกองควบคุมการแข่งขันทางการค้า กระทรวงยุติธรรมเป็นโจทก์ยื่นฟ้องในข้อหาผูกขาดโดยมิชอบ (unlawfully maintaining a monopoly) ในโปรแกรม Microsoft Windows ผ่านทางข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่ต่อมากดีจบลงโดยคู่ความประนีประนอมยอมความ และศาลพิพากษาตามยอม ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกคดีนี้ว่า “คดี Microsoft I”

3 ปีต่อมาในปีค.ศ.1998 กองควบคุมการแข่งขันทางการค้า กระทรวงยุติธรรมเป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัท Microsoft อีกครั้งสืบเนื่องจากคดีเดิมและในชั้นอุทธรณ์คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (preliminary injunction) ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่าการที่บริษัท Microsoft ใช้เทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ในการรวมโปรแกรม Internet Explorer เวอร์ชัน 3.0 และ 4.0 เข้ากับระบบปฏิบัติการ Microsoft Windows 95 ไม่มีผลเป็นการละเมิดข้อตกลงตามคำพิพากษาตามยอมใน “คดี Microsoft I” ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกคดีดังกล่าวนี้ว่า “คดี Microsoft II”

ในปีเดียวกันหลังจากมีคำพิพากษาในคดี Microsoft II ไม่นาน รัฐบาลกลางและตัวแทนแห่งมลรัฐต่างๆกว่า 20 มลรัฐได้รวมตัวกันเพื่อยื่นฟ้องบริษัท Microsoft เป็นครั้งที่ 3 เป็นคดีตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า พร้อมทั้งยื่นคำขอคุ้มครองทั้งชั่วคราวและถาวรให้ศาลสั่งระงับการกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด Sherman Act เพื่อให้ตลาดได้รับการเยียวยาให้กลับคืนสู่สภาพเดิม โดยอ้างว่าบริษัท Microsoft พยายามกีดกันโปรแกรม Netscape Navigator ออกจากตลาดโปรแกรมสำหรับท่องเว็บไซต์ (Web Browser) การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีขอบ การทำสัญญากับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต, บริษัทซอฟต์แวร์, บริษัทผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ รวมถึงการข่มขู่บริษัท Intel ให้หยุดการพัฒนา Java Virtual Machine (JVM) โดยยื่นฟ้อง 4 ข้อหาดังนี้

- 1) ข้อหาห้ามคู่สัญญาทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยมิชอบ (Unlawful exclusive dealing arrangements) ตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act
- 2) ข้อหาขายพ่วง (Tying) โปรแกรม Internet Explorer กับโปรแกรม Microsoft Windows 95 และ 98 โดยมีชอบตามมาตรา 1 แห่ง Sherman Act
- 3) ข้อหาผูกขาดโปรแกรมระบบปฏิบัติการ Microsoft Windows โดยมีชอบ ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act
- 4) ข้อหาพยายามผูกขาดโปรแกรมสำหรับท่องเว็บไซต์ (Internet Browser) โดยมีชอบ ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

ศาลชั้นต้นได้กำหนดให้คดีนี้พิจารณาคดีโดยรวดเร็วที่สุด (Fast Track) มีการจำกัดพยานบุคคลสูงสุดฝ่ายละ 12 คนโดยเพิ่มพยานบุคคลที่อาจหักล้างได้อีก 2 คน หลังจากมีการนั่ง

พิจารณาคดีนานถึง 76 วัน ศาลชั้นต้นได้มีคำวินิจฉัยในข้อเท็จจริง (Findings of Fact) มีการเชิญ Professor Lawrence Lessig เข้ามาร่วมพิจารณาข้อกฎหมายในฐานะเป็นที่ปรึกษาของศาล (amicus curiae) และศาลพยายามไกล่เกลี่ยโดยท่าน The Honorable Richard A. Posner ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์แต่การเจรจาไกล่เกลี่ยล้มเหลว

ในปีค.ศ.2000 ศาลชั้นต้นได้มีคำวินิจฉัยในข้อกฎหมาย (Conclusion of Law) โดยพิพากษาว่าบริษัท Microsoft มีความผิดตาม Sherman Act ข้อหาขายพวงโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 1 และข้อหาผูกขาดและพยายามผูกขาดโดยมิชอบตามมาตรา 2 แต่ยกฟ้องข้อหาห้ามคู่สัญญาทำธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นโดยมิชอบเพราะพยานหลักฐานไม่มีน้ำหนักเพียงพอให้หน้าเชื่อว่ามีการทำผิดดังกล่าว หลังจากนั้นโจทก์ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลเยียวยาความเสียหายโดยรวมถึงการจัดโครงสร้างของบริษัท Microsoft ใหม่ให้บริษัท Microsoft แยกออกเป็น 2 บริษัทคือ บริษัทผลิตซอฟต์แวร์ และบริษัทผลิตโปรแกรมระบบปฏิบัติการ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้มีคำสั่งเยียวยาตามคำขอของโจทก์ดังกล่าว

ต่อมาบริษัท Microsoft ได้ยื่นอุทธรณ์อีกครั้งในปีค.ศ.2001 ซึ่งคดีนี้ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) ได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า การบังคับขายโปรแกรม Internet Explorer (IE) ทำให้การแยกโปรแกรม Internet Explorer ออกจาก Windows 98 ทำได้ยากขึ้น (ยกตัวอย่างเช่น การไม่ใส่ไว้ในรายการโปรแกรมที่ไม่ต้องการ “Add/Remove Programs list”) และการพัฒนาออกแบบโปรแกรม Windows 98 เพื่อให้สามารถใช้ได้กับโปรแกรม Netscape Navigator เป็นไปอย่างยากลำบาก ทั้งนี้เพราะการรวมโปรแกรมโดยมิชอบด้วยกฎหมายของ Windows 98 และ Internet Explorer ส่วนทางฝ่ายบริษัท Microsoft ได้แย้งว่าโปรแกรมสำหรับท่องเว็บไซต์ (Web Browser) เป็นส่วนประกอบโดยปกติทั่วไปของระบบปฏิบัติการ (Operation System, OS) ซึ่งระบบปฏิบัติการของคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลยี่ห้ออื่นก็ปฏิบัติเช่นเดียวกัน การรวมซอฟต์แวร์ไว้ด้วยกันจึงถือว่าการปฏิบัติทางเทคโนโลยีที่ชอบธรรมแล้ว เช่นเดียวกับนิยามของรถยนต์นั่งส่วนบุคคลซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยรวมอุปกรณ์ที่แต่เดิมเคยแยกออกจากรถยนต์มาก่อน (ยกตัวอย่างเช่น เครื่องวัดความเร็ว (Speedometer) และวิทยุ เครื่องเสียงต่างๆ) บริษัท Microsoft อ้างว่านิยามของระบบปฏิบัติการจึงควรปรับเปลี่ยนให้รวมถึงซอฟต์แวร์ที่แต่เดิมเคยขายแยกกันมาก่อนด้วย* ศาลปฏิเสธข้ออ้างของบริษัท Microsoft เรื่องการรวม

* การเอื้อประโยชน์ซึ่งแฝงอยู่ในการเรื่องของการขายพวงยังเป็นสิ่งที่คลุมเครือ เพราะเหตุว่าการขายพวงแม้จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นพฤติกรรมร้ายกาจที่อาจพยายามกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาดก็ได้ การขายพวงของบริษัท Microsoft ในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกาในโปรแกรม Internet Explorer และในกรณีประเทศประชาคมยุโรปในโปรแกรม Media Player พร้อมกับระบบปฏิบัติการของบริษัทตามกรณีศึกษาข้างต้นเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเด็นนี้ นักวิชาการแนะนำว่าเทคนิค

โปรแกรม Windows และ Internet Explorer และมองว่าการรวมโปรแกรมดังกล่าวเข้าขायมีพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้า และการที่โปรแกรม Web Browser ดังกล่าวไม่สามารถลบออกไปจากระบบผ่านทาง Add/Remove Programs ได้จึงทำให้การใช้งานโปรแกรม Web Browser คู่แข่งลดลง นอกจากนี้การที่บริษัท Microsoft รวมรหัสของโปรแกรม Web Browser (Browsing Code) ไว้กับรหัสอื่นที่ไม่ใช่โปรแกรม Web Browser (Non-Browsing Code) ซึ่งก็คือโปรแกรมของระบบปฏิบัติการนั่นเอง ย่อมทำให้บริษัทผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ (OEMs) ไม่อาจติดตั้งโปรแกรม Web Browser คู่แข่งได้ตั้งแต่แรก เพราะ file ข้อมูลเป็นfile เดียวกันหากปราศจาก file ดังกล่าว (SHDOCW.DLL) ระบบปฏิบัติการก็ไม่สามารถทำงานได้ จึงพิพากษาว่าบริษัท Microsoft มีความผิดข้อหาผูกขาดโดยมิชอบ (Monopolization Violation) และยกฟ้องข้อหาพยายามผูกขาดโดยมิชอบ (Attempted Monopolization Violation)

ส่วนในข้อหาบังคับขายพวง (Tying) นั้นศาลเห็นว่าไม่ควรนำหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (Per Se Theory) มาใช้กับคดีนี้ซึ่งอาจเกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงในทางคดีได้ เพราะการขายพวงนั้นไม่จำเป็นต้องก่อให้เกิดแต่เฉพาะผลเสียหายต่อการแข่งขันทางการค้าเท่านั้นโดยยกตัวอย่างคดี Cal. Computer Prods., Inc. v. IBM Corp. ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับบริษัทคอมพิวเตอร์โดยมีการรวม Math Co-processors และ Memory ลงใน Microprocessor Chips และมีการรวมเครื่องมือตรวจทานคำผิด (Spell Checker) ไว้ใน Word Processor ด้วย และนอกจากนั้นการมี file ร่วมกันระหว่างระบบปฏิบัติการ (OS) และโปรแกรม Web Browser ทำให้ประหยัดเนื้อที่และหน่วยความจำเมื่อผู้บริโภคใช้ระบบปฏิบัติการและเปิดใช้ Web Browser พร้อมๆกัน จึงควรวิเคราะห์ตามหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) โดยย่อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ระหว่างพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการแข่งขัน

ในเวลาต่อมาในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.2001 คดีของฝ่ายรัฐจบลงโดยการประนีประนอมยอมความระหว่างกระทรวงยุติธรรมและสำนักงานอัยการสูงสุดแห่งมลรัฐทั้ง 9 แห่งกับบริษัท Microsoft ก่อนที่ทราบผลการวินิจฉัยของศาลในขั้นที่สุด โดยบริษัท Microsoft ยินยอมที่จะเขียนโปรแกรมที่มีการกำหนดคุณลักษณะของชุดของคำสั่งที่สามารถติดต่อสื่อสารกันได้ (Communication Protocols) ในการใช้งานระหว่างเครือข่ายเพื่อให้เข้ากับระบบปฏิบัติการ OS Windows ได้ และยินยอมที่จะทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่บุคคลที่สามในกรณีดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ ตาม

การขายพวงเช่นนี้จะไปกีดกันคู่แข่งออกจากตลาดภายใต้เงื่อนไขบางประการ ในขณะเดียวกันสิ่งที่สามารถถ่วงดุลกับความเห็นดังกล่าวได้ก็คือ การเพิ่มประสิทธิภาพของการประกอบธุรกิจเนื่องจากการรวมสินค้าเข้าด้วยกันและการลดต้นทุนในการจำหน่ายหากว่าสินค้าที่มีการพวงและสินค้าที่ถูกนำไปพวงเป็นสินค้าที่ถูกนำไปใช้ประโยชน์บ่อยครั้ง (Jay Pil Choi 2007: 81)

สัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าว บริษัท Microsoft จะยินยอมให้บริษัทผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ (OEMs) และผู้ใช้งาน (end users) สามารถ activate โปรแกรมหรือ ลบโปรแกรมประเภทเชื่อมโยงข้อมูล (Middleware) ได้

ในส่วนคดีการขายพ่วงโปรแกรม Microsoft Office นั้น ทางฝ่ายอัยการสูงสุดแห่งมลรัฐ ได้ดำเนินคดีดังกล่าวคู่ขนานกันไปกับคดีข้างต้นซึ่งในคดีนี้ ทางภาครัฐได้ฟ้องในข้อหาทำความเสียหายต่อตลาดการผลิตโปรแกรม Office ซึ่งคดีนี้ฝ่ายอัยการสูงสุดถอนฟ้องคดีนี้ไปขณะกำลังยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมฟ้อง อย่างไรก็ตาม คดีนี้ได้ถูกนำมาฟ้องอีกครั้งโดยบริษัท Novell ซึ่งเป็นบริษัทผลิตซอฟต์แวร์ในอเมริกาซึ่งอ้างว่าโปรแกรม OEM ถูกคิดราคาน้อยลงเมื่อนำไปรวมกับการขาย Windows ถ้าพวกเขายอมรับที่จะรวมโปรแกรม Office เข้ากับคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลทุกเครื่อง แต่ถ้าพวกเขาให้ผู้ซื้อคอมพิวเตอร์เลือกว่าจะซื้อโปรแกรม Office พ่วงไปกับคอมพิวเตอร์ของพวกเขา ราคาของโปรแกรม OEM สำหรับ Windows จะสูงขึ้น ซึ่งทำให้ราคาคอมพิวเตอร์ของเขาแข่งขันได้น้อยลงในตลาด คดีของบริษัท Novell ดังกล่าวนั้น ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Court of Appeals, Fourth Circuit) ได้พิพากษายกฟ้องในปีค.ศ. 2007 โดยเหตุอันน่าจึใจเพราะข้อหาที่โจทก์นำมาฟ้องนั้นเป็นข้อหาเดียวกันและมีอยู่ก่อนคดีที่อัยการโจทก์จะมีการประนีประนอมยอมความ ฉะนั้นสิทธิในคดีมาฟ้องของโจทก์ในคดีนี้จึงระงับไป (any plaintiff's similar claims arising before the end of the government suit would appear to be untimely.)

3.1.3.2 คดีเกี่ยวกับการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Bundled Discount)

3.1.3.2.1 คดี SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.(1978)

บริษัท SmithKline ประกอบธุรกิจด้านยารักษาโรคและผลิตภัณฑ์เพื่อสุขภาพ ข้อเท็จจริงคือ ก่อนที่บริษัท SmithKline จะเข้ามาสู่ตลาดนั้น บริษัท Eli Lilly ได้ใช้โปรแกรมให้ส่วนลดในการขายยาปฏิชีวนะซึ่งจัดสิทธิบัตรทั้ง 4 ชนิด ซึ่งมีตัวยาที่เรียกว่า “CEPHALOSPORINS” ให้กับโรงพยาบาลที่ไม่แสวงหากำไร หลังจากนั้น เมื่อบริษัท SmithKline ได้รับสิทธิบัตรในตัวยา “CEPHALOSPORINS” ชนิดที่ 5 จากบริษัทในต่างประเทศและขายตัวยาดังกล่าวแข่งกับบริษัท Eli Lilly บริษัท Eli Lilly ได้ตอบโต้ด้วยการให้สิทธิในการขายยาชนิดเดียวกันและขายในชื่อใหม่ว่า “KEFZOL” นอกจากนั้น Eli Lilly ได้เปลี่ยนแผนการให้ส่วนลดโดยการลดส่วนลด (rebate) ที่เคยให้ลง 3% แต่ไปเพิ่มเงินโบนัสปันผล (bonus dividend) ให้ 3% โดยมีเงื่อนไขว่าทางโรงพยาบาลต้องซื้อตัวยา “CEPHALOSPORINS” ของ Eli Lilly ทั้ง 3 ชนิดในปริมาณที่ทางบริษัทกำหนด บริษัท Eli Lilly คาดการณ์ไว้ว่าโรงพยาบาลทั้งหลายจะต้องเข้ามาซื้อตัวยา “CEPHALOSPORINS” 2 ชนิดซึ่งเป็นตัวยาที่ได้รับความนิยมและต้องซื้อตัวยา “KEFZOL” ในปริมาณขั้นต่ำที่กำหนดเพื่อให้ได้เงินโบนัสปันผล (bonus dividend)

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า แผนการทางการตลาดของจำเลยที่กำหนดว่า โรงพยาบาลจะได้รับส่วนลด (rebate) จากมูลค่าทั้งหมดของการซื้อขายตัวยา “CEPHALOSPORINS” และจะได้รับโบนัสเพิ่มมาจากส่วนลด 3% โดยเงื่อนไขว่าจะต้องซื้อตัวยา “CEPHALOSPORINS” ในปริมาณขั้นต่ำที่กำหนดทั้ง 3 ชนิดซึ่งเป็นตัวยาที่มีการแข่งขันอยู่ในตลาดจากทั้งหมด 5 ชนิด นั้นเป็นการผูกขาดในตลาดโดยมิชอบโดยพ่วงสินค้าทั้งสองชนิดซึ่งไม่มีการแข่งขันเลยเข้ากับสินค้าที่มีการแข่งขัน ผลลัพธ์ที่ได้คือ การขายสินค้าทั้ง 3 ชนิดโดยปราศจากการแข่งขันซึ่งตามปกติควรเป็นตลาดที่มีการแข่งขันปกติ ศาลชั้นต้นได้พิพากษายกฟ้องข้อหาบังคับขายพ่วง (Tying) โดยเห็นว่าลูกค้าของ Eli Lilly มีเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Freedom of Choice) แต่มีความผิดในข้อหาผูกขาดโดยมิชอบ (Monopolization) ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

ในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น โดย Aldisert วินิจฉัยว่า

1. ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือ ตลาดของตัวยา “CEPHALOSPORINS” มิใช่ยาปฏิชีวนะทั้งหมด

2. จำเลยกระทำผิดในข้อหาผูกขาดโดยมิชอบ โดยอำนาจในการผูกขาดแต่แรกมีอยู่ระหว่างปี 1964-1974 จำเลยครองส่วนแบ่งตลาด 100%-89.8% ในตลาดโดยไม่คำนึงถึงอำนาจจากสิทธิบัตร และประการที่สอง โดยการพ่วงสินค้าที่ไม่มีการแข่งขันเข้ากับสินค้าที่มีการแข่งขันเพื่อได้มาและคงไว้ซึ่งอำนาจผูกขาด ทั้งนี้ โดยไม่ได้เกิดจากการเติบโตของธุรกิจหรือการพัฒนาของการดำเนินกิจการบนรากฐานของสินค้าที่มีคุณภาพดีกว่า, ความสามารถทางธุรกิจ, หรือผลการดำเนินงานในอดีต

3. หาก SmithKline จะแข่งขันกับจำเลยได้จะต้องให้ส่วนลด (rebate) มากกว่า 20% ในสินค้าของตนซึ่งมีเพียงชนิดเดียวเพื่อแข่งกับโปรแกรมส่วนลด (bundled rebate) และหาก SmithKline ลดราคาจนถึงระดับของจำเลย ก็ไม่อาจทำกำไรได้เลยเพื่อคงอยู่ในตลาดต่อไป ดังนั้นโปรแกรมส่วนลดดังกล่าวจึงเป็นการกีดกัน SmithKline ไปจากตลาด จำเลยจึงมีความผิดตาม Sherman Act มาตรา 2

3.1.3.2.2 คดี Ortho Diagnostic System, Inc. v. Abbott Lab., Inc. (1996)

บริษัท Abbott เพียงบริษัทเดียวเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายชุดวิเคราะห์ทางเคมีทั้งหมด 5 ชุดซึ่งใช้ในสถาบันวิจัยของผู้บริจาคตโลหิต (BDCs) ซึ่งใช้ในการทดสอบโลหิตเพื่อหาไวรัสประเภทต่างๆ โดยมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 70-90% ในชุดวิเคราะห์ทางเคมี 4 ชุด ต่อมาธนาคารโลหิตเปิดให้ยื่นขอประกวดราคาเพื่อให้เข้ามาประมูลการเป็นผู้จำหน่ายชุดวิเคราะห์ทางเคมีเพื่อต้องการให้ BDCs

ได้ชุดวิเคราะห์ทางเคมีทั้งหมด 5 ชุดจากผู้ชนะการประมูล บริษัท Abbott ชนะการประมูลโดยการให้ส่วนลดในชุดวิเคราะห์ทางเคมีแต่ละชุดอย่างมากหาก BDCs ซื้อชุดทดสอบทั้ง 5 ชุดจาก Abbott เพียงแห่งเดียว บริษัท Ortho กล่าวหาในกรณีนี้ว่า BDCs “มีความรู้สึกว่าเขาต้องซื้อ” (felt that they had to buy) อย่างน้อย 2 ชุดจากบริษัท Abbott และยืนยันว่าโปรแกรมการให้ส่วนลดสร้างแรงจูงใจอย่างมากให้ BDCs ซื้อชุดวิเคราะห์ทางเคมีทั้ง 5 ชุดของ Abbott

คดีดังกล่าวศาลชั้นต้นพิพากษาว่า โปรแกรมส่วนลดของจำเลยของสินค้าชนิดต่างๆ ซึ่งซื้อเป็นชุดไม่ผิดตาม Sherman Act มาตรา 2 โดยในการวินิจฉัย ศาลได้นำหลักในคดี SmithKline มาวิเคราะห์โดยปัญหาที่สำคัญที่ต้องพิจารณาคือ “บริษัทต้องมีการผูกขาดในสินค้าชนิดหนึ่งหรือหลายชนิดซึ่งเป็นกลุ่มของสินค้า และต้องมีสินค้าอีกพวกที่เผชิญกับการแข่งขันอยู่ด้วย โดยจำเลยต้องสามารถตั้งราคาสินค้าทั้งหมดได้ต่ำกว่าต้นทุนผันแปร แต่ยังสามารถกีดกันคู่แข่งอื่นออกไปจากตลาดได้” ศาลในคดีนี้อธิบายว่า “โจทก์ต้องพิสูจน์ว่า (a) ผู้ผูกขาดได้ตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนผันแปรเฉลี่ยทั้งหมด หรือ (b) โจทก์เป็นผู้ผลิตที่สามารถแข่งขันในตลาดได้เท่าเทียมกับจำเลย เพียงแต่โปรแกรมการให้ส่วนลดของจำเลยทำให้โจทก์ไม่สามารถทำกำไรได้หากจะดำเนินธุรกิจต่อไป” ในคดีนี้ เนื่องจากบริษัท Ortho มิได้อ้างว่าโจทก์ไม่อาจทำกำไรจากการขายสินค้าได้เพราะโปรแกรมการให้ส่วนลด (bundled discounting) ของ Abbott ศาลจึงวินิจฉัยว่าไม่ผิดตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act

3.1.3.2.3 คดี LePage’s Inc. v. 3M (2003)

คดีนี้เป็นตัวอย่างที่สำคัญของคดีขายพ่วงแบบ Bundled Discounts ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการเป็นอย่างมาก โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ บริษัท 3M ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่ามีอำนาจผูกขาดในสินค้ายี่ห้อดังในตลาดต้องเผชิญหน้ากับคู่แข่งคือ บริษัท LePage บริษัทผู้จำหน่ายเทปกาวสำหรับติดเป็นฉลาก บริษัท 3M ได้ให้ส่วนลดแก่ลูกค้า (bundled rebate) ในการซื้อผลิตภัณฑ์ของตนที่มีการพ่วงหลายชนิดซึ่งทำให้ยอดขายของบริษัท LePage ลดลง ซึ่งคณะลูกขุนในคดีนี้ตัดสินให้บริษัท LePage ชนะโดยเสียงส่วนใหญ่เห็นว่าหลักฐานจากการลงรายการนั้นเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าบริษัท 3M กระทำเกินขอบอำนาจของตนแม้จะไม่มีกรกล่าวอ้างว่าบริษัท 3M ขายต่ำกว่าทุนก็ตาม

ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Court of Appeals, 3rd Cir.) ยังคงพิพากษาเป็นตามคำตัดสินของคณะลูกขุนโดยให้เหตุผลว่า พฤติกรรมของบริษัท 3M ต้องห้ามตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 2 แม้บริษัท 3M จะพิสูจน์ได้ว่าบริษัท LePage หรือคู่แข่งรายอื่นสามารถตั้งราคาเทปกาวใส่ให้ต่ำกว่าทุนเพื่อแข่งขันกับโปรแกรมส่วนลดของ 3M ได้ก็ตาม แต่โปรแกรมส่วนลดของ 3M ในสินค้าต่างๆ “ทำให้เกิดความยากลำบากมากหรือเป็นไปได้ในการที่คู่แข่งรายอื่นจะเข้ามาแข่งขันอย่างเป็นธรรม” (has made it very difficult or impossible for

competitors to engage in fair competition.) อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาปฏิเสธไม่รับฎีกาในคดีนี้ต่อไป (denied certiorari)

3.1.3.2.4 คดี Cascade Health Solutions v. PeaceHealth (2008)

PeaceHealth คู่แข่งของ McKenzie (McKenzie เป็นผู้ดำเนินคดีในฐานะโจทก์ก่อน Cascade Health Solutions ซึ่งต่อมา Cascade Health Solutions ดำเนินคดีต่อจาก McKenzie) ได้แข่งขันกันในการให้บริการทางการแพทย์ทั้งในระดับแรกและในระดับที่สอง PeaceHealth ได้ให้บริการทางการแพทย์ในระดับที่สามด้วยซึ่งเฉพาะในส่วนนี้ PeaceHealth มีส่วนแบ่งตลาดสูงมาก (เกือบ 90% ในประเภทย่อยบางส่วน) ในขณะที่ McKenzie ไม่ได้จัดบริการในระดับที่สามแต่อย่างใด ต่อมา McKenzie ซึ่งอ้างว่าตนสามารถทางการแพทย์ในระดับแรกและระดับที่สองในราคาที่ต่ำกว่า PeaceHealth ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีโดยกล่าวหาว่า PeaceHealth ผูกขาดและพยายามผูกขาดโดยมิชอบ โดยอ้างหลักฐานว่า PeaceHealth มีโปรแกรมส่วนลดจากการให้บริการหลายชนิด (bundled-service packages) ให้ลูกค้าจำนวนมากซึ่งเป็นบริษัทประกัน โปรแกรมส่วนลดนี้จะให้ส่วนลดแก่บริการทุกประเภทหากบริษัทประกันเลือก PeaceHealth เป็นผู้ให้บริการทางการแพทย์เพียงผู้เดียวในบริการทางการแพทย์ระดับแรก, ระดับสอง, และระดับสาม คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ McKenzie ชนะคดี

ในการวินิจฉัยโปรแกรมส่วนลดจูงใจจากบริการเป็นชุด ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธแนวการวิเคราะห์ของคดี *LePage* ซึ่งไม่ได้วิเคราะห์ถึงต้นทุนของกิจการในการอธิบายว่า “ปัญหาสำคัญ...ก็คือ...การสรุปว่าการให้ส่วนลดจูงใจจากการซื้อสินค้าเป็นชุดโดยผู้ผูกขาดเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าโดยคำนึงถึงคู่แข่งซึ่งไม่อาจผลิตและจำหน่ายได้อย่างเท่าเทียมกันในสายการผลิต” และการวิเคราะห์นั้นก็ผิดพลาดในการที่มีคำหนึ่งถึงว่าการให้ส่วนลดอาจเป็นประโยชน์ต่อการแข่งขันทางการค้าก็ได้ ศาลอุทธรณ์ได้ยกคำพิพากษฎีกาในคดี *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993) และ *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardware Lumber Co.*, 167 S. Ct. 1069 (2007) ซึ่งได้นำหลักการวิเคราะห์ต้นทุนมาใช้กับกรณีตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (predatory-pricing) และ predatory bidding โดยวางมาตรฐานไว้ว่าไม่ควรจะตัดสินว่าการตั้งราคาสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มเป็นสิ่งที่ผิด ศาลอุทธรณ์ได้มองไปถึงการนำหลักด้านความสามารถในการให้ส่วนลด (discount attribution) โดยหลักนี้จำเลยจะไม่ผิดตาม Sherman Act มาตรา 2 หากเมื่อคำนวณการให้ส่วนลดอย่างเต็มที่แล้วในชุดของสินค้าหรือบริการนั้นซึ่งได้จัดสรรส่วนลดไปยังสินค้าหรือบริการซึ่งอยู่ในชุด ผลลัพธ์ที่ได้คือราคาขายที่ยังสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มในการผลิตสินค้าเดียวหรือหลายสินค้าที่มีการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ยังไม่ชัดเจนว่าหลักการของศาลดังกล่าวจะยึดเป็นเกราะป้องกัน (Safe harbor) หรือเป็นมาตรฐานการทดสอบได้หรือไม่ ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่

3.2 กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

3.2.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วงตามสนธิสัญญากรุงโรม (EC Treaty/ Treaty of Rome 1957)

ภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้าแห่งประชาคมยุโรป การบังคับขายพ่วง (Tying) อาจถือว่าเป็นการข้อตกลงกีดกันทางการค้า (Restrictive Agreement) ตาม Article 81 EC หรือ พฤติกรรมที่ไม่ชอบ (Abusive Behavior) ตาม Article 82 EC โดยเฉพาะใน Article 82(b)(d)¹⁶ โดยบทบัญญัติใน EC Treaty เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงมีดังนี้

3.2.1.1 Article 81

บทบัญญัติแห่ง Article 81 แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่

1. ส่วนข้อห้าม (The Prohibition) ตาม Article 81(1)

เป็นการห้ามการตกลงกันระหว่างหน่วยธุรกิจตั้งแต่ 2 หน่วยขึ้นไปที่มีผลเป็นการป้องกันหรือจำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีผลกระทบต่อตลาดหรืออาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

ในส่วนที่เกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการขายพ่วง ในกรณีที่มีการตกลงกันระหว่างหน่วยธุรกิจตั้งแต่ 2 หน่วยขึ้นไปเพื่อทำการบังคับขายพ่วงย่อมถือเป็นความผิดตาม Article 81(1)(e)¹⁷ และจากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 81(1)(e) คำว่า “สัญญา” (contracts) และ “หน้าที่ตามสัญญา หรือหนี้” (obligations) แสดงให้เห็นว่าการบังคับขายพ่วงย่อมเป็นความผิดทั้งกรณีสินค้า, บริการ, หรืออื่นที่ไม่ใช่สินค้าหรือบริการ เช่นเดียวกับ Sherman Act มาตรา 1 ซึ่ง Article 81(1)(e) บัญญัติว่า

“(1) การกระทำดังต่อไปนี้ถือเป็นเรื่องต้องห้ามเนื่องจากมีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด: ข้อตกลงทุกชนิดระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ, การตัดสินใจโดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจและการสมคบกันซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกและซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกีดกัน, จำกัดหรือบิดเบือนการแข่งขันในตลาด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีต่อไปนี้...

¹⁶ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.479.

¹⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC competition law: text, case, and materials*, 2nd ed., (United States of America: Oxford University Press, 2004), p.603.

(e) ทำสัญญาใดๆซึ่งมีผลเป็นการทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับพันธะอื่นๆเพิ่มเติมซึ่งโดยธรรมดาทางการค้าที่พันธะดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของสัญญา”

ในส่วนของความตกลง (Agreements) ในที่นี้ หมายถึงข้อตกลงในแนวนอน (Horizontal Agreements) โดยศาลแห่งสหภาพยุโรปเคยวินิจฉัยว่า Article 81 นั้นให้รวมถึงความตกลงในแนวตั้งด้วย (Vertical Agreements) ในคดี Consten and Grundig v. Commission

2. ส่วนที่วาด้วยความเป็นโมฆะ (Nullity) ตาม Article 81(2)

Article 81(2) บัญญัติว่า

“(2) ข้อตกลงหรือการตัดสินใจใดๆซึ่งต้องห้ามตามมาตรานี้ให้ถือว่าเป็นโมฆะ”

อย่างไรก็ตาม ศาลแห่งสหภาพยุโรปได้ตีความว่า ความเป็นโมฆะแห่ง Article 81(2) หมายถึงเฉพาะข้อสัญญาในสัญญาซึ่งต้องห้ามตาม Article 81 เท่านั้น สัญญาทั้งหมดจะเป็นโมฆะต่อเมื่อข้อสัญญาทุกข้อเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตาม Article 81 ทั้งหมด ความเป็นโมฆะมีผลทันทีและไม่จำเป็นต้องมีผลใดกล่าวอ้างหรือคำวินิจฉัยออกมาก่อน

3. ส่วนที่วาด้วยข้อยกเว้น (Exemption) ตาม Article 81(3)

เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นข้อห้ามตาม Article 81(1) โดย Article 81(3) บัญญัติว่า

“(3) บทบัญญัติในย่อหน้า 1 นั้นไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่:

- ข้อตกลงใดๆ หรือประเภทของข้อตกลงใดๆ ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ;
- การตัดสินใจใดๆ หรือประเภทของการตัดสินใจใดๆ โดยสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจ;
- การสมคบกันใดๆ หรือประเภทของการสมคบกันใดๆ,

ซึ่งมีผลเป็นการพัฒนาการผลิตสินค้าหรือการจำหน่ายสินค้าหรือเพื่อนำเสนอความก้าวหน้าทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ และในขณะเดียวกันผู้บริโภคจะต้องได้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรม และจะต้องไม่:

(a) เอาเปรียบผู้ประกอบการอื่นโดยการจำกัดการแข่งขันซึ่งการจำกัดการแข่งขันนั้นไม่ใช่สิ่งจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นี้;

(b) ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ประกอบการรายอื่นในการถูกกำจัดออกไปจากตลาดเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว”

ข้อยกเว้นตามบทบัญญัติแห่ง Article 81(3) มีผลต่อสัญญาทุกประเภท โดยจะต้องผ่านหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการ (ข้อดี 2 ประการและข้อเสีย 2 ประการ ซึ่งข้อดีหรือประโยชน์จะต้องมีน้ำหนักมากกว่าการกำจัดการแข่งขัน) การใช้ข้อยกเว้นจะกระทำผ่าน block exemptions

3.2.1.2 Article 82(d)

ในกรณีที่หน่วยธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าหน่วยธุรกิจอื่น (firms in a dominant position) ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบโดยอาศัยวิธีการขายพ่วง กรณีนี้ถือเป็นความผิดตาม Article 82 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position) อย่างไรก็ตาม สัญญาใดที่ได้รับยกเว้นไม่เป็นความผิดตาม Article 81(3) ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะไม่เป็นความผิดตาม Article 82 ด้วย เพราะ Article 82 ไม่มีข้อยกเว้นแต่อย่างใดโดย Article 82(b)(d) บัญญัติว่า

“การกระทำผิดใดๆ โดยผู้ประกอบการผู้หนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดถือเป็นสิ่งต้องห้ามเนื่องจากมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดตราบเท่าที่กระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

การกระทำผิดดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้รวมถึง...

(d) ทำสัญญาใดๆซึ่งมีผลเป็นการทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับพันธะอื่นๆเพิ่มเติมซึ่งโดยธรรมดาทางการค้านั้นพันธะดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของสัญญา”

จากถ้อยคำใน Article 82 ที่ว่า “สัญญา” (contracts) และ “พันธะ” (obligations) แสดงให้เห็นว่าการบังคับขายพ่วงย่อมเป็นความผิดทั้งกรณีสินค้า, บริการ, หรืออื่นๆที่ไม่ใช่สินค้าหรือบริการเช่นเดียวกับ Article 81 และ Sherman Act มาตรา 1

นอกจากนั้น แม้มาตรา 82(d) จะกำหนดห้ามการขายพ่วงเฉพาะเมื่อหน้าที่ซึ่งเป็นส่วนเพิ่มเติมจากสัญญา (supplementary obligations) โดยธรรมชาติหรือโดยทางการค้าขายปกติแล้วไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาในสาระสำคัญ แต่ศาลได้ตีความว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงการขายพ่วงทั้งหมด โดยวินิจฉัยว่า การขายพ่วงยังคงถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าหน้าที่ซึ่งเป็นส่วนเพิ่มเติมจากสัญญาจะมีความเกี่ยวข้องโดยธรรมชาติหรือโดยทางการค้าขายปกติก็ตาม เช่น คดี

Tetra Pak International SA v. Commission (1996) ECR I-5951, (1997) 4 CMLR 662. หรือเรียกสั้นๆว่า คดี Tetra Pak II¹⁸ ซึ่งรายละเอียดของคดีจะได้กล่าวต่อไป

3.2.1.3 Commission Regulation (EC) No.2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices (Block Exemption Regulation)

กฎเกณฑ์ของคณะกรรมการกำหนดการบังคับใช้ Article 81(3) ในเรื่องการบังคับใช้ข้อตกลงในแนวดิ่งและการร่วมมือกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “Block Exemption Regulation” ในส่วนอารัมภบทได้กำหนดให้ใช้บังคับถึงการพิจารณาตาม Article 82 ด้วย และยังได้กำหนดข้อสันนิษฐานว่าหากส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 30% ข้อตกลงในแนวดิ่งจะไม่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันที่ร้ายแรงซึ่งนำไปสู่ประสิทธิภาพของตลาดซึ่งผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์ แต่หากเกิน 30% ก็ไม่อาจสันนิษฐานได้ว่าข้อตกลงในแนวดิ่งภายใต้ Article 81(1) ให้ประโยชน์มากกว่าในทางที่เป็นโทษ แต่หากเกิน 50% คณะกรรมการอาจแจ้งว่ากฎเกณฑ์นี้ไม่สามารถใช้ได้และให้กลับไปพิจารณาตาม Article 81 โดยมีสาระสำคัญอยู่ใน Article 2 ที่ว่า

“1. ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 81(3) ของ Treaty และกฎหมายนี้, มาตรา 81(1) **ไม่ใช่บังคับในกรณีที่** เป็นความตกลงใดๆหรือการสมคบกันโดยผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปในระดับการผลิตหรือการจัดจำหน่ายสินค้าที่แตกต่างกัน และมีเงื่อนไขเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาในการซื้อ, ขาย, หรือขายต่อสินค้าหรือบริการใดๆ (“ข้อตกลงแนวดิ่ง”)

ข้อยกเว้นนี้ใช้บังคับถึงระดับที่ข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันตามความหมายแห่งมาตรา 81(1)(“การจำกัดการแข่งขันแนวดิ่ง”)

2. การยกเว้นในย่อหน้า 1 จะบังคับใช้กับข้อตกลงแนวดิ่งระหว่างสมาคมของผู้ประกอบการธุรกิจและสมาชิกหรือระหว่างสมาคมดังกล่าวกับผู้จัดจำหน่ายสินค้าเฉพาะในกรณีที่สมาชิกทั้งหมดเป็นผู้ขายปลีกสินค้าและไม่มีสมาชิกคนใดของสมาคมซึ่งเมื่อรวมกับธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องมีเงินสดหมุนเวียนประจำปีเกินกว่า 50 ล้านยูโร; ข้อตกลงแนวดิ่งดังกล่าวให้บังคับตามมาตรา 81 ในเรื่องข้อตกลงแนวดิ่งที่ตกลงกันระหว่างสมาชิกของสมาคมหรือการตัดสินใจที่ยอมรับโดยสมาคมการค้า....”

¹⁸ Jones and Sufrin, *EC completion law: text, case, and materials*, pp.371-373.

จากบทบัญญัติดังกล่าวอธิบายได้ว่า ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 81(3) และ บทบัญญัติทั้งหลายในกฎเกณฑ์นี้ จะไม่นำมาตรา 81(1) มาใช้บังคับแก่ข้อตกลงหรือการร่วมมือกัน ระหว่างกลุ่มธุรกิจตั้งแต่ 2 หน่วยธุรกิจขึ้นไปในระดับการผลิตหรือการจัดจำหน่ายที่ต่างกันหรือ ข้อตกลงในแนวดิ่ง (vertical agreements) ในระดับที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (vertical restraints) และกรณีของการตกลงกันระหว่างกลุ่มธุรกิจและสมาชิกหรือผู้ขายสินค้า จะเข้า ข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่สมาชิกทั้งหมดเป็นผู้ค้าปลีกสินค้าและไม่มีสมาชิกใดซึ่งมีเงินสดหมุนเวียน ประจำปีเกินกว่า 50 ล้านยูโร หากไม่ใช่กรณีดังกล่าวก็จะปรับเข้ามาตรา 81 เป็นข้อตกลงในแนวนอน ระหว่างสมาชิกในกลุ่มธุรกิจ

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นนี้มีการกำหนดขอบเขตไว้ใน Article 3 ว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ขายนั้นจะต้องไม่เกิน 30% และใน Article 5 กำหนดว่าข้อยกเว้นดังกล่าวจะไม่นำมาใช้กับพันธะที่จะไม่แข่งขัน (non-compete obligation) ซึ่งไม่มีกำหนดระยะเวลาหรือมีกำหนดระยะเวลาเกินกว่า 5 ปี

3.2.1.4 Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints

ประกาศของคณะกรรมการเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการจำกัดการแข่งขันทางการค้า แนวดิ่ง (Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints) มีวัตถุประสงค์เพื่อวางแนวทาง ในการพิจารณาข้อตกลงที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในแนวดิ่ง ภายใต้ Article 81 แห่ง EC Treaty โดยเนื้อหาในแนวปฏิบัตินี้สามารถนำไปใช้กับบทบัญญัติแห่ง Article 82 ได้ด้วย ในส่วนของการบังคับขายพ่วง (Tying) ได้บัญญัติไว้ในข้อ 2.7 โดยวางแนวทางไว้ดังนี้

“2.7. การบังคับขายพ่วง (Tying)

(215) การบังคับขายพ่วงเกิดขึ้นเมื่อผู้ระบายสินค้า (supplier) ทำการขายสินค้าโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องซื้อสินค้าอีกชนิดจากผู้ระบายสินค้านั้นหรือผู้ระบายสินค้านายอื่นซึ่งจะถูกกำหนด ในภายหลัง สินค้าชนิดแรกจะถูกเรียกว่าสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าชนิดที่สองจะเรียกว่าสินค้าที่ถูก นำไปพ่วง หากการบังคับขายพ่วงนั้นผู้ระบายสินค้าไม่อาจแสดงเหตุผลได้ตามวัตถุประสงค์ทางการค้าขายสินค้านั้น พฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นความผิดภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 82 ในกรณีของ มาตรา 81 อาจนำมาใช้กับการตกลงกันในแนวนอนหรือการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อทำ การขายสินค้าชนิดหนึ่งโดยมีเงื่อนไขให้ซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่ง การบังคับขายพ่วงอาจเป็นความผิดโดย ถือว่าเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งได้ตามมาตรา 81 เมื่อเป็นผลให้เกิดพันธะของสินค้าเดี่ยว (single branding) ในสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง เฉพาะในกรณีหลังเท่านั้นที่อยู่ภายใต้แนวปฏิบัตินี้

(216) สิ่งที่น่ามาพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องจะพิจารณาประการแรกจากอุปสงค์ของผู้ซื้อ สินค้าทั้งสองอย่างจะเป็นสินค้าที่แตกต่างกันต่อเมื่อหากปราศจากการบังคับขายพ่วงและจากมุมมองของผู้ซื้อนั้น สินค้าเหล่านั้นจะมีการซื้อขายในตลาดทั้ง 2 ตลาดแตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น ลูกค้าต้องการจะซื้อรองเท้าที่มีเชือกผูกกรองเท้าจึงกลายเป็นว่าทางการค้าผู้ผลิตรองเท้าจะต้องผลิตรองเท้ามาพร้อมกับเชือกผูกกรองเท้า ดังนั้น การขายรองเท้าพร้อมกับเชือกผูกกรองเท้าจึงไม่ใช่การบังคับขายพ่วง บ่อยครั้งที่การผสมผสานสินค้าเป็นพฤติกรรมที่ยอมรับได้เพราะโดยธรรมชาติของสินค้าเป็นสิ่งที่ยากทางเทคนิคในการขายสินค้าชนิดหนึ่งโดยปราศจากสินค้าอีกชนิดหนึ่งด้วย

(217) ผลกระทบหลักของการบังคับขายพ่วงที่มีผลต่อการแข่งขันคือ การปิดตลาด (foreclosure) ในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง การบังคับขายพ่วงนั้นอย่างน้อยจะต้องมีรูปแบบของการบังคับเชิงปริมาณต่อผู้ซื้อในสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง หากพันธะที่จะไม่แข่งขัน (non-compete obligation) มีการตกลงยอมรับโดยค่านึงถึงสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง สิ่งนี้ย่อมเพิ่มความเป็นไปได้ว่าจะมีผลกระทบต่อตลาดเกิดขึ้นในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง การบังคับขายพ่วงอาจทำให้เกิดการตั้งราคาเกินกว่าความเป็นจริงได้ (supra-competitive prices) โดยเฉพาะใน 3 สถานการณ์ต่อไปนี้ ประการแรก เมื่อผู้ซื้อสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงสามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทนกันได้เพียงบางส่วน ประการที่สอง เมื่อการบังคับขายพ่วงสามารถทำให้เกิดการตั้งราคาขายที่แตกต่างกันได้ ยกตัวอย่างเช่น การบังคับขายพ่วงตลับหมึกกับการขายเครื่องถ่ายเอกสาร ประการที่สาม ในกรณีที่เป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลายาวนานหรือในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับขายพ่วงตลาดหลัง (after-markets) กับอุปกรณ์โดยมีระยะเวลาการใช้งานที่ยาวนาน กรณีนี้จะเกิดความยากลำบากต่อผู้บริโภคในการคำนวณผลลัพธ์ของการบังคับขายพ่วง ประการสุดท้าย การบังคับขายพ่วงอาจนำไปสู่อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่เพิ่มมากขึ้นทั้งในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงและในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง

(218) การบังคับขายพ่วงที่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 2(1) ประกอบมาตรา 3 แห่ง Block Exemption Regulation เมื่อส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจทั้งในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงและในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงไม่เกิน 30% การบังคับขายพ่วงสามารถผสมผสานกับการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งประเภทอื่นๆที่ไม่รุนแรงนักได้ เช่น การไม่ให้แข่งขันหรือการบังคับเชิงปริมาณในสินค้าที่มีการพ่วง หรือการห้ามซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (exclusive purchasing). กรณีที่ส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าเกณฑ์ข้างต้นนั้นให้ยึดแนวทางการพิจารณาการบังคับขายพ่วงฉบับนี้

(219) สถานะหรือระดับในตลาด (market position) ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดในการประเมินผลกระทบจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยปกติข้อตกลงที่เป็นการบังคับขายพ่วงจะดำเนินการโดยผู้ระบายสินค้า (supplier) ดังนั้น ผู้ระบายสินค้าในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงจึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ผู้ซื้อพบความยากลำบากในการปฏิบัติพันธะอันเกิดจากการบังคับขายพ่วง

(220) ในการประเมินอำนาจตลาด (market power) สถานะหรือระดับในตลาดของ คู่แข่งรายอื่นๆในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณา トラバドก็ตามที่คู่แข่งราย อื่นๆมีขนาดใหญ่เพียงพอและแข็งแกร่ง ผลกระทบต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจะไม่สามารถ เกิดขึ้นได้เพราะผู้ซื้อมีทางเลือกที่เพียงพอในการซื้อสินค้าที่มีการพ่วงโดยไม่จำเป็นต้องมีสินค้าที่ถูก นำไปพ่วงด้วย เว้นแต่กรณีที่คู่แข่งรายอื่นๆใช้การบังคับขายพ่วงแบบเดียวกัน นอกจากนั้น อุปสรรคใน การเข้าสู่ตลาด (entry barriers) สินค้าที่มีการพ่วงนั้นจะเกี่ยวข้องกับฐานะหรือระดับของผู้ระบาย สินค้าด้วย เมื่อการบังคับขายพ่วงถูกใช้ร่วมกับพันธะที่จะไม่แข่งขันในสินค้าที่มีการพ่วง สิ่งนี้จะเป็น การสร้างความมั่นคงให้กับฐานะหรือระดับของผู้ประกอบธุรกิจได้

(221) อำนาจต่อรอง (Buying power) มีส่วนเกี่ยวข้องด้วยเพราะผู้ซื้อรายสำคัญๆ จะ ไม่ถูกบังคับให้ต้องยอมรับการบังคับขายพ่วงโดยง่ายโดยปราศจากการได้รับอย่างน้อยเป็นส่วนของ ประสิทธิภาพทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น การบังคับขายพ่วงที่ไม่มีพื้นฐานอยู่บนประสิทธิภาพนั้น จะถือเป็นความเสี่ยงต่อผู้ซื้อที่ไม่มีอำนาจซื้อได้

(222) หากพบว่าผลกระทบต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้าเป็นจำนวนมาก ให้ พิจารณาต่อไปถึงความเป็นไปได้ในการใช้ข้อยกเว้นตามมาตรา 81(3) トラバトที่ผู้ประกอบธุรกิจราย นั้นไม่ใช่ผู้ผูกขาด พันธะของการบังคับขายพ่วงอาจช่วยในการสร้างประสิทธิภาพในการผลิตร่วมกัน หรือจำหน่ายร่วมกัน (Joint Production or Joint Distribution) ในกรณีที่สินค้าที่ถูกนำไปพ่วงมิได้ ผลิตโดยผู้ระบายสินค้า (supplier) นั้น ประสิทธิภาพอาจเกิดขึ้นได้จากการที่ผู้ระบายสินค้าซื้อสินค้าที่ ถูกนำไปพ่วงเป็นจำนวนมาก การบังคับขายพ่วงที่จะเข้าข้อยกเว้นไม่เป็นความผิดได้นั้นผู้ระบายสินค้า อย่างน้อยจะต้องแสดงให้เห็นว่าต้นทุนที่ลดลงจากการซื้อสินค้าเป็นจำนวนมากนี้ได้ส่งผ่านไปถึง ผู้บริโภคด้วย อย่างไรก็ตาม การบังคับขายพ่วงจะไม่เข้าข้อยกเว้นหากว่าผู้ค้าปลีกสามารถได้รับสินค้า ที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันหรือดีกว่าสินค้าที่ผู้ระบายสินค้าใช้วิธีการบังคับขายพ่วง ประสิทธิภาพอีก ประการหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากการบังคับขายพ่วงคือ การสร้างความมั่นใจถึงความเป็นอันหนึ่งอัน เดียวกันและการรักษามาตรฐานคุณภาพสินค้า (Uniformity and quality standardization) อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นว่า ประโยชน์ในเชิงประสิทธิภาพในส่วนนี้จะไม่เกิดขึ้นหาก ปลอมให้ผู้ซื้อใช้หรือขายต่อสินค้าตามมาตรฐานคุณภาพขั้นต่ำโดยไม่บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าอีก ชนิดจากผู้ระบายสินค้าหรือผู้อื่นซึ่งจะถูกกำหนดในภายหลัง การบังคับดังกล่าวเพื่อประกันมาตรฐาน คุณภาพขั้นต่ำจะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 81(1) ในกรณีที่ผู้ระบายสินค้าในสินค้าที่มีการพ่วงบังคับให้ ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าจากผู้ระบายสินค้ารายอื่นในสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง เช่นในกรณีที่การกำหนดสูตรเพื่อ ประกันคุณภาพขั้นต่ำไม่อาจทำได้ กรณีนี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 81(1) เช่นกัน โดยเฉพาะเมื่อผู้ ระบายสินค้าในสินค้าที่มีการพ่วงไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากการกำหนดผู้ระบายสินค้าใน สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง

(223) ผลกระทบต่อราคาสินค้าที่เพิ่มสูงขึ้น (*supra-competitive prices*) เป็นผลกระทบต่อการจำกัดการแข่งขันทางการค้า ส่วนผลกระทบต่อการปิดตลาด (*foreclosure*) นั้นขึ้นอยู่กับเปอร์เซ็นต์ของการพ่วงคิดจากยอดขายทั้งหมดในตลาดสินค้าที่ถูกนำไป ส่วนปัญหาว่าอย่างไรจึงจะเกิดผลกระทบต่อการปิดตลาดภายใต้มาตรา 81(1) การวิเคราะห์พันธะของสินค้านี้หือเดียว (*single branding*) สามารถนำไปใช้วิเคราะห์แก่กรณีดังกล่าวได้ หากส่วนแบ่งตลาดเกินกว่า 30% ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงจะไม่สามารถนำมาใช้ได้ เว้นแต่มีประสิทธิภาพเกิดขึ้นอย่างชัดเจนซึ่งอย่างน้อยต้องส่งผ่านไปถึงผู้บริโภค และข้อยกเว้นจะยังไม่สามารถนำมาใช้ได้หากการบังคับขายพ่วงนั้นได้ผสมผสานกับพันธะที่จะไม่แข่งขัน (*non-compete*) ทั้งในส่วนของสินค้าที่มีการพ่วงหรือในสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง

(224) การหักล้างข้อยกเว้นตาม *Block Exemption* สามารถเกิดขึ้นได้หากไม่มีประสิทธิภาพเกิดขึ้นเลยจากการบังคับขายพ่วงหรือประสิทธิภาพดังกล่าวไม่ได้ถูกส่งผ่านไปถึงผู้บริโภคเลยตามข้อ (222) การหักล้างข้อยกเว้นจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีผลกระทบที่สะสมขึ้น (*cumulative effect*) เมื่อผู้ระบายสินค้าส่วนใหญ่ใช้วิธีการบังคับขายพ่วงเหมือนกันหมดโดยปราศจากประสิทธิภาพที่เป็นไปได้เลยซึ่งอย่างน้อยต้องส่งผ่านไปถึงผู้บริโภค”

3.2.2 ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง

มีพัฒนาการจากหลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per Se Illegality*) มาเป็นหลักแห่งเหตุผล (*Rule of Reason*) เช่น ในคดี *Microsoft* ทางคณะกรรมการและศาลได้นำหลักแห่งเหตุผลมาใช้โดยปฏิเสธหลักความรับผิดเด็ดขาด แต่ได้พัฒนาในด้านรายละเอียดข้อเท็จจริงและผลกระทบในด้านต่างๆมากขึ้น ซึ่งได้ดำเนินแนวทางเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ถึงแม้จะใช้หลักแห่งเหตุผล (*Rule of Reason*) แต่ก็ไม่ได้เรียกว่าเป็นหลักการเช่นนั้นในประเทศประชาคมยุโรป¹⁹ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดซึ่งปรากฏในบทความทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายทางการค้าหลายท่าน

ตามแนวคิดของ *Dolmans and Graf* (2004) สรุปว่าหลักการที่คณะกรรมการและศาลนำมาใช้คือ การทดสอบทั้ง 5 ประการ (*five-pronged test*) ได้แก่ (1) อำนาจครอบงำของผู้ขายในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (2) มีความแตกต่างระหว่างสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (3) หลักฐานว่ามีการบังคับลูกค้า (4) มีผลกระทบต่อการกีดกันทางการค้าในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (5) การปราศจากข้ออ้างด้านความชอบด้วยกฎหมายหรือความเหมาะสมของการบังคับดังกล่าว และยังเห็นว่าตาม Article 82 EC ต้องการให้จำเลยพิสูจน์ถึงประสิทธิภาพของการขายพ่วง และแสดงให้เห็น

¹⁹ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.510.

เห็นว่าจะไม่สามารถบรรลุถึงจุดนั้นได้โดยวิธีการที่มีความเสี่ยงต่อการกีดกันทางการค้าน้อยกว่า รวมทั้งต้องแสดงว่าประสิทธิภาพมีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบต่อการค้า ซึ่งการทดสอบทั้ง 5 ประการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason)²⁰

อย่างไรก็ตาม Evans and Padilla (2004) ไม่เห็นด้วยกับหลัก Rule of Reason ของ Dolmans-Graf/Commission tests และเห็นว่า ตามหลักแห่งเหตุผลนั้นจำเลยต้องแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพที่เกิดจากการกระทำของจำเลย ในขณะที่โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าผลกระทบต่อการค้ากีดกันทางการค้ามีน้ำหนักมากกว่าการพิสูจน์ในด้านประสิทธิภาพในการแข่งขันของจำเลย²¹

3.2.2.1 หลักความรับผิดเด็ดขาดไปสู่หลักความชอบด้วยกฎหมาย

ในตำรากฎหมายของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปเห็นว่า เนื่องจากมีพัฒนาการจากหลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per Se Illegality*) ในแบบที่มีการปรับปรุงให้เหมาะสมมาเป็นหลักแห่งเหตุผล (Rule of Reason) จนมาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายเด็ดขาด (*Per Se Legal*) ดังนั้น จึงได้เสนอแนวทางการพิจารณาคดีขายพ่วงดังนี้

1. Unstructured Rule of Reason

วิธีการนี้จะไม่มีการสันนิษฐานว่าการขายพ่วงกีดกันทางการค้า แม้ว่าผู้ประกอบการจะมีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม แต่จะพิจารณาซึ่งน้ำหนักตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี มุมมองของแนวทางนี้เห็นว่า แม้สำนักความคิดกลุ่ม post-Chicago มีแนวคิดและแบบจำลองต่างๆ การขายพ่วงอาจมีพฤติกรรมกีดกันทางการค้า แต่ก็ไม่สามารถถลางความคิดที่ว่าพฤติกรรมดังกล่าวปรากฏในวงจรเศรษฐกิจและสะท้อนถึงประสิทธิภาพและสวัสดิภาพของผู้บริโภค²²

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาซึ่งน้ำหนักดังกล่าวค่อนข้างยาก เพราะการเปรียบเทียบระหว่างประสิทธิภาพและการกีดกันทางการค้าซับซ้อนมาก การวัดค่าประโยชน์ของต้นทุนในการดำเนินธุรกิจ (transaction costs) ก็ทำได้ยากเช่นกัน แบบจำลองตามทฤษฎีเกมก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงทุกกรณี แต่ในความเห็นของ Nalebuff and Majerus (2003) เห็นว่าควรสันนิษฐานว่าการขายพ่วงมีประโยชน์ในด้านประสิทธิภาพและไม่ควรสันนิษฐานว่าเป็นความผิด²³

²⁰ *Ibid.*, pp.510-511.

²¹ *Ibid.*, p.511.

²² *Ibid.*, p.512.

²³ *Ibid.*, pp.513-514.

2. Structured Rule of Reason

วิธีการนี้ ข้ออ้างว่าการขายพ่วงมีผลกระทบในการกีดกันทางการค้าจะต้องผ่านขั้นตอนทั้ง 3 ประการก่อน ดังนี้

2.1) การกีดกันทางการค้าเกิดขึ้นได้หรือไม่? (Is an anticompetitive effect possible?) กล่าวคือ ต้องพิจารณาถึงอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ, การแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์ในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง, การทำผิดโดยการพ่วง, คู่แข่งไม่สามารถที่จะขายพ่วงได้, แนวโน้มที่คู่แข่งจะต้องออกจากตลาดไป, อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด, อุปสงค์ของผู้บริโภค

2.2) การกีดกันทางการค้ามีหลักฐานเชื่อได้หรือไม่? (Is anticompetitive effect plausible?)

2.3) คุณค่าในแง่ของประสิทธิภาพสามารถนำมาชดเชยกันได้หรือไม่? (Are there offsetting efficiency benefit?)²⁴

3. Modified *Per Se* Legality

แนวทางนี้เป็นการสันนิษฐานว่าการขายพ่วงย่อมก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการแข่งขัน เว้นแต่โจทก์จะพิสูจน์ได้ว่าวิธีการดังกล่าวก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้า โดยพยานหลักฐานที่นำมาสนับสนุนต้องมีความชัดเจนเพียงพอให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมดังกล่าวและแนวโน้มที่สวัสดิภาพของผู้บริโภคจะลดลงไป แนวทางนี้ดูเหมือนเป็นหลักแห่งเหตุผลที่หลักการการพิสูจน์ให้โจทก์มากขึ้น แต่แนวทางนี้อาจก่อให้เกิดการตัดสินยกฟ้องที่ผิดพลาดมากกว่าใช้หลักแห่งเหตุผล จึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนของการตัดสินยกฟ้องที่ผิดพลาดกับต้นทุนกรณีมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ซับซ้อน และเปรียบเทียบกับต้นทุนของการตัดสินลงโทษที่ผิดพลาดด้วย²⁵

3.2.2.2 การนิยามตลาด, ตลาดประกอบ, วัตถุดิบใช้สิ้นเปลืองและตลาดหลัง (Market Definition, Ancillary Markets, Consumables and Aftermarkets)

เมื่อหน่วยธุรกิจที่อำนาจในตลาดหนึ่งพ่วงสินค้าหรือบริการของตนในอีกตลาดหนึ่ง ศาลและคณะกรรมการจะลงโทษตาม Article 82 เพราะเป็นการขยายอำนาจจากตลาดหนึ่งไปสู่อีกตลาดหนึ่ง ในคดี Telemarketing ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทโทรศัพท์ขายพ่วงการใช้ตัวแทนขายสินค้าของ

²⁴ *Ibid.*, pp.514-516.

²⁵ *Ibid.*, p.517.

ตนกับการขายโฆษณาก็เป็นตัวอย่างหนึ่ง หรือในคดี *Napier Brown/British Sugar* ซึ่งเป็นการใช้นโยบายทางการเงินในด้านการขนส่งโดยการขายฟองทั้งสินค้าและบริการขนส่งด้วยกันก็เป็นความผิด เพราะหน่วยธุรกิจได้จำกัดการแข่งขันในตลาดแม้จะเป็นตลาดประกอบก็ตาม แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการนิยามตลาดว่าเป็นสินค้าหรือบริการแยกส่วนของตลาดกันหรือไม่ซึ่งเป็นปัญหาที่ยาก อย่างไรก็ตาม แนวโน้มของทางศาลและคณะกรรมการที่มีต่อปัญหานี้คือ การแยกตลาดสินค้าและบริการเป็นตลาดอื่นและลงโทษผู้กระทำผิดโดยเหตุว่าผู้ระบายสินค้าต้องการสร้างความมั่นใจว่าลูกค้าของตนจะซื้อสินค้าทั้งหมด แม้ว่าสินค้าต่างๆจะอยู่ในตลาดที่แตกต่างกันแต่ก็มีข้อสังเกตว่า ตาม Article 82(d) กำหนดถึงพันธะเสริมซึ่ง “โดยธรรมชาติหรือตามธรรมชาติการค้าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญแห่งสัญญา” ซึ่งเหมือนเป็นการเสนอแนะว่าการฟองสินค้าสามารถทำได้โดยไม่เป็นความผิดหากว่าพันธะเสริมนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวโดยธรรมชาติหรือธรรมชาติการค้าระหว่างสินค้าที่มีการฟอง อย่างไรก็ตาม ในคดีที่เกิดขึ้นทั้งคดี *Hilti* และ *Tetra Pak II* ศาลและคณะกรรมการต่างเห็นว่าหน่วยธุรกิจสามารถกระทำผิดฐานบังคับขายฟองได้โดยการฟองวัตถุดิบ ใช้สินค้าเปลี่ยนกับสินค้าที่มีการฟอง²⁶

นอกจากนั้นแม้ว่าทั้ง *Hilti* และ *Tetra Pak* ต่างถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดทั้งคู่ แต่คณะกรรมการได้เสนอแนะไว้ในคดี *Hilti* ว่าผลของคำวินิจฉัยก็ยังคงเป็นเหมือนเดิมแม้ว่าข้อเท็จจริงจะเปลี่ยนไปว่า *Hilti* ปราศจากอำนาจเหนือตลาดในตลาดปิ่นยังตะปูกก็ตาม²⁷ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในคดี *Kodak* ของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนั้น ในคดี *Digital Undertaking* ซึ่งตลาดแรกคือตลาดของระบบคอมพิวเตอร์เป็นตลาดที่มีการแข่งขัน ส่วนตลาดหลังนั้นประกอบด้วยตลาดบริการซ่อมบำรุงและบริการสนับสนุนทางด้านซอฟต์แวร์สำหรับ *Digital systems* คณะกรรมการได้ตัดสินว่า *Digital* ละเมิดบทบัญญัติในเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยไม่ชอบ ในตลาดบริการสนับสนุนทางด้านซอฟต์แวร์สำหรับ *Digital systems* โดยการขายแพคเกจทั้งบริการด้านซอฟต์แวร์และบริการซ่อมบำรุง คณะกรรมการเห็นว่าราคาของบริการสนับสนุนของซอฟต์แวร์แวร์อย่างเดียวยังสูงมากแต่ราคาดังกล่าวนั้นสร้างแรงจูงใจแก่ลูกค้าเมื่อลูกค้าซื้อทั้งฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ ซึ่งหมายความว่าลูกค้าจะเปลี่ยนหากต้องซื้อฮาร์ดแวร์จากบุคคลที่สาม ทำให้บริการซ่อมบำรุงถูกกำจัดออกไปจากตลาด

จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการได้เข้ามาแทรกแซงในกรณีที่เป็นพฤติกรรมของหน่วยธุรกิจอันเกี่ยวข้องกับตลาดหลังของตนแม้ว่าตลาดแรกจะเป็นตลาดที่ยังมีการแข่งขันกันอยู่โดยไม่มีฝ่าย

²⁶ Jones and Sufrin, *EC completion law: text, case, and materials*, p.370.

²⁷ *Ibid*, p.373.

ผูกขาดก็ตาม การให้ส่วนลดในชุดของสินค้าหรือบริการถือเป็นความผิดตาม Article 82 เมื่อหน่วยธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาดในหนึ่งในชุดของสินค้าหรือบริการนั้นและจะทำให้ลูกค้าต้องจ่ายแพงกว่าหากต้องไปซื้อสินค้าจากคู่แข่งอื่นเพราะเป็นผลมาจากการลดราคา แต่มีข้อยกเว้นคือ การให้ส่วนลดนั้นเป็นการให้ส่วนลดบนพื้นฐานของการประหยัดราคาสินค้าจริงๆ กล่าวคือเป็นการให้ส่วนลดแม้ว่าจะซื้อสินค้าหรือบริการแยกกันและต้องไม่เป็นการขายต่ำกว่าทุนด้วย

3.2.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับคดีการขายพ่วงในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป

ในส่วนของคดีการขายพ่วงนั้น คณะกรรมาธิการได้วินิจฉัยถึงกรณีการขายพ่วงเป็นเชิงลงโทษไว้ 4 คดี ได้แก่คดี *Napier Brown/British Sugar*, คดี *Eurofix-Bauco/Hilti*, คดี *Tetra Pak II* และคดี *Microsoft* โดยในบรรดาคดีดังกล่าวนี้ คดีที่ได้รับความสนใจมากที่สุดคือ คดี *Microsoft* ซึ่งมีการกล่าวหาว่าบริษัท *Microsoft* ขายพ่วง โปรแกรม *Media Player* มากับระบบปฏิบัติการ *Windows* อันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง (*Technological Integration*)²⁸

3.2.3.1 คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale)

3.2.3.1.1 คดี *Hilti v. Commission* (1992)

บริษัท *Hilti* เป็นบริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าปืนสำหรับยิงตะปู โดยได้รับสิทธิบัตรถูกต้องตามกฎหมาย ได้จำหน่ายตลับลูกปืนซึ่งได้รับสิทธิบัตรโดยถูกต้องตามกฎหมายเช่นกัน ยกเว้นแต่ ตะปูที่ยิงออกมาจากตลับลูกปืนซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิบัตรและปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีผู้ผลิตตะปูสำหรับใช้กับปืนยิงตะปูของบริษัท *Hilti* ไม่มากนัก บริษัท *Hilti* ต้องการสร้างความมั่นใจว่า ลูกค้าซึ่งซื้อตลับลูกปืนจากบริษัทไปจะต้องซื้อลูกตะปูของบริษัทด้วยและจะต้องไม่ไปซื้อตะปูจากผู้ผลิตรายอื่น จึงได้กระทำการดังต่อไปนี้

- 1) วางเงื่อนไขว่าผู้ซื้อตลับตะปูซึ่งได้รับสิทธิบัตรถูกต้องจะต้องซื้อตะปูจากบริษัทด้วย
- 2) ส่วนลดสำหรับลูกค้าที่ซื้อแต่ตลับตะปูโดยไม่ได้ซื้อตะปูด้วยจะลดลง
- 3) จูงใจผู้จัดจำหน่ายของตนไม่ให้ขายให้กับลูกค้าบางรายเพื่อไม่ให้ผู้ผลิตตะปูรายอื่นแย่งส่วนแบ่งตลาดในตลาดตลับตะปูของบริษัท *Hilti* ได้

²⁸ O'Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p.479.

4) ปฏิเสธที่จะขายตลับตะปูแก่ลูกค้าที่เป็นลูกค้าประจำเพราะอาจมีการขายต่อให้กับผู้ผลิตตะปูรายอื่นได้

5) พยายามหน่วงเหนี่ยวการขอจดทะเบียนสิทธิในเทคโนโลยีเกี่ยวกับตลับลูกปืนให้ช้าลงเพื่อให้ผู้ผลิตตะปูรายอื่นไม่สามารถผลิตตลับลูกตะปูแบบ non-Hilti ได้

6) ปฏิเสธการรับประกันสินค้าในปีนยิงลูกตะปูหากว่าลูกค้าใช้ตะปูซึ่งไม่ได้ผลิตจากทางบริษัท

คณะกรรมการวินิจฉัยว่า ปืนยิงลูกตะปู, ตลับลูกปืน, ลูกตะปู แต่ละส่วนนั้นเป็นสินค้าในตลาดคนละตลาดแยกต่างหากจากกัน และบริษัท Hilti ก็มีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าทั้งสามชนิด บริษัท Hilti ได้ละเมิด Article 82 EC โดยพฤติกรรมต่างๆข้างต้นซึ่งถูกคิดค้นขึ้นมาเพื่อที่จะพ่วงตะปูไปกับตลับลูกตะปูด้วย และเพื่อที่จะป้องกันหรือจำกัดการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตตะปูซึ่งสามารถนำมาใช้ได้กับตลับลูกปืนของบริษัท Hilti บริษัท Hilti อ้างว่าพฤติกรรมต่างๆข้างต้นล้วนแต่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อความปลอดภัยในการสร้างความมั่นใจว่าปืนยิงตะปูของ Hilti จะต้องใช้กับตะปูของ Hilti เท่านั้น และตะปูซึ่งผลิตโดยผู้ผลิตรายอื่นนั้นต่ำกว่ามาตรฐาน คณะกรรมการปฏิเสธประเด็นนี้ โดยวินิจฉัยว่า บริษัท Hilti ไม่เคยแสดงออกถึงความกังวลทางด้านความปลอดภัยในการใช้ปืนยิงตะปูต่อผู้ผลิตรายอื่น หรือมีการพยายามแจ้งเตือนไปยังกรมมาตรฐานการค้าแห่งสหราชอาณาจักร (UK Trading Standards Departments) หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับอนามัยและความปลอดภัยถึงอันตรายใดๆ และไม่เคยมีการแจ้งเตือนไปยังผู้บริโภคถึงการอันตรายจากการใช้ตะปูซึ่งไม่ได้ผลิตจากบริษัท Hilti บริษัท Hilti จึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาล

ศาลวินิจฉัยยืนตามโดยเห็นว่าบริษัท Hilti ไม่เคยแจ้งไปยังหน่วยงานแห่งสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับอันตรายจากการใช้ตะปูยี่ห้ออื่น แต่อ้างว่าที่ไม่แจ้งไปเพราะการขอความช่วยเหลือต่อฝ่ายบริหารหรือตุลาการจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของ Bauco and Eurofix มากกว่า พฤติกรรมที่กำลังเป็นอยู่ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าว โดยเห็นว่า หากบริษัท Hilti ใช้ช่องทางกฎหมายแห่งสหราชอาณาจักร สิทธิของบริษัท Hilti ย่อมได้รับการคุ้มครองจากการโฆษณาอันหลอกลวงจากผู้ผลิตตะปูรายอื่น แต่หากทางภาครัฐยกคำร้อง บริษัท Hilti จะต้องพบความยากลำบากในการกล่าวหาบริษัท Profix and Bauco อย่างไรก็ตาม กฎหมายแห่งสหราชอาณาจักรได้มีบทบัญญัติลงโทษสินค้าที่ไม่ปลอดภัยอยู่แล้ว บริษัท Hilti จึงควรใช้กฎหมายดังกล่าวผ่านทางหน่วยงานของรัฐ ข้ออ้างของบริษัท Hilti จึงฟังไม่ขึ้น

3.2.3.1.2 คดี Tetra Pak International SA v. Commission (1997)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ คณะกรรมาธิการได้กล่าวหาว่า บริษัท Tetra Pak ประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายเครื่องแพ็คกล่องและกล่องชนิดต่างๆ ซึ่งบริษัทดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าเครื่องแพ็คกล่องแบบปลอดเชื้อ (aseptic machine) และกล่องสำหรับใช้กับเครื่องดังกล่าว (carton) ได้ใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบในตลาดเครื่องแพ็คกล่องและกล่องที่ไม่ปลอดเชื้อ (non-aseptic market) อันเป็นการละเมิด Article 82 เพราะ บริษัท Tetra Pak ได้ขายพ่วงเครื่องแพ็คกล่องที่ไม่ปลอดเชื้อกับกล่องที่ใช้สำหรับเครื่องดังกล่าว โดยมีการขายหรือให้เช่าเครื่องแพ็คกล่องโดยวางเงื่อนไขว่าลูกค้าต้องซื้อกล่องของบริษัทตนหรือบริษัทที่ Tetra Pak กำหนดเท่านั้น และลูกค้ายังต้องรับบริการซ่อมบำรุงและใช้อะไหล่ของบริษัทด้วย บริษัท Tetra Pak ให้การต่อสู้ว่าเครื่องแพ็คกล่องและกล่องเป็นระบบการจำหน่ายอันเดียวกัน (Integrated distribution systems) และการขายพ่วงก็มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายทางด้านเทคนิค ความรับผิดชอบต่อสังคมและสุขภาพ และการรักษาชื่อเสียงผลิตภัณฑ์ คณะกรรมาธิการและศาลชั้นต้นปฏิเสธข้ออ้างของ Tetra Pak ดังกล่าว

บริษัท Tetra Pak จึงอุทธรณ์ต่อศาลแห่งประชาคมยุโรปโดยอ้างว่า คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นผิดพลาดในข้อกฎหมายในประเด็นที่ว่า การพ่วงการจำหน่ายกล่องและเครื่องแพ็คกล่องนั้นต้องห้ามตาม Article 82 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Article 82(d) บัญญัติห้ามการขายพ่วงเฉพาะเมื่อนำที่ตามสัญญาที่เป็นส่วนพ่วงมานั้น (supplementary obligations) โดยธรรมชาติหรือโดยธรรมชาติ การค้าขาย ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสาระสำคัญในสัญญา ศาลแห่งประชาคมยุโรปยืนตามคำตัดสินของศาลชั้นต้น โดยวินิจฉัยว่า เหตุผลที่ศาลแห่งประชาคมยุโรปที่ว่าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกันถูกต้องแล้ว และบทบัญญัติของกฎหมายใน Article 82 EC ไม่สามารถครอบคลุมพฤติกรรมการขายพ่วงทั้งหมด เพราะการขายพ่วงอาจเกิดขึ้นได้แม้ว่าจะปรากฏว่าหน้าที่ตามสัญญาที่เป็นส่วนพ่วงมานั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกันตามธรรมชาติหรือตามปกติการค้าก็ตาม²⁹

3.2.3.1.3 คดี Microsoft v. Commission (2004)

บริษัท Microsoft ผู้ผลิตซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ชื่อดัง ถูกคณะกรรมาธิการฟ้องในข้อหาขายพ่วง ระบบปฏิบัติการสำหรับคอมพิวเตอร์ลูกข่ายและโปรแกรม Windows Media Player ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติ Article 82, 82(d) EC นั้น และศาลชั้นต้นแห่งสหภาพยุโรปพากายืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมาธิการ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

²⁹ Jones and Sufrin, *EC completion law: text, case, and materials*, pp.371-372.

1) ประเด็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง 2 ชนิดแยกต่างหากจากกันหรือไม่ (two separate products) มีผู้ขายโปรแกรมจำนวนมากพัฒนาและวางจำหน่ายโปรแกรม Media Player แยกต่างหากจากโปรแกรมระบบปฏิบัติการ (standalone basis) และผู้บริโภคไม่ต้องการโปรแกรมระบบปฏิบัติการที่มีโปรแกรม Media Player ในขณะที่เดียวกันก็ไม่ปรากฏว่าจะมีผู้ขายโปรแกรมระบบปฏิบัติการใดพ่วงโปรแกรม Media Player ไว้ในลักษณะที่ไม่สามารถ uninstall ได้นอกจากบริษัท Microsoft และ ศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่ามีตลาดสินค้า 2 ชนิดคือ ตลาดโปรแกรมระบบปฏิบัติการลูกข่าย และตลาดโปรแกรมประเภทเชื่อมโยงข้อมูล (Middleware) ซึ่งรวมถึงโปรแกรม Window Media Player ด้วย

ภายใต้ Article 82 EC ต้องพิจารณาจากอุปสงค์ของลูกค้าเป็นหลัก (customer demand) ตัวอย่างเช่น คดี Hilti ซึ่งแม้ผู้บริโภคจะไม่ต้องการตลับลูกปืนตะปูที่ไม่มีตะปูบรรจุอยู่เลย เพราะไม่สามารถใช้งานได้ แต่ศาลในคดีนั้นก็ยืนยันว่าเป็นสินค้าแยกต่างหากจากกัน และแม้ว่าจะมีการผนวกโปรแกรมในลักษณะดังกล่าวก็ตาม ลูกค้าจำนวนมากยังคงใช้โปรแกรม Media Player ของบริษัทคู่แข่งของ Microsoft แสดงให้เห็นว่าเป็นสินค้า 2 ประเภทแยกต่างหากจากกันได้ และแม้จะอ้างว่าเป็นการผนวกทางเทคโนโลยีอันอาจทำให้เห็นว่าเป็นสินค้าชนิดเดียว (technical integration of one product) แต่ก็ปรากฏหลักฐานทาง e-mail ได้ตอบระหว่างผู้บริหารบริษัท Microsoft ว่าการผนวก Windows Media Player และ OS Windows ถูกคิดค้นมาแต่แรกเพื่อให้โปรแกรม Windows Media Player สามารถแข่งขันกับโปรแกรม RealPlayer ได้มากขึ้นโดยการทำให้กลายเป็นส่วนหนึ่งของ OS Windows ศาลชั้นต้นแห่งสหภาพยุโรปจึงสรุปว่าโปรแกรมระบบปฏิบัติการสำหรับคอมพิวเตอร์ลูกข่ายและโปรแกรมสำหรับเปิดสื่อสารสนเทศเป็นสินค้าคนละชนิดแยกจากกันได้

2) ประเด็นผู้บริโภคไม่สามารถเลือกซื้อสินค้าที่มีการพ่วงโดยปราศจากสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง มีการบังคับบริษัท OEMs ว่าจะต้องติดตั้งโปรแกรมทั้งสองชนิดเข้าด้วยกันตั้งแต่ต้นและไม่สามารถ uninstall ได้ และมีการแฝงราคาของ Window Media Player ในราคารวมทั้งหมดของระบบปฏิบัติการควบกับโปรแกรมดังกล่าว นอกจากนั้นบริษัท Microsoft ยังปิดกั้นวิธีการทางเทคนิคในการทำให้โปรแกรม Windows Media Player เป็นโปรแกรมหลักถึงแม้จะมีโปรแกรม Media Player อื่นๆด้วย (default parameters) ซึ่งจะปรากฏขึ้นมาอีกเมื่อผู้ใช้งานได้เปิดไฟล์ผ่านทางอินเทอร์เน็ตผ่านโปรแกรม Internet Explorer และแม้ตาม Article 82 EC จะไม่ได้ระบุว่าผู้บริโภคจะต้องถูกบังคับให้ใช้สินค้าที่ถูกนำไปพ่วง แต่ตราบเท่าที่การพ่วงสินค้าก่อให้เกิดความเสี่ยงว่าจะมีการกีดกันทางการค้า จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้บริโภคต้องถูกบังคับให้ซื้อหรือใช้โปรแกรม Windows Media Player หรือไม่

บริษัท Microsoft ไม่เพียงแต่บังคับบริษัท OEMs โดยทางสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น แต่ยังใช้วิธีการทางเทคโนโลยีอีกด้วยเพราะไม่สามารถ uninstall โปรแกรม Windows Media Player ออกจาก OS Windows ได้ บริษัท Microsoft ไม่อาจอ้างว่าได้ให้โปรแกรม Window Media Player ฟรีเพราะราคาถูกรวมอยู่ในราคาของระบบปฏิบัติการแล้ว และตาม Article 82(d) EC และบรรทัดฐานของศาลในคดีที่ผ่านมาก็ไม่จำเป็นที่ผู้บริโภคต้องเสียเงินสำหรับสินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วงหรือถูกบังคับให้ใช้สินค้าที่ถูกลำนำไปพ่วงแต่อย่างใด ศาลจึงมีความเห็นยืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการในประเด็นนี้

3) ประเด็นเข้าลักษณะเป็นพฤติกรรมที่กีดกันทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมหรือไม่การผนวกโปรแกรมดังกล่าวของบริษัท Microsoft ทำให้บริษัทมั่นใจว่าจะมีการใช้โปรแกรม Window Media Player กันอย่างแพร่หลายทั่วโลก โดยมีการทำข้อตกลงกับบริษัท OEMs, การให้ดาวโหลดทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งล้วนแต่เป็นช่องทางที่ทำให้บริษัท Microsoft ได้เปรียบทางการค้าและทำให้ความสามารถในการแข่งขันโปรแกรม Media Player ลดลง เพราะการใช้และพัฒนาสื่อสำหรับโปรแกรมมากกว่าหนึ่งชนิดย่อมทำให้ต้นทุนสูงขึ้น

หลักฐานของทางฝ่ายคณะกรรมการนำเชื่อถือกว่าทางฝ่ายบริษัท Microsoft ซึ่งเป็นเพียงการคาดคะเนเอาเท่านั้น โดยเฉพาะในเรื่องการแพร่หลายของโปรแกรม Windows Media Player นั้น หากมีมากขึ้นก็จะสร้างแรงจูงใจให้ผู้ให้บริการเว็บไซต์และผู้ผลิตและพัฒนาโปรแกรมสร้างสรรค์สื่อผ่าน Windows Media Player แต่อย่างเดียวนั้น แสดงให้เห็นว่าความได้เปรียบของบริษัท Microsoft ในการผนวกโปรแกรมดังกล่าว ย่อมเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการกระบวนการแข่งขัน ซึ่งกระบวนการแข่งขันโดยธรรมชาติจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้งานมากกว่าเพราะมีวงจรแห่งการพัฒนาโปรแกรม Media Player ของบริษัทอื่นๆ การผนวกโปรแกรมนี้จึงเป็นการสร้างกำแพงปิดกั้น (barrier to entry) สำหรับคู่แข่งทั้งโปรแกรม OS Windows และ Windows Media Player

4) ประเด็นข้อพิพาทซึ่งปราศจากเหตุผลอันสมควร บริษัท Microsoft อ้างว่าการผนวกโปรแกรมเป็นการคิดนอกกรอบ (out-of-the-box) ซึ่งจะมีประโยชน์ต่อผู้บริโภคหลายประการ เช่น ประหยัดเวลา และลดความเสี่ยงในแง่ของความสับสนของผู้บริโภคนั้นฟังไม่ขึ้น เนื่องจากบริษัท Microsoft เองเป็นผู้ก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้บริโภคโดยการติดตั้งโปรแกรม media player ควบกับระบบปฏิบัติการของตน ซึ่งเป็นความผิดฐานขายพ่วง (tying) นอกจากนี้ บริษัท Microsoft ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าการผนวกดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพทางเทคนิคของสินค้า บริษัท Microsoft ยังไม่สามารถแสดงให้เห็นว่านักพัฒนาโปรแกรมจะไม่สามารถพัฒนาโปรแกรมของตนได้หากโปรแกรม Windows Media Player จำหน่ายแยกกับ OS Windows การผนวกโปรแกรมดังกล่าวมีแต่

จะสร้างกำไรให้กับบริษัท Microsoft และเพิ่มต้นทุนให้กับผู้ขายและผู้พัฒนาโปรแกรม media player ของบริษัทอื่นๆ

คำตัดสินของคณะกรรมการฯ ไม่มีผลกระทบต่อแบบจำลองทางธุรกิจของบริษัท Microsoft เพียงแต่มุ่งเฉพาะประเด็นเรื่องการพ่วงโปรแกรม Windows Media Player ในระบบปฏิบัติการ และการอนุญาตให้บริษัท OEMs หรือผู้ใช้งานสามารถติดตั้งโปรแกรม media player ตามที่ตนเองต้องการในฐานะที่เป็นโปรแกรมอันแรกที่ใช้งานเท่านั้น และแม้ว่าการผนวกโปรแกรมดังกล่าวอาจเป็นผลดีต่อผู้ใช้งานแต่ข้ออ้างดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะลบล้างการกีดกันทางการค้าอันเป็นผลมาจากการบังคับขายพ่วง (Tying) และจากคำวินิจฉัยของกรรมาธิการก็ไม่ได้ห้ามมิให้บริษัท Microsoft หยุดการผนวกโปรแกรม Windows Media Player กับระบบปฏิบัติการ OS Windows หากผู้บริโภคต้องการการผนวกโปรแกรมนั้นแต่อย่างใด นอกจากนั้นแม้ไม่มีการผนวกโปรแกรมดังกล่าวก็ไม่นับอุปสรรคต่อนักเขียนโปรแกรมแต่อย่างใด เพราะโดยส่วนมาก นักเขียนโปรแกรมและผู้พัฒนาเว็บไซต์สามารถใช้โปรแกรม RealPlayer ซึ่งไม่ได้มีการผนวกในระบบปฏิบัติการได้อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องติดตั้งโปรแกรมดังกล่าวมาตั้งแต่แรก และระหว่างเดือนมิถุนายน 1998 ถึงพฤษภาคม 1999 บริษัท Microsoft ก็ได้วางจำหน่าย OS Windows โดยไม่มีโปรแกรม Windows Media Player พ่วงเข้ามาแต่เวอร์ชันดังกล่าวก็สามารถทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ

ในเวลาต่อมา คณะกรรมาธิการได้มีคำสั่งปรับบริษัท Microsoft อีกเป็นเงิน 899 ล้านดอลลาร์ (ประมาณ 40,585 ล้านบาท) เพราะบริษัท Microsoft ไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ในเดือนมีนาคม 2004 เพราะในช่วงก่อนวันที่ 22 ตุลาคม 2007 บริษัท Microsoft ได้เรียกเงินอย่างไม่เป็นธรรมจากการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับระบบเครือข่ายสำนักงานซึ่งมีคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นแห่งสหภาพยุโรปยืนยันแล้วดังกล่าวข้างต้น

และเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2009 ทางคณะกรรมการฯ ได้มีความพยายามในการสืบสวนถึงกรณีการบังคับขายพ่วง (Tying) ในโปรแกรม Internet Explorer กับระบบปฏิบัติการ OS Windows โดยคณะกรรมการฯ ได้ส่งหนังสือคัดค้าน (Statement of Objection, "SO") ไปถึงบริษัท Microsoft โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการที่บริษัท Microsoft ขายพ่วงเว็บเบราว์เซอร์ของตนกับระบบปฏิบัติการ Windows อันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติ Article 82 แห่ง EC Treaty ในขณะเดียวกัน Mozilla (Firefox) และ Opera ได้ให้ความร่วมมือกับคณะกรรมการฯ โดยกล่าวหาว่าบริษัท Microsoft ใช้วิธีการขายพ่วงโปรแกรมดังกล่าวเพื่อสร้างอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเช่นเดียวกัน

3.3 ประเทศญี่ปุ่น

3.3.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง

ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายชื่อว่า The Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade หรือ Anti-Monopoly Act (AML) หรือ してきどくせん きんしおよ 私的独占の禁止及び こうせいとりひき かくほ かん ほうりつ 公正取引の確保に関する法律 โดยมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงดังนี้

3.3.1.1 Anti-Monopoly Act Chapter 2 Section 3

กฎหมาย AML ห้ามการผูกขาดภาคเอกชน (Private Monopolization) โดยใน Chapter 2: Private Monopolization and Unreasonable Restraint of Trade มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ผู้ประกอบการก็จะทำการผูกขาดโดยเอกชนหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้าอย่างไม่ชอบธรรมไม่ได้”

3.3.1.2 Anti-Monopoly Act Chapter 5 Section 19, Designation of Unfair Trade Practice (10)

ใน Chapter 5: Unfair Trade Practice มาตรา 19 บัญญัติว่า

“ผู้ประกอบการก็จะใช้วิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรมไม่ได้”

นิยามของพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม “Unfair Trade Practice” หรือ ふこうせい 不公正 とりひきほうほう な取引方法 อยู่ในมาตรา 2(9) ซึ่งบัญญัติว่า

“คำว่า “การค้าที่ไม่เป็นธรรม” ตามพระราชบัญญัตินี้หมายถึงการกระทำใดๆ ตามย่อหน้าข้างล่างดังต่อไปนี้ซึ่งมีผลเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันทางการค้าและซึ่งถูกกำหนดโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าดังนี้:...

(iii) การดึงดูหรือบังคับลูกค้าของคู่แข่งทางการค้าให้ทำสัญญากับตนอย่างไม่เป็นธรรม”

ต่อมาทางคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ทำการแก้ไขกฎหมายในมาตรา 2(9) โดยออก Fair Trade Commission Notification No.15 ในเรื่อง Unfair Trade Practices ซึ่งเรียกอีกอย่างว่า “General Designation” หรือ “Designation of Unfair Trade Practice” โดยกำหนดไว้ในข้อ 10

だ あ はんぱいとう 抱き合わせ販売等 (Tie-in Sales, etc.) ดังนี้

“การทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายซื้อสินค้าหรือบริการจากตนเองหรือจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งถูกกำหนดโดยตนเองโดยโดยพ่วงกับสินค้าหรือบริการอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม หรือบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทำการค้ากับตนเองหรือกับผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งถูกกำหนดโดยตนเองอย่างไม่เป็นธรรม”

3.3.1.3 Guidelines concerning the franchise system under the antimonopoly act

เป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งจะเกี่ยวพันกับความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าหลายประการ การบังคับขายพ่วง (Tie-in Sales) ได้ถูกกำหนดไว้ในแนวปฏิบัติดังกล่าวโดยมีรายละเอียดดังนี้

“(2) การบังคับขายพ่วงและความสัมพันธ์ทางธุรกิจอย่างมีเงื่อนไขจำกัด

เมื่อผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จัดหาในเรื่องความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้แก่ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ได้ภายใต้ข้อตกลงตามสัญญาแฟรนไชส์ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อาจบังคับให้สมาชิกของตนใช้สินค้าสำเร็จรูปหรือวัตถุดิบต่างๆ ซึ่งรับมาจากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์หรือผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์กำหนด กรณีจะเป็นความผิดตามข้อ 10 (Tie-in sales, etc.) แห่ง General Designation หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากสถานะของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์, ขอบเขตของสัญญาแฟรนไชส์, ขนาดและจำนวนของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์รายอื่นๆ, รวมทั้งความถี่ของการบังคับ..”

3.3.2 ทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในกรณีการขายพ่วง

หลักการของประเทศญี่ปุ่นที่เกี่ยวกับการขายพ่วงนั้น เหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นส่วนใหญ่ และนอกจากนั้น ประเทศญี่ปุ่นยังมีหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งปรากฏอยู่ใน Sherman Act มาตรา 1 และ AML Act มาตรา 19 คือ หลักว่าด้วยการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) หรือ ふこうせい とりひきほうほう 不公正な取引方法 ซึ่งเป็นการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่จำกัดจำนวนผู้ประกอบธุรกิจว่ามีจำนวนเท่าใดหรือผู้นั้นจะมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ หากใช้วิธีการในการดำเนินธุรกิจของตนเองอย่างไม่เป็นธรรม ก็สามารถลงโทษผู้นั้นได้

3.3.2.1 หลักว่าด้วยการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice)

การแก้ไขกฎหมาย AML ในปี 1953 มีการเปลี่ยนแปลงจากการห้ามวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair methods of competition) มาเป็นวิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) หรือ ふこうせい とりひきほうほう 不公正な取引方法 เพื่อขยายความคุ้มครองรวมถึงพฤติกรรมที่ไม่ใช่ “วิธีการแข่งขัน” แต่เป็นการจำกัดธุรกรรมทางการค้าของหน่วยธุรกิจอื่นอย่างไม่เป็นธรรม โดยพื้นฐาน

ของแนวคิดนี้เริ่มจากการให้ความคุ้มครองผู้ประกอบการรายย่อยซึ่งเป็นผู้ซื้อหรือผู้แทนจำหน่ายซึ่งมักจะถูกลวงเงื่อนงำที่ไม่เป็นธรรม เช่น ต้องยอมส่งคืนสินค้าหากมีการลดระดับการผลิตลงเนื่องจากเศรษฐกิจถดถอยหรือการควบคุมราคาสินค้าที่ไม่เกินสมควรโดยข่มขู่ว่าจะไม่ทำธุรกิจต่อไปในอนาคต หากไม่ยอมลดราคาสินค้าลง³⁰ ดังนั้น เนื่องจากผู้ซื้อหรือตัวแทนจำหน่ายกับผู้ขายหรือผู้ประกอบการรายใหญ่ไม่ได้แข่งขันกัน จึงไม่มีวิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น แต่กรณีดังกล่าวนี้ถือเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม กฎหมาย AML จึงถูกแก้ไขให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair business practice) ด้วย³¹ การคุ้มครองดังกล่าวจึงมีใช้เป็นส่วนเดียวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา เพราะสะท้อนถึงความจำเป็นของสังคมญี่ปุ่นมากกว่าการผูกติดกับตัวอย่างตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา³² โดยในส่วนของกรขายพ่วงถือว่าเป็นพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยมีแนวโน้มที่จะลดการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศญี่ปุ่นกำหนดว่า การขายพ่วง (tie-in sales) เป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันแต่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม และถือเป็น Non Price Restriction Conducts อย่างหนึ่งด้วย³³

ตัวอย่างที่สำคัญในการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศญี่ปุ่นคือ คดีของบริษัท ENIX ซึ่งจำหน่ายเกมที่ได้รับค่านิยมมากซึ่งก็คือ Dragon Quest IV ซึ่งแม้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัท ENIX จะมีไม่ถึง 10% ซึ่งถือว่าไม่มีอำนาจเหนือตลาด แต่คณะกรรมการตัดสินลงโทษโดยถือว่าพฤติกรรมของบริษัท ENIX เป็นการใช่วิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรม

3.3.2.2 หลักว่าด้วยความเป็นโมฆะแห่งสัญญาขายพ่วง

ในส่วนหลักการอื่นๆที่เกี่ยวกับการขายพ่วง เช่น สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการขายพ่วงมีผลบังคับได้ตราบเท่าที่ผู้ซื้อต้องการซื้อสินค้าชนิดนั้นเท่านั้นโดยสัญญาทั้งหมดไม่ถือว่าเป็นโมฆะ ซึ่งจำเลยสามารถยกข้อกฎหมายนี้ปิดปากข้ออ้างของโจทก์ได้³⁴ เป็นต้น หลักการที่ศาลตัดสินดังกล่าวคล้ายคลึงกับ Article 81(2) แห่ง EC Treaty ที่ว่า “ข้อตกลงหรือการตัดสินใจใดๆซึ่งต้องห้ามตาม

³⁰ Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, (United Kingdom: Oxford University Press, 1993), p.81.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Osamu Igarashi, *Non Price Restriction Conducts in Japan*. [Online], 7 January 2009. Available from: http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramDecember2004/Igarashi_NonPriceRestriction.pdf

³⁴ Christopher Heath, *The System of Unfair Competition Prevention in Japan*, (United Kingdom: Kluwer Law International, 2001), p.267.

มาตรฐานนี้ให้ถือว่าเป็นโมฆะ” ซึ่งมีการตีความโดยศาลแห่งสหภาพยุโรปว่า เป็นโมฆะเฉพาะส่วนที่ละเมิดเท่านั้นส่วนอื่นยังสมบูรณ์อยู่ เว้นแต่สัญญาทุกข้อเป็นสิ่งที่ต้องห้ามทั้งหมด

3.3.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับคดีการขายพ่วงในประเทศญี่ปุ่น

ข้อ 10 แห่ง Designation of Unfair Business Practices กำหนดห้ามการบังคับขายพ่วง (Tying Arrangement) ถือเป็นความผิดหากมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการของผู้สัญญา (Freedom of Choice) ในประเทศญี่ปุ่น คดีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับขายพ่วงนั้น ได้แก่ Textbook Case (1964) และ Farmers' Cooperative Case (1976) (FTCJ Decision, 22 November 1974, Shinketsushu [FTCJ Decisions Reporter], 21, 148 et seq. [1975]) นอกจากนี้ยังมีคดี Draque Case (1991) (FTCJ Decision, 28 February 1992, Shinketsushu [FTCJ Decisions Reporter], 38, 41 et seq. [1992]) ซึ่งเป็นคดีที่ผู้จัดจำหน่ายซอฟต์แวร์เกมส์ขายพ่วงเกมที่ขายยากพร้อมกับการขายเกมที่เป็นที่นิยมอย่างสูง เรียกว่า “Dragon Quest” หรือ “Draque” ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าตัดสินว่าเป็นความผิด นอกจากนี้ยังมีคดี Toshiba Elevator และคดี Microsoft ซึ่งมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.3.3.1 Farmers' Co-operative Case (1963)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ สหกรณ์การเกษตรของชาวนาซึ่งมีอำนาจให้กู้ยืมเพื่อพัฒนาการเกษตร (เงินส่วนนี้เป็นกรให้กู้โดยรัฐบาลซึ่งจะคิดดอกเบี้ยแก่สมาชิกต่ำกว่าท้องตลาดทั่วไป) และมีอำนาจต่อรองเหนือกว่ากลุ่มชาวนาซึ่งเป็นสมาชิกและต้องกู้ยืมเงินดังกล่าว ได้วางเงื่อนไขในการให้กู้ยืมว่าจะต้องซื้อเครื่องจักรซึ่งใช้ในการประกอบกิจการของทางสหกรณ์การเกษตรด้วย คดีนี้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศญี่ปุ่นวินิจฉัยว่า พฤติกรรมดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice)³⁵

3.3.3.2 Textbook Case (1965)

เป็นคดีเกี่ยวกับการขายส่งตำราเรียน โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ขายส่งตำราเรียนในเขตนากาโนซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดขายส่งตำราเรียน ได้บังคับให้ผู้ขายตำราเรียนทั้งหลายซึ่งขายหนังสือธรรมดาคืนๆ ด้วยให้ซื้อหนังสือธรรมดาคืนๆ ในราคาอย่างน้อยสองในสามของราคาตำราเรียนที่ซื้อไป อย่างไรก็ตาม มูลค่าโดยรวมทั้งหมดของหนังสือธรรมดาคืนๆ จะต้องไม่น้อยกว่า 3 ล้านเยนต่อปีด้วย

³⁵ Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, p.154.

พฤติกรรมของผู้ขายดังกล่าวถูกคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทยป็นตัดสินว่าเป็น การค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice)³⁶

3.3.3.3 Draque Case (1991) หรือคดี ENIX

บริษัท ENIX เป็นบริษัทผลิตซอฟต์แวร์ ซึ่งเป็นซอฟต์แวร์เกมส์คอมพิวเตอร์ที่ได้รับความนิยมมากที่สุดว่า Dragon Quest ทำให้ต้องมีการผลิตออกมาหลายภาคด้วยกันจนถึง Dragon Quest IV โดยแต่ละครั้งที่ Dragon Quest ออกมา บรรดาเยาวชนซึ่งติดเกมส์ของจำเลย เช่น นักเรียนจำนวนมากต้องเข้าแถวรอซื้อเกมส์ดังกล่าว ทางบริษัท ENIX จึงขอให้ทางร้านค้าส่งและร้านค้าปลีกขายเกมส์ ดังกล่าวในราคาที่เหมาะสม เพราะหนังสือพิมพ์รายงานราคาของผู้ค้าส่งและร้านค้าปลีกขายเกินราคา ที่ผู้ผลิตแนะนำมาก สิ่งที่เกิดขึ้นคือ ผู้ค้าส่งขายในราคาของบริษัท ENIX แนะนำแต่บังคับให้ร้านค้าปลีก ต้องซื้อเกมส์ที่ขายไม่ออกพ่วงไปด้วย ทางคณะกรรมการ JFTC จึงตัดสินว่า พฤติกรรมของบริษัท ENIX ผิดข้อ 10 แห่ง Designation of Unfair Business Practices เรื่องการบังคับขายพ่วง เพราะ บริษัท ENIX เป็นผู้เริ่มต้นขายพวงเกมส์ที่ขายไม่ออกให้ผู้ค้าส่งก่อน ผู้ค้าส่งขายสินค้าไม่ได้จึงต้อง บังคับร้านค้าปลีกให้ซื้อพวงเกมส์ที่ขายไม่ออกไปด้วย สิ่งที่น่าสนใจคือ ตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) คือ ตลาดเกมส์คอมพิวเตอร์ซึ่งส่วนแบ่งตลาดของบริษัท ENIX อาจจะมีไม่ถึง 2% แต่ คณะกรรมการ JFTC ก็ตัดสินว่าพฤติกรรมดังกล่าวฝ่าฝืนมาตรา 19 เรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็น ธรรม³⁷

3.3.3.4 Toshiba Elevator Case (1993)

บริษัท Toshiba Elevator เป็นบริษัทผู้ผลิตลิฟต์ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 20% โดยมี คู่แข่งในตลาดลิฟต์จำนวน 5 ราย แต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาดใกล้เคียงกัน ขึ้นส่วนของลิฟต์แต่ละยี่ห้อ จะใช้ทดแทนกันไม่ได้ ในตลาดซ่อมบำรุงลิฟต์ยี่ห้อ Toshiba นั้น บริษัท Toshiba Elevator มีส่วนแบ่ง ตลาด 90% ที่เหลืออีกประมาณ 10% เป็นส่วนแบ่งตลาดของร้านซ่อมลิฟต์อิสระ ที่เกิดเรื่องฟ้องร้อง กันมากก็เนื่องจากเจ้าของตึกได้ซื้อลิฟต์จากบริษัท Toshiba Elevator แต่ไม่ได้ซื้อบริการซ่อม บำรุงรักษาด้วย เพราะราคาค่อนข้างแพง ต่อมาเมื่อลิฟต์มีปัญหาเจ้าของตึกจึงได้ขอให้โจทก์เป็นร้าน ซ่อมอิสระ (จัดตั้งในรูปห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือ yugen gaisha) ชื่อ Kousei Denki (โจทก์) มาตรวจดู โจทก์พบว่าจะต้องเปลี่ยนชิ้นส่วน เจ้าของตึกจึงขอขึ้นส่วนจากบริษัท Toshiba Elevator แต่ได้รับการ ปฏิเสธโดยอ้างว่าเจ้าของตึกไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการซ่อมลิฟต์ เจ้าของตึกจึงขอให้โจทก์ซื้อ

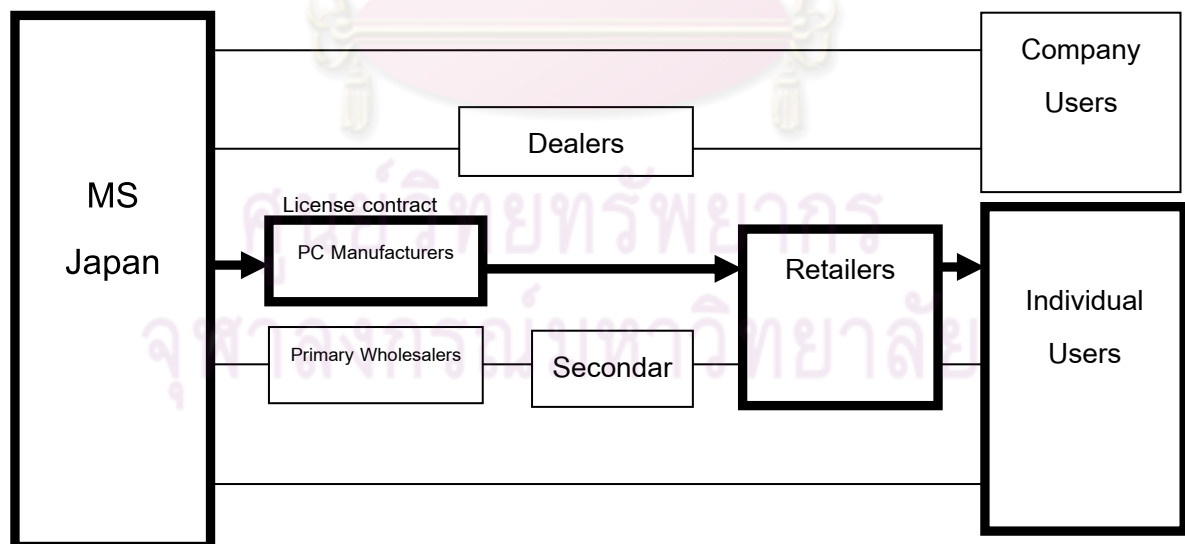
³⁶ *Ibid*, p.154.

³⁷ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันท่างการค้า, หน้า 196.

แทนแต่ได้รับการปฏิเสธอีก โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องร้องเอง (Private Suit) โดยกล่าวหาว่าจำเลย (บริษัท Toshiba Elevator) จงใจปฏิเสธที่จะทำธุรกรรมด้วยหรือจงใจทำให้การขายชิ้นส่วนซ้ำออกไปทำให้ โจทก์เสียหาย คดีนี้ศาลสูงแห่งเมืองโอซาก้ามีคำพิพากษาว่าพฤติกรรมของบริษัท Toshiba Elevator คือ พฤติกรรมขายควบซึ่งฝ่าฝืนข้อ (10) ของแนวปฏิบัติปี ค.ศ.1982 ได้แก่ การขายลิฟต์ควบกับ บริการซ่อมบำรุงด้วย จึงมีคำสั่งให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายให้กับโจทก์³⁸

3.3.3.5 Microsoft Co., Ltd. Case (1998)

ในตลาดซอฟต์แวร์โปรแกรมคำนวณรูปตารางในประเทศญี่ปุ่น โปรแกรม Excel ของ บริษัท Microsoft (MS Japan) นับว่าเป็นอันดับหนึ่งตั้งแต่ปี ค.ศ.1995 ในทางกลับกัน ในกรณี โปรแกรมประมวลผลคำ บริษัท MS Japan พึ่งจะเริ่มต้นขายโปรแกรม Word ในประเทศญี่ปุ่น แต่ ภาษาญี่ปุ่นนั้นจำเป็นต้องเปลี่ยนจากสัญลักษณ์ญี่ปุ่นเป็นตัวอักษรจีนและโปรแกรม Word มี ประสิทธิภาพดีต่อกว่าในจุดนี้ ดังนั้น จึงกลายเป็นอันดับสองรองมาจากคู่แข่งคือ "Ichitaro" ข้อเท็จจริง ในคดีนี้ คือ บริษัท MS Japan ได้ฟ่งโปรแกรมประมวลผลคำ Word เข้ากับโปรแกรมคำนวณรูป ตาราง Excel ตั้งแต่เดือนมีนาคม 1995 และได้ฟ่งโปรแกรมจัดการข้อมูลส่วนบุคคลคือ Outlook เข้า กับ Excel และ Word ตั้งแต่เดือนมีนาคม 1997 และได้อนุญาตให้สิทธิในโปรแกรมแก่ผู้ผลิต คอมพิวเตอร์ (PC manufacturers) ได้แก่ บริษัท Fujitsu Ltd., NEC Corporation, IBM Japan, Ltd., Compaq Computer Co. Ltd. เป็นต้น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สามารถติดตั้งหรือฟ่งโปรแกรมของ ตนลงในคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้³⁹



³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195-196.

³⁹ Osamu Igarashi, *Non Price Restriction Conducts in Japan*. [Online], 7 January 2009. Available from:

แผนภาพที่ 4 แสดงช่องทางการจัดจำหน่ายโปรแกรม Microsoft Word และโปรแกรมอื่น

ในวันที่ 20 พฤศจิกายน 1998 คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย (JFTC) ได้ออก recommendation ไปถึงบริษัท MS Japan ให้ทางบริษัทระงับพฤติกรรมดังกล่าวโดยอาศัยข้อเท็จจริงข้างต้น พบว่าเข้าข่ายมาตรา 19 แห่งกฎหมาย AMA (Unfair Trade Practices) ในข้อ 10 แห่ง General Designation (Tie-in Sales) ซึ่งบริษัท MS Japan ยินยอมทำตาม recommendation ทาง JFTC จึงออกคำสั่งให้ระงับพฤติกรรมดังกล่าวเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 1998 โดยในคำสั่งระงับนั้น มีรายละเอียดดังต่อไปนี้⁴⁰

1) MS Japan จะต้องยกเลิกพฤติกรรมการขายพ่วงโปรแกรมประมวลผลคำ Word ไปกับโปรแกรมคำนวณรูปตาราง Excel รวมทั้งการพ่วงโปรแกรมจัดการข้อมูลส่วนบุคคล Outlook ไปกับ Word และ Excel โดยการให้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมเหล่านี้ต่อผู้ผลิตคอมพิวเตอร์โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สามารถติดตั้งหรือพ่วงโปรแกรมของตนลงในคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้

2) MS Japan จะต้องยอมรับข้อเสนอมของผู้ผลิตคอมพิวเตอร์ให้แก้ไขสัญญาอนุญาตให้สิทธิโปรแกรม Word, Excel, และ Outlook โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สามารถติดตั้งหรือพ่วงโปรแกรมของตนลงในคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ หากว่าผู้ผลิตคอมพิวเตอร์เสนอที่จะแก้ไขสัญญา

3) MS Japan จะต้องไม่พ่วงโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นๆ หากจะอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรม Word, Excel ต่อผู้ผลิตคอมพิวเตอร์โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สามารถติดตั้งหรือพ่วงโปรแกรมของตนลงในคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้

4) MS Japan จะต้องให้ผู้ผลิตคอมพิวเตอร์และผู้บริโภครายงานถึงการปฏิบัติตามมาตรการในข้อ 1-3⁴¹

3.4 ประเทศไทย

3.4.1 บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

3.4.1.1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25(2)

ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้...

(2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้าหรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น...”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบสำคัญของความผิดตามมาตรา 25 นั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีอำนาจเหนือตลาด โดยมีนิยามในมาตรา 3 กำหนดว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด... ซึ่งเกณฑ์ในปัจจุบัน ตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด กำหนดว่า (1) ผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปและมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือ (2) ผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรกในตลาดมีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไปและมียอดขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป แต่กรณีนี้ไม่รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือมียอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท ฉะนั้นหากผู้ประกอบธุรกิจไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว แม้ทำการบังคับขายพ่วงก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 25(2)

3.4.1.2 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 29

มาตรา 29 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันอย่างเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

3.4.2 แนววินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ากรณีการขายพ่วง

3.4.2.1 คดีขายเหล้าพ่วงเบียร์ (คดีเบียร์ช้าง)

คดีนี้เริ่มจากบริษัท บุญรอด บริวเวอรี่ ผู้ผลิตเบียร์สิงห์ได้ทำหนังสือร้องเรียน นายกรัฐมนตรีว่า “บริษัทไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและไม่ได้รับความคุ้มครองจากองค์กรของ

รัฐ ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลให้การดำเนินธุรกิจทุกประเภทตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งจะสอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันในระบบตลาดเสรี กล่าวคือ ได้มีภาคเอกชนบางรายดำเนินธุรกิจในลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายมิได้อยู่ภายใต้ระบบการแข่งขันธุรกิจในกลไกตลาดเสรีอย่างแท้จริง มีการดำเนินธุรกิจในลักษณะขายสินค้าต่ำกว่าทุน โดยจำนวนที่ขาดทุนจากสินค้านั้นไปผนวกเข้ากับสินค้าผูกขาดที่ได้รับสัมปทานจากรัฐโดยจงใจที่จะฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ในมาตรา 25(2) และมาตรา 29⁴² ซึ่งบริษัทให้ข้อมูลว่า บริษัทสุรามหาราชภูรได้ใช้กลยุทธ์การค้าที่ไม่เป็นธรรม คือ ขายเหล้าฟวงเปียร์ทำให้สามารถตั้งราคาขายเปียร์ข้างใต้ต่ำกว่าทุนจากราคาหน้าโรงงานที่ 37-38 บาทต่อขวด เหลือเพียง 20-25 บาทต่อขวดในการขายปลีก นอกจากนี้ยังมีพฤติกรรมบังคับให้ตัวแทนจำหน่ายหรือเอเยนต์ขายเหล้าแม่โขงในต่างจังหวัดต้องรับเปียร์ข้างไปจำหน่ายด้วย หลังจากมีการร้องเรียน สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้ส่งเรื่องร้องเรียนดังกล่าวให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในฐานะประธานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไว้พิจารณาดำเนินการต่อ หลังจากนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้นำเรื่องเข้าพิจารณาในคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าและคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตั้งคณะอนุกรรมการศึกษากรณีร้องเรียนเกี่ยวกับการกีดกันธุรกิจเปียร์และสุรา เพื่อศึกษากรณีร้องเรียนดังกล่าว⁴³

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผลของการรวมตัวทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจสุรารายใหญ่ทำให้เกิดกลุ่มผู้ได้รับสัมปทานแต่เพียงผู้เดียว โดยปัจจุบันมีนายเจริญ สิริวัฒนภักดี เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ที่สุดของกลุ่ม (ถือหุ้น 41.7% ในกลุ่มสุราทิพย์ และ 52.3% ในกลุ่มสุรามหาราชภูร) ซึ่งได้รับสัมปทานการผลิตและการจำหน่ายสุราของรัฐทุกประเภททั้งสุราขาว สุราผสม (หงส์ทอง แสงทิพย์) สุราปรุงพิเศษ (แม่โขง แสงโสม) โดยมีมูลค่าการตลาดสูงถึง 60,000 ล้านบาท ดังนี้⁴⁴

1. สุราขาว มีสัดส่วนตลาด 50% หรือประมาณ 30,000 ล้านบาท โดยเป็นสุราราคาถูกและผลิตง่าย ซึ่งผู้บริโภคในประเทศจำนวนมากนิยมบริโภคมากที่สุด
2. สุราสี มีสัดส่วนตลาด 50% หรือประมาณ 30,000 ล้านบาท มีราคาแพงกว่าสุราขาว โดย 90% เป็นสุราสีระดับเสตนดาร์ต ได้แก่ แม่โขง หงส์ทอง สิงห์เจ้าพระยา หรือประมาณ 27,000 ล้านบาท อีก 10% เป็นสุราสีระดับพรีเมียม มูลค่าตลาดประมาณ 3,000 ล้านบาท ได้แก่ แม่โขงซูพีเรีย รีเจนซี่ เป็นต้น

⁴² คัดดา ฉนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, หน้า 312.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 312-313.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 313.

ผลของนโยบายการประกันรายได้แบบเหมาจ่ายของรัฐบาล เพื่อแลกกับรายได้ที่ทำให้สัมปทานหลักในระบบเหมาจ่ายระยะยาว และการได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีเพิ่ม (ภาษีที่จ่ายให้รัฐฯ ในอัตรา 10% ของภาษีสรรพสามิต) ซึ่งเป็นอัตราต่ำกว่าการเสียภาษีตามปริมาณการผลิตจริง (ผลิตมากเสียมาก) และน้อยกว่าภาษีสรรพสามิตที่รัฐฯ เรียกเก็บจากอุตสาหกรรมเบียร์ซึ่งมีมูลค่าตลาดประมาณ 40,000 ล้านบาท เมื่อเปรียบเทียบรายได้จากภาษีสุราและเบียร์ที่รัฐฯ เรียกเก็บในปี พ.ศ.2541 แล้วพบว่าภาษีสุราและเงินผลประโยชน์ที่รัฐฯ เก็บได้จากอุตสาหกรรมสุรา (มูลค่าตลาด 60,000 ล้านบาท) คือ 20,257.30 ล้านบาท ซึ่งน้อยกว่าภาษีเบียร์ (มูลค่าตลาดน้อยกว่า 40,000 ล้านบาท) แต่เก็บได้ 23,190.60 ล้านบาท ทำให้ธุรกิจสุราใช้กลยุทธ์ราคาต่ำและกลยุทธ์การกีดกันทางการค้าในแนวตั้งได้ และทำให้การขยายธุรกิจในรูปแบบของการตั้งบริษัทจัดการร่วมโดยมีบริษัทแม่ถือหุ้นใหญ่และจะเข้าไปถือหุ้นบริษัทย่อยอื่นๆ กว่า 22 บริษัท

ลักษณะการดำเนินกลยุทธ์การขายสุราฟวงเบียร์ เริ่มต้นโดยการขายสุราฟวงไปกับเบียร์คาร์ลสเบอร์กในปี พ.ศ.2536 โดยการบังคับให้กลุ่มผู้แทนจำหน่ายหลักของบริษัทสุราทิพย์ต้องขายเหล้าฟวงเบียร์และหมัโฆษณาซึ่งได้ผลในการเพิ่มสัดส่วนตลาดในช่วง 1-2 ปีแรก แต่ต่อมาเมื่อมีปริมาณเบียร์ทะลักเข้าสู่ตลาดเกินความต้องการและเบียร์มีอายุการขายสั้นทำให้ร้านค้าย่อยต้องขายเบียร์ระดับพรีเมียมในราคา 3 ขวด 100 บาทเท่านั้น ทำให้ภาพพจน์ต่ำลงและลูกค้าระดับบนหันไปดื่มเบียร์พรีเมียมยี่ห้ออื่นแทน กลุ่มสุราทิพย์จึงเลิกกลยุทธ์ไป ต่อมา กลุ่มสุราทิพย์ได้กลับเข้าสู่ตลาดเบียร์อีกครั้งโดยการวางตลาดเบียร์ข้างประกอบกับมีจุดหักเหสำคัญคือ การเกิดภาวะเศรษฐกิจถดถอยและการใช้นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราแบบลอยตัว ในปี พ.ศ.2540 เป็นต้นมา ทำให้ผู้บริโภคเปลี่ยนพฤติกรรมกรรมการบริโภคโดยการใช้จ่ายในการตัดสินใจที่สำคัญ ทำให้กลยุทธ์การขายสุราฟวงเบียร์ซึ่งเริ่มต้นก่อนปี พ.ศ.2540 ได้ผลทำให้สัดส่วนตลาดของเบียร์ข้างเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งการใช้วิธีการจัดจำหน่ายสุราฟวงเบียร์นั้น จะเริ่มจากการที่บริษัทผู้จัดจำหน่ายสุรารายใหญ่ ซึ่งมีกลุ่มแสงโสมถือหุ้น 25% ทุกบริษัทซึ่งมีจำนวนประมาณ 16 บริษัท และกลุ่มบริษัทผู้จัดจำหน่ายเบียร์ โชดา น้ำดื่ม ซึ่งมีกลุ่มแสงโสมถือหุ้น 25% ทุกบริษัท⁴⁵ บังคับให้เอเยนต์ผู้แทนจำหน่าย ยี่บัว เบียร์ข้างต้องซื้อเบียร์ข้างฟวงสุราขาวไปด้วยกัน หลังจากนั้น เอเยนต์หรือผู้แทนจำหน่ายก็จะบังคับให้ร้านขายปลีกสุราหรือชาปั๊วที่ซื้อสุราอยู่เป็นประจำต้องซื้อเบียร์ไปขายด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาคือ ชาปั๊วสามารถขายสุราขาว (ราคาประมาณ 40 บาท) ได้หมด แต่เบียร์ข้าง (ราคาประมาณ 40 บาท) ขายได้บางส่วนเท่ากับกำไรที่ชาปั๊วได้จากการขายสุราขาวได้ถูกนำไปชดเชยให้กับส่วนที่ต้องขาดทุนเพราะขายเบียร์ไม่ได้ หากชาปั๊วจะขอซื้อแต่สุราขาวก็ไม่ได้ เพราะได้รับการปฏิเสธจากตัวแทนจำหน่ายว่าหากจะซื้อ

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 313-314.

สุราขาวต้องซื้อเบียร์ข้างฟวงไปด้วยจึงจะขายให้ ชาวบัวร์จะไปหาซื้อสุราขาวจากที่อื่นก็ไม่มีเพราะมีผู้ผูกขาดผลิตและจำหน่ายอยู่เพียงรายเดียว หากไม่มีสุราขาวลูกค้ายกก็ไม่เข้าร้านและไปหาซื้อสุราขาวจากร้านอื่นก็จะทำให้เสียลูกค้าไป ชาวบัวร์จึงจำใจซื้อสุราขาวฟวงเบียร์ข้างไปด้วย โดยร้านชาวบัวร์ปรับราคาสุราให้แพงขึ้นและปรับราคาเบียร์ให้ถูกลง เพื่อเป็นการชดเชยราคาที่ขาดทุนจากการขายเบียร์ข้างโดยขายสุราขาวในราคาขวดละ 55 บาท และเบียร์ข้างในราคา 25 บาท จึงเท่ากับว่าผู้บริโภคสุราขาวต้องซื้อสุราในราคาที่ไม่เป็นธรรมแพงกว่าปกติ เพราะราคาที่แพงขึ้นถูกนำไปชดเชยให้กับผู้ซื้อเบียร์ข้างในราคาถูกลงจากกลยุทธ์การขายสุราฟวงเบียร์ข้างดังกล่าว ทำให้ผู้นำตลาดเปลี่ยนจากกลุ่มเบียร์สิงห์ (บริษัทบุญรอดบริวเวอรี่) จาก 82.56% ในปี พ.ศ.2539 เหลือเพียง 16.66% ในปี พ.ศ.2543 และเบียร์ข้างเพิ่มขึ้นจาก 10.25% ในปี พ.ศ. 2539 เป็น 58.24% ในปี พ.ศ.2543⁴⁶

มติของคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการได้มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า “พฤติกรรมการขายสุราฟวงเบียร์ข้างที่เกิดขึ้น ในส่วนของตัวแทนจำหน่ายช่วงสุราและเบียร์ เป็นการใช้อำนาจต่อรองทางการค้าที่เหนือกว่า เพื่อกำหนดเงื่อนไขในลักษณะจำกัดทางเลือกของลูกค้า ทำให้ลูกค้าขาดอิสระในการเลือก” แต่ข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอว่า ตัวแทนขายช่วงและผู้ค้าส่งสุราและเบียร์ข้างเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ประกอบกับยังไม่มีเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีทำให้ไม่สามารถใช้บทบัญญัติในมาตรา 25 ได้ คณะอนุกรรมการได้พิจารณามาตราอื่นประกอบด้วย คือ มาตรา 27(3)(10) และมาตรา 29 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วคณะกรรมการมีความเห็นส่วนใหญ่ (เป็นความเห็นไม่เอกฉันท์) ว่า การขายสุราฟวงเบียร์เป็นพฤติกรรมที่กำหนดเป็นบทเฉพาะเมื่อมีบทเฉพาะและมีความชัดเจนในข้อห้ามของมาตรา 25(2) โดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อมีบทเฉพาะควรจะต้องพิจารณาในพฤติกรรมที่เกิดขึ้นตามบทเฉพาะนั้นและในหลักการแล้วย่อมจะไม่เข้าลักษณะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 27(3)(10) และมาตรา 29 ดังนี้⁴⁷

1) การพิจารณาตามมาตรา 27(3)(10) ต้องเป็นการกระทำที่ตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันและมีโอกาสแข่งขันกัน ซึ่งอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน และผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงกันนั้นต้องอยู่ในขั้นตอนการผลิตและจำหน่ายในระดับเดียวกัน จึงจะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือลดการแข่งขันในตลาดได้ ประกอบกับสุราและเบียร์ในการสำรวจทางวิชาการแล้วเบื้องต้นพบว่าเป็นสินค้าคนละตลาดในการศึกษาข้อเท็จจริงโดยเชิญผู้เชี่ยวชาญมาให้ข้อมูล ไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะชี้ชัดได้ว่าการตกลงร่วมกันครอบครองตลาดหรือกำหนดวิธีปฏิบัติการซื้อขายแบบเดียวกันด้วย

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 315.

2) การพิจารณาตามมาตรา 29 ต้องเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและการกระทำนั้นมิได้เป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน จำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือทำให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

ปกติผู้ซื้อที่มีเสรีภาพในการค้าอยู่แล้ว โดยจะปฏิบัติการไม่ติดต่อกับผู้จำหน่ายก็ได้ และโดยนัยความหมายแล้ว การขายสุราฟ่งเปียร์เป็นพฤติกรรมทั่วไปในการค้าเสรีที่ไม่มีกำหนดขอบเขต แต่เป็นการกระทำในลักษณะปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งการกระทำลักษณะเช่นว่านี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 25(2) แล้ว และประกอบกับโดยปกติวิสัยทางการค้า ผู้ขายมีความประสงค์ที่จะเพิ่มยอดจำหน่าย และเพิ่มส่วนแบ่งตลาดให้มากกว่าผู้อื่น มิใช่เครื่องบ่งชี้ว่าเป็นการทำลายชัดขวางหรือกีดกันผู้อื่น

แต่เนื่องจากไม่ใช่ความคิดเห็นอันเป็นเอกฉันท์ จึงมีคณะกรรมการส่วนหนึ่งเห็นว่าการขายสุราฟ่งเปียร์ข้างเป็นความผิดตามมาตรา 25(2) และมาตรา 29 ไปพร้อมกัน แต่เมื่อมาตรา 25(2) ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด จึงมองว่ามาตรา 29 น่าจะสามารถนำมาบังคับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นได้ เพราะขณะนี้ข้อเท็จจริงปรากฏชัดแจ้งว่า ผู้ประกอบธุรกิจเปียร์ข้างมีการใช้อำนาจผูกขาดจากการได้รับสัมปทานของรัฐ ทำให้มีอำนาจต่อรองทางการค้าที่เหนือกว่าและใช้วิธีปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม อันมีผลเป็นการทำลาย ชัดขวาง กีดกันคู่แข่ง (กลุ่มเปียร์สิงห์) ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นการตีความกฎหมายที่ไม่แคบจนเกินไปนัก และเพื่อยุติการขายฟ่ง⁴⁸

มติของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

หลังจากที่คณะกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องได้เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าแล้วนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พิจารณาผลการศึกษาของคณะกรรมการแล้วมีมติดังนี้

“พฤติกรรมการขายสุราฟ่งเปียร์ เกิดขึ้นในช่วงของตัวแทนจำหน่ายช่วงและผู้ค้าส่งและพฤติกรรมบังคับใช้ลูกค้าต้องถูกจำกัดการซื้อขายนั้นเป็นพฤติกรรมที่มาตรา 25(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 กำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำ แต่โดยที่หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 25 อยู่ระหว่างเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ ยังไม่ได้ประกาศใช้ จึงยังไม่สามารถบังคับใช้บทบัญญัติในมาตรา 25(2) สำหรับกรณีนี้ได้ ในขณะที่ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการเห็นควรวินิจฉัยดำเนินการดังนี้

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 315-316.

1) แจ้างตัวแทนจำหน่ยช่วงว่ การขายสุร่าฟ่งเบียร์ซ้างเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม อาจเข้าข่ายมีความผิดมาตรา 25(2) คววรรษังการกระทำดังกล่าว

2) ให้กรรมการค้ำภายใน ติดตามพฤติกรรมทางการตลาดของกลุ่มผู้ผลิตและผู้จัด จำหน่ยสุร่าและเบียร์เป็นกรณีพิเศษ และรายงานให้คณะกรรมการทราบเป็นระยะต่อไป”⁴⁹



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 316.

บทที่ 4

เปรียบเทียบและวิเคราะห์การขายพ่วงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตาม พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

4.1 เปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ กรณีการ ขายพ่วง

บทบัญญัติของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในกรณีการขายพ่วงในต่างประเทศมีความ
เหมือนและความแตกต่างกัน ซึ่งในกรณีการขายพ่วงสามารถบทบัญญัติของกฎหมายแข่งขัน
ทางการค้าออกเป็น 4 กลุ่มใหญ่ๆ ได้แก่

1. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance)
2. การห้ามการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด (Monopolization or Attempt
Monopolization)
3. การร่วมมือกันเพื่อลดหรือจำกัดการแข่งขัน (Collusive Practice or
Agreement)
4. การค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practice)

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มกฎหมายคอม
มอนลอว์ (Common Law) และมีพัฒนาการทางกฎหมายจากแนวคำพิพากษาเป็นเวลายาวนาน
จะมีการกำหนดพฤติกรรมที่เป็น “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” (Unfair Methods Of
Competition) โดยระบุไว้ในมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act โดยถือว่าพฤติกรรม
ที่เป็นการละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ย่อมละเมิดบทบัญญัติใน
มาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act เช่นกัน ดังนั้น การบังคับขายพ่วงในคดีที่เกิดขึ้น
ส่วนมากจะเป็นความผิดทั้ง Sherman Act มาตรา 1, Clayton Act มาตรา 3, และ Federal
Trade Commission Act มาตรา 5 นอกจากนี้ ยังมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการขายพ่วงตาม
บทบัญญัติใน Sherman Act มาตรา 2 ซึ่งเป็นเรื่องการห้ามการผูกขาดหรือพยายามผูกขาดโดยมิ
ชอบ (Monopolization /Attempted Monopolization) ส่วนการสมคบกันถือเป็นความผิดตาม
Sherman Act มาตรา 1,2 นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติในเรื่องการห้ามการบังคับขายพ่วงใน
กิจการธนาคารซึ่งปรากฏใน Bank Holding Company Act's Anti-Tying Provision

ในทางตรงกันข้าม บทบัญญัติแห่งกฎหมายแข่งขันทางการค้าของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป จะมีบทบัญญัติในเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance) ตาม EC Treaty มาตรา 82 และในบทบัญญัติมาตรา 81 แห่ง EC Treaty เป็นการกระทำการตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขันเท่านั้น (Collusive Practice or Agreement) โดยกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปไม่ได้บัญญัติเรื่องการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือ การห้ามการผูกขาดแต่อย่างใด นอกจากนั้น กลุ่มประเทศประชาคมยุโรปได้ออกประกาศของคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints) ซึ่งระบุถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการบังคับขายพ่วงไว้ในข้อ 2.7

ประเทศในภูมิภาคเอเชียอย่างญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการขายพ่วงคล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีบทบัญญัติพิเศษซึ่งเรียกว่า ふこうせい とりひきほうほう 不公正な取引方法 หรือการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ในมาตรา 19 แห่ง AML Act โดยมีการตีความที่กว้างกว่าสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเพียง “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม”(Unfair Methods of Competition) ทำให้สามารถบังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจทุกราย โดยไม่เจาะจงว่าจะต้องเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ และไม่จำเป็นต้องเป็นการสมคบกันเพื่อจำกัดหรือลดแรงกดดันของการแข่งขัน¹ ซึ่งการบังคับขายพ่วง (Tying) ก็เป็นส่วนหนึ่งของการค้าที่ไม่เป็นธรรมด้วย ทั้งนี้ตาม Designation of Unfair Trade Practice ข้อ 10 นอกจากนั้นญี่ปุ่นยังมีบทบัญญัติห้ามการผูกขาดภาคเอกชน (Private Monopolization) โดยมีขอบด้วยกฎหมายในมาตรา 3 แห่ง AML Act แต่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance)

ในบริบทของประเทศไทย ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 กรณีที่เป็นความผิดในข้อหาบังคับขายพ่วงโดยมิชอบหากเทียบเคียงกับต่างประเทศแล้ว เห็นว่ามีมาตราที่เข้ามาเกี่ยวข้องหลักๆ 3 มาตรา ได้แก่

1. มาตรา 25 อันเป็นเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominance) และมีความใกล้เคียงกับบทบัญญัติใน EC Treaty Article 82

¹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้า [ออนไลน์], 7 มกราคม 2552. แหล่งที่มา: http://www.dit.go.th/otcc/upload/Research_study.pdf

2.มาตรา 27 การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน (collusive practice หรือ agreement) และ

3.มาตรา 29 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความใกล้เคียงกับบทบัญญัติในเรื่องการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair business practice) ของประเทศญี่ปุ่น

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด (Monopolization/Attempted Monopolization) ของสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 2 แห่ง Sherman Act หรือการห้ามการผูกขาดภาคเอกชน (Private Monopolization) ของประเทศญี่ปุ่น ตามมาตรา 3 แห่ง AML Act

โดยสรุป กฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศในกรณีการบังคับขายพ่วง จะมีบทบัญญัติในส่วนพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันทางการค้าโดยทั่วไปที่คล้ายคลึงกัน แต่แตกต่างกันในส่วนการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือ “Unfair Trade Practice/Unfair Methods Of Competition” และความผิดฐานผูกขาดหรือพยายามผูกขาด “Monopolization/Attempted Monopolization” หรือการห้ามการผูกขาดภาคเอกชน (Private Monopolization) โดยอาจมีสาเหตุมาจากความแตกต่างในปรัชญาของกฎหมายแข่งขันทางการค้า, ความต้องการความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการบังคับใช้กฎหมาย, ความต้องการให้กฎหมายครอบคลุมรูปแบบการกระทำผิดทุกประเภทเพื่อรองรับพัฒนาการของแนวความคิดในทางกฎหมายแข่งขันทางการค้าในอนาคต

สำหรับประเทศไทย จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ในมาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trade practice) ของประเทศญี่ปุ่นอย่างชัดเจน เพราะไม่มีการกำหนดว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องเป็นผู้อำนาจเหนือตลาด ฉะนั้น จึงสามารถนำมาปรับกับกรณีการบังคับขายพ่วงเพื่อเอาผิดแก่ผู้ประกอบการธุรกิจในกรณีที่ไม่ใช่อำนาจเหนือตลาดได้ ส่วนในมาตรา 25(2) อันเป็นเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominance) มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปซึ่งเป็นเรื่องการอาศัยอำนาจผูกขาดของตนกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย โดยอย่างไรจึงจะถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นต้องพิจารณาจากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ตารางที่ 20 เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงของประเทศต่างๆ

ประเทศ	กฎหมาย	Monopolization /Attempt Monopolization	Abuse of Dominance	Collusive Practice	Unfair Methods of Competition/Unfair Business Practice	อื่นๆ
United States	US Code : Title 15	Sherman Act § 2	-	Sherman Act § 1,2	Sherman Act § 1, Clayton Act § 3, Federal Trade Commission Act § 5	Bank Holding Company Act's Anti-Tying Provision
EU	EC Treaty	-	Article 82(d)	Article 81(1)(e)	-	Commission notice– Guidelines on Vertical Restraints (2.7)
Japan	AML Act	§ 3	-	§ 3, 19, General Designation (10)	§ 19, General Designation (10)	Guidelines concerning the franchise system under the antimonopoly act
ไทย	พ.ร.บ.การแข่งขันทางการค้า	-	มาตรา 25(2)	มาตรา 27	มาตรา 29	

4.2 วิเคราะห์ปัญหาทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

มาตรา 25 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม

(2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น

(3) ระบุ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบการนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(4) *แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร*

เมื่อพิจารณาในบทบัญญัติมาตรา 25 แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การบัญญัติถ้อยคำใน มาตรา 25(2) ที่บัญญัติว่า “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดย ทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบการอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การ ได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบการอื่น” อาจทำให้มีการตีความได้ว่า การบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปซึ่งไม่ใช่ผู้ประกอบการย่อมไม่เป็นความผิดได้ ซึ่ง ย่อมไม่สอดคล้องต่อหลักการที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งคุ้มครองหากว่ากำหนดเงื่อนไขบังคับ ดังกล่าวแม้กระทำต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไป แต่ก็อาจมีผลเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งได้ และในกลุ่มประเทศประชาคมยุโรปที่มีกฎหมาย EC Treaty Article 82(d) อันเป็นกฎหมายที่มีความใกล้เคียงกับมาตรา 25 ก็ไม่ได้มีการกำหนดอย่างชัดเจน ว่าต้องเป็นการสร้างพันธะหรือหน้าที่เพิ่มเติมต่อผู้ประกอบการเท่านั้น อีกทั้งคดีเกี่ยวกับการ บังคับขายพ่วงในต่างประเทศเป็นจำนวนมากที่ปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่า มีการวางเงื่อนไขบังคับ ต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปแต่มีผลกระทบต่อการแข่งขันของธุรกิจคู่แข่ง เช่น คดี Microsoft ที่มี การบังคับให้ผู้ซื้อที่เป็นลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปยอมรับโปรแกรม Internet Explorer พ่วงไปด้วย แต่มีผลกระทบต่อคู่แข่งในตลาด Web Browser อื่นอย่าง Netscape Navigator หรือในคดี Kodak ที่มีการบังคับให้ลูกค้าต้องใช้ชิ้นส่วนอะไหล่และบริการซ่อมบำรุงจากทางบริษัท แต่มี ผลกระทบต่อบริษัทในตลาดซ่อมบำรุงซึ่งก็คือ Image Technical Services เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 25(2) จากถ้อยคำที่ว่า “...ให้ผู้ ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นผู้ค้าของตน...” เป็น “...ให้ผู้อื่น...” แทน เพื่อให้มีความครอบคลุมถึงการ วางเงื่อนไขบังคับต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไป แต่มีผลกระทบเป็นการจำกัดการแข่งขันต่อผู้ ประกอบธุรกิจอื่นในตลาด อย่างไรก็ตาม หากมีการแก้ไขในถ้อยคำตามมาตรา 25(2) เป็น “...ให้ ผู้อื่น...” ก็อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เพราะจะทำให้ลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปกลายเป็น ผู้เสียหายและมีอำนาจในการดำเนินคดีต่อผู้ประกอบการที่กระทำการบังคับขายพ่วงได้เช่นกัน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะ เป็นสิ่งที่ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีความมุ่ง หมายจะคุ้มครองผู้ประกอบการให้สามารถแข่งขันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม รวมทั้งการป้องกันมิ ให้มีการบิดเบือนกลไกของตลาดแข่งขันเสรีที่ปราศจากการแทรกแซงการดำเนินธุรกิจ กฎหมายนี้ จึงมิได้เจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปที่ได้รับ ความเสียหายจากการบังคับขาย พ่วงแต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีความเห็นที่แยกเป็น 3 กรณี ดังนี้

ความเห็นที่ 1 ควรแก้ไขในมาตรา 25(2) จากคำว่า “...ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตน...” เป็น “...ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่น...” แทน เนื่องจากหากใช้คำว่า “...ให้ผู้อื่น...” ก็อาจเป็นการเปิดช่องให้ลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปเข้ามาดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจที่กระทำการบังคับขายพ่วงได้ ซึ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้ามิได้มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายจากการบังคับขายพ่วงแต่อย่างใด เพราะจุดประสงค์ของกฎหมายนี้ก็คือการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถแข่งขันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม รวมทั้งการป้องกันมิให้มีการบิดเบือนกลไกของตลาดแข่งขันเสรีที่ปราศจากการแทรกแซงการดำเนินธุรกิจ อย่างไรก็ตาม หากใช้คำว่า “...ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่น...” และตัดคำว่า “...ซึ่งเป็นลูกค้าของตน...” ออกไปแล้ว ความหมายโดยรวมก็ยังคงเป็นเช่นเดิม คือ การบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปย่อมทำได้ ดังนั้นหากถือตามนี้ก็ต้องมีการตีความเพิ่มเติมด้วยการบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปเป็นการ “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางอ้อม” ด้วย

ความเห็นที่ 2 ควรแก้ไขในส่วนท้ายของมาตรา 25 วรรคแรก โดยเพิ่มเติมคำว่า “ที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด” และใช้คำว่า “ให้ผู้อื่น” แทนคำว่า “ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตน” ซึ่งจะทำให้มาตรา 25 บัญญัติใหม่ว่า

“มาตรา 25 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการที่มีผลกระทบต่อ
การแข่งขันในตลาดในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้...

(2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม **ให้ผู้อื่น**ต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น...”

จะเห็นได้ว่า หากแก้ไขบทบัญญัติตามความเห็นนี้ก็ต้องทำการแก้ไขกฎหมายเพิ่มมากขึ้น โดยถ้อยคำที่ว่า “...ที่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด...” นั้น เป็นการเทียบเคียงบทบัญญัติตาม EC Treaty Article 82 ที่ว่า “...shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States...” ซึ่งผลของการแก้ไขมาตรา 25 ตามความเห็นนี้จะทำให้สามารถตีความได้ว่า การบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปแต่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดซึ่งมีผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้บังคับขายพ่วงอยู่ย่อมถือเป็นความผิดได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาในเรื่องการบังคับใช้ที่ว่าลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปอาจเป็นผู้เสียหายเข้ามาฟ้องคดีตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าก็ยังคงมีอยู่เช่นเดิม

ความเห็นที่ 3 ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไข แต่ให้นำมาตรา 25(4) มาบังคับใช้กับการบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปแต่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง โดยถือว่าในกรณีนี้ การบังคับขายพ่วงเป็น**การแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร**ได้เช่นกัน ความเห็นนี้มีข้อดีคือ ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายเดิม แต่สามารถใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ ซึ่งน่าจะถือเป็นความเห็นที่เหมาะสมที่สุด แต่จะต้องมีการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้มาตรา 25(4) กับกรณีที่เป็นการบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปด้วย

4.3 การตีความและปรับบทกฎหมายลักษณะหรือพฤติกรรมการขายพ่วง ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

เนื่องจากการขายพ่วงมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าฯ หลายประเด็น จึงขอแยกการวิเคราะห์ประเด็นต่างๆ ดังนี้

4.3.1 ปัญหาว่าการบังคับขายพ่วง (Tying) ในประเทศไทยจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตลาดเสมอไปหรือไม่

ประเด็นสำคัญของการบังคับขายพ่วง คือ อำนาจบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นหรือลูกค้าต้องยอมรับเงื่อนไขซึ่งหมายถึงสินค้าหรือบริการอื่นเพิ่มเติม ไม่ว่าเงื่อนไขดังกล่าวจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับสาระสำคัญของสัญญาก็ตาม โดยในทางทฤษฎี อำนาจบังคับในส่วนนี้ไม่จำเป็นว่าผู้บังคับขายพ่วงจะต้องมีสถานะในทางการเงินสูงกว่าคู่แข่งอื่นๆ เสมอไป หากว่าผู้ประกอบการธุรกิจสามารถทำให้สินค้าหรือบริการของตนมีลักษณะเฉพาะ (Uniqueness) จนไม่สามารถหาสินค้าหรือบริการอื่นมาทดแทน ก็สามารถใช่วิธีการบังคับขายพ่วงได้ ลักษณะเฉพาะดังกล่าว อาจเป็น

1) อำนาจจากกฎหมาย (Legal constraint) เช่น สิทธิบัตร ซึ่งก่อให้เกิดการผูกขาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง แต่ปัจจุบันอำนาจจากทรัพย์สินทางปัญญาถูกปฏิเสธโดยศาลและคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า

2) ความได้เปรียบในเชิงกายภาพ (Physical advantage) เช่น สถานที่ตั้งของที่ดินในคดี Northern Pacific Railway Co. v. United States (1958)

3) ความได้เปรียบในด้านต้นทุน (Cost advantage) ในตลาดสินค้าที่มีการพวง²

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริงในทางคดี ไม่ว่าจะเป็ผลของคำตัดสินใน กลุ่มประเทศประชาคมยุโรปในคดี Hugin เมื่อปี ค.ศ.1979 และประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Kodak เมื่อปี ค.ศ.1992 ศาลได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า แม้ผู้ประกอบการธุรกิจปราศจากอำนาจเหนือตลาด ซึ่งในที่นี้หมายถึง “อำนาจเหนือตลาดในตลาดหลัก” (Primary Market) ก็ยังสามารถใช้การบังคับขายพวงในตลาดหลัง หรือ “ตลาดผลพลอยได้” (Aftermarket/ Derivative Market) ของตนได้หากว่าตนเป็นผู้ผลิตในตลาดหลังเอง และผู้ประกอบการจะไม่สูญเสียส่วนแบ่งตลาดของตนไปหากว่าผู้บริโภคขาดความรู้ความเข้าใจในสินค้าหรือบริการนั้น (Consumer Ignorance) หรือทำให้เกิดต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น (Switching Costs) ซึ่งจะทำให้เกิดอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอ (Sufficient Economic Power) ในการบังคับขายพวงได้ เพราะหลังจากที่ผู้บริโภคได้ซื้อหรือใช้บริการแล้วทำให้ผู้ซื้อหรือใช้บริการถูกปิดกั้น (Lock-in)³ นอกจากนั้น ปัจจัยในด้านกายภาพหรือความมีกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในคดี Northern Pacific Railway ก็เป็นอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอในการบังคับขายพวงได้เช่นกัน ฉะนั้น จึงสามารถแยกพิจารณาปัจจัยอื่นที่ทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องส่วนแบ่งตลาดและปัจจัยอื่นๆ ที่ศาลในต่างประเทศยอมรับ ดังนี้

4.3.1.1 ความได้เปรียบในเชิงกายภาพ (Physical advantage)

ในคดี Northern Pacific Railway Company v. USA (1958) ศาลได้กล่าวถึงอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอ (Sufficient Economic Power) รวมเป็นองค์ประกอบของการบังคับขายพวงซึ่งเดิมจะเป็นอำนาจตลาด (Market Power) เท่านั้น โดยแนวคิดก็คือ การอาศัยความได้เปรียบในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินแต่เพียงผู้เดียวเป็นจำนวนหลายล้านเอเคอร์ ซึ่งในที่ดินของ Northern Pacific Railway มีทรัพยากรอย่างอุดมสมบูรณ์และเป็นที่ต้องการอย่างมากในขณะนั้น ศาลจึงถือว่าการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว เท่ากับผู้ประกอบการรายนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และลงโทษตามข้อสัญญา “Preferential Routing” ที่กำหนดให้ผู้ซื้อและผู้เช่าที่ดินจะต้องขนส่งสินค้าทุกชนิดซึ่งผลิตในที่ดินที่ขายหรือให้เช่านั้นโดยใช้เส้นทางรถไฟของ

² Keith N. Hylton, *Antitrust law: economic theory and common law*, (United States of America: Cambridge University Press, 2003), p.297.

³ *Ibid*, pp.300-301.

บริษัท N.P. เว้นแต่บริษัทขนส่งอื่นจะคิดราคาค่าขนส่งที่ถูกกว่าหรือบริการที่ดีกว่าบริษัท N.P. โดยถือว่าเป็นการบังคับขายพ่วงโดยมิชอบตาม Sherman Act มาตรา 1

นอกจากนั้น การเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการรายเดียวในตลาดหลัก หรือตลาดผลพลอยได้ (Aftermarket/ Derivative Market) ถือเป็นความได้เปรียบในเชิงกายภาพอีกประการหนึ่งด้วย เช่น ในคดี Hugin เมื่อปี 1979 ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดในเครื่องบันทึกจำนวนเงินเพียง 12% ในขณะที่เดียวกับการบริการซ่อมบำรุงและชิ้นส่วนอะไหล่ได้ถูกดำเนินการโดย Hugin เท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ.1972 Hugin ตัดสินใจไม่ขายเครื่องบันทึกจำนวนเงินและชิ้นส่วนอะไหล่ให้บริษัท Liptons แห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นบริษัทที่ขายต่อและให้เช่าและให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องบันทึกจำนวนเงินซึ่งบริษัท Hugin เป็นผู้ขายหนึ่งในนั้น ผลคือ เมื่อปราศจากชิ้นส่วนอะไหล่ Liptons จึงไม่สามารถให้บริการซ่อมต่อไปได้ คณะกรรมาธิการจึงมีคำวินิจฉัยว่า Hugin ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในตลาดชิ้นส่วนอะไหล่และมีความผิดตาม EC Treaty Article 82 (Ex 86) และศาลแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า ตลาดในคดีนี้เกิดจากชิ้นส่วนอะไหล่ของ Hugin ซึ่งเป็นที่ต้องการของผู้ให้บริการซ่อมบำรุงเครื่องบันทึกจำนวนเงินของ Hugin เนื่องจาก Hugin เป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนอะไหล่เพียงผู้เดียวจึงถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดในตลาดนั้น ดังนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าการเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวย่อมถือว่ามีอำนาจได้เปรียบเชิงกายภาพที่ทำให้สามารถสร้างอำนาจเหนือตลาดได้

4.3.1.2 ต้นทุนในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ (Information Costs)

ปัจจัยทางด้านข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการสามารถสร้างต้นทุนให้แก่ผู้บริโภคได้ในกรณีที่มีความยากลำบากในการเข้าถึงข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่จำเป็นสำหรับผู้บริโภคตลอดอายุการใช้งานสินค้า หากว่าสินค้านั้นมีความละเอียดซับซ้อนและมีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก นอกจากนั้น ในการที่ผู้บริโภคจะได้รับข้อมูลที่ถูกต้องในเบื้องต้นจะได้รับข้อมูลดิบ (Raw Data) ซึ่งจะต้องมีการวิเคราะห์ให้ในขั้นสูงต่อไป ในคดี Eastman Kodak ศาลได้ยกตัวอย่างข้อมูลที่ผู้บริโภคต้องทำการวิเคราะห์ซึ่งได้แก่ ราคาสินค้าที่ซื้อ, คุณภาพสินค้าที่ซื้อ, สินค้าอื่นที่นำมาใช้งานร่วม หรือนำมาอัปเกรดหรือเพิ่มประสิทธิภาพของสินค้าที่ซื้อ, ค่าบริการซ่อมบำรุง, คุณภาพการซ่อมบำรุง, การประเมินความบ่อยครั้งของการเสียหายตามปกติ (Estimates of Breakdown Frequency), ราคาของชิ้นส่วนอะไหล่, ระยะเวลาที่ไม่สามารถใช้งานได้ (Length of Downtime) และความเสียหายหากไม่สามารถใช้งานได้ในช่วงเวลาดังกล่าว ข้อมูลเหล่านี้เป็นสิ่งที่เข้าใจได้ยากในตอนแรกขณะที่ซื้อซึ่งต้องลองใช้งานจึงจะสามารถทราบได้ และถึงแม้ผู้บริโภคมีความสามารถในการทำความเข้าใจข้อมูลที่มีความละเอียดซับซ้อนได้ ผู้บริโภคส่วนใหญ่จะไม่ทำเช่นนั้นเพราะไม่ได้คำนึงถึงแต่แรกว่าจะเป็นการประหยัดต้นทุนของตน ยกตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคที่เป็นหน่วยงานของ

รัฐในสหรัฐอเมริกาถือว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในภายหลังจากซื้อเป็นรายจ่ายในการดำเนินการ (Operating Expense) ไม่ใช่รายจ่ายเพื่อการลงทุน (Capital Expense) ซึ่งการพิจารณาซื้อก็ดูเฉพาะราคาของอุปกรณ์หรือเครื่องจักรที่ต่ำที่สุดเท่านั้น รายจ่ายในส่วนหลังจึงไม่เกี่ยวกับต้นทุนที่ลงทุนไปในครั้งแรก สิ่งนี้แสดงให้เห็นว่าผู้บริโภครส่วนใหญ่ไม่ได้คำนึงถึงค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดจากการบำรุงรักษามาตั้งแต่แรก

นอกจากนั้น การเปิดเผยข้อมูลที่ถูกต้องเกี่ยวกับสินค้าที่ซื้อไปในเรื่องคุณสมบัติหรือการบำรุงรักษา ไม่ว่าจะโดยบริษัทผู้ผลิตหรือคู่แข่งของบริษัทดังกล่าวก็ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นได้ง่ายๆ เพราะการแจ้งข้อมูลที่ถูกต้องย่อมเป็นการทำลายโอกาสของตนในการตัดวงจรประโยชน์จากสินค้าหรือบริการโดยการอาศัยข้อมูลซึ่งถูกปกปิดเป็นความลับ จึงขาดแรงจูงใจที่จะแจ้งข้อมูลบางอย่างซึ่งเป็นความลับเพื่อไม่ให้ข้อมูลเหล่านั้นแพร่กระจายไปสู่ตลาดและผู้บริโภคได้

4.3.1.3 ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น (Switching Costs)

ปัจจัยในเรื่องต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น เกิดขึ้นในกรณีที่ต้นทุนในการเปลี่ยนสินค้าไปใช้สินค้าชิ้นใหม่สูงมาก ทำให้ผู้บริโภคต้องยอมใช้สินค้าดังกล่าวต่อไปเรื่อยๆ ซึ่งรวมทั้งการยอมรับการบริการในภายหลังโดยที่ผู้ขายอาจเปลี่ยนแปลงค่าบริการภายหลัง การขายให้สูงขึ้นก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น สมมุติว่ามีรถยนต์ของบริษัท 2 บริษัทซึ่งมีสมรรถนะและรูปลักษณะที่เท่าเทียมกัน คือ รถยนต์ A และ รถยนต์ B ราคาของรถยนต์ทั้ง 2 บริษัทต่างกันมาก โดยรถยนต์ A ราคาคันละ 1,000,000 บาท ส่วนรถยนต์ B ราคาคันละ 500,000 บาท ในสถานการณ์ดังกล่าวจะมีผู้บริโภคจำนวนมากนิยมซื้อรถยนต์ยี่ห้อ B เนื่องจากราคาถูกกว่าแต่มีสมรรถนะและรูปลักษณะที่เท่าเทียมกับรถยนต์ A อย่างไรก็ตาม หากระดับราคาของการซ่อมบำรุงรถยนต์ยี่ห้อ B เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ แต่ยังไม่เกินกว่าต้นทุนในการซื้อรถยนต์คันใหม่ (กรณีนี้ต้นทุนในการซื้อรถยนต์คันใหม่เท่ากับบราคารถยนต์คันเก่ารวมกับบราคารถยนต์คันใหม่ซึ่งเท่ากับ $500,000 + 1,000,000 = 1,500,000$ บาท) ผู้บริโภคที่ซื้อรถยนต์ B ก็จะไม่ยอมใช้รถยนต์ยี่ห้อ B และรับบริการซ่อมบำรุงที่แพงขึ้นต่อไป

ในคดี Eastman Kodak ศาลได้ให้เหตุผลว่าหากต้นทุนในการเปลี่ยนสินค้ามีสูงและมีจำนวนผู้ที่ถูกปิดกั้น (lock-in) เป็นจำนวนมาก บริษัทผู้ผลิตก็สามารถขึ้นราคาค่าบริการซ่อมบำรุงไปได้เรื่อยๆ และหากผู้ขายสามารถกำหนดราคาที่แตกต่างระหว่างลูกค้ารายเก่าที่ถูกปิดกั้นและลูกค้ารายใหม่ ย่อมสร้างกำไรแก่บริษัทผู้ผลิตได้มากขึ้นเพราะผู้ขายสามารถตั้งราคาขายสินค้าสำหรับลูกค้ารายใหม่ต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (Marginal Cost) แล้วถอนทุนคืนพร้อมกำไรจากการบริการซ่อมบำรุงและอะไหล่ที่แพงขึ้นจากลูกค้ารายเก่า หรืออาจให้การรับประกันตลอด

อายุการใช้งานแก่ลูกค้ารายใหม่แต่ไม่ให้แก่ลูกค้ารายเก่าเลย ซึ่งก็ปรากฏหลักฐานว่าต้นทุนในการเปลี่ยนแปลงสินค้ามีสูงมากและมีนโยบายในการตั้งราคาสินค้าและบริการที่แตกต่างระหว่างลูกค้ารายเก่าและลูกค้ารายใหม่จริง

จากตัวอย่างในคดี Eastman Kodak ย่อมเป็นเครื่องสะท้อนถึงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับอำนาจตลาดที่เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลได้คำนึงถึงปัจจัยอื่นๆในโลกแห่งความเป็นจริงมากขึ้น โดยศาลคำนึงถึงอำนาจทางเศรษฐกิจที่เพียงพอ (Sufficient Economic Powers) และความไม่สมบูรณ์ของตลาด (Imperfect Market) ซึ่งส่งผลทำให้อำนาจทางเศรษฐกิจบางประการสามารถเปลี่ยนเป็นอำนาจในการบังคับได้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวนำมาสู่ความเสียหายแก่ประสิทธิภาพของการแข่งขันในตลาด การประกอบธุรกิจของคู่แข่ง รวมถึงผู้บริโภคซึ่งได้รับความเสียหายจากทฤษฎีของการปิดกั้น (Lock-in Theory) ดังนั้น ในแง่ของการพิจารณาถึงความเสียหายของการบังคับขายพ่วง สามารถนำแนวการวิเคราะห์⁴ของ Warren S. Grimes ซึ่งได้ทำการวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาดและส่วนแบ่งตลาดว่ามีผลกระทบต่อการแข่งขันเพียงใด โดย Grimes ได้เสนอแนวทางการพิจารณาไว้ ดังนี้

ตารางที่ 21 เปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาดและส่วนแบ่งตลาดกับผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า

ลักษณะการพ่วง/รูปแบบ	ระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาด (deferred purchase, lock-ins, etc.)	ส่วนแบ่งตลาดโดยรวมของสินค้าที่มีการพ่วง	สินค้าที่ถูกนำไปพ่วงมีประโยชน์ต่อสินค้าที่มีการพ่วงอย่างไรหรือไม่?	ผลกระทบต่อการแข่งขัน	
				ความเสี่ยงต่อประสิทธิภาพเชิงสถิติ(ส่วนล้ามูลค่าที่ผู้ขายจะได้)	ความเสี่ยงต่อประสิทธิภาพเชิงพลวัต (อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดและการคิดค้นใหม่ๆ)
1	ต่ำ	ต่ำ	-	ต่ำ	ต่ำ
2A	ต่ำ	สูง	ไม่ใช่	ปานกลาง	ปานกลาง
2B	ต่ำ	สูง	ใช่	ปานกลาง	ปานกลาง/สูง
3	สูง	ต่ำ	-	สูง	ต่ำ
4A	สูง	สูง	ไม่ใช่	สูง	ปานกลาง

⁴ Warren S. Grimes, Antitrust Tie-in Analysis after Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections.

[Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>

4B	สูง	สูง	ใช่	สูง	ปานกลาง/สูง
----	-----	-----	-----	-----	-------------

จากตารางจะเห็นได้ว่า ในรูปแบบที่ 1 มีความไม่สมบูรณ์ของตลาดในระดับต่ำเนื่องจากโครงสร้างของสินค้าหรือบริการไม่ละเอียดมากนักทำให้ผู้บริโภคสามารถทำความเข้าใจถึงตัวสินค้าหรือบริการได้ง่าย ส่วนใหญ่จึงออกมาในรูปแบบของโปรโมชั่นส่วนลด เช่น การขายซีเรียลควบไปกับนมสด ดังนั้น อันตรายที่เกิดขึ้นต่อการแข่งขันและการดำเนินคดีที่อาจเกิดขึ้นจะมีน้อยที่สุด ส่วนในรูปแบบที่ 2A จะมีปัจจัยทางด้านส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นมา ยกตัวอย่างเช่น การขายสินค้าพวงกันโดยมีโปรโมชั่นส่วนลดของซูเปอร์มาร์เก็ต ซึ่งเหมือนกับรูปแบบที่ 1 ต่างกันที่ส่วนแบ่งตลาดโดยรวมที่มากกว่า แต่มีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายในระดับปานกลาง เนื่องจากสินค้าที่ถูกนำไปพวงไม่มีประโยชน์ต่อสินค้าที่มีการพวงอย่างเดียว ซึ่งต่างกับรูปแบบที่ 2B ซึ่งการเข้าสู่ตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพวงมีแนวโน้มที่จะยากขึ้น เพราะสินค้าที่ถูกนำไปพวงมีประโยชน์ใช้สอยต่อสินค้าที่มีการพวงอย่างเดียว ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบการธุรกิจไฟแช็คทุกคนขายพวงไฟแช็คกับน้ำมันไฟแช็ค (น้ำมันไฟแช็คใช้สำหรับไฟแช็คเท่านั้น) การเข้าสู่ตลาดน้ำมันไฟแช็คย่อมทำได้ยากขึ้นเว้นแต่ผู้ประกอบการรายใหม่ๆจะขายไฟแช็คควบเข้ามาแข่งขันด้วย

ในรูปแบบที่ 3 การขายพวงมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อประสิทธิภาพเชิงพลวัตน้อยกว่า เพราะมีส่วนแบ่งตลาดต่ำ แต่ในรูปแบบที่ 3 ผู้ประกอบการก็ยังสามารถทำกำไรได้โดยอาศัยระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาดในระดับสูง เพราะผลกระทบต่อประสิทธิภาพเชิงสถิตจึงทำให้เกิดการถ่ายโอนความมั่งคั่งของผู้บริโภค (wealth transfer injury) ไปยังผู้ประกอบการได้ ยกตัวอย่างเช่น การขายพวงการจัดงานศพทั้งป้ายหลุมศพและบริการจารึกหลุมศพ トラบเท่าที่ผู้บริโภคขาดความรู้และแรงจูงใจในการทำความเข้าใจกับเรื่องบริการจารึกหลุมศพ ดังนั้นเมื่อไม่ได้ตระหนักถึงผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งรายอื่น จึงถูกปิดกั้น (lock-in) ในบริการดังกล่าว เป็นต้น

ในรูปแบบที่ 4A มีระดับความไม่สมบูรณ์ของตลาดและส่วนแบ่งตลาดในระดับสูง แต่สินค้าที่ถูกนำไปพวงสามารถใช้สอยกับสินค้าอื่นได้ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ผูกขาดให้เช่าเครื่องบรรจุเกลือวางเงื่อนไขให้ซื้อเกลือสำหรับเครื่องนี้ด้วย (เกลือสามารถใช้ประโยชน์อย่างอื่นได้นอกจากเครื่องบรรจุเกลือ) และหากมีเงื่อนไขว่าต้องซื้อเกลือตราบเท่าที่ราคาเกลือของผู้ให้เช่าต่ำกว่าที่ขายกันในตลาดด้วย ย่อมทำให้เกิดแนวโน้มในการถ่ายโอนต้นทุน (buyer pass-on) * โดยมี

* Buyer Pass-On เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่สมบูรณ์ของตลาด ทำให้ผู้ขายสามารถทำกำไรจากส่วนล้ามูลค่าที่ควรจะได้โดยปกติแม้ว่าผู้ขายจะมีความรู้เกี่ยวกับสินค้านั้นก็ตาม แต่ผู้ขายก็สามารถโอนต้นทุนไปยังระดับต่อไปได้ ยกตัวอย่างเช่น

รากฐานอยู่บนการร่วมกันกำหนดราคา (cartel-like behavior) ** ส่วนในรูปแบบที่ 4B ถือว่ามีอันตรายมากที่สุด ยกตัวอย่างเช่น การที่ผู้ผูกขาดขายฟวงรถยนต์และระบบเครื่องเสียงในรถ ผู้ประกอบธุรกิจเครื่องเสียงรถยนต์ยอมเข้าสู่ตลาดของตนได้ยากมาก เนื่องจากมีความไม่สมบูรณ์ของตลาดในแง่ข้อมูลและความซับซ้อนของโครงสร้างสินค้าเพราะเป็นอุปสรรคทางด้านอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ทำให้ผู้ซื้อไม่สนใจถึงระบบเครื่องเสียงที่มีราคาถูกกว่าหรืออาจมีคุณภาพดีกว่าเพราะแรงกดดันจากผู้แทนจำหน่ายรถยนต์⁵

4.3.1.4 ความนิยมในสินค้าหรือบริการ

ความนิยมในสินค้าหรือบริการเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ประเทศญี่ปุ่นยอมรับว่า สามารถสร้างอำนาจให้กับผู้ประกอบการได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคำตัดสินในคดี Draque Case (1991) หรือคดี ENIX โดยบริษัท ENIX เป็นบริษัทผลิตซอฟต์แวร์ มีซอฟต์แวร์เกมส์คอมพิวเตอร์ที่ได้รับความนิยมมากชื่อว่า Dragon Quest บรรดาเยาวชนซึ่งติดเกมส์ของจำเลยเป็นจำนวนมากต้องเข้าแถวรอซื้อเกมส์ดังกล่าว แต่ในเวลาต่อมาเกิดการบังคับให้ร้านค้าปลีกต้องซื้อเกมส์ที่ขายไม่ออกฟวงไปด้วย คณะกรรมการ JFTC จึงตัดสินว่า พฤติกรรมของบริษัท ENIX ผ่าฝืน AML Act มาตรา 19 เรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม และข้อ 10 แห่ง Designation of Unfair Business Practices เรื่องการบังคับขายฟวง โดยบริษัท ENIX เป็นผู้เริ่มต้นขายฟวงเกมส์ที่ขายไม่ออกให้ผู้ค้าส่งก่อน ผู้ค้าส่งขายสินค้าไม่ได้จึงต้องบังคับร้านค้าปลีกให้ซื้อฟวงเกมส์ที่ขายไม่ออกไปด้วย แต่ข้อสังเกตจากคดีนี้ก็คือ ส่วนแบ่งตลาดเกมส์คอมพิวเตอร์ของบริษัท ENIX มีไม่ถึง 2% ของส่วนแบ่งตลาดทั้งหมด แต่สิ่งที่เป็นอำนาจของบริษัท ENIX ก็คือความเป็นเจ้าของเกม Dragon Quest ที่เป็นที่ยอมรับของเยาวชนจำนวนมาก ซึ่งเป็นสิ่งที่แน่นอนว่าร้านค้าต่างๆยอมต้องการเกมดังกล่าวเพื่อขายให้แก่เยาวชนซึ่งเป็นลูกค้าของตน อำนาจบังคับจึงเกิดจากความนิยมในเกมดังกล่าวทำให้ผู้ค้าส่งไม่อาจปฏิเสธเกมที่ไม่ได้รับความนิยมฟวงไปได้ และต้องบังคับเข้ากับร้านค้าปลีกในภายหลัง และในคดีนี้เห็นได้ชัดว่า หลักในเรื่องการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ซึ่งใช้บังคับกับ

โรงพยาบาลที่ซื้อเครื่องวินิจฉัยโรคซึ่งฟวงกับการซื้อภาพยนตร์หรือเอกสารสำหรับเป็นคู่มือในการผ่าตัดโดยมีราคารวมกันสูงกว่าปกติ โรงพยาบาลดังกล่าวอาจไม่สนใจถึงราคาของภาพยนตร์หรือเอกสารเลยตรวบเท่าที่ต้นทุนดังกล่าวจะถูกส่งผ่านไปยังคนไข้หรือบริษัทประกัน คนไข้ที่ทำประกันก็สามารถส่งผ่านต้นทุนดังกล่าวไปยังบริษัทประกันต่อไปได้ (Grimes 1994, 6)

** การร่วมกันกำหนดราคาโดยการขายฟวงยอมเกิดได้ หากผู้ขายฟวงมีส่วนแบ่งตลาดในระดับสูง การวางเงื่อนไขต่างๆ เช่น ผู้ซื้อจะต้องซื้อสินค้าที่ถูกนำไปฟวงตรวบเท่าที่ราคาสินค้าดังกล่าวเป็นราคาถูกที่สุด ยอมบั่นทอนการแข่งขันทางด้านราคา โดยผู้ขายอื่นๆทั้งหลายซึ่งคาดการณ์ว่าการลดราคาลงยอมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อธุรกิจของเขาเพราะผู้ขายฟวงต้องการเพียงดึงดูดลูกค้าของตนเองไว้เท่านั้นและแม้คู่แข่งจะลดราคาลงสุดทำก็ไม้อาจสู้ผู้ขายฟวงซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดสูงได้อยู่ดี (Grimes 1994, 7-8)

⁵ Ibid.

ผู้ประกอบการธุรกิจใดๆ ก็ตามไม่ว่าจะเป็นผู้ผูกขาดหรือไม่ มีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการธุรกิจเป็นอย่างมาก

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า แม็คตี้ Eastman Kodak จะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการ เนื่องจากการเปลี่ยนมุมมองทางความคิดของศาล ซึ่งแต่เดิมการบังคับขายพวงนั้นจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตลาด (Market Power) โดยพิจารณาส่วนแบ่งตลาดในการวิเคราะห์ แต่เรื่องของอำนาจทางเศรษฐกิจหรือ (Economic Powers) มีใช่เรื่องที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ เพราะศาลได้วางรากฐานทางความคิดมาตั้งแต่ในคดี Northern Pacific Railway แล้ว รวมทั้งการวินิจฉัยของศาลในคดีต่อๆมาก็มีการยึดข้อกฎหมายดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานเรื่อยมา อย่างไรก็ตาม เรื่องของตลาดหลัง (derivative market/aftermarket) และทฤษฎี Lock-in นั้นก็ถือว่ามีเหตุผลและน่าสนใจ เพราะเป็นการนำแนวคิดวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์โดยมองถึงสภาพความเป็นจริงของตลาดที่แข่งขันไม่สมบูรณ์มาปรับเข้ากับบริบททางกฎหมายแข่งขันทางการค้า และปัจจุบันในทางตำราและทางปฏิบัติอย่างคดี Hugin หรือ Kodak ก็มีการวิเคราะห์เพื่อขยายความอำนาจทางเศรษฐกิจแล้ว จึงเป็นปัญหาว่าสมควรหรือยังที่ประเทศไทยจะตระหนักถึงเรื่องอำนาจทางเศรษฐกิจดังกล่าว นอกจากนี้ หลักในเรื่องการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ของประเทศญี่ปุ่นก็เป็นเรื่องที่น่าสนใจเช่นกัน เพราะสามารถนำมาใช้ควบคุมผู้ประกอบการทุกประเทศโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาส่วนแบ่งตลาดเลย

ในบริบทของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 3 กำหนดนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” และมีบทลงโทษผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดและใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 25 แต่ไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับ “อำนาจทางเศรษฐกิจ” หรือบทลงโทษผู้ประกอบการซึ่งไม่มีอำนาจตลาดแต่มีอำนาจทางเศรษฐกิจและใช้อำนาจเศรษฐกิจโดยมิชอบ แต่ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 25 ซึ่งมีความใกล้เคียงกับ EC Treaty Article 86 ในคำว่า “Abuse of dominant position” ว่าศาลแห่งสหภาพยุโรปใช้มาตราดังกล่าวตัดสินคดี Hugin ทั้งที่ Hugin ไม่มีอำนาจตลาด (ส่วนแบ่งตลาด 12%) ย่อมแสดงให้เห็นว่าคำว่า “dominant position” ถูกตีความให้กว้างกว่าอำนาจตลาด (Market Power) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรา 29 ซึ่งเทียบเคียงได้กับ AML Act มาตรา 19 เรื่องการปฏิบัติการค้าที่ไม่เป็นธรรม และข้อ 10 แห่ง Designation of Unfair Business Practices ซึ่งนำหลัก “การค้าที่ไม่เป็นธรรม” (Unfair Business Practice) มาใช้และเป็นบทบัญญัติที่มีขอบเขตกว้างในการควบคุมผู้ประกอบการน่าจะนำมาใช้แก้ปัญหาในกรณีนี้ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายแข่งขันทางการค้าในบริบทของประเทศไทยซึ่งกำลังอยู่ในขั้นของการพัฒนาแนวความคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าให้สอดคล้องกับหลักการของต่างประเทศนั้น การบังคับใช้กฎหมายในช่วงของการพัฒนาและปรับเปลี่ยนแนวความคิดทางกฎหมายในกรณีที่เป็นการพิจารณาการบังคับขายพ่วงที่ปราศจากอำนาจตลาดแต่มีปัจจัยอื่นเช่น อำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจอื่นๆ ก็อาจเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เพราะการบังคับใช้ในช่วงเวลานี้จำเป็นต้องมีหลักที่มีความแน่นอน และในปัจจุบัน หลักเกณฑ์ของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งพิจารณาถึงยอดขายและส่วนแบ่งตลาดก็นับว่าเป็นเกณฑ์ที่มีความแน่นอนและสามารถยึดเป็นหลักในการบังคับใช้กฎหมายได้ อีกทั้งยังต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถนิยามคำว่า “อำนาจทางเศรษฐกิจ” อีกด้วย

4.3.2 ปัญหาว่าการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) เป็นความผิดหรือไม่

การที่ผู้ประกอบธุรกิจตั้งราคาขายสินค้าหรือบริการแบบแยกชนิดร่วมกับขายพ่วงย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นได้กำไรมากกว่ากรณีจำหน่ายหรือให้เช่าสินค้าหรือบริการแยกชนิดกัน หรือกรณีขายพ่วงสินค้าหรือบริการอย่างเดียว เพราะผู้บริโภคแต่ละคนมีรสนิยมและการให้คุณค่ากับตัวสินค้าหรือบริการแต่ละชนิดแตกต่างกัน ทำให้กลยุทธ์การขายพ่วงในลักษณะบันเดิลผสม (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) กำลังได้รับความนิยมในกิจการต่างๆ ในปัจจุบัน ยกตัวอย่างเช่น กิจการเคเบิลทีวีซึ่งผู้ชมสามารถเลือกรับเป็นชุดของรายการหรืออาจเลือกรับชมเฉพาะช่องรายการทีวีที่ตนชื่นชอบก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นรายการข่าวสารคดี กีฬา หรือภาพยนตร์ต่างๆ หรือในกิจการโทรศัพท์มือถือซึ่งมีการพ่วงเบอร์โทรศัพท์และโปรแกรมค้นหาโทรต่างๆ โดยมีการเหมาจ่ายและให้ส่วนลดจากการใช้บริการตามเงื่อนไขที่โปรแกรมกำหนด เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ การขายพ่วงในรูปแบบดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าหรือไม่

4.3.2.1 การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) ซึ่งผิดกฎหมาย

การพิจารณาว่าการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดจะต้องห้ามตามกฎหมายเมื่อใดนั้นเป็นสิ่งที่ค่อนข้างยาก ทั้งนี้ เนื่องจากการพิจารณาจะต้องแยกแยะระหว่าง “ยังสามารถแข่งขันได้แต่ยากขึ้น” และ “การกำจัดออกไปจากตลาดโดยสิ้นเชิง” การกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดหรือการขายพ่วงที่มีส่วนลดจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าชนิดหนึ่ง (สินค้าที่มีการพ่วง) ให้ส่วนลดในตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิด

หนึ่งหรือหลายชนิดซึ่งยังไม่ถูกผูกขาด ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง และมีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นถูกกำจัดออกไปจากตลาดโดยสิ้นเชิง (มิใช่เพียงแต่ทำให้แข่งขันยากขึ้น) ยกตัวอย่างเช่น ในคดี SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co. บริษัท Eli Lilly ครอบครองตัวยาปฏิชีวนะสองชนิดซึ่งได้รับสิทธิบัตรแล้วและมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากตัวยาชนิดอื่นๆ (ผูกขาดในตัวยาทั้งสองชนิด) นอกจากนั้นในการขายตัวยาปฏิชีวนะทั้งสองชนิดให้กับโรงพยาบาลต่างๆ บริษัท Eli Lilly ก็จะมีพ่วงตัวยาชนิดอื่น (ซึ่งมีการแข่งขันในตลาดตัวยานี้) ให้ด้วยโดยให้ส่วนลดในการซื้อในราคาขายพ่วงหรือซื้อแบบเหมาทั้งหมด ดังนั้นจึงเกิดแรงจูงใจทางเศรษฐศาสตร์อย่างมากที่ลูกค้าจะซื้อสินค้าที่มีการขายพ่วงและรับส่วนลดจากการซื้อเหมาเป็นชุด ดังกล่าว บริษัท SmithKline ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งในการขายยาปฏิชีวนะได้แย้งว่าโครงสร้างราคาที่มีการให้ส่วนลดของบริษัท Lilly สร้างปัญหาให้กับการค้าของบริษัท SmithKline ทั้งกล่าวอ้างว่า บริษัท SmithKline ไม่สามารถทำกำไรได้ในระยะยาวจากการขายยาปฏิชีวนะแข่งกับการพ่วงตัวยาของบริษัท Lilly ดังกล่าว คดีนี้ศาลตัดสินว่าบริษัท Lilly ละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่ง Sherman Act ในการพยายามที่จะขยายหรือป้องกันอำนาจผูกขาดในยาปฏิชีวนะนั้น (Monopolization or Attempted Monopolization)

กรณีตัวอย่างอีกคดีหนึ่งซึ่งเพิ่งตัดสินไป แต่มีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก คือคดี LePage's Inc. v. 3M คดีนี้บริษัท 3M ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่ามีอำนาจผูกขาดในสินค้าที่ห่อหุ้มในตลาดต้องเผชิญหน้ากับคู่แข่งคือ บริษัท LePage บริษัทผู้จำหน่ายเทปกาวสำหรับติดเป็นฉลาก บริษัท 3M ได้ให้ส่วนลดแก่ลูกค้าในการซื้อผลิตภัณฑ์ของตนที่มีการพ่วงอุปกรณ์เครื่องเขียนหลายชนิดจึงทำให้ยอดขายของบริษัท LePage ลดลง คณะลูกขุนในศาลชั้นต้นตัดสินให้บริษัท LePage ชนะโดยเสียงส่วนใหญ่เห็นว่าหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าบริษัท 3M กระทำเกินขอบอำนาจของตนแม้ว่าใจทักจะไม่ได้อ้างว่าบริษัท 3M ขายต่ำกว่าทุนก็ตาม อย่างไรก็ตาม ความเห็นส่วนใหญ่ยังคงสงสัยในข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัท 3M ได้ลดราคาโดยมุ่งเป้าหมายไปที่กลุ่มลูกค้าของบริษัท LePage หรือไม่ ซึ่งเมื่อทำการวิเคราะห์แล้วประเด็นนี้เป็นประเด็นหนึ่งซึ่งนำไปสู่ข้อเท็จจริงว่าบริษัท 3M ได้กระทำเกินขอบอำนาจหรือไม่และมีพฤติกรรมในการกำจัดคู่แข่งอื่นออกไปจากตลาดหรือไม่ นอกจากนั้น ผู้พิพากษา Alito ซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยได้ทำความเห็นแย้ง เพราะเห็นว่าคดีนี้ไม่มีหลักฐานสนับสนุนว่าบริษัท 3M ได้ขายต่ำกว่าต้นทุนหรือบริษัท LePage ไม่สามารถจะแข่งขันกับบริษัท 3M ได้เลยโดยสิ้นเชิง

อย่างไรก็ตาม หลักในการวิเคราะห์ของศาลในคดี LePage's Inc. v. 3M ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ถึงมาตรฐานที่ศาลใช้ในการตัดสิน จนกระทั่งคดี Cascade Health Solutions v. PeaceHealth (2008) ศาลได้ปฏิเสธแนวการวิเคราะห์ในคดี LePage's Inc. v. 3M ซึ่งดูเหมือนจะ

ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนนักและวางแนวการวิเคราะห์ใหม่ โดยนำหลักการวิเคราะห์ต้นทุนซึ่งใช้กับกรณีตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (predatory-pricing) และ predatory bidding และหลักด้านความสามารถในการให้ส่วนลด (discount attribution) มาใช้โดยพิจารณาว่า จำเลยจะมีความผิดตาม Sherman Act มาตรา 2 หากเมื่อคำนวณการให้ส่วนลดอย่างเต็มที่แล้วในชุดของสินค้าหรือบริการนั้นซึ่งได้จัดสรรส่วนลดไปยังสินค้าหรือบริการซึ่งอยู่ในชุด ผลลัพธ์ที่ได้คือราคาขายต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มในการผลิตสินค้าเดียวหรือหลายสินค้าที่มีการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม ยังไม่ชัดเจนว่าหลักการของศาลดังกล่าวจะยึดเป็นเกราะป้องกัน (Safe harbor) ของจำเลยในอนาคตหรือเป็นบรรทัดฐานได้หรือไม่

4.3.2.2 การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Bundled Discounts) ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย

การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อการแข่งขันในตลาดสามารถเกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะมีผลทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นแข่งขันได้ยากขึ้นก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Ortho Diagnostic Sys., Inc. v. Abbott Labs, Inc. ซึ่งเป็นธุรกิจที่ขายเครื่องตรวจวิเคราะห์โลหิตของผู้บริจาคโลหิตซึ่งมีทั้งหมด 5 ชนิด บริษัท Abbott ได้เข้าทำสัญญากับธนาคารโลหิต (The Council of Community Blood Bank Centers) โดยมีกรให้ส่วนลดสูงใจเพื่อให้ซื้อเครื่องตรวจวิเคราะห์ทั้งหมด ทำให้บริษัท Ortho คู่แข่งนำคดีมาฟ้อง คดีนี้ ผู้พิพากษา Kaplan สรุปเป็นความเห็นทางวิชาการว่า โปรแกรมการขายพ่วงโดยให้ส่วนลดดังกล่าวไม่เป็นความผิดตาม Sherman Act เพราะพฤติกรรมดังกล่าวไม่มีการตั้งราคาขายต่ำกว่าทุนซึ่งเป็นการจำกัดการค้าของผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งซึ่งมีประสิทธิภาพเท่าเทียมกันซึ่งจะส่งผลให้โจทก์ไม่อาจผลิตสินค้าเข้ามาแข่งขันกับจำเลยได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ไม่มีหลักฐานที่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้ซื้อปราศจากทางเลือกอื่นที่เป็นไปได้ในทางเศรษฐศาสตร์เลย เพราะเป็นเพียงความรู้สึกว่าต้องซื้อเท่านั้น

อีกคดีหนึ่งที่อธิบายว่า การขายพ่วงดังกล่าวถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายคือ คดี Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC สายการบิน Virgin Atlantic Airways ฟ้องสายการบิน British Airways ในเรื่องการให้ส่วนลดต่อผู้ดำเนินธุรกิจนำเที่ยวและลูกค้าที่เดินทางเป็นหมู่คณะจำนวนมาก (Travel Agents and Corporate Customers) ซึ่งเดินทางในเส้นทางเฉพาะเจาะจงอันเป็นเส้นทางเดียวกับที่สายการบิน Virgin Atlantic Airways เป็นคู่แข่งกัน สายการบิน Virgin Atlantic Airways กล่าวหาว่าสายการบิน British Airways ลดราคาค่าเดินทางในเส้นทางที่กำลังแข่งขันกันและชดเชยราคาที่ลดลงนั้นด้วยกำไรจากการผูกขาดในเส้นทางที่ไม่มีการแข่งขันกัน ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ต่างจากคดี SmithKline

เพราะไม่มีหลักฐานยืนยันว่าโครงสร้างราคาของสายการบิน British Airways นั้นต่ำกว่าต้นทุนหรือลูกค้าได้รับผลกระทบแต่อย่างใด ศาลในคดีนี้ยืนตามแนวของศาลฎีกาในคดีก่อน และปฏิเสธทฤษฎีแผ่ขยายอำนาจ (Theory of Monopoly Leverage) ซึ่งเป็นมูลฟ้องตาม Sherman Act

จากตัวอย่างของคดีที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่า การขายพ่วงในรูปแบบของ บันเดิลผสม (Mixed Bundling) ตามแนวของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป หรือการขายพ่วงโดยให้ส่วนลด (Bundled Discounts) ตามแนวของประเทศสหรัฐอเมริกา ถือเป็นความผิดเช่นกัน แต่มีข้อสังเกตคือศาลจะตัดสินลงโทษในข้อหาผูกขาดหรือพยายามผูกขาดโดยมิชอบ (Monopolization/Attempted Monopolization) ตาม Sherman Act มาตรา 2 ซึ่งต่างกับกรณีของการบังคับขายพ่วง (Tying, Tie-in Sale) ที่ศาลมักจะลงโทษตาม Sherman Act มาตรา 1 และ Clayton Act มาตรา 3 อย่างไรก็ตาม คดีศาลสูงเกี่ยวกับกรณียังมีน้อย และแนวทางการพิจารณาของศาลในคดี LePage's Inc. v. 3M ยังไม่ปรากฏชัดเจน จนกระทั่งมีการวางแนวที่ชัดเจนขึ้นในปี 2008 ในคดี Cascade Health Solutions v. PeaceHealth นอกจากนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Bundled Discounts) ตาม Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations Chapter I.C Exclusionary Conduct ข้อ 17 ซึ่งเสนอแนวทางในการฟ้องคดีของโจทก์ตาม Sherman Act มาตรา 2 โดยต้องพิสูจน์องค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่

(1) หลังจากแบ่งสรรปันส่วนในส่วนลดทั้งหมดในสินค้าแต่ละชนิดที่อยู่ในแพ็คเกจแล้ว พบว่าจำเลยขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนที่เพิ่มขึ้นของสินค้าซึ่งมีการแข่งขันอยู่ขณะนั้น

(2) มีความเป็นไปได้ว่าจำเลยจะถอนทุนคืนจากการขาดทุนในระยะสั้นในครั้งนี้ และ

(3) ปรากฏว่าการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดได้ก่อหรือจะก่อให้เกิดผลเสียต่อกลไกการแข่งขัน

ปัจจุบันในประเทศไทยยังไม่มีคดีที่ตัดสินเกี่ยวกับการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling) หรือ การขายพ่วงที่มีส่วนลด (Bundled Discount) ซึ่งเป็นการให้ส่วนลดทางการค้าโดยมีการขายเป็นชุดหรือจะซื้อแบบแยกไม่ต้องการแบบเป็นชุดก็ได้ ซึ่งเป็นกลยุทธ์ทางการค้าที่มีปรากฏอยู่ทั่วไปอยู่แล้ว โดยในแง่ของผู้บริโภคก็อาจมองว่าได้ประโยชน์มากกว่า เนื่องจากไม่ต้องถูกบังคับให้ต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการที่ตนไม่ต้องการ เพราะมีทางเลือกในการซื้อเป็นแพ็คเกจหรือซื้อเฉพาะที่ตนต้องการก็ได้ ในประเทศไทยการลงโทษในข้อหาดังกล่าวยังไม่มี

บทบัญญัติที่เอาผูกในข้อหาผูกขาดหรือพยายามผูกขาดโดยมิชอบ แต่ในต่างประเทศได้มีการวางหลักในคดี Cascade Health Solutions v. PeaceHealth (2008) โดยพิจารณาเช่นเดียวกับการขายต่ำกว่าทุน (Predatory Pricing) ประกอบกับแนวทางของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ให้พิจารณาว่า ราคาสินค้าที่ยังมีการแข่งขันในชุดของสินค้านั้นๆ ต่ำกว่าทุนหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 เห็นว่าน่าจะเป็นความผิดในกรณีดังนี้

1.พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 25(1) “กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม” โดยคำว่า “ไม่เป็นธรรม” นั้นอาจหมายถึง กำหนดราคาที่สูงเกินสมควรหรือต่ำเกินสมควรก็ได้ ฉะนั้น หากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดกำหนดราคาขายสินค้าที่ต่ำกว่าต้นทุนการผลิตสินค้า ก็อาจถือว่าการกำหนดราคาสินค้าอย่างไม่เป็นธรรมก็ได้

2.พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า มาตรา 29 “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ” การตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (Predatory pricing) หากเป็นการตัดราคาสินค้าลงจนต่ำกว่าต้นทุนในการผลิตสินค้า ย่อมถือว่าการ “กระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” เช่นกัน เพราะวัตถุประสงค์คือการกำจัดคู่แข่งออกไป และต้องการทำให้ตนมีอำนาจภายหลังจากคู่แข่งต้องเลิกกิจการแล้ว จึงไม่ควรถือว่าการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม สำหรับเกณฑ์การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุน (Predatory Pricing) ที่อาจนำมาใช้ในบริบทตามกฎหมายไทย โดยพิจารณาจากการคำนวณส่วนลดทั้งหมดในสินค้าแต่ละชนิดที่อยู่ในชุดของสินค้าแล้ว พิจารณาต่อไปว่า จำเลยขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนที่เพิ่มขึ้นของสินค้า ซึ่งมีการแข่งขันอยู่ขณะนั้นหรือนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะจะต้องพิจารณาถึงต้นทุนของสินค้าที่อยู่ในชุดของการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดว่าต่ำกว่าทุนหรือไม่ อีกทั้งอาจเป็นสิ่งที่ไม่คุ้มค่าต่อการพิจารณาการขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดที่เป็นความผิดมากนัก แต่ข้าพเจ้ายังคงมีความเห็นว่า การขายต่ำกว่าทุนที่มีการแอบแฝงอยู่ในรูปของการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลดก็ยังคงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแข่งขันทางการค้าและไม่ใช่ว่าสิ่งที่ทำได้โดยชอบในตลาดที่มีการแข่งขันในเสรีและเป็นธรรมโดยปราศจากการแทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น นอกจากนั้น การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งแอบตัดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าทุน

ในสินค้าชนิดหนึ่งแต่สามารถชดเชยส่วนขาดทุนจากสินค้าในชุดชนิดอื่นนั้น แม้มองโดยผิวเผิน
 เหมือนหนึ่งว่าเป็นสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจที่จะให้ส่วนลดทางการค้าเช่นนั้นได้ แต่ในความเป็นจริง
 แล้วจะต้องคำนึงถึงการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ขายสินค้าที่ถูกตัดราคาให้ต่ำ
 กว่าทุนโดยไม่มีความสามารถในการชดเชยส่วนขาดทุนจากสินค้าชนิดอื่นได้ ดังนั้น หากปรากฏ
 ข้อเท็จจริงจากการพิสูจน์ว่ามีการแอบตัดราคาให้ต่ำกว่าทุนในชุดของสินค้าที่มีการขายพ่วงโดยมี
 ส่วนให้เป็นชุดก็ต้องบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542
 มาตรา 25(1), 29 ได้เช่นกัน

4.3.3 ปัญหาว่าการขายพ่วงที่เป็นความผิดจะต้องพิจารณาเจตนาด้วยหรือไม่

เนื่องจากตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา
 51 ว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 หรือไม่ปฏิบัติตาม
 มาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และ
 ในกรณีกระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ” ประกอบกับเคยมีความเห็นของอนุกรรมการ
 แข่งขันทางการค้าว่า “...โดยทั่วไปผู้ประกอบการย่อมประสงค์เพียงจำหน่ายสินค้าและเพิ่ม
 ยอดขายจึงย่อมไม่ใช่สิ่งบ่งชี้ว่าจะทำลาย ชัดขวาง หรือกีดกันผู้อื่น...” จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่า การ
 ขายพ่วงที่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยโดยเฉพาะในมาตรา 29 จะต้องพิจารณาถึงเจตนาในทาง
 อาญาด้วยหรือไม่ หากจะต้องพิจารณาในปัญหานี้ จำเป็นต้องทำความเข้าใจองค์ประกอบของ
 กฎหมายไทยในมาตรา 29 ก่อนว่ามีองค์ประกอบอย่างไร

มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดย
 เสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบ
 ธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่นหรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ”

ตามบทบัญญัติในมาตรา 29 ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแยกเป็นองค์ประกอบความผิดได้ 2
 ส่วน ดังนี้

องค์ประกอบความผิดแรก ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การ
 แข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัด
 การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น

องค์ประกอบความผิดที่สอง ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การ
 แข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

เมื่อพิจารณาเฉพาะองค์ประกอบความผิดแรก ผู้เขียนมีความเห็นว่าความผิดในส่วนแรกเป็นความผิดที่ต้องการผล กล่าวคือ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น ก็จะต้องถือว่าผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 29 และต้องรับโทษทางอาญาตามมาตรา 51 โดยที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้น แม้มิได้มีเจตนาหรือความประสงค์ให้เกิดผลเช่นนั้นก็ตาม แต่หากไม่ปรากฏผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น แม้จะมีการกระทำใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 29 และรับโทษทางอาญาตามมาตรา 51 ส่วนในองค์ประกอบความผิดที่สองนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถือเป็นความผิดที่ต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ หากปราศจากเจตนาพิเศษดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 29 และไม่ต้องรับโทษทางอาญาตามมาตรา 51 อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ยังคงมีอยู่ว่า จะต้องพิจารณาในส่วนเจตนาขององค์ประกอบที่ว่าเป็นการกระทำใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและเจตนาพิเศษเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจหรือไม่

จากการศึกษาแนวความคิดในต่างประเทศทำให้ผู้เขียนสามารถแยกพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาเจตนาได้เป็น 2 กรณี ซึ่งแยกอธิบายได้ดังนี้

4.3.3.1 การขายพ่วงที่เป็นความผิดจะต้องพิจารณาถึงเจตนาด้วย

แนวคิดนี้เห็นว่า ความผิดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะต้องมีองค์ประกอบภายในอันเป็นเรื่องของเจตนา (state of mind or intent) กำกับอยู่ด้วย ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนโดยศาลในคดี State of Ill. ex rel. Hartigan v. Panhandle Eastern Pipe Line Co. (1990) ได้กล่าวถึงการพิสูจน์ของโจทก์ว่า “ตามหลักแห่งเหตุผลนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า จำเลยวางเงื่อนไขในการซื้อสินค้าชนิดหนึ่งเพื่อให้ได้สินค้าอีกชนิด, มีสินค้าสองชนิดแตกต่างกัน, จำเลยมีส่วนได้เสียในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง, จำเลยมีอำนาจตลาดเพียงพอในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงเพื่อนำมาจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง, จำเลยบังคับขายพ่วงโดยมีเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อจำกัดการแข่งขัน, พฤติกรรมของจำเลยเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม กระทบต่อการปริมาณการค้าขายอย่างมีนัยสำคัญ และการบังคับขายพ่วงก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์” จะเห็นได้ว่าการพิสูจน์ตามหลักแห่งเหตุผลนั้น ศาลกำหนดให้โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงเจตนาเฉพาะเจาะจงด้วย

คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงนั้นยังมีคดีบางส่วนที่คู่ความมักจะฟ้องทั้ง Sherman Act มาตรา 1, 2 ซึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 2 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการห้ามการผูกขาดหรือพยายามผูกขาดโดยมิชอบนั้น (Monopolization/Attempted Monopolization) นั้นจะมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ (1) การมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง (possession of monopoly power in the relevant market) (2) **เจตนาที่จะได้มาหรือรักษาอำนาจดังกล่าวโดยใช้วิธีการอื่นที่ไม่ใช่การเติบโตโดยปกติของธุรกิจหรือการพัฒนาซึ่งเป็นผลมาจากสินค้าที่เหนือกว่า, ความสามารถทางธุรกิจ, หรือผลการดำเนินงานในอดีต** (willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historical accident) ซึ่งเจตนาในกรณีนี้ถือเป็นองค์ประกอบที่โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นเพื่อลงโทษจำเลยตามมาตรา 2 เช่นกัน

นอกจากนั้น ในคดี United States v. United States Gypsum Co. ซึ่งไม่ใช่คดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง แต่ศาลได้วินิจฉัยว่าการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าจะต้องแสดงให้เห็นถึงเจตนาร้าย (*mens rea*) โดยศาลได้เจาะจงลงไปว่าเจตนาร้ายดังกล่าวคือการรู้ว่าจะเกิดผลในทางการกีดกันทางการค้า หรือเป็นเจตนาเฉพาะเจาะจงเพื่อจะละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมาย⁶ นอกจากนั้น ความผิดตามกฎหมาย Sherman Act จะต้องไม่ถูกตีความว่าเป็นความรับผิดอย่างเด็ดขาด (strict liability crimes) เมื่อปรากฏว่าจำเลยดำเนินการโดยรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นและคาดเห็นถึงผลที่จะเกิดขึ้นย่อมเป็นอันเพียงพอที่จะอนุมานถึงเจตนาของจำเลยได้

อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์เจตนาเฉพาะเจาะจงในกฎหมายป้องกันการผูกขาดเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก เนื่องจากผู้ประกอบการทุกคนต่างต้องการส่วนแบ่งตลาด สร้างกำไร ทำลายคู่แข่ง การเติบโตอย่างไม่มีที่สิ้นสุด จึงมีปัญหาว่าจะนำหลักฐานใดมาแสดงให้เห็นได้ว่ามีเจตนาเฉพาะเจาะจงเพื่อละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อทำลายคู่แข่ง ดังนั้น ในความเห็นของนักวิชาการในต่างประเทศบางท่าน เช่น Keith N. Hylton แห่งมหาวิทยาลัย Boston จึงมองว่าเพื่อเป็นการจำกัดดุลยพินิจฝ่ายบริหารในการบังคับใช้กฎหมาย เจตนา

⁶ Hylton, *Antitrust law: economic theory and common law*, p.54.

เฉพาะเจาะจงในกฎหมายป้องกันการผูกขาดจึงควรหมายถึงเจตนาชัดแจ้งที่จะกระทำการซึ่งเป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของผู้บริโภค⁷

ในขณะเดียวกัน ความเห็นของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าประเทศไทยในคดีขายเหล้าฟวงเบียร์ซึ่งมีความเห็นว่า “ปกติวิสัยทางการค้า ผู้ขายย่อมมีเจตนาประสงค์ที่จะเพิ่มยอดการจำหน่ายและเพิ่มส่วนแบ่งตลาดให้มากกว่าผู้อื่นอยู่แล้ว จึงไม่น่าจะนำเอาบทบัญญัติในมาตรา 29 มาปรับกับคดีว่าเป็นการทำลาย ชัดขวาง กีดกันผู้อื่น” ซึ่งจากความเห็นดังกล่าว ดูเหมือนว่าเหตุผลที่ไม่อาจนำมาตรา 29 มาปรับเนื่องจากการค้นหาความประสงค์ที่แท้จริงในจิตใจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นสิ่งที่ยาก แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่า บางครั้งผู้ประกอบธุรกิจนั้นอาจมีความคิดที่จะเอาเปรียบคู่แข่งรายอื่นโดยชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ถึงแม้ว่าจะไม่ถึงกับต้องให้ล้มเลิกการประกอบธุรกิจไปก็ตาม ซึ่งเห็นได้จากการคดีตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดในต่างประเทศหลายๆคดี

4.3.3.2 การขายฟวงที่เป็นความผิดไม่จำเป็นต้องพิจารณาเจตนา

ความเห็นในอีกแนวทางหนึ่ง ซึ่งศาลในคดี *Capital Temporaries, Inc. of Hartford v. Olsten Corp.* (1974) วางหลักว่าการพิสูจน์เจตนาโดยเฉพาะเจาะจงนั้นไม่จำเป็นต้องกระทำในคดีเกี่ยวกับการบังคับขายฟวง (Proof of specific intent is not required in tie-in cases.) นอกจากนี้ ศาลในคดี *U.S. v. Griffith* (1948) ได้วินิจฉัยว่า “ในการวิเคราะห์นั้น ไม่จำเป็นต้องสมมติว่าต้องค้นหาเจตนาเฉพาะเจาะจงเพื่อจำกัดการค้าหรือเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดในการที่จะวิเคราะห์ว่าเป็นความผิดตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด เพราะผลลัพธ์จากพฤติกรรมของจำเลยหรือแผนการทางธุรกิจย่อมเป็นอันเพียงพอในการวินิจฉัยแล้ว ตามที่ศาลในคดี *United States v. Aluminum Co. of America* ได้เคยเน้นว่าไม่มีผู้ผูกขาดคนใดไม่รู้ตัวเองว่าเขากำลังทำการผูกขาดโดยไม่ชอบอยู่ เจตนาเฉพาะเจาะจงในที่นี้จะเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องพิจารณาต่อเมื่อเฉพาะในกรณีที่มีการกระทำนั้นปรากฏผลลัพธ์ที่ไม่ชัดเจน ดังที่ผู้พิพากษา Holmes เคยกล่าวไว้ในคดี *Swift & Co. v. United States* ว่าเมื่อการกระทำต่างๆไม่เพียงพอในการที่จะหาผลลัพธ์ซึ่งกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครอง เจตนาจะกลายเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อคาดการณ์อันตรายซึ่งอาจเกิดขึ้น แต่เมื่อทั้งเจตนาและผลลัพธ์ที่เป็นอันตรายมีปรากฏชัดเจนในคดีทั้งสองอย่าง กฎหมายจะเข้ามาควบคุมทั้งอันตรายที่อาจเกิดขึ้นพอกับผลลัพธ์ที่เป็นอันตรายนั้น”

⁷ *Ibid.*, pp.54-55.

ส่วนความเห็นของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน เห็นว่า **เจตนาในการเพิ่มยอดขายโดยแย่งลูกค้าของคู่แข่งหรือเจตนาที่จะใช้วิธีการอื่น ๆ ในการดำเนินธุรกิจจะไม่ถูกนำมาพิจารณาว่าการพ่วงสินค้าหรือบริการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา**⁸ ทั้งนี้ เพราะการแข่งขันในตลาดระหว่างหน่วยธุรกิจเป็นเครื่องแสดงให้เห็นถึงความสมบูรณ์ของตลาดอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม หลักฐานเกี่ยวกับเป้าหมายของกิจการเบื้องหลังกลยุทธ์การขายพ่วงสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดได้ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงในปัจจุบัน โดยศาลจะวางองค์ประกอบของการบังคับขายพ่วงตามแนวทางการวินิจฉัยแบบ *Per Se* (*Per Se Tying*) เฉพาะ 4 องค์ประกอบเท่านั้น และนำหลักแห่งเหตุผล (*Rule of Reason*) มาใช้วิเคราะห์ในคดีใหม่ๆ บางคดี เช่น คดีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์องค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งได้แต่ศาลเห็นว่ามีความผิดที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าก็นำหลักแห่งเหตุผลมาใช้ลงโทษจำเลยได้ หรือในคดีที่จำเลยต้องการสู้คดีเพื่อหักล้างองค์ประกอบความผิดตามหลัก *Per Se Illegality* ซึ่งส่วนใหญ่ศาลต่างประเทศจะเปิดโอกาสแก่จำเลยมากขึ้น เพราะ *Per Se* ที่ใช้กับการบังคับขายพ่วงเป็น *Per Se* ที่ไม่เคร่งครัดเหมือนการจำกัดการแข่งขันในแนวนอน (*Horizontal Restraint*) แต่โดยทั่วไปศาลก็ไม่ได้พิจารณาถึงเจตนาหรือระบุให้โจทก์พิสูจน์ถึงเจตนาชั่วร้ายของจำเลยแต่อย่างใด เพราะศาลสามารถวิเคราะห์ได้จากพยานหลักฐานที่ปรากฏต่อศาลอยู่แล้ว

แม้แนวความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาเจตนาจะแบ่งออกเป็น 2 แนวทางในการวิเคราะห์ในต่างประเทศดังกล่าว สำหรับผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาเจตนาในการกระทำผิดเกี่ยวกับการขายพ่วงตามบริบทแห่งกฎหมายไทยว่า แม้โดยทั่วไปผู้ประกอบการย่อมมีเจตนาประสงค์ที่จะเพิ่มยอดขายหรือส่วนแบ่งตลาดของตนก็ไม่ได้หมายความว่าผู้ประกอบการเหล่านั้นจะปราศจากเจตนาในการทำให้เสียหาย ทำลาย หรือกีดกันคู่แข่งอื่นด้วยในทุกกรณี อีกทั้งในองค์ประกอบความผิดแรกกฎหมายกำหนดในลักษณะที่เป็นความผิดที่ต้องการผล โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำว่าต้องการให้เกิดผลเช่นนั้นหรือไม่ ขณะเดียวกันผู้เขียนก็ยังมีความเห็นสอดคล้องกับแนวทางการพิจารณากการขายพ่วงที่เป็นความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเจตนาในการกระทำผิด เพราะหากตีความว่าผู้ประกอบการทุกๆ คนล้วน

⁸ International Competition Network, *Tying & Bundled Discounting*. [Online], 29 August 2009. Available from: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/2008QuestionnaireDocs/FTC_Tying_Bundling_Discounts

แต่ต้องการเพิ่มยอดขายหรือส่วนแบ่งตลาดของตน ไม่มีเจตนาทำลาย ชัดขวาง หรือกีดกันผู้อื่น
ยอมเป็นเหตุผลที่ทำให้ไม่สามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 29 มาปรับใช้แก่คดีที่เป็นการบังคับขาย
พ่วงที่มีขอบด้วยกฎหมายในองค์ประกอบความผิดแรกได้ ซึ่งทางออกของปัญหาก็คือ การ
พิจารณาว่าการบังคับขายพ่วงที่มีขอบด้วยกฎหมายเป็นความผิดในองค์ประกอบความผิดที่สอง
ของมาตรา 29 คือการห้ามกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมเพื่อมิให้ผู้อื่น
ประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะต้องพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงเจตนาภายใน
หากแต่พิจารณาหลักฐานเกี่ยวกับเป้าหมายของกิจการเบื้องหลังกลยุทธ์การขายพ่วงเช่นเดียวกับ
แนวทางของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การไม่พิจารณาถึง
เจตนาในการกระทำความผิดย่อมเป็นแนวทางที่เหมาะสมและสอดคล้องกับแนวทางของ
คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของทางคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย
สหรัฐอเมริกานั้นถือเป็นการวินิจฉัยตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่ง
ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีอำนาจดำเนินคดีในส่วนแบ่งเท่านั้น เพราะอำนาจในการดำเนินคดีอาญา
เป็นอำนาจของกระทรวงยุติธรรมและสำนักงานอัยการสูงสุดแห่งมลรัฐ อีกทั้งมีความเห็นเพิ่มเติม
ว่า ไม่ควรจะบัญญัติให้มีโทษถึงขั้นเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกและปรับในมาตรา 51
ด้วย เพราะน่าจะเป็นสิ่งที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจออกคำสั่งระงับการกระทำที่
เป็นการบังคับขายพ่วงโดยมิชอบได้อยู่แล้วตามมาตรา 31 ซึ่งหากผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้รับความ
เป็นธรรมจากผลคำสั่งระงับการกระทำที่เป็นการบังคับขายพ่วงก็อำนาจดำเนินการตามขั้นตอนที่
กฎหมายกำหนดไว้ต่อไปได้ คือการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 46 อัน
ถือเป็นการอุทธรณ์คำสั่งปกครองตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมาตรา 31 บัญญัติว่า

*“ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗
มาตรา ๒๘ หรือมาตรา ๒๙ ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระงับ
หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ ในการนี้คณะกรรมการจะกำหนดหลักเกณฑ์
วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ในคำสั่งด้วยก็ได้*

*ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งได้รับคำสั่งตามวรรคหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิ
อุทธรณ์ได้ตามมาตรา ๔๖*

*ผู้ประกอบธุรกิจจะเรียกร้องค่าเสียหายจากคณะกรรมการเพราะเหตุที่คณะกรรมการมี
คำสั่งตามวรรคหนึ่งมิได้”*

ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว จึงยังคงเป็นปัญหาที่น่าจะมีการศึกษาในลำดับต่อไปว่า ควรจะไม่นับปฏิบัติบทลงโทษตามมาตรา 29 ให้เป็นบทลงโทษทางอาญาและให้ดำเนินการทางปกครองตามมาตรา 31 แต่เพียงอย่างเดียวโดยใช้วิธีการสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระวัง หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำหรือไม่

4.3.4 ปัญหาของการบังคับขายพ่วงในธุรกิจแฟรนไชส์

ธุรกิจในรูปแบบแฟรนไชส์โดยทั่วไปจะประกอบด้วยคู่สัญญา 2 ฝ่ายคือ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ (Franchisor) และผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ (Franchisee) โดยผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะกำหนดให้สมาชิกที่เข้ามาซื้อสิทธิแฟรนไชส์ต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการต่างๆ ทั้งจากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เอง หรือจากบุคคลที่สาม สินค้าที่ต้องรับจากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อาจประกอบไปด้วยสินค้าสำเร็จรูป, วัตถุดิบ, สินค้าที่เป็นแพ็คเกจ, เครื่องมือและอุปกรณ์ต่างๆ, รวมทั้งสิ่งที่ใช้อำนวยความสะดวกด้วย ส่วนบริการอาจอยู่ในรูปของการทำความสะอาดร้านค้าหรือการตกแต่งภายนอกและภายในร้านค้า เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อาจวางข้อกำหนดอื่นๆ หลายประการ เช่น วิธีการขายสินค้า, ช่วงเวลาที่เปิดบริการ, บริเวณพื้นที่ทำการค้าขาย, รวมถึงการกำหนดราคาสินค้าด้วย

ปัญหาที่ตามมาคือ การวางเงื่อนไขต่างๆ ของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะถือว่าการบังคับให้ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการอันเป็นความผิดฐานบังคับขายพ่วงหรือไม่ เพียงใด

ปัจจุบัน บางประเทศเช่น ญี่ปุ่นมีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาการบังคับขายพ่วงที่มีในธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาระบบธุรกิจแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Guidelines Concerning The Franchise System Under The Antimonopoly Act (2002)/ フランチャイズ・システムに関する^{かん} 独占禁止法上の^{どくせんきんしほうじょう} 考え方^{かんが} について^{かた}) โดยมีสาระสำคัญคือ เมื่อผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จัดทำในเรื่องความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้แก่ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ได้ภายใต้ข้อตกลงตามสัญญาแฟรนไชส์ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อาจบังคับให้สมาชิกของตนใช้สินค้าสำเร็จรูปหรือวัตถุดิบต่างๆ ซึ่งรับมาจากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์หรือผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์กำหนด กรณีจะเป็นความผิดตามข้อ 10 (Tie-in sales, etc.) แห่ง General Designation หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากสถานะของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์, ขอบเขตของสัญญาแฟรนไชส์, ขนาดและจำนวนของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์รายอื่นๆ, รวมทั้งความถี่ของการบังคับ

4.3.4.1 ปัญหาของตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ในธุรกิจแฟรนไชส์

ปัญหาเกี่ยวกับการขายพ่วงในกิจการแฟรนไชส์ยังอาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีการวิเคราะห์โครงสร้างตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ซึ่งจะต้องมี 2 ตลาดขึ้นไปอันเป็นองค์ประกอบความผิดประการแรกของการขายพ่วง ปัญหาดังกล่าวสามารถวิเคราะห์ได้โดยแบ่งธุรกิจแฟรนไชส์ออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1) **ธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีสินค้าหรือบริการทั่วไป (“Business Format” Franchise System)** ประกอบด้วย ตลาดของธุรกิจแฟรนไชส์หรือตลาดของเครื่องหมายการค้าซึ่งจะได้สิทธิอนุญาตให้ใช้โดยเจ้าของแฟรนไชส์ และตลาดที่สองคือตลาดสินค้าหรือบริการที่ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์กำหนดให้ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ต้องมีภายใต้เงื่อนไขของสัญญา โดยตลาดของธุรกิจแฟรนไชส์ในลักษณะดังกล่าวจะแยกออกจากตลาดของสินค้าหรือบริการ

2) **ธุรกิจแฟรนไชส์ที่เป็นระบบจัดจำหน่าย (“Distribution” Franchise System)** ในกรณีเช่นนี้ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์มีหน้าที่ต้องรับสินค้าจากผู้ผลิตโดยตรงเท่านั้น จะรับสินค้าอื่นจากผู้ผลิตอื่นมาจำหน่ายไม่ได้ ทั้งนี้เพราะผู้บริโภคนำใจว่าหากซื้อสินค้าหรือรับบริการจากร้านค้าของผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ก็ต้องได้รับสินค้าหรือบริการที่ผลิตจากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อย่างแน่นอน มิใช่สินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตรายอื่น ดังนั้น ในกรณีนี้จึงเห็นว่าตลาดของธุรกิจแฟรนไชส์และสินค้าหรือบริการเป็นตลาดเดียวกัน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งเดียวกันจนไม่อาจแยกออกจากกันได้ ยกตัวอย่างเช่น คดี Baskin-Robbins ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าแฟรนไชส์และไอศกรีมที่จำหน่ายเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกัน (Single Product) หรือ คดี KFC ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าแฟรนไชส์และเครื่องเทศที่ใช้ในการปรุงรสไก่ทอดเป็นสินค้าในตลาดเดียวกันเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในกรณีธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีสินค้าหรือบริการโดยทั่วไปนั้น หากมีการกล่าวอ้างว่าส่วนประกอบทั้งหมดในการประกอบธุรกิจรวมเป็นแฟรนไชส์ซึ่งเท่ากับมีตลาดเพียงตลาดเดียว เพราะสินค้าหรือบริการทุกอย่างมีความสำคัญจนไม่อาจแยกจากแฟรนไชส์ได้ ศาลก็มีแนวโน้มที่จะยอมรับฟังถึงข้ออ้างดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น การจัดโฆษณาประชาสัมพันธ์แฟรนไชส์บริการเป็นส่วนสำคัญของแฟรนไชส์ แต่การบังคับซื้อเครื่องมือและบริการจำหน่ายสินค้าไม่ใช่ส่วนสำคัญของแฟรนไชส์จึงเป็นตลาดคนละตลาด (Separate Product)

4.3.4.2 ปัญหาของอำนาจตลาดในธุรกิจแฟรนไชส์

องค์ประกอบประการหนึ่งของการบังคับขายพ่วงคือ ผู้ขายจะต้องมีอำนาจเหนือตลาด (market power) หรืออำนาจทางเศรษฐกิจ (economic power) โดยใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อ

บังคับให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการในอีกตลาดหนึ่งโดยผู้ซื้อไม่สามารถปฏิเสธสินค้าหรือบริการที่ถูกนำมาพ่วงได้ อำนาจบังคับดังกล่าวนั้นอาจเกิดจากปัจจัยต่างๆ ซึ่งศาลในคดี Jefferson Parish กล่าวไว้ 3 ประการ ได้แก่ (1) อำนาจจากการได้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (2) อำนาจจากการมีส่วนแบ่งในตลาดจำนวนมาก (High market share) (3) อำนาจจากการมีสินค้าที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะ (Unique product)

ปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์จึงเกิดขึ้นมาว่าจะวิเคราะห์อำนาจตลาดจากปัจจัยอื่น นอกจากส่วนแบ่งตลาดได้หรือไม่ ในแง่ของการได้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์, สิทธิบัตร, เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชส์ตามแนววินิจฉัยของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และศาลต่างประเทศในปัจจุบันต่างเห็นพ้องกันว่าจะไม่อนุมานอำนาจเหนือตลาดจากการได้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนในแง่ของลักษณะพิเศษเฉพาะของสินค้า (Uniqueness) ศาลในต่างประเทศบางคดีได้ระบุให้พิสูจน์ถึงลักษณะพิเศษเฉพาะของแฟรนไชส์ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Chrysler cars ศาลวินิจฉัยว่าหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์รายอื่นไม่สามารถทำแฟรนไชส์ที่เหมือนกันในราคาที่เท่าเทียมกันได้จะถือว่าแฟรนไชส์ของ Chrysler มีลักษณะพิเศษเฉพาะซึ่งนำมาอนุมานอำนาจเหนือตลาดได้ นอกจากนี้ในคดี Mercedes-Benz ศาลเห็นว่าชื่อเสียงและเกียรติและความปรารถนาที่จะได้ใช้ (prestigious and desirable) ของผู้บริโภคทำให้ Mercedes-Benz มีลักษณะพิเศษเฉพาะได้เช่นกัน

ในแง่ของส่วนแบ่งตลาดที่มีจำนวนมาก โดยทั่วไปตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องคือตลาดของการขายแฟรนไชส์ซึ่งเป็นตลาดสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) แต่ก็มีแนวคิดว่าจะนำทฤษฎี lock-in ในคดี Kodak มาใช้กับกรณีแฟรนไชส์ได้หรือไม่ โดยฝ่ายสนับสนุนทฤษฎี lock-in มองว่าการอนุมานอำนาจเหนือตลาดควรพิจารณาจากจำนวนผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ที่ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์มีอยู่มิใช่ดูจากตลาดของการขายแฟรนไชส์ เพราะในความเป็นจริงจำนวนแฟรนไชส์ในธุรกิจบางประเภทเช่น อาหารจานด่วน (fast-food business) มีอยู่จำนวนมากและส่วนแบ่งตลาดแต่ละรายมีไม่ถึง 30% แต่กลับมีผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ซึ่งเซ็นสัญญาและหมดอิสรภาพไปแล้วจำนวนมาก จึงควรพิจารณาจากจำนวนผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ที่มีอยู่ในผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์แต่ละราย อย่างไรก็ตามหากถือตามแนวคิดดังกล่าวจะทำให้ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ที่มีสมาชิกจำนวนมากเสียเปรียบในการต่อสู้คดีเช่นกัน ดังนั้น ในคดี Little Caesar Enterprises, Inc. v. Smith (1998) ศาลจึงวินิจฉัยว่ากรณีแฟรนไชส์ไม่สามารถนำทฤษฎี lock-in ของ Kodak มาใช้ได้เพราะผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ยอมรู้แต่แรกโดยง่าย (known or easily knowable) ถึงอันตรายจากการบังคับขายพ่วงตั้งแต่ก่อนที่ตนจะเซ็นสัญญาแฟรนไชส์ลงไป

4.3.4.3 ปัญหาของการพิสูจน์ความบริสุทธิ์โดยอ้างเหตุผลทางธุรกิจ

ปัจจุบัน ศาลในต่างประเทศได้ยอมรับฟังการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยโดยอ้างเหตุผลทางธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมาย (valid business justification) ซึ่งข้อต่อสู้ดังกล่าวจะรับฟังได้ต่อเมื่อไม่มีวิธีการอื่นที่มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าที่น้อยกว่าวิธีการบังคับขายพ่วงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางธุรกิจอันชอบด้วยกฎหมาย (there is no less restrictive way of attaining a legitimate business objective) เหตุผลที่ศาลยอมรับฟังเช่น การควบคุมคุณภาพ (quality control) หรือสายการผลิตสินค้าทั้งหมด (full line of products) ซึ่งในแง่ของธุรกิจแฟรนไชส์ก็สามารถอ้างได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนั้น ข้อต่อสู้อีกประการหนึ่งที่ศาลยอมรับฟัง คือ การบังคับขายพ่วงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อช่วยให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้ามาสู่ตลาดได้ โดยในคดี United States v. Jerrold Electronics Corp. ศาลอนุญาตให้ทำการบังคับขายพ่วงได้ในเวลาอันจำกัดเมื่อหน่วยธุรกิจกำลังจะเข้าสู่อุตสาหกรรมใหม่และการพ่วงสัญญาบริการเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถใช้งานได้อย่างเหมาะสม แนววินิจฉัยของศาลในคดีนี้ถูกนำไปอ้างถึงในคดี Jefferson Parish และ Subaru of New England เช่นกัน โดยเฉพาะในคดี Subaru of New England ศาลยังเห็นว่าการไม่พ่วงสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง (Tied Product) ทำให้ผู้บริโภคส่วนมากไม่ได้รับความพึงพอใจในสินค้าที่มีการพ่วง (Tying Product) เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การขายพ่วงดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายได้

ในแง่ของธุรกิจแฟรนไชส์ ประเด็นที่ถูกนำมาอ้างโดยทั่วไปคือ การประกันคุณภาพสินค้า (assuring quality) และความเป็นแบบเดียวกันของธุรกิจ (uniformity) ซึ่งนำไปสู่ชื่อเสียงต่อธุรกิจ (goodwill) ในธุรกิจแฟรนไชส์ ภาพพจน์และคุณภาพของร้านของผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์แต่ละคนย่อมเป็นสิ่งที่จะต้องแฟรนไชส์ทั้งระบบ อย่างไรก็ตาม มีคดีอยู่จำนวนหนึ่งที่ศาลเห็นว่าวิธีการบังคับขายพ่วงไม่ใช่หนทางที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าที่น้อยที่สุด เพราะยังมีวิธีการอื่นๆ อีก เช่น การกำหนดรายละเอียดในสินค้าให้ชัดเจน (providing product specifications) หรือกำหนดห้ามผู้ซื้อแฟรนไชส์ไม่ให้ซื้อสินค้าจากผู้จำหน่ายสินค้า (suppliers) คนใดคนหนึ่งหลังจากที่ได้ทดสอบผลิตภัณฑ์ของบุคคลเหล่านั้นแล้วพบว่าด้อยคุณภาพ อย่างไรก็ตาม ศาลยอมรับว่าการบังคับขายพ่วงสามารถทำได้หากรายละเอียดในการใช้สินค้าอื่นมีรายละเอียดจำนวนมาก มีความซับซ้อนหรือสร้างภาระอย่างมากจนถึงขนาดที่ว่าการใช้สินค้าอื่นมาทดแทนกันไม่สามารถทำได้

นอกจากนั้น หากเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับสินค้าในแฟรนไชส์ย่อมเป็นการเปิดเผยความลับทางการค้า เช่น สูตรต่างๆ ที่เป็นความลับ

บทสรุปเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจแพรนไฮส์ในมุมมองของกฎหมายแข่งขันทางการค้า
 ในบริบทของประเทศไทยเฉพาะกรณีที่มีการบังคับขายพ่วงก็คือ การประกอบธุรกิจแพรนไฮส์นั้น ผู้
 ประกอบธุรกิจย่อมมีเหตุผลและความชอบธรรมในการกำหนดเงื่อนไขบางประการเพื่อประโยชน์ใน
 การดำเนินธุรกิจของตนได้ ไม่ว่าจะเป็นการรักษาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือการรักษา
 ชื่อเสียงของธุรกิจของตนได้ เพราะผู้ประกอบการไม่อาจควบคุมดูแลผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์ได้
 ทั้งหมด ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขบางประการในเรื่องสินค้าหรือบริการบางประเภท จึงเป็น
 สิ่งจำเป็นสำหรับธุรกิจแพรนไฮส์ แต่ขอบเขตของการรักษาคุณภาพของสินค้าหรือบริการของแพรน
 ไฮส์จะต้องเป็นไปเท่าที่มีความจำเป็นจริงๆ สำหรับแพรนไฮส์และมีเหตุผลและความชอบธรรมใน
 การกำหนดดังกล่าวเพื่อรักษาคุณภาพสินค้าหรือบริการของแพรนไฮส์ด้วย เพราะเงื่อนไขที่ถูก
 กำหนดขึ้นมานั้นหากไม่จำเป็นต้องกำหนดหรือไม่มีเหตุผลหรือความชอบธรรมที่จะกำหนดได้ก็จะ
 กลายเป็นสิ่งที่ขัดเจตนารมณ์ที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ามุ่งคุ้มครอง กล่าวคือ การแข่งขันอย่าง
 เสรีและเป็นธรรม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการบังคับขายพ่วง การกำหนดเงื่อนไขบังคับ
 นั้นจะต้องไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือก (Freedom of Choice) ของผู้บริโภคแพรนไฮส์
 ด้วย มิฉะนั้น จะถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นสำหรับธุรกิจแพรนไฮส์และเป็นการวางเงื่อนไขบังคับอย่าง
 ไม่เป็นธรรม

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในกรณีของแพรนไฮส์ซึ่งต้องมีการบังคับขายพ่วงสินค้าหรือ
 บริการเพื่อการวางมาตรฐานในการรักษาคุณภาพและชื่อเสียงของแพรนไฮส์นั้นสามารถแบ่ง
 ออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. สำหรับสัญญาแพรนไฮส์ที่มีสินค้าหรือบริการทั่วไป แนวทางของสัญญาที่
 เหมาะสมคือ การกำหนดรายละเอียดหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการทั่วไปที่เหมาะสม
 (Specification) หรือ การกำหนดเงื่อนไขในการคัดเลือกผู้ระบายสินค้าทั่วไป (suppliers) ให้แก่ผู้
 ซื้อสิทธิแพรนไฮส์ เช่น การขออนุญาตหรืออนุมัติจากผู้ให้สิทธิแพรนไฮส์ หรือการส่งสินค้าตัวอย่าง
 เพื่อนำไปตรวจวิเคราะห์เพื่อให้ได้รับการรับรองว่ามีคุณภาพตรงตาม que ผู้ให้สิทธิแพรนไฮส์กำหนด

ตัวอย่างเช่น แพรนไฮส์ของร้านสะดวกซื้อทั่วไปซึ่งมีการติดตั้งเครื่องปรับอากาศหรือมี
 อุปกรณ์ทำความสะอาธร้านค่านั้น เครื่องปรับอากาศหรืออุปกรณ์ทำความสะอาธร้านค้าถือเป็น
 สินค้าทั่วไปซึ่งหาซื้อได้ทั่วไปตามท้องตลาด สมมุติว่าเครื่องปรับอากาศนั้นมีผู้ประกอบการที่อยู่
 ในตลาด 2 ยี่ห้อ คือ ยี่ห้อ A กับ ยี่ห้อ B และสมมุติว่าอุปกรณ์ทำความสะอาธร้านค่านั้นมีผู้ประกอบการ
 ที่อยู่ในตลาด 2 ยี่ห้อเช่นกัน คือ ยี่ห้อ A กับ ยี่ห้อ C หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า แพรนไฮส์ร้าน
 สะดวกซื้อแห่งหนึ่งกำหนดว่าผู้ซื้อสิทธิแพรนไฮส์จะต้องซื้อเครื่องปรับอากาศหรืออุปกรณ์ทำความ

สะดวกเฉพาะที่ห้อง A หรือเฉพาะจากผู้ระบายสินค้า A น่าจะถือว่ามีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเลือกของผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ซึ่งจะมีผลกระทบต่อการค้าของผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งในตลาดเครื่องปรับอากาศหรืออุปกรณ์ทำความสะดวกด้วย เพราะผู้ประกอบการรายอื่น เช่น B, C อาจมีเครื่องปรับอากาศหรืออุปกรณ์ทำความสะดวกที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันแต่มีราคาถูกกว่าหรือหาซื้อได้ง่ายกว่า เป็นต้น ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ร้านสะดวกซื้อรายนี้จึงอาจกำหนดในสัญญาเพียงคุณสมบัติหรือรายละเอียดของเครื่องปรับอากาศที่ต้องการ เช่น ต้องเป็นเครื่องปรับอากาศที่สามารถให้ความเย็นต่ำกว่า 20 องศาและมีระบบฟอกอากาศบริสุทธิ์โดยสามารถประหยัดไฟได้เบอร์ 5 ในพื้นที่ 15-20 ตารางเมตร เป็นต้น หรือหากเป็นอุปกรณ์ทำความสะดวกอย่างเครื่องดูดฝุ่นก็อาจกำหนดว่า ต้องสามารถปรับความแรงได้ถึง 5 ระดับและประหยัดไฟรวมทั้งสามารถทำทำความสะดวกในพื้นที่แคบกว่า 10 เซนติเมตรได้ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีอีกแนวทางหนึ่งคือ การขออนุญาตหรือขออนุมัติไปยังผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ว่าผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ต้องการเครื่องปรับอากาศ B และอุปกรณ์ทำความสะดวก C มาใช้ในร้านแทนที่ห้อง A เพราะมีคุณภาพเท่าเทียมกันแต่ราคาถูกกว่าหรือหาซื้อได้ง่ายกว่า เป็นต้น

2. หากเป็นแฟรนไชส์ที่เป็นระบบจัดจำหน่ายซึ่งมีสินค้าที่มีลักษณะเฉพาะของแฟรนไชส์เอง เช่น ไก่ทอดของ KFC หรือ ไอศกรีมของ Baskin-Robbins นั้นอาจเป็นข้อยกเว้นในการยินยอมให้มีการกำหนดเงื่อนไขบังคับได้ โดยคำนึงถึงสูตรซึ่งเป็นความลับทางการค้าและความเป็นลักษณะเฉพาะ (Uniqueness) ของสินค้าซึ่งไม่อาจนำสินค้าของผู้ระบายสินค้าอื่นมาขายแทนได้ เนื่องจากเป็นการจัดจำหน่ายของแฟรนไชส์โดยตรง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์เป็นเสมือนผู้ขายปลีกที่รับสินค้าจากผู้ค้าส่งและนำสินค้ามาจำหน่ายต่อผู้บริโภค

ยกตัวอย่าง ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์รายหนึ่งเป็นผู้จำหน่ายไก่ทอดสูตรเด็ด มีการกำหนดในสัญญาว่าผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์จะต้องซื้อเนื้อไก่จากผู้ระบายสินค้า ก. ต้องซื้อเครื่องเทศจากผู้ระบายสินค้า ข. ต้องซื้อกระทะสำหรับทอดจากผู้ระบายสินค้า ค. ต้องซื้อน้ำมันทอดจากผู้ระบายสินค้า ง. ซึ่งสินค้าของ ก.-ง. ต่างเป็นสินค้าที่มีส่วนสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับไก่ทอดสูตรเด็ดของแฟรนไชส์ทั้งสิ้น ดังนี้ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า ราคาของสินค้าต่างๆที่ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์กำหนดจะมีราคาแพงหรือเป็นสินค้าที่หาซื้อได้ยากในตลาด ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามที่ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์กำหนดโดยคำนึงถึงควมมีลักษณะเฉพาะของไก่ทอดสูตรเด็ดนั้นซึ่งจะมีสูตรอันเป็นความลับทางการค้าที่ไม่อาจเปิดเผยได้หรืออาจมีความต้องการที่จะไม่ยอมให้ผู้ระบายสินค้ารายอื่นสามารถผลิตออกมาเพื่อทดแทนกับสินค้าของแฟรนไชส์ตนได้ เนื่องจากควมมีลักษณะเฉพาะหรือจุดเด่นของสินค้าของตนซึ่งไม่ต้องการให้เหมือนผู้ประกอบการรายอื่น เช่น

สีส้นหรือรสชาติของไก่ทอด ทั้งยังต้องใช้สินค้าจาก ก.-ง. จึงจะได้สีส้นหรือรสชาติของไก่ทอดตามที่แฟนโซเชียลต้องการ เป็นต้น

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบคดีตัวอย่างที่สำคัญในประเทศไทยกรณีการบังคับขายพ่วง

4.4.1 คดีขายเหล้าพ่วงเบียร์ (คดีเบียร์ช้าง)

กรณีการขายเหล้าพ่วงเบียร์นั้น มีทั้งคดีที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้ามีคำวินิจฉัยชี้แล้ว และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยคดีที่มีคำวินิจฉัยชี้แล้วนั้น เป็นเรื่องการบังคับขายพ่วง (Tying) โดยคดีที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้วินิจฉัยชี้แล้วในกรณีของการบังคับขายพ่วง เช่น คดีขายเหล้าพ่วงเบียร์ ซึ่งในคดีดังกล่าวสามารถวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าได้ ดังนี้

1) คณะอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอว่า ตัวแทนขายช่วงและผู้ค้าส่งสุราและเบียร์ช้างเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ประกอบกับยังไม่มีเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าต้องกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีทำให้ไม่สามารถใช้บทบัญญัติในมาตรา 25 ได้ นั้น ปัจจุบันมีการประกาศหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว และเห็นว่า ถ้าหากข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นในปัจจุบันอีกก็ถือว่ากลุ่มแสงโสมมีอำนาจเหนือตลาดสุราแล้ว

2) ประเด็นต่อมา คณะอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยว่า การขายสุราพ่วงเบียร์เป็นพฤติกรรมที่กำหนดเป็นบทเฉพาะ เมื่อมีบทเฉพาะและมีความชัดเจนในข้อห้ามของมาตรา 25(2) โดยเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อมีบทเฉพาะควรจะต้องพิจารณาในพฤติกรรมที่เกิดขึ้นตามบทเฉพาะนั้นและในหลักการแล้วย่อมจะไม่เข้าลักษณะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 27(3)(10) และมาตรา 29 ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งบทบัญญัติมาตรา 27 และมาตรา 29 ต่างมีความเป็นเอกเทศต่างหากจากกัน โดยมาตรา 25 เป็นเรื่อง "การใช้อำนาจเหนือตลาด" (Abuse of dominant position) มาตรา 27 เป็นเรื่อง "การตกลงร่วมกันเพื่อลดการแข่งขัน" (collusive practice หรือ agreement) และ มาตรา 29 เป็นเรื่อง "การค้าที่ไม่เป็นธรรม" (Unfair Business Practice) ซึ่งมีเจตนารมณ์และความมุ่งหมายแตกต่างกัน จึงไม่ใช่กรณีบทเฉพาะหรือบททั่วไปแต่อย่างใด แต่น่าจะปรับกับกรณีกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 มากกว่า

3) คณะอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยว่า การพิจารณาตามมาตรา 27(3)(10) ต้องเป็นการกระทำที่ตกลงร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันและมีโอกาสแข่งขันกัน ซึ่งอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน และผู้ประกอบธุรกิจที่ตกลงกันนั้นต้องอยู่ในขั้นตอนการผลิตและจำหน่ายในระดับเดียวกัน จึงจะก่อให้เกิดการผูกขาดหรือลดการแข่งขันในตลาดได้ ประกอบกับ สุราและเบียร์ในการสำรวจทางวิชาการแล้วเบื้องต้นพบว่าเป็นสินค้าคนละตลาดในการศึกษา ข้อเท็จจริงโดยเชิญผู้เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูล ไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะชี้ชัดได้ว่าการตกลงร่วมกัน ครอบครองตลาดหรือกำหนดวิธีปฏิบัติการค้าขายแบบเดียวกันด้วย ผู้เขียนเห็นว่า ในประเด็น มาตรา 27 มีแนวคำพิพากษาของศาลสูงเมื่อโตเกียวในคดี *Japanese Fair Trade Commission v. Toppan Mura K.K.* (1993) วินิจฉัยว่าการร่วมกันกำหนดราคานั้นไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับการผลิตและการจำหน่ายในระดับเดียวกัน และไม่จำเป็นต้องอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันด้วย ประกอบกับความเห็นทางวิชาการของนักวิชาการด้านกฎหมายป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าของประเทศอุตสาหกรรมตะวันตก เห็นว่า การตีความดังกล่าวเป็นการตีความที่แคบเกินไป จึงทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 27 ได้โดยการตั้งบริษัทลูกแทน⁹ นอกจากนี้ ยังมี คำพิพากษาในคดี *Advanced Health-Care Services, Inc. v. Radford Community Hosp.* (1990) ซึ่งศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า บริษัทลูกทั้งสองบริษัทซึ่งเป็นเจ้าของ โดยบริษัทแม่เดียวกันทำผิดฐานสมคบกันเพื่อจำกัดการแข่งขันทางการค้าและเป็นความผิดตามกฎหมาย Sherman Act มาตรา 1 ส่วนในประเด็นสุราและเบียร์เป็นสินค้าคนละตลาด เห็นว่า สามารถเกิดการสมคบกันขายพ่วงได้ (Tying Conspiracy/Collusion) ในคดีขายพ่วงที่มีชื่อเสียง อย่าง IBM/ Remington Rand (บริษัท IBM ผลิตและให้เช่าเครื่องคำนวณแบบใช้บัตรเจาะรู ส่วนบริษัท Remington Rand ผลิตและจำหน่ายบัตรเจาะรูอันเป็นสินค้าคนละตลาด) ศาลได้วินิจฉัยว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการขายพ่วงโดยบริษัททั้งสองเพื่อที่จะจำกัดการแข่งขันในการขาย บัตรเจาะรูต่อผู้เช่าเครื่องคำนวณของบริษัทอื่น ถูกนำไปใช้ในการกีดกันการแข่งขัน รวมทั้งสร้าง อำนาจผูกขาดในเครื่องคำนวณและบัตรเจาะรูซึ่งใช้สำหรับเครื่องคำนวณของบริษัท IBM¹⁰

4) คณะอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยว่า การพิจารณาตามมาตรา 29 ต้องเป็นการกระทำอันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการกระทำนั้นมีผลเป็นการ ทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน จำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือทำให้ผู้

⁹ คัดดา ธนิตกุล, คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 317-318.

¹⁰ Leslie, *Tying Conspiracies*. [Online], 7 January 2009. Available from: <http://www.westlawinternational.com>

ประกอบธุรกิจอื่นต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ โดยปกติผู้ซื้อที่มีเสรีภาพในการค้าอยู่แล้ว โดยจะปฏิบัติหรือไม่ติดต่อกับผู้จำหน่ายก็ได้ และโดยนัยความหมายแล้ว การขายสุราฟ่งเบียร์เป็นพฤติกรรมทั่วไปในการค้าเสรีที่ไม่มีกำหนดขอบเขต แต่เป็นการกระทำในลักษณะปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งการกระทำลักษณะเช่นว่านี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 25(2) แล้ว และประกอบกับโดยปกติวิสัยทางการค้า ผู้ขายมีความประสงค์ที่จะเพิ่มยอดจำหน่าย และเพิ่มส่วนแบ่งตลาดให้มากกว่าผู้อื่น มิใช่เครื่องบ่งชี้ว่าเป็นการทำลายขีดขวางหรือกีดกันผู้อื่น ผู้เขียนเห็นว่มาตรา 29 นั้นมีลักษณะการบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกับบทบัญญัติในเรื่องการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ของประเทศญี่ปุ่นมากกว่ามาตรา 25 แม้มาตรา 25(2) จะใช้คำว่า “กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ...” แต่การตีความดังกล่าวย่อมเป็นการเคร่งครัดต่อตัวอักษรมากเกินไป เพราะมาตรา 25 นั้น โดยเจตนารมณ์เป็นเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ส่วนการพิจารณาถึงความประสงค์หรือเจตนาตามมาตรา 29 นั้น ผู้เขียนได้มีการวิเคราะห์แล้วในข้อ 4.3.3.2 ว่าอาจไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเจตนาก็ได้เพราะองค์ประกอบแรกของความผิดเป็นความผิดที่ต้องการผลซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีเจตนาให้เกิดผลหรือไม่ แต่ในองค์ประกอบที่สองของความผิดตามมาตรา 29 นั้นอาจจะต้องพิจารณาถึงเจตนาพิเศษเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจหรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจด้วย ซึ่งอาจยึดตามความเห็นของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาปัจจุบันที่ไม่พิจารณาถึงเจตนาได้ แม้จะมีความเห็นว่าการพิจารณาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการพิจารณาในส่วนแบ่งและมีข้อเสนอก็จะไม่ให้มีบทบัญญัติลงโทษทางอาญาก็ตาม อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ของคณะอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ว่า “ปกติวิสัยทางการค้า ผู้ขายมีความประสงค์ที่จะเพิ่มยอดจำหน่าย และเพิ่มส่วนแบ่งตลาดให้มากกว่าผู้อื่น มิใช่เครื่องบ่งชี้ว่าเป็นการทำลายขีดขวางหรือกีดกันผู้อื่น” อาจเป็นการตีความที่มองแต่ในด้านดีมากเกินไป จนทำให้กฎหมายมาตรา 29 ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงก็ได้

ปัจจุบัน จากข้อมูลในโครงการสำรวจพฤติกรรมทางการตลาดเพื่อสนับสนุนระบบการแข่งขันตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวข้องต่อการส่งออก พบว่ากลุ่มแสงโสมจึ้งยังคงใช้ยุทธวิธีการขายฟ่งให้กับตัวแทนจำหน่ายอยู่แต่ไม่รุนแรงเท่าในอดีต หากแต่สูตรการขายฟ่งก็เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาและไม่แน่นอน ยกตัวอย่างเช่น ตัวแทนจำหน่ายหรือยี่ห้อจะได้รับแถมสุราจำนวน 5% ของยอดการซื้อถ้ามียอดสั่งซื้อเพิ่มขึ้นจากเดิม 2 เท่า โดยลดปริมาณการขายฟ่งเบียร์กับสุราขาวจาก 1 เทควบเบียร์ข้าง 4 โหล ลงเหลือควบเบียร์ข้าง 3 โหล นอกจากนี้แล้ว การขายฟ่งยังขยายตัวจากการซื้อสุราขาวควบเบียร์ไปยังควบโซดาข้างและน้ำดื่ม

บรรจขวดข้างอีกด้วย และจากการสัมภาษณ์ พบว่า ในระดับผู้ค้าปลีกซึ่งต้องรับสินค้าจากซัพพลายเออร์นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องรับซื้อสินค้าฟ่งหากแต่ถ้าซื้อสินค้าฟ่งด้วยแล้ว ซัพพลายเออร์จะลดราคาสุราขาวให้กับร้านค้าปลีกประมาณ 10 บาทต่อขวดซึ่งเป็นมูลค่าประมาณ 15% ของราคาขายถ้ายอมรับซื้อสินค้าฟ่ง

ในกรณีดังกล่าว หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการขายฟ่งสินค้าหลายๆประเภท ไม่ว่าจะ เป็นสุราสีและสุราขาวยี่ห้อต่างๆ, เบียร์ยี่ห้อต่างๆ, เครื่องดื่มไม่มีแอลกอฮอล์อย่างน้ำดื่มหรือโซดา โดยมีการให้ส่วนลดหากซื้อสินค้าทั้งหมด แม้จะไม่มีลักษณะบังคับให้ต้องซื้อสุราขาวฟ่งเบียร์เช่นในอดีตซึ่งเป็นการบังคับขายฟ่ง (Tying) แต่อาจเข้าลักษณะเป็นการขายฟ่งแบบให้ส่วนลดเป็นชุด (Mixed Bundling/Bundled Discount) ซึ่งตามแนวคิดของต่างประเทศ การขายฟ่งที่มี ส่วนลดจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจเหนือตลาดในสินค้าชนิดหนึ่ง (สินค้าที่มีการฟ่ง) ให้ส่วนลดในตลาดของสินค้าหรือบริการชนิดใดชนิดหนึ่งหรือหลายชนิดซึ่งยังไม่ถูกผูกขาด ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าที่มีการฟ่ง และมีผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นถูกกำจัดออกไปจากตลาดโดยสิ้นเชิง (มิใช่เพียงแค่ทำให้แข่งขันยากขึ้น) แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางในการวิเคราะห์ในปัจจุบันของประเทศสหรัฐอเมริกาจะคำนึงถึงการวิเคราะห์ต้นทุนซึ่งใช้กับกรณีลดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (predatory-pricing) และ predatory bidding และหลักด้านความสามารถในการให้ส่วนลด (discount attribution) กล่าวคือ หากเมื่อคำนวณการให้ส่วนลดอย่างเต็มที่แล้ว ในชุดของสินค้าหรือบริการนั้นซึ่งได้จัดสรรส่วนลดไปยังสินค้าหรือบริการซึ่งอยู่ในชุด ผลลัพธ์ที่ได้คือราคาขายต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มในการผลิตสินค้าเดียวหรือหลายสินค้าที่มีการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด แต่อาจลงโทษได้ตามมาตรา 25(1) หรือ 29 ในเรื่องของการตัดราเพื่อทำลายคู่แข่ง ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวสรุปไว้ในข้อ 4.3.2.2 ว่า เกณฑ์การพิจารณาการขายต่ำกว่าทุนโดยพิจารณาจากการคำนวณ ส่วนลดทั้งหมดในสินค้าแต่ละชนิดที่อยู่ในชุดของสินค้าแล้ว พิจารณาต่อไปว่าจำเลยขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนที่เพิ่มขึ้นของสินค้าซึ่งมีการแข่งขันอยู่ขณะนั้นหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะจะต้องพิจารณาถึงต้นทุนของสินค้าที่อยู่ในชุดของการขายฟ่งแบบให้ส่วนลดเป็นชุดว่าต่ำกว่าทุนหรือไม่ อีกทั้งอาจเป็นสิ่งที่ไม่คุ้มค่าต่อการพิจารณาการขายฟ่งแบบให้ส่วนลดเป็นชุดที่เป็นความผิดมากนัก

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัญหาเกี่ยวกับการขายพ่วง (Tying and Bundling) ในเชิงกฎหมายแข่งขันทางการค้ายังเป็นปัญหาที่สำคัญและมีข้อถกเถียงทางวิชาการเป็นอันมาก นักกฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศต่างๆ ยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกันนักจากผลของคำวินิจฉัยในคดีสำคัญๆ ซึ่งอาจเป็นเพราะความเห็นในเชิงเศรษฐศาสตร์ที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความไม่ลงรอยกันทางวิชาการ แต่สิ่งซึ่งสามารถสรุปได้จากความเห็นของนักวิชาการทั้งหลายก็คือ การขายพ่วงอาจส่งผลได้เป็น 2 ประการต่อระบบการแข่งขันของตลาดเสรีและเป็นธรรม ประการแรก คือ การจำกัดการแข่งขันในตลาดอันเป็นอุปสรรคต่อผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นคู่แข่ง และ การจำกัดเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการซึ่งจะมีผลกระทบต่อผู้บริโภคในบั้นปลาย และ ประการที่สองอันเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามและมีการให้ความสำคัญน้อยกว่า คือ การส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันในตลาดโดยการสร้างประสิทธิภาพในด้านการแข่งขันและการรักษามาตรฐานคุณภาพด้านการจัดจำหน่ายต่อองค์กรธุรกิจซึ่งส่งผลดีต่อผู้ประกอบการและผู้บริโภคในที่สุด

ในส่วนของ การบังคับขายพ่วงหรือ “Tying, Tie-in Sales” มีคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเป็นจำนวนมาก นักวิชาการในต่างประเทศได้พยายามเสนอแนวคิดหรือทฤษฎีต่างๆ ตั้งแต่หลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per Se Illegality*) ไปจนถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย (*Per Se legality*) เพื่อเป็นทางออกที่เหมาะสมแก่คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าและศาล แต่เมื่อพิจารณาในคดีที่เคยตัดสินจะพบว่า การพิจารณาคดีในปัจจุบันได้เปลี่ยนจากหลักความรับผิดเด็ดขาด (*Per Se Illegality*) ซึ่งไม่คำนึงถึงเหตุผลของจำเลย มาเป็นการคำนึงถึงเหตุผลต่างๆ ของจำเลย (*Justification*) ตามหลักแห่งเหตุผล (*Rule of Reason*) มากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในคดี *Jefferson Parish*, *Kodak*, *Microsoft* อีกทั้งตามความเห็นของผู้ปฏิบัติงานและมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยต่างมองว่าหลักการพิจารณาในปัจจุบันเป็นหลักแห่งเหตุผลแล้ว ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในเชิงของการวิเคราะห์เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ เพราะการขายพ่วงมีทั้งด้านที่เป็นการส่งเสริมและด้านที่เป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้า แต่ก็อาจทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณากว่าในอดีตเพราะใจทักต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์

ผลกระทบต่อการแข่งขันทางการค้า (Anti-competitive Effect) เพื่อให้มีน้ำหนักของโทษจำเลยได้ อีกทั้งผู้ปฏิบัติงานและบังคับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงถึงเหตุผลของผู้ประกอบธุรกิจด้วย

ในแง่ของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการบังคับขายพ่วง (Tying) นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงยึดถือแนวคำพิพากษาของศาลสูงอย่างเคร่งครัด เพราะเป็นประเทศที่ยึดหลัก Common Law โดยถือว่าคำพิพากษาของศาลเปรียบเสมือนกับกฎหมาย ฉะนั้นจึงมีการวินิจฉัยคดีที่เดิมตามกันมาเรื่อยๆ แม้คดีชื่อดังอย่าง Microsoft ศาลสูงในการลงโทษตามหลักความรับผิดชอบและลงโทษในข้อหาผูกขาดโดยมิชอบแทน แต่กลุ่มประเทศประชาคมยุโรปได้ลงโทษในข้อหาใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นมีการออกคำสั่งระงับพฤติกรรมของ Microsoft เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่น่าสนใจและน่าจะมีประโยชน์ต่อประเทศไทยคือการคำนึงถึงอำนาจทางเศรษฐกิจ (Economic Power) จากคดี Kodak และการคำนึงถึงเหตุผลด้านการควบคุมคุณภาพและรักษาชื่อเสียงในธุรกิจแพนโซล จากคดี Chicken Delight, KFC, Baskin-Robbins ในขณะที่กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป มีการตัดสินคดีเกี่ยวกับการบังคับขายพ่วง เช่น คดี Hilti, Tetra Pak, Microsoft และที่น่าสนใจคือ เกณฑ์การพิจารณาการบังคับขายพ่วง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของพฤติกรรมการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Commission Notice: Guideline on Vertical Restraint) ส่วนในประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศในกลุ่ม Civil Law ในปัจจุบันมี Designation ที่กำหนดว่าการบังคับขายพ่วงเป็นความผิด และมีแนวทางการพิจารณาการบังคับขายพ่วงในธุรกิจแพนโซลเป็นกฎเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาพฤติกรรมการบังคับขายพ่วง แต่มีหลักการที่น่าสนใจคือ หลักการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Business Practice) ซึ่งเป็นหลักการที่พัฒนาไปไกลกว่าสหรัฐอเมริกา ทำให้คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้อำนาจในการสั่งระงับพฤติกรรมที่เป็นความผิดได้โดยง่ายโดยไม่ต้องคำนึงถึงส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ เช่นในคดี Enix

ในส่วนของการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Mixed Bundling, Bundled Discounts) ซึ่งเป็นปัญหาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าในกรณีใดจึงจะเป็นความผิดนั้น ในสหรัฐอเมริกามีแนวคิดในการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอาศัยช่องทางดังกล่าวเพื่อสร้างอำนาจผูกขาดหรือพยายามผูกขาดในตลาดโดยมิชอบโดยถือว่าเป็นความผิดตาม Sherman Act มาตรา 2 และแนวทางการพิจารณาปัจจุบันจะวิเคราะห์แนวเกี่ยวกับการตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง (predatory-pricing) ในขณะที่กลุ่มประเทศประชาคมยุโรป มีคำวินิจฉัยในคดีควรวมกิจการของ General Electric และ Honeywell ซึ่งแม้จะเป็นคดีเกี่ยวกับการห้ามการควรวมกิจการที่เป็นการจำกัดการแข่งขันตาม Article 4 of Regulation (EEC) No.4064/89 หรือ the Merger Regulation แต่เหตุผลบางส่วนที่ศาลไม่ให้ควรวมนั้นเนื่องมาจากความสามารถในการให้ส่วนลดจูงใจหากกิจการมีการคว

รวมกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหากใช้วิธีการดังกล่าว ย่อมจะเกิดการผูกขาดหรือการปิดตลาดในอนาคตได้ (Foreclosure Effect) แต่ในบริบทของประเทศไทย ยังไม่มีการดำเนินคดีเกี่ยวกับการขายพ่วงที่มีส่วนลดแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยความผิดน่าจะเป็นแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกาโดยคำนึงถึงการวิเคราะห์ในเรื่องการตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง ซึ่งอาจถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(1), 29 ได้

สำหรับประเทศไทย ปัญหาที่เกิดขึ้นในบ้านเราก็คือ ตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างไม่ชัดเจนในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 และไม่สอดคล้องกับแนวความคิดของกฎหมายแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศ รวมถึงการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งแม้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ปัจจุบันได้บัญญัติไว้ทั้งมาตรา 25(2) หรือมาตรา 29 แต่ทางปฏิบัติไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงกับการบังคับขายพ่วงที่เป็นความผิด รวมทั้งหลักเกณฑ์การพิจารณาการขายพ่วงในบริบทของประเทศไทยในบางประเด็นยังไม่ถูกต้องและชัดเจนนัก อีกทั้งการตัดสินโดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้ายังมีความสงสัยและเคลือบแคลงถึงแนวคิดหรือหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการใช้ในการตัดสิน แม้ว่าคำวินิจฉัยของอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าที่มีต่อคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าจะเป็นเพียงการเสนอความเห็นทางกฎหมาย และคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าไม่จำเป็นต้องยึดถือเช่นนั้นก็ตาม แต่หากความเห็นดังกล่าวไม่ถูกต้องก็อาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าที่ไม่ถูกต้องได้เช่นกัน

5.1 ข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องของการขายพ่วงตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 และแนวการวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการแข่งขันทางการค้าในคดีขายเหล่าพวงเบียร์ ทำให้ผู้เขียนเห็นความบกพร่องบางประการในถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย รวมถึงการตีความและปรับใช้กฎหมาย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

1. บทนิยาม ควรมีการแก้ไขบทนิยามตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 3 คำว่า “ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ (Economic Powers) หรืออำนาจอื่นๆ ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเปิดช่องให้สามารถพิจารณาการบังคับขายพ่วงโดยมิชอบแม้ผู้ประกอบการจะมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงเกณฑ์ที่จัดว่ามีอำนาจตลาด แต่อาศัยความได้เปรียบของอำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจอื่นๆ เพื่อกระทำการโดยมิชอบ ทั้งจะต้องให้คำนิยามคำว่า “อำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจอื่น” ในมาตรา 3 เพิ่มเติมด้วย โดยอาจบัญญัติว่า

“ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หมายความว่า ผู้ประกอบการธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา **รวมทั้งผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจอื่น ๆ ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง** ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย

“อำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจอื่น ๆ” หมายความว่า ความได้เปรียบในเชิงกายภาพเพราะความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว, ต้นทุนในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง, ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง, ความนิยมในสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง”

2. ถ้อยคำของมาตรา 25(2) ผู้เขียนขอเสนอความเห็นว่าการบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปไม่ใช่ผู้ประกอบการธุรกิจ แต่มีผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดหรือผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งนั้น ควรมีการตีความว่าเป็นการ**แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร** ตามมาตรา 25(4) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 และจะต้องมีการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้มาตรา 25(4) กับกรณีที่เป็นการบังคับขายพ่วงต่อลูกค้าหรือผู้บริโภคทั่วไปด้วย

3. การส่งเสริมให้มีการบังคับใช้มาตรา 29 เพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ไม้อาจนำมาตรา 25 มาใช้บังคับได้ และนำมาใช้ในฐานะที่เป็นตัวบทกฎหมายพิเศษอีกมาตราหนึ่งซึ่งบัญญัติไว้เป็นความผิดในกรณีของการบังคับขายพ่วง ซึ่งรวมถึงการบังคับขายพ่วงที่ผู้ประกอบการรายนั้นไม่ใช่ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดด้วย

4. การให้ความสำคัญต่อการขายพ่วงที่มีการให้ส่วนลด (Mixed Bundling/ Bundled Discounts) อันเป็นการขายพ่วงที่ไม่มีเงื่อนไขบังคับแต่มีการให้ส่วนลดจูงใจหากซื้อสินค้าหรือบริการเป็นชุด และควรพิจารณาในแบบเดียวกับการตัดราคาเพื่อทำลายคู่แข่ง โดยพิจารณาว่ามีการขายสินค้าหรือบริการในชุดนั้นต่ำกว่าทุนหรือไม่ ซึ่งอาจเข้าข่ายมาตรา 25(1), 29 ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการพิจารณาการขายพ่วงแบบที่มีการให้ส่วนเป็นชุดของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน

5. แนวทางการพิจารณาการขายพ่วง ควรมีกฎเกณฑ์พิเศษสำหรับการพิจารณาการขายพ่วงโดยเฉพาะ โดยนำแนวทางการพิจารณาตาม Commission Notice: Guideline on Vertical Restraint และ Report and Recommendations ของ Antitrust Modernization Commission

Chapter I.C. Exclusionary Conduct รวมถึงบรรทัดฐานของแนวคำพิพากษาต่างประเทศ มาสร้างเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาการขายพ่วงของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(2), 29 เพื่อเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาการบังคับขายพ่วงที่มีความยืดหยุ่นทั้งด้านการควบคุมไม่ให้มีการจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการดำเนินถึงประโยชน์ต่อผู้ประกอบการธุรกิจในด้านประสิทธิภาพการแข่งขัน นอกจากนี้ ยังเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานรวมถึงผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อทราบถึงแนวทางในการต่อสู้คดีของตน ซึ่งจะทำให้ผลของการตีความและการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในกรณีการขายพ่วงเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับแนวทางพิจารณาการขายพ่วงซึ่งเป็นที่ยอมรับของต่างประเทศด้วย



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- คมกริช ถาวรวันชัย. การขายควบสินค้าสามารถทำกำไรได้อย่างไร. วารสารมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2545) : 51-59.
- นราทิพย์ ชุตินวงศ์. ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- นราทิพย์ ชุตินวงศ์. เอกสารการสอนชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (ฉบับปรับปรุง). พิมพ์ครั้งที่ 8. นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- นวลทิพย์ ควกุล. เอกสารการสอนชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (ฉบับปรับปรุง). พิมพ์ครั้งที่ 8. นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- ประพันธ์ เสวตนันท์ และไพศาล เล็กอุทัย. หลักเศรษฐศาสตร์ฉบับแก้ไขปรับปรุงครั้งที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.
- ศักดิ์ ธนิตกุล. คำอธิบายและกรณีศึกษาพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรณ. หลักเกณฑ์เรื่อง “ผู้มีอำนาจเหนือตลาด” ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542: ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- สงค์ศักดิ์ ทิตาราม. เอกสารการสอนชุดวิชาหลักเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น หน่วยที่ 1-8 (ฉบับปรับปรุง). พิมพ์ครั้งที่ 8. นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI). โครงการสำรวจพฤติกรรมทางการตลาดเพื่อสนับสนุนระบบการแข่งขันตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกี่ยวเนื่องต่อการส่งออก[ออนไลน์], แหล่งที่มา: http://www.tdri.go.th/reports/unpublished/survey/c_9.pdf [2009, มกราคม 7] และ http://www.tdri.go.th/reports/unpublished/survey/c_8.pdf [2009, มกราคม 7]
- สรวิศ ลิ้มปริงชี. กฎหมายการแข่งขันทางการค้า: แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา: ฉบับรวมบทความ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า. โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายแข่งขัน

ทางการค้า[ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.dit.go.th/otcc/upload/>

Research_study.pdf [2552, มกราคม 7]

สำนักงานวิชา. การบริหารการตลาด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โอ.เอส. พรีนติ้ง เฮ้าส์, 2543.

สุเมธ นาควิโรตม. การขออนุญาตกระทำการจำกัดการแข่งขัน: ศึกษากรณีการห้ามมิให้ทำธุรกิจกับคู่แข่งในอุตสาหกรรมยานยนต์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

ห้องสมุดออนไลน์ My First Info. ศัพท์ธุรกิจ[ออนไลน์], แหล่งที่มา:

<https://finance.myfirstinfo.com/Vocab.aspx?Word=69&Id=7819> [2552, เมษายน 27]

ภาษาอังกฤษ

Alison Jones and Brenda Sufrin, EC completion law: text, case, and materials. 2nd ed. United States of America: Oxford University Press, 2004.

Animesh Ballabh. Antitrust Law: An Overview. [Online]. 2006. Available from: <http://www.westlawinternational.com> [2009, January 7]

Bryan A. Garner. Black's law dictionary. 8th ed. St.Paul, MN : Thomson/West, 2004.

Charles J.Goetz and Fred Mchesney. Antitrust law: interpretation and implementation. 2nd ed. Newark, N.J : Lexisnexis, 2002.

Christopher Heath. The System of Unfair Competition Prevention in Japan. United Kingdom : Kluwer Law International, 2001.

Christopher R. Leslie. Cutting Through Tying Theory with Occam's Razor: A Simple Explanation of Tying Arrangements. [Online]. 2004. Available from: <http://www.westlawinternational.com> [2009, January 7]

Christopher R. Leslie. Tying Conspiracies. [Online]. 2007. Available from: <http://www.westlawinternational.com> [2009, January 7]

Ernest Gellhorn and William E. Kovacic. Antitrust law and economics in a nutshell. 4th ed. St. Paul, Minn. : West Pub. Co., 1994.

Frank K. Reilly and Keith C. Brown. Investment analysis and portfolio management. 5th ed. Fort Worth, Tex. : Dryden Press, 1997.

- Herbert Hovenkamp. Federal Antitrust Policy: The Law Of Competition And its Practice. 2nd ed. United States of America : West Publishing Co., 2001.
- Janice E. Rubin. RS20241: Monopoly and Monopolization – Fundamental but Separate Concepts in U.S. Antitrust Law. [Online]. 1999. Available from: <http://ncseOnline.org/nle/crsreports/economics/econ-115.cfm> [2009, January 7]
- Jay Pii Choi. Recent developments in antitrust: theory and evidence. Cambridge, Mass. : MIT Press, 2007.
- Keith N. Hylton. Antitrust law: economic theory and common law. United States of America : Cambridge University Press, 2003.
- Lawrence Antony Sullivan. Handbook of the law of antitrust. St.Paul : West Pub. Co., 1977.
- Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes. The law of antitrust: an integrated handbook. 1st ed. St. Paul, Minn. : West Group, 2000.
- Mitsuo Matsushita. International Trade and Competition Law in Japan. United Kingdom : Oxford University Press, 1993.
- Osamu Igarashi. Non Price Restriction Conducts in Japan. [Online]. 2004. Available from: [http:// www.jftc.go.jp /eacpf/05/APECTrainingProgramDecember2004/Igarashi_NonPriceRestriction.pdf](http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramDecember2004/Igarashi_NonPriceRestriction.pdf) [2009, January 7]
- Phillip Areeda and Louis Kaplow. Antitrust analysis : problems, text, cases. 4th ed. Boston : Little, Brown, 1988.
- Richard A. Posner. Antitrust Law: an economic perspective. Chicago : University of Chicago Press, 1976.
- Robert H. Bork. The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself. United States of America : Free Press, 1993.
- Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla. The Law and Economics of Article 82 EC. Oxford; Portland, Or. : Hart Pub, 2006.
- The Metropolitan Corporate Counsel, Inc. Antitrust In Distribution - Tying, Bundling and Loyalty Discounts, Resale Pricing Restraints, Price Discrimination - Part I. [Online]. 2006. Available from: <http://www.metrocorpcounsel.com/current.php?artType=view&artMonth=January&artYear=2009&EntryNo=4751> [2009, January 18]

Theodore P. Kovaleff. The antitrust impulse: an economic, historical, and legal analysis.

Armonk, New York : M.E. Sharpe, 1994.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Overview, Antitrust

Division. [Online]. Available from: <http://www.usdoj.gov/atr/overview.html> [2009, January 14]

Viktor H. Kramer. The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History.

[Online]. (n.d.). Available from: <http://www.westlawinternational.com> [2009, January 7]

Warren S. Grimes. Antitrust Tie-In Analysis After Kodak: Understanding The Role of

Market Imperfections. [Online]. 1994. Available from:

<http://www.westlawinternational.com> [2009, January 7]



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก. Sherman Act**TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 1****§ 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty**

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 2**§ 2. Monopolizing trade a felony; penalty**

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 3**§ 3. Trusts in Territories or District of Columbia illegal; combination a felony**

(a) Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or both said punishments, in the discretion of the court.

(b) 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 in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia, and any State or States or foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 4

§ 4. Jurisdiction of courts; duty of United States attorneys; procedure

The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 5

§ 5. Bringing in additional parties

Whenever it shall appear to the court before which any proceeding under section 4 of this title may be pending, that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned, whether they reside in the district in which the court is held or not; and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 6

§ 6. Forfeiture of property in transit

Any property owned under any contract or by any combination, or pursuant to any conspiracy (and being the subject thereof) mentioned in section 1 of this title, and being

in the course of transportation from one State to another, or to a foreign country, shall be forfeited to the United States, and may be seized and condemned by like proceedings as those provided by law for the forfeiture, seizure, and condemnation of property imported into the United States contrary to law.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 6a

§ 6a. Conduct involving trade or commerce with foreign nations

Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless—

- (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect—
 - (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or
 - (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and
- (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

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

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 7

§ 7. “Person” or “persons” defined

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



ภาคผนวก ข.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข. Clayton Act

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 12

§ 12. Definitions; short title

(a) "Antitrust laws," as used herein, includes the Act entitled "An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies," approved July second, eighteen hundred and ninety; sections seventy-three to seventy-six, inclusive, of an Act entitled "An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes," of August twenty-seventh, eighteen hundred and ninety-four; an Act entitled "An Act to amend sections seventy-three and seventy-six of the Act of August twenty-seventh, eighteen hundred and ninety-four, entitled 'An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes,' " approved February twelfth, nineteen hundred and thirteen; and also this Act.

"Commerce," as used herein, means trade or commerce among the several States and with foreign nations, or between the District of Columbia or any Territory of the United States and any State, Territory, or foreign nation, or between any insular possessions or other places under the jurisdiction of the United States, or between any such possession or place and any State or Territory of the United States or the District of Columbia or any foreign nation, or within the District of Columbia or any Territory or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States: Provided, That nothing in this Act contained shall apply to the Philippine Islands.

The word "person" or "persons" wherever used in this Act shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.

(b) This Act may be cited as the "Clayton Act".

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 13

§ 13. Discrimination in price, services, or facilities

(a) Price; selection of customers

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the

purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold 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, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned.

(b) Burden of rebutting prima-facie case of discrimination

Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided,

however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.

(c) Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid.

(d) Payment for services or facilities for processing or sale

It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities.

(e) Furnishing services or facilities for processing, handling, etc.

It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.

(f) Knowingly inducing or receiving discriminatory price

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 14

§ 14. Sale, etc., on agreement not to use goods of competitor

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.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15

§ 15. Suits by persons injured

(a) Amount of recovery; prejudgment interest

Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the

circumstances. In determining whether an award of interest under this section for any period is just in the circumstances, the court shall consider only—

(1) whether such person or the opposing party, or either party's representative, made motions or asserted claims or defenses so lacking in merit as to show that such party or representative acted intentionally for delay, or otherwise acted in bad faith;

(2) whether, in the course of the action involved, such person or the opposing party, or either party's representative, violated any applicable rule, statute, or court order providing for sanctions for dilatory behavior or otherwise providing for expeditious proceedings; and

(3) whether such person or the opposing party, or either party's representative, engaged in conduct primarily for the purpose of delaying the litigation or increasing the cost thereof.

(b) Amount of damages payable to foreign states and instrumentalities of foreign states

(1) Except as provided in paragraph (2), any person who is a foreign state may not recover under subsection (a) of this section an amount in excess of the actual damages sustained by it and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

(2) Paragraph (1) shall not apply to a foreign state if—

(A) such foreign state would be denied, under section 1605 (a)(2) of title 28, immunity in a case in which the action is based upon a commercial activity, or an act, that is the subject matter of its claim under this section;

(B) such foreign state waives all defenses based upon or arising out of its status as a foreign state, to any claims brought against it in the same action;

(C) such foreign state engages primarily in commercial activities; and

(D) such foreign state does not function, with respect to the commercial activity, or the act, that is the subject matter of its claim under this section as a procurement entity for itself or for another foreign state.

(c) Definitions

For purposes of this section—

(1) the term "commercial activity" shall have the meaning given it in section 1603 (d) of title 28, and

(2) the term "foreign state" shall have the meaning given it in section 1603 (a) of title 28.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15a**§ 15a. Suits by United States; amount of recovery; prejudgment interest**

Whenever the United States is hereafter injured in its business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws it may sue therefor in the United States district court for the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by it sustained and the cost of suit. The court may award under this section, pursuant to a motion by the United States promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of the pleading of the United States setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances. In determining whether an award of interest under this section for any period is just in the circumstances, the court shall consider only—

- (1) whether the United States or the opposing party, or either party's representative, made motions or asserted claims or defenses so lacking in merit as to show that such party or representative acted intentionally for delay or otherwise acted in bad faith;
- (2) whether, in the course of the action involved, the United States or the opposing party, or either party's representative, violated any applicable rule, statute, or court order providing for sanctions for dilatory behavior or otherwise providing for expeditious proceedings;
- (3) whether the United States or the opposing party, or either party's representative, engaged in conduct primarily for the purpose of delaying the litigation or increasing the cost thereof; and
- (4) whether the award of such interest is necessary to compensate the United States adequately for the injury sustained by the United States.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15b**§ 15b. Limitation of actions**

Any action to enforce any cause of action under section 15, 15a, or 15c of this title shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued. No cause of action barred under existing law on the effective date of this Act shall be revived by this Act.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15c

§ 15c. Actions by State attorneys general

(a) Parens patriae; monetary relief; damages; prejudgment interest

(1) Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, as parens patriae on behalf of natural persons residing in such State, in any district court of the United States having jurisdiction of the defendant, to secure monetary relief as provided in this section for injury sustained by such natural persons to their property by reason of any violation of sections 1 to 7 of this title. The court shall exclude from the amount of monetary relief awarded in such action any amount of monetary relief

(A) which duplicates amounts which have been awarded for the same injury, or

(B) which is properly allocable to

(i) natural persons who have excluded their claims pursuant to subsection (b)(2) of this section, and

(ii) any business entity.

(2) The court shall award the State as monetary relief threefold the total damage sustained as described in paragraph (1) of this subsection, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this paragraph, pursuant to a motion by such State promptly made, simple interest on the total damage for the period beginning on the date of service of such State's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances. In determining whether an award of interest under this paragraph for any period is just in the circumstances, the court shall consider only—

(A) whether such State or the opposing party, or either party's representative, made motions or asserted claims or defenses so lacking in merit as to show that such party or representative acted intentionally for delay or otherwise acted in bad faith;

(B) whether, in the course of the action involved, such State or the opposing party, or either party's representative, violated any applicable rule, statute, or court order providing for sanctions for dilatory behavior or otherwise providing for expeditious proceedings; and

(C) whether such State or the opposing party, or either party's representative, engaged in conduct primarily for the purpose of delaying the litigation or increasing the cost thereof.

(b) Notice; exclusion election; final judgment

(1) In any action brought under subsection (a)(1) of this section, the State attorney general shall, at such times, in such manner, and with such content as the court may direct, cause notice thereof to be given by publication. If the court finds that notice given solely by publication would deny due process of law to any person or persons, the court may direct further notice to such person or persons according to the circumstances of the case.

(2) Any person on whose behalf an action is brought under subsection (a)(1) of this section may elect to exclude from adjudication the portion of the State claim for monetary relief attributable to him by filing notice of such election with the court within such time as specified in the notice given pursuant to paragraph (1) of this subsection.

(3) The final judgment in an action under subsection (a)(1) of this section shall be res judicata as to any claim under section 15 of this title by any person on behalf of whom such action was brought and who fails to give such notice within the period specified in the notice given pursuant to paragraph (1) of this subsection.

(c) Dismissal or compromise of action

An action under subsection (a)(1) of this section shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of any proposed dismissal or compromise shall be given in such manner as the court directs.

(d) Attorneys' fees

In any action under subsection (a) of this section—

(1) the amount of the plaintiffs' attorney's fee, if any, shall be determined by the court; and

(2) the court may, in its discretion, award a reasonable attorney's fee to a prevailing defendant upon a finding that the State attorney general has acted in bad faith, vexatiously, wantonly, or for oppressive reasons.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15d

§ 15d. Measurement of damages

In any action under section 15c (a)(1) of this title, in which there has been a determination that a defendant agreed to fix prices in violation of sections 1 to 7 of this title, damages may be proved and assessed in the aggregate by statistical or sampling methods, by the computation of illegal overcharges, or by such other reasonable system of estimating aggregate damages as the court in its discretion may permit without the necessity of separately proving the individual claim of, or amount of damage to, persons on whose behalf the suit was brought.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15e

§ 15e. Distribution of damages

Monetary relief recovered in an action under section 15c (a)(1) of this title shall—

- (1) be distributed in such manner as the district court in its discretion may authorize; or
- (2) be deemed a civil penalty by the court and deposited with the State as general revenues;

subject in either case to the requirement that any distribution procedure adopted afford each person a reasonable opportunity to secure his appropriate portion of the net monetary relief.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15f

§ 15f. Actions by Attorney General

(a) Notification to State attorney general

Whenever the Attorney General of the United States has brought an action under the antitrust laws, and he has reason to believe that any State attorney general would be entitled to bring an action under this Act based substantially on the same alleged violation of the antitrust laws, he shall promptly give written notification thereof to such State attorney general.

(b) Availability of files and other materials

To assist a State attorney general in evaluating the notice or in bringing any action under this Act, the Attorney General of the United States shall, upon request by such State attorney general, make available to him, to the extent permitted by law, any investigative files or other materials which are or may be relevant or material to the actual or potential cause of action under this Act.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15g

§ 15g. Definitions

For the purposes of sections 15c, 15d, 15e, and 15f of this title:

(1) The term “State attorney general” means the chief legal officer of a State, or any other person authorized by State law to bring actions under section 15c of this title, and includes the Corporation Counsel of the District of Columbia, except that such term does not include any person employed or retained on—

(A) a contingency fee based on a percentage of the monetary relief awarded under this section; or

(B) any other contingency fee basis, unless the amount of the award of a reasonable attorney’s fee to a prevailing plaintiff is determined by the court under section 15c (d)(1) of this title.

(2) The term “State” means a State, the District of Columbia, the Commonwealth of Puerto Rico, and any other territory or possession of the United States.

(3) The term “natural persons” does not include proprietorships or partnerships.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 15h

§ 15h. Applicability of *parens patriae* actions

Sections 15c, 15d, 15e, 15f, and 15g of this title shall apply in any State, unless such State provides by law for its nonapplicability in such State.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 16

§ 16. Judgments

(a) Prima facie evidence; collateral estoppel

A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto: Provided, That this section shall not apply to consent judgments or decrees entered before any testimony has been taken. Nothing contained in this section shall be construed to impose any limitation on the application of collateral estoppel, except that, in any action or proceeding brought under the antitrust laws, collateral estoppel effect shall not be given to any finding made

by the Federal Trade Commission under the antitrust laws or under section 45 of this title which could give rise to a claim for relief under the antitrust laws.

(b) Consent judgments and competitive impact statements; publication in Federal Register; availability of copies to the public

Any proposal for a consent judgment submitted by the United States for entry in any civil proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws shall be filed with the district court before which such proceeding is pending and published by the United States in the Federal Register at least 60 days prior to the effective date of such judgment. Any written comments relating to such proposal and any responses by the United States thereto, shall also be filed with such district court and published by the United States in the Federal Register within such sixty-day period. Copies of such proposal and any other materials and documents which the United States considered determinative in formulating such proposal, shall also be made available to the public at the district court and in such other districts as the court may subsequently direct.

Simultaneously with the filing of such proposal, unless otherwise instructed by the court, the United States shall file with the district court, publish in the Federal Register, and thereafter furnish to any person upon request, a competitive impact statement which shall recite—

- (1) the nature and purpose of the proceeding;
- (2) a description of the practices or events giving rise to the alleged violation of the antitrust laws;
- (3) an explanation of the proposal for a consent judgment, including an explanation of any unusual circumstances giving rise to such proposal or any provision contained therein, relief to be obtained thereby, and the anticipated effects on competition of such relief;
- (4) the remedies available to potential private plaintiffs damaged by the alleged violation in the event that such proposal for the consent judgment is entered in such proceeding;
- (5) a description of the procedures available for modification of such proposal; and
- (6) a description and evaluation of alternatives to such proposal actually considered by the United States.

(c) Publication of summaries in newspapers

The United States shall also cause to be published, commencing at least 60 days prior to the effective date of the judgment described in subsection (b) of this section, for 7 days over a period of 2 weeks in newspapers of general circulation of the district in which the case has been filed, in the District of Columbia, and in such other districts as the court may direct—

- (i) a summary of the terms of the proposal for consent judgment,
 - (ii) a summary of the competitive impact statement filed under subsection (b) of this section,
 - (iii) and a list of the materials and documents under subsection (b) of this section which the United States shall make available for purposes of meaningful public comment, and the place where such materials and documents are available for public inspection.
- (d) Consideration of public comments by Attorney General and publication of response
- During the 60-day period as specified in subsection (b) of this section, and such additional time as the United States may request and the court may grant, the United States shall receive and consider any written comments relating to the proposal for the consent judgment submitted under subsection (b) of this section. The Attorney General or his designee shall establish procedures to carry out the provisions of this subsection, but such 60-day time period shall not be shortened except by order of the district court upon a showing that
- (1) extraordinary circumstances require such shortening and
 - (2) such shortening is not adverse to the public interest. At the close of the period during which such comments may be received, the United States shall file with the district court and cause to be published in the Federal Register a response to such comments. Upon application by the United States, the district court may, for good cause (based on a finding that the expense of publication in the Federal Register exceeds the public interest benefits to be gained from such publication), authorize an alternative method of public dissemination of the public comments received and the response to those comments.
- (e) Public interest determination

(1) Before entering any consent judgment proposed by the United States under this section, the court shall determine that the entry of such judgment is in the public interest. For the purpose of such determination, the court shall consider—

(A) the competitive impact of such judgment, including termination of alleged violations, provisions for enforcement and modification, duration of relief sought, anticipated effects of alternative remedies actually considered, whether its terms are ambiguous, and any other competitive considerations bearing upon the adequacy of such judgment that the court deems necessary to a determination of whether the consent judgment is in the public interest; and

(B) the impact of entry of such judgment upon competition in the relevant market or markets, upon the public generally and individuals alleging specific injury from the violations set forth in the complaint including consideration of the public benefit, if any, to be derived from a determination of the issues at trial.

(2) Nothing in this section shall be construed to require the court to conduct an evidentiary hearing or to require the court to permit anyone to intervene.

(f) Procedure for public interest determination

In making its determination under subsection (e) of this section, the court may—

(1) take testimony of Government officials or experts or such other expert witnesses, upon motion of any party or participant or upon its own motion, as the court may deem appropriate;

(2) appoint a special master and such outside consultants or expert witnesses as the court may deem appropriate; and request and obtain the views, evaluations, or advice of any individual, group or agency of government with respect to any aspects of the proposed judgment or the effect of such judgment, in such manner as the court deems appropriate;

(3) authorize full or limited participation in proceedings before the court by interested persons or agencies, including appearance amicus curiae, intervention as a party pursuant to the Federal Rules of Civil Procedure, examination of witnesses or documentary materials, or participation in any other manner and extent which serves the public interest as the court may deem appropriate;

(4) review any comments including any objections filed with the United States under subsection (d) of this section concerning the proposed judgment and the responses of the United States to such comments and objections; and

(5) take such other action in the public interest as the court may deem appropriate.

(g) Filing of written or oral communications with the district court

Not later than 10 days following the date of the filing of any proposal for a consent judgment under subsection (b) of this section, each defendant shall file with the district court a description of any and all written or oral communications by or on behalf of such defendant, including any and all written or oral communications on behalf of such defendant by any officer, director, employee, or agent of such defendant, or other person, with any officer or employee of the United States concerning or relevant to such proposal, except that any such communications made by counsel of record alone with the Attorney General or the employees of the Department of Justice alone shall be excluded from the requirements of this subsection. Prior to the entry of any consent judgment pursuant to the antitrust laws, each defendant shall certify to the district court that the requirements of this subsection have been complied with and that such filing is a true and complete description of such communications known to the defendant or which the defendant reasonably should have known.

(h) Inadmissibility as evidence of proceedings before the district court and the competitive impact statement

Proceedings before the district court under subsections (e) and (f) of this section, and the competitive impact statement filed under subsection (b) of this section, shall not be admissible against any defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under the antitrust laws or by the United States under section 15a of this title nor constitute a basis for the introduction of the consent judgment as prima facie evidence against such defendant in any such action or proceeding.

(i) Suspension of limitations

Whenever any civil or criminal proceeding is instituted by the United States to prevent, restrain, or punish violations of any of the antitrust laws, but not including an action under section 15a of this title, the running of the statute of limitations in respect to every

private or State right of action arising under said laws and based in whole or in part on any matter complained of in said proceeding shall be suspended during the pendency thereof and for one year thereafter: Provided, however, That whenever the running of the statute of limitations in respect of a cause of action arising under section 15 or 15c of this title is suspended hereunder, any action to enforce such cause of action shall be forever barred unless commenced either within the period of suspension or within four years after the cause of action accrued.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 17

§ 17. Antitrust laws not applicable to labor organizations

The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 18

§ 18. Acquisition by one corporation of stock of another

No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such

acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

This section shall not apply to persons purchasing such stock solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, the substantial lessening of competition. Nor shall anything contained in this section prevent a corporation engaged in commerce or in any activity affecting commerce from causing the formation of subsidiary corporations for the actual carrying on of their immediate lawful business, or the natural and legitimate branches or extensions thereof, or from owning and holding all or a part of the stock of such subsidiary corporations, when the effect of such formation is not to substantially lessen competition.

Nor shall anything herein contained be construed to prohibit any common carrier subject to the laws to regulate commerce from aiding in the construction of branches or short lines so located as to become feeders to the main line of the company so aiding in such construction or from acquiring or owning all or any part of the stock of such branch lines, nor to prevent any such common carrier from acquiring and owning all or any part of the stock of a branch or short line constructed by an independent company where there is no substantial competition between the company owning the branch line so constructed and the company owning the main line acquiring the property or an interest therein, nor to prevent such common carrier from extending any of its lines through the medium of the acquisition of stock or otherwise of any other common carrier where there is no substantial competition between the company extending its lines and the company whose stock, property, or an interest therein is so acquired.

Nothing contained in this section shall be held to affect or impair any right heretofore legally acquired: Provided, That nothing in this section shall be held or construed to authorize or make lawful anything heretofore prohibited or made illegal by the antitrust laws, nor to exempt any person from the penal provisions thereof or the civil remedies therein provided.

Nothing contained in this section shall apply to transactions duly consummated pursuant to authority given by the Secretary of Transportation, Federal Power Commission, Surface Transportation Board, the Securities and Exchange Commission in

the exercise of its jurisdiction under section 79j of this title,[1] the United States Maritime Commission, or the Secretary of Agriculture under any statutory provision vesting such power in such Commission, Board, or Secretary.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 18a

§ 18a. Premerger notification and waiting period

(a) Filing

Except as exempted pursuant to subsection (c) of this section, no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) of this section and the waiting period described in subsection (b)(1) of this section has expired, if—

(1) the acquiring person, or the person whose voting securities or assets are being acquired, is engaged in commerce or in any activity affecting commerce; and

(2) as a result of such acquisition, the acquiring person would hold an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person—

(A) in excess of \$200,000,000 (as adjusted and published for each fiscal year beginning after September 30, 2004, in the same manner as provided in section 19 (a)(5) of this title to reflect the percentage change in the gross national product for such fiscal year compared to the gross national product for the year ending September 30, 2003); or

(B)

(i) in excess of \$50,000,000 (as so adjusted and published) but not in excess of \$200,000,000 (as so adjusted and published); and

(ii)

(I) any voting securities or assets of a person engaged in manufacturing which has annual net sales or total assets of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more;

(II) any voting securities or assets of a person not engaged in manufacturing which has total assets of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more; or

(III) any voting securities or assets of a person with annual net sales or total assets of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person with total assets or annual net sales of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more.

In the case of a tender offer, the person whose voting securities are sought to be acquired by a person required to file notification under this subsection shall file notification pursuant to rules under subsection (d) of this section.

(b) Waiting period; publication; voting securities

(1) The waiting period required under subsection (a) of this section shall—

(A) begin on the date of the receipt by the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General in charge of the Antitrust Division of the Department of Justice (hereinafter referred to in this section as the “Assistant Attorney General”) of—

(i) the completed notification required under subsection (a) of this section, or
 (ii) if such notification is not completed, the notification to the extent completed and a statement of the reasons for such noncompliance,

from both persons, or, in the case of a tender offer, the acquiring person; and

(B) end on the thirtieth day after the date of such receipt (or in the case of a cash tender offer, the fifteenth day), or on such later date as may be set under subsection (e)(2) or (g)(2) of this section.

(2) The Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General may, in individual cases, terminate the waiting period specified in paragraph (1) and allow any person to proceed with any acquisition subject to this section, and promptly shall cause to be published in the Federal Register a notice that neither intends to take any action within such period with respect to such acquisition.

(3) As used in this section—

(A) The term “voting securities” means any securities which at present or upon conversion entitle the owner or holder thereof to vote for the election of directors of the issuer or, with respect to unincorporated issuers, persons exercising similar functions.

(B) The amount or percentage of voting securities or assets of a person which are acquired or held by another person shall be determined by aggregating the amount or

percentage of such voting securities or assets held or acquired by such other person and each affiliate thereof.

(c) Exempt transactions

The following classes of transactions are exempt from the requirements of this section—

- (1) acquisitions of goods or realty transferred in the ordinary course of business;
- (2) acquisitions of bonds, mortgages, deeds of trust, or other obligations which are not voting securities;
- (3) acquisitions of voting securities of an issuer at least 50 per centum of the voting securities of which are owned by the acquiring person prior to such acquisition;
- (4) transfers to or from a Federal agency or a State or political subdivision thereof;
- (5) transactions specifically exempted from the antitrust laws by Federal statute;
- (6) transactions specifically exempted from the antitrust laws by Federal statute if approved by a Federal agency, if copies of all information and documentary material filed with such agency are contemporaneously filed with the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General;
- (7) transactions which require agency approval under section 1467a(e) of title 12, section 1828 (c) of title 12, or section 1842 of title 12, except that a portion of a transaction is not exempt under this paragraph if such portion of the transaction
 - (A) is subject to section 1843 (k) of title 12; and
 - (B) does not require agency approval under section 1842 of title 12;
- (8) transactions which require agency approval under section 1843 of title 12 or section 1464 of title 12, if copies of all information and documentary material filed with any such agency are contemporaneously filed with the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General at least 30 days prior to consummation of the proposed transaction, except that a portion of a transaction is not exempt under this paragraph if such portion of the transaction
 - (A) is subject to section 1843 (k) of title 12; and
 - (B) does not require agency approval under section 1843 of title 12;
- (9) acquisitions, solely for the purpose of investment, of voting securities, if, as a result of such acquisition, the securities acquired or held do not exceed 10 per centum of the outstanding voting securities of the issuer;

(10) acquisitions of voting securities, if, as a result of such acquisition, the voting securities acquired do not increase, directly or indirectly, the acquiring person's per centum share of outstanding voting securities of the issuer;

(11) acquisitions, solely for the purpose of investment, by any bank, banking association, trust company, investment company, or insurance company, of

(A) voting securities pursuant to a plan of reorganization or dissolution; or

(B) assets in the ordinary course of its business; and

(12) such other acquisitions, transfers, or transactions, as may be exempted under subsection (d)(2)(B) of this section.

(d) Commission rules

The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with section 553 of title 5, consistent with the purposes of this section—

(1) shall require that the notification required under subsection (a) of this section be in such form and contain such documentary material and information relevant to a proposed acquisition as is necessary and appropriate to enable the Federal Trade Commission and the Assistant Attorney General to determine whether such acquisition may, if consummated, violate the antitrust laws; and

(2) may—

(A) define the terms used in this section;

(B) exempt, from the requirements of this section, classes of persons, acquisitions, transfers, or transactions which are not likely to violate the antitrust laws; and

(C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section.

(e) Additional information; waiting period extensions

(1)

(A) The Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General may, prior to the expiration of the 30-day waiting period (or in the case of a cash tender offer, the 15-day waiting period) specified in subsection (b)(1) of this section, require the submission of additional information or documentary material relevant to the proposed acquisition, from a person required to file notification with respect to such acquisition under

subsection (a) of this section prior to the expiration of the waiting period specified in subsection (b)(1) of this section, or from any officer, director, partner, agent, or employee of such person.

(B)

(i) The Assistant Attorney General and the Federal Trade Commission shall each designate a senior official who does not have direct responsibility for the review of any enforcement recommendation under this section concerning the transaction at issue, to hear any petition filed by such person to determine—

(I) whether the request for additional information or documentary material is unreasonably cumulative, unduly burdensome, or duplicative; or

(II) whether the request for additional information or documentary material has been substantially complied with by the petitioning person.

(ii) Internal review procedures for petitions filed pursuant to clause (i) shall include reasonable deadlines for expedited review of such petitions, after reasonable negotiations with investigative staff, in order to avoid undue delay of the merger review process.

(iii) Not later than 90 days after December 21, 2000, the Assistant Attorney General and the Federal Trade Commission shall conduct an internal review and implement reforms of the merger review process in order to eliminate unnecessary burden, remove costly duplication, and eliminate undue delay, in order to achieve a more effective and more efficient merger review process.

(iv) Not later than 120 days after December 21, 2000, the Assistant Attorney General and the Federal Trade Commission shall issue or amend their respective industry guidance, regulations, operating manuals and relevant policy documents, to the extent appropriate, to implement each reform in this subparagraph.

(v) Not later than 180 days after December 21, 2000, the Assistant Attorney General and the Federal Trade Commission shall each report to Congress—

(I) which reforms each agency has adopted under this subparagraph;

(II) which steps each has taken to implement such internal reforms; and

(III) the effects of such reforms.

(2) The Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General, in its or his discretion, may extend the 30-day waiting period (or in the case of a cash tender offer, the 15-day waiting period) specified in subsection (b)(1) of this section for an additional period of not more than 30 days (or in the case of a cash tender offer, 10 days) after the date on which the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General, as the case may be, receives from any person to whom a request is made under paragraph (1), or in the case of tender offers, the acquiring person,

(A) all the information and documentary material required to be submitted pursuant to such a request, or

(B) if such request is not fully complied with, the information and documentary material submitted and a statement of the reasons for such noncompliance. Such additional period may be further extended only by the United States district court, upon an application by the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General pursuant to subsection (g)(2) of this section.

(f) Preliminary injunctions; hearings

If a proceeding is instituted or an action is filed by the Federal Trade Commission, alleging that a proposed acquisition violates section 18 of this title, or section 45 of this title, or an action is filed by the United States, alleging that a proposed acquisition violates such section 18 of this title, or section 1 or 2 of this title, and the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General

(1) files a motion for a preliminary injunction against consummation of such acquisition pendente lite, and

(2) certifies the United States district court for the judicial district within which the respondent resides or carries on business, or in which the action is brought, that it or he believes that the public interest requires relief pendente lite pursuant to this subsection, then upon the filing of such motion and certification, the chief judge of such district court shall immediately notify the chief judge of the United States court of appeals for the circuit in which such district court is located, who shall designate a United States district judge to whom such action shall be assigned for all purposes.

(g) Civil penalty; compliance; power of court

(1) Any person, or any officer, director, or partner thereof, who fails to comply with any provision of this section shall be liable to the United States for a civil penalty of not more than \$10,000 for each day during which such person is in violation of this section. Such penalty may be recovered in a civil action brought by the United States.

(2) If any person, or any officer, director, partner, agent, or employee thereof, fails substantially to comply with the notification requirement under subsection (a) of this section or any request for the submission of additional information or documentary material under subsection (e)(1) of this section within the waiting period specified in subsection (b)(1) of this section and as may be extended under subsection (e)(2) of this section, the United States district court—

(A) may order compliance;

(B) shall extend the waiting period specified in subsection (b)(1) of this section and as may have been extended under subsection (e)(2) of this section until there has been substantial compliance, except that, in the case of a tender offer, the court may not extend such waiting period on the basis of a failure, by the person whose stock is sought to be acquired, to comply substantially with such notification requirement or any such request; and

(C) may grant such other equitable relief as the court in its discretion determines necessary or appropriate, upon application of the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General.

(h) Disclosure exemption

Any information or documentary material filed with the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission pursuant to this section shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5, and no such information or documentary material may be made public, except as may be relevant to any administrative or judicial action or proceeding. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either body of Congress or to any duly authorized committee or subcommittee of the Congress.

(i) Construction with other laws

(1) Any action taken by the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General or any failure of the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General to take any action under this section shall not bar any proceeding or any action with respect to

such acquisition at any time under any other section of this Act or any other provision of law.

(2) Nothing contained in this section shall limit the authority of the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission to secure at any time from any person documentary material, oral testimony, or other information under the Antitrust Civil Process Act [15 U.S.C. 1311 et seq.], the Federal Trade Commission Act [15 U.S.C. 41 et seq.], or any other provision of law.

(j) Omitted

(k) Extensions of time

If the end of any period of time provided in this section falls on a Saturday, Sunday, or legal public holiday (as defined in section 6103 (a) of title 5), then such period shall be extended to the end of the next day that is not a Saturday, Sunday, or legal public holiday.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 19

§ 19. Interlocking directorates and officers

(a)

(1) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are—

(A) engaged in whole or in part in commerce; and

(B) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws;

if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than \$10,000,000 as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), simultaneous service as a director or officer in any two corporations shall not be prohibited by this section if—

(A) the competitive sales of either corporation are less than \$1,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection;

(B) the competitive sales of either corporation are less than 2 per centum of that corporation's total sales; or

(C) the competitive sales of each corporation are less than 4 per centum of that corporation's total sales.

For purposes of this paragraph, "competitive sales" means the gross revenues for all products and services sold by one corporation in competition with the other, determined on the basis of annual gross revenues for such products and services in that corporation's last completed fiscal year. For the purposes of this paragraph, "total sales" means the gross revenues for all products and services sold by one corporation over that corporation's last completed fiscal year.

(3) The eligibility of a director or officer under the provisions of paragraph (1) shall be determined by the capital, surplus and undivided profits, exclusive of dividends declared but not paid to stockholders, of each corporation at the end of that corporation's last completed fiscal year.

(4) For purposes of this section, the term "officer" means an officer elected or chosen by the Board of Directors.

(5) For each fiscal year commencing after September 30, 1990, the \$10,000,000 and \$1,000,000 thresholds in this subsection shall be increased (or decreased) as of October 1 each year by an amount equal to the percentage increase (or decrease) in the gross national product, as determined by the Department of Commerce or its successor, for the year then ended over the level so established for the year ending September 30, 1989. As soon as practicable, but not later than January 31 of each year, the Federal Trade Commission shall publish the adjusted amounts required by this paragraph.

(b) When any person elected or chosen as a director or officer of any corporation subject to the provisions hereof is eligible at the time of his election or selection to act for such corporation in such capacity, his eligibility to act in such capacity shall not be affected by any of the provisions hereof by reason of any change in the capital, surplus and undivided profits, or affairs of such corporation from whatever cause, until the expiration of one year from the date on which the event causing ineligibility occurred.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 21

§ 21. Enforcement provisions

(a) Commission, Board, or Secretary authorized to enforce compliance

Authority to enforce compliance with sections 13, 14, 18, and 19 of this title by the persons respectively subject thereto is vested in the Surface Transportation Board where applicable to common carriers subject to jurisdiction under subtitle IV of title 49; in the Federal Communications Commission where applicable to common carriers engaged in wire or radio communication or radio transmission of energy; in the Secretary of Transportation where applicable to air carriers and foreign air carriers subject to part A of subtitle VII of title 49; in the Board of Governors of the Federal Reserve System where applicable to banks, banking associations, and trust companies; and in the Federal Trade Commission where applicable to all other character of commerce to be exercised as follows:

(b) Issuance of complaints for violations; hearing; intervention; filing of testimony; report; cease and desist orders; reopening and alteration of reports or orders

Whenever the Commission, Board, or Secretary vested with jurisdiction thereof shall have reason to believe that any person is violating or has violated any of the provisions of sections 13, 14, 18, and 19 of this title, it shall issue and serve upon such person and the Attorney General a complaint stating its charges in that respect, and containing a notice of a hearing upon a day and at a place therein fixed at least thirty days after the service of said complaint. The person so complained of shall have the right to appear at the place and time so fixed and show cause why an order should not be entered by the Commission, Board, or Secretary requiring such person to cease and desist from the violation of the law so charged in said complaint. The Attorney General shall have the right to intervene and appear in said proceeding and any person may make application, and upon good cause shown may be allowed by the Commission, Board, or Secretary, to intervene and appear in said proceeding by counsel or in person. The testimony in any such proceeding shall be reduced to writing and filed in the office of the Commission, Board, or Secretary. If upon such hearing the Commission, Board, or Secretary, as the case may be, shall be of the opinion that any of the provisions of said sections have been or are being violated, it shall make a report in writing, in which it shall state its findings as to the facts, and shall issue and cause to be served on such person an order requiring such person to cease and desist from such violations, and divest itself of the stock, or other share capital, or assets, held or rid itself of the directors

chosen contrary to the provisions of sections 18 and 19 of this title, if any there be, in the manner and within the time fixed by said order. Until the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time, or, if a petition for review has been filed within such time then until the record in the proceeding has been filed in a court of appeals of the United States, as hereinafter provided, the Commission, Board, or Secretary may at any time, upon such notice and in such manner as it shall deem proper, modify or set aside, in whole or in part, any report or any order made or issued by it under this section. After the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time, the Commission, Board, or Secretary may at any time, after notice and opportunity for hearing, reopen and alter, modify, or set aside, in whole or in part, any report or order made or issued by it under this section, whenever in the opinion of the Commission, Board, or Secretary conditions of fact or of law have so changed as to require such action or if the public interest shall so require: Provided, however, That the said person may, within sixty days after service upon him or it of said report or order entered after such a reopening, obtain a review thereof in the appropriate court of appeals of the United States, in the manner provided in subsection (c) of this section.

(c) Review of orders; jurisdiction; filing of petition and record of proceeding; conclusiveness of findings; additional evidence; modification of findings; finality of judgment and decree

Any person required by such order of the commission, board, or Secretary to cease and desist from any such violation may obtain a review of such order in the court of appeals of the United States for any circuit within which such violation occurred or within which such person resides or carries on business, by filing in the court, within sixty days after the date of the service of such order, a written petition praying that the order of the commission, board, or Secretary be set aside. A copy of such petition shall be forthwith transmitted by the clerk of the court to the commission, board, or Secretary, and thereupon the commission, board, or Secretary shall file in the court the record in the proceeding, as provided in section 2112 of title 28. Upon such filing of the petition the court shall have jurisdiction of the proceeding and of the question determined therein concurrently with the commission, board, or Secretary until the filing of the record, and

shall have power to make and enter a decree affirming, modifying, or setting aside the order of the commission, board, or Secretary, and enforcing the same to the extent that such order is affirmed, and to issue such writs as are ancillary to its jurisdiction or are necessary in its judgment to prevent injury to the public or to competitors pendente lite. The findings of the commission, board, or Secretary as to the facts, if supported by substantial evidence, shall be conclusive. To the extent that the order of the commission, board, or Secretary is affirmed, the court shall issue its own order commanding obedience to the terms of such order of the commission, board, or Secretary. If either party shall apply to the court for leave to adduce additional evidence, and shall show to the satisfaction of the court that such additional evidence is material and that there were reasonable grounds for the failure to adduce such evidence in the proceeding before the commission, board, or Secretary, the court may order such additional evidence to be taken before the commission, board, or Secretary, and to be adduced upon the hearing in such manner and upon such terms and conditions as to the court may seem proper. The commission, board, or Secretary may modify its findings as to the facts, or make new findings, by reason of the additional evidence so taken, and shall file such modified or new findings, which if supported by substantial evidence, shall be conclusive, and its recommendation, if any, for the modification or setting aside of its original order, with the return of such additional evidence. The judgment and decree of the court shall be final, except that the same shall be subject to review by the Supreme Court upon certiorari, as provided in section 1254 of title 28.

(d) Exclusive jurisdiction of Court of Appeals

Upon the filing of the record with its jurisdiction of the court of appeals to affirm, enforce, modify, or set aside orders of the commission, board, or Secretary shall be exclusive.

(e) Liability under antitrust laws

No order of the commission, board, or Secretary or judgment of the court to enforce the same shall in anywise relieve or absolve any person from any liability under the antitrust laws.

(f) Service of complaints, orders and other processes

Complaints, orders, and other processes of the commission, board, or Secretary under this section may be serviced by anyone duly authorized by the commission, board, or Secretary, either

- (1) by delivering a copy thereof to the person to be served, or to a member of the partnership to be served, or to the president, secretary, or other executive officer or a director of the corporation to be served; or
- (2) by leaving a copy thereof at the residence or the principal office or place of business of such person; or
- (3) by mailing by registered or certified mail a copy thereof addressed to such person at his or its residence or principal office or place of business. The verified return by the person so serving said complaint, order, or other process setting forth the manner of said service shall be proof of the same, and the return post office receipt for said complaint, order, or other process mailed by registered or certified mail as aforesaid shall be proof of the service of the same.

(g) Finality of orders generally

Any order issued under subsection (b) of this section shall become final—

- (1) upon the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time; but the commission, board, or Secretary may thereafter modify or set aside its order to the extent provided in the last sentence of subsection (b) of this section; or
- (2) upon the expiration of the time allowed for filing a petition for certiorari, if the order of the commission, board, or Secretary has been affirmed, or the petition for review has been dismissed by the court of appeals, and no petition for certiorari has been duly filed; or
- (3) upon the denial of a petition for certiorari, if the order of the commission, board, or Secretary has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals; or
- (4) upon the expiration of thirty days from the date of issuance of the mandate of the Supreme Court, if such Court directs that the order of the commission, board, or Secretary be affirmed or the petition for review be dismissed.

(h) Finality of orders modified by Supreme Court

If the Supreme Court directs that the order of the commission, board, or Secretary be modified or set aside, the order of the commission, board, or Secretary rendered in accordance with the mandate of the Supreme Court shall become final upon the expiration of thirty days from the time it was rendered, unless within such thirty days either party has instituted proceedings to have such order corrected to accord with the mandate, in which event the order of the commission, board, or Secretary shall become final when so corrected.

(i) Finality of orders modified by Court of Appeals

If the order of the commission, board, or Secretary is modified or set aside by the court of appeals, and if

(1) the time allowed for filing a petition for certiorari has expired and no such petition has been duly filed, or

(2) the petition for certiorari has been denied, or

(3) the decision of the court has been affirmed by the Supreme Court then the order of the commission, board, or Secretary rendered in accordance with the mandate of the court of appeals shall become final on the expiration of thirty days from the time such order of the commission, board, or Secretary was rendered, unless within such thirty days either party has instituted proceedings to have such order corrected so that it will accord with the mandate, in which event the order of the commission, board, or Secretary shall become final when so corrected.

(j) Finality of orders issued on rehearing ordered by Court of Appeals or Supreme Court

If the Supreme Court orders a rehearing; or if the case is remanded by the court of appeals to the commission, board, or Secretary for a rehearing, and if

(1) the time allowed for filing a petition for certiorari has expired, and no such petition has been duly filed, or

(2) the petition for certiorari has been denied, or

(3) the decision of the court has been affirmed by the Supreme Court, then the order of the commission, board, or Secretary rendered upon such rehearing shall become final in the same manner as though no prior order of the commission, board, or Secretary had been rendered.

(k) "Mandate" defined

As used in this section the term “mandate”, in case a mandate has been recalled prior to the expiration of thirty days from the date of issuance thereof, means the final mandate.

(l) Penalties

Any person who violates any order issued by the commission, board, or Secretary under subsection (b) of this section after such order has become final, and while such order is in effect, shall forfeit and pay to the United States a civil penalty of not more than \$5,000 for each violation, which shall accrue to the United States and may be recovered in a civil action brought by the United States. Each separate violation of any such order shall be a separate offense, except that in the case of a violation through continuing failure or neglect to obey a final order of the commission, board, or Secretary each day of continuance of such failure or neglect shall be deemed a separate offense.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 22

§ 22. District in which to sue corporation

Any suit, action, or proceeding under the antitrust laws against a corporation may be brought not only in the judicial district whereof it is an inhabitant, but also in any district wherein it may be found or transacts business; and all process in such cases may be served in the district of which it is an inhabitant, or wherever it may be found.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 23

§ 23. Suits by United States; subpoenas for witnesses

In any suit, action, or proceeding brought by or on behalf of the United States subpoenas for witnesses who are required to attend a court of the United States in any judicial district in any case, civil or criminal, arising under the antitrust laws may run into any other district: Provided, That in civil cases no writ of subpoena shall issue for witnesses living out of the district in which the court is held at a greater distance than one hundred miles from the place of holding the same without the permission of the trial court being first had upon proper application and cause shown.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 24

§ 24. Liability of directors and agents of corporation

Whenever a corporation shall violate any of the penal provisions of the antitrust laws, such violation shall be deemed to be also that of the individual directors, officers, or agents of such corporation who shall have authorized, ordered, or done any of the acts

constituting in whole or in part such violation, and such violation shall be deemed a misdemeanor, and upon conviction therefor of any such director, officer, or agent he shall be punished by a fine of not exceeding \$5,000 or by imprisonment for not exceeding one year, or by both, in the discretion of the court.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 25

§ 25. Restraining violations; procedure

The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition, the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition, and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises. Whenever it shall appear to the court before which any such proceeding may be pending that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned whether they reside in the district in which the court is held or not, and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 26

§ 26. Injunctive relief for private parties; exception; costs

Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, That nothing herein contained shall be construed to entitle any person,

firm, corporation, or association, except the United States, to bring suit for injunctive relief against any common carrier subject to the jurisdiction of the Surface Transportation Board under subtitle IV of title 49. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney's fee, to such plaintiff.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 26a

§ 26a. Restrictions on the purchase of gasohol and synthetic motor fuel

(a) Limitations on the use of credit instruments; sales, resales, and transfers

Except as provided in subsection (b) of this section, it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, directly or indirectly to impose any condition, restriction, agreement, or understanding that—

- (1) limits the use of credit instruments in any transaction concerning the sale, resale, or transfer of gasohol or other synthetic motor fuel of equivalent usability in any case in which there is no similar limitation on transactions concerning such person's conventional motor fuel; or
- (2) otherwise unreasonably discriminates against or unreasonably limits the sale, resale, or transfer of gasohol or other synthetic motor fuel of equivalent usability in any case in which such synthetic or conventional motor fuel is sold for use, consumption, or resale within the United States.

(b) Credit fees; equivalent conventional motor fuel sales; labeling of pumps; product liability disclaimers; advertising support; furnishing facilities

- (1) Nothing in this section or in any other provision of law in effect on December 2, 1980, which is specifically applicable to the sale of petroleum products shall preclude any person referred to in subsection (a) of this section from imposing a reasonable fee for credit on the sale, resale, or transfer of the gasohol or other synthetic motor fuel referred to in subsection (a) of this section if such fee equals no more than the actual costs to such person of extending that credit.
- (2) The prohibitions in this section shall not apply to any person who makes available sufficient supplies of gasohol and other synthetic motor fuels of equivalent usability to satisfy his customers' needs for such products, if the gasohol and other synthetic fuels

are made available on terms and conditions which are equivalent to the terms and conditions on which such person's conventional motor fuel products are made available.

(3) Nothing in this section shall—

(A) preclude any person referred to in subsection (a) of this section from requiring reasonable labeling of pumps dispensing the gasohol or other synthetic motor fuel referred to in subsection (a) of this section to indicate, as appropriate, that such gasohol or other synthetic motor fuel is not manufactured, distributed, or sold by such person;

(B) preclude such person from issuing appropriate disclaimers of product liability for damage resulting from use of the gasohol or other synthetic motor fuel;

(C) require such person to provide advertising support for the gasohol or other synthetic motor fuel; or

(D) require such person to furnish or provide, at such person's own expense, any additional pumps, tanks, or other related facilities required for the sale of the gasohol or other synthetic motor fuel.

(c) "United States" defined

As used in this section, "United States" includes the several States, the District of Columbia, any territory of the United States, and any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States.

TITLE 15 > CHAPTER 1 > § 27

§ 27. Effect of partial invalidity

If any clause, sentence, paragraph, or part of this Act shall, for any reason, be adjudged by any court of competent jurisdiction to be in-valid, such judgment shall not affect, impair, or invalidate the remainder thereof, but shall be confined in its operation to the clause, sentence, paragraph, or part thereof directly involved in the controversy in which such judgment shall have been rendered.



ภาคผนวก ค.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค. Federal Trade Commission Act**TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 41****§ 41. Federal Trade Commission established; membership; vacancies; seal**

A commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (hereinafter referred to as the Commission), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of the Commissioners shall be members of the same political party. The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed: Provided, however, That upon the expiration of his term of office a Commissioner shall continue to serve until his successor shall have been appointed and shall have qualified. The President shall choose a chairman from the Commission's membership. No Commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment. Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. A vacancy in the Commission shall not impair the right of the remaining Commissioners to exercise all the powers of the Commission. The Commission shall have an official seal, which shall be judicially noticed.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 42**§ 42. Employees; expenses**

Each commissioner shall receive a salary, payable in the same manner as the salaries of the judges of the courts of the United States. The commission shall appoint a secretary, who shall receive a salary, and it shall have authority to employ and fix the compensation of such attorneys, special experts, examiners, clerks, and other employees as it may from time to time find necessary for the proper performance of its duties and as may be from time to time appropriated for by Congress.

With the exception of the secretary, a clerk to each Commissioner, the attorneys, and such special experts and examiners as the Commission may from time to time find necessary for the conduct of its work, all employees of the Commission shall be a part of

the classified civil service, and shall enter the service under such rules and regulations as may be prescribed by the Commission and by the Director of the Office of Personnel Management.

All of the expenses of the Commission, including all necessary expenses for transportation incurred by the Commissioners or by their employees under their orders, in making any investigation, or upon official business in any other places than in the city of Washington, shall be allowed and paid on the presentation of itemized vouchers therefor approved by the Commission.

Until otherwise provided by law, the Commission may rent suitable offices for its use.

The Government Accountability Office shall receive and examine all accounts of expenditures of the Commission.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 43

§ 43. Office and place of meeting

The principal office of the Commission shall be in the city of Washington, but it may meet and exercise all its powers at any other place. The Commission may, by one or more of its members, or by such examiners as it may designate, prosecute any inquiry necessary to its duties in any part of the United States.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 44

§ 44. Definitions

The words defined in this section shall have the following meaning when found in this subchapter, to wit:

“Commerce” means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation.

“Corporation” shall be deemed to include any company, trust, so-called Massachusetts trust, or association, incorporated or unincorporated, which is organized to carry on business for its own profit or that of its members, and has shares of capital or capital stock or certificates of interest, and any company, trust, so-called Massachusetts trust, or association, incorporated or unincorporated, without shares of capital or capital

stock or certificates of interest, except partnerships, which is organized to carry on business for its own profit or that of its members.

“Documentary evidence” includes all documents, papers, correspondence, books of account, and financial and corporate records.

“Acts to regulate commerce” means subtitle IV of title 49 and the Communications Act of 1934 [47 U.S.C. 151 et seq.] and all Acts amendatory thereof and supplementary thereto.

“Antitrust Acts” means the Act entitled “An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies”, approved July 2, 1890; also sections 73 to 76, inclusive, of an Act entitled “An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes”, approved August 27, 1894; also the Act entitled “An Act to amend sections 73 and 76 of the Act of August 27, 1894, entitled ‘An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes’”, approved February 12, 1913; and also the Act entitled “An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes”, approved October 15, 1914.

“Banks” means the types of banks and other financial institutions referred to in section 57a (f)(2) of this title.

“Foreign law enforcement agency” means—

- (1) any agency or judicial authority of a foreign government, including a foreign state, a political subdivision of a foreign state, or a multinational organization constituted by and comprised of foreign states, that is vested with law enforcement or investigative authority in civil, criminal, or administrative matters; and
- (2) any multinational organization, to the extent that it is acting on behalf of an entity described in paragraph (1).

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 45

§ 45. Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission

(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

(2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 57a (f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a (f)(4) of this title, common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to part A of subtitle VII of title 49, and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended [7 U.S.C. 181 et seq.], except as provided in section 406(b) of said Act [7 U.S.C. 227 (b)], from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

(3) This subsection shall not apply to unfair methods of competition involving commerce with foreign nations (other than import commerce) unless—

(A) such methods of competition have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect—

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

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

(B) such effect gives rise to a claim under the provisions of this subsection, other than this paragraph.

If this subsection applies to such methods of competition only because of the operation of subparagraph (A)(ii), this subsection shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

(4)

(A) For purposes of subsection (a), the term “unfair or deceptive acts or practices” includes such acts or practices involving foreign commerce that—

(i) cause or are likely to cause reasonably foreseeable injury within the United States; or

(ii) involve material conduct occurring within the United States.

(B) All remedies available to the Commission with respect to unfair and deceptive acts or practices shall be available for acts and practices described in this paragraph, including restitution to domestic or foreign victims.

(b) Proceeding by Commission; modifying and setting aside orders

Whenever the Commission shall have reason to believe that any such person, partnership, or corporation has been or is using any unfair method of competition or unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce, and if it shall appear to the Commission that a proceeding by it in respect thereof would be to the interest of the public, it shall issue and serve upon such person, partnership, or corporation a complaint stating its charges in that respect and containing a notice of a hearing upon a day and at a place therein fixed at least thirty days after the service of said complaint. The person, partnership, or corporation so complained of shall have the right to appear at the place and time so fixed and show cause why an order should not be entered by the Commission requiring such person, partnership, or corporation to cease and desist from the violation of the law so charged in said complaint. Any person, partnership, or corporation may make application, and upon good cause shown may be allowed by the Commission to intervene and appear in said proceeding by counsel or in person. The testimony in any such proceeding shall be reduced to writing and filed in the office of the Commission. If upon such hearing the Commission shall be of the opinion that the method of competition or the act or practice in question is prohibited by this subchapter, it shall make a report in writing in which it shall state its findings as to the facts and shall issue and cause to be served on such person, partnership, or corporation an order requiring such person, partnership, or corporation to cease and desist from using such method of competition or such act or practice. Until the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time, or, if a petition for review has been filed within such time then until the record in the proceeding has been filed in a court of appeals of the United States, as hereinafter provided, the Commission may at any time, upon such notice and in such manner as it shall deem proper, modify or set aside, in whole or in part, any report or any order made or issued by it under this section. After the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time, the Commission may at any time, after notice and opportunity for hearing, reopen and alter, modify, or set aside, in whole or in part any report or order made or issued by it under this section, whenever in the opinion of the Commission conditions of fact or of law have so changed as to require such action or if the public interest shall so require, except that

(1) the said person, partnership, or corporation may, within sixty days after service upon him or it of said report or order entered after such a reopening, obtain a review thereof in the appropriate court of appeals of the United States, in the manner provided in subsection (c) of this section; and

(2) in the case of an order, the Commission shall reopen any such order to consider whether such order (including any affirmative relief provision contained in such order) should be altered, modified, or set aside, in whole or in part, if the person, partnership, or corporation involved files a request with the Commission which makes a satisfactory showing that changed conditions of law or fact require such order to be altered, modified, or set aside, in whole or in part. The Commission shall determine whether to alter, modify, or set aside any order of the Commission in response to a request made by a person, partnership, or corporation under paragraph [1] (2) not later than 120 days after the date of the filing of such request.

(c) Review of order; rehearing

Any person, partnership, or corporation required by an order of the Commission to cease and desist from using any method of competition or act or practice may obtain a review of such order in the court of appeals of the United States, within any circuit where the method of competition or the act or practice in question was used or where such person, partnership, or corporation resides or carries on business, by filing in the court, within sixty days from the date of the service of such order, a written petition praying that the order of the Commission be set aside. A copy of such petition shall be forthwith transmitted by the clerk of the court to the Commission, and thereupon the Commission shall file in the court the record in the proceeding, as provided in section 2112 of title 28. Upon such filing of the petition the court shall have jurisdiction of the proceeding and of the question determined therein concurrently with the Commission until the filing of the record and shall have power to make and enter a decree affirming, modifying, or setting aside the order of the Commission, and enforcing the same to the extent that such order is affirmed and to issue such writs as are ancillary to its jurisdiction or are necessary in its judgement to prevent injury to the public or to competitors pendente lite. The findings of the Commission as to the facts, if supported by evidence, shall be conclusive. To the extent that the order of the Commission is affirmed, the court shall thereupon issue its

own order commanding obedience to the terms of such order of the Commission. If either party shall apply to the court for leave to adduce additional evidence, and shall show to the satisfaction of the court that such additional evidence is material and that there were reasonable grounds for the failure to adduce such evidence in the proceeding before the Commission, the court may order such additional evidence to be taken before the Commission and to be adduced upon the hearing in such manner and upon such terms and conditions as to the court may seem proper. The Commission may modify its findings as to the facts, or make new findings, by reason of the additional evidence so taken, and it shall file such modified or new findings, which, if supported by evidence, shall be conclusive, and its recommendation, if any, for the modification or setting aside of its original order, with the return of such additional evidence. The judgment and decree of the court shall be final, except that the same shall be subject to review by the Supreme Court upon certiorari, as provided in section 1254 of title 28.

(d) Jurisdiction of court

Upon the filing of the record with it the jurisdiction of the court of appeals of the United States to affirm, enforce, modify, or set aside orders of the Commission shall be exclusive.

(e) Exemption from liability

No order of the Commission or judgement of court to enforce the same shall in anywise relieve or absolve any person, partnership, or corporation from any liability under the Antitrust Acts.

(f) Service of complaints, orders and other processes; return

Complaints, orders, and other processes of the Commission under this section may be served by anyone duly authorized by the Commission, either

(a) by delivering a copy thereof to the person to be served, or to a member of the

partnership to be served, or the president, secretary, or other executive officer or a director of the corporation to be served; or

(b) by leaving a copy thereof at the residence or the principal office or place of business of such person, partnership, or corporation; or

(c) by mailing a copy thereof by registered mail or by certified mail addressed to such person, partnership, or corporation at his or its residence or principal office or place of

business. The verified return by the person so serving said complaint, order, or other process setting forth the manner of said service shall be proof of the same, and the return post office receipt for said complaint, order, or other process mailed by registered mail or by certified mail as aforesaid shall be proof of the service of the same.

(g) Finality of order

An order of the Commission to cease and desist shall become final—

(1) Upon the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time; but the Commission may thereafter modify or set aside its order to the extent provided in the last sentence of subsection (b).

(2) Except as to any order provision subject to paragraph (4), upon the sixtieth day after such order is served, if a petition for review has been duly filed; except that any such order may be stayed, in whole or in part and subject to such conditions as may be appropriate, by—

(A) the Commission;

(B) an appropriate court of appeals of the United States, if

(i) a petition for review of such order is pending in such court, and

(ii) an application for such a stay was previously submitted to the Commission and the Commission, within the 30-day period beginning on the date the application was received by the Commission, either denied the application or did not grant or deny the application; or

(C) the Supreme Court, if an applicable petition for certiorari is pending.

(3) For purposes of subsection (m)(1)(B) of this section and of section 57b (a)(2) of this title, if a petition for review of the order of the Commission has been filed—

(A) upon the expiration of the time allowed for filing a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals and no petition for certiorari has been duly filed;

(B) upon the denial of a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals; or

(C) upon the expiration of 30 days from the date of issuance of a mandate of the Supreme Court directing that the order of the Commission be affirmed or the petition for review be dismissed.

(4) In the case of an order provision requiring a person, partnership, or corporation to divest itself of stock, other share capital, or assets, if a petition for review of such order of the Commission has been filed—

(A) upon the expiration of the time allowed for filing a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals and no petition for certiorari has been duly filed;

(B) upon the denial of a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals; or

(C) upon the expiration of 30 days from the date of issuance of a mandate of the Supreme Court directing that the order of the Commission be affirmed or the petition for review be dismissed.

(h) Modification or setting aside of order by Supreme Court

If the Supreme Court directs that the order of the Commission be modified or set aside, the order of the Commission rendered in accordance with the mandate of the Supreme Court shall become final upon the expiration of thirty days from the time it was rendered, unless within such thirty days either party has instituted proceedings to have such order corrected to accord with the mandate, in which event the order of the Commission shall become final when so corrected.

(i) Modification or setting aside of order by Court of Appeals

If the order of the Commission is modified or set aside by the court of appeals, and if

(1) the time allowed for filing a petition for certiorari has expired and no such petition has been duly filed, or

(2) the petition for certiorari has been denied, or

(3) the decision of the court has been affirmed by the Supreme Court, then the order of the Commission rendered in accordance with the mandate of the court of appeals shall become final on the expiration of thirty days from the time such order of the Commission was rendered, unless within such thirty days either party has instituted proceedings to have such order corrected so that it will accord with the mandate, in which event the order of the Commission shall become final when so corrected.

(j) Rehearing upon order or remand

If the Supreme Court orders a rehearing; or if the case is remanded by the court of appeals to the Commission for a rehearing, and if

(1) the time allowed for filing a petition for certiorari has expired, and no such petition has been duly filed, or

(2) the petition for certiorari has been denied, or

(3) the decision of the court has been affirmed by the Supreme Court, then the order of the Commission rendered upon such rehearing shall become final in the same manner as though no prior order of the Commission had been rendered.

(k) "Mandate" defined

As used in this section the term "mandate", in case a mandate has been recalled prior to the expiration of thirty days from the date of issuance thereof, means the final mandate.

(l) Penalty for violation of order; injunctions and other appropriate equitable relief

Any person, partnership, or corporation who violates an order of the Commission after it has become final, and while such order is in effect, shall forfeit and pay to the United States a civil penalty of not more than \$10,000 for each violation, which shall accrue to the United States and may be recovered in a civil action brought by the Attorney General of the United States. Each separate violation of such an order shall be a separate offense, except that in a case of a violation through continuing failure to obey or neglect to obey a final order of the Commission, each day of continuance of such failure or neglect shall be deemed a separate offense. In such actions, the United States district courts are empowered to grant mandatory injunctions and such other and further equitable relief as they deem appropriate in the enforcement of such final orders of the Commission.

(m) Civil actions for recovery of penalties for knowing violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices; jurisdiction; maximum amount of penalties; continuing violations; de novo determinations; compromise or settlement procedure

(1)

(A) The Commission may commence a civil action to recover a civil penalty in a district court of the United States against any person, partnership, or corporation which violates

any rule under this chapter respecting unfair or deceptive acts or practices (other than an interpretive rule or a rule violation of which the Commission has provided is not an unfair or deceptive act or practice in violation of subsection (a)(1) of this section) with actual knowledge or knowledge fairly implied on the basis of objective circumstances that such act is unfair or deceptive and is prohibited by such rule. In such action, such person, partnership, or corporation shall be liable for a civil penalty of not more than \$10,000 for each violation.

(B) If the Commission determines in a proceeding under subsection (b) of this section that any act or practice is unfair or deceptive, and issues a final cease and desist order, other than a consent order, with respect to such act or practice, then the Commission may commence a civil action to obtain a civil penalty in a district court of the United States against any person, partnership, or corporation which engages in such act or practice—

(1) after such cease and desist order becomes final (whether or not such person, partnership, or corporation was subject to such cease and desist order), and

(2) with actual knowledge that such act or practice is unfair or deceptive and is unlawful under subsection (a)(1) of this section.

In such action, such person, partnership, or corporation shall be liable for a civil penalty of not more than \$10,000 for each violation.

(C) In the case of a violation through continuing failure to comply with a rule or with subsection (a)(1) of this section, each day of continuance of such failure shall be treated as a separate violation, for purposes of subparagraphs (A) and (B). In determining the amount of such a civil penalty, the court shall take into account the degree of culpability, any history of prior such conduct, ability to pay, effect on ability to continue to do business, and such other matters as justice may require.

(2) If the cease and desist order establishing that the act or practice is unfair or deceptive was not issued against the defendant in a civil penalty action under paragraph (1)(B) the issues of fact in such action against such defendant shall be tried de novo. Upon request of any party to such an action against such defendant, the court shall also review the determination of law made by the Commission in the proceeding under subsection (b) of this section that the act or practice which was the subject of

such proceeding constituted an unfair or deceptive act or practice in violation of subsection (a) of this section.

(3) The Commission may compromise or settle any action for a civil penalty if such compromise or settlement is accompanied by a public statement of its reasons and is approved by the court.

(n) Standard of proof; public policy considerations

The Commission shall have no authority under this section or section 57a of this title to declare unlawful an act or practice on the grounds that such act or practice is unfair unless the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition. In determining whether an act or practice is unfair, the Commission may consider established public policies as evidence to be considered with all other evidence. Such public policy considerations may not serve as a primary basis for such determination.

[1] So in original. Probably should be "clause".

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 45a

§ 45a. Labels on products

To the extent any person introduces, delivers for introduction, sells, advertises, or offers for sale in commerce a product with a "Made in the U.S.A." or "Made in America" label, or the equivalent thereof, in order to represent that such product was in whole or substantial part of domestic origin, such label shall be consistent with decisions and orders of the Federal Trade Commission issued pursuant to section 45 of this title. This section only applies to such labels. Nothing in this section shall preclude the application of other provisions of law relating to labeling. The Commission may periodically consider an appropriate percentage of imported components which may be included in the product and still be reasonably consistent with such decisions and orders. Nothing in this section shall preclude use of such labels for products that contain imported components under the label when the label also discloses such information in a clear and conspicuous manner. The Commission shall administer this section pursuant to

section 45 of this title and may from time to time issue rules pursuant to section 553 of title 5 for such purpose. If a rule is issued, such violation shall be treated by the Commission as a violation of a rule under section 57a of this title regarding unfair or deceptive acts or practices. This section shall be effective upon publication in the Federal Register of a Notice of the provisions of this section. The Commission shall publish such notice within six months after September 13, 1994.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 46

§ 46. Additional powers of Commission

The Commission shall also have power—

(a) Investigation of persons, partnerships, or corporations

To gather and compile information concerning, and to investigate from time to time the organization, business, conduct, practices, and management of any person, partnership, or corporation engaged in or whose business affects commerce, excepting banks, savings and loan institutions described in section 57a (f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a (f)(4) of this title, and common carriers subject to the Act to regulate commerce, and its relation to other persons, partnerships, and corporations.

(b) Reports of persons, partnerships, and corporations

To require, by general or special orders, persons, partnerships, and corporations, engaged in or whose business affects commerce, excepting banks, savings and loan institutions described in section 57a (f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a (f)(4) of this title, and common carriers subject to the Act to regulate commerce, or any class of them, or any of them, respectively, to file with the Commission in such form as the Commission may prescribe annual or special, or both annual and special, reports or answers in writing to specific questions, furnishing to the Commission such information as it may require as to the organization, business, conduct, practices, management, and relation to other corporations, partnerships, and individuals of the respective persons, partnerships, and corporations filing such reports or answers in writing. Such reports and answers shall be made under oath, or otherwise, as the Commission may prescribe, and shall be filed with the Commission within such

reasonable period as the Commission may prescribe, unless additional time be granted in any case by the Commission.

(c) Investigation of compliance with antitrust decrees

Whenever a final decree has been entered against any defendant corporation in any suit brought by the United States to prevent and restrain any violation of the antitrust Acts, to make investigation, upon its own initiative, of the manner in which the decree has been or is being carried out, and upon the application of the Attorney General it shall be its duty to make such investigation. It shall transmit to the Attorney General a report embodying its findings and recommendations as a result of any such investigation, and the report shall be made public in the discretion of the Commission.

(d) Investigations of violations of antitrust statutes

Upon the direction of the President or either House of Congress to investigate and report the facts relating to any alleged violations of the antitrust Acts by any corporation.

(e) Readjustment of business of corporations violating antitrust statutes

Upon the application of the Attorney General to investigate and make recommendations for the readjustment of the business of any corporation alleged to be violating the antitrust Acts in order that the corporation may thereafter maintain its organization, management, and conduct of business in accordance with law.

(f) Publication of information; reports

To make public from time to time such portions of the information obtained by it hereunder as are in the public interest; and to make annual and special reports to the Congress and to submit therewith recommendations for additional legislation; and to provide for the publication of its reports and decisions in such form and manner as may be best adapted for public information and use: Provided, That the Commission shall not have any authority to make public any trade secret or any commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, except that the Commission may disclose such information

(1) to officers and employees of appropriate Federal law enforcement agencies or to any officer or employee of any State law enforcement agency upon the prior certification of an officer of any such Federal or State law enforcement agency that such information

will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes, and

(2) to any officer or employee of any foreign law enforcement agency under the same circumstances that making material available to foreign law enforcement agencies is permitted under section 57b-2 (b) of this title.

(g) Classification of corporations; regulations

From time to time classify corporations and (except as provided in section 57a (a)(2) of this title) to make rules and regulations for the purpose of carrying out the provisions of this subchapter.

(h) Investigations of foreign trade conditions; reports

To investigate, from time to time, trade conditions in and with foreign countries where associations, combinations, or practices of manufacturers, merchants, or traders, or other conditions, may affect the foreign trade of the United States, and to report to Congress thereon, with such recommendations as it deems advisable.

(i) Investigations of foreign antitrust law violations

With respect to the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 [15 U.S.C. 6201 et seq.], to conduct investigations of possible violations of foreign antitrust laws (as defined in section 12 of such Act [15 U.S.C. 6211]).

(j) Investigative assistance for foreign law enforcement agencies

(1) In general

Upon a written request from a foreign law enforcement agency to provide assistance in accordance with this subsection, if the requesting agency states that it is investigating, or engaging in enforcement proceedings against, possible violations of laws prohibiting fraudulent or deceptive commercial practices, or other practices substantially similar to practices prohibited by any provision of the laws administered by the Commission, other than Federal antitrust laws (as defined in section 12(5) of the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 (15 U.S.C. 6211 (5))), to provide the assistance described in paragraph (2) without requiring that the conduct identified in the request constitute a violation of the laws of the United States.

(2) Type of assistance

In providing assistance to a foreign law enforcement agency under this subsection, the Commission may—

(A) conduct such investigation as the Commission deems necessary to collect information and evidence pertinent to the request for assistance, using all investigative powers authorized by this subchapter; and

(B) when the request is from an agency acting to investigate or pursue the enforcement of civil laws, or when the Attorney General refers a request to the Commission from an agency acting to investigate or pursue the enforcement of criminal laws, seek and accept appointment by a United States district court of Commission attorneys to provide assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals on behalf of a foreign law enforcement agency pursuant to section 1782 of title 28.

(3) Criteria for determination

In deciding whether to provide such assistance, the Commission shall consider all relevant factors, including—

(A) whether the requesting agency has agreed to provide or will provide reciprocal assistance to the Commission;

(B) whether compliance with the request would prejudice the public interest of the United States; and

(C) whether the requesting agency's investigation or enforcement proceeding concerns acts or practices that cause or are likely to cause injury to a significant number of persons.

(4) International agreements

If a foreign law enforcement agency has set forth a legal basis for requiring execution of an international agreement as a condition for reciprocal assistance, or as a condition for provision of materials or information to the Commission, the Commission, with prior approval and ongoing oversight of the Secretary of State, and with final approval of the agreement by the Secretary of State, may negotiate and conclude an international agreement, in the name of either the United States or the Commission, for the purpose of obtaining such assistance, materials, or information. The Commission may undertake in such an international agreement to—

(A) provide assistance using the powers set forth in this subsection;

(B) disclose materials and information in accordance with subsection (f) and section 57b–2 (b) of this title; and

(C) engage in further cooperation, and protect materials and information received from disclosure, as authorized by this subchapter.

(5) Additional authority

The authority provided by this subsection is in addition to, and not in lieu of, any other authority vested in the Commission or any other officer of the United States.

(6) Limitation

The authority granted by this subsection shall not authorize the Commission to take any action or exercise any power with respect to a bank, a savings and loan institution described in section 57a (f)(3) of this title, a Federal credit union described in section 57a (f)(4) of this title, or a common carrier subject to the Act to regulate commerce, except in accordance with the undesignated proviso following the last designated subsection of this section.

(7) Assistance to certain countries

The Commission may not provide investigative assistance under this subsection to a foreign law enforcement agency from a foreign state that the Secretary of State has determined, in accordance with section 2405(j) of the Appendix to title 50, has repeatedly provided support for acts of international terrorism, unless and until such determination is rescinded pursuant to section 2405(j)(4) of the Appendix to title 50.

(k) Referral of evidence for criminal proceedings

(1) In general

Whenever the Commission obtains evidence that any person, partnership, or corporation, either domestic or foreign, has engaged in conduct that may constitute a violation of Federal criminal law, to transmit such evidence to the Attorney General, who may institute criminal proceedings under appropriate statutes. Nothing in this paragraph affects any other authority of the Commission to disclose information.

(2) International information

The Commission shall endeavor to ensure, with respect to memoranda of understanding and international agreements it may conclude, that material it has obtained from foreign law enforcement agencies acting to investigate or pursue the enforcement of foreign

criminal laws may be used for the purpose of investigation, prosecution, or prevention of violations of United States criminal laws.

(l) Expenditures for cooperative arrangements

To expend appropriated funds for—

(1) operating expenses and other costs of bilateral and multilateral cooperative law enforcement groups conducting activities of interest to the Commission and in which the Commission participates; and

(2) expenses for consultations and meetings hosted by the Commission with foreign government agency officials, members of their delegations, appropriate representatives and staff to exchange views concerning developments relating to the Commission's mission, development and implementation of cooperation agreements, and provision of technical assistance for the development of foreign consumer protection or competition regimes, such expenses to include necessary administrative and logistic expenses and the expenses of Commission staff and foreign invitees in attendance at such consultations and meetings including—

(A) such incidental expenses as meals taken in the course of such attendance;

(B) any travel and transportation to or from such meetings; and

(C) any other related lodging or subsistence.

Provided, That the exception of “banks, savings and loan institutions described in section 57a (f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a (f)(4) of this title, and common carriers subject to the Act to regulate commerce” from the Commission's powers defined in subsections (a), (b), and (j) of this section, shall not be construed to limit the Commission's authority to gather and compile information, to investigate, or to require reports or answers from, any person, partnership, or corporation to the extent that such action is necessary to the investigation of any person, partnership, or corporation, group of persons, partnerships, or corporations, or industry which is not engaged or is engaged only incidentally in banking, in business as a savings and loan institution, in business as a Federal credit union, or in business as a common carrier subject to the Act to regulate commerce.

The Commission shall establish a plan designed to substantially reduce burdens imposed upon small businesses as a result of requirements established by the

Commission under clause (b) relating to the filing of quarterly financial reports. Such plan shall

(1) be established after consultation with small businesses and persons who use the information contained in such quarterly financial reports;

(2) provide for a reduction of the number of small businesses required to file such quarterly financial reports; and

(3) make revisions in the forms used for such quarterly financial reports for the purpose of reducing the complexity of such forms. The Commission, not later than December 31, 1980, shall submit such plan to the Committee on Commerce, Science, and

Transportation of the Senate and to the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives. Such plan shall take effect not later than October 31, 1981.

No officer or employee of the Commission or any Commissioner may publish or disclose information to the public, or to any Federal agency, whereby any line-of-business data furnished by a particular establishment or individual can be identified. No one other than designated sworn officers and employees of the Commission may examine the line-of-business reports from individual firms, and information provided in the line-of-business program administered by the Commission shall be used only for statistical purposes. Information for carrying out specific law enforcement responsibilities of the Commission shall be obtained under practices and procedures in effect on May 28, 1980, or as changed by law.

Nothing in this section (other than the provisions of clause (c) and clause (d)) shall apply to the business of insurance, except that the Commission shall have authority to conduct studies and prepare reports relating to the business of insurance. The Commission may exercise such authority only upon receiving a request which is agreed to by a majority of the members of the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate or the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives. The authority to conduct any such study shall expire at the end of the Congress during which the request for such study was made.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 46a

§ 46a. Concurrent resolution essential to authorize investigations

After June 16, 1933, no new investigations shall be initiated by the Commission as the result of a legislative resolution, except the same be a concurrent resolution of the two Houses of Congress.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 47

§ 47. Reference of suits under antitrust statutes to Commission

In any suit in equity brought by or under the direction of the Attorney General as provided in the antitrust Acts, the court may, upon the conclusion of the testimony therein, if it shall be then of opinion that the complainant is entitled to relief, refer said suit to the Commission, as a master in chancery, to ascertain and report an appropriate form of decree therein. The Commission shall proceed upon such notice to the parties and under such rules of procedure as the court may prescribe, and upon the coming in of such report such exceptions may be filed and such proceedings had in relation thereto as upon the report of a master in other equity causes, but the court may adopt or reject such report, in whole or in part, and enter such decree as the nature of the case may in its judgment require.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 48

§ 48. Information and assistance from departments

The several departments and bureaus of the Government when directed by the President shall furnish the Commission, upon its request, all records, papers, and information in their possession relating to any corporation subject to any of the provisions of this subchapter, and shall detail from time to time such officials and employees to the Commission as he may direct.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 49

§ 49. Documentary evidence; depositions; witnesses

For the purposes of this subchapter the Commission, or its duly authorized agent or agents, shall at all reasonable times have access to, for the purpose of examination, and the right to copy any documentary evidence of any person, partnership, or corporation being investigated or proceeded against; and the Commission shall have power to require by subpoena the attendance and testimony of witnesses and the production of all such documentary evidence relating to any matter under investigation. Any member of the Commission may sign subpoenas, and members and examiners of the

Commission may administer oaths and affirmations, examine witnesses, and receive evidence.

Such attendance of witnesses, and the production of such documentary evidence, may be required from any place in the United States, at any designated place of hearing.

And in case of disobedience to a subpoena the Commission may invoke the aid of any court of the United States in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of documentary evidence.

Any of the district courts of the United States within the jurisdiction of which such inquiry is carried on may, in case of contumacy or refusal to obey a subpoena issued to any person, partnership, or corporation issue an order requiring such person, partnership, or corporation to appear before the Commission, or to produce documentary evidence if so ordered, or to give evidence touching the matter in question; and any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.

Upon the application of the Attorney General of the United States, at the request of the Commission, the district courts of the United States shall have jurisdiction to issue writs of mandamus commanding any person, partnership, or corporation to comply with the provisions of this subchapter or any order of the Commission made in pursuance thereof.

The Commission may order testimony to be taken by deposition in any proceeding or investigation pending under this subchapter at any stage of such proceeding or investigation. Such depositions may be taken before any person designated by the commission and having power to administer oaths. Such testimony shall be reduced to writing by the person taking the deposition, or under his direction, and shall then be subscribed by the deponent. Any person may be compelled to appear and depose and to produce documentary evidence in the same manner as witnesses may be compelled to appear and testify and produce documentary evidence before the Commission as hereinbefore provided.

Witnesses summoned before the Commission shall be paid the same fees and mileage that are paid witnesses in the courts of the United States and witnesses whose depositions are taken and the persons taking the same shall severally be entitled to the same fees as are paid for like services in the courts of the United States.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 50

§ 50. Offenses and penalties

Any person who shall neglect or refuse to attend and testify, or to answer any lawful inquiry or to produce any documentary evidence, if in his power to do so, in obedience to an order of a district court of the United States directing compliance with the subpoena or lawful requirement of the Commission, shall be guilty of an offense and upon conviction thereof by a court of competent jurisdiction shall be punished by a fine of not less than \$1,000 nor more than \$5,000, or by imprisonment for not more than one year, or by both such fine and imprisonment.

Any person who shall willfully make, or cause to be made, any false entry or statement of fact in any report required to be made under this subchapter, or who shall willfully make, or cause to be made, any false entry in any account, record, or memorandum kept by any person, partnership, or corporation subject to this subchapter, or who shall willfully neglect or fail to make, or to cause to be made, full, true, and correct entries in such accounts, records, or memoranda of all facts and transactions appertaining to the business of such person, partnership, or corporation, or who shall willfully remove out of the jurisdiction of the United States, or willfully mutilate, alter, or by any other means falsify any documentary evidence of such person, partnership, or corporation, or who shall willfully refuse to submit to the Commission or to any of its authorized agents, for the purpose of inspection and taking copies, any documentary evidence of such person, partnership, or corporation in his possession or within his control, shall be deemed guilty of an offense against the United States, and shall be subject, upon conviction in any court of the United States of competent jurisdiction, to a fine of not less than \$1,000 nor more than \$5,000, or to imprisonment for a term of not more than three years, or to both such fine and imprisonment.

If any persons, partnership, or corporation required by this subchapter to file any annual or special report shall fail so to do within the time fixed by the Commission for filing the same, and such failure shall continue for thirty days after notice of such default, the corporation shall forfeit to the United States the sum of \$100 for each and every day of the continuance of such failure, which forfeiture shall be payable into the Treasury of the United States, and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States

brought in the case of a corporation or partnership in the district where the corporation or partnership has its principal office or in any district in which it shall do business, and in the case of any person in the district where such person resides or has his principal place of business. It shall be the duty of the various United States attorneys, under the direction of the Attorney General of the United States, to prosecute for the recovery of the forfeitures. The costs and expenses of such prosecution shall be paid out of the appropriation for the expenses of the courts of the United States.

Any officer or employee of the Commission who shall make public any information obtained by the Commission without its authority, unless directed by a court, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, upon conviction thereof, shall be punished by a fine not exceeding \$5,000, or by imprisonment not exceeding one year, or by fine and imprisonment, in the discretion of the court.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 51

§ 51. Effect on other statutory provisions

Nothing contained in this subchapter shall be construed to prevent or interfere with the enforcement of the provisions of the antitrust Acts or the Acts to regulate commerce, nor shall anything contained in this subchapter be construed to alter, modify, or repeal the said antitrust Acts or the Acts to regulate commerce or any part or parts thereof.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 52

§ 52. Dissemination of false advertisements

(a) Unlawfulness

It shall be unlawful for any person, partnership, or corporation to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement—

- (1) By United States mails, or in or having an effect upon commerce, by any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly the purchase of food, drugs, devices, services, or cosmetics; or
- (2) By any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly, the purchase in or having an effect upon commerce, of food, drugs, devices, services, or cosmetics.

(b) Unfair or deceptive act or practice

The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 45 of this title.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 53

§ 53. False advertisements; injunctions and restraining orders

(a) Power of Commission; jurisdiction of courts

Whenever the Commission has reason to believe—

(1) that any person, partnership, or corporation is engaged in, or is about to engage in, the dissemination or the causing of the dissemination of any advertisement in violation of section 52 of this title, and

(2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission under section 45 of this title, and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or the order of the Commission to cease and desist made thereon has become final within the meaning of section 45 of this title, would be to the interest of the public,

the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States or in the United States court of any Territory, to enjoin the dissemination or the causing of the dissemination of such advertisement.

Upon proper showing a temporary injunction or restraining order shall be granted without bond. Any suit may be brought where such person, partnership, or corporation resides or transacts business, or wherever venue is proper under section 1391 of title 28. In addition, the court may, if the court determines that the interests of justice require that any other person, partnership, or corporation should be a party in such suit, cause such other person, partnership, or corporation to be added as a party without regard to whether venue is otherwise proper in the district in which the suit is brought. In any suit under this section, process may be served on any person, partnership, or corporation wherever it may be found.

(b) Temporary restraining orders; preliminary injunctions

Whenever the Commission has reason to believe—

(1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and

(2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public—

the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States to enjoin any such act or practice. Upon a proper showing that, weighing the equities and considering the Commission's likelihood of ultimate success, such action would be in the public interest, and after notice to the defendant, a temporary restraining order or a preliminary injunction may be granted without bond: Provided, however, That if a complaint is not filed within such period (not exceeding 20 days) as may be specified by the court after issuance of the temporary restraining order or preliminary injunction, the order or injunction shall be dissolved by the court and be of no further force and effect: Provided further, That in proper cases the Commission may seek, and after proper proof, the court may issue, a permanent injunction. Any suit may be brought where such person, partnership, or corporation resides or transacts business, or wherever venue is proper under section 1391 of title 28. In addition, the court may, if the court determines that the interests of justice require that any other person, partnership, or corporation should be a party in such suit, cause such other person, partnership, or corporation to be added as a party without regard to whether venue is otherwise proper in the district in which the suit is brought. In any suit under this section, process may be served on any person, partnership, or corporation wherever it may be found.

(c) Service of process; proof of service

Any process of the Commission under this section may be served by any person duly authorized by the Commission—

(1) by delivering a copy of such process to the person to be served, to a member of the partnership to be served, or to the president, secretary, or other executive officer or a director of the corporation to be served;

(2) by leaving a copy of such process at the residence or the principal office or place of business of such person, partnership, or corporation; or

(3) by mailing a copy of such process by registered mail or certified mail addressed to such person, partnership, or corporation at his, or her, or its residence, principal office, or principal place or business.

The verified return by the person serving such process setting forth the manner of such service shall be proof of the same.

(d) Exception of periodical publications

Whenever it appears to the satisfaction of the court in the case of a newspaper, magazine, periodical, or other publication, published at regular intervals—

(1) that restraining the dissemination of a false advertisement in any particular issue of such publication would delay the delivery of such issue after the regular time therefor, and

(2) that such delay would be due to the method by which the manufacture and distribution of such publication is customarily conducted by the publisher in accordance with sound business practice, and not to any method or device adopted for the evasion of this section or to prevent or delay the issuance of an injunction or restraining order with respect to such false advertisement or any other advertisement, the court shall exclude such issue from the operation of the restraining order or injunction.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 54

§ 54. False advertisements; penalties

(a) Imposition of penalties

Any person, partnership, or corporation who violates any provision of section 52 (a) of this title shall, if the use of the commodity advertised may be injurious to health because of results from such use under the conditions prescribed in the advertisement thereof, or under such conditions as are customary or usual, or if such violation is with intent to defraud or mislead, be guilty of a misdemeanor, and upon conviction shall be punished by a fine of not more than \$5,000 or by imprisonment for not more than six months, or by both such fine and imprisonment; except that if the conviction is for a violation committed after a first conviction of such person, partnership, or corporation, for any violation of such section, punishment shall be by a fine of not more than \$10,000 or by imprisonment for not more than one year, or by both such fine and imprisonment:

Provided, That for the purposes of this section meats and meat food products duly inspected, marked, and labeled in accordance with rules and regulations issued under the Meat Inspection Act [21 U.S.C. 601 et seq.] shall be conclusively presumed not injurious to health at the time the same leave official "establishments."

(b) Exception of advertising medium or agency

No publisher, radio-broadcast licensee, or agency or medium for the dissemination of advertising, except the manufacturer, packer, distributor, or seller of the commodity to which the false advertisement relates, shall be liable under this section by reason of the dissemination by him of any false advertisement, unless he has refused, on the request of the Commission, to furnish the Commission the name and post-office address of the manufacturer, packer, distributor, seller, or advertising agency, residing in the United States, who caused him to disseminate such advertisement. No advertising agency shall be liable under this section by reason of the causing by it of the dissemination of any false advertisement, unless it has refused, on the request of the Commission, to furnish the Commission the name and post-office address of the manufacturer, packer, distributor, or seller, residing in the United States, who caused it to cause the dissemination of such advertisement.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 55

§ 55. Additional definitions

For the purposes of sections 52 to 54 of this title—

(a) False advertisement

(1) The term "false advertisement" means an advertisement, other than labeling, which is misleading in a material respect; and in determining whether any advertisement is misleading, there shall be taken into account (among other things) not only representations made or suggested by statement, word, design, device, sound, or any combination thereof, but also the extent to which the advertisement fails to reveal facts material in the light of such representations or material with respect to consequences which may result from the use of the commodity to which the advertisement relates under the conditions prescribed in said advertisement, or under such conditions as are customary or usual. No advertisement of a drug shall be deemed to be false if it is disseminated only to members of the medical profession, contains no false

representation of a material fact, and includes, or is accompanied in each instance by truthful disclosure of, the formula showing quantitatively each ingredient of such drug.

(2) In the case of oleomargarine or margarine an advertisement shall be deemed misleading in a material respect if in such advertisement representations are made or suggested by statement, word, grade designation, design, device, symbol, sound, or any combination thereof, that such oleomargarine or margarine is a dairy product, except that nothing contained herein shall prevent a truthful, accurate, and full statement in any such advertisement of all the ingredients contained in such oleomargarine or margarine.

(b) Food

The term "food" means

- (1) articles used for food or drink for man or other animals,
- (2) chewing gum, and
- (3) articles used for components of any such article.

(c) Drug

The term "drug" means

- (1) articles recognized in the official United States Pharmacopoeia, official Homoeopathic Pharmacopoeia of the United States, or official National Formulary, or any supplement to any of them; and
- (2) articles intended for use in the diagnosis, cure, mitigation, treatment, or prevention of disease in man or other animals; and
- (3) articles (other than food) intended to affect the structure or any function of the body of man or other animals; and
- (4) articles intended for use as a component of any article specified in clause (1), (2), or (3); but does not include devices or their components, parts, or accessories.

(d) Device

The term "device" (except when used in subsection (a) of this section) means an instrument, apparatus, implement, machine, contrivance, implant, in vitro reagent, or other similar or related article, including any component, part, or accessory, which is—

- (1) recognized in the official National Formulary, or the United States Pharmacopeia, or any supplement to them,
 - (2) intended for use in the diagnosis of disease or other conditions, or in the cure, mitigation, treatment, or prevention of disease, in man or other animals, or
 - (3) intended to affect the structure or any function of the body of man or other animals,
- and
- which does not achieve any of its principal intended purposes through chemical action within or on the body of man or other animals and which is not dependent upon being metabolized for the achievement of any of its principal intended purposes.

(e) Cosmetic

The term “cosmetic” means

- (1) articles to be rubbed, poured, sprinkled, or sprayed on, introduced into, or otherwise applied to the human body or any part thereof intended for cleansing, beautifying, promoting attractiveness, or altering the appearance, and
- (2) articles intended for use as a component of any such article; except that such term shall not include soap.

(f) Oleomargarine or margarine

For the purposes of this section and section 347 of title 21, the term “oleomargarine” or “margarine” includes—

- (1) all substances, mixtures, and compounds known as oleomargarine or margarine;
- (2) all substances, mixtures, and compounds which have a consistence similar to that of butter and which contain any edible oils or fats other than milk fat if made in imitation or semblance of butter.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 56

§ 56. Commencement, defense, intervention and supervision of litigation and appeal by Commission or Attorney General

- (a) Procedure for exercise of authority to litigate or appeal
 - (1) Except as otherwise provided in paragraph (2) or (3), if—
 - (A) before commencing, defending, or intervening in, any civil action involving this subchapter (including an action to collect a civil penalty) which the Commission, or the Attorney General on behalf of the Commission, is authorized to commence, defend, or

intervene in, the Commission gives written notification and undertakes to consult with the Attorney General with respect to such action; and

(B) the Attorney General fails within 45 days after receipt of such notification to commence, defend, or intervene in, such action;

the Commission may commence, defend, or intervene in, and supervise the litigation of, such action and any appeal of such action in its own name by any of its attorneys designated by it for such purpose.

(2) Except as otherwise provided in paragraph (3), in any civil action—

(A) under section 53 of this title (relating to injunctive relief);

(B) under section 57b of this title (relating to consumer redress);

(C) to obtain judicial review of a rule prescribed by the Commission, or a cease and desist order issued under section 45 of this title;

(D) under the second paragraph of section 49 of this title (relating to enforcement of a subpoena) and under the fourth paragraph of such section (relating to compliance with section 46 of this title); or

(E) under section 57b–2a of this title;

the Commission shall have exclusive authority to commence or defend, and supervise the litigation of, such action and any appeal of such action in its own name by any of its attorneys designated by it for such purpose, unless the Commission authorizes the Attorney General to do so. The Commission shall inform the Attorney General of the exercise of such authority and such exercise shall not preclude the Attorney General from intervening on behalf of the United States in such action and any appeal of such action as may be otherwise provided by law.

(3)

(A) If the Commission makes a written request to the Attorney General, within the 10-day period which begins on the date of the entry of the judgment in any civil action in which the Commission represented itself pursuant to paragraph (1) or (2), to represent itself through any of its attorneys designated by it for such purpose before the Supreme Court in such action, it may do so, if—

(i) the Attorney General concurs with such request; or

(ii) the Attorney General, within the 60-day period which begins on the date of the entry of such judgment—

(a) refuses to appeal or file a petition for writ of certiorari with respect to such civil action, in which case he shall give written notification to the Commission of the reasons for such refusal within such 60-day period; or

(b) the Attorney General fails to take any action with respect to the Commission's request.

(B) In any case where the Attorney General represents the Commission before the Supreme Court in any civil action in which the Commission represented itself pursuant to paragraph (1) or (2), the Attorney General may not agree to any settlement, compromise, or dismissal of such action, or confess error in the Supreme Court with respect to such action, unless the Commission concurs.

(C) For purposes of this paragraph (with respect to representation before the Supreme Court), the term "Attorney General" includes the Solicitor General.

(4) If, prior to the expiration of the 45-day period specified in paragraph (1) of this section or a 60-day period specified in paragraph (3), any right of the Commission to commence, defend, or intervene in, any such action or appeal may be extinguished due to any procedural requirement of any court with respect to the time in which any pleadings, notice of appeal, or other acts pertaining to such action or appeal may be taken, the Attorney General shall have one-half of the time required to comply with any such procedural requirement of the court (including any extension of such time granted by the court) for the purpose of commencing, defending, or intervening in the civil action pursuant to paragraph (1) or for the purpose of refusing to appeal or file a petition for writ of certiorari and the written notification or failing to take any action pursuant to paragraph 3(A)(ii).

(5) The provisions of this subsection shall apply notwithstanding chapter 31 of title 28, or any other provision of law.

(b) Certification by Commission to Attorney General for criminal proceedings

Whenever the Commission has reason to believe that any person, partnership, or corporation is liable for a criminal penalty under this subchapter, the Commission shall

certify the facts to the Attorney General, whose duty it shall be to cause appropriate criminal proceedings to be brought.

(c) Foreign litigation

(1) Commission attorneys

With the concurrence of the Attorney General, the Commission may designate Commission attorneys to assist the Attorney General in connection with litigation in foreign courts on particular matters in which the Commission has an interest.

(2) Reimbursement for foreign counsel

The Commission is authorized to expend appropriated funds, upon agreement with the Attorney General, to reimburse the Attorney General for the retention of foreign counsel for litigation in foreign courts and for expenses related to litigation in foreign courts in which the Commission has an interest.

(3) Limitation on use of funds

Nothing in this subsection authorizes the payment of claims or judgments from any source other than the permanent and indefinite appropriation authorized by section 1304 of title 31.

(4) Other authority

The authority provided by this subsection is in addition to any other authority of the Commission or the Attorney General.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57

§ 57. Separability clause

If any provision of this subchapter, or the application thereof to any person, partnership, or corporation, or circumstance, is held invalid, the remainder of this subchapter, and the application of such provisions to any other person, partnership, corporation, or circumstance, shall not be affected thereby.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57a

§ 57a. Unfair or deceptive acts or practices rulemaking proceedings

(a) Authority of Commission to prescribe rules and general statements of policy

(1) Except as provided in subsection (h) of this section, the Commission may prescribe—

(A) interpretive rules and general statements of policy with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title), and

(B) rules which define with specificity acts or practices which are unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title), except that the Commission shall not develop or promulgate any trade rule or regulation with regard to the regulation of the development and utilization of the standards and certification activities pursuant to this section. Rules under this subparagraph may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices.

(2) The Commission shall have no authority under this subchapter, other than its authority under this section, to prescribe any rule with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title). The preceding sentence shall not affect any authority of the Commission to prescribe rules (including interpretive rules), and general statements of policy, with respect to unfair methods of competition in or affecting commerce.

(b) Procedures applicable

(1) When prescribing a rule under subsection (a)(1)(B) of this section, the Commission shall proceed in accordance with section 553 of title 5 (without regard to any reference in such section to sections 556 and 557 of such title), and shall also

(A) publish a notice of proposed rulemaking stating with particularity the text of the rule, including any alternatives, which the Commission proposes to promulgate, and the reason for the proposed rule;

(B) allow interested persons to submit written data, views, and arguments, and make all such submissions publicly available;

(C) provide an opportunity for an informal hearing in accordance with subsection (c) of this section; and

(D) promulgate, if appropriate, a final rule based on the matter in the rulemaking record (as defined in subsection (e)(1)(B) of this section), together with a statement of basis and purpose.

(2)

(A) Prior to the publication of any notice of proposed rulemaking pursuant to paragraph (1)(A), the Commission shall publish an advance notice of proposed rulemaking in the Federal Register. Such advance notice shall—

(i) contain a brief description of the area of inquiry under consideration, the objectives which the Commission seeks to achieve, and possible regulatory alternatives under consideration by the Commission; and

(ii) invite the response of interested parties with respect to such proposed rulemaking, including any suggestions or alternative methods for achieving such objectives.

(B) The Commission shall submit such advance notice of proposed rulemaking to the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate and to the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives. The Commission may use such additional mechanisms as the Commission considers useful to obtain suggestions regarding the content of the area of inquiry before the publication of a general notice of proposed rulemaking under paragraph (1)(A).

(C) The Commission shall, 30 days before the publication of a notice of proposed rulemaking pursuant to paragraph (1)(A), submit such notice to the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate and to the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives.

(3) The Commission shall issue a notice of proposed rulemaking pursuant to paragraph (1)(A) only where it has reason to believe that the unfair or deceptive acts or practices which are the subject of the proposed rulemaking are prevalent. The Commission shall make a determination that unfair or deceptive acts or practices are prevalent under this paragraph only if—

(A) it has issued cease and desist orders regarding such acts or practices, or

(B) any other information available to the Commission indicates a widespread pattern of unfair or deceptive acts or practices.

(c) Informal hearing procedure

The Commission shall conduct any informal hearings required by subsection (b)(1)(C) of this section in accordance with the following procedure:

(1)

(A) The Commission shall provide for the conduct of proceedings under this subsection by hearing officers who shall perform their functions in accordance with the requirements of this subsection.

(B) The officer who presides over the rulemaking proceedings shall be responsible to a chief presiding officer who shall not be responsible to any other officer or employee of the Commission. The officer who presides over the rulemaking proceeding shall make a recommended decision based upon the findings and conclusions of such officer as to all relevant and material evidence, except that such recommended decision may be made by another officer if the officer who presided over the proceeding is no longer available to the Commission.

(C) Except as required for the disposition of ex parte matters as authorized by law, no presiding officer shall consult any person or party with respect to any fact in issue unless such officer gives notice and opportunity for all parties to participate.

(2) Subject to paragraph (3) of this subsection, an interested person is entitled—

(A) to present his position orally or by documentary submission (or both), and
(B) if the Commission determines that there are disputed issues of material fact it is necessary to resolve, to present such rebuttal submissions and to conduct (or have conducted under paragraph (3)(B)) such cross-examination of persons as the Commission determines

(i) to be appropriate, and

(ii) to be required for a full and true disclosure with respect to such issues.

(3) The Commission may prescribe such rules and make such rulings concerning proceedings in such hearings as may tend to avoid unnecessary costs or delay. Such rules or rulings may include

(A) imposition of reasonable time limits on each interested person's oral presentations, and

(B) requirements that any cross-examination to which a person may be entitled under paragraph (2) be conducted by the Commission on behalf of that person in such manner as the Commission determines

(i) to be appropriate, and

(ii) to be required for a full and true disclosure with respect to disputed issues of material fact.

(4)

(A) Except as provided in subparagraph (B), if a group of persons each of whom under paragraphs (2) and (3) would be entitled to conduct (or have conducted) cross-examination and who are determined by the Commission to have the same or similar interests in the proceeding cannot agree upon a single representative of such interests for purposes of cross-examination, the Commission may make rules and rulings

(i) limiting the representation of such interest, for such purposes, and

(ii) governing the manner in which such cross-examination shall be limited.

(B) When any person who is a member of a group with respect to which the Commission has made a determination under subparagraph (A) is unable to agree upon group representation with the other members of the group, then such person shall not be denied under the authority of subparagraph (A) the opportunity to conduct (or have conducted) cross-examination as to issues affecting his particular interests if

(i) he satisfies the Commission that he has made a reasonable and good faith effort to reach agreement upon group representation with the other members of the group and

(ii) the Commission determines that there are substantial and relevant issues which are not adequately presented by the group representative.

(5) A verbatim transcript shall be taken of any oral presentation, and cross-examination, in an informal hearing to which this subsection applies. Such transcript shall be available to the public.

(d) Statement of basis and purpose accompanying rule; "Commission" defined; judicial review of amendment or repeal of rule; violation of rule

(1) The Commission's statement of basis and purpose to accompany a rule promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section shall include

(A) a statement as to the prevalence of the acts or practices treated by the rule;

(B) a statement as to the manner and context in which such acts or practices are unfair or deceptive; and

(C) a statement as to the economic effect of the rule, taking into account the effect on small business and consumers.

(2)

(A) The term "Commission" as used in this subsection and subsections (b) and (c) of this section includes any person authorized to act in behalf of the Commission in any part of the rulemaking proceeding.

(B) A substantive amendment to, or repeal of, a rule promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section shall be prescribed, and subject to judicial review, in the same manner as a rule prescribed under such subsection. An exemption under subsection (g) of this section shall not be treated as an amendment or repeal of a rule.

(3) When any rule under subsection (a)(1)(B) of this section takes effect a subsequent violation thereof shall constitute an unfair or deceptive act or practice in violation of section 45 (a)(1) of this title, unless the Commission otherwise expressly provides in such rule.

(e) Judicial review; petition; jurisdiction and venue; rulemaking record; additional submissions and presentations; scope of review and relief; review by Supreme Court; additional remedies

(1)

(A) Not later than 60 days after a rule is promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section by the Commission, any interested person (including a consumer or consumer organization) may file a petition, in the United States Court of Appeals for the District of Columbia circuit or for the circuit in which such person resides or has his principal place of business, for judicial review of such rule. Copies of the petition shall be forthwith transmitted by the clerk of the court to the Commission or other officer designated by it for that purpose. The provisions of section 2112 of title 28 shall apply to the filing of the rulemaking record of proceedings on which the Commission based its rule and to the transfer of proceedings in the courts of appeals.

(B) For purposes of this section, the term "rulemaking record" means the rule, its statement of basis and purpose, the transcript required by subsection (c)(5) of this section, any written submissions, and any other information which the Commission considers relevant to such rule.

(2) If the petitioner or the Commission applies to the court for leave to make additional oral submissions or written presentations and shows to the satisfaction of the court that

such submissions and presentations would be material and that there were reasonable grounds for the submissions and failure to make such submissions and presentations in the proceeding before the Commission, the court may order the Commission to provide additional opportunity to make such submissions and presentations. The Commission may modify or set aside its rule or make a new rule by reason of the additional submissions and presentations and shall file such modified or new rule, and the rule's statement of basis of purpose, with the return of such submissions and presentations. The court shall thereafter review such new or modified rule.

(3) Upon the filing of the petition under paragraph (1) of this subsection, the court shall have jurisdiction to review the rule in accordance with chapter 7 of title 5 and to grant appropriate relief, including interim relief, as provided in such chapter. The court shall hold unlawful and set aside the rule on any ground specified in subparagraphs (A), (B), (C), or (D) of section 706 (2) of title 5 (taking due account of the rule of prejudicial error), or if—

(A) the court finds that the Commission's action is not supported by substantial evidence in the rulemaking record (as defined in paragraph (1)(B) of this subsection) taken as a whole, or

(B) the court finds that—

(i) a Commission determination under subsection (c) of this section that the petitioner is not entitled to conduct cross-examination or make rebuttal submissions, or

(ii) a Commission rule or ruling under subsection (c) of this section limiting the petitioner's cross-examination or rebuttal submissions, has precluded disclosure of disputed material facts which was necessary for fair determination by the Commission of the rulemaking proceeding taken as a whole. The term "evidence", as used in this paragraph, means any matter in the rulemaking record.

(4) The judgment of the court affirming or setting aside, in whole or in part, any such rule shall be final, subject to review by the Supreme Court of the United States upon certiorari or certification, as provided in section 1254 of title 28.

(5)

(A) Remedies under the preceding paragraphs of this subsection are in addition to and not in lieu of any other remedies provided by law.

(B) The United States Courts of Appeal shall have exclusive jurisdiction of any action to obtain judicial review (other than in an enforcement proceeding) of a rule prescribed under subsection (a)(1)(B) of this section, if any district court of the United States would have had jurisdiction of such action but for this subparagraph. Any such action shall be brought in the United States Court of Appeals for the District of Columbia circuit, or for any circuit which includes a judicial district in which the action could have been brought but for this subparagraph.

(C) A determination, rule, or ruling of the Commission described in paragraph (3)(B)(i) or (ii) may be reviewed only in a proceeding under this subsection and only in accordance with paragraph (3)(B). Section 706 (2)(E) of title 5 shall not apply to any rule promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section. The contents and adequacy of any statement required by subsection (b)(1)(D) of this section shall not be subject to judicial review in any respect.

(f) Unfair or deceptive acts or practices by banks, savings and loan institutions, or Federal credit unions; promulgation of regulations by Board of Governors of Federal Reserve System, Federal Home Loan Bank Board, and National Credit Union Administration Board; agency enforcement and compliance proceedings; violations; power of other Federal agencies unaffected; reporting requirements

(1) In order to prevent unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (including acts or practices which are unfair or deceptive to consumers) by banks or savings and loan institutions described in paragraph (3), each agency specified in paragraph (2) or (3) of this subsection shall establish a separate division of consumer affairs which shall receive and take appropriate action upon complaints with respect to such acts or practices by banks or savings and loan institutions described in paragraph (3) subject to its jurisdiction. The Board of Governors of the Federal Reserve System (with respect to banks) and the Federal Home Loan Bank Board (with respect to savings and loan institutions described in paragraph (3)) and the National Credit Union Administration Board (with respect to Federal credit unions described in paragraph (4)) shall prescribe regulations to carry out the purposes of this section, including

regulations defining with specificity such unfair or deceptive acts or practices, and containing requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices. Whenever the Commission prescribes a rule under subsection (a)(1)(B) of this section, then within 60 days after such rule takes effect each such Board shall promulgate substantially similar regulations prohibiting acts or practices of banks or savings and loan institutions described in paragraph (3), or Federal credit unions described in paragraph (4), as the case may be, which are substantially similar to those prohibited by rules of the Commission and which impose substantially similar requirements, unless

(A) any such Board finds that such acts or practices of banks or savings and loan institutions described in paragraph (3), or Federal credit unions described in paragraph (4), as the case may be, are not unfair or deceptive, or

(B) the Board of Governors of the Federal Reserve System finds that implementation of similar regulations with respect to banks, savings and loan institutions or Federal credit unions would seriously conflict with essential monetary and payments systems policies of such Board, and publishes any such finding, and the reasons therefor, in the Federal Register.

(2) Enforcement.— Compliance with regulations prescribed under this subsection shall be enforced under section 1818 of title 12, in the case of—

(A) national banks and Federal branches and Federal agencies of foreign banks, by the division of consumer affairs established by the Office of the Comptroller of the Currency;

(B) member banks of the Federal Reserve System (other than national banks), branches and agencies of foreign banks (other than Federal branches, Federal agencies, and insured State branches of foreign banks), commercial lending companies owned or controlled by foreign banks, and organizations operating under section 25 or 25(a) [1] of the Federal Reserve Act [12 U.S.C. 601 et seq., 611 et seq.], by the division of consumer affairs established by the Board of Governors of the Federal Reserve System; and

(C) banks insured by the Federal Deposit Insurance Corporation (other [2] banks referred to in subparagraph (A) or (B)) and insured State branches of foreign banks, by

the division of consumer affairs established by the Board of Directors of the Federal Deposit Insurance Corporation.

(3) Compliance with regulations prescribed under this subsection shall be enforced under section 1818 of title 12 with respect to savings associations as defined in section 1813 of title 12.

(4) Compliance with regulations prescribed under this subsection shall be enforced with respect to Federal credit unions under sections 1766 and 1786 of title 12.

(5) For the purpose of the exercise by any agency referred to in paragraph (2) of its powers under any Act referred to in that paragraph, a violation of any regulation prescribed under this subsection shall be deemed to be a violation of a requirement imposed under that Act. In addition to its powers under any provision of law specifically referred to in paragraph (2), each of the agencies referred to in that paragraph may exercise, for the purpose of enforcing compliance with any regulation prescribed under this subsection, any other authority conferred on it by law.

(6) The authority of the Board of Governors of the Federal Reserve System to issue regulations under this subsection does not impair the authority of any other agency designated in this subsection to make rules respecting its own procedures in enforcing compliance with regulations prescribed under this subsection.

(7) Each agency exercising authority under this subsection shall transmit to the Congress each year a detailed report on its activities under this paragraph during the preceding calendar year.

The terms used in this paragraph that are not defined in this subchapter or otherwise defined in section 1813 (s) of title 12 shall have the meaning given to them in section 3101 of title 12.

(g) Exemptions and stays from application of rules; procedures

(1) Any person to whom a rule under subsection (a)(1)(B) of this section applies may petition the Commission for an exemption from such rule.

(2) If, on its own motion or on the basis of a petition under paragraph (1), the Commission finds that the application of a rule prescribed under subsection (a)(1)(B) of this section to any person or class or [3] persons is not necessary to prevent the unfair or deceptive act or practice to which the rule relates, the Commission may exempt such

person or class from all or part of such rule. Section 553 of title 5 shall apply to action under this paragraph.

(3) Neither the pendency of a proceeding under this subsection respecting an exemption from a rule, nor the pendency of judicial proceedings to review the Commission's action or failure to act under this subsection, shall stay the applicability of such rule under subsection (a)(1)(B) of this section.

(h) Restriction on rulemaking authority of Commission respecting children's advertising proceedings pending on May 28, 1980

The Commission shall not have any authority to promulgate any rule in the children's advertising proceeding pending on May 28, 1980, or in any substantially similar proceeding on the basis of a determination by the Commission that such advertising constitutes an unfair act or practice in or affecting commerce.

(i) Meetings with outside parties

(1) For purposes of this subsection, the term "outside party" means any person other than

(A) a Commissioner;

(B) an officer or employee of the Commission; or

(C) any person who has entered into a contract or any other agreement or arrangement with the Commission to provide any goods or services (including consulting services) to the Commission.

(2) Not later than 60 days after May 28, 1980, the Commission shall publish a proposed rule, and not later than 180 days after May 28, 1980, the Commission shall promulgate a final rule, which shall authorize the Commission or any Commissioner to meet with any outside party concerning any rulemaking proceeding of the Commission. Such rule shall provide that—

(A) notice of any such meeting shall be included in any weekly calendar prepared by the Commission; and

(B) a verbatim record or a summary of any such meeting, or of any communication relating to any such meeting, shall be kept, made available to the public, and included in the rulemaking record.

(j) Communications by investigative personnel with staff of Commission concerning matters outside rulemaking record prohibited

Not later than 60 days after May 28, 1980, the Commission shall publish a proposed rule, and not later than 180 days after May 28, 1980, the Commission shall promulgate a final rule, which shall prohibit any officer, employee, or agent of the Commission with any investigative responsibility or other responsibility relating to any rulemaking proceeding within any operating bureau of the Commission, from communicating or causing to be communicated to any Commissioner or to the personal staff of any Commissioner any fact which is relevant to the merits of such proceeding and which is not on the rulemaking record of such proceeding, unless such communication is made available to the public and is included in the rulemaking record. The provisions of this subsection shall not apply to any communication to the extent such communication is required for the disposition of ex parte matters as authorized by law.

[1] See References in Text note below.

[2] So in original. Probably should be "(other than".

[3] So in original. Probably should be "of".

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57b

§ 57b. Civil actions for violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices

(a) Suits by Commission against persons, partnerships, or corporations; jurisdiction; relief for dishonest or fraudulent acts

(1) If any person, partnership, or corporation violates any rule under this subchapter respecting unfair or deceptive acts or practices (other than an interpretive rule, or a rule violation of which the Commission has provided is not an unfair or deceptive act or practice in violation of section 45 (a) of this title), then the Commission may commence a

civil action against such person, partnership, or corporation for relief under subsection (b) of this section in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State.

(2) If any person, partnership, or corporation engages in any unfair or deceptive act or practice (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title) with respect to which the Commission has issued a final cease and desist order which is applicable to such person, partnership, or corporation, then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State. If the Commission satisfies the court that the act or practice to which the cease and desist order relates is one which a reasonable man would have known under the circumstances was dishonest or fraudulent, the court may grant relief under subsection (b) of this section.

(b) Nature of relief available

The court in an action under subsection (a) of this section shall have jurisdiction to grant such relief as the court finds necessary to redress injury to consumers or other persons, partnerships, and corporations resulting from the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be. Such relief may include, but shall not be limited to, rescission or reformation of contracts, the refund of money or return of property, the payment of damages, and public notification respecting the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be; except that nothing in this subsection is intended to authorize the imposition of any exemplary or punitive damages.

(c) Conclusiveness of findings of Commission in cease and desist proceedings; notice of judicial proceedings to injured persons, etc.

(1) If

(A) a cease and desist order issued under section 45 (b) of this title has become final under section 45 (g) of this title with respect to any person's, partnership's, or corporation's rule violation or unfair or deceptive act or practice, and

(B) an action under this section is brought with respect to such person's, partnership's, or corporation's rule violation or act or practice, then the findings of the Commission as to the material facts in the proceeding under section 45 (b) of this title with respect to

such person's, partnership's, or corporation's rule violation or act or practice, shall be conclusive unless

(i) the terms of such cease and desist order expressly provide that the Commission's findings shall not be conclusive, or

(ii) the order became final by reason of section 45 (g)(1) of this title, in which case such finding shall be conclusive if supported by evidence.

(2) The court shall cause notice of an action under this section to be given in a manner which is reasonably calculated, under all of the circumstances, to apprise the persons, partnerships, and corporations allegedly injured by the defendant's rule violation or act or practice of the pendency of such action. Such notice may, in the discretion of the court, be given by publication.

(d) Time for bringing of actions

No action may be brought by the Commission under this section more than 3 years after the rule violation to which an action under subsection (a)(1) of this section relates, or the unfair or deceptive act or practice to which an action under subsection (a)(2) of this section relates; except that if a cease and desist order with respect to any person's, partnership's, or corporation's rule violation or unfair or deceptive act or practice has become final and such order was issued in a proceeding under section 45 (b) of this title which was commenced not later than 3 years after the rule violation or act or practice occurred, a civil action may be commenced under this section against such person, partnership, or corporation at any time before the expiration of one year after such order becomes final.

(e) Availability of additional Federal or State remedies; other authority of Commission unaffected

Remedies provided in this section are in addition to, and not in lieu of, any other remedy or right of action provided by State or Federal law. Nothing in this section shall be construed to affect any authority of the Commission under any other provision of law.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57b-1

§ 57b-1. Civil investigative demands

(a) Definitions

For purposes of this section:

- (1) The terms “civil investigative demand” and “demand” mean any demand issued by the commission under subsection (c)(1) of this section.
- (2) The term “Commission investigation” means any inquiry conducted by a Commission investigator for the purpose of ascertaining whether any person is or has been engaged in any unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title) or in any antitrust violations.
- (3) The term “Commission investigator” means any attorney or investigator employed by the Commission who is charged with the duty of enforcing or carrying into effect any provisions relating to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title) or any provisions relating to antitrust violations.
- (4) The term “custodian” means the custodian or any deputy custodian designated under section 57b–2 (b)(2)(A) of this title.
- (5) The term “documentary material” includes the original or any copy of any book, record, report, memorandum, paper, communication, tabulation, chart, or other document.
- (6) The term “person” means any natural person, partnership, corporation, association, or other legal entity, including any person acting under color or authority of State law.
- (7) The term “violation” means any act or omission constituting an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title) or any antitrust violation.
- (8) The term “antitrust violation” means—
- (A) any unfair method of competition (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title);
 - (B) any violation of the Clayton Act [15 U.S.C. 12 et seq.] or of any other Federal statute that prohibits, or makes available to the Commission a civil remedy with respect to, any restraint upon or monopolization of interstate or foreign trade or commerce;
 - (C) with respect to the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 [15 U.S.C. 6201 et seq.], any violation of any of the foreign antitrust laws (as defined in section 12 of such Act [15 U.S.C. 6211]) with respect to which a request is made under section 3 of such Act [15 U.S.C. 6202]; or

(D) any activity in preparation for a merger, acquisition, joint venture, or similar transaction, which if consummated, may result in any such unfair method of competition or in any such violation.

(b) Actions conducted by Commission respecting unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce

For the purpose of investigations performed pursuant to this section with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title); all actions of the Commission taken under section 46 and section 49 of this title shall be conducted pursuant to subsection (c) of this section.

(c) Issuance of demand; contents; service; verified return; sworn certificate; answers; taking of oral testimony

(1) Whenever the Commission has reason to believe that any person may be in possession, custody, or control of any documentary material or tangible things, or may have any information, relevant to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45 (a)(1) of this title), or to antitrust violations, the Commission may, before the institution of any proceedings under this subchapter, issue in writing, and cause to be served upon such person, a civil investigative demand requiring such person to produce such documentary material for inspection and copying or reproduction, to submit such tangible things, to file written reports or answers to questions, to give oral testimony concerning documentary material or other information, or to furnish any combination of such material, answers, or testimony.

(2) Each civil investigative demand shall state the nature of the conduct constituting the alleged violation which is under investigation and the provision of law applicable to such violation.

(3) Each civil investigative demand for the production of documentary material shall—

(A) describe each class of documentary material to be produced under the demand with such definiteness and certainty as to permit such material to be fairly identified;

(B) prescribe a return date or dates which will provide a reasonable period of time within which the material so demanded may be assembled and made available for inspection and copying or reproduction; and

(C) identify the custodian to whom such material shall be made available.

- (4) Each civil investigative demand for the submission of tangible things shall—
- (A) describe each class of tangible things to be submitted under the demand with such definiteness and certainty as to permit such things to be fairly identified;
 - (B) prescribe a return date or dates which will provide a reasonable period of time within which the things so demanded may be assembled and submitted; and
 - (C) identify the custodian to whom such things shall be submitted.
- (5) Each civil investigative demand for written reports or answers to questions shall—
- (A) propound with definiteness and certainty the reports to be produced or the questions to be answered;
 - (B) prescribe a date or dates at which time written reports or answers to questions shall be submitted; and
 - (C) identify the custodian to whom such reports or answers shall be submitted.
- (6) Each civil investigative demand for the giving of oral testimony shall—
- (A) prescribe a date, time, and place at which oral testimony shall be commenced; and
 - (B) identify a Commission investigator who shall conduct the investigation and the custodian to whom the transcript of such investigation shall be submitted.
- (7)
- (A) Any civil investigative demand may be served by any Commission investigator at any place within the territorial jurisdiction of any court of the United States.
 - (B) Any such demand or any enforcement petition filed under this section may be served upon any person who is not found within the territorial jurisdiction of any court of the United States, in such manner as the Federal Rules of Civil Procedure prescribe for service in a foreign nation.
 - (C) To the extent that the courts of the United States have authority to assert jurisdiction over such person consistent with due process, the United States District Court for the District of Columbia shall have the same jurisdiction to take any action respecting compliance with this section by such person that such district court would have if such person were personally within the jurisdiction of such district court.
- (8) Service of any civil investigative demand or any enforcement petition filed under this section may be made upon a partnership, corporation, association, or other legal entity by—

(A) delivering a duly executed copy of such demand or petition to any partner, executive officer, managing agent, or general agent of such partnership, corporation, association, or other legal entity, or to any agent of such partnership, corporation, association, or other legal entity authorized by appointment or by law to receive service of process on behalf of such partnership, corporation, association, or other legal entity;

(B) delivering a duly executed copy of such demand or petition to the principal office or place of business of the partnership, corporation, association, or other legal entity to be served; or

(C) depositing a duly executed copy in the United States mails, by registered or certified mail, return receipt requested, duly addressed to such partnership, corporation, association, or other legal entity at its principal office or place of business.

(9) Service of any civil investigative demand or of any enforcement petition filed under this section may be made upon any natural person by—

(A) delivering a duly executed copy of such demand or petition to the person to be served; or

(B) depositing a duly executed copy in the United States mails by registered or certified mail, return receipt requested, duly addressed to such person at his residence or principal office or place of business.

(10) A verified return by the individual serving any civil investigative demand or any enforcement petition filed under this section setting forth the manner of such service shall be proof of such service. In the case of service by registered or certified mail, such return shall be accompanied by the return post office receipt of delivery of such demand or enforcement petition.

(11) The production of documentary material in response to a civil investigative demand shall be made under a sworn certificate, in such form as the demand designates, by the person, if a natural person, to whom the demand is directed or, if not a natural person, by any person having knowledge of the facts and circumstances relating to such production, to the effect that all of the documentary material required by the demand and in the possession, custody, or control of the person to whom the demand is directed has been produced and made available to the custodian.

(12) The submission of tangible things in response to a civil investigative demand shall be made under a sworn certificate, in such form as the demand designates, by the person to whom the demand is directed or, if not a natural person, by any person having knowledge of the facts and circumstances relating to such production, to the effect that all of the tangible things required by the demand and in the possession, custody, or control of the person to whom the demand is directed have been submitted to the custodian.

(13) Each reporting requirement or question in a civil investigative demand shall be answered separately and fully in writing under oath, unless it is objected to, in which event the reasons for the objection shall be stated in lieu of an answer, and it shall be submitted under a sworn certificate, in such form as the demand designates, by the person, if a natural person, to whom the demand is directed or, if not a natural person, by any person responsible for answering each reporting requirement or question, to the effect that all information required by the demand and in the possession, custody, control, or knowledge of the person to whom the demand is directed has been submitted.

(14)

(A) Any Commission investigator before whom oral testimony is to be taken shall put the witness on oath or affirmation and shall personally, or by any individual acting under his direction and in his presence, record the testimony of the witness. The testimony shall be taken stenographically and transcribed. After the testimony is fully transcribed, the Commission investigator before whom the testimony is taken shall promptly transmit a copy of the transcript of the testimony to the custodian.

(B) Any Commission investigator before whom oral testimony is to be taken shall exclude from the place where the testimony is to be taken all other persons except the person giving the testimony, his attorney, the officer before whom the testimony is to be taken, and any stenographer taking such testimony.

(C) The oral testimony of any person taken pursuant to a civil investigative demand shall be taken in the judicial district of the United States in which such person resides, is found, or transacts business, or in such other place as may be agreed upon by the

Commission investigator before whom the oral testimony of such person is to be taken and such person.

(D)

(i) Any person compelled to appear under a civil investigative demand for oral testimony pursuant to this section may be accompanied, represented, and advised by an attorney. The attorney may advise such person, in confidence, either upon the request of such person or upon the initiative of the attorney, with respect to any question asked of such person.

(ii) Such person or attorney may object on the record to any question, in whole or in part, and shall briefly state for the record the reason for the objection. An objection may properly be made, received, and entered upon the record when it is claimed that such person is entitled to refuse to answer the question on grounds of any constitutional or other legal right or privilege, including the privilege against self-incrimination. Such person shall not otherwise object to or refuse to answer any question, and shall not himself or through his attorney otherwise interrupt the oral examination. If such person refuses to answer any question, the Commission may petition the district court of the United States pursuant to this section for an order compelling such person to answer such question.

(iii) If such person refuses to answer any question on grounds of the privilege against self-incrimination, the testimony of such person may be compelled in accordance with the provisions of section 6004 of title 18.

(E)

(i) After the testimony of any witness is fully transcribed, the Commission investigator shall afford the witness (who may be accompanied by an attorney) a reasonable opportunity to examine the transcript. The transcript shall be read to or by the witness, unless such examination and reading are waived by the witness. Any changes in form or substance which the witness desires to make shall be entered and identified upon the transcript by the Commission investigator with a statement of the reasons given by the witness for making such changes. The transcript shall then be signed by the witness, unless the witness in writing waives the signing, is ill, cannot be found, or refuses to sign.

(ii) If the transcript is not signed by the witness during the 30-day period following the date upon which the witness is first afforded a reasonable opportunity to examine it, the Commission investigator shall sign the transcript and state on the record the fact of the waiver, illness, absence of the witness, or the refusal to sign, together with any reasons given for the failure to sign.

(F) The Commission investigator shall certify on the transcript that the witness was duly sworn by him and that the transcript is a true record of the testimony given by the witness, and the Commission investigator shall promptly deliver the transcript or send it by registered or certified mail to the custodian.

(G) The Commission investigator shall furnish a copy of the transcript (upon payment of reasonable charges for the transcription) to the witness only, except that the Commission may for good cause limit such witness to inspection of the official transcript of his testimony.

(H) Any witness appearing for the taking of oral testimony pursuant to a civil investigative demand shall be entitled to the same fees and mileage which are paid to witnesses in the district courts of the United States.

(d) Procedures for demand material

Materials received as a result of a civil investigative demand shall be subject to the procedures established in section 57b-2 of this title.

(e) Petition for enforcement

Whenever any person fails to comply with any civil investigative demand duly served upon him under this section, or whenever satisfactory copying or reproduction of material requested pursuant to the demand cannot be accomplished and such person refuses to surrender such material, the Commission, through such officers or attorneys as it may designate, may file, in the district court of the United States for any judicial district in which such person resides, is found, or transacts business, and serve upon such person, a petition for an order of such court for the enforcement of this section. All process of any court to which application may be made as provided in this subsection may be served in any judicial district.

(f) Petition for order modifying or setting aside demand

(1) Not later than 20 days after the service of any civil investigative demand upon any person under subsection (c) of this section, or at any time before the return date specified in the demand, whichever period is shorter, or within such period exceeding 20 days after service or in excess of such return date as may be prescribed in writing, subsequent to service, by any Commission investigator named in the demand, such person may file with the Commission a petition for an order by the Commission modifying or setting aside the demand.

(2) The time permitted for compliance with the demand in whole or in part, as deemed proper and ordered by the Commission, shall not run during the pendency of such petition at the Commission, except that such person shall comply with any portions of the demand not sought to be modified or set aside. Such petition shall specify each ground upon which the petitioner relies in seeking such relief, and may be based upon any failure of the demand to comply with the provisions of this section, or upon any constitutional or other legal right or privilege of such person.

(g) Custodial control of documentary material, tangible things, reports, etc.

At any time during which any custodian is in custody or control of any documentary material, tangible things, reports, answers to questions, or transcripts of oral testimony given by any person in compliance with any civil investigative demand, such person may file, in the district court of the United States for the judicial district within which the office of such custodian is situated, and serve upon such custodian, a petition for an order of such court requiring the performance by such custodian of any duty imposed upon him by this section or section 57b-2 of this title.

(h) Jurisdiction of court

Whenever any petition is filed in any district court of the United States under this section, such court shall have jurisdiction to hear and determine the matter so presented, and to enter such order or orders as may be required to carry into effect the provisions of this section. Any final order so entered shall be subject to appeal pursuant to section 1291 of title 28. Any disobedience of any final order entered under this section by any court shall be punished as a contempt of such court.

(i) Commission authority to issue subpoenas or make demand for information

Notwithstanding any other provision of law, the Commission shall have no authority to issue a subpoena or make a demand for information, under authority of this subchapter or any other provision of law, unless such subpoena or demand for information is signed by a Commissioner acting pursuant to a Commission resolution. The Commission shall not delegate the power conferred by this section to sign subpoenas or demands for information to any other person.

(j) Applicability of this section

The provisions of this section shall not—

(1) apply to any proceeding under section 45 (b) of this title, any proceeding under section 11(b) of the Clayton Act (15 U.S.C. 21 (b)), or any adjudicative proceeding under any other provision of law; or

(2) apply to or affect the jurisdiction, duties, or powers of any agency of the Federal Government, other than the Commission, regardless of whether such jurisdiction, duties, or powers are derived in whole or in part, by reference to this subchapter.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57b–2

§ 57b–2. Confidentiality

(a) Definitions

For purposes of this section:

(1) The term “material” means documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony.

(2) The term “Federal agency” has the meaning given it in section 552 (e) [1] of title 5.

(b) Procedures respecting documents, tangible things, or transcripts of oral testimony received pursuant to compulsory process or investigation

(1) With respect to any document, tangible thing, or transcript of oral testimony received by the Commission pursuant to compulsory process in an investigation, a purpose of which is to determine whether any person may have violated any provision of the laws administered by the Commission, the procedures established in paragraph (2) through paragraph (7) shall apply.

(2)

(A) The Commission shall designate a duly authorized agent to serve as custodian of documentary material, tangible things, or written reports or answers to questions, and

transcripts of oral testimony, and such additional duly authorized agents as the Commission shall determine from time to time to be necessary to serve as deputies to the custodian.

(B) Any person upon whom any demand for the production of documentary material has been duly served shall make such material available for inspection and copying or reproduction to the custodian designated in such demand at the principal place of business of such person (or at such other place as such custodian and such person thereafter may agree or prescribe in writing or as the court may direct pursuant to section 57b-1 (h) of this title) on the return date specified in such demand (or on such later date as such custodian may prescribe in writing). Such person may upon written agreement between such person and the custodian substitute copies for originals of all or any part of such material.

(3)

(A) The custodian to whom any documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony are delivered shall take physical possession of such material, reports or answers, and transcripts, and shall be responsible for the use made of such material, reports or answers, and transcripts, and for the return of material, pursuant to the requirements of this section.

(B) The custodian may prepare such copies of the documentary material, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony, and may make tangible things available, as may be required for official use by any duly authorized officer or employee of the Commission under regulations which shall be promulgated by the Commission. Notwithstanding subparagraph (C), such material, things, and transcripts may be used by any such officer or employee in connection with the taking of oral testimony under this section.

(C) Except as otherwise provided in this section, while in the possession of the custodian, no documentary material, tangible things, reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony shall be available for examination by any individual other than a duly authorized officer or employee of the Commission without the consent of the person who produced the material, things, or transcripts. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either House of the Congress or to any committee or

subcommittee of the Congress, except that the Commission immediately shall notify the owner or provider of any such information of a request for information designated as confidential by the owner or provider.

(D) While in the possession of the custodian and under such reasonable terms and conditions as the Commission shall prescribe—

(i) documentary material, tangible things, or written reports shall be available for examination by the person who produced the material, or by any duly authorized representative of such person; and

(ii) answers to questions in writing and transcripts of oral testimony shall be available for examination by the person who produced the testimony or by his attorney.

(4) Whenever the Commission has instituted a proceeding against a person, partnership, or corporation, the custodian may deliver to any officer or employee of the Commission documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony for official use in connection with such proceeding. Upon the completion of the proceeding, the officer or employee shall return to the custodian any such material so delivered which has not been received into the record of the proceeding.

(5) If any documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony have been produced in the course of any investigation by any person pursuant to compulsory process and—

(A) any proceeding arising out of the investigation has been completed; or

(B) no proceeding in which the material may be used has been commenced within a reasonable time after completion of the examination and analysis of all such material and other information assembled in the course of the investigation; then the custodian shall, upon written request of the person who produced the material, return to the person any such material which has not been received into the record of any such proceeding (other than copies of such material made by the custodian pursuant to paragraph (3)(B)).

(6) The custodian of any documentary material, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony may deliver to any officers or employees of appropriate Federal law enforcement agencies, in response to a written request, copies of such

material for use in connection with an investigation or proceeding under the jurisdiction of any such agency. The custodian of any tangible things may make such things available for inspection to such persons on the same basis. Such materials shall not be made available to any such agency until the custodian received certification of any officer of such agency that such information will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes. Such documentary material, results of inspections of tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony may be used by any officer or employee of such agency only in such manner and subject to such conditions as apply to the Commission under this section. The custodian may make such materials available to any State law enforcement agency upon the prior certification of any officer of such agency that such information will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes. The custodian may make such material available to any foreign law enforcement agency upon the prior certification of an appropriate official of any such foreign law enforcement agency, either by a prior agreement or memorandum of understanding with the Commission or by other written certification, that such material will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes, if—

- (A) the foreign law enforcement agency has set forth a bona fide legal basis for its authority to maintain the material in confidence;
- (B) the materials are to be used for purposes of investigating, or engaging in enforcement proceedings related to, possible violations of—
 - (i) foreign laws prohibiting fraudulent or deceptive commercial practices, or other practices substantially similar to practices prohibited by any law administered by the Commission;
 - (ii) a law administered by the Commission, if disclosure of the material would further a Commission investigation or enforcement proceeding; or
 - (iii) with the approval of the Attorney General, other foreign criminal laws, if such foreign criminal laws are offenses defined in or covered by a criminal mutual legal assistance treaty in force between the government of the United States and the foreign law enforcement agency's government;

(C) the appropriate Federal banking agency (as defined in section 1813 (q) of title 12) or, in the case of a Federal credit union, the National Credit Union Administration, has given its prior approval if the materials to be provided under subparagraph (B) are requested by the foreign law enforcement agency for the purpose of investigating, or engaging in enforcement proceedings based on, possible violations of law by a bank, a savings and loan institution described in section 57a (f)(3) of this title, or a Federal credit union described in section 57a (f)(4) of this title; and

(D) the foreign law enforcement agency is not from a foreign state that the Secretary of State has determined, in accordance with section 2405(j) of the Appendix to title 50, has repeatedly provided support for acts of international terrorism, unless and until such determination is rescinded pursuant to section 2405(j)(4) of the Appendix to title 50. Nothing in the preceding sentence authorizes the disclosure of material obtained in connection with the administration of the Federal antitrust laws or foreign antitrust laws (as defined in paragraphs (5) and (7), respectively, of section 6211 of this title) to any officer or employee of a foreign law enforcement agency.

(7) In the event of the death, disability, or separation from service in the Commission of the custodian of any documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony produced under any demand issued under this subchapter, or the official relief of the custodian from responsibility for the custody and control of such material, the Commission promptly shall—

(A) designate under paragraph (2)(A) another duly authorized agent to serve as custodian of such material; and

(B) transmit in writing to the person who produced the material or testimony notice as to the identity and address of the successor so designated.

Any successor designated under paragraph (2)(A) as a result of the requirements of this paragraph shall have (with regard to the material involved) all duties and responsibilities imposed by this section upon his predecessor in office with regard to such material, except that he shall not be held responsible for any default or dereliction which occurred before his designation.

(c) Information considered confidential

(1) All information reported to or otherwise obtained by the Commission which is not subject to the requirements of subsection (b) of this section shall be considered confidential when so marked by the person supplying the information and shall not be disclosed, except in accordance with the procedures established in paragraph (2) and paragraph (3).

(2) If the Commission determines that a document marked confidential by the person supplying it may be disclosed because it is not a trade secret or commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, within the meaning of section 46 (f) of this title, then the Commission shall notify such person in writing that the Commission intends to disclose the document at a date not less than 10 days after the date of receipt of notification.

(3) Any person receiving such notification may, if he believes disclosure of the document would cause disclosure of a trade secret, or commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, within the meaning of section 46 (f) of this title, before the date set for release of the document, bring an action in the district court of the United States for the district within which the documents are located or in the United States District Court for the District of Columbia to restrain disclosure of the document. Any person receiving such notification may file with the appropriate district court or court of appeals of the United States, as appropriate, an application for a stay of disclosure. The documents shall not be disclosed until the court has ruled on the application for a stay.

(d) Particular disclosures allowed

(1) The provisions of subsection (c) of this section shall not be construed to prohibit—
(A) the disclosure of information to either House of the Congress or to any committee or subcommittee of the Congress, except that the Commission immediately shall notify the owner or provider of any such information of a request for information designated as confidential by the owner or provider;

(B) the disclosure of the results of any investigation or study carried out or prepared by the Commission, except that no information shall be identified nor shall information be disclosed in such a manner as to disclose a trade secret of any person supplying the

trade secret, or to disclose any commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential;

(C) the disclosure of relevant and material information in Commission adjudicative proceedings or in judicial proceedings to which the Commission is a party; or

(D) the disclosure to a Federal agency of disaggregated information obtained in accordance with section 3512 [1] of title 44, except that the recipient agency shall use such disaggregated information for economic, statistical, or policymaking purposes only, and shall not disclose such information in an individually identifiable form.

(2) Any disclosure of relevant and material information in Commission adjudicative proceedings or in judicial proceedings to which the Commission is a party shall be governed by the rules of the Commission for adjudicative proceedings or by court rules or orders, except that the rules of the Commission shall not be amended in a manner inconsistent with the purposes of this section.

(e) Effect on other statutory provisions limiting disclosure

Nothing in this section shall supersede any statutory provision which expressly prohibits or limits particular disclosures by the Commission, or which authorizes disclosures to any other Federal agency.

(f) Exemption from public disclosure

(1) In general

Any material which is received by the Commission in any investigation, a purpose of which is to determine whether any person may have violated any provision of the laws administered by the Commission, and which is provided pursuant to any compulsory process under this subchapter or which is provided voluntarily in place of such compulsory process shall not be required to be disclosed under section 552 of title 5 or any other provision of law, except as provided in paragraph (2)(B) of this section.

(2) Material obtained from a foreign source

(A) In general

Except as provided in subparagraph (B) of this paragraph, the Commission shall not be required to disclose under section 552 of title 5 or any other provision of law—

(i) any material obtained from a foreign law enforcement agency or other foreign government agency, if the foreign law enforcement agency or other foreign government

agency has requested confidential treatment, or has precluded such disclosure under other use limitations, as a condition of providing the material;

(ii) any material reflecting a consumer complaint obtained from any other foreign source, if that foreign source supplying the material has requested confidential treatment as a condition of providing the material; or

(iii) any material reflecting a consumer complaint submitted to a Commission reporting mechanism sponsored in part by foreign law enforcement agencies or other foreign government agencies.

(B) Savings provision

Nothing in this subsection shall authorize the Commission to withhold information from the Congress or prevent the Commission from complying with an order of a court of the United States in an action commenced by the United States or the Commission.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57b–2a

§ 57b–2a. Confidentiality and delayed notice of compulsory process for certain third parties

(a) Application with other laws

The Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3401 et seq.) and chapter 121 of title 18 shall apply with respect to the Commission, except as otherwise provided in this section.

(b) Procedures for delay of notification or prohibition of disclosure

The procedures for delay of notification or prohibition of disclosure under the Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3401 et seq.) and chapter 121 of title 18, including procedures for extensions of such delays or prohibitions, shall be available to the Commission, provided that, notwithstanding any provision therein—

(1) a court may issue an order delaying notification or prohibiting disclosure (including extending such an order) in accordance with the procedures of section 1109 of the Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3409) (if notification would otherwise be required under that Act), or section 2705 of title 18 (if notification would otherwise be required under chapter 121 of that title), if the presiding judge or magistrate judge finds that there is reason to believe that such notification or disclosure may cause an adverse result as defined in subsection (g) of this section; and

(2) if notification would otherwise be required under chapter 121 of title 18, the Commission may delay notification (including extending such a delay) upon the execution of a written certification in accordance with the procedures of section 2705 of that title if the Commission finds that there is reason to believe that notification may cause an adverse result as defined in subsection (g) of this section.

(c) Ex parte application by Commission

(1) In general

If neither notification nor delayed notification by the Commission is required under the Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3401 et seq.) or chapter 121 of title 18, the Commission may apply ex parte to a presiding judge or magistrate judge for an order prohibiting the recipient of compulsory process issued by the Commission from disclosing to any other person the existence of the process, notwithstanding any law or regulation of the United States, or under the constitution, or any law or regulation, of any State, political subdivision of a State, territory of the United States, or the District of Columbia. The presiding judge or magistrate judge may enter such an order granting the requested prohibition of disclosure for a period not to exceed 60 days if there is reason to believe that disclosure may cause an adverse result as defined in subsection (g). The presiding judge or magistrate judge may grant extensions of this order of up to 30 days each in accordance with this subsection, except that in no event shall the prohibition continue in force for more than a total of 9 months.

(2) Application

This subsection shall apply only in connection with compulsory process issued by the Commission where the recipient of such process is not a subject of the investigation or proceeding at the time such process is issued.

(3) Limitation

No order issued under this subsection shall prohibit any recipient from disclosing to a Federal agency that the recipient has received compulsory process from the Commission.

(d) No liability for failure to notify

If neither notification nor delayed notification by the Commission is required under the Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3401 et seq.) or chapter 121 of title 18, the

recipient of compulsory process issued by the Commission under this subchapter shall not be liable under any law or regulation of the United States, or under the constitution, or any law or regulation, of any State, political subdivision of a State, territory of the United States, or the District of Columbia, or under any contract or other legally enforceable agreement, for failure to provide notice to any person that such process has been issued or that the recipient has provided information in response to such process.

The preceding sentence does not exempt any recipient from liability for—

- (1) the underlying conduct reported;
- (2) a failure to comply with the record retention requirements under section 1104(c) of the Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3404[c]), where applicable; or
- (3) any failure to comply with any obligation the recipient may have to disclose to a Federal agency that the recipient has received compulsory process from the Commission or intends to provide or has provided information to the Commission in response to such process.

(e) Venue and procedure

(1) In general

All judicial proceedings initiated by the Commission under the Right to Financial Privacy Act (12 U.S.C. 3401 et seq.), chapter 121 of title 18, or this section may be brought in the United States District Court for the District of Columbia or any other appropriate United States District Court. All ex parte applications by the Commission under this section related to a single investigation may be brought in a single proceeding.

(2) In camera proceedings

Upon application by the Commission, all judicial proceedings pursuant to this section shall be held in camera and the records thereof sealed until expiration of the period of delay or such other date as the presiding judge or magistrate judge may permit.

(f) Section not to apply to antitrust investigations or proceedings

This section shall not apply to an investigation or proceeding related to the administration of Federal antitrust laws or foreign antitrust laws (as defined in paragraphs (5) and (7), respectively, of section 6211 of this title).

(g) Adverse result defined

For purposes of this section the term “adverse result” means—

- (1) endangering the life or physical safety of an individual;
- (2) flight from prosecution;
- (3) the destruction of, or tampering with, evidence;
- (4) the intimidation of potential witnesses; or
- (5) otherwise seriously jeopardizing an investigation or proceeding related to fraudulent or deceptive commercial practices or persons involved in such practices, or unduly delaying a trial related to such practices or persons involved in such practices, including, but not limited to, by—
 - (A) the transfer outside the territorial limits of the United States of assets or records related to fraudulent or deceptive commercial practices or related to persons involved in such practices;
 - (B) impeding the ability of the Commission to identify persons involved in fraudulent or deceptive commercial practices, or to trace the source or disposition of funds related to such practices; or
 - (C) the dissipation, fraudulent transfer, or concealment of assets subject to recovery by the Commission.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57b–2b

§ 57b–2b. Protection for voluntary provision of information

(a) In general

- (1) No liability for providing certain material

An entity described in paragraphs (2) or (3) of subsection (d) that voluntarily provides material to the Commission that such entity reasonably believes is relevant to—

- (A) a possible unfair or deceptive act or practice, as defined in section 45 (a) of this title; or
- (B) assets subject to recovery by the Commission, including assets located in foreign jurisdictions;

shall not be liable to any person under any law or regulation of the United States, or under the constitution, or any law or regulation, of any State, political subdivision of a State, territory of the United States, or the District of Columbia, for such provision of

material or for any failure to provide notice of such provision of material or of intention to so provide material.

(2) Limitations

Nothing in this subsection shall be construed to exempt any such entity from liability—

- (A) for the underlying conduct reported; or
- (B) to any Federal agency for providing such material or for any failure to comply with any obligation the entity may have to notify a Federal agency prior to providing such material to the Commission.

(b) Certain financial institutions

An entity described in paragraph (1) of subsection (d) shall, in accordance with section 5318 (g)(3) of title 31, be exempt from liability for making a voluntary disclosure to the Commission of any possible violation of law or regulation, including—

- (1) a disclosure regarding assets, including assets located in foreign jurisdictions—
 - (A) related to possibly fraudulent or deceptive commercial practices;
 - (B) related to persons involved in such practices; or
 - (C) otherwise subject to recovery by the Commission; or
- (2) a disclosure regarding suspicious chargeback rates related to possibly fraudulent or deceptive commercial practices.

(c) Consumer complaints

Any entity described in subsection (d) that voluntarily provides consumer complaints sent to it, or information contained therein, to the Commission shall not be liable to any person under any law or regulation of the United States, or under the constitution, or any law or regulation, of any State, political subdivision of a State, territory of the United States, or the District of Columbia, for such provision of material or for any failure to provide notice of such provision of material or of intention to so provide material. This subsection shall not provide any exemption from liability for the underlying conduct.

(d) Application

This section applies to the following entities, whether foreign or domestic:

- (1) A financial institution as defined in section 5312 of title 31.
- (2) To the extent not included in paragraph (1), a bank or thrift institution, a commercial bank or trust company, an investment company, a credit card issuer, an operator of a

credit card system, and an issuer, redeemer, or cashier of travelers' checks, money orders, or similar instruments.

(3) A courier service, a commercial mail receiving agency, an industry membership organization, a payment system provider, a consumer reporting agency, a domain name registrar or registry acting as such, and a provider of alternative dispute resolution services.

(4) An Internet service provider or provider of telephone services.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57b-3

§ 57b-3. Rulemaking process

(a) Definitions

For purposes of this section:

(1) The term "rule" means any rule promulgated by the Commission under section 46 or section 57a of this title, except that such term does not include interpretive rules, rules involving Commission management or personnel, general statements of policy, or rules relating to Commission organization, procedure, or practice. Such term does not include any amendment to a rule unless the Commission—

(A) estimates that such amendment will have an annual effect on the national economy of \$100,000,000 or more;

(B) estimates that such amendment will cause a substantial change in the cost or price of goods or services which are used extensively by particular industries, which are supplied extensively in particular geographic regions, or which are acquired in significant quantities by the Federal Government, or by State or local governments; or

(C) otherwise determines that such amendment will have a significant impact upon persons subject to regulation under such amendment and upon consumers.

(2) The term "rulemaking" means any Commission process for formulating or amending a rule.

(b) Notice of proposed rulemaking; regulatory analysis; contents; issuance

(1) In any case in which the Commission publishes notice of a proposed rulemaking, the Commission shall issue a preliminary regulatory analysis relating to the proposed rule involved. Each preliminary regulatory analysis shall contain—

(A) a concise statement of the need for, and the objectives of, the proposed rule;

(B) a description of any reasonable alternatives to the proposed rule which may accomplish the stated objective of the rule in a manner consistent with applicable law; and

(C) for the proposed rule, and for each of the alternatives described in the analysis, a preliminary analysis of the projected benefits and any adverse economic effects and any other effects, and of the effectiveness of the proposed rule and each alternative in meeting the stated objectives of the proposed rule.

(2) In any case in which the Commission promulgates a final rule, the Commission shall issue a final regulatory analysis relating to the final rule. Each final regulatory analysis shall contain—

(A) a concise statement of the need for, and the objectives of, the final rule;

(B) a description of any alternatives to the final rule which were considered by the Commission;

(C) an analysis of the projected benefits and any adverse economic effects and any other effects of the final rule;

(D) an explanation of the reasons for the determination of the Commission that the final rule will attain its objectives in a manner consistent with applicable law and the reasons the particular alternative was chosen; and

(E) a summary of any significant issues raised by the comments submitted during the public comment period in response to the preliminary regulatory analysis, and a summary of the assessment by the Commission of such issues.

(3)

(A) In order to avoid duplication or waste, the Commission is authorized to—

(i) consider a series of closely related rules as one rule for purposes of this subsection; and

(ii) whenever appropriate, incorporate any data or analysis contained in a regulatory analysis issued under this subsection in the statement of basis and purpose to accompany any rule promulgated under section 57a (a)(1)(B) of this title, and incorporate by reference in any preliminary or final regulatory analysis information contained in a notice of proposed rulemaking or a statement of basis and purpose.

(B) The Commission shall include, in each notice of proposed rulemaking and in each publication of a final rule, a statement of the manner in which the public may obtain copies of the preliminary and final regulatory analyses. The Commission may charge a reasonable fee for the copying and mailing of regulatory analyses. The regulatory analyses shall be furnished without charge or at a reduced charge if the Commission determines that waiver or reduction of the fee is in the public interest because furnishing the information primarily benefits the general public.

(4) The Commission is authorized to delay the completion of any of the requirements established in this subsection by publishing in the Federal Register, not later than the date of publication of the final rule involved, a finding that the final rule is being promulgated in response to an emergency which makes timely compliance with the provisions of this subsection impracticable. Such publication shall include a statement of the reasons for such finding.

(5) The requirements of this subsection shall not be construed to alter in any manner the substantive standards applicable to any action by the Commission, or the procedural standards otherwise applicable to such action.

(c) Judicial review

(1) The contents and adequacy of any regulatory analysis prepared or issued by the Commission under this section, including the adequacy of any procedure involved in such preparation or issuance, shall not be subject to any judicial review in any court, except that a court, upon review of a rule pursuant to section 57a (e) of this title, may set aside such rule if the Commission has failed entirely to prepare a regulatory analysis.

(2) Except as specified in paragraph (1), no Commission action may be invalidated, remanded, or otherwise affected by any court on account of any failure to comply with the requirements of this section.

(3) The provisions of this subsection do not alter the substantive or procedural standards otherwise applicable to judicial review of any action by the Commission.

(d) Regulatory agenda; contents; publication dates in Federal Register

(1) The Commission shall publish at least semiannually a regulatory agenda. Each regulatory agenda shall contain a list of rules which the Commission intends to propose or promulgate during the 12-month period following the publication of the agenda. On

the first Monday in October of each year, the Commission shall publish in the Federal Register a schedule showing the dates during the current fiscal year on which the semiannual regulatory agenda of the Commission will be published.

(2) For each rule listed in a regulatory agenda, the Commission shall—

(A) describe the rule;

(B) state the objectives of and the legal basis for the rule; and

(C) specify any dates established or anticipated by the Commission for taking action, including dates for advance notice of proposed rulemaking, notices of proposed rulemaking, and final action by the Commission.

(3) Each regulatory agenda shall state the name, office address, and office telephone number of the Commission officer or employee responsible for responding to any inquiry relating to each rule listed.

(4) The Commission shall not propose or promulgate a rule which was not listed on a regulatory agenda unless the Commission publishes with the rule an explanation of the reasons the rule was omitted from such agenda.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57c

§ 57c. Authorization of appropriations

There are authorized to be appropriated to carry out the functions, powers, and duties of the Commission not to exceed \$92,700,000 for fiscal year 1994; not to exceed \$99,000,000 for fiscal year 1995; not to exceed \$102,000,000 for fiscal year 1996; not to exceed \$107,000,000 for fiscal year 1997; and not to exceed \$111,000,000 for fiscal year 1998.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57c-1

§ 57c-1. Staff exchanges

(a) In general

The Commission may—

(1) retain or employ officers or employees of foreign government agencies on a temporary basis as employees of the Commission pursuant to section 42 of this title or section 3101 or section 3109 of title 5; and

(2) detail officers or employees of the Commission to work on a temporary basis for appropriate foreign government agencies.

(b) Reciprocity and reimbursement

The staff arrangements described in subsection (a) need not be reciprocal. The Commission may accept payment or reimbursement, in cash or in kind, from a foreign government agency to which this section is applicable, or payment or reimbursement made on behalf of such agency, for expenses incurred by the Commission, its members, and employees in carrying out such arrangements.

(c) Standards of conduct

A person appointed under subsection (a)(1) shall be subject to the provisions of law relating to ethics, conflicts of interest, corruption, and any other criminal or civil statute or regulation governing the standards of conduct for Federal employees that are applicable to the type of appointment.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 57c-2

§ 57c-2. Reimbursement of expenses

The Commission may accept payment or reimbursement, in cash or in kind, from a domestic or foreign law enforcement agency, or payment or reimbursement made on behalf of such agency, for expenses incurred by the Commission, its members, or employees in carrying out any activity pursuant to a statute administered by the Commission without regard to any other provision of law. Any such payments or reimbursements shall be considered a reimbursement to the appropriated funds of the Commission.

TITLE 15 > CHAPTER 2 > SUBCHAPTER I > § 58

§ 58. Short title

This subchapter may be cited as the "Federal Trade Commission Act".

ศูนย์วิทยุตำรวจ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ง.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ง. Bank Holding Company Act's Anti-Tying Provision

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1971

§ 1971. Definitions

As used in this chapter, the terms “bank”, “bank holding company”, “subsidiary”, and “Board” have the meaning ascribed to such terms in section 1841 of this title. For purposes of this chapter only, the term “company”, as used in section 1841 of this title, means any person, estate, trust, partnership, corporation, association, or similar organization, but does not include any corporation the majority of the shares of which are owned by the United States or by any State. The term “trust service” means any service customarily performed by a bank trust department. For purposes of this chapter, a financial subsidiary of a national bank engaging in activities pursuant to section 24a (a) of this title shall be deemed to be a subsidiary of a bank holding company, and not a subsidiary of a bank.

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1972

§ 1972. Certain tying arrangements prohibited; correspondent accounts

- (1) A bank shall not in any manner extend credit, lease or sell property of any kind, or furnish any service, or fix or vary the consideration for any of the foregoing, on the condition or requirement—
- (A) that the customer shall obtain some additional credit, property, or service from such bank other than a loan, discount, deposit, or trust service;
 - (B) that the customer shall obtain some additional credit, property, or service from a bank holding company of such bank, or from any other subsidiary of such bank holding company;
 - (C) that the customer provide some additional credit, property, or service to such bank, other than those related to and usually provided in connection with a loan, discount, deposit, or trust service;
 - (D) that the customer provide some additional credit, property, or service to a bank holding company of such bank, or to any other subsidiary of such bank holding company; or
 - (E) that the customer shall not obtain some other credit, property, or service from a competitor of such bank, a bank holding company of such bank, or any subsidiary of

such bank holding company, other than a condition or requirement that such bank shall reasonably impose in a credit transaction to assure the soundness of the credit.

The Board may by regulation or order permit such exceptions to the foregoing prohibition and the prohibitions of section 1843 (f)(9) and 1843 (h)(2) of this title as it considers will not be contrary to the purposes of this chapter.

(2)

(A) No bank which maintains a correspondent account in the name of another bank shall make an extension of credit to an executive officer or director of, or to any person who directly or indirectly or acting through or in concert with one or more persons owns, controls, or has the power to vote more than 10 per centum of any class of voting securities of, such other bank or to any related interest of such person unless such extension of credit is made on substantially the same terms, including interest rates and collateral as those prevailing at the time for comparable transactions with other persons and does not involve more than the normal risk of repayment or present other unfavorable features.

(B) No bank shall open a correspondent account at another bank while such bank has outstanding an extension of credit to an executive officer or director of, or other person who directly or indirectly or acting through or in concert with one or more persons owns, controls, or has the power to vote more than 10 per centum of any class of voting securities of, the bank desiring to open the account or to any related interest of such person, unless such extension of credit was made on substantially the same terms, including interest rates and collateral as those prevailing at the time for comparable transactions with other persons and does not involve more than the normal risk of repayment or present other unfavorable features.

(C) No bank which maintains a correspondent account at another bank shall make an extension of credit to an executive officer or director of, or to any person who directly or indirectly acting through or in concert with one or more persons owns, controls, or has the power to vote more than 10 per centum of any class of voting securities of, such other bank or to any related interest of such person, unless such extension of credit is made on substantially the same terms, including interest rates and collateral as those

prevailing at the time for comparable transactions with other persons and does not involve more than the normal risk of repayment or present other unfavorable features.

(D) No bank which has outstanding an extension of credit to an executive officer or director of, or to any person who directly or indirectly or acting through or in concert with one or more persons owns, controls, or has the power to vote more than 10 per centum of any class of voting securities of, another bank or to any related interest of such person shall open a correspondent account at such other bank, unless such extension of credit was made on substantially the same terms, including interest rates and collateral as those prevailing at the time for comparable transactions with other persons and does not involve more than the normal risk of repayment or present other unfavorable features.

(E) For purposes of this paragraph, the term “extension of credit” shall have the meaning prescribed by the Board pursuant to section 375b of this title, and the term “executive officer” shall have the same meaning given it under section 375a of this title.

(F) Civil money penalty.—

(i) First tier.— Any bank which, and any institution-affiliated party (within the meaning of section 1813 (u) of this title) with respect to such bank who, violates any provision of this paragraph shall forfeit and pay a civil penalty of not more than \$5,000 for each day during which such violation continues.

(ii) Second tier.— Notwithstanding clause (i), any bank which, and any institution-affiliated party (within the meaning of section 1813 (u) of this title) with respect to such bank who—

(I)

(aa) commits any violation described in clause (i);

(bb) recklessly engages in an unsafe or unsound practice in conducting the affairs of such bank; or

(cc) breaches any fiduciary duty;

(II) which violation, practice, or breach—

(aa) is part of a pattern of misconduct;

(bb) causes or is likely to cause more than a minimal loss to such bank; or

(cc) results in pecuniary gain or other benefit to such party,

shall forfeit and pay a civil penalty of not more than \$25,000 for each day during which such violation, practice, or breach continues.

(iii) Third tier.— Notwithstanding clauses (i) and (ii), any bank which, and any institution-affiliated party (within the meaning of section 1813 (u) of this title) with respect to such bank who—

(I) knowingly—

(aa) commits any violation described in clause (i);

(bb) engages in any unsafe or unsound practice in conducting the affairs of such bank;
or

(cc) breaches any fiduciary duty; and

(II) knowingly or recklessly causes a substantial loss to such bank or a substantial pecuniary gain or other benefit to such party by reason of such violation, practice, or breach,

shall forfeit and pay a civil penalty in an amount not to exceed the applicable maximum amount determined under clause (iv) for each day during which such violation, practice, or breach continues.

(iv) Maximum amounts of penalties for any violation described in clause (iii).—The maximum daily amount of any civil penalty which may be assessed pursuant to clause (iii) for any violation, practice, or breach described in such clause is—

(I) in the case of any person other than a bank, an amount not to exceed \$1,000,000;
and

(II) in the case of a bank, an amount not to exceed the lesser of—

(aa) \$1,000,000; or

(bb) 1 percent of the total assets of such bank.

(v) Assessment; etc.— Any penalty imposed under clause (i), (ii), or (iii) may be assessed and collected—

(I) in the case of a national bank, by the Comptroller of the Currency;

(II) in the case of a State member bank, by the Board; and

(III) in the case of an insured nonmember State bank, by the Federal Deposit Insurance Corporation,

in the manner provided in subparagraphs (E), (F), (G), and (I) of section 1818 (i)(2) of this title for penalties imposed (under such section) and any such assessment shall be subject to the provisions of such section.

(vi) Hearing.— The bank or other person against whom any penalty is assessed under this subparagraph shall be afforded an agency hearing if such bank or person submits a request for such hearing within 20 days after the issuance of the notice of assessment. Section 1818 (h) of this title shall apply to any proceeding under this subparagraph.

(vii) Disbursement.— All penalties collected under authority of this subsection shall be deposited into the Treasury.

(viii) “Violate” defined.— For purposes of this paragraph, the term “violate” includes any action (alone or with another or others) for or toward causing, bringing about, participating in, counseling, or aiding or abetting a violation.

(ix) Regulations.— The Comptroller of the Currency, the Board, and the Federal Deposit Insurance Corporation shall prescribe regulations establishing such procedures as may be necessary to carry out this subparagraph.

(G) For the purpose of this paragraph—

(i) the term “bank” includes a mutual savings bank, a savings bank, and a savings association (as those terms are defined in section 1813 of this title);

(ii) the term “related interests of such persons” includes any company controlled by such executive officer, director, or person, or any political or campaign committee the funds or services of which will benefit such executive officer, director, or person or which is controlled by such executive officer, director, or person; and

(iii) the terms “control of a company” and “company” have the same meaning as under section 375b of this title.

(H) Notice Under This Section After Separation From Service.— The resignation, termination of employment or participation, or separation of an institution-affiliated party (within the meaning of section 1813 (u) of this title) with respect to such a bank (including a separation caused by the closing of such a bank) shall not affect the jurisdiction and authority of the appropriate Federal banking agency to issue any notice and proceed under this section against any such party, if such notice is served before the end of the 6-year period beginning on the date such party ceased to be such a party

with respect to such bank (whether such date occurs before, on, or after August 9, 1989).

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1973

§ 1973. Jurisdiction of courts; duty of United States attorneys; equitable proceedings; petition; expedition of cases; temporary restraining orders; bringing in additional parties; subpoenas

The district courts of the United States have jurisdiction to prevent and restrain violations of section 1972 of this title and it is the duty of the United States attorneys, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. The proceedings may be by way of a petition setting forth the case and praying that the violation be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of have been duly notified of the petition, the court shall proceed, as soon as possible, to the hearing and determination of the case. While the petition is pending, and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as it deems just. Whenever it appears to the court that the ends of justice require that other parties be brought before it, the court may cause them to be summoned whether or not they reside in the district in which the court is held, and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof.

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1974

§ 1974. Actions by United States; subpoenas for witnesses

In any action brought by or on behalf of the United States under section 1972 of this title, subpoenas for witnesses may run into any district, but no writ of subpoena may issue for witnesses living out of the district in which the court is held at a greater distance than one hundred miles from the place of holding the same without the prior permission of the trial court upon proper application and cause shown.

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1975

§ 1975. Civil actions by persons injured; jurisdiction and venue; amount of recovery
Any person who is injured in his business or property by reason of anything forbidden in section 1972 of this title may sue therefor in any district court of the United States in which the defendant resides or is found or has an agent, without regard to the amount in controversy, and shall be entitled to recover three times the amount of the damages sustained by him, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1976**§ 1976. Injunctive relief for persons against threatened loss or damages; equitable proceedings; preliminary injunctions**

Any person may sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by reason of a violation of section 1972 of this title, under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity and under the rules governing such proceedings. Upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue.

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1977**§ 1977. Limitation of actions; suspension of limitations**

(1) Subject to paragraph (2) of this section, any action to enforce any cause of action under this chapter shall be forever barred unless commenced within four years after the cause of action accrued.

(2) Whenever any enforcement action is instituted by or on behalf of the United States with respect to any matter which is or could be the subject of a private right of action under this chapter, the running of the statute of limitations in respect of every private right of action arising under this chapter and based in whole or in part on such matter shall be suspended during the pendency of the enforcement action so instituted and for one year thereafter: Provided, That whenever the running of the statute of limitations in respect of a cause of action arising under this chapter is suspended under this paragraph, any action to enforce such cause of action shall be forever barred unless commenced either within the period of suspension or within the four-year period referred to in paragraph (1) of this section.

TITLE 12 > CHAPTER 22 > § 1978**§ 1978. Actions under other Federal or State laws unaffected; regulations or orders barred as a defense**

Nothing contained in this chapter shall be construed as affecting in any manner the right of the United States or any other party to bring an action under any other law of the United States or of any State, including any right which may exist in addition to specific

statutory authority, challenging the legality of any act or practice which may be proscribed by this chapter. No regulation or order issued by the Board under this chapter shall in any manner constitute a defense to such action.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก จ.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก จ. EC Treaty Article 81-82

Article 81

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

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

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.

Article 82

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

Such abuse may, in particular, consist in:

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



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก จ.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ฉ. Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints

Official Journal C 291, 13/10/2000 P. 0001 - 0044

1.2. Positive effects of vertical restraints

(116) While trying to give a fair overview of the various justifications for vertical restraints, these Guidelines do not claim to be complete or exhaustive. The following reasons may justify the application of certain vertical restraints:

(8) "Uniformity and quality standardisation". A vertical restraint may help to increase sales by creating a brand image and thereby increasing the attractiveness of a product to the final consumer by imposing a certain measure of uniformity and quality standardisation on the distributors. This can for instance be found in selective distribution and franchising.

(117) The eight situations mentioned in paragraph 116 make clear that under certain conditions vertical agreements are likely to help realise efficiencies and the development of new markets and that this may offset possible negative effects. The case is in general strongest for vertical restraints of a limited duration which help the introduction of new complex products or protect relationship-specific investments. A vertical restraint is sometimes necessary for as long as the supplier sells his product to the buyer (see in particular the situations described in paragraph 116, points (1), (5), (6) and (8)).

(118) There is a large measure of substitutability between the different vertical restraints. This means that the same inefficiency problem can be solved by different vertical restraints. For instance, economies of scale in distribution may possibly be achieved by using exclusive distribution, selective distribution, quantity forcing or exclusive purchasing. This is important as the negative effects on competition may differ between the various vertical restraints. This plays a role when indispensability is discussed under Article 81(3).

2.7. Tying

(215) Tying exists when the supplier makes the sale of one product conditional upon the purchase of another distinct product from the supplier or someone designated by the latter. The first product is referred to as the tying product and the second is referred to as the tied product. If the tying is not objectively justified by the nature of the products or commercial usage, such practice may constitute an abuse within the meaning of Article 82^{*}. Article 81 may apply to horizontal agreements or concerted practices between competing suppliers which make the sale of one product conditional upon the purchase of another distinct product. Tying may also constitute a vertical restraint falling under Article 81 where it results in a single branding type of obligation (see paragraphs 138 to 160) for the tied product. Only the latter situation is dealt with in these Guidelines.

(216) What is to be considered as a distinct product is determined first of all by the demand of the buyers. Two products are distinct if, in the absence of tying, from the buyers' perspective, the products are purchased by them on two different markets. For instance, since customers want to buy shoes with laces, it has become commercial usage for shoe manufacturers to supply shoes with laces. Therefore, the sale of shoes with laces is not a tying practice. Often combinations have become accepted practice because the nature of the product makes it technically difficult to supply one product without the supply of another product.

(217) The main negative effect of tying on competition is possible foreclosure on the market of the tied product. Tying means that there is at least a form of quantity-forcing on the buyer in respect of the tied product. Where in addition a non-compete obligation is agreed in respect of the tied product, this increases the possible foreclosure effect on the market of the tied product. Tying may also lead to supra-competitive prices, especially in three situations. Firstly, when the tying and tied product are partly substitutable for the buyer. Secondly, when the tying allows price

^{*} Judgment of the Court of Justice in Case C-333/94 P Tetrapak v Commission [1996] ECR I-5951, paragraph 37.

discrimination according to the use the customer makes of the tying product, for example the tying of ink cartridges to the sale of photocopying machines (metering). Thirdly, when in the case of long-term contracts or in the case of after-markets with original equipment with a long replacement time, it becomes difficult for the customers to calculate the consequences of the tying. Lastly, tying may also lead to higher entry barriers both on the market of the tying and on the market of the tied product.

(218) Tying is exempted by Article 2(1) read in conjunction with Article 3 of the Block Exemption Regulation when the market share of the supplier on both the market of the tied product and the market of the tying product does not exceed 30 %. It may be combined with other non-hardcore vertical restraints such as non-compete or quantity forcing in respect of the tying product, or exclusive purchasing. Above the market share threshold the following guidance is provided for the assessment of tying in individual cases.

(219) The market position of the supplier on the market of the tying product is obviously of main importance to assess possible anti-competitive effects. In general this type of agreement is imposed by the supplier. The importance of the supplier on the market of the tying product is the main reason why a buyer may find it difficult to refuse a tying obligation.

(220) To assess the supplier's market power, the market position of his competitors on the market of the tying product is important. As long as his competitors are sufficiently numerous and strong, no anti-competitive effects can be expected, as buyers have sufficient alternatives to purchase the tying product without the tied product, unless other suppliers are applying similar tying. In addition, entry barriers on the market of the tying product are relevant to establish the market position of the supplier. When tying is combined with a non-compete obligation in respect of the tying product, this considerably strengthens the position of the supplier.

(221) Buying power is relevant, as important buyers will not easily be forced to accept tying without obtaining at least part of the possible efficiencies. Tying not based

on efficiency is therefore mainly a risk where buyers do not have significant buying power.

(222) Where appreciable anti-competitive effects are established, the question of a possible exemption under Article 81(3) arises as long as the company is not dominant. Tying obligations may help to produce efficiencies arising from joint production or joint distribution. Where the tied product is not produced by the supplier, an efficiency may also arise from the supplier buying large quantities of the tied product. For tying to be exemptable, it must, however, be shown that at least part of these cost reductions are passed on to the consumer. Tying is therefore normally not exemptable when the retailer is able to obtain, on a regular basis, supplies of the same or equivalent products on the same or better conditions than those offered by the supplier which applies the tying practice. Another efficiency may exist where tying helps to ensure a certain uniformity and quality standardisation (see efficiency 8 in paragraph 116). However, it needs to be demonstrated that the positive effects cannot be realised equally efficiently by requiring the buyer to use or resell products satisfying minimum quality standards, without requiring the buyer to purchase these from the supplier or someone designated by the latter. The requirements concerning minimum quality standards would not normally fall within Article 81(1). Where the supplier of the tying product imposes on the buyer the suppliers from which the buyer must purchase the tied product, for instance because the formulation of minimum quality standards is not possible, this may also fall outside Article 81(1), especially where the supplier of the tying product does not derive a direct (financial) benefit from designating the suppliers of the tied product.

(223) The effect of supra-competitive prices is considered anti-competitive in itself. The effect of foreclosure depends on the tied percentage of total sales on the market of the tied product. On the question of what can be considered appreciable foreclosure under Article 81(1), the analysis for single branding can be applied. Above the 30 % market share threshold exemption of tying is unlikely, unless there are clear efficiencies that are transmitted, at least in part, to consumers. Exemption is even less

likely when tying is combined with non-compete, either in respect of the tied or in respect of the tying product.

(224) Withdrawal of the block exemption is likely where no efficiencies result from tying or where such efficiencies are not passed on to the consumer (see paragraph 222). Withdrawal is also likely in the case of a cumulative effect where a majority of the suppliers apply similar tying arrangements without the possible efficiencies being transmitted at least in part to consumers.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ซ.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข. Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations

April 2007

Chapter I Substantive Standards of Antitrust Law**C. Exclusionary Conduct**

12. In general, standards for applying Section 2 of the Sherman Act's broad proscription against anticompetitive conduct should be clear and predictable in application, administrable, and designed to minimize overdeterrence and underdeterrence, both of which impair consumer welfare.
13. Congress should not amend Section 2 of the Sherman Act. Standards currently employed by U.S. courts for determining whether single-firm conduct is unlawfully exclusionary are generally appropriate. Although it is possible to disagree with the decisions in particular cases, in general the courts have appropriately recognized that vigorous competition, the aggressive pursuit of business objectives, and the realization of efficiencies not available to competitors are generally not improper, even for a "dominant" firm and even where competitors might be disadvantaged.
14. Additional clarity and improvement are best achieved through the continued evolution of the law in the courts. Public discourse and continued research will also aid in the development of consensus in the courts regarding the proper legal standards to evaluate the likely competitive effects of bundling and unilateral refusals to deal with a rival in the same market.
15. Additional clarity and improvement in Sherman Act Section 2 legal standards are desirable, particularly with respect to areas where there is currently a lack of clear and consistent standards, such as bundling and whether and in what circumstances (if any) a monopolist has a duty to deal with rivals.
16. The lack of clear standards regarding bundling, as reflected in *LePage's v. 3M*, may discourage conduct that is procompetitive or competitively neutral and thus may actually harm consumer welfare.
17. Courts should adopt a three-part test to determine whether bundled discounts or rebates violate Section 2 of the Sherman Act. To prove a violation of Section 2,

a plaintiff should be required to show each one of the following elements (as well as other elements of a Section 2 claim): (1) after allocating all discounts and rebates attributable to the entire bundle of products to the competitive product, the defendant sold the competitive product below its incremental cost for the competitive product; (2) the defendant is likely to recoup these short-term losses; and (3) the bundled discount or rebate program has had or is likely to have an adverse effect on competition.*

18. In general, firms have no duty to deal with a rival in the same market.**
19. Market power should not be presumed from a patent, copyright, or trademark in antitrust tying cases.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* Commissioners Carlton and Garza join this recommendation with qualifications.



ภาคผนวก ซ.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ช. พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๕๒

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๒ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๒

เป็นปีที่ ๕๔ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า โดยปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้า และป้องกันการผูกขาด

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๗ ประกอบกับมาตรา ๓๑ มาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ มาตรา ๔๕ มาตรา ๔๘ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๕๒”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ .ในพระราชบัญญัตินี้

“ธุรกิจ” หมายความว่า กิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และให้หมายความรวมถึงกิจการอื่นที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

“การเงิน” หมายความว่า การธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุนและธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ และธุรกิจหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้าหรือผู้ให้บริการในธุรกิจ

“สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่อาจใช้ในการอุปโภคหรือบริโภค รวมทั้งเอกสารแสดงสิทธิในสิ่งของ

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงาน

“ราคา” หมายความว่า ราคาสินค้า และให้หมายความรวมถึงค่าตอบแทนสำหรับการให้บริการด้วย

“ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

“กรรมการ” หมายความว่า กรรมการการแข่งขันทางการค้า

“เลขาธิการ” หมายความว่า เลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

- (๑) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น
- (๒) รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

(๓) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(๔) ธุรกิจตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง ซึ่งอาจกำหนดให้ยกเว้นการใช้บังคับทั้งฉบับหรือแต่เฉพาะบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดของพระราชบัญญัตินี้ได้

มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในส่วนที่เป็นกิจการในทางการเงิน ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการร่วมกัน และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ที่กบออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้และออกประกาศตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

มาตรา ๖ ให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจหรือการบริหารราชการแผ่นดิน มีจำนวนไม่น้อยกว่าแปดคนแต่ไม่เกินสิบสองคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิภาคเอกชนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการเป็นกรรมการและเลขานุการ

การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง

มาตรา ๘ ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (๑) เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้
- (๒) ประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของธุรกิจใดที่ถือว่าผู้ประกอบการธุรกิจที่อยู่ในเกณฑ์ดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด
- (๓) พิจารณาเรื่องร้องเรียนตามมาตรา ๑๔ (๕)

- (๔) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บหรือนำสินค้าไปเป็นตัวอย่างเพื่อตรวจสอบหรือตรวจวิเคราะห์ตามมาตรา ๑๙ (๓)
- (๕) ออกประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ตามมาตรา ๒๖ วรรคสอง
- (๖) สั่งการตามมาตรา ๓๐ และมาตรา ๓๑ ให้ผู้ประกอบการธุรกิจระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำ
- (๗) ออกประกาศกำหนดแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตกระทำการรวมธุรกิจ หรือร่วมกันลดหรือจำกัดการแข่งขันตามมาตรา ๓๕
- (๘) พิจารณาคำขออนุญาตกระทำการรวมธุรกิจ หรือร่วมกันลดหรือจำกัดการแข่งขันที่ยื่นตามมาตรา ๓๕
- (๙) เชิญบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย คำแนะนำหรือความเห็น
- (๑๐) สอดส่องและเฝ้าระวังคณะกรรมการสอบสวนในการสอบสวนการกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้
- (๑๑) กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการดำเนินงานของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้
- (๑๒) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการ
- (๑๓) พิจารณาดำเนินคดีอาญาตามผู้เสียหายร้องทุกข์ตามมาตรา ๕๕
- มาตรา ๙** ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา ๖ มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปี
- เมื่อครบกำหนดตามวาระดังกล่าวในวาระหนึ่ง หากยังมีได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระนั้นอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับแต่งตั้งใหม่เข้ารับหน้าที่
- กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้แต่จะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้
- มาตรา ๑๐** ให้นำความในมาตรา ๗๕ มาตรา ๗๖ มาตรา ๗๗ มาตรา ๗๘ มาตรา ๗๙ มาตรา ๘๐ มาตรา ๘๑ มาตรา ๘๒ และมาตรา ๘๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับกับการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ การพ้นจากตำแหน่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และการประชุมของคณะกรรมการโดยอนุโลม และให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๗ ด้วย

มาตรา ๑๑ คณะกรรมการจะแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้รับมอบหมายแล้วรายงานต่อคณะกรรมการก็ได้

มาตรา ๑๒ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องขึ้น คณะหนึ่งหรือหลายคณะ โดยในแต่ละคณะประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องที่เกี่ยวข้อง และมีความรู้และประสบการณ์ด้านต่าง ๆ เช่น นิติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ วิศวกรรมศาสตร์ เกษตรศาสตร์ แพทย์ศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบัญชี หรือการบริหารธุรกิจ มีจำนวนไม่น้อยกว่าสี่คนแต่ไม่เกินหกคน เป็นอนุกรรมการ และให้ผู้แทนกรรมการค้ำภายในเป็นอนุกรรมการและเลขานุการ

ให้คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องเลือกอนุกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานอนุกรรมการ

มาตรา ๑๓ ให้คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องมีหน้าที่พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการตามที่คณะกรรมการมอบหมายในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) เรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาด การรวมธุรกิจ การลดหรือการจำกัดการแข่งขันตามมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ และมาตรา ๒๙

(๒) การพิจารณาคำขออนุญาตให้มีการรวมธุรกิจ การลดหรือจำกัดการแข่งขันตามมาตรา ๓๗

(๓) เรื่องอื่นตามที่คณะกรรมการขอให้พิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

เพื่อประโยชน์แห่งพระราชบัญญัตินี้ คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องอาจเสนอความเห็นหรือข้อเสนอแนะต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องมีอำนาจมีหนังสือเรียกบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดเพื่อประกอบการพิจารณาได้

มาตรา ๑๔ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการสอบสวนขึ้นคณะหนึ่งหรือหลายคณะ โดยในแต่ละคณะประกอบด้วยผู้ซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางคดีอาญาหนึ่งคน ซึ่งแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจ หรือข้าราชการอัยการ และข้าราชการซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ เกษตรศาสตร์ หรือการบัญชี อีกไม่เกินสี่คนเป็นอนุกรรมการ และให้ผู้แทนกรรมการค้ำภายในเป็นอนุกรรมการและเลขานุการ

ให้คณะอนุกรรมการสอบสวนมีอำนาจหน้าที่สืบสวนและสอบสวนเกี่ยวกับการ

กระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และเมื่อได้ดำเนินการแล้วให้เสนอความเห็นต่อ คณะกรรมการเพื่อพิจารณาต่อไป

ให้คณะอนุกรรมการสอบสวนเลือกอนุกรรมการคนหนึ่งเป็นประธาน อนุกรรมการ

มาตรา ๑๕ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กรรมการและอนุกรรมการ สอบสวนตามมาตรา ๑๔ มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานสอบสวนตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา ๑๖ ในกรณีที่คณะกรรมการมีความเห็นควรสั่งฟ้องไปยังพนักงานอัยการ การแย้งคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ประธานกรรมการเป็นผู้ใช้อำนาจของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณี

มาตรา ๑๗ ให้นำความในมาตรา ๙ และมาตรา ๑๐ มาใช้บังคับกับ คณะอนุกรรมการ คณะอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง และคณะอนุกรรมการสอบสวนโดยอนุโลม

หมวด ๒

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

มาตรา ๑๘ ให้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าขึ้นใน กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ โดยมีอธิบดีกรมการค้าภายในเป็นเลขาธิการเป็น ผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของสำนักงานและมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (๑) ดำเนินงานธุรการของคณะกรรมการ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และ คณะอนุกรรมการซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้ง
- (๒) กำหนดระเบียบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานของสำนักงานคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้า
- (๓) ติดตามความเคลื่อนไหวและสอดส่องพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจแล้ว รายงานต่อคณะกรรมการ
- (๔) ศึกษา วิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับสินค้า การบริการ และพฤติกรรมในการ ประกอบธุรกิจ รวมทั้งเสนอแนะแนวทางและให้ความเห็นในการป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาด การรวมธุรกิจ การลดและการจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจต่อคณะกรรมการ
- (๕) รับเรื่องร้องเรียนที่บุคคลใดอ้างว่าได้มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้และ

พิจารณากลับกรองเพื่อนำเสนอคณะกรรมการพิจารณา ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

(๖) ประสานกับส่วนราชการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้

(๗) ปฏิบัติการตามประกาศ ระเบียบ และมติของคณะกรรมการ และปฏิบัติการตามที่คณะกรรมการ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ หรือคณะอนุกรรมการซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งมอบหมาย

มาตรา ๑๙ ในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดังต่อไปนี้

(๑) มีหนังสือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ แฉ่งข้อเท็จจริงหรือทำคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือให้ส่งบัญชี ทะเบียน เอกสาร หรือหลักฐานใดเพื่อตรวจสอบหรือเพื่อประกอบการพิจารณา

(๒) เข้าไปในสถานที่ทำการ สถานที่ผลิต สถานที่จำหน่าย สถานที่รับซื้อ สถานที่เก็บสินค้า สถานที่ให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหรือของบุคคลใด หรือสถานที่อื่นที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ เพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ หรือเพื่อตรวจค้นและยึดพยานหลักฐานหรือทรัพย์สินที่อาจจับได้ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือจับกุมผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ต้องมีหมายค้นในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำในสถานที่

(ข) บุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้า ขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไปหรือมีเหตุอันแน่นแฟ้นควรสงสัยว่าได้ซุกซ่อนในสถานที่

(ค) เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าพยานหลักฐาน หรือทรัพย์สินที่อาจจับได้ตามพระราชบัญญัตินี้ อยู่ในสถานที่ ประกอบทั้งต้องมีเหตุอันควรเชื่อว่า เนื่องจากการเน้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้ พยานหลักฐานหรือทรัพย์สินจะถูกโยกย้าย ซุกซ่อน ทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนแปลงสภาพไปจากเดิม

(ง) เมื่อผู้จะต้องถูกจับเป็นเจ้าของสถานที่ และการจับนั้นมีหมายจับหรือจับได้โดยไม่ต้องมีหมาย

ในการนี้ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริง หรือเรียกบัญชี ทะเบียน เอกสาร หรือหลักฐานอื่นจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือจากบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง ตลอดจนสั่งให้บุคคลดังกล่าวซึ่งอยู่ในสถานที่นั้นปฏิบัติการเท่าที่จำเป็น

(๓) เก็บหรือนำสินค้าในปริมาณพอสมควรไปเป็นตัวอย่าง เพื่อตรวจสอบหรือ

ตรวจวิเคราะห์โดยไม่ต้องชำระราคาสินค้านั้น ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

(๔) อายัดเอกสาร บัญชี ทะเบียน หรือหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ และดำเนินคดีตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๒๐ ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องอำนวยความสะดวกตามสมควร

มาตรา ๒๑ ในการปฏิบัติหน้าที่พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง

บัตรประจำตัวให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๒๒ หนังสือเรียกตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม มาตรา ๑๙ (๑) หรือมาตรา ๔๔ (๓) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่นำส่ง ณ ภูมิลำเนาหรือสถานที่ทำการของบุคคล ซึ่งระบุไว้ในหนังสือเรียก ในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตกหรือในเวลาทำการของบุคคลนั้น หรือจะส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับก็ได้

ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่นำส่งตามวรรคหนึ่งแล้ว แต่บุคคลซึ่งระบุไว้ในหนังสือเรียกปฏิเสธไม่ยอมรับหนังสือเรียกโดยปราศจากเหตุอันสมควร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ขอให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจไปเป็นพยาน เพื่อวางหนังสือเรียกไว้ ณ ที่นั้น แต่ถ้าไม่พบบุคคลซึ่งระบุไว้ในหนังสือเรียก ณ ภูมิลำเนาหรือสถานที่ทำการของบุคคลนั้น จะส่งให้แก่บุคคลใดซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วซึ่งอยู่หรือทำงานในบ้านเรือนหรือสถานที่ทำการนั้นก็ได้อีก และถ้าไม่พบบุคคลใดหรือพบแต่ไม่มีบุคคลโดยยอมรับไว้แทน ให้ปิดหนังสือเรียกนั้นไว้ในที่ที่เห็นได้ง่าย ณ ภูมิลำเนาหรือสถานที่ทำการนั้นต่อหน้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจที่ไปเป็นพยาน

เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองแล้ว ให้ถือว่าบุคคลซึ่งระบุไว้ในหนังสือเรียกได้รับหนังสือเรียกนั้นแล้ว ถ้าเป็นการปิดหนังสือเรียก ให้ถือว่าได้รับหนังสือเรียกนั้นเมื่อครบกำหนดห้าวันนับแต่วันปิดหนังสือเรียก แต่ถ้าเป็นการส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ให้ถือว่าได้รับหนังสือเรียกนั้นเมื่อครบกำหนดห้าวันนับแต่วันรับ

มาตรา ๒๓ ในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กรรมการ กรรมการพิจารณาอุทธรณ์ อนุกรรมการ เลขานุการ และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๒๔ เพื่อประโยชน์ในการจับกุมผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเช่นเดียวกับพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การจับกุมผู้กระทำความผิดให้กระทำได้โดยไม่ต้องมีหมายจับเมื่อปรากฏว่ามี การกระทำความผิดซึ่งหน้า หรือมีเหตุอื่นที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้ พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ

หมวด ๓ การป้องกันการผูกขาด

มาตรา ๒๕ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการใน ลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (๑) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็น ธรรม
- (๒) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม อย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การ ซื้อหรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือ ให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (๓) ระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลด ปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(๔) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

มาตรา ๒๖ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการรวมธุรกิจ อันอาจก่อให้เกิดการ ผูกขาดหรือความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจา นุเบกษา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การประกาศกำหนดของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุว่าจะให้บังคับแก่การ รวมธุรกิจที่มีผลให้มีส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย จำนวนทุน จำนวนหุ้น หรือจำนวนสินทรัพย์ไม่ น้อยกว่าจำนวนเท่าใด

การรวมธุรกิจตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึง

- (๑) การที่ผู้ผลิตรวมกับผู้ผลิต ผู้จำหน่ายรวมกับผู้จำหน่าย ผู้ผลิตรวมกับผู้ จำหน่าย หรือผู้บริกรวมกับผู้บริการ อันจะมีผลให้สถานะของธุรกิจหนึ่งคงอยู่และธุรกิจหนึ่ง ลื่นสุดลงหรือเกิดเป็นธุรกิจใหม่ขึ้น
- (๒) การเข้าซื้อสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนของธุรกิจอื่นเพื่อควบคุมนโยบาย

การบริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

(๓) การเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของบริษัทอื่นเพื่อควบคุมนโยบายการ

บริหารธุรกิจ การอำนวยความสะดวก หรือการจัดการ

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขอต่อคณะกรรมการตาม

มาตรา ๓๕

มาตรา ๒๗ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจได้ร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดราคาขายสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการขายสินค้าหรือบริการ

(๒) กำหนดราคาซื้อสินค้าหรือบริการเป็นราคาเดียวกัน หรือตามที่ตกลงกัน หรือจำกัดปริมาณการรับซื้อสินค้าหรือบริการ

(๓) ทำความตกลงร่วมกันเพื่อเข้าครอบครองตลาดหรือควบคุมตลาด

(๔) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้าหรือบริการ

(๕) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือลดการจำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดลูกค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้ได้โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่จำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นแข่งขัน

(๖) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะซื้อสินค้าหรือบริการได้ หรือกำหนดตัวผู้ซึ่งประกอบธุรกิจจะซื้อสินค้าหรือบริการได้

(๗) กำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อจำหน่าย หรือบริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด

(๘) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำกว่าที่เคยผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ โดยจำหน่ายในราคาเดิมหรือสูงขึ้น

(๙) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(๑๐) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ เพื่อให้ปฏิบัติเป็นแบบเดียวกันหรือตามที่ตกลงกัน

ในกรณีที่มีความจำเป็นทางธุรกิจที่ต้องกระทำการตาม (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) หรือ (๑๐) ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง ให้ผู้ประกอบธุรกิจยื่นคำขออนุญาตต่อคณะกรรมการ

ตามมาตรา ๓๕

มาตรา ๒๘ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักร ไม่ว่าจะความสัมพันธ์นั้นจะเป็นโดยทางสัญญา นโยบาย ความเป็นหุ้นส่วน การถือหุ้น หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นใดทำนองเดียวกัน ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรที่ประสงค์จะซื้อสินค้าหรือบริการมาใช้เอง ต้องถูกจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรโดยตรง

มาตรา ๒๙ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใด ๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ขัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

มาตรา ๓๐ ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้า ระบุ หยุต หรือเปลี่ยนแปลงมีส่วนแบ่งตลาด ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้

มาตรา ๓๑ ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ หรือมาตรา ๒๙ ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบธุรกิจ ระบุ หยุต หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวได้ ในการนี้คณะกรรมการจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ในคำสั่งด้วยก็ได้

ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งได้รับคำสั่งตามวรรคหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา ๔๖

ผู้ประกอบธุรกิจจะเรียกร้องค่าเสียหายจากคณะกรรมการเพราะเหตุที่คณะกรรมการมีคำสั่งตามวรรคหนึ่งมิได้

มาตรา ๓๒ ในการพิจารณากรณีตามมาตรา ๓๑ คณะกรรมการต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจ อนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง อนุกรรมการสอบสวน หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนตามสมควร ในการมีคำสั่งตามมาตรา ๓๑ คณะกรรมการต้องระบุเหตุผลในการสั่งทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและลงลายมือชื่อของกรรมการที่พิจารณา

การแจ้งคำสั่งตามวรรคสอง ให้กระทำภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่คณะกรรมการมีคำสั่ง และให้นำความในมาตรา ๒๒ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๓๓ ผู้ได้รับคำสั่งตามมาตรา ๓๑ ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เว้นแต่ศาลหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จะได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งหรือให้ยกเลิกคำสั่งของคณะกรรมการ

มาตรา ๓๔ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าผู้ประกอบการธุรกิจใดมีความผิดตามมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ หรือมาตรา ๒๙ ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจนั้น ระงับ หยุด หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าวด้วย

หมวด ๔

การขออนุญาตและการพิจารณาอนุญาต

มาตรา ๓๕ ผู้ประกอบการธุรกิจใดประสงค์จะขออนุญาตกระทำการตามมาตรา ๒๖ หรือมาตรา ๒๗ (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) หรือ (๑๐) ให้ยื่นคำขออนุญาตตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

คำขออนุญาตอย่างน้อยต้อง

- (๑) มีเหตุผลและความจำเป็นในการกระทำ
- (๒) ระบุวิธีดำเนินการ
- (๓) กำหนดระยะเวลาที่จะดำเนินการ

มาตรา ๓๖ ในการพิจารณาคำขอตามมาตรา ๓๕ ให้คณะกรรมการดำเนินการให้เสร็จภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ ทั้งนี้ ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการธุรกิจอนุกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนตามสมควร

ในกรณีมีความจำเป็นที่ไม่อาจจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่งได้ คณะกรรมการจะขยายเวลาออกไปอีกได้ไม่เกินสิบห้าวัน แต่ต้องบันทึกแสดงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องขยายเวลาไว้ในการพิจารณาวินิจฉัยด้วย

มาตรา ๓๗ เมื่อคณะกรรมการได้สอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่าคำขออนุญาตตามมาตรา ๓๕ ของผู้ประกอบการธุรกิจใดมีความจำเป็นตามควรทางธุรกิจเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ไม่เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง และไม่กระทบประโยชน์สำคัญอันควรมีควรได้ของผู้บริโภคส่วนรวม ให้คณะกรรมการสั่งอนุญาตเป็นหนังสือให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการมีคำสั่งไม่อนุญาตให้แจ้งคำสั่งเป็นหนังสือไปยังผู้ประกอบการธุรกิจนั้นโดยไม่ชักช้า

ในการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการอาจกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขใด ๆ ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ได้รับอนุญาตปฏิบัติได้ และเมื่อเห็นว่าภาวะเศรษฐกิจ ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่คณะกรรมการอาศัยเป็นหลักในการพิจารณาอนุญาตเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการ

จะแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกระยะเวลาหรือเงื่อนไขดังกล่าวในเวลาใดก็ได้

ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งได้รับคำสั่งของคณะกรรมการและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้ตามมาตรา ๔๖

มาตรา ๓๘ คณะกรรมการต้องระบุเหตุผลในการสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามมาตรา ๓๗ ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและลงลายมือชื่อของกรรมการที่พิจารณาและให้นำความในมาตรา ๓๒ วรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๓๙ ผู้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๓๗ ต้องดำเนินธุรกิจภายใต้ขอบเขต ระยะเวลา และเงื่อนไขที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งอนุญาตตามมาตรา ๓๗ ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้

หมวด ๕

การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหาย

มาตรา ๔๐ ให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องจากการฝ่าฝืนมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ หรือมาตรา ๒๙ มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนนั้นได้

ในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค มีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคหรือสมาชิกของสมาคมได้ แล้วแต่กรณี

มาตรา ๔๑ การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามมาตรา ๔๐ ถ้ามิได้นำคดีสู่ศาลภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ได้รับความเสียหายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงเหตุดังกล่าว ให้สิทธิในการนำคดีสู่ศาลเป็นอันสิ้นไป

หมวด ๖

การอุทธรณ์

มาตรา ๔๒ ให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์คณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ การบริหารธุรกิจ หรือการ

บริหารราชการแผ่นดิน มีจำนวนไม่เกินเจ็ดคนซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ
ให้กรรมการพิจารณาอุทธรณ์เลือกกรรมการพิจารณาอุทธรณ์คนหนึ่งเป็น
ประธานกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

ให้อธิบดีกรรมการค้ำภายในแต่งตั้งข้าราชการของกรมการค้าภายในเป็น
เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา ๔๓ ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ต้องไม่มีลักษณะ
ต้องห้ามตามมาตรา ๗ และจะเป็นกรรมการในคณะกรรมการมิได้

มาตรา ๔๔ ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(๑) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์ตามมาตรา ๔๗ วรรคหนึ่ง

(๒) พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา ๓๑ หรือ

มาตรา ๓๗

(๓) มีหนังสือเรียกบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารหรือ
พยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์

(๔) มีคำสั่งทุเลาการปฏิบัติการตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา ๓๑
หรือมาตรา ๓๗

มาตรา ๔๕ ให้กรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีวาระดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี

ในวาระเริ่มแรกเมื่อครบสองปี ให้กรรมการพิจารณาอุทธรณ์ออกจากตำแหน่ง
จำนวนสามคนโดยวิธีจับฉลากและให้ถือว่าการออกจากตำแหน่งโดยการจับฉลากดังกล่าวเป็น
การพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

ให้นำความในมาตรา ๙ วรรคสาม และมาตรา ๑๐ มาใช้บังคับกับคณะกรรมการ
พิจารณาอุทธรณ์โดยอนุโลม

มาตรา ๔๖ การอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา ๓๑ และมาตรา ๓๗
ให้ผู้ซึ่งได้รับคำสั่งยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่
รับทราบคำสั่งของคณะกรรมการ

มาตรา ๔๗ หลักเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์ ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ
พิจารณาอุทธรณ์ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายในเก้า
สิบวันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ แล้วแจ้งคำวินิจฉัยเป็นหนังสือไปยังผู้อุทธรณ์ และให้นำความ
ในมาตรา ๓๖ และมาตรา ๓๘ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นประการใดให้

คณะกรรมการและผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามนั้น

หมวด ๗ บทกำหนดโทษ

มาตรา ๔๘ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือเรียกของคณะกรรมการเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม มาตรา ๑๙ (๑) หรือมาตรา ๔๔ (๓) แล้วแต่กรณี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๔๙ ผู้ใดขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๑๙ (๒) (๓) หรือ (๔) หรือมาตรา ๒๒ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๕๐ ผู้ใดไม่อำนวยความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๒๐ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๕๑ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๓๙ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ

มาตรา ๕๒ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา ๓๐ มาตรา ๓๑ หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา ๔๗ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี หรือปรับตั้งแต่สองล้านบาทถึงหกล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าหมื่นบาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๕๓ ผู้ใดเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการหรือการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นข้อเท็จจริงที่ตามปกติวิสัยของผู้ประกอบธุรกิจจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ซึ่งตนได้มาหรือล่วงรู้เนื่องจากการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยในการปฏิบัติราชการหรือเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี

ผู้ใดได้มาหรือล่วงรู้ข้อเท็จจริงใดจากบุคคลตามวรรคหนึ่งเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นในประการที่น่าจะเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

มาตรา ๕๔ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติ

บุคคลในเรื่องนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมหรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว

มาตรา ๕๕ ความผิดตามมาตรา ๕๑ และมาตรา ๕๔ ผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องคดีอาญาด้วยตนเอง แต่มีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕๖ บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ให้คณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบได้ ในการใช้อำนาจดังกล่าวคณะกรรมการอาจมอบหมายให้คณะอนุกรรมการ เลขาธิการ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำแทนได้

เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระเงินค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

บทเฉพาะกาล

มาตรา ๕๗ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีความจำเป็นและได้กระทำการตามที่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๒๗ (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) หรือ (๑๐) อยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยื่นคำขออนุญาตภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และเมื่อได้ยื่นคำขอแล้วให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการตามมาตรา ๒๗ (๕) (๖) (๗) (๘) (๙) หรือ (๑๐) ต่อไป จนกว่าจะได้รับแจ้งผลการพิจารณาคำขออนุญาตดังกล่าว

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ชวน หลีกภัย

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งในส่วนการกำหนดราคาสินค้าและการป้องกันการผูกขาดรวมอยู่ในฉบับเดียวกัน สมควรปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดและตราเป็นกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าขึ้นไว้ โดยเฉพาะเพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบธุรกิจอย่างเป็นระบบ อันจะเป็นการส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้



ภาคผนวก ฉ.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ณ. ร่างระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วยแนว
ทางการพิจารณาพฤติกรรมการขายพ่วงในรูปแบบต่างๆ พ.ศ.....

โดยที่การขายพ่วงในปัจจุบันมีรูปแบบที่แตกต่างกันและอาจมีผลเป็นการส่งเสริมให้เกิด
ประสิทธิภาพต่อการแข่งขันในระบบตลาดหรืออาจมีผลกระทบและทำให้เกิดความเสียหายต่อการ
แข่งขันในตลาดอย่างเสรีได้ จึงเห็นควรวางแนวทางของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า
ในการพิจารณาการขายพ่วงในรูปแบบต่างๆ ซึ่งการขายพ่วงที่เป็นความผิดอาจเข้าข่ายเป็นการใช้
อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจตาม มาตรา 25 หรืออาจเข้าข่ายเป็นการกระทำ
อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง
การค้า พ.ศ.2542

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 18(2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.
2542 เลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ
การแข่งขันทางการค้าจึงออกระเบียบไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ระเบียบนี้ เรียกว่า “ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าว่าด้วย
แนวทางการพิจารณาการขายพ่วงในรูปแบบต่างๆ พ.ศ.....”

ข้อ 2 ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในระเบียบนี้

“การขายพ่วง” หมายความว่า การบังคับขายพ่วง การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด และ
ให้หมายความรวมถึงการที่ผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการในตลาดตั้งแต่ 2 ตลาดขึ้นไป
ไปแก่ผู้ซื้อสินค้าหรือรับบริการในคราวเดียวกัน

“การบังคับขายพ่วง” หมายความว่า การจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการโดยผู้ประกอบธุรกิจ
โดยมีการวางเงื่อนไขบังคับว่าจะต้องซื้อสินค้าหรือรับบริการในตลาดสินค้าที่ถูกลงไปพ่วง เพื่อให้
ได้สินค้าหรือบริการในตลาดสินค้าที่มีการพ่วง

“การขายพ่วงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด” หมายความว่า การจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการใน
ตลาดแบบแยกจำหน่ายหรือแบบเป็นชุด โดยผู้ประกอบธุรกิจมีข้อเสนอเป็นส่วนลดทางการค้าให้
หากซื้อสินค้าหรือรับบริการตามชุดที่กำหนด

“สินค้าที่มีการพ่วง” หมายความว่า สินค้าหรือบริการในตลาดใดตลาดหนึ่งที่ผู้ซื้อหรือ
ผู้รับบริการต้องการ

“สินค้าที่ถูกลงไปพ่วง” หมายความว่า สินค้าหรือบริการในตลาดใดตลาดหนึ่งที่ผู้ซื้อหรือ
ผู้รับบริการไม่ต้องการ

ข้อ 4 แนวทางในการพิจารณาการบังคับขายพ่วงซึ่งอาจเข้าข่ายมาตรา 25(2) และ 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ให้คำนึงถึงผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด และการจำกัดเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการ รวมทั้งการสร้างประสิทธิภาพในด้านการแข่งขันและการรักษามาตรฐานคุณภาพด้านการจัดจำหน่ายต่อผู้ประกอบการ และโดยให้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดดังต่อไปนี้

(1) การบังคับขายพ่วงเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการทำการขายสินค้าที่มีการพ่วง โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องซื้อสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงจากผู้ประกอบการรายนั้นหรือผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งจะถูกกำหนดในภายหลัง หากผู้ประกอบการไม่อาจแสดงผลตามวัตถุประสงค์โดยปกติทางการค้าได้ พฤติกรรมดังกล่าวอาจเข้าข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 25(2) และ 29 การบังคับขายพ่วงเป็นการจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งหรือเป็นกรณีสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงเป็นสินค้าที่ห่อเดียวกันกับสินค้าที่มีการพ่วง หากการบังคับขายพ่วงเป็นการตกลงร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการ (การจำกัดการแข่งขันในแนวนอน) เพื่อทำการขายสินค้าชนิดหนึ่งโดยมีเงื่อนไขให้ซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่ง อาจเข้าข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 มาตรา 27(3)(10)

(2) การพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง ให้พิจารณาจากอุปสงค์ในสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง โดยจะถือว่าเป็นสินค้าที่อยู่คนละตลาดกันต่อเมื่อปรากฏว่า โดยปกติในมุมมองของผู้สินค้าหรือรับบริการนั้น มีความต้องการที่แตกต่างกันในสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง ยกตัวอย่างเช่น หากมีลูกค้าจำนวนมากต้องการซื้อรองเท้าพร้อมเชือกผูก รองเท้าเท่ากับว่าโดยปกติทางการค้าผู้ผลิตรองเท้าจะต้องผลิตรองเท้ามาพร้อมกับเชือกผูก รองเท้า ดังนั้น การขายรองเท้าพร้อมเชือกผูก รองเท้าจึงไม่ใช่การบังคับขายพ่วง เพราะเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดเดียวกัน

(3) ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดของการบังคับขายพ่วง คือ การปิดตลาด (foreclosure) ในตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง การบังคับขายพ่วงนั้นอย่างน้อยจะต้องมีรูปแบบของการบังคับเชิงปริมาณในสินค้าหรือบริการที่ถูกนำไปพ่วง หากพันธะที่จะไม่แข่งขัน (non-compete obligation) ดังกล่าวมีการตกลงยอมรับโดยคำนึงถึงสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง ย่อมไปได้อย่างมากว่า จะเกิดผลกระทบต่อตลาดปิดตลาดในสินค้าที่ถูกนำไปพ่วง นอกจากนี้ ผู้ประกอบการอาจตั้งราคาสินค้าหรือบริการเกินกว่าความเป็นจริงได้ (supra-competitive prices) โดยเฉพาะใน 3 สถานการณ์ สถานการณ์แรก เมื่อผู้ซื้อสินค้าที่มีการพ่วงและสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงสามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทนกันได้เพียงบางส่วน สถานการณ์ที่สอง เมื่อการบังคับขายพ่วงสามารถทำให้เกิดการ

ตั้งราคาขายที่แตกต่างกันได้ สถานการณ์ที่สาม ในกรณีที่ เป็นสัญญาที่กำหนดระยะเวลา หรือ ในกรณีที่เกี่ยวกับการบังคับขายพ่วงในตลาดหลัง (after-markets) โดยมีระยะเวลาการใช้งานที่ยาวนานซึ่งสร้างความเสียหายต่อผู้บริโภคจากผลของการปิดกั้น (lock-in) นอกจากนี้ การบังคับขายพ่วงอาจสร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดที่เพิ่มมากขึ้นทั้งในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงและในตลาดสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง

(4) การบังคับขายพ่วงสามารถผสมผสานกับการจำกัดการแข่งขันในแนวตั้งประเภทอื่นๆที่ไม่รุนแรงนักได้ เช่น การจำกัดการแข่งขันหรือการบังคับเชิงปริมาณในสินค้าที่มีการพ่วง หรือ การห้ามซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น (exclusive purchasing)

(5) การบังคับขายพ่วงจะถือว่าเป็นความผิดหากผู้กระทำการดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและยอดขายตามที่กฎหมายกำหนด และให้พิจารณาถึงอำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจอื่นๆ ของผู้ประกอบธุรกิจด้วย ได้แก่ ความได้เปรียบในเชิงกายภาพ, ต้นทุนในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ, ต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้สินค้าหรือบริการอื่น, ความนิยมในสินค้าหรือบริการ

(6) สถานะหรือระดับในตลาด (market position) ของผู้ประกอบธุรกิจในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการประเมินผลกระทบจากการจำกัดการแข่งขันทางการค้า โดยปกติข้อตกลงที่เป็นการบังคับขายพ่วงจะกระทำโดยผู้ระบายสินค้า (supplier) ดังนั้น ผู้ระบายสินค้าในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงที่มีสถานะหรือระดับในตลาดที่สูงกว่าจึงอาจทำให้ผู้ซื้อพบความยากลำบากในการปฏิเสธเงื่อนไขบังคับอันเกิดจากการบังคับขายพ่วง

(7) สถานะหรือระดับในตลาดของคู่แข่งรายอื่นๆในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณา トラบได้ก็ตามที่คู่แข่งรายอื่นๆมีขนาดใหญ่เพียงพอและแข็งแกร่ง ผลกระทบในด้านการจำกัดการแข่งขันทางการค้าจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เพราะผู้ซื้อที่มีทางเลือกที่เพียงพอในการซื้อสินค้าที่มีการพ่วงโดยไม่จำเป็นต้องมีสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงด้วย เว้นแต่กรณีที่คู่แข่งรายอื่นๆ ดังกล่าว ใช้วิธีการบังคับขายพ่วงแบบเดียวกัน นอกจากนี้ การพิจารณาถึงอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด (entry barriers) ในตลาดสินค้าที่มีการพ่วงนั้นจะต้องคำนึงถึงสถานะหรือระดับของผู้ระบายสินค้าด้วย และเมื่อการบังคับขายพ่วงถูกใช้ร่วมกับการจำกัดการแข่งขันในรูปแบบอื่นๆ ในสินค้าที่มีการพ่วงย่อมจะเป็นการสร้างความมั่นคงให้กับสถานะผูกขาดของผู้ประกอบธุรกิจได้

(8) อำนาจต่อรองของผู้ซื้อที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับด้วย เพราะผู้ซื้อรายใหญ่จะไม่ถูกบังคับให้ต้องยอมรับการบังคับขายพ่วงโดยง่ายโดยปราศจากการได้รับประโยชน์ตอบแทนซึ่งเป็นประสิทธิภาพในด้านการแข่งขันเป็นอย่างน้อย ดังนั้น การบังคับขายพ่วงที่ไม่มีพื้นฐานอยู่บนประสิทธิภาพในด้านการแข่งขันอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้ซื้อที่ไม่มีอำนาจต่อรองดังกล่าวได้

(9) หากพบว่ามีผลกระทบต่อการค้าการแข่งขันในตลาดเป็นอย่างมาก ให้พิจารณาต่อไปถึงความเป็นไปได้ต่อประสิทธิภาพในด้านการแข่งขันและการรักษามาตรฐานคุณภาพด้านการจัดจำหน่ายต่อผู้ประกอบการ เนื่องมาจากการบังคับขายพ่วงอาจช่วยในการสร้างประสิทธิภาพในการผลิตร่วมกันหรือจำหน่ายร่วมกัน (Joint Production or Joint Distribution) ในกรณีที่สินค้าที่ถูกลำไปพ่วงมิได้ผลิตโดยผู้ระบายสินค้ารายนั้น นอกจากนี้ การบังคับขายพ่วงที่จะเข้าช้อยกเว้นไม่เป็นความผิดได้นั้นผู้ระบายสินค้าอย่างน้อยจะต้องแสดงให้เห็นว่าต้นทุนที่ลดลงจากการซื้อสินค้าเป็นจำนวนมากนี้ได้ส่งผ่านไปถึงผู้บริโภคด้วย อย่างไรก็ตาม การบังคับขายพ่วงจะไม่เข้าช้อยกเว้นหากว่าผู้ค้าปลีกสามารถได้รับสินค้าที่มีคุณภาพเท่าเทียมกันหรือดีกว่าสินค้าที่ผู้ระบายสินค้าใช้วิธีการบังคับขายพ่วง นอกจากนี้ ประสิทธิภาพอีกประการหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากการบังคับขายพ่วงคือ การสร้างความมั่นใจถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและการรักษามาตรฐานคุณภาพสินค้า (Uniformity and quality standardization) ซึ่งสามารถเพิ่มยอดขายโดยการสร้างภาพพจน์ในยี่ห้อสินค้าและสร้างแรงดึงดูดในตัวสินค้าไปถึงผู้บริโภคโดยการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและรักษามาตรฐานคุณภาพสินค้าของผู้แทนจำหน่ายในการจัดจำหน่ายเฉพาะหรือธุรกิจแฟรนไชส์ ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องแสดงให้เห็นว่าประโยชน์ในส่วนนี้จะไม่เกิดขึ้นหากปล่อยให้มีการจำหน่ายสินค้าที่มีคุณภาพต่ำกว่ามาตรฐานโดยไม่บังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าอีกชนิดจากผู้ระบายสินค้าหรือผู้ระบายสินค้านอื่นซึ่งผู้ระบายสินค้ากำหนด หากผู้ระบายสินค้าในสินค้าที่มีการพ่วงบังคับให้ผู้ซื้อต้องซื้อสินค้าจากผู้ระบายสินค้านอื่นในสินค้าที่ถูกลำไปพ่วงเพราะการกำหนดรายละเอียดหรือคุณสมบัติ (specifications) เพื่อประกันคุณภาพขั้นต่ำไม่อาจทำได้และผู้ระบายสินค้าในสินค้าที่มีการพ่วงไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางการเงินจากผู้ระบายสินค้านอื่นในสินค้าที่ถูกลำไปพ่วง ก็สามารถอ้างเป็นช้อยกเว้นได้เช่นกัน

(10) ในสัญญาแฟรนไชส์ หากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์เป็นผู้ดำเนินการจัดหาสินค้าหรือบริการเฉพาะด้านแก่ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ภายใต้ข้อตกลงตามสัญญาแฟรนไชส์ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์อาจบังคับให้ผู้ซื้อสิทธิแฟรนไชส์ใช้สินค้าสำเร็จรูปหรือวัตถุดิบต่างๆ ซึ่งรับมาจากผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์หรือผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์กำหนด การบังคับขายพ่วงกรณีนี้จะเป็น

ความผิดหรือไม่ ให้พิจารณาจากสถานะของผู้ให้สิทธิแพนไฮส์, ขอบเขตของสัญญาแพนไฮส์, ขนาดและจำนวนของผู้ให้สิทธิแพนไฮส์รายอื่นๆ, รวมทั้งความถี่ของเงื่อนไขบังคับ

(11) การที่ราคาสินค้าที่มีการบังคับขายแพงเพิ่มสูงขึ้นกว่าความเป็นจริง (supra-competitive prices) ถือเป็นผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ส่วนการปิดตลาด (foreclosure) นั้นพิจารณาจากเปอร์เซ็นต์ของการบังคับขายแพงจากยอดขายทั้งหมดในตลาดสินค้าที่นำไปแพง นอกจากนี้ หากส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ข้อยกเว้นเกี่ยวกับการบังคับขายแพงจะไม่สามารถนำมาใช้ได้ เว้นแต่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างชัดเจนซึ่งส่งผ่านไปถึงผู้บริโภคเป็นอย่างน้อย อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นจะยังไม่สามารถนำมาใช้ได้หากการบังคับขายแพงนั้นได้ผสมผสานการจำกัดการแข่งขันอื่นๆ ทั้งในส่วนของสินค้าที่มีการแพงหรือในสินค้าที่นำไปแพง

ข้อ 5 แนวทางในการพิจารณาการขายแพงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด ซึ่งอาจเข้าข่ายมาตรา 25(1) และ 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ให้เป็นไปตามที่กำหนดดังต่อไปนี้

(1) ให้พิจารณาจากราคาของชุดของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบการธุรกิจกำหนด โดยคำนวณส่วนลดทั้งหมดต่อสินค้าทุกชนิดที่อยู่ในชุดของการขายสินค้าหรือบริการ หากพบว่าจำเลยขายสินค้าต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มของสินค้านั้น และ

(2) เป็นไปได้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะถอนทุนคืนจากการขาดทุนในระยะสั้นจากการขายแพงแบบให้ส่วนลดเป็นชุด และ

(3) ปรากฏว่าการขายแพงแบบให้ส่วนลดเป็นชุดได้ก่อหรือจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด

ข้อ 6 ให้เลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เป็นผู้รักษาการตามระเบียบนี้

ประกาศ ณ วันที่.....

.....

เลขาธิการคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายเสนีย์ พันธุ์อุไร เกิดเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม พ.ศ.2526 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (เกียรตินิยมอันดับสอง) เมื่อปีการศึกษา 2547 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 58 ปริญญาตรี เศรษฐศาสตรบัณฑิต (เศรษฐศาสตร์ธุรกิจ) คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เมื่อปีการศึกษา 2549 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2550

ประสบการณ์การทำงาน ตำแหน่งนิติกร ศูนย์วิชาการด้านกฎหมาย (Excellence Legal Center) ศาลฎีกา ตั้งแต่ปี พ.ศ.2549 ถึง พ.ศ.2551



ศูนย์วิทยพัทธพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย