

## บทที่ 4

### การกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดและแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศต่าง ๆ

เมื่อได้ทราบแนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจเหนือตลาดทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจศาสตร์ แนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าและหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งแต่ละประเทศมีความเป็นมาแตกต่างกันทำให้แนวคิดในการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดแตกต่างกัน รวมถึงวิธีการประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการแตกต่างกัน ส่งผลให้แต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์การกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาดแตกต่างกันไป ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอโดยเริ่มจากระบบการกำกับดูแลผู้มีอำนาจเหนือตลาด แนวปฏิบัติและแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาด

#### 4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

##### 4.1.1 การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องหลัก ๆ 3 ฉบับ ด้วยกัน คือ

- 1) The Sherman Act 1890
- 2) The Clayton Act 1914
- 3) The Federal Trade Commission Act 1914

แต่บทบัญญัติหลักเกี่ยวข้องกับการควบคุมอำนาจตลาดจะอยู่ใน The Sherman Act 1890 มาตรา 2 ในสหรัฐฯ คำว่า "market power" หรือ "monopoly power" มีความหมายใกล้เคียงกันหรืออาจเหมือนกันทุกประการ แต่โดยทั่วไปแล้วคำว่า "monopoly power" จะใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 2 ของ The Sherman Act โดยตรง ส่วนคำว่า "market power" ส่วนใหญ่มักจะใช้ในกรณีการควบรวมกิจการหรือในกรณีของหลักแห่งเหตุผล (rule of reason) ซึ่งทั้ง 2 คำ ไม่ได้แตกต่างกันมากเท่าใดนักเพราะต่างก็ทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้น โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ<sup>1</sup> คือ

---

<sup>1</sup> The Sherman Act 1890, Section 2. "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 State, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

<sup>1</sup> วิจารณ์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1 (กรกฎาคม 2546): 187.

- 1) กำจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด และ
- 2) ทำให้ต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของคู่แข่งที่จำเป็นในการจัดจำหน่ายสูงขึ้น

ซึ่งการห้ามการผูกขาดและห้ามเป็นแกนหลักของการป้องกันการผูกขาด<sup>2</sup> โดยเชื้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพ เป็นประเด็นหลักในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดขึ้นราคาและจำกัดปริมาณผลผลิตซึ่งขัดกับการจัดสรรทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพ<sup>3</sup>

มาตรา 2 ของ The Sherman Act 1890 ห้ามการกระทำการ 2 ลักษณะดังต่อไปนี้

1. ห้ามการผูกขาด (monopolization)
2. ห้ามพยายามที่จะผูกขาด (attempt to monopolize)

#### 4.1.1.1 ห้ามการผูกขาด

มาตรา 2 ห้ามทำการผูกขาด (act of monopolizing) มิได้ห้ามการเป็นผู้ผูกขาด (monopolies)<sup>4</sup> แม้เป็นผู้มีอำนาจผูกขาด (monopoly power) แต่หากไม่มีเจตนาที่จะทำการผูกขาดก็ไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2 ของ the Sherman Act<sup>5</sup>

แม้กฎหมายบัญญัติห้ามการผูกขาดไว้อย่างชัดเจนแต่นอกจากเป็นผู้ที่มีอำนาจตลาดแล้วยังต้องกระทำให้ได้มาซึ่งอำนาจผูกขาด (monopoly power) โดยมีชอบหรือใช้อำนาจในทางที่ผิดด้วย ฉะนั้นถ้าเพียงแต่ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดยังไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2 ของ the Sherman act เพราะ อาจมีอำนาจผูกขาดเนื่องจากทักษะ ความสามารถ การพัฒนา การบริหารจัดการด้านตลาด การจำหน่ายสินค้า ซึ่งเกิดจากการแข่งขันอันเป็นหนทางที่กฎหมายกำหนดและส่งเสริมนั่นเอง<sup>6</sup>

<sup>2</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., (United States: Oxford University Press, 1998), p.433 และ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 188.

<sup>3</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 433.

<sup>4</sup> Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed. (United States: Pearson Prentice Hall, 2005), p. 622.

<sup>5</sup> Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed. (United States: West Publishing, 2001), p. 890.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 890-891.

การผูกขาด (monopolization) ตามมาตรา 2 มืองค์ประกอบ 2 ประการ ซึ่งโจทก์มีภาระต้อง พิสูจน์ความผิดให้ศาลเห็นโดย ประการแรก ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาต้องมีอำนาจผูกขาดในตลาดที่ เกี่ยวข้อง และประการที่สอง ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาใช้อำนาจผูกขาดโดยมิชอบ<sup>7</sup>

1) ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาด (possess monopoly power)<sup>8</sup> ในตลาดที่เกี่ยวข้อง สามารถควบคุมราคาหรือกำจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด โดยต้องพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการนั้นมีอำนาจที่จะขึ้นราคาหรือกำจัดคู่แข่ง โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หา ราคาหรือระดับคู่แข่งที่ต้องออกไปจากตลาดตามความเป็นจริง

ถ้าไม่มีอำนาจตลาดก็ไม่สามารถฝ่าฝืนกฎหมายได้<sup>9</sup> อำนาจตลาดเป็นองค์ประกอบการ กระทำผิดตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act ดังนั้น ในเบื้องต้นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจ ผูกขาด (monopoly power) กล่าวคือ มีอำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องในระดับที่สูงมาก (a high degree of market power)<sup>10</sup> ซึ่งอาจมีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึง 100% ก็ได้<sup>11</sup>

คดี NCAA's<sup>12</sup> เมื่อโจทก์ไม่พิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจตลาด อีกทั้งไม่พิสูจน์ว่ามีการจำกัดราคา หรือปริมาณสินค้าหรือบริการมากเพียงพอที่จะจำกัดการแข่งขัน ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจสรุปว่า NCAA มีอำนาจตลาด ไม่มีหลักฐานแสดงว่าจำเลยมีอำนาจตลาด แม้เป็นความผิดในตัวเอง (per se) ก็ไม่ อาจถือว่าจำเลยมีอำนาจตลาดได้<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตาม การมีอำนาจผูกขาดไม่ถือเป็นความผิดในตัวเอง (illegal per se)<sup>14</sup> การ ผูกขาดไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมายในทุกกรณี ถ้าเพียงแต่เป็นผู้มีอำนาจผูกขาดเท่านั้น ยังไม่เพียงพอที่จะ

<sup>7</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13 (1996), p. 145, First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 433, วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 188, Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1 (Spring-Summer 2004): 42 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>8</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 436.

<sup>9</sup> Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4, (October 2000): 310.

<sup>10</sup> Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5 (March 1981): 937.

<sup>11</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 186.

<sup>12</sup> NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).

<sup>13</sup> NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984) at 104 cited Keyte, James AA. and Stoll, Neal R., "Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition," The Antitrust Bulletin 49, 3 (Fall 2004): 600-601.

<sup>14</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, (Organization for Economic Co-operation and Development Paris 1996), p. 164 and Abir, Danny,

ถือได้ว่าการกระทำฝ่าฝืนมาตรา 2 ของ The Sherman Act<sup>15</sup> แม้ถ้อยคำในมาตรา 2 จะบัญญัติห้ามผูกขาด แต่ทางปฏิบัตินอกจากมีอำนาจตลาดแล้วก็ต้องใช้อำนาจนั้นโดยมิชอบด้วย<sup>16</sup>

ในคดี Alcoa<sup>17</sup> ผู้พิพากษา Judge Learned Hand ได้กล่าวว่า "การมีอำนาจที่จะผูกขาด (power to monopolize) หรือมีอำนาจในการรักษาราคาที่กำหนด (power to fix prices) เพียงเท่านั้นยังไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 2 เพราะมิใช่การผูกขาดที่เป็นผลมาจากการกำจัดคู่แข่งขึ้นออกจากตลาด โดยอาศัยการเปลี่ยนแปลงความนิยมที่มีต่อสินค้า หรือเทคโนโลยีที่เหนือกว่า หรือความพยายามของผู้ประกอบการรายนั้น หรือการเปลี่ยนแปลงทางด้านต้นทุน"<sup>18</sup>

ถ้ามีอำนาจผูกขาดแล้วหลีกเลี่ยงมิให้มีการแข่งขันในตลาดก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 2 ซึ่งโดยส่วนใหญ่ศาลใช้ส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์กำหนดว่ามีอำนาจตลาดหรือไม่<sup>19</sup>

อำนาจผูกขาดเป็นอำนาจของผู้ประกอบการรายหนึ่ง (single firm) หรือตั้งแต่สองรายขึ้นไป (two or more firms) รวมหัวกันเพื่อที่จะทำการผูกขาด (conspiring to monopolize) หรือพยายามผูกขาด (attempting to monopolize) โดยควบคุมราคาหรือการจัดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องถือเป็นความผิดตามมาตรา 2<sup>20</sup> แต่เนื่องจากการรวมหัวกันในลักษณะต่างๆ เพื่อที่จะทำการผูกขาดมัก

"Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 144.

<sup>15</sup> Cheeseman, Henry R., *The legal environment of business and online commerce*, 4<sup>th</sup> ed., p. 635.

<sup>16</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 36 and Areeda and Hovenkamp (2000) argue as follows: "Today it seems clear that the general goal of the antitrust law is to promote 'competition' as the economist understands that term. Thus we say that the principal objective of antitrust policy is to maximize consumer welfare by encouraging firms to behave competitively, while yet permitting them to take advantage of ever available economy that comes from internal or jointly created production efficiencies, or from innovation producing new processes or new or improved products." at 4 cited in Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, *Korea's competition law and policies in perspective*, p. 11 from [http://www.abanet.org/intlaw/calendar/spring2006/papers/THURS215330JUNG\\_421.doc](http://www.abanet.org/intlaw/calendar/spring2006/papers/THURS215330JUNG_421.doc) เมื่อวันที่ 23 มกราคม 2550.

<sup>17</sup> United States v. Aluminum Co. of America., 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

<sup>18</sup> United States v. Aluminum Co. of America., 148 F.2d 416, 426 (2d Cir. 1945) อ้างใน วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 194.

<sup>19</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 189-190.

<sup>20</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 228, Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 145, Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (United States: the University of Chicago Press, 2001), p. 9, Monopoly is defined as the power to exclude competitors: United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 576 (1996) cited in Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 42 and Cheeseman, Henry R., *The legal environment of business and online commerce*, 4<sup>th</sup> ed., p. 623.



เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1 ของ the Sherman Act ด้วย ซึ่งก็คือ การร่วมกันจำกัดทางการค้าตนเอง ซึ่งมีเพียงไม่กี่คดีเท่านั้นที่จะผิดเฉพาะมาตรา 2 ของ the Sherman Act เพียงมาตราเดียว ดังนั้น กรณีที่ผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปร่วมกันกระทำการอันมีลักษณะผูกขาดจึงมักฝ่าฝืนทั้งมาตรา 1 และ มาตรา 2 ของ Sherman Act<sup>21</sup>

2) ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดใช้อำนาจโดยมิชอบก่อความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ กล่าวคือ ได้มาหรือรักษาอำนาจผูกขาดโดยการกีดกันคู่แข่งหรือพฤติกรรมเบียดเบียนยิ่งกว่าการแข่งขันที่เป็นธรรม<sup>22</sup> มิใช่กรณีที่ได้อำนาจผูกขาดเพราะการผลิตสินค้าที่มีความเป็นเลิศควมมีไหวพริบในการบริหารธุรกิจหรือชื่อเสียงในอดีต<sup>23</sup>

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ระบุรายละเอียดว่าเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการผูกขาดหรือพยายามผูกขาด จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม (Fair Trade Commission: FTC) และศาล ซึ่งเป็นบังคับใช้กฎหมายเป็นผู้ตีความและวางหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาด ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ และคำพิพากษาของศาล กฎหมายห้ามกีดกันคู่แข่งออกไปจากตลาดแต่ไม่ได้ห้ามการใช้อำนาจตลาดมาหาประโยชน์<sup>24</sup>

อำนาจผูกขาด (monopoly power) ศาลได้กำหนดว่าเป็นอำนาจที่จะควบคุมราคา (power to control prices) หรือกีดกันผู้ประกอบการที่เป็นคู่แข่งให้ออกไปจากตลาด (exclude competition)<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 892 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 623.

<sup>22</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 145, วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 188 และ Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1: 42.

<sup>23</sup> United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-571 (1966) cited in OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 36, First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 432, วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 188 and Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 3.

<sup>24</sup> Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1 (Spring-Summer 2004): 15.

<sup>25</sup> Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 891, United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 576 (1996) cited in Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1: 42 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยมีอำนาจผูกขาดและมีเจตนาเพื่อให้ตนกลายเป็นผู้ผูกขาดหรือรักษาสถานะการผูกขาดของตนโดยจำกัดการแข่งขัน<sup>26</sup> โดยเจตนาของผู้ทำการผูกขาดไม่ต้องเป็นเจตนาจงใจ (specific intent) เจตนาโดยทั่วไป (general intent) ก็เพียงพอที่จะแสดงว่ามี การผูกขาดและไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุผลทางธุรกิจของผู้กระทำ<sup>27</sup> และผลจากการกระทำของจำเลย ทำให้ต้นทุนของคู่แข่งเพิ่มขึ้นทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย และในบางครั้งแม้ผู้ผูกขาดรักษาสถานะการผูกขาดโดยไม่ได้จำกัดการแข่งขันแต่อาจถือว่าเป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตาม ต้องมีใช้กรณีที่ที่มีการแข่งขันอย่างเข้มข้น แม้ว่าอาจจะทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กต้องเลิกกิจการไป<sup>28</sup>

แต่จำเลยก็อาจพิสูจน์หักล้างได้ว่าการกระทำของจำเลยสนองต่อตลาดและผู้บริโภค ผู้ประกอบการพยายามที่จะให้สิ่งที่ผู้บริโภคต้องการและจำเป็นต่อผู้บริโภคและทำให้ราคาลดลง<sup>29</sup>

การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาดต่าง ๆ เช่น การจำกัดทางการค้าตามมาตรา 1 ที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2<sup>30</sup> เมื่อผู้ประกอบการมีอำนาจผูกขาดและกระทำโดยวิธีการต่าง ๆ ที่ถือเป็นการผูกขาด ตัวอย่างเช่น การขายตัดราคา (predatory pricing) ซึ่งตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุนเฉลี่ย (average cost) หรืออาจต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) โดยเจตนาจำกัดการแข่งขันถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2<sup>31</sup>

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการผูกขาดอยู่ 2 กรณี<sup>32</sup> ข้อยกเว้นแรก คือ เป็นผู้ผูกขาดโดยสุจริตมิได้ทำการอันมีลักษณะผูกขาดจนกลายเป็นผู้ผูกขาด ซึ่งศาลวางหลักไว้ในคดี Grinnell Corp.<sup>33</sup> ปี 1966 ว่ากฎหมายไม่ควรที่จะปฏิเสธผลจากความพยายามของผู้ประกอบการศาลยอมให้ผู้ผูกขาดได้ถ้าเป็นการผูกขาดที่เกิดจากการพัฒนาหรือความก้าวหน้าเฉพาะที่เป็นผลจากสินค้าเป็นเลิศ หรือมีความเก่งกาจ มีทักษะหรือมีไหวพริบในการบริหารธุรกิจอย่างมาก มีวิสัยทัศน์ในการประกอบกิจการสามารถคาดเดาเหตุการณ์หรือมีชื่อเสียงในอดีต ซึ่งกฎหมายยอมให้เกิดการผูกขาดแต่จะไม่ให้สิทธิพิเศษ ผู้ผูกขาดที่ถูกต้องตามกฎหมายสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้หากแข่งขันอย่างแท้จริง แต่ในทางกลับกันกฎหมายไม่อนุญาตให้ทำการผูกขาด คือ การกระทำหรือความพยายามที่จะควบคุมหรือจำกัดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาด<sup>34</sup> และ

<sup>26</sup> Fox, Eleanor M., "Competition Law," in International economic law, Lowenfeld, Andreas F. (United States: Oxford University Press, 2003), p. 356.

<sup>27</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 146.

<sup>28</sup> Fox, Eleanor M., "Competition Law," in International economic law, Lowenfeld, Andreas F., pp. 357-358.

<sup>29</sup> Ibid., p. 358.

<sup>30</sup> Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>31</sup> Ibid., p. 622.

<sup>32</sup> Ibid., p. 623.

<sup>33</sup> United States v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563, 570-571 (1966).

<sup>34</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 188-189.

ข้อยกเว้นที่สอง คือ การผูกขาดโดยธรรมชาติ (natural monopoly) การมีผู้ประกอบการรายเดียวจะเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด เช่น ในตลาดหรืออุตสาหกรรมขนาดเล็กๆ ที่สนับสนุนให้มีผู้แข่งขันเพียงรายเดียว เช่น ร้านขายหนังสือพิมพ์ในเมืองเล็กๆ<sup>35</sup>

#### 4.1.1.2 ห้ามพยายามผูกขาด (attempt to monopolize)

ส่วนกรณีพยายามผูกขาด (attempt to monopolize) ตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act หมายถึง การวางแผนไว้ล่วงหน้าหรือความพยายามกระทำการใดสิ่งหนึ่งโดยใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ได้มาหรือทำให้เกิดอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น ซึ่งศาลใช้เกณฑ์แยกแยะพฤติกรรมซึ่งทำให้กลายเป็นผู้ผูกขาดที่แข็งแกร่งโดยพิสูจน์องค์ประกอบดังต่อไปนี้<sup>36</sup>

- 1) ผู้ประกอบการมีเจตนาจงใจ (specific intent) ที่จะผูกขาดโดยควบคุม (control) ราคาหรือลดการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง
- 2) พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน (anti-competition) หรือการขายตัดราคา (predatory pricing) โดยมีเจตนาพยายามกำจัดคู่แข่ง
- 3) ถ้าผูกขาดได้สำเร็จน่าจะเกิดความเสียหาย (dangerous probability of success)

อย่างไรก็ตาม หลักฐานการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันเป็นประเด็นสำคัญในการพิสูจน์การพยายามผูกขาด<sup>37</sup> ศาลไม่ได้อธิบายเจตนา (intent) และไม่ได้กำหนดระดับของอำนาจซึ่งใช้วัดความสำเร็จของการพยายามผูกขาด ยังมีอำนาจตลาดมากเท่าใดความเด่นชัดของการกระทำก็ยิ่งลดลง คดีต่างๆ ไม่อาจจะบ่งชี้ระดับอำนาจตลาดให้ชัดเจนได้<sup>38</sup>

พยายามผูกขาดต้องมีเจตนาจงใจ (specific intent) ที่จะทำลายการแข่งขันซึ่งพิจารณาจากพฤติกรรมต่างๆ ของผู้ประกอบการหรือวิเคราะห์การแข่งขัน แม้ว่าพฤติกรรมของผู้ประกอบการจะมีได้มีผลเสียก็ตาม แต่ถ้าหากพิจารณาภาพรวมแล้วพบว่าพฤติกรรมต่างๆ ของผู้ประกอบการเข้า

<sup>35</sup> Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 623.

<sup>36</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 146, Fox, Eleanor M., "Competition Law," in International economic law, Lowenfeld, Andreas F., p. 358 and วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 189.

<sup>37</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 146.

<sup>38</sup> Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 892.

ข่ายการพยายามผูกขาดก็ถือว่าฝ่าฝืนมาตรา 2<sup>39</sup> กล่าวคือ มีเจตนาพยายามหลีกเลี่ยงการแข่งขันที่ถูกต้องและพยายามขยายส่วนแบ่งตลาดของตนพิจารณาได้ 2 ทาง<sup>40</sup> คือ

(1) พิจารณาจากหลักฐานโดยตรง (direct evidence) ที่แสดงให้เห็นเจตนาจงใจ (specific intent) หากศาลพบว่าผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคาสินค้าหรือบริการถือเป็นหลักฐานโดยตรงว่ามีอำนาจเหนือตลาด โดยไม่จำเป็นต้องหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง

(2) ในกรณีที่ไม่สามารถหาหลักฐานโดยตรง ศาลจะพิจารณาหลักฐานทางอ้อมอื่นๆ โดยพิจารณาว่ามีผลต่อคู่แข่งหรือส่งผลกระทบต่อการแข่งขันหรือไม่ ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมหรือการกระทำทางธุรกิจของผู้ประกอบการ

กรณีพยายามผูกขาดผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องมีอำนาจตลาด ณ ช่วงเวลานั้น เพียงแต่ถ้าศาลสามารถพิจารณาและพิสูจน์ได้ว่ากรกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น<sup>41</sup> ซึ่งความจริงส่วนใหญ่ศาลจะใช้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้องประมาณ 40-50%<sup>42</sup> ว่าน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น<sup>43</sup> กรณีพยายามผูกขาดมีอำนาจตลาดระดับต่ำกว่ากรณีผูกขาดแต่ศาลให้ความสำคัญกับการกระทำมากกว่า ขณะที่ในทางปฏิบัติคดีผูกขาดต้องมีอำนาจตลาดสูงมากจึงจะถือเป็นความผิด<sup>44</sup>

เมื่อพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจผูกขาดมากเพียงพอแล้วต้องพิสูจน์ต่อไปว่าผู้ประกอบการรายนั้นกระทำการอย่างไม่เป็นธรรม (unfair conduct) อย่างไรก็ตาม ศาลได้กำหนดว่าการกระทำที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว ได้แก่ การกระทำเช่นใดบ้าง<sup>45</sup> การกระทำลักษณะหนึ่ง ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดต้องพิสูจน์ว่าตนมีอำนาจผูกขาดเพราะประกอบกิจการตามปกติหรือว่าทำการอันไม่เป็นธรรมจนได้อำนาจผูกขาดมา การกระทำลักษณะที่สอง เห็นว่าอำนาจผูกขาดประกอบกับกระทำโดยมีเจตนาจำกัดคู่แข่งที่ฝ่าฝืนมาตรา 1 การกระทำลักษณะที่สาม ผู้มีอำนาจผูกขาดทำการอันมีลักษณะเป็นการทำลายหรือเบียดเบียนคู่แข่ง อันได้แก่ การตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม ไม่ฝ่าฝืนมาตรา 2 หากได้ส่วนแบ่งตลาดมาโดย 1) การค้นคว้าวิจัย การคิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ หรือผลิตภัณฑ์สินค้าที่ดีมีคุณภาพ หรือ 2) โดยวิธีการบริหาร การตลาด (marketing) ใน

<sup>39</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 36 and วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 190.

<sup>40</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 146 และ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 190-191, 197.

<sup>41</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 147.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 147.

<sup>43</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 189-190.

<sup>44</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 36.

<sup>45</sup> Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., *Essentials of business law and the legal environment*, 7<sup>th</sup> ed., p. 892.



การพิจารณาศาลสูงถือว่าหากผู้ประกอบการพยายามกำจัดคู่แข่งชั้นโดยวิธีการอื่นที่มีไม่ประสิทธิภาพของผู้ประกอบการเองแล้วถือว่าเป็นการทำลายคู่แข่ง

#### 4.1.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา

การพิสูจน์อำนาจตลาดในคดีผูกขาดจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของตลาดเช่นเดียวกรณีรวมกิจการ<sup>46</sup> ตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) เป็นการหาขอบเขตของตลาดเพื่อประเมินการแข่งขันในตลาดที่กำหนดขึ้นว่าอำนาจตลาดหรืออำนาจผูกขาดมีผลต่อโครงสร้างตลาดหรือไม่<sup>47</sup> ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของตลาดเป็นการกลั่นกรอง (filter) พฤติกรรมที่ไม่น่าจะกระทบต่อการแข่งขันออกไป<sup>48</sup>

เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสัมพันธ์กับการกำหนดตลาด ซึ่งอาจประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการจากตัวแปรในทางสถิติ (parameters)<sup>49</sup> ทำให้ส่วนแบ่งตลาดและการกำหนดขอบเขตของตลาดเป็นประเด็นสำคัญในคดีการผูกขาด ซึ่งประเด็นหลักในคดีผูกขาดมักเป็นเรื่องการกำหนดขอบเขตของตลาด<sup>50</sup> จำเลยในคดีผูกขาดมักจะพยายามกำหนดขอบเขตของตลาดให้กว้างที่สุดเท่าที่เป็นไปได้เพื่อให้ดูเหมือนว่าจำเลยมีส่วนแบ่งตลาดน้อย ในทางกลับกัน โจทก์ก็มักจะกำหนดขอบเขตของตลาดให้แคบเพื่อให้ดูเหมือนว่าจำเลยมีส่วนแบ่งตลาดมาก<sup>51</sup> ซึ่งไม่มีเกณฑ์มาตรฐาน (standard paradigm) ซึ่งคดีผูกขาดมีประเด็นในการกำหนดขอบเขตของตลาดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่างกับกรณีวิเคราะห์การควบกิจการ<sup>52</sup>

โดยทฤษฎีการกำหนดขอบเขตของตลาดจะพิจารณาปัจจัย 3 ด้าน คือ ด้านสินค้า ด้านภูมิศาสตร์ และด้านเวลา<sup>53</sup> ซึ่งในสหรัฐอเมริกา ศาลกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยตลาด

<sup>46</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 227.

<sup>47</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 172.

<sup>48</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 228.

<sup>49</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 145.

<sup>50</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," *New York University School of Law: New York University and Economic working Papers* (2005), p. 1.

<sup>51</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 145, Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" *The Economic and Social Review* 31, 4: 310, White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," *New York University School of Law: New York University and Economic working Papers*, p. 1 and Cheeseman, Henry R., *The legal environment of business and online commerce*, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>52</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," *New York University School of Law: New York University and Economic working Papers*, p. 1.

<sup>53</sup> Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," *Berkeley Journal Of International Law* 16 (1998), p. 227.



สินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (relevant product or service market) และตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (relevant geographical market)<sup>54</sup> ศาลกำหนดตลาดสินค้าและตลาดภูมิศาสตร์เป็นรายกรณีไม่ได้ เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไป<sup>55</sup>

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจผูกขาดหรือไม่ ใช้อำนาจผูกขาดหรือไม่ ใช้อำนาจผูกขาดหรือพยายามผูกขาดตามมาตรา 2<sup>56</sup> ต้องกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินอำนาจตลาดของจำเลย เนื่องจากคำพิพากษาของศาลสูงที่กล่าวอย่างชัดเจนในคดี Copperweld<sup>57</sup> ว่าแทบไม่ต้องสงสัยเลยว่าพฤติกรรมฝ่ายเดียว (unilateral conduct) ไม่อาจแยกออกจากกฎหมายป้องกันการผูกขาดได้ และในคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับหลัก rule of reason จำนวนมาก พิจารณาตลาดที่เกี่ยวข้องภายใต้มาตรา 2 เข้มข้นมากกว่า เช่น การกำหนดให้โจทก์พิสูจน์ข้ออ้างทางธุรกิจของจำเลยหรือไม่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์หากกระทำโดยหน่วยผลิตขนาดเล็กกว่า หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับกฎหมายภายใต้ มาตรา 2 เพื่อที่จะกำหนดให้จำเลยที่มีลักษณะที่เหมาะสมสามารถกลายเป็นผู้ผูกขาดในกิจการบางอย่างได้ เช่น ในคดี Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan<sup>58</sup> ซึ่งศาลสูงพบว่าคณะลูกขุนเข้าใจผิดในการพิจารณาคดี เพราะศาลยอมให้คณะลูกขุนอนุมานองค์ประกอบของมาตรา 2 ที่ว่า "พฤติกรรมเบียดเบียนของจำเลย" โดยไม่มีการพิสูจน์ตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งจำเลยน่าจะมีอำนาจผูกขาดในตลาดนั้น ศาลกำหนดให้โจทก์มีภาระพิสูจน์ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง เมื่อโจทก์พิสูจน์ไม่ได้จึงไม่ถือว่าจำเลยฝ่าฝืน<sup>59</sup> ดังนั้น คดีป้องกันการผูกขาดจึง

<sup>54</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, pp. 36, 164, Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 145, 148 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>55</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 435 และ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 193.

<sup>56</sup> Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>57</sup> Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 767-68 (1984) (Concerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk. It deprives the marketplace of the independent centers of decisionmaking that competition assumes and demands.) cited in Keyte, James AA. and Stoll, Neal R., "Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition," The Antitrust Bulletin 49, 3: 597.

<sup>58</sup> Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993).

<sup>59</sup> Id. At 459. see also Walker Process Equip., Inc. v. Food Mach. & Chem. Corp., 382 U.S. 172, 177 (1965) ("Without a definition of that market there is no way to measure [a defendant's] ability to lesson or destroy competition.") Spectrum Sports, 506 U.S. at 459 (1993) cited in Keyte, James AA. and Stoll, Neal R., "Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition," The Antitrust Bulletin 49, 3: 598.

ต้องกำหนดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องอย่างเหมาะสม พร้อมทั้งวิเคราะห์ผลของพฤติกรรมภายในตลาด เว้นแต่จะเป็นคดีความผิดในตัวเอง (per se)<sup>60</sup>

ในสหรัฐมี 3 ปัจจัยที่พิจารณาว่าเป็นภาวะวิสัย (objective) บางครั้งอาจเป็นสถิติ (statistical) โดยมีกัตติสินจากข้อมูลเกี่ยวกับต้นทุน (cost data series) ความยืดหยุ่นไขว้ การประเมินของผู้เชี่ยวชาญทางเศรษฐศาสตร์ และบางครั้งก็ได้จากการวิจัยตลาด<sup>61</sup> ในสายตาของสหรัฐการให้ FTC และ DOJ พิจารณาไตร่ตรองเพิ่มขึ้นนี้เป็นการลดความไม่แน่นอนของกฎหมาย และสามารถคาดเดาได้ ซึ่งแนวทางของสหรัฐเป็นหลักการพิจารณาตลาดอย่างภาวะวิสัย (objective market concept) สถิติแทบไม่ได้บ่งบอกถึงขอบเขตของตลาด สถิติอาจสนับสนุนหรือกำหนดตลาดในเชิงอัตวิสัยอย่างหนึ่งซึ่งกำหนดตลาดในมุมมองด้านอุปสงค์หรืออุปทานในบางกรณี<sup>62</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้กำหนดขอบเขตของตลาดแล้ว แต่ขั้นตอนการพิจารณาไม่ได้สิ้นสุดเพียงเท่านั้นยังต้องพิจารณาหลักฐานโดยตรงและความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย<sup>63</sup> การกำหนดตลาดและอำนาจตลาดเป็นการกลั่นกรอง (filter) พฤติกรรมที่น่าจะกระทบต่อการแข่งขัน<sup>64</sup>

1) ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (relevant product or service market) โดยศาลจะกำหนดตลาดจากหลายทัศนคติที่แตกต่างกัน เช่น ทัศนะของผู้บริโภค สินค้าที่ใช้ทดแทนได้อย่างเหมาะสม<sup>65</sup> ซึ่งตลาดจะรวมสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่นๆ ซึ่งสามารถใช้ทดแทนกับสินค้าหรือบริการของจำเลยได้ดี สินค้าหรือบริการต่างๆ ใช้ทดแทนกันได้หรือไม่ จะพิจารณาจากเปลี่ยนแปลงปริมาณการขายสินค้าอย่างหนึ่งที่สนองต่อการเปลี่ยนแปลงราคาสินค้าอีกอย่างหนึ่งหรือความยืดหยุ่นของอุปสงค์ไขว้ (cross-elasticity of demand)<sup>66</sup>

ศาลใช้เกณฑ์การใช้ทดแทนกันได้ (concept of substitutability) ในการกำหนดตลาด แต่ไม่ได้อธิบายว่าต้องใช้ทดแทนมากเพียงใด ดังนั้น จึงไม่อาจสรุปว่าสินค้าหรือพื้นที่หนึ่งอยู่ในตลาดที่

<sup>60</sup> Keyte, James AA. and Stoll, Neal R., "Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition," *The Antitrust Bulletin* 49, 3: 598.

<sup>61</sup> Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," *Berkeley Journal Of International Law* 16, p. 227.

<sup>62</sup> Ibid., p. 228.

<sup>63</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 164.

<sup>64</sup> Ibid., p. 228.

<sup>65</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p. 434.

<sup>66</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 227 and *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 400, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed. 1264 (1956) cited in Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., *The law of antitrust: an integrated handbook*, 1<sup>st</sup> ed. (United States of America: West Group, St. Paul, Minn, 2000), p. 25.

เกี่ยวข้องเพียงเพราะสินค้าหรือพื้นที่ต่างๆใช้ทดแทนกันได้เพื่อหาขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>67</sup> ศาลสูงทดสอบการใช้ทดแทนของผู้บริโภค (consumer substitutability)<sup>68</sup> โดยใช้ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (cross-elasticity of demand) ในทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งคำนวณได้จากสูตร

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

โดยศาลพิจารณปัจจัยต่างๆ<sup>69</sup> เช่น ราคา คุณภาพ การใช้ประโยชน์และวัตถุประสงค์ในการนำไปใช้ ลักษณะสินค้าและการโฆษณา ถ้าผู้บริโภคหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนได้ เมื่อผู้ขายขึ้นราคาสินค้าของตนจะทำให้ผู้ขายต้องแข่งขันกับสินค้าต่างๆ

ศาลใช้ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์มากกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องไว้ในคดี Times-Picayune<sup>70</sup> ว่าตลาดประกอบด้วยสินค้าที่ใช้ทดแทนได้ทุกอย่างที่มี แต่ไม่รวมสินค้าต่างๆมากเกินไปจนไม่อาจจำกัดขอบเขตได้ ขอบเขตของตลาดต้องกำหนดอย่างแคบเพื่อแยกสินค้าอื่นๆออกไปจำกัดเฉพาะสินค้าหรือพื้นที่ซึ่งผู้ซื้อจะเปลี่ยนไปใช้โดยเหตุผลด้านราคาที่เหมาะสม<sup>71</sup>

และศาลได้ยืนยันที่จะใช้ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์อีกในคดี du Pont<sup>72</sup> ในปี 1957 ศาลถือว่าตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยสินค้าซึ่งสามารถใช้ทดแทนกันได้โดยอย่างเหตุผลสม (reasonable substitutability) ตามวัตถุประสงค์ที่ผลิตสินค้านั้น<sup>73</sup>

บริษัท du Pont ซึ่งเป็นผู้ผลิตแผ่นใสสำหรับห่อ (cellophane) รายเดียว (sole producer) มีส่วนแบ่งตลาดทั่วประเทศสหรัฐฯ 75% อ้างว่า cellophane ไม่ได้ยู่คนละตลาดเนื่องจากระดับราคาไม่ต่างกัน คุณสมบัติของวัสดุและลักษณะของการใช้งานไม่ต่างกัน เมื่อขึ้นราคา Cellophane ผู้บริโภคยอมหันไปซื้อวัสดุอื่นทดแทนทันที ดังนั้น ตลาดจึงประกอบด้วย “วัสดุต่างๆที่ใช้ห่อ

<sup>67</sup> Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 311.

<sup>68</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 434 and Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 310.

<sup>69</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 145-146, First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 434, Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 891 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>70</sup> Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 US 594 (1953)

<sup>71</sup> Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 311-312.

<sup>72</sup> United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 2d 1264 (1956) and Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 310.

<sup>73</sup> United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 2d 1264 (1956) at 404, 1012, 1285.

(flexible packaging materials)" นอกจาก cellophane แล้ว ตลาดยังรวมถึงกระดาษห่อสีน้ำตาล กระดาษขี้ผึ้ง และอลูมิเนียมฟลอยด์ (aluminum foil) ศาลพบว่าเมื่อผู้ขายขึ้นราคา cellophane เพียงเล็กน้อย ผู้บริโภคจะหันไปใช้ผลิตภัณฑ์อื่นทดแทน ขอบเขตของตลาดที่กว้างขึ้นนี้ทำให้จำเลยมีส่วนแบ่งตลาดเพียง 20% ไม่ถือเป็นผู้ผูกขาด จึงไม่ฝ่าฝืนมาตรา 2 การกำหนดตลาดในคดี Cellophane นี้ ศาลหาตลาดของวัสดุที่ใช้ห่อ (flexible wrapping materials) เป็นหลักฐานเบื้องต้นโดยพิจารณาความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ ลักษณะสินค้า ราคาสินค้า การใช้สินค้าและการโฆษณาและพบว่ามี ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ไขว้สูง (high cross-elasticity of demand) ระหว่าง Cellophane และวัสดุ อื่นๆที่ใช้ห่อ (other flexible wrapping materials) ถ้าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ไขว้สูง (high cross-elasticity of demand) หมายความว่า ผู้บริโภคสามารถใช้วัสดุอย่างอื่นทดแทน Cellophane ได้ง่าย มาก บริษัท du Pont ต้องเผชิญความยืดหยุ่นของอุปสงค์อย่างมาก ตลาด คือ วัสดุต่างๆที่ใช้ห่อ ทั้งหมด (all flexible wrapping materials)

โดยศาลอธิบายว่าถ้าราคาของสินค้าอย่างหนึ่งลดลงจะเป็นเหตุให้ผู้บริโภคสินค้าอีกอย่าง หนึ่งเปลี่ยนไปหาสินค้าที่ราคาลดลง อาจแสดงว่าความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์สูงระหว่างสินค้าหลาย ชนิดที่แข่งขันในตลาดเดียวกัน<sup>74</sup> ดังนั้น จึงกำหนดให้ เนื่องจากศาลมีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับขอบเขต ของตลาดเช่นนี้ทำให้ตลาดมีขอบเขตกว้างใหญ่มาก ดังนั้น อำนาจตลาดของบริษัท du Pont จึงมี น้อย

การกำหนดตลาดด้วยความยืดหยุ่นไขว้ สินค้าต่างๆที่ราคาแตกต่างกันไม่จำเป็นต้องอยู่คน ละตลาดกัน สินค้าหรือบริการที่ราคาและคุณภาพเท่ากันอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่ราคาที่แตกต่างกัน มากอาจอยู่ในคนละตลาดกัน<sup>75</sup>

อย่างไรก็ตาม มีผู้โต้แย้งว่าคำตัดสินในคดี du Pont มีข้อผิดพลาดรุนแรงซึ่งเรียก Cellophane trap<sup>76</sup> เนื่องจากโดยทั่วไปผู้ผูกขาดที่ได้กำไรสูงสุดจะขึ้นราคาถึงระดับที่ทำให้ผู้บริโภค เห็นว่าสินค้าอื่นใช้ทดแทนได้ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ณ ระดับราคาที่กำหนด (prevailing prices) ซึ่งถือเป็นระดับราคาที่ผู้ประกอบการได้ขึ้นราคาไปแล้ว กรณีดังกล่าวการพิจารณาการใช้สินค้าทดแทน หรือความยืดหยุ่นไขว้ (cross elasticities) จะได้ผลว่าผู้ประกอบการไม่มีอำนาจที่จะขึ้นราคาให้สูงขึ้น อีกได้ ซึ่งความจริงแล้วคดีใช้อำนาจโดยมิชอบต้องเป็นความยืดหยุ่นไขว้ของราคา (cross price

<sup>74</sup> United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 404 (1956) at 400 cited in OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 227.

<sup>75</sup> United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 404 (1956), Twin City Sportservice, Inc. v. Charles O. Finly & co. 512 F.2d 1264, 1274 (9<sup>th</sup> Cir. 1975) cited in OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 227.

<sup>76</sup> Klein, Benjamin, "Market power In antitrust: economic analysis after Kodak general distribution," Supreme Court Economic Review 1993, the Law and Economics Center at the George Mason University School of Law, p. 84, OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 164 and Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 311.



elasticities) ณ ระดับราคาแข่งขัน (competitive price) ในการกำหนดตลาดมิใช่ระดับราคาที่กำหนดไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ราคาแข่งขันไม่สามารถหาได้และไม่น่าเชื่อถือ<sup>77</sup>

การใช้ทดแทนกันได้อย่างเหมาะสมในคดี *Brown Shoe*<sup>78</sup> ซึ่งเป็นคดีรวมกิจการ ศาลกำหนดตลาดจากการใช้ทดแทนกันได้ดีโดยใช้ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ระหว่างสินค้านั้นและสินค้าที่ใช้ทดแทน<sup>79</sup> ศาลตัดสินว่า “การใช้ทดแทนกันได้อย่างเหมาะสม (reasonable interchangeability) ในคดี *Cellophane* ถูกนำมาใช้ในคดีรวมกิจการด้วย เพียงแต่โดยการกำหนดขอบเขตภายนอก (the outer boundaries) ของตลาดกลุ่มย่อย (submarket) ที่ประกอบด้วยสินค้าที่พิจารณาการป้องกันการผูกขาดขอบเขตของตลาดอาจกำหนดโดยมุมมองทางอุตสาหกรรมหรือมุมมองของสาธารณะชนแยกจากตลาดเศรษฐกิจ ลักษณะและการใช้สินค้า ความสะดวกในการผลิตที่เป็นเอกลักษณ์ เฉพาะกลุ่มผู้บริโภค กลุ่มราคา ความอ่อนไหวที่จะตั้งราคา และเฉพาะกลุ่มผู้ขาย (vendors)”<sup>80</sup>

แนวโน้มนตลาดในคดี *Brown Shoe Co.*,<sup>81</sup> ศาลถือว่าการรวมธุรกิจต้องมองในตลาดใดตลาดหนึ่ง (particular market) ที่เกี่ยวข้อง และโครงสร้างตลาด ประวัติความเป็นมาในอดีต (history) และความเปลี่ยนแปลงในอนาคต (probable future) ว่าน่าจะมีผลต่อการแข่งขันที่น่าจะเกิดขึ้น<sup>82</sup> ศาลพิจารณาการทดแทนกันด้านการผลิตอย่างเหมาะสมหรือความยืดหยุ่นไขว้ของอุปทาน (cross-elasticity of supply)<sup>83</sup> ถ้าผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าอย่างหนึ่งอาจเปลี่ยนเครื่องมือ (facilities) การผลิตของตนเพื่อเปลี่ยนไปผลิตสินค้าอีกอย่างหนึ่งได้ง่ายตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องที่เหมาะสมจะรวมสินค้าที่ทดแทนกันทั้งด้านอุปสงค์และอุปทาน<sup>84</sup> ซึ่งหลักที่ศาลวางไว้นี้ได้รับการสนับสนุนในคดี

<sup>77</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 164 and Massey, Patrick, “Market definition and market power in competition analysis: some practical issues” *The Economic and Social Review* 31, 4: 311.

<sup>78</sup> *Brown Shoe Co., v. United States* 370 U.S. 294, 82 S. Ct. 1502, 8 L. Ed. 2d 510 (1962)

<sup>79</sup> *Brown Shoe Co., v. United States* 370 U.S. 294, 82 S. Ct. 1502, 8 L. Ed. 2d 510 (1962) at 325, 1523-1524, 535.

<sup>80</sup> *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 325, 82 S.Ct. 1502, 1524 (1962) (markets may “be determined by examining such practical indicia as industry or public recognition of the submarket as a separate economic entity, the product’s peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct customers, distinct prices, sensitivity to price changes, and specialized vendors”) cited in Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 152 and Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2<sup>nd</sup> ed. (United States of America: West Publishing Co., 2001), p. 87.

<sup>81</sup> *Brown Shoe Co. v. United States* 370 U.S. 294, 82 S. Ct. 1502, 8 L. Ed. 2d 510 (1962)

<sup>82</sup> *Brown Shoe Co. v. United States* 370 U.S. 294, 82 S. Ct. 1502, 8 L. Ed. 2d 510 (1962) at 322, 1522, 534, n.38.

<sup>83</sup> *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 325 n.42 (1962) cited in OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 227

<sup>84</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 227



United States v. General Dynamics Corp.<sup>85</sup> นอกจากการพิจารณาโครงสร้างตลาดและการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างตลาดเพื่อที่มีผลทำให้การแข่งขันลดลง ศาลได้กล่าวไว้ในคดี Continental Can<sup>86</sup> ศาลกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องจากการแข่งขันของแต่ละอุตสาหกรรมโดยพิจารณาการแข่งขันในอดีต ในปัจจุบัน และในอนาคตรวมถึงโอกาสการแข่งขันก็ต้องพิจารณาด้วย<sup>87</sup>

ศาลได้กำหนดตลาดจากทัศนะของผู้ขาย ซึ่งศาลได้พิจารณาว่า ผู้ขายรายอื่นจะตัดสินใจอย่างไร ถ้าผู้ขายสินค้าซึ่งเป็นผู้ผูกขาดขึ้นราคาสินค้า แล้วผู้ขายรายอื่นเลือกที่จะเปลี่ยนกระบวนการผลิตและผลิตสินค้าที่มีลักษณะเหมือนกันแล้วทำให้ผู้ผูกขาดต้องแข่งขันกับผู้ขายรายอื่น กรณีดังกล่าวศาลได้กล่าวว่า “ตลาดรวมถึงผู้ประกอบการที่มีความสามารถหรือศักยภาพที่อาจจะเป็นคู่แข่งในการผลิต”<sup>88</sup>

ตัวอย่าง การทดแทนด้านอุปทาน (supply-side substitutability) เช่น ในคดีที่โรงงานผลิตอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ซึ่งใช้ต่อกับคอมพิวเตอร์ของ IBM โรงงานผู้ผลิตเหล่านี้อ้างว่าตลาดประกอบด้วย อุปกรณ์ส่วนประกอบที่ใช้ต่อกับคอมพิวเตอร์ เพราะ ผู้บริโภคไม่อาจใช้อุปกรณ์ที่ผลิตโดยบริษัทอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้ทำเพื่อต่อกับคอมพิวเตอร์ของ IBM แต่ศาลไม่เห็นด้วย เนื่องจากคู่แข่งรายอื่นจะเปลี่ยนช่องต่อให้ต่อเข้ากับอุปกรณ์ ดังนั้น ตลาดจึงรวมผู้ผลิตอุปกรณ์ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิตอุปกรณ์ที่ใช้กับคอมพิวเตอร์ที่พิจารณาอยู่หรือไม่ก็ตาม<sup>89</sup>

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องตามแนวปฏิบัติ แนวปฏิบัติปี 1997 กำหนดตลาดโดยเน้นการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นสิ่งสำคัญ เช่น ปฏิบัติการของผู้บริโภค โดยการทดแทนด้านอุปทานจะพิจารณาในเวลาที่เหมาะสมว่าผู้ประกอบการนั้นดำเนินกิจการในตลาดที่เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์การเข้าสู่ตลาด<sup>90</sup>

โดยตลาดสินค้าจะถูกกำหนดเป็นอันดับแรก<sup>91</sup> เป็นสินค้าหรือกลุ่มสินค้าซึ่งสมมติว่าผู้ประกอบการได้กำไรสูงสุด (hypothetical profit-maximizing firm) ซึ่งจำกัดเฉพาะผู้ขายสินค้า (ผู้ผูกขาด) ในปัจจุบันหรืออนาคตที่น่าจะกำหนดราคาเพิ่มขึ้นอย่างน้อยที่สุดเป็นการเพิ่มราคาเล็กน้อย แต่มีนัยสำคัญและไม่ชั่วคราว (small but significant and nontransitory increase in price) โดยสมมติว่า ถ้าขึ้นราคากลุ่มสินค้าที่กำหนดแล้ว ผู้ซื้อจะโต้ตอบการขึ้นราคาอย่างไรถ้าผู้ซื้อจำนวนมาก

<sup>85</sup> United States v. General Dynamics Corp. 415 U.S. 486 at 498, 94 S. Ct. 1186 at 1194, 39 L. Ed. 2d 530 at 542, (1974)

<sup>86</sup> United States v. Continental Can Co. 378 U.S. 441, 84 S. Ct. 1738, 12 L. Ed. 2d 953 (1964)

<sup>87</sup> United States v. Continental Can Co. 378 U.S. 441, 84 S. Ct. 1738, 12 L. Ed. 2d 953 (1964), 458, 1747-1748, 965.

<sup>88</sup> First, Harry, “Antitrust Law,” in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p. 434.

<sup>89</sup> Ibid., pp 434-435..

<sup>90</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, Section 1.0.

<sup>91</sup> Ibid., Section 1.1.

หันไปหาสินค้าอื่นทดแทนจนทำให้ขายสินค้าหรือบริการที่ขึ้นราคาได้น้อยลงอย่างมากจนผู้ขึ้นราคาไม่ได้กำไรจากการขึ้นราคา ซึ่งกลุ่มสินค้าที่กำหนดอาจแคบเกินไป<sup>92</sup>

FTC จะเริ่มพิจารณาจากสินค้าโดยกำหนดตลาดสินค้าอย่างแคบแล้วสมมติว่าผู้ประกอบการรายนั้นขึ้นราคาเล็กน้อยแต่นัยสำคัญและไม่ชั่วคราว แต่การขายสินค้านั้นยังไม่เปลี่ยนแปลงแล้วจะเกิดอะไรขึ้น ถ้ามีการโต้ตอบการขึ้นราคาทำให้ยอดขายสินค้าลดลงอย่างมากจนผู้สมมติว่าผูกขาดไม่ได้กำไรจากการขึ้นราคาแล้ว FTC ก็จะมีสินค้าต่างๆซึ่งใช้ทดแทนได้ดีเข้าไป (next-best substitute) โดยพิจารณาปฏิกริยาของผู้ซื้อต่อการขึ้นราคาจากหลักฐานที่เกี่ยวข้อง<sup>93</sup> เช่น ปฏิกริยาของผู้ซื้อ ปฏิกริยาของผู้ขาย สภาพการแข่งขัน เวลาและค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนสินค้า

ราคาที่เพิ่มขึ้นนี้จะจำกัดขอบเขตตลาดสินค้าโดยทดสอบการขึ้นราคาซ้ำกันอย่างต่อเนื่อง โดยสมมติว่าผู้ผูกขาดจะได้กำไรสูงสุดจากการขึ้นราคาสินค้า โดยจะเพิ่มสินค้าอื่นที่เห็นว่าผู้ซื้อน่าจะหันไปใช้เข้ามาจนกระทั่งขึ้นราคาถึง 5% (เล็กน้อยแต่นัยสำคัญ) เป็นระยะเวลาหนึ่ง (ไม่ใช่ชั่วคราว) รวมถึงสินค้าต่างๆ FTC จะพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเป็นตลาดที่เล็กที่สุดเท่าที่จำเป็นในการทดสอบนี้ ซึ่งการวิเคราะห์อำนาจตลาดในคดีผูกขาดควรใช้ราคาที่สะท้อนการแข่งขันจริง ๆ และควรใช้ข้อมูลราคาในอดีตมิใช่ราคาของผู้ประกอบการกำหนดไว้ (prevailing prices) หรือมิใช่ราคาที่น่าจะกำหนดในอนาคตอย่างการวิเคราะห์อำนาจตลาดการรวมกิจการ โดยทั่วไปราคาที่เพิ่มขึ้นจะเป็นราคาสินค้าในขั้นการตรวจสอบอุตสาหกรรม ส่วนใหญ่แล้วจะใช้การขึ้นราคา 5% แต่ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของอุตสาหกรรมซึ่ง FTC อาจขึ้นราคามากกว่าหรือน้อยกว่า 5% ก็ได้<sup>94</sup>

การกำหนดตลาดสินค้าในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติทางราคา โดยขายสินค้าอย่างเดียวกันให้ผู้ซื้อคนละกลุ่มด้วยราคาแตกต่างกัน ซึ่งผู้ซื้อไม่อาจโต้ตอบการขึ้นราคาดังกล่าวโดยหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทน และผู้ซื้อกลุ่มอื่นไม่อาจซื้อสินค้าดังกล่าวในราคาต่ำและขายต่อให้กับกลุ่มผู้ที่ต้องการ (targeted buyers) ในราคาสูงขึ้นได้ แล้วสมมติว่าผู้ผูกขาดกำหนดราคาเพิ่มขึ้นโดยเลือกปฏิบัติทางราคาโดยขายให้กับกลุ่มผู้ที่ต้องการ FTC จะพิจารณาตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องประกอบกับการใช้เฉพาะอย่างหรือการใช้โดยกลุ่มผู้ซื้อสินค้าโดยแยกเป็นคนละตลาดกับตลาดทั่วไปที่ขึ้นราคาเล็กน้อยแต่นัยสำคัญและไม่ชั่วคราว<sup>95</sup>

โดยการกำหนดตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง FTC จะพิจารณาสินค้าของผู้ประกอบการทุกรายในตลาดหนึ่งหรือหลายตลาด โดยสมมติการขึ้นราคา (hypothetical price increase) ในตลาดดังกล่าวว่าจะมีผลอย่างไร<sup>96</sup>

<sup>92</sup> Ibid., Section 1.11.

<sup>93</sup> Ibid., Section 1.11.

<sup>94</sup> Ibid., Section 1.11.

<sup>95</sup> Ibid., Section 1.12.

<sup>96</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 148-149.

2) ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (relevant geographical market) ปกติจะกำหนดโดยเป็นสถานที่ (area) ที่ผู้ประกอบการและคู่แข่งผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>97</sup> รวมผู้ซื้อในท้องถิ่นที่อาจหันมาซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขายรายนั้นได้ด้วย<sup>98</sup>

การกำหนดตลาดด้านภูมิศาสตร์คล้ายกับการกำหนดตลาดด้านสินค้าในประเด็นที่กลุ่มผู้ขายที่แข่งขันกันเพื่อธุรกิจของผู้ซื้อ แต่ต่างกันที่ท้องถิ่นที่เหมาะสมของผู้ประกอบการ (suppliers) ที่แข่งขันในท้องถิ่นนั้น ศาลกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ (geographic market) เป็นพื้นที่ที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งผู้ขายประกอบกิจการและผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนไปหาผู้ขายสินค้าที่เหมาะสมได้<sup>99</sup>

ตลาดภูมิศาสตร์ คือ พื้นที่ที่มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในทางการค้า (known line of commerce) ซึ่งผู้ขายเลือกพื้นที่ประกอบการในตลาดอย่างระมัดระวัง และพื้นที่ที่ผู้ซื้ออาจหันไปหาผู้ขายรายอื่นได้<sup>100</sup> และถือว่าไม่ใช่ตลาดที่บริษัทที่ควบรวมกิจการทำธุรกิจหรือแม้เป็นที่ซึ่งผู้ประกอบการแข่งขันในพื้นที่ซึ่งการแข่งขันคาบเกี่ยวกัน (overlap) แต่เป็นตลาดการควบรวมกิจการที่มีผลต่อการแข่งขันโดยตรงและในทันที<sup>101</sup>

พื้นที่ภูมิศาสตร์อาจมีขนาดเป็นพื้นที่ขนาดเล็ก เมืองเล็ก เมืองใหญ่ ส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศ ทั่วประเทศ หรืออาจกว้างใหญ่ทั่วโลกขึ้นอยู่กับสถานการณ์แวดล้อมต่างๆ<sup>102</sup> เช่น ดันทุนค่าขนส่ง สินค้าหรือบริการประเภทต่างๆ และสถานที่ที่อยู่คู่แข่งและลูกค้า<sup>103</sup>

ศาลมักพิจารณาความสัมพันธ์ของผู้ซื้อและผู้ขายในธุรกิจต่างๆว่ามีผลต่อสภาพการแข่งขันอย่างไร เพราะผู้ซื้อหรือผู้ขายรายหนึ่งไม่อาจกระทำการจนมีผลกระทบต่อตลาดได้ อย่างไรก็ตามเป้าหมายในการกำหนดตลาด คือ การจัดกลุ่มสินค้าต่างๆที่ควบคุมมิให้ผู้ขายบางราย หรือบางกลุ่มใช้อำนาจขึ้นราคาหรือกีดกันการแข่งขัน<sup>104</sup>

<sup>97</sup> Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>98</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 227

<sup>99</sup> Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, 327 (1961) cited in OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 227 and First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 435.

<sup>100</sup> Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, at 327, 81 S. Ct. 623 at 628, 5 L. Ed. 2d 580 at 587 (1961)

<sup>101</sup> United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, at 357, 83 S. Ct. 1715 at 1738, 10 L. Ed. 2d 915 at 941 (1963).

<sup>102</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 435, Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1<sup>st</sup> ed., p. 63 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>103</sup> Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 891.

<sup>104</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p. 435.

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องตามแนวปฏิบัติในการรวมกิจการ DOJ และ FTC ของสหรัฐฯ ใช้แนวปฏิบัติในการรวมกิจการที่ออกในปี 1992 แก้ไขในปี 1997 ซึ่งมีเกณฑ์การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินการแข่งขันในตลาดดังกล่าวว่าการรวมกิจการมีผลทำให้แข่งขันลดลงหรือไม่ ทำให้การควบคุมการรวมกิจการมีความชัดเจนมากขึ้น โดยการรวมกิจการต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการแข่งขันหรือต้องไม่เป็นการลดการแข่งขัน<sup>105</sup>

“ตลาดเป็นสถานที่ที่มีการค้าขายแลกเปลี่ยนกัน ซึ่งจะรวมเฉพาะผู้ประกอบการที่ได้เปรียบผู้ประกอบการอื่นในการแข่งขัน ผู้ประกอบการที่ไม่ได้เปรียบจะไม่รวมเป็นตลาดด้วย ไม่จำเป็นต้องเป็นความได้เปรียบด้านขนาดของผู้ประกอบการเท่านั้น อาจเป็นความได้เปรียบคู่แข่งในการแข่งขันระยะเวลาหนึ่ง สินค้าหรือบริการใดซึ่งแตกต่างจากสินค้าหรือบริการอื่นถือเป็นตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง (relevant product market) ซึ่งผู้ซื้อส่วนใหญ่อาจเห็นว่าใช้ทดแทนได้แต่ไม่อาจใช้ทดแทนกันได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากมีราคา คุณภาพ และการใช้แตกต่างกัน และสินค้าหรือบริการทั้งหมดที่ขายในบางท้องที่ของประเทศจะถือเป็นตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (geographic market) ซึ่งตลาดที่นำมาพิจารณาต้องไม่ใหญ่เกินไป เว้นแต่เห็นได้ชัดว่าไม่มีอุปสรรคทางเศรษฐกิจ ต่างๆ เช่น ค่าขนส่ง ความยากลำบากในการจัดกระจายสินค้าหรือบริการ ไม่สะดวกต่อผู้บริโภค รสนิยมของผู้บริโภค ทำให้รวมผู้ขายจากท้องที่อื่นที่ขายสินค้าหรือบริการในท้องที่ที่พิจารณาอยู่ในตลาดเดียวกัน”<sup>106</sup>

โดยในแนวปฏิบัติ (Guideline) ได้กำหนดตลาดในมิติด้านภูมิศาสตร์ (the geographical dimension of the market) โดยแบ่งตลาดภูมิศาสตร์ตามค่าขนส่ง หรืออุปสรรคต่างๆ ในพื้นที่แต่ละแห่งทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถเข้ามาขายแข่งได้ อุปสรรคทางเศรษฐกิจไม่ได้นำมากำหนดตลาดเพราะอุปสรรคดังกล่าวเป็นการปกป้องการขายข้ามท้องที่ไม่ใช่ป้องกันการขึ้นราคาจากการกำหนดราคา (price fixing)<sup>107</sup>

ในคดีการควบรวมกิจการ ศาลใช้แนวปฏิบัติมาพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาด (market share) และการกระจุกตัว (concentration) ของอุตสาหกรรม โดยใช้การกระจุกตัวของบริษัทใหญ่ 4 บริษัท (the four-firm concentration ratio) ในตลาดที่เกี่ยวข้องเดียวกัน<sup>108</sup>

โดยแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการรวมกิจการมีประเด็นสำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก มุ่งป้องกันมิให้ผู้ประกอบการใช้อำนาจตลาดขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ ประการที่สอง วิธีการกำหนดตลาดซึ่งในคดีการรวมกิจการ ซึ่งกำหนดตลาดสินค้าซึ่งสันนิษฐานว่าผู้ผูกขาด (hypothetical monopolist) อาจขึ้นราคา “เล็กน้อยแต่นัยสำคัญและมีในระยะชั่วคราว (small but significant and nontransitory)” ถ้าผู้ที่ถูกสันนิษฐานว่าผูกขาดสามารถขึ้นราคาร้อยละ 5 โดยรักษาระดับราคาให้เพิ่มขึ้นได้เป็นเวลา 1 ปี โดยไม่มีคู่แข่งมากกดดันราคาให้ต่ำลง กลุ่มสินค้าหรือบริการนั้นถือเป็นตลาด และหากคู่แข่งเข้ามาในตลาด คู่แข่งเหล่านั้นอาจจะถือเป็นส่วนหนึ่งของตลาดซึ่งจำเป็นต้องทดสอบ

<sup>105</sup> Ibid., pp. 441-442.

<sup>106</sup> Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed., pp.153-154.

<sup>107</sup> Ibid., p.155.

<sup>108</sup> First, Harry, “Antitrust Law,” in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p, 441.



ด้วยการขึ้นราคาอัตราร้อยละ 5 ซ้ำอีก และประการที่สาม รัฐพิจารณาการเปลี่ยนแปลงการกระจุกตัวของตลาดทั้งก่อนและหลังการรวมกิจการ (pre- and post-merger) โดยใช้ดัชนี Herfindahl-Hirshman Index (HHI) มาคำนวณการกระจุกตัวของตลาดโดยให้น้ำหนักกับความแตกต่างของโครงสร้างตลาดมากกว่าการวัดอัตราการกระจุกตัวของ 4 บริษัทในตลาด (The four-firm concentration Ratio: CR4) โดยกำหนดระดับค่า HHI หลังการรวมกิจการเป็น 3 ช่วง คือ ค่า HHI ที่ไม่ถูกห้าม ค่า HHI ที่อาจจะถูกห้ามและค่า HHI ที่จะถูกห้ามอย่างแน่นอน โดยคำนวณจากผลรวมของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการทุกรายในตลาดยกกำลังสอง โดยมีช่วงการกระจุกตัวที่รัฐยอมรับได้เรียกว่า เขตปลอดภัย (safe harbors) ซึ่งมีค่า HHI ขั้นต่ำอยู่ช่วง 1,000 ซึ่งตลาดอาจมีผู้ประกอบการ 10 ราย แต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาด 10% ของตลาด หรือตลาดซึ่งมีผู้ประกอบการ 4 ราย มีอัตราส่วนแบ่งประมาณ 50% ค่า HHI ขั้นสูงเกินกว่าช่วง 1800 ซึ่งรัฐกำหนดน่าจะเป็นอัตราส่วนแบ่งตลาดประมาณ 70%<sup>109</sup>

การรวมกิจการที่มีค่า HHI อยู่ในระดับที่สูงจะถูกสันนิษฐานว่าทำให้มีอำนาจตลาดเพิ่มขึ้น แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวอาจถูกหักล้างได้โดยการพิสูจน์ 3 ประการดังนี้ ประการแรก ผลกระทบจากการแข่งขันโดยพิจารณาการรวมหัวกันโดยเฉพาะที่เกิดขึ้นหลังรวมกิจการ ซึ่งมีแนวโน้มดังนี้ (1) ที่นำไปสู่การร่วมมือกัน (2) การสืบหาการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (3) การลงโทษการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ประการที่สอง การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่อาจหยุดยั้งพฤติกรรมการขึ้นราคา โดยที่แนวปฏิบัติจะพิจารณาอย่างง่าย ๆ ว่าถ้าผู้ประกอบการรายใหม่เข้ามาโดยพิจารณา (1) เวลา (timely) (2) ความพอใจ (likely) (3) มีลักษณะทางกายภาพ ขอบเขตและขนาดที่ใหญ่เพียงพอที่จะต่อสู้หรือโต้ตอบผลกระทบจากการแข่งขัน และประการที่สาม ประสิทธิภาพ การตรวจสอบการผลิต การจัดทำหน่วย และการจัดการเศรษฐกิจที่น่าจะเกิดจากการรวมกิจการ<sup>110</sup>

โดยพิจารณาผลที่เป็นการจำกัดมิให้ราคาสูงขึ้นจากอุปสงค์และอุปทานต่ออำนาจตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยพิจารณาอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด และการกระจุกตัวของตลาด<sup>111</sup>

การทดสอบข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผูกขาด (hypothetical monopolist test) เป็นวิธีหนึ่งในแนวปฏิบัติฯ ใช้ทดสอบเพื่อกำหนดขอบเขตของตลาด ไม่ใช่เพียงการกำหนดขอบเขตตลาดในคดีรวมกิจการเท่านั้น แต่ใช้ในคดีเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาดเกือบทุกคดีทั่วโลก มิใช่เพียงแต่ในสหรัฐเท่านั้น<sup>112</sup>

การกำหนดขอบเขตของตลาดตามแนวปฏิบัติฯพิจารณาด้านสินค้าหรือบริการ และด้านภูมิศาสตร์แล้วจึงหาส่วนแบ่งตลาด อย่างไรก็ตาม การกำหนดขอบเขตของตลาดดังกล่าวเป็นการ

<sup>109</sup> Ibid., p.442.

<sup>110</sup> Ibid., p.443.

<sup>111</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 148.

<sup>112</sup> Harkrider, John D. and Veltrop, Axinn, & Harkrider, "Operational the hypothetical monopolist test, p. 1 from <http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217harkriderhmt.pdf> (เมื่อ 23 เมษายน 2549)



กำหนดเบื้องต้น ซึ่งต้องพิจารณาอีกครั้งและอาจถูกหักล้างได้ การกำหนดตลาดตามแนวปฏิบัติไม่ได้เกี่ยวกับการกำหนดว่ามีอำนาจตลาดหรือไม่<sup>113</sup>

ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องตามแนวปฏิบัติ FTC จะกำหนดตลาดภูมิศาสตร์หรือตลาดซึ่งผู้ประกอบการรายหนึ่งอาจประกอบหรืออาจเป็นตลาดภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกันหลายตลาดก็ได้<sup>114</sup>

ถ้าไม่มีการเลือกปฏิบัติทางราคา FTC จะกำหนดตลาดภูมิศาสตร์เป็นเขต (region) โดยจำกัดเฉพาะผู้ผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องที่อยู่ในท้องถิ่น (locations) ในปัจจุบันหรือในอนาคต ซึ่งสมมติว่าผู้ผูกขาดในเขตนั้นขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ชั่วคราว โดยไม่เปลี่ยนแปลงการขายสินค้าในท้องถิ่นต่าง ๆ โดยสมมติว่าผู้ซื้อจะโต้ตอบการขึ้นราคาสินค้าในเขตที่กำหนดเท่านั้น โดยหันไปผลิตสินค้าในเขตอื่นแล้วจะเกิดอะไรขึ้น ถ้าการพยายามขึ้นราคาอย่างมากในท้องถิ่นที่ผลิตสินค้าเหล่านั้นจนถึงจุดผู้ขายที่อยู่ในท้องถิ่นอื่นให้เข้ามาผลิตสินค้าแข่ง จะทำให้ยอดขายลดลงอย่างมากจนการขึ้นราคาไม่ทำให้ผู้ผลิตที่ขึ้นราคาได้กำไรและพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่กำหนดนั้นจะถือว่าแคบเกินไป<sup>115</sup>

การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องจะต้องกำหนดให้พอเหมาะและอยู่ในขอบเขตที่อุปสงค์และอุปทานสามารถตอบสนองซึ่งกันและกันได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ขอบเขตของตลาดดังกล่าวอาจหมายถึงพื้นที่ทั้งประเทศ หรือเฉพาะภาคใดภาคหนึ่งของประเทศ หรือเฉพาะจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งเท่านั้น โดยปกติแล้วจะถือเอาขอบเขตของประเทศเป็นเกณฑ์

การกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ FTC จะเริ่มจากท้องถิ่นที่สมมติว่าผู้ประกอบการที่ผูกขาดขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ใช้ชั่วคราวแต่การขายในท้องถิ่นอื่นทั้งหมดยังไม่เปลี่ยนแปลงแล้วจะเกิดอะไรขึ้น ถ้าขึ้นราคาแล้วจะทำให้ยอดขายสินค้าในท้องถิ่นนั้นลดลงอย่างมากจนผู้ประกอบการรายนั้นไม่ได้กำไรจากการขึ้นราคาแล้ว FTC จะเพิ่มท้องถิ่นที่ผลิตทดแทนได้ดีเข้าไป (next-best substitute) โดยพิจารณาหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เช่น ปฏิกริยาของผู้ซื้อ ปฏิกริยาของผู้ขาย สภาพการแข่งขัน เวลาและค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนของผู้ขาย<sup>116</sup>

ราคาที่เพิ่มขึ้นนี้จะจำกัดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์โดยทดสอบการขึ้นราคาซ้ำกันอย่างต่อเนื่องโดยสมมติว่าผูกขาด (hypothetical monopolist) จะได้กำไรสูงสุดจากการขึ้นราคาโดยจะเพิ่มท้องถิ่นที่ผู้ซื้อน่าจะหันมาผลิตเข้ามาในตลาดจนกระทั่งขึ้นราคา 5% (เล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญ) และเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว (ไม่ใช่ชั่วคราว) รวมท้องถิ่นที่ผู้ผูกขาดตั้งอยู่ โดยกำหนดตลาดท้องถิ่นให้

<sup>113</sup> Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1<sup>st</sup> ed., p. 64.

<sup>114</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, Section 1.2.

<sup>115</sup> Ibid., Section 1.21.

<sup>116</sup> Ibid., Section 1.21.

มีขนาดเล็กที่สุดที่ขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและพิจารณาปฏิกริยาของผู้บริโภคที่จะใช้ทดแทนกันเช่นเดียวกับการกำหนดตลาดสินค้า<sup>117</sup>

การกำหนดตลาดภูมิศาสตร์กรณีที่มีการเลือกปฏิบัติทางราคาโดยตั้งราคาแตกต่างกันทั้งที่มีค่าใช้จ่ายในการขนส่งเท่ากันในการส่งไปให้ผู้ซื้อในท้องถิ่นคนละแห่งกัน อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้สมมติว่าผูกขาดกำหนดราคาต่อผู้ซื้อ (targeted buyer) ในท้องถิ่นคนละแห่งแตกต่างกันและผู้ซื้อไม่อาจทำให้ราคาที่กำหนดเพิ่มขึ้นลดลงโดยหันไปหาผู้ขายในท้องถิ่นที่ไกลออกไปทดแทนเพื่อโต้ตอบการขึ้นราคาสินค้าที่เกี่ยวข้อง FTC จะพิจารณาตลาดภูมิศาสตร์ประกอบด้วยท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งของผู้ซื้อซึ่งผู้สมมติว่าผูกขาดอาจได้กำไรและแยกต่างหากจากการกำหนดราคาเพิ่มขึ้นเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ชั่วคราว<sup>118</sup>

ตลาดภูมิศาสตร์เป็นพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่ผลิตหรือซื้อขายสินค้าซึ่งผู้ผูกขาดอาจขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและมีชั่วคราว โดย FTC จะกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ตามตลาดสินค้าแต่ละแห่งและผลทดสอบการขึ้นราคาในตลาดดังกล่าว<sup>119</sup>

แนวโน้มของการหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ศาลพิจารณาภาพรวมของโครงสร้างตลาด ตัวอย่างเช่น ปฏิกริยาของผู้บริโภคหลังจากผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการ เป็นต้น หากศาลพบหลักฐานที่แสดงว่าผู้ประกอบการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการของตน ก็ถือเป็นหลักฐานโดยตรงที่แสดงว่ามีอำนาจเหนือตลาด ในกรณีเช่นนี้จึงไม่จำเป็นต้องหาขอบเขตตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องและตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเพื่อประเมินอำนาจเหนือตลาด<sup>120</sup>

หลายประเทศยอมรับว่าการกำหนดตลาดตามแนวปฏิบัติในคดีรวมกิจการของสหรัฐเป็นการวิเคราะห์ที่เหมาะสมอย่างมาก บางครั้งทำให้คู่ความในคดีผูกขาดพยายามใช้เกณฑ์การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องตามแนวปฏิบัติการรวมกิจการมาใช้ในคดีผูกขาดด้วย อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ดังกล่าวอาจกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องได้เหมาะสมกับบางคดีเท่านั้น การปรับใช้ที่ผิดพลาดจะได้ผลว่าจำเลยไม่มีอำนาจตลาด แม้ความจริงจะมีอำนาจตลาด ซึ่งมีผู้เห็นว่ากรณีที่ไม่มีแนวทางการกำหนดตลาดในคดีผูกขาดน่าจะส่งผลให้ไม่มีความแน่นอน<sup>121</sup>

การกำหนดขอบเขตของตลาดในคดีผูกขาด (monopolization case) และคดีรวมกิจการ (merger case) ควรจะแตกต่างกัน แม้ว่าศาลสูง (The Supreme Court) จะกล่าวว่าเหมือนกันก็ตาม<sup>122</sup> แต่ Franklin Fisher ไม่เห็นด้วยกับศาลสูงเนื่องจากการรวมกิจการของผู้แข่งขันสองราย

<sup>117</sup> Ibid., Section 1.21.

<sup>118</sup> Ibid., Section 1.22.

<sup>119</sup> Abir, Danny. "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 149.

<sup>120</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 197.

<sup>121</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," *New York University School of Law: New York University and Economic working Papers*, p. 2.

<sup>122</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 579 (1966) cited in Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 151.

(merger of duopolists) อาจไม่ฝ่าฝืน มาตรา 7 ของ Clayton Act เพราะเป็นการรวมหัวโดยปริยาย เพียงระดับราคาตลาดขึ้นไปอีกจนไม่อาจใช้สินค้าหรือบริการทดแทนได้ดี เพราะมีราคาแตกต่างกันมาก ซึ่งอาจมีผลเป็นการผูกขาดที่เกิดจากการรวมกิจการดังกล่าว ซึ่งฝ่าฝืน มาตรา 2 ของ The Sherman Act เนื่องจากผู้ผูกขาดที่มีส่วนแบ่งตลาดมากตรงข้ามกับ The cellophane rule ตลาดจำกัดเฉพาะสินค้าหรือบริการที่ใช้ทดแทนได้ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (close substitute) ตัวอย่างเช่น ณ ระดับราคาแข่งขัน บริษัท 2 บริษัทอาจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกัน 100% (โดยที่บริษัท ก. มีส่วนแบ่ง 90% และบริษัท ข. 10%) แต่ ณ ระดับราคาผูกขาด (monopoly price) ทั้งสองบริษัทอาจมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันต่ำกว่า 50% (บริษัท ก. มี 45% บริษัท ข. มี 5%) การที่บริษัท ก. ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาด 45% ได้ส่วนแบ่งตลาดของบริษัท ข. มาอีก 5% ซึ่งไม่ฝ่าฝืน มาตรา 7 ของ The Clayton Act แต่การที่บริษัท ก. มีส่วนแบ่ง 90% ได้บริษัท ข. ที่มีส่วนแบ่ง 10% ถือว่าฝ่าฝืน มาตรา 2 ของ The Sherman Act แน่นนอน<sup>123</sup> ซึ่งได้ข้อสรุปที่อาจขัดกัน ราคาตลาดที่ราคาเหนือกว่าระดับแข่งขัน อาจเป็นผลจากการรวมหัวโดยปริยาย ซึ่งไม่อาจอนุญาตให้กระทำได้เพราะการรวมกิจการเป็นการต่อต้านการแข่งขัน ซึ่งการรักษาราคาที่สูงเกินกว่าระดับราคาแข่งขันอาจทำได้ง่ายกว่า<sup>124</sup>

แนวทางการกำหนดตลาดมีสมมติฐานผู้ผูกขาด (hypothetical monopolist) เป็นการเปรียบเทียบสภาพตลาดโดยการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่นัยสำคัญและไม่ใช่ชั่วคราว (small but significant nontransitory increase in price: SSNIP) ซึ่งทำให้การขึ้นราคาแบบคร่าว ๆ ชัดเจนขึ้น อย่างไรก็ตาม จุดมุ่งหมายของการกำหนดตลาดตามแนวปฏิบัติ คือ การพิจารณาว่าการยินยอมให้รวมกิจการจะทำให้มีอำนาจตลาดเพิ่มขึ้นหรือไม่ ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดสามารถรักษาราคาไม่ให้ลดลงหรือไม่<sup>125</sup> ซึ่งสมมติฐานผู้ผูกขาด (hypothetical monopolist paradigm) อาจใช้ระบุสินค้าหรือกลุ่มสินค้าซึ่งน่าจะเป็นการผูกขาด<sup>126</sup>

การทดสอบการขึ้นราคาอาจผิดพลาดได้ถ้าเริ่มทดสอบโดยนำราคาที่ตั้งในขณะนั้นซึ่งมีใช้ราคาแข่งขันมาทดสอบในคดีผูกขาดว่ามีอำนาจตลาดหรือไม่ ซึ่งปกติผู้ประกอบการทุกรายไม่สามารถขึ้นราคาหากำไรจากระดับราคาที่กำหนดขณะนั้นได้อีก เนื่องจากได้ตั้งราคาสูงสุดที่ได้กำไรมากที่สุดที่ยังไม่ทำให้ผู้ซื้อจำนวนมากหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนซึ่งหากขึ้นราคามากกว่านี้แม้เพียงเล็กน้อยก็จะทำให้ผู้ซื้อหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทนจนทำให้การขึ้นราคาไม่ทำให้ผู้ขายได้กำไรอีกต่อไป ดังนั้น ถ้าผู้ผูกขาดจริงและคู่แข่งแข่งขันด้วยราคาที่ตั้งไว้ขณะนั้น การทดสอบนี้จะไม่อาจแยกแยะผู้ผูกขาดที่แท้จริงที่ใช้อำนาจผูกขาดออกจากผู้ประกอบการที่ไม่มีอำนาจตลาดได้ การแข่งขันที่ส่วน

<sup>123</sup> Fisher, Franklin M., "Horizontal Mergers: Triage and Treadment," *Journal of Economic Perspectives*, (Winter 1987), pp. 23, 28-29. cited in Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 151.

<sup>124</sup> Posner, A. Richard, *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed., pp.151-152.

<sup>125</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, pp. 247-248.

<sup>126</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," *New York University School of Law: New York University and Economic working Papers*, p. 5.

ต่าง (margin) อาจเกี่ยวกับการเข้าตลาดโดยมีขนาดเล็กที่สุด (small-scale entry) แม้ว่าการเข้าสู่ตลาดอาจไม่เป็นเกณฑ์การกำหนดตลาดที่มีประโยชน์<sup>127</sup>

การปฏิบัติในคดีผูกขาดเป็นการกระทำที่คาดเห็นได้ (prospective action) และโจทก์กำลังขอคำสั่งเพื่อป้องกันการกระทำที่คาดเห็นได้ ซึ่งการกำหนดตลาดตามแนวปฏิบัติกรรวมกิจการอย่างมีประสิทธิภาพ โดยวิธีการสมมติฐานผู้ผูกขาดและ SSNIP Test อาจใช้กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องได้แล้วอาจตรวจสอบการกระทำที่คาดหมายเพื่อพิสูจน์ว่าจะยอมหรือเพิ่มการใช้อำนาจตลาดหรือไม่<sup>128</sup>

ในคดีผูกขาดยังไม่มีวิธีการกำหนดตลาดโดยเฉพาะ ซึ่งการกำหนดตลาดยังติดอยู่กับแนวปฏิบัติกรรวมกิจการและเป็นการกำหนดตลาดเฉพาะกรณี (ad hoc methods) ซึ่งไม่แน่นอน (erratic)<sup>129</sup> อย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดในกรณีการผูกขาดและการวิเคราะห์การควบกิจการใกล้เคียงกันมาก<sup>130</sup>

**3) ประเมินอำนาจเหนือตลาดด้วยส่วนแบ่งตลาด** การประเมินอำนาจตลาดอาจประเมินได้หลายวิธีแต่ที่นิยมใช้กันอย่างกว้างขวาง คือ ส่วนแบ่งตลาด กฎหมายไม่ได้ระบุว่าต้องมีส่วนแบ่งตลาดเท่าใดจึงจะถือมีอำนาจตลาด โดยศาลจะพิจารณาสวนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง<sup>131</sup> ซึ่งทันทีที่ตลาด (ตลาดสินค้าและตลาดภูมิศาสตร์) ถูกกำหนดขึ้นแล้วประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ จำเลยมีอำนาจผูกขาดในตลาดดังกล่าวหรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับมีส่วนแบ่งตลาดมากจนมีอำนาจเหนือ (dominant) ในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ด้วย<sup>132</sup>

คดีที่ฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันการผูกขาด ศาลสหรัฐฯ กำหนดให้โจทก์ผู้กล่าวหาที่มีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องของจำเลยด้วย เมื่อโจทก์พิสูจน์ไม่ได้จึงไม่ถือว่าจำเลยฝ่าฝืน เช่น ในคดี Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan<sup>133</sup>

คดี NCAA's<sup>134</sup> เมื่อไม่มีการพิสูจน์อำนาจตลาด ไม่มีการพิสูจน์การจำกัดราคาหรือปริมาณสินค้าหรือบริการมากเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการต่อต้านการแข่งขันดังนั้น ศาลจึงสรุปว่าไม่มีหลักฐาน

<sup>127</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," New York University School of Law: New York University and Economic working Papers, pp. 7-8.

<sup>128</sup> Ibid., p. 13.

<sup>129</sup> Ibid., p. 15.

<sup>130</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, pp. 247-248.

<sup>131</sup> Ibid., p. 248 and Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 147.

<sup>132</sup> Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1: 42-43.

<sup>133</sup> Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993).

<sup>134</sup> NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).





ว่า NCAA มีอำนาจตลาด แม้ว่าจะเป็นความผิดประเภท per se แต่เมื่อโจทก์ไม่ได้พิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจตลาดจึงไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีอำนาจตลาด<sup>135</sup>

“สิ่งสำคัญตามกฎหมาย เมื่อไม่มีการพิสูจน์อำนาจตลาด ไม่พิสูจน์ว่ามี การจำกัดราคาหรือ ปริมาณสินค้าหรือบริการอย่างชัดเจน ในทางตรงข้าม เมื่อมีข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน หรือไม่ แข่งขันในด้านราคาหรือปริมาณสินค้าหรือบริการ ไม่บรรยายรายละเอียดหรือวิเคราะห์อุตสาหกรรม ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลต่อการแข่งขัน” จึงไม่อาจถือว่าจำเลยฝ่าฝืนมาตรา 2 ได้<sup>136</sup>

โดยทั่วไปศาลมักให้ความสำคัญกับส่วนแบ่งตลาดของจำเลย<sup>137</sup> ซึ่งส่วนแบ่งตลาดในแต่ละ คดีจะแตกต่างกัน เนื่องจากโครงสร้างตลาดต่างกัน<sup>138</sup> ระดับส่วนแบ่งขึ้นอยู่กับความผิดลักษณะ ต่าง ๆ ซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในหลายคดี เช่น การทำข้อตกลงเฉพาะราย ขยายพ่วง การเลือก ปฏิบัติทางราคา การมีอำนาจเหนือตลาด อาจมีส่วนแบ่งตลาดระดับต่ำมากและมีระดับอำนาจตลาด ต่ำกว่ากรณีผูกขาดตาม Sherman Act ก็ได้<sup>139</sup>

ในคดี Alcoa<sup>140</sup> ปี 1945 ศาลได้พิจารณาโดยใช้เกณฑ์ที่ง่าย (rule of thumb) ดังนี้ 90% ของตลาด ถือว่ามีอำนาจเพียงพอที่จะผูกขาดอย่างเห็นได้ชัด 60-64% ของตลาด อยู่ในข่ายต้อง สงสัยว่ามีอำนาจผูกขาดหรือไม่ และ 33% ของตลาด ถือว่าไม่มีอำนาจผูกขาด แม้ว่าคดีที่เกิดขึ้น ต่อมาในภายหลังจะพบว่า มีอำนาจผูกขาดเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 60% แต่เกณฑ์ที่ใช้ในคดี Alcoa ก็ยังคงใช้ได้<sup>141</sup>

ในคดี Grinnell Corp.<sup>142</sup> ในปี 1966 อาจมีอำนาจเนื่องมาจากมีอำนาจตลาดเพราะส่วนแบ่ง ตลาดมาก (predominant share)

ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายเดียวเท่ากับ 50% ยังไม่เพียงพอที่จะทำการผูกขาดได้ ต้องมีหลักฐานอื่นประกอบที่แสดงว่าผู้ประกอบการมีอำนาจควบคุมราคาหรือกีดกันการแข่งขัน<sup>143</sup>

<sup>135</sup> NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984) at 104 cited Keyte, James AA. and Stoll, Neal R., “Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition,” *The Antitrust Bulletin* 49, 3: 600-601.

<sup>136</sup> Areeda, P., “The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General issues” 37-38 (Federal Judicial Center, June 1981) cited Keyte, James AA. and Stoll, Neal R., “Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition,” *The Antitrust Bulletin* 49, 3: 601.

<sup>137</sup> First, Harry, “Antitrust Law,” in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p.436.

<sup>138</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 194.

<sup>139</sup> Yun, Mikyung, “Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure,” presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 3.

<sup>140</sup> United States v. Alumnum Co. of America., 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>141</sup> United States v. Alumnum Co. of America., 148 F.2d 416, 424, 426 (2d Cir. 1945) cited in First, Harry, “Antitrust Law,” in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p.436 and Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 126.

<sup>142</sup> United States v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966).

<sup>143</sup> Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 127.



เช่น ในคดี *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Serv.*<sup>144</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลถือว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ผูกขาดต่ำกว่า 50% แทบจะไม่ถือเป็นหลักฐานว่ามีอำนาจผูกขาด และส่วนแบ่งตลาดระหว่าง 50% ถึง 70% แสดงว่ามีอำนาจตลาด<sup>145</sup> และส่วนแบ่งสูงกว่า 70% เป็นหลักฐานว่ามีอำนาจผูกขาด<sup>146</sup>

คดี *Tops Markets v. Quality Markets*<sup>147</sup> ศาลพิจารณาสวนแบ่งตลาด 79% นั้นถือว่าเพียงพอที่จะทำการผูกขาดซึ่งต้องสงสัยในคดีเกี่ยวกับขอบเขตของตลาด<sup>148</sup>

จากคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับการผูกขาดสามารถสรุปได้ว่า ศาลใช้ส่วนแบ่งตลาดเป็นเกณฑ์วัดอำนาจตลาดดังตารางที่ 4.1

---

<sup>144</sup> *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Serv.*, 651 F.2d 122, 127, 129 (2d Cir.), cert. denied, 454 U.S. 968 102 S.Ct. 512 (1981) cited in *Ibid.*, p. 127 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 15.

<sup>145</sup> Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 15.

<sup>146</sup> Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 127.

<sup>147</sup> *Tops Markets v. Quality Markets*, 142 F.3d 90 (2d Cir. 1998)

<sup>148</sup> Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 15.

ตารางที่ 4.1 ตารางสรุปเกณฑ์ข้อสันนิษฐานตามจำนวนส่วนแบ่งตลาดของศาลสหรัฐ<sup>149</sup>

จำนวนส่วนแบ่งตลาด	ข้อสันนิษฐาน
70% ขึ้นไป	ถือว่ามีอำนาจผูกขาด (monopoly power) อย่างแน่นอน
50% - 70%	<ul style="list-style-type: none"> <li>- เมื่อส่วนแบ่งต่ำกว่า 70% ศาลแทบไม่พบอำนาจผูกขาด</li> <li>- ขณะที่ส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่า 50% ไม่ถือว่ามีอำนาจผูกขาด</li> <li>- แต่ส่วนแบ่งต่ำกว่า 40-50% ถือว่ามีอำนาจเหนือตลาด (dominance)</li> </ul> <p style="text-align: center;">ถ้าพึงเฉพาะส่วนแบ่งตลาดยังไม่อาจสรุปได้ว่ามีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ กล่าวคือ อยู่ในข่ายต้องสงสัย ซึ่งต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย</p>
ต่ำกว่า 40 %	ถือว่าไม่มีอำนาจเหนือตลาด

ผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้ผูกขาดหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการมีส่วนแบ่งตลาดมากจนมีอำนาจเหนือ (dominant) ในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวไม่อาจสรุปได้ว่าผู้ประกอบการมีอำนาจผูกขาดหรือไม่ อาจมีปัจจัยอื่นมาสนับสนุนหรือหักล้างก็ได้<sup>150</sup> โดยเฉพาะกรณีระดับส่วนแบ่งยังไม่แน่ชัด (ระหว่าง 50%-70%) ดังนั้น โดยปกตินอกจากศาลจะพิจารณาส่วนแบ่งตลาดแล้ว ศาลยังต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมในแต่ละกรณีก่อนที่จะกำหนดว่าผู้ประกอบการรายใดมีส่วนแบ่งตลาดเท่าใด และประเมินส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการร่วมกับโครงสร้างตลาด ขนาดและความแข็งแกร่งของคู่แข่ง ส่วนแบ่งตลาดที่

<sup>149</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, pp. 8, 228, 248, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 426 (2d Cir. 1945) cited in First, Harry, "Antitrust Law," in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p.436, In the *du Pont (Cellophane)* case the Supreme Court indicated that a 75% market share, if proven, would be sufficient. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 404, 76 S.Ct. 994, 1012 (1956) cited in Hovenkamp, Herbert, *Federal antitrust policy: The law of competition and its practice*, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 126-127, Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., *Essentials of business law and the legal environment*, 7<sup>th</sup> ed., p. 891, Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 3, *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Serv.*, 651 F.2d 122, 127 (2d Cir.), cert. denied, 454 U.S. 968 (1981) cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 14-15 and Cheeseman, Henry R., *The legal environment of business and online commerce*, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>150</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 228 and First, Harry, "Antitrust Law," in *Fundamentals of American law*, Morrison, Alan B., p.436.

เปลี่ยนแปลง การเข้าสู่ตลาดได้ง่าย รวมถึงปัจจัยอื่นที่มีผลจำกัดการขึ้นราคาของผู้ประกอบการมา ประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการ<sup>151</sup> เช่น สัดส่วนกำไร การเก็งกำไร แนวโน้มส่วนแบ่งตลาดในอดีต การเปลี่ยนแปลงของส่วนแบ่งตลาด ความยืดหยุ่นของราคาสินค้านั้นๆ อำนาจต่อรองของผู้ซื้อ การเปลี่ยนไปใช้สินค้าที่ราคาถูกกว่าของผู้ซื้อ โอกาสที่ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้ามาลงทุนในตลาด อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด พฤติกรรมทางด้านราคาในทางปฏิบัติการกระจุกตัวในตลาด (market concentration) อุปสงค์ของผู้บริโภค

ส่วนกรณีพยายามผูกขาด (attempted-monopolization case) ตามมาตรา 2 ของ The Sherman Act ระดับความเข้มข้นของอำนาจตลาดจะน้อยกว่ากรณีการผูกขาด<sup>152</sup> ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดที่เข้าข่ายน่าสงสัย ศาลจะพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการและหลักฐานอื่นๆประกอบด้วย<sup>153</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อส่วนแบ่งตลาดไม่ใช่วิธีเดียวในการประเมินอำนาจตลาด บางกรณีอาจวัดอำนาจตลาดจากพฤติกรรมต่างๆ ของผู้ประกอบการ<sup>154</sup>

อำนาจตลาดและพฤติกรรมกีดกันคู่แข่ง (exclusionary practices) นั้นมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน กล่าวคือ แม้มีส่วนแบ่งตลาดต่ำแต่หากระดับการกีดกันคู่แข่งสูง ก็ถือว่าเกิดการผูกขาดขึ้นแล้ว หรือกลับกันหากส่วนแบ่งตลาดสูงแม้มีระดับการกีดกันคู่แข่งค่อนข้างต่ำก็อาจถือว่าเข้าข่ายเป็นการผูกขาดได้เช่นเดียวกัน<sup>155</sup>

ถ้าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดภายในประเทศ (national market) ต่ำ แต่น่าจะมีการค้ากับต่างประเทศมากโดยไม่มีอุปสรรคทางการค้าแล้ว การสรุปว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาดน่าจะผิดพลาด อีกด้านหนึ่ง ถ้าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งต่ำในตลาดภูมิศาสตร์ที่กว้างขวาง (broad geographic market) แต่สามารถทำการเลือกปฏิบัติทางราคากับลูกค้าคนละกลุ่มกันได้แล้ว ส่วนแบ่งตลาดน่าจะต่ำกว่าอำนาจตลาดที่ผู้ประกอบการมีในความเป็นจริง<sup>156</sup>

<sup>151</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, pp. 164, 228, First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p.436, วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 194-195, Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 894, Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1: 42-43 and Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 622.

<sup>152</sup> Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 937 and OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 228.

<sup>153</sup> Spectrum Sports v. McQuillan, 506 U.S. 447, 458-459, 113 S.Ct. 884, 892 (1993), on remand, 23 F.2d 1531 (9<sup>th</sup> Cir.1994) cited in Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 126.

<sup>154</sup> Hovenkamp, Herbert, Federal antitrust policy: The law of competition and its practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 127.

<sup>155</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 195.

<sup>156</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 165.

และกรณีการรวมกิจการตามมาตรา 7 ของ The Clayton Act ต้องพิสูจน์ว่าการควบรวมกิจการจำกัดการแข่งขันและทำให้อำนาจตลาดเพิ่มขึ้นมากเกินไป<sup>157</sup> หรือเพิ่มความเข้มข้นของการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งในกรณีของการควบรวมกิจการนอกจากส่วนแบ่งตลาดของบริษัทแต่ละบริษัทที่กำลังจะควบรวมกันแล้ว ยังมีหลักฐานอื่นที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทที่กำลังพิจารณาที่มีอำนาจตลาด เช่น ระดับความเข้มข้นของการกระจุกตัวของตลาดหรืออุตสาหกรรม จำนวนผู้ประกอบการในตลาดหรืออุตสาหกรรม อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด แนวโน้มตลาด (market trends) ความเข้มข้นและความเข้มแข็งของบรรดาเหล่าคู่แข่งทั้งหลายในตลาดหรืออุตสาหกรรม (vigor and strength of other competitors) ลักษณะและความเป็นมาของบริษัทที่ควบรวมกิจการ (character and history of the merging firms) อุปสงค์หรือความต้องการของตลาด (market demand) ระดับขอบเขตของการแข่งขันด้านราคาในตลาดหรืออุตสาหกรรม (extent of industry price competition)<sup>158</sup>

4) การประเมินอำนาจเหนือตลาดด้วยวิธีอื่น ส่วนแบ่งตลาดเป็นวิธีหนึ่งในการประเมินอำนาจตลาดซึ่งต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังเป็นพิเศษ ซึ่งหากมีวิธีอื่นที่ดีกว่าก็ควรใช้วิธีนั้น<sup>159</sup> เช่น ถ้าทราบราคาแข่งขันก็อาจใช้ราคาเป็นเกณฑ์ตัดสินว่ามีการใช้อำนาจตลาด เปรียบเทียบราคาสินค้าต่างๆ (cross-section data on prices) เช่น ราคาสินค้าหรือบริการในท้องถิ่นต่างๆ โครงสร้างตลาดมีความสัมพันธ์กัน เช่น การกระจุกตัวของผู้ชายในท้องถิ่นต่างๆ อาจสรุปได้จากสถิติ หรือวิธีการทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งตลาดแตกต่างกันไปตามประเภทของสินค้า การเปรียบเทียบราคาของผู้ผูกขาดกับราคาแข่งขัน อาจเปรียบเทียบจากราคาค่าปลีก ซึ่งพื้นที่ภูมิศาสตร์เป็นตลาดที่เกี่ยวข้องเส้นทางการขนส่ง (city-pair routes) เป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง อาจเปรียบเทียบจากน้ำหนักและมูลค่าสินค้า เช่น ซีเมนต์ คอนกรีต วัสดุก่อสร้างต่างๆ กรณีดังกล่าวค่าขนส่งจะค่อยๆ เพิ่มขึ้นตามระยะทางทำให้หมดแรงจูงใจในการขนส่งระยะทางไกลๆ และตลาดที่เกี่ยวข้องมีแนวโน้มเป็นท้องถิ่น<sup>160</sup>

เปรียบเทียบข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับราคาและข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องรวมถึงโครงสร้างตลาดที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลาเพื่อหาระดับการแข่งขัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่สามารถหาข้อมูลราคาและข้อมูลอื่นๆ ที่น่าเชื่อถือได้จึงไม่อาจเปรียบเทียบได้ ซึ่งเป็นปัญหาในการประเมินระดับการแข่งขัน<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 937.

<sup>158</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 228 and Mann, Richard A. and Roberts, Barry S., Essentials of business law and the legal environment, 7<sup>th</sup> ed., p. 894.

<sup>159</sup> Ball Memorial Hospital, Inc. v. Mutual Hospital Insurance, 784 F.2d 1325, 1326 (7<sup>th</sup> Cir. 1986) cited in OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 165.

<sup>160</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," New York University School of Law: New York University and Economic working Papers, p. 8.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 8.



ข้อมูลกำไร ใช้ประเมินการผูกขาดอย่างหนึ่ง กำไรสูงเกินปกติหรือเกินกว่าระดับแข่งขัน แสดงว่าผู้ประกอบการมีอำนาจตลาด อย่างไรก็ตาม ถ้าคำนวณจากข้อมูลทางบัญชีของบริษัทรวมกับ ต้นทุนและการทำกำไรประกอบกับผู้ประกอบการผลิตสินค้าหลายอย่างทำให้ข้อมูลเกี่ยวกับกำไรมี น้ำหนักลดลงไป ดังนั้น ต้องตรวจสอบและวิเคราะห์อย่างระมัดระวัง<sup>162</sup>

อาจประเมินอำนาจตลาดจากปฏิกิริยาของผู้ผูกขาดต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของผู้ประกอบการอื่นๆ ซึ่งความต้องการสินค้าของผู้ผูกขาดอาจคาดเดาได้จากความอ่อนไหวต่อราคาของผู้ขายสินค้าทดแทนบางอย่าง ดังนั้น ควรระวังราคาของผู้ผูกขาดที่หลากหลายด้วย การเปรียบเทียบข้อมูลราคาและช่วงระยะเวลา (time series data) อาจสรุปถึงตลาดท้องถิ่นและระดับ การแข่งขัน ข้อมูลนี้อาจใช้เพื่อหาตลาดที่เกี่ยวข้องที่ชัดเจนและอำนาจตลาดของจำเลย<sup>163</sup>

ความยืดหยุ่นของเส้นอุปสงค์ (cross elasticity of demand) การเปลี่ยนแปลงราคาฝ่าย เดียวแม้เพียงเล็กน้อยอาจส่งผลให้ยอดขายลดลงอย่างมาก เพราะผู้บริโภคซื้อสินค้าของผู้ประกอบการหรือหันไปหาสินค้าอื่นหรือผู้ขายอื่นในท้องถิ่นอื่นทดแทนได้ตอบเปลี่ยนแปลงราคา ของผู้ประกอบการ<sup>164</sup> แสดงว่าอุปสงค์ยืดหยุ่นมาก ในทางตรงข้าม ถ้าผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคา อย่างมีนัยสำคัญ และรักษาการขึ้นราคานั้นไว้ได้ระยะเวลาหนึ่ง (substantial period of time) โดย ลูกค้าไม่ลดจำนวนลงแสดงว่าอุปสงค์ไม่ยืดหยุ่น<sup>165</sup> สินค้าของผู้ประกอบการต้องเผชิญอาจเป็นข้อมูล ที่เป็นประโยชน์โดยเฉพาะคู่แข่งสมบูรณ์ที่ขายสินค้าอุปโภคบริโภค (commodity) จะเผชิญกับความ ยืดหยุ่นสูงอย่างมาก

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

อาจประเมินอำนาจตลาดโดยการจำกัดขนาดขั้นต่ำของจำเลยตามกฎหมาย (de jure) หรือ ตามความเป็นจริง (de facto) มาตรฐานขั้นต่ำ (de minimis)<sup>166</sup>

Nelson และ White เสนอให้โจทก์ที่อ้างว่าจำเลยกระทำการกีดกัน (exclusionary) ปัญหา การกำหนดตลาดอาจเปลี่ยนความคิดไปอย่างมากและเน้นราคาที่เกิดจากการกีดกัน เช่น ถ้าโจทก์ไม่ แสดงการกระทำของจำเลย จะมีผลให้จำเลยตั้งราคาลดลงเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่ชั่วคราว (small but significant non-transitory decrease in the price: SSNDP) การทดสอบนี้จำเป็นต้อง พิจารณาอย่างระมัดระวังและมีข้อจำกัด รวม 2 ขั้นตอนเพื่อหาข้อเท็จจริงที่ตรงข้ามกัน (counter-

<sup>162</sup> Ibid., pp. 8-9, 13.

<sup>163</sup> Ibid., pp. 9-10, 13.

<sup>164</sup> Ibid., p. 10.

<sup>165</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 164.

<sup>166</sup> White, Lawrence J., "Market definition in monopolization cases: A paradigm is missing," New York University School of Law: New York University and Economic working Papers, p. 12.

factual) ก) ยอดขายของโจทก์ควรเป็นเท่าใดถ้าไม่มีการกีดกันของจำเลย และข) ผลที่ตามมาจากราคาของจำเลยควรจะเป็นอย่างไร<sup>167</sup>

ปัจจัยการทดแทนด้านอุปทานจะนำมาพิจารณาในเวลาที่สูงกว่าผู้ประกอบการนั้นดำเนินกิจการในตลาดที่เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์การเข้าสู่ตลาด<sup>168</sup>

อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและการกระจุกตัวของตลาด ประเด็นที่สำคัญมากอีกอย่างหนึ่งคือ สภาพตลาดและการเข้าสู่ตลาด โดยเฉพาะกรณีที่กำหนดตลาดจากการคิดค้นนวัตกรรมใหม่<sup>169</sup> การประเมินอำนาจตลาดต้องพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและปัจจัยอื่นที่มีใช้ส่วนแบ่งตลาด โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าใช้วิธีการต่างๆ ในการกำหนดว่ามีอำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดนอกจากส่วนแบ่งตลาด<sup>170</sup>

FTC จะพิจารณาอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่มี ซึ่งอาจจำกัดให้มีการแข่งขันในตลาด ถ้าคู่แข่งรายใหม่มีค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนจมในการเข้าและออกจากตลาดอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ FTC จะตรวจสอบอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เช่น อุปสรรคด้านเวลา มีอุปสรรคใดบ้าง ลักษณะและขอบเขตของอุปสรรค<sup>171</sup>

พิจารณาการเข้าสู่ตลาดได้ 2 ด้าน ด้านหนึ่งคือ FTC จะกำหนดว่าผู้ประกอบการมีความสามารถที่จะเข้าสู่ตลาดได้ และอีกด้านหนึ่ง อาจถามว่าผู้ประกอบการใดสนใจที่จะเข้ามาในตลาดในอนาคตอันใกล้ ปัจจุบันมีการโต้แย้งว่าแนวทางใดเหมาะสมกว่ากัน เนื่องจากทั้ง FTC และ DOJ เห็นว่าอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเป็นปัจจัยที่ไม่ใช่ส่วนแบ่งตลาดที่สำคัญในการประเมินการแข่งขัน การตัดสินแนวทางที่เป็นประโยชน์เป็นสิ่งสำคัญ<sup>172</sup>

การกระจุกตัวของตลาด FTC จะประเมินอำนาจตลาดโดยพิจารณาการกระจุกตัวในตลาดนั้นด้วย<sup>173</sup> ซึ่งแนวปฏิบัติการรวมกิจการ (Merger guideline) ของสหรัฐฯ ที่ประกาศใช้ตั้งแต่ 1968 ใช้การวัดอัตราการกระจุกตัว (concentration ratio) ของผู้ประกอบการ 4 รายแรกของอุตสาหกรรม

<sup>167</sup> Ibid., p. 13-14.

<sup>168</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, Section 1.0.

<sup>169</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 228 and Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1: 43.

<sup>170</sup> Ibid., 43.

<sup>171</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 149.

<sup>172</sup> Ibid., 149.

<sup>173</sup> Ibid., 149.

เรื่อยมาจนกระทั่งในปี 1982<sup>174</sup> ซึ่งต่อมา FTC และ DOJ ได้หันมาใช้ดัชนี Herfindahl-Hirschman Index (HHI)<sup>175</sup> เพื่อประเมินการกระจุกตัวในตลาดว่าการรวมกิจการมีผลต่อด้านการแข่งขันหรือไม่ โดยตรวจสอบการกระจุกตัวของตลาดทั้งก่อนและหลังการรวมกิจการเพื่อดูผลการกระจุกตัวในตลาดที่เกี่ยวข้องที่เป็นผลจากรวมกิจการซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบัน<sup>176</sup>

โดยปกติ FTC และ DOJ ใช้ข้อมูลประจำปี (annual data) เพื่อหาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการทุกรายในตลาดเพื่อหาการกระจุกตัวในตลาดนั้น<sup>177</sup> ซึ่งตามแนวปฏิบัติ ตลาดที่ค่า HHI ต่ำกว่า 1000 เป็นตลาดที่ไม่มีกระจุกตัว<sup>178</sup> HHI ระหว่าง 1000-1800 มีการกระจุกตัวปานกลาง<sup>179</sup> และตลาดที่ค่า HHI มากกว่า 1800 แสดงว่ามีการกระจุกตัวสูง<sup>180</sup> เช่น มีผู้ประกอบการ 4 ราย ในตลาดก่อนควบกิจการแต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาด 25% การกระจุกตัวในตลาดก่อนการควบกิจการ 2500 ( $25^2 + 25^2 + 25^2 + 25^2$ ) ต่อมาผู้ประกอบการ 2 รายรวมกิจการกัน ค่า HHI เพิ่มขึ้น 3750 ( $25^2 + 25^2 + 50^2$ ) การควบกิจการนี้มีค่า HHI เพิ่มขึ้น 1250 (3750-2500) ซึ่งกรณีนี้ถือว่าการกระจุกตัวปานกลาง<sup>181</sup>

แนวโน้มการพิจารณาคดีของศาลในปัจจุบัน ศาลไม่ปฏิเสธกิจกรรมหรือพฤติกรรมที่เป็นการส่งเสริมการแข่งขันโดยอาศัยการลงทุนอย่างเต็มที่ของผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาด ซึ่งทำให้เกิดจากการเปลี่ยนวัตถุประสงค์ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้าของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เดิมกฎหมายเน้นและคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็ก ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ทางสังคม แต่ปัจจุบันสหรัฐฯหันมาให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพอย่างมาก โดยได้รับแนวความคิดมาจากสำนัก Chicago ที่เห็นว่าไม่ควรใช้มาตรการ monopolization อย่างเคร่งครัด แม้ผู้ประกอบการรายนั้นจะมีอำนาจเหนือตลาดและกระทำการเพียงผู้เดียวโดยมิได้ร่วมมือกับผู้อื่นก็ตาม รัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงกลไกตลาดหรือควรแทรกแซงให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นเท่านั้น<sup>182</sup>

<sup>174</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 19.

<sup>175</sup> Sullivan, Lawrence A. and Grimes, Warren S., The law of antitrust: an integrated handbook, 1<sup>st</sup> ed., p. 68.

<sup>176</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, Section 1.51.

<sup>177</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 150.

<sup>178</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines April 2, 1992, revised April 8, 1997, Section 1.51.a)

<sup>179</sup> Ibid., Section 1.51.b)

<sup>180</sup> Ibid., Section 1.51.c)

<sup>181</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 150.

<sup>182</sup> First, Harry, "Antitrust Law," in Fundamentals of American law, Morrison, Alan B., p.438, วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 200-201 and Areeda and Hovenkamp (2000) argue as follows: "Today it seems clear that the general goal of the antitrust law is

ศาลจะดูนโยบายการบริหารตลาดของผู้ประกอบการรายที่กำลังพิจารณาเป็นหลัก โดยชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีที่ได้จากการพัฒนาประสิทธิภาพกับผลเสียที่เกิดขึ้นแล้วทำให้เกิดการกำจัดคู่แข่ง<sup>183</sup>

แต่นักวิชาการยังมีความเห็นแตกต่างกัน โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหากสามารถหาหลักฐานการกระทำ monopolization ได้ซึ่งในที่นี้คือ เจตนา (intent) ก็สามารรถที่จะเอาผิดกับผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ทันที

แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการใช้เจตนาเข้ามาเป็นเกณฑ์ว่าเข้าข่ายมาตรา 2 หรือไม่นั้น เท่ากับเป็นการยั้งยั้งความต้องการหรือความพยายามที่จะพัฒนาประสิทธิภาพของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดรายใหญ่ไปในตัว ดังนั้น จึงไม่ควรที่จะนำเจตนา มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาหรือเป็นประเด็นสำคัญ แต่ควรขึ้นอยู่กับดุลยพินิจทางด้านนโยบายทางศาลโดยตรงว่า ควรจะใช้เกณฑ์ที่มีระดับกว้างหรือแคบเพียงใดในการพิจารณาตามมาตรา 2 มากกว่า และดุลยพินิจทางด้านนโยบายที่ว่านั้นไม่ควรกำหนดเป็นเกณฑ์เดียวกันในทุกกรณี แต่ควรปรับใช้เป็นการกรณีๆ ไป (case by case) ตามโครงสร้างตลาดที่แตกต่างกันไป<sup>184</sup>

#### 4.1.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกา

##### คดี Alcoa<sup>185</sup>

บริษัท Alcoa เป็นผู้ผลิตโลหะอลูมิเนียมบริสุทธิ์ (virgin ingot) และขายโลหะอลูมิเนียมบริสุทธิ์ โจทก์ในคดีนี้ฟ้องว่า บริษัท Alcoa ทำการผูกขาดก่อนโลหะอลูมิเนียมบริสุทธิ์ ศาลตัดสินว่าตลาดจำกัดเฉพาะในสหรัฐฯ แม้ว่าผู้ผลิตต่างชาติจะส่งก้อนโลหะอลูมิเนียมเข้ามาขายในสหรัฐฯแข่งกับ Alcoa แต่ศาลตระหนักดีว่าการแข่งขันจากต่างประเทศถูกจำกัดโดยภาษีและค่าขนส่ง ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวทำให้ Alcoa ยังคงมีอำนาจที่จะขึ้นราคาได้เท่าที่ต้องการ (the power to raise its prices as it chose) โดยบริษัท Alcoa ถูกตัดสินว่ามีส่วนแบ่งตลาดในตลาดอุตสาหกรรมการผลิตและจำหน่ายอะลูมิเนียมบริสุทธิ์ 90% ของตลาดในประเทศ ส่วนที่เหลืออีก 10% เป็นการนำเข้าจากต่างประเทศ ซึ่งถือว่ามีอำนาจตลาด

การพิจารณาตัวเลขของส่วนแบ่งตลาดในคดีนี้มีไขเป็นเรื่องง่าย เพราะมีการถกเถียงกันในเรื่องขอบเขตของตลาดอะลูมิเนียมที่จะใช้ในการคำนวณว่า ตลาดที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ควรจะรวมถึง

---

to promote 'competition' as the economist understands that term. Thus we say that the principal objective of antitrust policy is to maximize consumer welfare by encouraging firms to behave competitively, while yet permitting them to take advantage of ever available economy that comes from internal or jointly created production efficiencies, or from innovation producing new processes or new or improved products." at 4 cited in Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 11.

<sup>183</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 201.

<sup>184</sup> เรื่องเดียวกัน, 201-202.

<sup>185</sup> United States v. Aluminun Co. of America., 148 F.2d 416, 426 (2d Cir. 1945).



อะลูมิเนียมที่นำกลับมาใช้ใหม่ได้หรืออะลูมิเนียมที่ใช้ภายในประเทศที่ผลิตโดยบริษัท Alcoa หรือนำอะลูมิเนียมเข้ามาจากต่างประเทศด้วยหรือไม่

คำพิพากษาดัดสินว่า 90% นั้นมาจากอะลูมิเนียมที่ผลิตขึ้นมาใหม่รวมกับอะลูมิเนียมที่นำเข้า (แต่ไม่รวมถึงอะลูมิเนียมที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ เนื่องจากมีคุณภาพต่อยกว่าจึงเป็นคนละตลาดกัน (separate market)

แล้วนำอะลูมิเนียมที่ทาง Alcoa จำหน่ายมาบวกกับอะลูมิเนียมที่นำเข้า และอะลูมิเนียมใช้ภายในประเทศมาลง ซึ่งศาลได้พิจารณาแล้วว่าวิธีนี้เป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดในการคำนวณหาส่วนแบ่งตลาด (ในขณะที่สูตรอื่น 2 สูตร สามารถคำนวณออกมาได้ 64% ซึ่งหมายถึงมีความน่าจะเป็นในการผูกขาด และ 33% ซึ่งหมายถึงยังไม่เพียงพอในการพิจารณาว่าผิดกฎหมาย) นอกจากนี้ Alcoa ยังสามารถสังเกตและคาดการณ์แนวโน้มรวมถึงนโยบายของบริษัทอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสามารถทราบความต้องการสินค้าชนิดใหม่ในตลาดได้เป็นอย่างดี และผลิตเพิ่มมากขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้คู่แข่งสามารถเข้ามาแข่งขันกับตนได้จึงถือว่าการกระทำดังกล่าวในลักษณะนี้เข้าข่ายมาตรา 2

ในคดีนี้ ผู้พิพากษา Judge Learned Hand ได้กล่าวว่า “การที่ Alcoa มีอำนาจในการผูกขาด (power to monopolize) หรือมีอำนาจในการรักษาราคาที่กำหนด (power to fix prices) การมีอำนาจผูกขาดเพียงอย่างเดียวยังไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 2 เพราะมิใช่การผูกขาดที่เป็นผลมาจากการกำจัดคู่แข่งนอกจากรายได้ โดยอาศัยการเปลี่ยนแปลงความนิยมที่มีต่อสินค้า หรือเทคโนโลยีที่เหนือกว่า หรือความพยายามของผู้ประกอบการรายนั้น หรือการเปลี่ยนแปลงทางด้านต้นทุน”

จากข้อเท็จจริงในคดี Alcoa นี้จะพบว่ากรณีที่บริษัทคู่แข่งไม่สามารถที่จะเริ่มลงทุนทางด้านเครื่องมือหรือโรงงานผลิตอะลูมิเนียม (อันเนื่องมาจากทาง Alcoa ได้ชิงลงทุนตัดหน้าไปก่อนโดยคาดเดาล่วงหน้าถึงอุปสงค์ของอะลูมิเนียมที่ขยายตัวเพิ่มขึ้น) นั้น มีความสัมพันธ์และสอดคล้องกับการรักษาตำแหน่งหรือสถานะของการมีอำนาจตลาดของ Alcoa ซึ่งศาลตัดสินในเชิงที่ว่า การรักษาตำแหน่งหรือสถานะแห่งการมีอำนาจตลาดในกรณีที่เกิดจากความสามารถ การคาดการณ์ล่วงหน้า ความพยายามอุตสาหกรรมนั้น เป็นสิ่งที่ไม่ผิดกฎหมายแต่ศาลก็กล่าวเช่นกันว่า

- 1) ในกรณีที่มีเจตนาเพื่อรักษาอำนาจถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมาย
- 2) เชื่อว่าไม่มีผู้ประกอบการที่มีอำนาจผูกขาดในตลาดรายใดจะกระทำพฤติกรรมที่เข้าข่ายการผูกขาดได้ โดยปราศจากการมีจิตสำนึกในการกระทำสิ่งนั้น

จากเหตุผลทั้งสองประการจึงเป็นการขยายขอบเขตการพิจารณาความผิดตามมาตรา 2 ให้กว้างขวางขึ้น กล่าวคือ พฤติกรรมใดก็ตามที่แม้จะเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน แต่ถ้าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีระดับมากจนเกินไปโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาด ก็ถือว่ามีลักษณะที่ผิดกฎหมายทันที ซึ่งในการพิจารณาคดีต่อๆมาหลายคดีศาลได้นำเกณฑ์ดังกล่าวมาตัดสิน เป็นการจำกัดว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดจะไม่สามารถกระทำการลงทุนที่มีลักษณะมากจนเกินไป หรือไม่สามารถที่จะใช้กลยุทธ์ทางการตลาดได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นนโยบายปกป้องฝ่ายตรงข้ามที่ถือได้ว่าเป็นฝ่ายถูกรักษาหรือฝ่ายรับในการแข่งขันที่ไม่มีทางสู้

### คดี du Pont (cellophane)<sup>186</sup>

บริษัท du Pont เป็นผู้ผลิตแผ่นใสสำหรับห่อ (cellophane) รายเดียว (sole producer) มีส่วนแบ่งตลาดทั่วประเทศสหรัฐ 75% อ้างว่า cellophane ไม่ได้ยู่คนละตลาดเนื่องจากระดับราคาไม่ต่างกัน คุณสมบัติของวัสดุไม่ต่างกัน ลักษณะของการใช้งานไม่ต่างกัน ดังนั้นเมื่อขึ้นราคา Cellophane ผู้บริโภคย่อมหันไปซื้อวัสดุอื่นทดแทนทันทีที่ดังนั้น จึงตลาดประกอบด้วย "วัสดุต่างๆที่ใช้ห่อ (flexible packaging materials)" นอกจากแผ่นใสสำหรับห่อแล้วตลาดในที่นี้ยังรวมถึงกระดาษห่อสีน้ำตาล กระดาษขี้ผึ้ง และอลูมิเนียมฟลอยด์ (aluminum foil) ศาลพบว่าเมื่อผู้ขายขึ้นราคากระดาษแก้วเพียงเล็กน้อย ผู้บริโภคอาจจะเปลี่ยนไปใช้ผลิตภัณฑ์อื่นทดแทน ด้วยขนาดตลาดที่กว้างขึ้นนี้ ทำให้จำเลยมีส่วนแบ่งตลาดเพียง 20% ไม่ถือเป็นผู้ผูกขาด ดังนั้นจึงไม่ฝ่าฝืนมาตรา 2 การกำหนดตลาดในคดี Cellophane นี้ศาลหาตลาดของวัสดุที่ใช้ห่อ (flexible wrapping materials) เป็นหลักฐานเบื้องต้นโดยศาลพิจารณาความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ ลักษณะสินค้า ราคาสินค้า การใช้สินค้าและการโฆษณาและพบว่ามีความยืดหยุ่นของอุปสงค์ไขว้สูง (high cross-elasticity of demand) ระหว่าง Cellophane และวัสดุที่ยืดหยุ่นที่ใช้ห่อชนิดอื่น (other flexible wrapping materials) ถ้าความยืดหยุ่นของอุปสงค์ไขว้สูง (high cross-elasticity of demand) หมายความว่า ผู้บริโภคสามารถใช้วัสดุอย่างอื่นทดแทน Cellophane ได้ง่ายมาก บริษัท du Pont ต้องเผชิญความยืดหยุ่นของอุปสงค์อย่างมาก ดังนั้น ศาลจึงกำหนดให้ตลาดคือ วัสดุที่ใช้ห่อทั้งหมด (all flexible wrapping materials) เนื่องจากมีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับขนาดของตลาดเช่นนี้ทำให้ตลาดมีขนาดกว้างใหญ่มาก ดังนั้น อำนาจตลาดของบริษัท du Pont จึงมีน้อย

### คดี Tampa electric Co. v. Nashville coal Co.,<sup>187</sup> พ

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ได้ให้ความหมายของตลาดตามภูมิภาควิทยาศาสตร์ คือ บริเวณคาบสมุทรฟลอริดาเท่านั้น ส่งผลให้ส่วนแบ่งตลาดสินค้าถ่านหินที่บริษัท Tampa electric Co. มีสูงถึงร้อยละ 30 แต่ศาลสูงได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์โดยเห็นว่าตลาดที่เกี่ยวข้องของตลาดถ่านหินตามหลักเกณฑ์ทางภูมิศาสตร์ คือ บริเวณพื้นที่ที่ตั้งของเหมืองถ่านหิน 700 แห่ง ในรัฐต่างๆ 8 รัฐ ที่ผู้ขายมีความสามารถในการขายถ่านหินให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อได้รับความสะดวกสบายจากผู้ขายที่ตั้งอยู่ในรัฐทั้ง 8 ดังนั้น ตลาดที่เกี่ยวข้องตลาดถ่านหินตามความหมายของศาลสูงจึงมีอาณาเขตมากกว่าที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ได้ให้ความหมายไว้ จึงส่งผลให้ส่วนแบ่งตลาดถ่านหินของบริษัท Tampa electric Co. ลดลงเหลือเพียงร้อยละ 0.77 ซึ่งส่งผลให้บริษัท Tampa electric Co. ไม่ได้เป็นผู้ประกอบการที่อำนาจเหนือตลาดในถ่านหิน

<sup>186</sup> United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)

<sup>187</sup> Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, at 327, 81 S. Ct. 623 at 628, 5 L.

### คดี Eastman Kodak<sup>188</sup>

ในปี 1992 ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่าการพิจารณาถึงขอบเขตตลาดเครื่องถ่ายเอกสารนั้น ควรที่จะหมายถึงตลาดเครื่องถ่ายเอกสารทุกยี่ห้อหรือเฉพาะเครื่องถ่ายเอกสารยี่ห้อ Kodak เท่านั้น ซึ่งจะมีผลต่ออัตราส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ทาง Kodak ปฏิเสธการจำหน่ายอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak ให้กับบริษัท Image Technical Services ซึ่งเป็นบริษัทที่ให้บริการซ่อมแซมอุปกรณ์อะไหล่เครื่องมือต่าง ๆ และในกรณีนี้ถือว่าเป็น ตลาดบริการอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสาร แต่ปัญหาอยู่ที่ขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องที่ใช้พิจารณาอำนาจตลาดในคดีนี้ควรจะเป็น "ตลาดอุปกรณ์อะไหล่ซ่อมเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak เพียงยี่ห้อเดียว" หรือ "ตลาดเครื่องถ่ายเอกสารทุกยี่ห้อที่วางจำหน่ายในตลาด" หากใช้เกณฑ์แรกจะสรุปได้ทันทีว่า Kodak มีอำนาจเหนือตลาด แต่ถ้าหากใช้เกณฑ์ที่สอง ก็ถือว่า Kodak ไม่มีอำนาจตลาด เพราะส่วนแบ่งตลาดของ Kodak นั้นยังคิดเป็นสัดส่วนที่น้อยอยู่มาก<sup>189</sup>

ความเห็นแรก มีเหตุผลว่าลูกค้าที่ซื้อเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak ไปแล้วจะไม่สามารถหันไปใช้อะไหล่หรือบริการหลังการขาย (after market) จากทางบริษัทเครื่องถ่ายเอกสารยี่ห้ออื่นได้เลย ซึ่งเรียกสถานการณ์เช่นนี้ว่า lock in หมายความว่าลูกค้าจำต้องซื้อเฉพาะอุปกรณ์อะไหล่ของ Kodak และต้องรับบริการเฉพาะของ Kodak เท่านั้น ซึ่งบริการดังกล่าวถือเป็นการพ่วงขาย (tie-in) อย่างหนึ่งด้วย ไม่ว่าจะอุปกรณ์อะไหล่และบริการจะมีราคาแพงเพียงใดก็ตาม ลูกค้าก็ยังจำเป็นต้องพึ่งทาง Kodak อยู่ดี ขอบเขตของตลาดในที่นี้จึงไม่สมควรรวมขอบเขตตลาดเครื่องถ่ายเอกสารยี่ห้ออื่น ๆ เข้ามาพิจารณาด้วย ดังนั้น ความเข้มข้นเมื่อคิดเป็นอัตราส่วนแบ่งตลาดของ Kodak แล้ว จะสามารถคำนวณได้ในอัตราค่อนข้างสูง<sup>190</sup>

ส่วนความเห็นที่สอง อธิบายได้ว่า ผู้บริโภคต้องพิจารณาไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนที่จะซื้อสินค้าอื่นๆ ซึ่งมีผู้เห็นว่าความคิดเห็นนี้จะอยู่บนหลักการที่ว่าผู้บริโภคมีข้อมูลข่าวสารเพียงพอและ ผู้บริโภคควรศึกษาโดยการเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายโดยรวมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องก่อนซื้อเครื่องถ่ายเอกสาร อันได้แก่ ราคาของเครื่องถ่ายเอกสารรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต<sup>191</sup> หากค่าบริการซ่อมบำรุงของ Kodak สูงหรือ Kodak ขึ้นราคาค่าบริการหลังการขาย (after service) และผู้บริโภคทราบอาจเปลี่ยนใจไม่ซื้อเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak ทำให้ยอดขายของ Kodak ลดลงไปด้วย ซึ่งขอบเขตของตลาดในกรณีนี้น่าจะหมายถึง ตลาดเครื่องถ่ายเอกสารทุกยี่ห้อและเมื่อคำนวณหาส่วนแบ่งตลาดของ Kodak แล้ว ส่วนแบ่งตลาดของ Kodak ก็จะลดลงและไม่ถือว่า Kodak มีอำนาจตลาด<sup>192</sup>

ศาลตัดสินว่า Kodak มีอำนาจตลาดและจากหลักฐานสำคัญอย่างหนึ่ง คือ แม้ว่า Kodak จะขึ้นราคาค่าบริการ แต่ก็ไม่ได้ส่งผลให้ยอดขายเครื่องถ่ายเอกสารของ Kodak ลดลง ยอดขายของ

<sup>188</sup> Eastman Kodak Co., v. Image Technical Services Inc., 112 S. Ct.2072 (1992).

<sup>189</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 195.

<sup>190</sup> เรื่องเดียวกัน, 195-196.

<sup>191</sup> เรื่องเดียวกัน, 196.

<sup>192</sup> เรื่องเดียวกัน, 196.

Kodak ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงหรือเปลี่ยนแปลงในสัดส่วนที่น้อยมากและ Kodak ก็ยังสามารถทำกำไรจากการขึ้นราคาค่าบริการดังกล่าวได้อีกด้วย ซึ่งเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า Kodak มีอำนาจตลาด<sup>193</sup>

#### คดี *Virgin Atlantic Airways LTD v. British Airways*<sup>194</sup>

จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำการฝ่าฝืนมาตรา 2 ของ the Sherman Act กรณีพยายามผูกขาดโดยศาลได้ปรับใช้ มาตรฐาน (Spectrum Sports standard) ซึ่งศาลได้วางเป็นหลักการพิจารณาการกระทำความผิดในกรณีพยายามผูกขาดในคดี *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*<sup>195</sup> ซึ่งศาลได้วางหลักในการพิจารณาว่าการกระทำการอันถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2 ของ the Sherman Act ว่าต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 อย่างดังนี้<sup>196</sup>

1. จำเลยเป็นผู้กำหนดราคาทำลายคู่แข่ง หรือพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน
2. มีเจตนาพิเศษที่ผูกขาด และ
3. น่าจะเกิดความเสียหายจากการใช้อำนาจผูกขาด

จากการสอบสวนพบว่า British Airways กำหนดให้ตัวแทนสายการบิน (agent) ในสหราชอาณาจักรตั้งราคาตั๋วเครื่องบินเพื่อส่งเสริมการขายขั้นสูง 9% สำหรับเที่ยวบินระหว่างประเทศ และ 7.5% สำหรับเที่ยวบินในประเทศ ตัวแทนสายการบิน (travel agent) มีสิทธิได้รับรางวัลและโบนัสอื่น ๆ รวมทั้งเงินอุดหนุนจาก British Airways เพื่อทำตลาดและฝึกอบรมพนักงาน ซึ่งแผนดังกล่าวเป็นรางวัลปีต่อปี (year-by-year) ทำให้ยอดขายของ British Airways เพิ่มขึ้นซึ่งตัวแทนจะได้เงินรางวัลเมื่อมียอดขายตัวตามที่กำหนด (ซึ่งในสหรัฐเรียก back-to-dollar-one provisions) ซึ่งตามธรรมเนียมแล้ว British Airways เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ (the major player) ในตลาดที่มีเที่ยวบินในอังกฤษ ปี 1997 มีส่วนแบ่งช่องสนามบิน (slot) ที่บินไปยังสนามบิน London Heathrow ซึ่งเป็นสนามบินหลักของสหราชอาณาจักรทั้งหมด 40% และเส้นทางระหว่างประเทศทั้งหมดจากสนามบิน London Heathrow เกือบ 60% ในปี 1998 British Airways มีส่วนแบ่งยอดขายในสหราชอาณาจักรทั้งหมดคิดเป็นประมาณ 40%

ส่วน Virgin Atlantic เป็นสายการบินสหราชอาณาจักรที่มีขนาดเล็กกว่า ในช่วงทศวรรษ 1990 Virgin Atlantic เริ่มขยายเส้นทางการบินระหว่างประเทศสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ในปี 1997 Virgin Atlantic มีเส้นทางข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกจากสนามบิน London Heathrow 6 เส้นทาง มีช่องสนามบิน 2% และมีส่วนแบ่งยอดขายในตลาดสายการบินในสหราชอาณาจักร 5.5%

<sup>193</sup> เรื่องเดียวกัน, 196-197.

<sup>194</sup> *Virgin Atlantic Airways LTD v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001)

<sup>195</sup> *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456 (1993).

<sup>196</sup> Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 15.



ในปี 1994 Virgin Atlantic ฟ้องศาลสหรัฐ โดย Virgin Atlantic อ้างว่า British Airways ใช้แผนจูงใจตัวแทนสายการบินเพื่อปิดตลาดและขัดขวางการเติบโตของ Virgin Atlantic

ศาลอุทธรณ์ ให้ความสำคัญกับการทำลายการแข่งขันยิ่งกว่าการทำลายคู่แข่ง ในการพิจารณาคำฟ้อง “อุทธรณ์นี้จากสาระสำคัญของคำพิพากษาเรียกร้องให้ศาล พิจารณาตามหลักการของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ซึ่งสิ่งสำคัญที่สุด คือ การแข่งขันรักษาสวัสดิการผู้บริโภค เนื่องจากการแข่งขันเป็นสิ่งจำเป็นอย่างมากในการทำธุรกิจ มีผลให้ราคาถูกสำหรับผู้บริโภค ลักษณะที่เป็นจริงของตลาด ดังนั้น กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองการแข่งขันไม่ใช่ปกป้องคู่แข่งรายใดรายหนึ่ง ซึ่งหลักการนี้เป็นกรอบในการตัดสินอุทธรณ์นี้<sup>197</sup>

ศาลถือว่าไม่มีหลักฐานที่ทำลายการแข่งขัน ตามมาตรา 1 ของ The Sherman Act (จำกัดทางการค้า restraints of trade) โดยศาลปรับใช้หลัก the rule of reason โดยกำหนดให้ Virgin พิสูจน์ว่าแผนจูงใจของ British Airways ก่อความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง (ความเสียหายของ Virgin) ตามหลัก the rule of reason นี้ โจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าถูกกีดกันจากการแข่งขันในตลาดอย่างไร ศาลกล่าวว่าเมื่อ Virgin ไม่อาจพิสูจน์ผลเสียหายต่อการแข่งขัน เช่น ลดจำนวนเที่ยวบินขึ้นราคาตั๋วหรือลดคุณภาพ ศาลยังคงกล่าวต่อไปอีกว่า Virgin ประสบความสำเร็จในทางการเงิน ในปี 1995 Virgin กลายเป็นผู้นำตลาดในเที่ยวบินลอนดอน-นิวยอร์ก และตัวแทนเดินทางผู้ลงบันทึกการขายตั๋วสหราชอาณาจักร-สหรัฐอเมริกามากกว่า 80% ของ British Airways (ตัวแทนที่ซื่อสัตย์อย่างจริงจัง) คิดเป็นเพียงส่วนน้อยของการขายตั๋วเส้นทางสหราชอาณาจักร-สหรัฐอเมริกาทั้งหมด (น้อยกว่า 3%-4%) ศาลถือว่าการให้รางวัลกับลูกค้าที่ภักดีเป็นการส่งเสริมการแข่งขัน<sup>198</sup>

ตามมาตรา 2 The Sherman Act (พยายามผูกขาด) ศาลปรับใช้มาตรฐานของคดี Spectrum Sports (the Spectrum Sports standard) ซึ่ง Virgin ต้องพิสูจน์ว่า

1. British Airways เข้าเบียดเบียนหรือมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน
  2. เจตนาจูงใจที่จะผูกขาด
- และ 3. อาจเกิดอันตรายจากได้รับอำนาจผูกขาด

ศาลถือว่าเมื่อ Virgin ไม่พิสูจน์ให้ครบ 3 ประการ และให้ความสำคัญที่ความสำเร็จของ Virgin ในเส้นทางข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกและกล่าวด้วยว่าข้อเท็จจริงที่ได้อาจจะสรุปได้ว่าการ

<sup>197</sup> “This appeal from a grant of summary judgement requires us to examine concepts underlying antitrust law. Foremost among them is the notion that competition fosters consumer welfare. Since competition, which is the very essence of business, results in lower prices for consumer, it is a positive aspect of the marketplace. Thus, what the antitrust laws are designed to protect is competitive conduct, not individual competitors. This concept is the framework upon which we decide this appeal.” cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, “Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?,” The Antitrust Bulletin 49, 1: 4.

<sup>198</sup> The court held that “rewarding customer loyalty promotes competition on the merits” cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, “Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?,” The Antitrust Bulletin 49, 1: 4.

ตัดสินใจเสนอสิ่งจูงใจไม่มีอะไรนอกจากพยายามทำธุรกิจตามปกติซึ่งการจำกัดการขายอย่างมีกำไรเลือกขาย เราคำนึงถึงราคาถูกซึ่งเป็นข้อดีของการแข่งขันในตลาดและกฎหมายต้องคุ้มครอง<sup>199</sup>

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐเห็นว่า Virgin เก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากส่วนแบ่งตลาดในสหราชอาณาจักร ทั้งๆที่ British Airways มีระบบจูงใจ แต่กล่าวว่า "เพียงแต่สามารถสันนิษฐานว่าคู่แข่งควรประสบความสำเร็จมากกว่าโดยปราศจากการใช้อำนาจโดยมิชอบ" ดังนั้น ความสำเร็จทางการค้าของคู่แข่งระหว่างช่วงเวลาที่ถูกอ้างว่าใช้อำนาจโดยมิชอบคณะกรรมการไม่ได้ให้น้ำหนักมากในคำตัดสิน ศาลอุทธรณ์แสดงมุมมองที่ผ่อนคลายโดยทั่วไปว่าราคาต่ำและผลการเพิ่มความภักดีของผู้บริโภค ศาลไม่พบว่า British Airways จำกัดทางการค้าหรือพยายามผูกขาดอันเป็นการฝ่าฝืน The Sherman Act

#### คดี Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.<sup>200</sup>

บริษัท Aspen Highlands (Aspen Highlands Skiing Corp.) เป็นเจ้าของและให้บริการลานสกี Highlands ในเทือกเขา Aspen รัฐโคโลราโด ส่วน บริษัท Aspen Skiing (Aspen Skiing Co.) เป็นเจ้าของและให้บริการลานสกี 3 แห่งที่เหลือ ได้แก่ Aspen Mountain (Ajax), Snowmass และ Buttermilk ในเทือกเขา Aspen ทั้งสองบริษัทร่วมกันทำสัญญาจำหน่ายตั๋วเล่นสกีในลานสกีทั้ง 4 ลานร่วมกันเป็นตั๋วเล่นสกีร่วมของทั้งสองบริษัทใช้ได้ 6 วัน 4 ลานสกี ตั้งแต่ปี 1960 เพื่อความสะดวกของผู้มาเล่นสกีสามารถเล่นสกีในลานสกีของทั้ง 2 บริษัทได้โดยแบ่งรายได้ตามจำนวนการให้บริการที่พักรวมของแต่ละแห่ง

ในปี 1977-1978 บริษัท Aspen Skiing แจ้งบริษัท Aspen Highlands ว่าจะร่วมเสนอตั๋วทุกประเภทกับบริษัท Aspen Highlands ต่อไปถ่ายอมรับรายส่วนแบ่งเป็นอัตราคงที่เพียง 15% บริษัท Aspen Highlands ตกใจอย่างไม่เต็มใจ (reluctant) ปีต่อมาบริษัท Aspen Skiing ลดส่วนแบ่งที่เสนอให้บริษัท Aspen Highlands ลงเหลือ 12.5% ทำให้บริษัท Aspen Highlands ไม่อาจเสนอตั๋วเล่นสกีหลายพื้นที่ (multi-area package) ได้อีก บริษัท Aspen Highlands จึงปฏิเสธที่จะขายบัตร บริษัท Aspen Skiing จึงไม่ต่อสัญญาและไม่รับบัตร (vouchers) ผ่านทางของบริษัท Aspen Highlands และไม่ออกตั๋วประเภท 3 วัน (three-day pass) เหลือเฉพาะตั๋วประเภท 3 พื้นที่ 6 วัน เฉพาะเขตลานสกีของตน และบริษัท Aspen Skiing ยังปฏิเสธที่จะขายตั๋วให้บริการลิฟท์ให้กับบริษัท Aspen

<sup>199</sup> "a fact finder would necessarily conclude that the decision to offer incentives was nothing more than an attempt to generate increased business on the whole by limiting profitability on selected sales. We must be mindful that low prices are a positive aspect of a competitive marketplace and are encouraged by the antitrust law" cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 5.

<sup>200</sup> Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985) cited in Goetz, Charles J. and McChesney, Fred, *Antitrust law: Interpretation and implementation*, 2<sup>nd</sup> ed. (United States: LexisNexis, 2002), p. 13-22.

Highlands ทำให้บริษัท Aspen Highlands ทำธุรกิจลำบากมากขึ้น เป็นปิดกั้นโอกาสของลูกค้าที่จะเล่นสกีในเขตที่พักของบริษัท Aspen Highlands

ส่วนแบ่งของบริษัท Aspen Highlands หลังจากยกเลิกบัตรที่เล่นสกีใน 4 พื้นที่ ใน ปี 1977 ในธุรกิจเล่นสกีลดลงจาก 20% ในช่วงปี 1976-1977 เหลือ 11% ในช่วงปี 1980-1981 รายได้ของ Aspen Highlands ในบริการที่เกี่ยวข้องลดลงอย่างมาก ดังนั้น ในปี 1979 บริษัท Aspen Highlands จึงยื่นฟ้องบริษัท Aspen Skiing ว่าทำการผูกขาดตลาดบริการการเล่นสกีลงเขาผ่านผืนมาตรา 2 และเรียกค่าเสียหาย

ศาลบอกว่า Aspen Skiing ผู้ผูกขาดไม่มีหน้าที่ต้องร่วมทำธุรกิจกับ Aspen Highlands คู่แข่ง เพราะผู้ประกอบการมีสิทธิเลือกทำธุรกรรม แต่สิทธินี้ไม่ได้ไม่มีขอบเขต หากมีเหตุผลที่สมควรทางด้านธุรกิจ (legitimate business reasons) การปฏิเสธดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นผิดกฎหมาย ผู้ผูกขาดไม่ถูกขัดขวาง (barred) จากความได้เปรียบจากประสิทธิภาพ แต่ไม่สามารถกีดกันหรือสร้างอุปสรรค (handicap) ต่อคู่แข่งโดยไม่จำเป็น หรือใช้อำนาจผูกขาดที่มีเหนือตลาดที่เกี่ยวข้อง โดยลูกขุนตัดสินให้บริษัท Aspen Highlands ชนะและให้ค่าเสียหายตามความเป็นจริง (actual damages) 2.5 ล้านดอลลาร์

ศาลอุทธรณ์ตัดสินยืนตามศาลต้นว่าให้บริษัท Aspen Skiing ออกตั๋วเล่นสกีร่วมกับบริษัท Aspen Highlands เพราะบัตรหลายพื้นที่ (multi-area ticket) เป็นประโยชน์ (essential facility) ต่อผู้บริโภคมากกว่าและมีหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าเจตนาของบริษัท Aspen Skiing ที่ปฏิเสธการออกตั๋วเล่นสกีร่วมเป็นการสร้างหรือรักษาการผูกขาด ผู้เล่นสกีปรารถนาที่จะเล่นสกีบนภูเขาของบริษัท Aspen Highlands แต่ไม่ใช่ที่เดียว เพราะความไม่สะดวก (inconvenience) เมื่อไม่มีตั๋วร่วมทำให้ธุรกิจของบริษัท Aspen Highlands ได้รับความเสียหายและบริษัท Aspen Skiing ไม่อาจแสดงว่าการปฏิเสธไม่ทำธุรกรรมกับบริษัท Aspen Highlands มีประสิทธิภาพมากกว่าได้

### บริษัท Microsoft<sup>201</sup>

บริษัท Microsoft ถูกกล่าวหาว่าทำการกีดกันการแข่งขัน ตามมาตรา 1 และถูกกล่าวหาว่าผูกขาดหรือพยายามผูกขาดตามมาตรา 2 ของ Sherman Act เนื่องจากบริษัท Microsoft มีอำนาจเหนือตลาดซอฟต์แวร์ระบบปฏิบัติการ (operating system) Windows ซึ่งเป็นระบบปฏิบัติการที่ใช้ในคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลเกือบทั่วโลก แต่บริษัท Microsoft ไม่มีอำนาจเหนือตลาด Web browser เนื่องจาก Navigator (Navigator Internet Web browser) ของบริษัท Netscape (Netscape Communications Corp.) ได้รับความนิยมนมากกว่า

ซึ่งในปี 1994 บริษัท Netscape มีส่วนแบ่งตลาด 80% บริษัท Microsoft สนใจและต้องการรวม Navigator กับระบบปฏิบัติการ Windows ด้วย จึงเสนอข้อตกลงให้รวม Navigator กับ

<sup>201</sup> United States v. Microsoft Corporation, 2002 U.S. Dist. Dist. Lexis 22864 (District Court, D.C. 2002) cited in Cheeseman, Henry R., The legal environment of business and online commerce, 4<sup>th</sup> ed., p. 623.

Windows แต่บริษัท Netscape ไม่รับข้อเสนอ ดังนั้น บริษัท Microsoft จึงพัฒนา Web browser ของตนเรียกว่า Explorer และรวมเป็นส่วนหนึ่งใน Windows โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย และบริษัท Apple ว่าจะไม่ขายซอฟต์แวร์ Microsoft Office ให้ เว้นแต่ Apple จะยอมใช้ Explorer เป็นเว็บเบราว์เซอร์ของคอมพิวเตอร์ที่ Apple ผลิต บริษัท Microsoft บังคับบริษัท AOL ให้แสดงไอคอน Explorer บนพื้นที่ Desktop ของ Windows แทนที่ไอคอน Navigator นอกจากนี้บริษัท Microsoft ตกลงขายระบบปฏิบัติการ Windows ให้บริษัท Compag ในราคาถูกเพื่อแลกกับการแสดงไอคอน Explorer ในคอมพิวเตอร์ของ Compag และต่อมาเมื่อบริษัท Intel พัฒนาเทคโนโลยีโดยกำหนดมาตรฐานซอฟต์แวร์แข่งขันกับ Windows บริษัท Microsoft ก็ขู่ว่าจะไม่สนับสนุนคอมพิวเตอร์ของ Intel ทำให้บริษัท Intel เลิกพัฒนาเทคโนโลยีใหม่

การกระทำดังกล่าวของบริษัท Microsoft ทำให้ส่วนแบ่งตลาดของ Navigator ที่เคยมีมากกว่า 80% เมื่อต้นปี 1996 ลดลงเหลือประมาณ 50% ในปลายปี 1997 และหลังจากนั้น Explorer ก็ยังมีส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ อย่างสม่ำเสมอจนมากกว่า Navigator

ในคดีนี้ศาลกำหนด "ตลาด" อย่างแคบโดยตลาดที่เกี่ยวข้อง คือ ตลาดระบบปฏิบัติการ (Operating System) ซึ่งบริษัท Microsoft มีส่วนแบ่งในตลาดระบบปฏิบัติการมากกว่า 80% อย่างไรก็ตาม การมีส่วนแบ่งมากกว่าคู่แข่งอย่างมาก ไม่ได้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ศาลตัดสินว่า บริษัท Microsoft ผ่าฝืนกฎหมาย ศาลยังพิจารณาพฤติกรรมทางการตลาด (market behaviors) หรือกลยุทธ์ทางการตลาด (marketing strategies) ของบริษัท Microsoft ว่ามีวัตถุประสงค์เป็นการกีดกัน ชัดขวางไม่ให้คู่แข่งเข้ามาในตลาด หรือกำจัดคู่แข่งที่มีอยู่แล้วในตลาด

ผู้พิพากษาโทมัสพิจารณาการกระทำที่เป็นการสร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด เช่น การรวมโปรแกรม Explorer เข้ากับ Windows นั้นทำให้บริษัท Netscape ต้องออกจากตลาดเบราว์เซอร์ หรือได้รับผลกระทบในการทำกำไร หากว่าผู้บริโภคที่ติดตั้งโปรแกรม Windows ซึ่งก็มีโปรแกรม Explorer ติดมาด้วย ไม่ต้องดาวน์โหลดเบราว์เซอร์ของ Netscape จากอินเทอร์เน็ตให้เสียเวลาแน่นอนว่าจะทำให้ผู้ใช้เบราว์เซอร์ของบริษัท Netscape ลดจำนวนลงเรื่อย ๆ

เนื่องจากผู้บริโภคจำเป็นต้องติดตั้งระบบปฏิบัติการซึ่งนอกจาก Windows ของบริษัท Microsoft แล้วยังมีระบบปฏิบัติการอื่น ๆ อีกอันได้แก่ ยูนิคส์ (Unix), IBM, Apple และลินุกซ์ (Linux) แต่เนื่องจากระบบปฏิบัติการ Windows ของบริษัท Microsoft นั้นมีส่วนแบ่งในตลาดนี้มากกว่า 80% ดังนั้น ผู้บริโภคมากกว่า 80% ที่ใช้ระบบปฏิบัติการของบริษัท Microsoft จึงถูกมัดมือชกต้องรับเอาโปรแกรม Explorer มาด้วย

แม้ว่าบริษัท Microsoft จะอ้างว่าการรวมโปรแกรม Explorer และ Windows เข้าด้วยกันเป็นประโยชน์กับผู้บริโภคมากกว่าไม่ได้เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค เพราะให้ฟรี ๆ ไม่ได้คิดราคาเพิ่ม แต่ผู้พิพากษา Thomas ให้เหตุผลว่าการผูกโปรแกรม Explorer เข้ากับ Windows ของบริษัท Microsoft นั้นเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค (Harmed the Consumer) เพราะการกระทำดังกล่าวจะทำให้การประดิษฐ์คิดค้นเทคโนโลยีใหม่ๆ ในตลาดเบราว์เซอร์ลดน้อยลง (Curbing Innovation) เพราะคู่แข่งรายย่อยเห็นว่าไม่ทางใดก็ทางหนึ่งบริษัท Microsoft ที่เอาโปรแกรม Explorer มายึดเหนี่ยวให้โดยผู้บริโภคไม่มีทางเลือก ซึ่งถ้าบริษัท Microsoft ไม่รวมสองโปรแกรมเข้าด้วยกัน ผู้บริโภคมียุทธวิธีทางเลือกว่าจะใช้โปรแกรมเบราว์เซอร์ของผู้ผลิตรายใดดีโดยพิจารณาจากคุณภาพ และลักษณะการ



ใช้งานที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของผู้บริโภคได้หากผู้บริโภคมีโอกาสได้เลือกก็จะมีผู้ผลิตโปรแกรมบราวเซอร์ที่เห็นโอกาสทางธุรกิจจะคิดค้นและสร้างโปรแกรมบราวเซอร์ที่ตอบสนองความต้องการใช้งานเฉพาะด้านหรือเฉพาะอย่างให้แก่ลูกค้าได้ หากตลาดถูกผูกขาดหรือกลายเป็นตลาดกึ่งผูกขาดซึ่งมีผู้แข่งขันในตลาดน้อยรายผู้บริโภคก็กลายเป็นผู้เสียเปรียบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ผู้พิพากษา Thomas Penfield Jackson ตัดสินคดีโดยพบว่า

1) บริษัท Microsoft มีพฤติกรรมเบียดเบียนหรือทำลาย (predatory) คู่แข่งและต่อต้านการแข่งขันเพื่อรักษาการผูกขาดระบบปฏิบัติการ Windows โดยฝ่าฝืนมาตรา 2

2) บริษัท Microsoft พยายามผูกขาดตลาดซอฟต์แวร์อินเทอร์เน็ตเว็บเบราว์เซอร์ (Internet Web browser) ฝ่าฝืนมาตรา 2

3) บริษัท Microsoft ขยายควบ (bundled) Explorer และระบบปฏิบัติการ Windows เป็นความผิดซึ่งเป็นการขายพ่วง (tying arrangement) ฝ่าฝืนมาตรา 1

ผู้พิพากษา Thomas จึงตัดสินให้บริษัท Microsoft แยกออกเป็น 2 บริษัท คือ (1) บริษัทที่ดำเนินการเกี่ยวกับระบบปฏิบัติการ (Operating System) กับ (2) บริษัทให้บริการหรือผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมแอฟริเคชั่น เช่น โปรแกรม Explorer เพื่อเยียวยา (Remedies) การแข่งขันในตลาดดังกล่าว

ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าไมโครซอฟท์มีความผิดฐานผูกขาดฝ่าฝืนมาตรา 2 อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่สั่งให้ไมโครซอฟท์แตกเป็น 2 บริษัท และส่งคดีกลับไปให้ศาลชั้นต้น ที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาโทมัสทำการพิจารณาบทลงโทษไมโครซอฟท์ใหม่

## 4.2 กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

### 4.2.1 การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

#### 4.2.1.1 ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

บทบัญญัติหลักที่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอยู่ในมาตรา 82 ของ EC Treaty หรือ The Treaty of Rome<sup>202</sup> โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจผูกขาดหรืออำนาจเหนือตลาดมุ่งกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) หรือกลุ่มผู้ประกอบการที่ร่วมกันมีอำนาจเหนือตลาด (collective dominant หรือ joint dominant หรือ oligopolistic dominant) หรือการรวมกิจการ โดยมุ่งควบคุมพฤติกรรมของบุคคลเหล่านั้น ไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of power)<sup>203</sup> เพื่อขัดขวางการแข่งขันอันเป็นการเพิ่มสถานะของบุคคลนั้น และกีดกันคู่แข่งทั้งที่มีอยู่และอาจมีในอนาคตให้ออกไปจากตลาดซึ่งถือเป็นการก่อความเสียหายต่อตลาด

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominance) ตามมาตรา 82 ประกอบด้วย 2 ส่วน<sup>204</sup> คือ

- 1) ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาด (market power) ในตลาดที่กำหนด และ

<sup>202</sup> The EC competition rules as broadly defined also contain provisions on state aid and state-owned enterprises (or undertakings providing "service of general economic interest") cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 11.

<sup>203</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed. (United States: Oxford University Press, 2004), pp. 259-260.

The Treaty of Rome, Section 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 insofar 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."

<sup>204</sup> Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" The Antitrust Bulletin 49, 1: 42.

2) ได้มาหรือรักษาอำนาจโดยการกีดกันคู่แข่งหรือพฤติกรรมเบียดเบียนยิ่งกว่าการแข่งขันที่เป็นธรรม

1) ผู้ประกอบการมีอำนาจตลาด (market power) ในตลาดที่กำหนด อาจเป็นผู้ประกอบการรายเดียวหรือตั้งแต่สองรายขึ้นไป (one or more undertaking) ที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือผู้ประกอบการรายอื่น (dominant position) ที่อยู่ในตลาดร่วมหรือส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในตลาด (within the common market or a substantial part of it) ซึ่งนั่นก็คือ ตลาดที่เกี่ยวข้องนั่นเอง

ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกัน (collective dominance หรือ joint dominance) เป็นการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดโดยการนำกลุ่มผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ในรูปแบบของการร่วมมือกันมาคิดเป็นหน่วยเดียวกัน และเมื่อคำนวณแล้วพบว่าหน่วยดังกล่าวนี้มีอำนาจเหนือตลาดก็สามารถพิจารณาโดยอนุโลมว่ามี "อำนาจเหนือตลาด" ได้เช่นกัน (แม้ว่าเมื่อพิจารณาส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายแล้วจะไม่ถึงระดับที่ถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดก็ตาม)<sup>205</sup> ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวมาจากการตีความคำว่า "...one or more undertakings..."

ในคดี Italian Flat Glass<sup>206</sup> เป็นคดีสำคัญที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ซึ่งศาลชั้นต้นได้แสดงแนวทางการตีความมาตรา 82 เกี่ยวกับการร่วมมือกันระหว่างผู้ผลิตกระจก นอกจากจะพิจารณาว่าผิดมาตรา 81 แล้วทางคณะกรรมการยังเห็นว่าเข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse) ตามมาตรา 82 ด้วย แต่ศาลมีความเห็นต่างจากคณะกรรมการโดยศาลได้อธิบายว่า ถึงแม้ว่าความเป็นไปได้ในการพิจารณาตัดสินอำนาจเหนือตลาดร่วม (collective dominance) ในกรณีที่มี "ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ" ระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันจะมีค่อนข้างสูงก็ตาม แต่การที่จะนำคดีดังกล่าวที่ผิดฐาน cartel ตามมาตรา 81 แล้วนำมาตรา 82 มาอ้างอิงด้วยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง<sup>207</sup> เหตุที่คณะกรรมการพยายามใช้ทั้งมาตรา 81 และ 82 มาใช้บังคับเนื่องจากมาตรา 81 ไม่สามารถเอาผิดกับการขึ้นราคาพร้อมกัน (parallel price increasing หรือ conscious parallelism) ได้<sup>208</sup> ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าแม้ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้า (restraint of trade) ตามมาตรา 81 ก็ตาม แต่เนื่องจากพิสูจน์ได้ว่ามี "ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ" ดังนั้น จึงสามารถสรุป

<sup>205</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 205-206.

<sup>206</sup> Italian Flat Glass (RE) : societa Italiana Vetro SpA v. Commission, [1992] ECR.II-1403.

<sup>207</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 205-206.

<sup>208</sup> Parallel Price Increasing หรือ Conscious Parallelism จะแตกต่างกับ Cartel ในเรื่องของการพิสูจน์หาหลักฐานการมีข้อตกลงซึ่งในกรณีที่มีการร่วมมือกันขึ้นราคาสินค้าในลักษณะที่ขนานกันหรือค่อย ๆ ขึ้นตามกันไประหว่างผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopoly market) การค้นหาหลักฐานของข้อตกลงดังกล่าวนั้นกระทำได้ยากมาก เพราะผู้ประกอบการสามารถอ้างได้ว่าการขึ้นราคาลักษณะดังกล่าวมิได้เกิดจากการร่วมมือกันโดยมีข้อตกลง อ้างใน วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 207.

ได้ว่ากรกระทำดังกล่าวของกลุ่มผู้ผลิตจะกลายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่มิชอบ (the abuse of a dominant position) ตามมาตรา 82<sup>209</sup>

การมีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) เป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายแข่งขันทางการค้า<sup>210</sup> แต่การมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 82 ไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง (per se illegal)<sup>211</sup> ดังนั้น การพิสูจน์ว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 82 ของ The Treaty of Rome หรือไม่ ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจเหนือตลาดและใช้อำนาจดังกล่าวโดยมิชอบก่อความเสียหายทางเศรษฐกิจ<sup>212</sup>

การมีอำนาจเหนือตลาด (dominance) ตามมาตรา 82 แตกต่างกับสถานะผูกขาด (monopoly status) อำนาจเหนือตลาดในกฎหมายของสหภาพยุโรปมีความหมายกว้างกว่าอำนาจผูกขาดของสหรัฐเนื่องจากไม่ได้เกี่ยวข้องกับเฉพาะอำนาจผูกขาดเท่านั้นจึงไม่ได้ใช้กับผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดในตลาดที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่มุ่งควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจตลาดด้วย<sup>213</sup> แต่ยังเป็นการยากที่จะระบุระดับอำนาจตลาดที่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 82<sup>214</sup> ซึ่งเป็นการควบคุมพฤติกรรมมากกว่า ในขณะที่อำนาจผูกขาดมีแนวโน้มขึ้นอยู่กับการวิเคราะห์ตลาดและการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์<sup>215</sup>

แม้ว่ามาตรา 82 ห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือใช้อำนาจในทางมิชอบ แต่มาตรา 82 ก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดอย่างชัดเจนว่าต้องมีอำนาจเพียงใดจึงจะถือว่าเป็น "ผู้ที่มีอำนาจเหนือ

<sup>209</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 206-207.

<sup>210</sup> Landes, William M. and Posner, Richard A., "Market power in antitrust cases" Harvard Law Review 94, 5: 937, Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p 1, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 42 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 260.

<sup>211</sup> Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 9 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 15.

<sup>212</sup> Goyder, D. G., EC competition law, 4<sup>th</sup> ed. (United States: Oxford University Press, 2003), p. 271.

<sup>213</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 37, Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 10 and Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., p. 184.

<sup>214</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 260.

<sup>215</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, pp. 3-4.



(dominant position)" ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 82 ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลและคณะกรรมการที่จะกำหนดว่าเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเพื่อที่จะเข้าไปอยู่ในฐานะที่อำนาจเหนือหรือฐานะที่ได้เปรียบกว่าคนอื่น

ในคดี Continental Can คณะกรรมการแข่งขันทางการค้าอธิบายว่าอำนาจตลาด (market power) เป็นอำนาจที่เป็นอิสระและเป็นอำนาจเหนือราคาทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือ มีอำนาจทำการใดๆโดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ผู้ซื้อ หรือผู้จัดหาสินค้า (suppliers)<sup>216</sup>

ศาล (European Court of Justice) ในคดี United Brands<sup>217</sup> ให้คำจำกัดความสถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือว่า อำนาจเหนือ (ตามมาตรา 82 ในปัจจุบัน) เป็นสถานะความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการทำให้ผู้ประกอบการสามารถป้องกันไม่ให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้องทำให้ผู้ประกอบการทำการต่างๆได้โดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้าและมีผลกระทบต่อผู้บริโภคอย่างมาก<sup>218</sup>

ในคดี Hoffmann-La Roche<sup>219</sup> ศาลบรรยายว่าสถานะอำนาจเหนือเป็นสถานะความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถป้องกันไม่ให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาสถานะดังกล่าวของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้องโดยผู้ประกอบการพยายามใช้อำนาจเพื่อที่จะทำการได้โดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่งลูกค้าและมีผลกระทบต่อผู้บริโภคอย่างมาก<sup>220</sup>

<sup>216</sup> Case No. 6/72 [1973] Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission, [1973] E.C.R. 215, 257, [1973] C.M.L.R. 199, 209-210 cited in Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 10 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 262.

<sup>217</sup> United Brands Co. v. Commission, [1978] ECR. 207.

<sup>218</sup> Case 27/76 United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission [1978] E.C.R. 207; [1978] I C.M.L.R. 429, para.65 cited in Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., p. 182 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 262.

<sup>219</sup> Case 85/76 [1979] Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, [1979] E.C.R. 461; [1979] 3 C.M.L.R. 211 and Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 10.

<sup>220</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 219, Dominance is defined as "a position of economic strength" that gives the undertaking "the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers Case 85/76 [1979] Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, [1979] E.C.R. 461; [1979] 3 C.M.L.R. 211 cited in Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., p. 186, Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 3, Kolasky, William J., "What is competition? a comparison

เมื่อพิจารณาคำจำกัดความ “อำนาจในการป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ (to prevent effective competition)” และ “อำนาจที่สามารถกระทำการใดโดยอิสระไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง (power to behave to an appreciable extent independently of its competitors)” จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า หัวใจของเกณฑ์การมีอำนาจเหนือตลาด คือความสามารถในการป้องกันไม่ให้เกิดการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งก็คือ ความสามารถหรืออำนาจในการกำจัดคู่แข่ง และความสามารถของผู้ประกอบการที่จะกระทำการใดโดยอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่ง ลูกค้าหรือแม้กระทั่งผู้บริโภคก็ตาม<sup>221</sup> ซึ่งมักเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งในตลาดที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก นอกจากพิจารณาส่วนแบ่งตลาดแล้วยังจำเป็นต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการประเมินสถานะอำนาจเหนือด้วย เช่น อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ความสามารถที่จะโต้ตอบของลูกค้า ฯลฯ<sup>222</sup>

การใช้อำนาจโดยมิชอบใน มาตรา 82 ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการซึ่งเกิดจากหลักที่ตรงข้ามกับกฎเกณฑ์พื้นฐาน (ground rule) ของสหรัฐฯ ซึ่งหลักเกณฑ์แรกเกิดในคดี Michelin<sup>223</sup> และในคดี Hoffman-La Roche<sup>224</sup> ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominance firm) มีภาระหน้าที่พิเศษ (special responsibility) ไม่อาจทำการบิดเบือนการแข่งขันในตลาดร่วมสหภาพยุโรปอันทำให้การแข่งขันลดน้อยถอยลงได้<sup>225</sup> ดังนั้น นโยบายการแข่งขันของสหภาพยุโรปจึงเห็นว่า “ความคงอยู่ของอำนาจตลาด (market power) หรือการมีอำนาจเหนือเนื่องมาจากการแข่งขันน้อยลง” และการแข่งขันนี้จำเป็นต้องรักษาไว้โดยการควบคุมผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือจากการกระทำการใด ๆ เว้นแต่จะเป็นการแข่งขันตามปกติ ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการสามารถประกอบกิจการได้อย่างเต็มที่เท่าที่ตนเองต้องการ แต่ทันทีที่มีอำนาจเหนือตลาดเหล่าผู้ประกอบการก็จะต้อง

of U.S. and European perspectives” *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 42 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 263.

<sup>221</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 219, Massey, Patrick, “Market definition and market power in competition analysis: some practical issues” *The Economic and Social Review* 31, 4: 311, Arowolo, Oluseye, “Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?”, p. 10, วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 203, Bishop, Simon and Walker, Mike, *The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 183 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 308.

<sup>222</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 10.

<sup>223</sup> NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Commission [1973] E.C.R. 3461 para. 57

<sup>224</sup> Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, [1979] E.C.R. 461; [1979] 3 C.M.L.R. 211

<sup>225</sup> The principle, established in Michelin, that a dominance firm has a “special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.” cited in Arowolo, Oluseye, “Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?”, p. 10 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, “Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?”, *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 12.

ประกอบกิจการด้วยความระมัดระวังอย่างมากเช่นกัน<sup>226</sup> การกระทำที่ก้าวร้าว (aggressive acts) ที่ทำต่อคู่แข่งขึ้น ขึ้นอยู่กับข้อสงสัยและการร่วมมือกับผู้ขาย (suppliers) หรือลูกค้า (customers) ซึ่งเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการ และทำให้คู่แข่งอยู่อย่างลำบากมากขึ้น<sup>227</sup> มีผลให้ผู้ประกอบการพยายามควบคุมไม่ให้ตนเองมีขนาดใหญ่เกินไป โดยเฉพาะการควบคุมไม่ให้มีส่วนแบ่งตลาดมากเกินไป เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ถูกพบว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าที่จะมุ่งผลิตให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นหรืออีกวิธีหนึ่งก็คือ การจำกัดพฤติกรรมทางการค้า (commercial behavior) จำกัดการกระทำต่าง ๆ ทำให้ถือว่าเป็นผู้ประกอบการนั้นไม่มีอำนาจเหนือ<sup>228</sup>

แม้แต่ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ผู้ประกอบการเกือบทั้งหมดก็มีอำนาจตลาดแม้ว่าจะมีอยู่น้อยมากก็ตาม ดังนั้น ปัญหาเบื้องต้นของมาตรา 82 เพื่อที่จะระบุฐานะที่เป็นอยู่ให้ชัดเจนและหาที่มาของอำนาจเหนือและอยู่ในบังคับของกฎหมาย ซึ่งเกี่ยวข้องกับมุมมองทางเศรษฐศาสตร์และเหตุผลจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายอย่างมีระบบ ผู้บัญญัติกฎหมายจะระบุระดับของอำนาจตลาดที่ต้องถูกควบคุม การเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้ประกอบการเพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจหรือกำลังจะมีอำนาจเหนือตลาด และบ่อยครั้งมักจะสันนิษฐานว่าผู้ที่มีอำนาจเหนือทุกรายในตลาดหนึ่งทำให้บริษัทสามารถกำจัดการแข่งขันในอีกตลาดหนึ่งได้ ซึ่งหมายความว่า บริษัทที่มีอำนาจเหนือนั้นต้องระมัดระวังการกระทำของตนมากยิ่งขึ้นไม่ใช่เฉพาะแต่การใช้อำนาจเหนือในตลาดที่มีอำนาจเท่านั้น แต่ต้องระมัดระวังการกระทำของตนในตลาดที่ตนไม่มีอำนาจเหนืออยู่เลย พฤติกรรมที่ก้าวร้าวในอีกตลาดหนึ่ง เช่น ตั้งราคาต่ำมากอาจถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบตามความเป็นจริงซึ่งเสมือนกับว่าบริษัทใช้อำนาจโดยมิชอบในตลาดที่บริษัทนั้นมีอำนาจเหนือตลาดอยู่<sup>229</sup>

2) ได้มาหรือรักษาอำนาจโดยการกีดกันคู่แข่งหรือมีพฤติกรรมเบียดเบียนยิ่งกว่าการแข่งขันที่เป็นธรรม การมีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 82 ไม่ได้เป็นความผิดในตัวเอง (per se illegal)<sup>230</sup> ลำพังเพียงแต่เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือแม้ว่ามีส่วนแบ่งตลาด 100% ก็

<sup>226</sup> Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 10 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 12.

<sup>227</sup> Ibid., 12.

<sup>228</sup> Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 10.

<sup>229</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 259.

<sup>230</sup> Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 9 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 15.

ยังไม่เพียงพอที่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 82 กล่าวคือ นอกจากพิสูจน์ว่าจำเลยมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่เกี่ยวข้องแล้วยังต้องปรากฏว่าจำเลยใช้อำนาจที่มีอยู่เหนือผู้ประกอบการอื่นโดยมิชอบ (abuse of dominant position) ก่อความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจด้วย<sup>231</sup> จึงจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 82 ของ The Treaty of Rome

การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบอาจเป็นการกระทำลักษณะอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 82 ก็ได้ อีกทั้งมาตรา 82 ยังมีความสัมพันธ์กับมาตรา 3 (g)<sup>232</sup> โดยปริยาย ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำที่อาจเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 82 และมาตรา 3 (g) จึงได้มีการบัญญัติตัวอย่างที่เป็นการกระทำที่เข้าข่ายมาตรา 82<sup>233</sup>

นอกจากนี้ในคดี Hoffman-La Roche ยังได้อธิบายเกี่ยวกับเกณฑ์ในการพิจารณาเพิ่มเติมด้วยว่า “abuse” ครอบคลุมถึงการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดทำให้แข่งขันลดลงเนื่องจากผลการกระทำของผู้ประกอบการโดยตรง รวมถึงใช้วิธีที่มีใช้การแข่งขันตามปกติที่มาจากความพยายามอุดสาหกรรมของผู้ประกอบการในตลาดนั้นๆ แล้วมีผลเป็นการขัดขวาง การรักษาหรือพัฒนาระดับการแข่งขันที่ยังคงเหลืออยู่ในตลาด”<sup>234</sup>

การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบมิได้มีความหมายเฉพาะแต่ “การก้าวจัดคู่แข่งให้ออกจากตลาด” เท่านั้น แต่ยังมีความหมายรวมถึง “การกระทำโดยผู้ประกอบการรายเดียว (ในความหมายอย่างกว้าง)” ด้วย ซึ่งในสหภาพยุโรปได้แบ่งประเภทของการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse) เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ด้วยกัน<sup>235</sup> คือ

1. พฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค เช่น การตั้งราคาสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม (unfair price) โดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งคณะกรรมการอาจสั่งให้ลดราคาจำหน่ายลงได้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่มีเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาการตั้งราคาจำหน่ายที่สูงอย่างไม่เป็นธรรมโดยเปรียบเทียบราคาจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน และนอกจากนี้ยังเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนและราคาจำหน่ายสินค้าของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด เมื่อพบว่าราคาจำหน่ายสูงกว่าต้นทุนค่อนข้างมาก ก็ถือว่าเข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ<sup>236</sup>

2. พฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขัน (anti-competitive conduct) นอกจากหมายถึงการก้าวจัดคู่แข่งโดยผู้ประกอบการรายเดียวแล้ว ยังรวมถึงการร่วมมือจำกัดการแข่งขันทางการค้า

<sup>231</sup> Goyder, D. G., *EC competition law*, 4<sup>th</sup> ed., p. 271.

<sup>232</sup> มาตรา 3 (g) บัญญัติไว้ว่า “a system ensuring that competition in the internal market is not distorted;” อ้างใน วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 208.

<sup>233</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 208.

<sup>234</sup> เรื่องเดียวกัน, 208.

<sup>235</sup> เรื่องเดียวกัน, 208-209 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, “Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?,” *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 15.

<sup>236</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, “อำนาจการผูกขาด (Monopolization),” *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 209-210.



(cartel) และการรวมกิจการ (merger) ด้วย แต่เนื่องจากกรณีการควบกิจการทางสหภาพยุโรปได้ออกหลักเกณฑ์ว่าด้วยการควบรวมกิจการ (the merger regulation) ไว้โดยเฉพาะ<sup>237</sup>

เกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันคู่แข่ง (exclusionary conduct) การแยกความแตกต่างระหว่าง "พฤติกรรมที่เป็นการกีดกันคู่แข่งขั้น" ซึ่งถือว่าฝ่าฝืนกฎหมาย กับ "พฤติกรรมโดยทั่วไปของผู้ประกอบการที่นำมาใช้เพื่อสามารถแข่งขันที่ถูกต้อง" ที่ไม่ถือว่าฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นเรื่องที่จะเอื้ออำนวยและค่อนข้างยาก แต่ถ้าหากไม่มีการกำหนดหรือจำกัดขอบเขตให้แน่ชัด อาจมีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันได้ซึ่งอาจเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการที่มีขนาดกลางและขนาดเล็กมากเกินไปได้ เห็นได้จากในคดี Hoffman-La Roche ว่าหากมิใช่กรณีของ "...การใช้วิธีการที่มีวิธีการแข่งขันที่ปกติ..." ก็ถือว่าไม่ผิดกฎหมาย ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า กฎหมายมิได้ลงโทษหรือปฏิเสธพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันคู่แข่งขั้นโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด แต่ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่ถูกต้อง ทางคณะกรรมการของสหภาพยุโรปจะเฝ้าดูพฤติกรรมดังกล่าวโดยให้ความสำคัญกับการกระทำของผู้ประกอบการรายใหญ่หรือผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าในกรณีที่เป็นการกระทำของผู้ประกอบการรายเล็ก<sup>238</sup> ดังนั้น เกณฑ์การพิจารณาการใช้อำนาจโดยมิชอบโดยดูจาก "การใช้วิธีการแข่งขันปกติ" ศาลและคณะกรรมการจะพิจารณาพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันคู่แข่งขั้น (exclusionary conduct) เป็นรายการณ์โดยพิจารณาสถานการณ์และปัจจัยต่างๆประกอบด้วย<sup>239</sup>

อีกหลักเกณฑ์หนึ่ง สะท้อนความแตกต่างของนโยบายการแข่งขันที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดหนึ่งอาจเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบในอีกตลาดหนึ่งที่สัมพันธ์กับตลาดแรกได้<sup>240</sup> จากมุมมองด้านหลักการตลาดที่ว่าการใช้อิทธิพล (leveraging) ของอำนาจตลาดอาจ เนื่องมาจากแนวความคิดทางทฤษฎีและกฎหมายสหรัฐก็ได้ห้ามการกระทำดังกล่าว<sup>241</sup>

บ่อยครั้งที่เรามักสรุปว่าการมีอำนาจเหนือตลาดในตลาดหนึ่งทำให้บริษัทหนึ่งสามารถกีดกันการแข่งขันในอีกตลาดหนึ่ง หมายความว่า บริษัทที่มีอำนาจเหนือตลาดต้องระมัดระวังไม่ใช่เพียงในตลาดที่ตนมีอำนาจเหนือเท่านั้น แต่รวมถึงตลาดอื่นที่ตนเข้าไปประกอบกิจการด้วย การกระทำที่

<sup>237</sup> เรื่องเดียวกัน, 210-211.

<sup>238</sup> เรื่องเดียวกัน, 211-212.

<sup>239</sup> เรื่องเดียวกัน, 212 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 15.

<sup>240</sup> Case C-333/94, Tetra Pak v. Commission [1996] ECR I5951. cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 13.

<sup>241</sup> This has been the case at least since United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948) cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 13.

ก้าวร้าวในอีกตลาดหนึ่ง เช่น ตั้งราคาต่ำอาจถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบเสมือนกับว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบในตลาดที่บริษัทมีอำนาจเหนือ<sup>242</sup>

หากเหล่าผู้ประกอบการแสวงหากำไรให้มากที่สุดอย่างสมเหตุสมผล พวกเขาก็สามารถทำได้โดยการตั้งราคาสูง อย่างไรก็ตาม หากเปลี่ยนพฤติกรรมจากการแสวงหากำไรมากและตั้งราคาต่ำแทน ก็อาจถูกพิจารณาว่ามีพฤติกรรมที่ก้าวร้าวคู่แข่งมากเกินไป และหากผู้ประกอบการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดก็จะต้องรับผิดชอบมากเป็นพิเศษด้วย<sup>243</sup>

ดังนั้น การกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้ประกอบการ (รายเดียวหรือหลายราย) ที่กระทำเป็นผู้ที่มีอำนาจตลาดหรือมีสถานะเหนือผู้อื่นในตลาดนั้น โดยอาศัยสถานะอำนาจเหนือดังกล่าวกระทำการอันส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก ในการพิจารณาตัดสินตามมาตรา 82 นี้ นอกจากศาลจะตีความปกป้องกระบวนการแข่งขันแล้วยังปกป้องคู่แข่งที่เป็นผู้ประกอบการรายย่อยที่ดำเนินกิจการอยู่ในตลาดนั้นด้วยและแม้ว่ามาตรา 82 จะห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือใช้อำนาจในทางมิชอบและไม่มิชชอบกันใดๆ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลก็ยังเปิดโอกาสให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาพิสูจน์หักล้างโดยแสดงเหตุผลว่ากระทำโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมักเป็นเหตุผลทางการค้าที่ถูกต้องตามกฎหมายจึงจะถือได้ว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

ในกฎหมายแข่งขันทางการค้า (competition law) ของสหภาพยุโรปจะเป็นระบบควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (dominant position) ซึ่งหมายความว่ากรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีอำนาจเหนือตลาดก็就不用มีความผิดตามมาตรา 82<sup>244</sup> กล่าวโดยสรุป คือ มาตรา 82 มิได้ปฏิเสธการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการแต่อย่างใด เพียงแต่การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดยังไม่ถือเป็นความผิด แต่เมื่อผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ไปในทางที่มิชอบด้วยกฎหมาย (abuse) จึงจะถือว่าเป็นการกระทำฝ่าฝืนมาตรา 82

มาตรา 82 ของ The Treaty of Rome ของสหภาพยุโรปนี้คล้ายกับมาตรา 2 ของ The Sherman Act ของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ มาตรา 82 จะคอยควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ในกรณีที่มิได้ร่วมมือกับผู้ประกอบการรายอื่น แต่มาตรา 82 จะไม่มีกฎหมายหรือบทบัญญัติพิเศษที่ออกมาขยายเพื่อรองรับมาตรการตามมาตรา 82 อีกในขณะที่สหรัฐอเมริกา นอกจากจะมีมาตรา 2 ของ The Sherman Act แล้วยังมี The Clayton Act รองรับอีกที่<sup>245</sup>

<sup>242</sup> Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 14.

<sup>243</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>244</sup> สุธีร์ ศุภนิตย และคณะ, "รายงานการวิจัยเรื่องแนวทางการพัฒนากฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย," (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2536), หน้า 174 และ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธุ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 203.

<sup>245</sup> เรื่องเดียวกัน, 202.

#### 4.2.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

คณะกรรมการและศาลมีแนวโน้มพิสูจนการใช้อำนาจโดยมิชอบเมื่อคู่แข่งถูกกำจัดออกจากส่วนสำคัญของตลาด ถูกกีดกันโดยการขายพ่วงแม้ว่าตลาดสินค้าที่ถูกนำไปพ่วงขายจะมีการแข่งขันก็ตาม หรือการให้ส่วนลดกับลูกค้าประจำ (fidelity rebates) หรือตั้งราคาขายต่ำกว่าต้นทุนแม้ว่าจะเอาคืนกำไรที่เสียไปโดยการตั้งราคาผูกขาดในภายหลังไม่ได้ก็ตาม<sup>246</sup> ยิ่งไปกว่านั้น การมีอำนาจเหนือภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปมีระดับอำนาจตลาดที่ต่ำกว่าอำนาจผูกขาดตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา<sup>247</sup> และคดีของสหภาพยุโรปต้องการพิสูจนทางเศรษฐศาสตร์น้อยกว่า ผู้ประกอบการอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเมื่อมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 40% ขึ้นไปซึ่งผู้ประกอบการสามารถกระทำการโดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่งรายอื่นและผู้บริโภค<sup>248</sup>

การกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องใช้พิสูจนว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ ผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ามีอำนาจเหนือตลาดมักพยายามทำให้ดูเหมือนว่าส่วนแบ่งตลาดของตนมีน้อยโดยอ้างการกำหนดขอบเขตของตลาดสินค้าหรือบริการอย่างกว้าง (broad definition of the product or service market) ในทางกลับกัน ผู้กล่าวหาที่มักจะทำอย่างการกำหนดขอบเขตของตลาดอย่างแคบ (narrow definition of the product or service market) เพื่อให้ดูเหมือนว่าส่วนแบ่งตลาดของผู้ถูกกล่าวหา มีมาก<sup>249</sup> อย่างไรก็ตาม ทั้งศาล (The Community Courts) และคณะกรรมการก็ได้ถือว่าผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดมากจะกลายเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยอัตโนมัติโดยจะกำหนดขอบเขตของตลาดให้เหมาะสม<sup>250</sup> และพิจารณาสถานะของผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดด้วย<sup>251</sup>

เพื่อให้ผู้ประกอบการทั้งหลายทราบล่วงหน้า ว่าการกระทำเช่นใดที่ถือว่าเป็นความผิดทางคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม (Fair Trade Commission: FTC) จึงได้ออกเกณฑ์การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องในปี 1997 ว่าจะต้องพิจารณาอย่างไร และได้วางหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ด้วย คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ประกาศเกณฑ์การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้อง (Notice on market definition)<sup>252</sup> ซึ่งปรับใช้ทั้งคดี การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 82 และคดี

<sup>246</sup> Akzo Chemie BV v. Commission, Case C-62/68, [1991] ECR I-3359, [1993] 5 C.M.L.R. 215.

<sup>247</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 37 and Fox, Eleanor M., "Competition Law," in International economic law, Lowenfeld, Andreas F., p. 358.

<sup>248</sup> Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76, [1979] ECR 461, 3 C.M.L.R. 211 (1979).

<sup>249</sup> Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 310.

<sup>250</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 49-50.

<sup>251</sup> Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., p. 180.

<sup>252</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998]

รวมกิจการ<sup>253</sup> ซึ่งระบุรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดตลาดและหลักฐานที่ใช้พิจารณา รวมถึงขั้นตอนและวิธีการรวบรวมหลักฐานและขั้นตอนการพิจารณากำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อเพิ่มความโปร่งใสในการพิจารณาตัดสินคดีเกี่ยวกับนโยบายการแข่งขัน<sup>254</sup> การกำหนดตลาดเป็นเครื่องมือที่จะระบุและกำหนดขอบเขตการแข่งขันซึ่งผู้ประกอบการต้องเผชิญอย่างเป็นระบบ<sup>255</sup> ซึ่งตลาดที่กำหนดเป็นกรอบในการปรับใช้นโยบายการแข่งขันและประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการ

การกำหนดขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมไม่ผูกพัน (prejudice) ศาล (the Court of Justice หรือ the Court of First Instance of the European Communities) ศาลอาจกำหนดขอบเขตของตลาดแตกต่างกับคณะกรรมการก็ได้<sup>256</sup> โดยการจำกัดการแข่งขันมุ่งพิจารณาจาก 3 ประเด็น คือ การทดแทนด้านอุปสงค์ (demand substitutability) การทดแทนด้านอุปทาน (supply substitutability) และโอกาสการแข่งขัน (potential competition)<sup>257</sup> ซึ่งในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์การทดแทนด้านอุปสงค์มักเกิดขึ้นที่และมีผลต่อผู้ประกอบการโดยสัมพันธ์กับราคา ผู้ประกอบการไม่สามารถตั้งราคาขายจนกระทบต่อผู้บริโภคอย่างมากได้ เพราะผู้บริโภคอาจหันไปหาสินค้าอื่นทดแทนหรือผู้ประกอบการที่อยู่ในท้องถิ่นอื่นแทน โดยตลาดประกอบด้วยท้องถิ่นต่างๆที่ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือใช้บริการและท้องถิ่นภูมิศาสตร์ของผู้ประกอบการ<sup>258</sup>

การจำกัดการแข่งขันเกิดจากการใช้ทดแทนด้านอุปทานและโอกาสการแข่งขัน ซึ่งโดยทั่วไปไม่ได้เกิดขึ้นทันทีและในบางกรณีจำเป็นต้องวิเคราะห์สิ่งต่างๆเพิ่มเติม จึงมักพิจารณาการจำกัดการแข่งขันในชั้นการประเมินการแข่งขัน<sup>259</sup>

ศาลสหภาพยุโรปให้ความสำคัญกับการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องก่อนจะพิพากษาว่าผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหากระทำการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันหรือไม่ โดยกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องในเชิงของการทดแทนใกล้เคียงอย่างยิ่ง (close substitutability หรือ interchangeability)<sup>260</sup>

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง คือ ตลาดที่ประกอบด้วยสินค้าหรือบริการซึ่งใช้ทดแทนกันได้ (interchangeable หรือ substitutable) โดยลักษณะของสินค้า ราคาสินค้าและความมุ่งหมายในการ

<sup>253</sup> Ibid., I. para. 1, 11 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 298-299.

<sup>254</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], para. 4.

<sup>255</sup> Ibid., I. para. 2.

<sup>256</sup> Ibid., I. para. 5.

<sup>257</sup> Ibid., II para. 13.

<sup>258</sup> Ibid., II. para. 13.

<sup>259</sup> Ibid., II. para. 14.

<sup>260</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp.



ใช้ในสายตาของผู้บริโภค<sup>261</sup> พิจารณาการใช้ทดแทนกันได้หรือการทดแทนด้านอุปสงค์ซึ่งในคดี United Brands<sup>262</sup> ศาลเน้นการทดแทนด้านอุปสงค์ด้วยลักษณะภายนอก (physical characteristics) ของสินค้าเป็นสำคัญขณะที่ให้ความสำคัญกับการทดแทนด้านอุปทาน (supply substitutability) ค่อนข้างจำกัด โดยทั่วไปศาลจะคล้อยตามความเห็นของคณะกรรมการฯ ในการกำหนดตลาด แม้ว่าศาลจะตั้งใจที่จะตรวจสอบประเด็นการกำหนดตลาดในคดีต่างๆ<sup>263</sup> คดีนี้ศาลตัดสินโดยไม่ได้ใช้ข้อมูลความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ (cross-elasticity of demand) โดยเลือกการทดสอบที่เป็นอัตวิสัย (subjective test) มากกว่าโดยศาลพิจารณาจากลักษณะเฉพาะ (special features) ของกล้วย ซึ่งได้แก่ ลักษณะ รูปร่าง (appearance) รสชาติ ความนุ่ม ไม่มีเมล็ด ปลูกง่ายและระดับการผลิตที่ไม่เปลี่ยนแปลงซึ่งเพียงพอกับความต้องการของผู้คนจำนวนมากทั้งเด็ก คนสูงอายุและคนป่วย<sup>264</sup>

คณะกรรมการฯ กล่าวว่า การตัดสินว่าสินค้าต่างๆ ใช้ทดแทนกันได้หรือไม่ต้องตัดสินจากมุมมอง (vantage point) ของผู้บริโภค ซึ่งปกติจะพิจารณาลักษณะสินค้า ราคาและความมุ่งหมายในการใช้สินค้าต่างๆ<sup>265</sup> ซึ่งแทบจะเป็นวิธีการ (ritualistic way) ในการกำกับดูแลและการตัดสินของคณะกรรมการฯ อีกอย่าง<sup>266</sup>

ในแนวปฏิบัติกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องกำหนดให้พิจารณาหลักฐานเชิงปริมาณ (quantitative evidence) ซึ่งเป็นความสามารถที่ทนต่อการวิเคราะห์อย่างเข้มงวดเพื่อวัตถุประสงค์ที่ถือเป็นแบบแผน (pattern) ของการทดแทน<sup>267</sup> การกำหนดตลาดมีลักษณะเป็นอัตวิสัยอย่างมาก (more subjective) รูปแบบการพิจารณาลักษณะ ราคาและความมุ่งหมายในการใช้อาจไม่เพียงพอ<sup>268</sup>

การกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) เพื่อประกอบการพิจารณาความผิดที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 82 ของ the Treaty of Rome ซึ่งการกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องในสหภาพยุโรปจะพิจารณาจาก 3 มุมมองตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (relevant product or service market) ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (relevant geographical market) ตลาดที่เกี่ยวข้องเชิง

<sup>261</sup> Ibid., II. para. 7.

<sup>262</sup> United Brands Co. v. Commission, (1978), E.C.R. 207, (1978) 1 C.M.L.R. 429

<sup>263</sup> Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 312

<sup>264</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 219, United Brands Co. v. Commission, (1978), E.C.R. 207, (1978) 1 C.M.L.R. 429 cited in Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 312.

<sup>265</sup> European Commission, Notice of 3 September 1986 on Agreements of Minor Importance Which Do Not Fall Under Article 85(1) of the Treaty Establishing the European Economic Community, OJ C231, 1986 cited in Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 312.

<sup>266</sup> Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 312

<sup>267</sup> Ibid., 312-313

<sup>268</sup> Ibid., 313.

ระยะเวลา<sup>269</sup> แต่ในประกาศการกำหนดตลาดกำหนดไว้เฉพาะด้านสินค้าและด้านภูมิศาสตร์ซึ่งมักมีอิทธิพลในการประเมินอำนาจเหนือตลาดในคดีการแข่งขัน<sup>270</sup> การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อเพิ่มความโปร่งใสในการพิจารณาตัดสินคดีที่อยู่ในขอบข่ายของนโยบายการแข่งขัน

**การทดแทนด้านอุปสงค์ (demand substitution)** การประเมินการทดแทนด้านอุปสงค์จะพิจารณาจากการทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภคซึ่งเกิดจากการโต้ตอบของผู้บริโภคต่อการขึ้นราคาของผู้ประกอบการ โดยเน้นที่ราคาในการดำเนินการ ความมุ่งหมายในการใช้ และเห็นได้ชัดในกรณีการทดแทนด้านอุปสงค์ที่เกิดจากการขึ้นราคาเล็กน้อยแต่เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างถาวรซึ่งถือเป็นหลักฐานในการกำหนดตลาด<sup>271</sup>

โดยเริ่มจากสินค้าและพื้นที่ซึ่งผู้ประกอบการขายสินค้า โดยจะรวมสินค้าหรือพื้นที่อื่นมาอยู่ในตลาดด้วยขึ้นอยู่กับสินค้าและพื้นที่ซึ่งมีผลต่อการตั้งราคาสินค้าของผู้ขายในระยะเวลาอันสั้น<sup>272</sup> ปัญหาว่าลูกค้าอาจหันไปใช้สินค้าหรือบริการอื่นหรือหันไปหาผู้ประกอบการในท้องถิ่นอื่นทดแทนเพื่อโต้ตอบการขึ้นราคาโดยสมมติว่าขึ้นราคาสินค้าและพื้นที่ที่พิจารณาเล็กน้อย (ช่วง 5-10%) เป็นระยะเวลาไม่ชั่วคราวได้หรือไม่ ถ้ามีการทดแทนมากจนการขึ้นราคาไม่ได้ทำไรเนื่องจากยอดขายลดลงมาก สินค้าหรือพื้นที่ซึ่งใช้ทดแทนที่เพิ่มขึ้นนี้ถือเป็นตลาดที่เกี่ยวข้อง

โดยขั้นตอนการขึ้นราคานี้จะเพิ่มสินค้าหรือพื้นที่และทดสอบการขึ้นราคาซ้ำกันเรื่อยๆ จนกระทั่งการขึ้นราคาสินค้าและพื้นที่ที่พิจารณาเล็กน้อยเป็นระยะเวลาไม่ชั่วคราวนั้นได้ทำไร<sup>273</sup> ซึ่งการทดสอบการขึ้นราคานี้ใช้กับการกระจุกตัวของอำนาจซื้อด้วย ซึ่งเริ่มจากการทดสอบราคาเพื่อระบุช่องทางกระจายสินค้าหรือแหล่ง (outlets) สินค้าของผู้ประกอบการโดยต้องคำนึงถึงตลาดแรกและตลาดรอง สายโซ่การทดแทนและช่องทางการจัดจำหน่ายที่มีด้วย<sup>274</sup>

การทดสอบโดยขึ้นราคาเรียกว่า SSNIP Test (A Small but Non-Transitory Increase in Price Test) โดยเฉพาะเมื่อมีการเพิ่มราคาชนิดหนึ่งเพียงเล็กน้อย (5-10%) แต่ไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราวอันเป็นเหตุให้ผู้ซื้อหันไปซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่งที่ใช้ทดแทนได้แทนแสดงว่าสินค้าทั้งหลายที่ใช้ทดแทนได้ดังกล่าวอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน (the same product market) หรือเมื่อมีการเพิ่มราคาสินค้าในท้องถิ่นหนึ่งเพียงเล็กน้อย (5-10%) แต่ไม่ใช่ระยะเวลาชั่วคราวอันเป็นเหตุให้ผู้ซื้อหัน

<sup>269</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 37, Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?", p. 11 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 266.

<sup>270</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], I. para. 4.

<sup>271</sup> *Ibid.*, II. para. 15.

<sup>272</sup> *Ibid.*, II. para. 16.

<sup>273</sup> *Ibid.*, II. para. 17.

<sup>274</sup> *Ibid.*, II. para. 17.

ไปซื้อสินค้าจากท้องถิ่นอื่นแทน แสดงว่าท้องถิ่นทั้งหลายนั้นอยู่ในตลาดภูมิศาสตร์เดียวกัน (the same geographic market)<sup>275</sup>

การกำหนดตลาดจากลักษณะของสินค้า ราคาและความมุ่งหมายในการใช้ SSNIP Test ทดสอบการใช้ทดแทนกันได้และพิจารณาว่าการขึ้นราคามีผลต่อความพอใจของลูกค้าทำให้ลูกค้าเปลี่ยนไปใช้สินค้าอื่นหรือไม่ ซึ่งขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย อย่างไรก็ตาม ศาลและคณะกรรมการฯ ให้ความสำคัญกับลักษณะของสินค้าและความมุ่งหมายในการใช้สินค้าเมื่อพิจารณาการใช้ทดแทนกันในสายตาของผู้บริโภค<sup>276</sup>

ปัญหาสำคัญในการปรับใช้ SSNIP Test ในมาตรา 82 คือ cellophane fallacy<sup>277</sup> ซึ่งถือเป็นความผิดพลาดในการกำหนดตลาดเนื่องจากโดยทั่วไปผู้ผูกขาดที่ได้กำไรสูงสุดจะขึ้นราคาถึงระดับที่ทำให้สินค้าอื่นใช้ทดแทนได้ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งการพิจารณาการใช้สินค้าทดแทน ณ ระดับราคาที่กำหนด (prevailing prices) ซึ่งถือเป็นระดับราคาที่ผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการได้ขึ้นราคาไปแล้ว ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวความยืดหยุ่นไขว้ (cross elasticities) จะได้ว่าผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการไม่มีอำนาจที่จะขึ้นราคาให้สูงขึ้นอีกได้ ซึ่งในคดีใช้อำนาจโดยมิชอบต้องเป็นความยืดหยุ่นไขว้ของราคา (cross price elasticities) ณ ระดับราคาแข่งขัน (competitive price) ในการกำหนดตลาดมิใช่ราคาที่ตั้งไว้แล้ว (prevailing price level) อย่างไรก็ตาม ราคาแข่งขันไม่สามารถหาได้และไม่น่าเชื่อถือ<sup>278</sup> ต้องใช้ SSNIP Test ด้วยความระมัดระวัง<sup>279</sup>

ตลาดที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย ในคดี General Motors<sup>280</sup> และ British Leyland<sup>281</sup> ซึ่งทั้งสองคดีศาลถือว่ากฎหมายที่อนุญาต (provision of the certificate) เป็นตลาดแยกต่างหากจากกันและไม่เป็นส่วนหนึ่งของตลาดรถยนต์

การกำหนดตลาดกรณีความสามารถในการทดแทน (chain of substitution) อาจใช้กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งสินค้าหรือพื้นที่ที่รวมอยู่ในตลาดเดียวกันไม่ได้ทดแทนกันโดยตรง กรณี

<sup>275</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 53-54, 307.

<sup>276</sup> Ibid., p. 308.

<sup>277</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 19, Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 57, 308.

<sup>278</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 164, Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 19, Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 311 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 57-58, 308.

<sup>279</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 40, 308.

<sup>280</sup> Case 26/75, General Motors v. Commission [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95.

<sup>281</sup> Case 226/84, British Ley land v. Commission [1986] ECR 3263, [1987] 1 CMLR 185

ความสามารถในการทดแทนด้านภูมิศาสตร์ เช่น ค่าขนส่งจากโรงงานที่จำกัดระยะทาง การกระจายสินค้าของโรงงานต่างๆ ที่อยู่รอบโรงงานอาจถูกจำกัดโดยการตั้งราคา ซึ่งราคาสินค้าถูกจำกัดโดยความสามารถในการทดแทนทำให้ต้องกำหนดตลาดภูมิศาสตร์อย่างกว้าง หรือกรณีความสามารถในการทดแทนด้านสินค้า เช่น สินค้า ข, ใช้ทดแทนสินค้า ก. และ ค. ได้ แม้ว่าสินค้า ก. และ ค. ไม่อาจใช้ทดแทนซึ่งกันและกันได้โดยตรงก็ตาม แต่ทั้งสินค้า ก. ข. และ ค. อาจถือว่าอยู่ในตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องเดียวกันเนื่องจากการตั้งราคาถูกจำกัดโดยการทดแทนด้วยสินค้า ข.<sup>282</sup>

ความสามารถในการทดแทนเป็นหลักฐานสนับสนุน (corroborated) หลักฐานอื่น เช่น ความสัมพันธ์ของราคาที่สูงขึ้นอยู่กับความสามารถในการทดแทน เพื่อที่จะขยายขอบเขตตลาดที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดี ระดับราคาโดยเฉพาะของสายโซ่การทดแทนอาจอยู่ในระดับเดียวกัน<sup>283</sup>

คดี Akzo<sup>284</sup> ศาลพบว่า organic peroxides นำไปใช้ในการผลิต polymer ซึ่งการนำไปใช้บางอย่างอาจถูกจำกัดการทดแทน organic peroxides ส่วนใหญ่ benzoyl peroxide อาจถูกใช้ bleaching agent ตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นตลาด organic peroxides ทั้งหมด เนื่องจาก Akzo เน้นการผลิตในภาคธุรกิจ polymer Akzo มีส่วนแบ่งตลาด peroxides 50% ศาลถือว่าการกำหนดตลาดของคณะกรรมการฯ เนื่องจากพฤติกรรมของ Akzo ตั้งราคาต่ำในภาคธุรกิจ flour-milling เพื่อปกป้องสถานะของตนในภาคธุรกิจ polymer และเอกสารภายในของ Akzo แสดงว่าผู้ประกอบการรักษาตลาดเป็นตลาดเดียว

การกำหนดตลาดจากวัตถุดิบ (raw material) อาจถือเป็นตลาดสินค้าต่างหาก แม้ว่าสินค้าที่เป็นผลพลอยได้ (derivative product) จะทำจากสินค้าบางอย่างในตลาดสินค้าอย่างกว้างซึ่งมีการทดแทนกันจำนวนมาก

คดี Commercial Solvents<sup>285</sup> ถือว่าวัตถุดิบ aminobutanol ใช้ผลิต ethambutol เป็นยา anti-TB drug ถือว่า aminobutanol เป็นตลาดสินค้า คดีนี้บริษัท Zoja ผลิต ethambutol จาก aminobutanol ที่บริษัท Commercial Solvents เป็นผู้ผลิต ยา anti-TB drug ที่มีในตลาดไม่ได้ผลิตจาก ethambutol แต่ผลิตจากตลาดวัตถุดิบ อาจมีयाทดแทนซึ่งอาจใช้ anti-TB drug แต่ผู้ผลิต ethambutol ซึ่งบริษัท Zoja ไม่สามารถผลิตสินค้าได้ถ้าไม่มี aminobutanol คดีนี้เป็นคดีแรกที่จัดการกับปัญหาตลาดผลผลิต (derivative or ancillary market) หลักการที่ได้พัฒนาในคดีนี้ เช่น ตลาดอาจเป็นตลาดต่างหากจากสินค้าแรก (primary product) ซึ่งมีความสำคัญมากในระบบกฎหมายมาตรา 82

ตลาดปัจจัยการผลิต (input) วัตถุดิบในคดี บริษัท Commercial Solvents เป็นปัจจัยการผลิตในกระบวนการผลิตยา anti-TB drug เป็นสินค้าที่บริษัท Commercial Solvents จำหน่ายให้

<sup>282</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], III. para. 57.

<sup>283</sup> Ibid., III. para. 58.

<sup>284</sup> Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215

<sup>285</sup> Case 6 and 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v. Commission [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309



บริษัท Zoja อาจเป็นตลาดที่ปัจจัย ซึ่งผู้ผลิตปัจจัยการผลิตไม่เสนอการขายแต่ผลิตเพื่อใช้ในกระบวนการผลิตของตนเอง อาจเป็นประเด็นกล่าวอ้างว่าใช้อำนาจเหนือตลาดปฏิเสธการขายบางสิ่งให้กับคู่แข่งในตลาดการผลิตขั้นถัดไป (downstream market) ที่หาทางเข้าตลาดเพื่อจำหน่ายให้ลูกค้า

คดี Magill<sup>286</sup> ศาลกำหนดตลาดรายการโทรทัศน์ (television listing) ของคณะกรรมการฯ แม้บริษัทแพร่ภาพ (broadcasting) ไม่ได้ขายรายการโทรทัศน์เหล่านั้นให้กับสาธารณะก็ตาม

คดี Bronner<sup>287</sup> ศาลยอมรับว่าอาจเป็นตลาดส่งหนังสือพิมพ์ตามบ้าน (home delivery of newspapers) และไม่ใช้การขายหนังสือพิมพ์โดยอิสระ

คดี IMS<sup>288</sup> ศาลถือว่าตลาดที่น่าจะเป็นปัจจัยในการผลิต (input) ซึ่งผูกขาดตามการตัดสินใจไม่ใช้ตลาดโดยอิสระ input เป็นระบบที่แสดงข้อมูลขายยาซึ่งผู้ประกอบการได้สร้างขึ้นเพื่อกกล่าวอ้างสิทธิ ผู้ประกอบการใช้ input เพื่อผลิตรายงานการขายถึงบริษัทฯ

ตลาดแรก (primary market) และตลาดรอง (secondary market) โดยเฉพาะการประเมินการโต้ตอบของผู้บริโภคจากการตัดสินใจซื้อที่สัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงราคาแต่ต้องพิจารณาการจำกัดด้านการทดแทนด้วยซึ่งถูกกำหนดโดยสภาพตลาด การกำหนดตลาดสินค้ารองอย่างแคบ (เช่น อะไหล่) อาจเป็นเพราะการใช้สินค้ารองกับสินค้าหลักด้วยกันได้อย่างเหมาะสม (compatibility) เป็นประเด็นสำคัญ ซึ่งปัญหาการใช้สินค้ารองได้อย่างเหมาะสมประกอบกับราคาที่สูงและอายุการใช้งานสินค้าหลักที่ยาวนานทำให้ขึ้นราคาสินค้ารองเพื่อหากำไรได้<sup>289</sup> การกำหนดตลาดเป็นคณะตลาดที่แตกต่างกันได้เนื่องจากการใช้สินค้ารองต่างๆที่น่าจะใช้ทดแทนกันได้ได้อย่างมีนัยสำคัญหรือลักษณะของสินค้าหลักที่ทำให้สินค้ารองเพิ่มขึ้นได้อย่างรวดเร็ว<sup>290</sup>

ตลาดรองเป็นตลาดสินค้าหรือบริการอีกอย่างหนึ่งซึ่งนำมาใช้ประกอบ (complementary) กับสินค้าหลักในภายหลัง สินค้ารอง ได้แก่ ชิ้นส่วนอะไหล่ ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลือง หรือบริการซ่อมบำรุง ต้องใช้ร่วมกับสินค้าหลักได้ดี (compatible) ซึ่งปกติผู้ผลิตสินค้าหลักจะผลิตสินค้ารองที่ใช้กับสินค้าหลักด้วย และอาจเป็นผู้ผลิตสินค้ารองในตลาดเพียงรายเดียว สินค้าหลักส่วนใหญ่ที่เป็นสินค้าคงทนจะมีสินค้ารองที่ใช้ประกอบด้วย ซึ่งผู้บริโภคอาจถูกผูกมัด (lock-in) ให้ต้องใช้สินค้าของผู้ผลิต<sup>291</sup>

<sup>286</sup> Case C-241-242/91 P, RTE & ITP v. Commission (Television Liting/Magill) [1995] ECR I-743 [1995]

<sup>287</sup> Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint [1998] ECR I-7791, [1991] 4 CMLR 1543.

<sup>288</sup> Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG [2004] 4 CMLR 1543

<sup>289</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], III. para. 56.

<sup>290</sup> Ibid., III. para. 56.

<sup>291</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p.

ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ผลิตสินค้าหลักหรืออุปกรณ์เป็นผู้ผลิตสินค้ารองในตลาดหลังการขายด้วย<sup>292</sup> ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าตลาดหนึ่งประกอบด้วยอุปกรณ์หลัก (original equipment) พร้อมด้วยชิ้นส่วนอะไหล่ ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลือง หรือบริการซ่อมบำรุงแล้ว จะปรับใช้มาตรา 82 ได้เฉพาะในกรณีที่ผู้ผลิตเป็นผู้มีอำนาจเหนือในตลาดทั้งหมด ซึ่งโดยปกติจะเกิดปัญหาว่าผู้ประกอบการรายนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือในอุปกรณ์หลักหรือไม่ อย่างไรก็ตาม คำตัดสินในคดี Commercial Solvents ซึ่งตลาดวัตถุดิบแยกต่างหากจากตลาด ancillary ที่เป็นสินค้าผลผลิต (derivative product) คณะกรรมการฯ ได้กำหนดตลาดอย่างแคบในบางคดีซึ่งอะไหล่ ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลืองเป็นคนละตลาดกับผู้ผลิตอุปกรณ์หลัก<sup>293</sup>

เหตุผลที่คณะกรรมการฯ กำหนดตลาดอย่างแคบ เนื่องจากสินค้าหรืออุปกรณ์หลัก (original equipment) และสินค้ารอง (ชิ้นส่วนอะไหล่ ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลือง หรือบริการซ่อมบำรุง) ไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ทำให้ผู้ที่มีส่วนแบ่งในตลาดสินค้าหรืออุปกรณ์หลักน้อยอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือในตลาดในตลาดหลังการขายและใช้อำนาจในตลาดนั้นโดยมิชอบ<sup>294</sup>

ชิ้นส่วนอะไหล่ (spare part) เป็นชิ้นส่วนใช้เปลี่ยนทดแทน (replacement) ที่ใช้ประกอบเป็นสินค้าหลักซึ่งผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าหลักหรือผลิตโดยผู้ผลิตอิสระ<sup>295</sup> ตลาดชิ้นส่วนอะไหล่ของสินค้าอาจถือเป็นตลาด ในคดี Volvo<sup>296</sup> และ Renault<sup>297</sup> ซึ่งเอาชิ้นส่วนอะไหล่สำหรับรถยนต์ถือเป็นตลาดสินค้าต่างหาก (separate product market)

ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลือง (consumables) ซึ่งชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลืองใช้กับสินค้าหลัก (original product) เพื่อให้สินค้าหลักทำงานได้และใช้เติม (replenishing) เช่น หมึกเติมที่ใช้กับเครื่องพิมพ์ ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลืองมักผลิตโดยผู้ผลิตสินค้าหลัก ส่วนใหญ่ผู้ผลิตจะตั้งใจผลิตสินค้าให้มีระบบแบ่งแยกไม่ได้ที่ประกอบด้วยสินค้าที่คงทน และใช้ชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลืองต่อไปเรื่อยๆ หรืออาจเป็นบริการ ซึ่งพยายามทำให้ผู้ใช้สินค้าหลักต้องซื้อสินค้าหรือบริการในตลาดหลังการขายด้วย ซึ่งในสินค้าบางประเภท ผู้ผลิตอาจได้เงินจากการขายชิ้นส่วนใช้สิ้นเปลืองเป็นจำนวนมากกว่าสินค้าหลัก<sup>298</sup>

การทดแทนด้านอุปทาน (supply substitution) การทดแทนด้านอุปทาน คือ การที่ผู้ผลิตอาจหันไปผลิตสินค้าอีกอย่างหนึ่งได้ในระยะเวลาอันสั้นโดยไม่ต้องลงทุนหรือมีความเสี่ยงใดๆ เพิ่มขึ้น คณะกรรมการฯ อาจพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปทานเพื่อกำหนดตลาดด้วย ถ้าการทดแทนด้านอุปทานมีผลเช่นเดียวกับการทดแทนด้านอุปสงค์ที่มีผล (effectiveness) ทดแทนได้ทันที

<sup>292</sup> Ibid., p. 314.

<sup>293</sup> Ibid., pp. 314-315.

<sup>294</sup> Ibid., p. 315.

<sup>295</sup> Ibid., p. 315.

<sup>296</sup> Case 238/87, AB Volvo v. Erik Veng [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122

<sup>297</sup> Case 53/87, CICCRA v. Renault [1988] ECR 6039, [1990] 4 CMLR 265

<sup>298</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 317.

(immediacy) คือ ผู้ประกอบการอาจหันไปผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องและในระยะเวลาอันสั้น เพื่อตอบสนองการเปลี่ยนแปลงราคาขึ้นเล็กน้อยและถาวรโดยไม่ต้องลงทุนหรือเสี่ยงเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ<sup>299</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวจะถือว่าสินค้าทั้งสองอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่ถ้าต้องใช้เวลานานหรือต้องลงทุนเพิ่มขึ้นก็จะไม่นำมาพิจารณาในชั้นการกำหนดตลาดแต่จะพิจารณาในเวลาที่เหมาะสมอันอาจตลาดซึ่งเป็นขั้นตอนหลังจากกำหนดตลาดแล้ว<sup>300</sup> ดังนั้น ถ้าการทดแทนด้านอุปทานไม่ได้มีผลในทันทีก็อาจไม่นำมาพิจารณาในการกำหนดตลาด

ศาลพิจารณาปัญหาการกำหนดตลาดครั้งแรกในคดี Continental Can<sup>301</sup> การวิเคราะห์ตลาดของคณะกรรมการพบความผิดและเน้นบทบาทการใช้ทดแทนด้านอุปทาน (supply substitutability) ซึ่งเป็นการพิจารณาตลอดเวลา (over time) มีแนวโน้มที่จะไม่ปรากฏในการตัดสินของคณะกรรมการ<sup>302</sup>

คดี Continental Can<sup>303</sup> ศาลถือว่าตลาดต้องกำหนดจากทั้งการทดแทนด้านอุปสงค์และอุปทาน ถ้าผู้ประกอบการสามารถเปลี่ยนไปผลิตสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้ง่าย ถือว่าสินค้าทั้ง 2 นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน ในคดีนี้คณะกรรมการพบตลาด 3 ตลาดที่ประกอบด้วยกระป๋องโลหะประเภทต่างๆที่ใช้บรรจุอาหาร (different types of metal containers for food packaging) ซึ่งทั้ง 3 ตลาดไม่ใช่ตลาดเดียวกันเพราะกระป๋องและฝาโลหะแต่ละประเภทถูกผลิตเพื่อใช้บรรจุอาหารที่แตกต่างกัน โดยมีเทคโนโลยีในการผลิตแตกต่างกัน ลักษณะของกระป๋องก็ขึ้นอยู่กับอาหารแต่ละประเภท

ต่อมาในคดี Michelin<sup>304</sup> บริษัท Michelin มีฐานะเป็นผู้นำตลาดในตลาดยางรถบรรทุก รถโดยสารและยานพาหนะอื่นๆหรือไม่ ซึ่งศาลกำหนดตลาดโดยพิจารณาโครงสร้างของอุปสงค์และอุปทาน ศาลถือว่าไม่มีความยืดหยุ่นของอุปทานระหว่างยางสำหรับรถยนต์ขนาดใหญ่และสำหรับยางรถยนต์ขนาดเล็กเนื่องจากความแตกต่างในเทคโนโลยีการผลิต โรงงานและเครื่องมือที่ใช้ในการผลิตก็มีความแตกต่างกัน

เช่นเดียวกันในคดี Van den Bergh Foods คณะกรรมการฯ เน้นที่โครงสร้างอุปสงค์และอุปทานในการหาตลาด single wrapped individual ice cream และตลาด individual portions of

<sup>299</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 20.

<sup>300</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 66, 324.

<sup>301</sup> Europemballage Corp. And Continental Can Inc. v. Commission, E.C.R. 215; (1973)

<sup>302</sup> Kauper, T.E., "The Problem of Market Definition Under EC Competition Law," in B. Hawk (ed.), *International Antitrust Law and Policy*, (London: Sweet and Maxwell), p. 249 cited in Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" *The Economic and Social Review* 31, 4: 312.

<sup>303</sup> Case 6/72, Europemballage Corp & Continental Can Co. Inc. v. Commission [1973] E.C.R. 215, [1973] C.M.L.R. 199

<sup>304</sup> Case 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, [1983] E.C.R. 3461, [1985] 1 CMLR 282, para. 41

soft ice cream เป็นคนละตลาดกัน แม้ว่าผู้บริโภคอาจเข้าใจ (perceive) ว่า ice cream ทั้งสองประเภทใช้ทดแทนได้อย่างเหมาะสมการแข่งขันในการค้าส่งและค้าปลีก (retail trade) แตกต่างกัน และแยกต่างหากจากกัน<sup>305</sup>

กรณีในตลาดสินค้าหนึ่งมีคุณภาพหรือระดับหลากหลาย (wide range of qualities or grades) แม้ว่าคุณภาพที่แตกต่างกันไม่อาจใช้ทดแทนกันได้ ในสายตาของผู้บริโภคหรือกลุ่มผู้บริโภคก็ตาม แต่สินค้าที่มีคุณภาพแตกต่างกันเหล่านั้นอาจจัดอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกันเนื่องจากผู้ผลิตส่วนใหญ่สามารถผลิตและขายสินค้าที่มีคุณภาพหลากหลายได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องลงทุนเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ในกรณีดังกล่าวตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องจะรวม (encompass) สินค้าทั้งหมดซึ่งทดแทนกันในด้านอุปสงค์และอุปทาน และจะรวม (aggregates) ยอดขายสินค้าเหล่านั้นทั้งหมดเป็นมูลค่าหรือปริมาณทั้งหมดของตลาด ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้อาจใช้กับพื้นที่ภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกันด้วย<sup>306</sup>

การทดแทนด้านอุปทานที่จำเป็นต้องปรับเปลี่ยนทรัพย์สินทั้งรูปธรรม (tangible) และนามธรรม (intangible) อย่างมีนัยสำคัญ ต้องลงทุนเพิ่มขึ้น ตัดสินเลือกกลยุทธ์หรือต้องใช้ระยะเวลา จะไม่นำมาพิจารณาในตอนกำหนดตลาด แต่จะพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานพร้อมกับการพิจารณาโอกาสการแข่งขันหลังกำหนดตลาดแล้ว<sup>307</sup>

โอกาสการแข่งขัน (potential competition) ไม่ได้นำมาพิจารณาในขณะที่กำหนดตลาด แต่นำมาพิจารณาในภายหลัง (subsequent stage) จากกำหนดตลาดแล้ว เนื่องจากโอกาสการแข่งขันจะแสดงผลจำกัดการแข่งขันโดยขึ้นอยู่กับการวิเคราะห์ปัจจัยและสถานการณ์โดยสัมพันธ์กับสภาพการเข้าสู่ตลาด โดยทั่วไปทันทีที่ทราบสถานะของบริษัทในตลาดที่เกี่ยวข้องแล้วและเมื่อสถานะดังกล่าวเกิดจากมุมมองด้านการแข่งขัน<sup>308</sup> การจำกัดการแข่งขันเกิดจากการใช้ทดแทนด้านอุปทาน (supply side substitutability) และโอกาสการแข่งขัน (potential competition) ซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นทันทีและในบางกรณีจำเป็นต้องวิเคราะห์ปัจจัยต่างๆ เพิ่มเติมจึงต้องพิจารณาในขั้นการประเมินการแข่งขันโดยคณะกรรมการพิจารณาว่าผู้ผลิตสามารถเปลี่ยนไปผลิตสินค้าอีกอย่างไรได้ในระยะเวลาอันสั้นโดยไม่ต้องลงทุนหรือมีความเสี่ยงใดๆ เพิ่มขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวจะถือว่าสินค้าทั้งสองอยู่ในตลาดเดียวกัน แต่ถ้าต้องใช้เวลานานหรือต้องลงทุนเพิ่มขึ้นก็จะไม่นำมาพิจารณาในขั้นการกำหนดตลาดแต่จะพิจารณาในเวลาที่เหมาะสมอันอาจตลาดซึ่งเป็นขั้นตอนหลังจากกำหนดตลาดแล้ว<sup>309</sup>

<sup>305</sup> Van den Bergh Foods [1998] OJ L246/1, [1998] 5 CMLR 530, para. 133. Case T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd v. Commission [2004] 4 CMLR 1

<sup>306</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 21.

<sup>307</sup> Ibid., II para. 23.

<sup>308</sup> Ibid., II para. 24.

<sup>309</sup> Ibid., II para. 14 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 66, 324.



โดยทั่วไปเกณฑ์การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องถูกปรับใช้เพื่อวิเคราะห์การกระทำประเภทต่างๆในตลาดและวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างด้านอุปทานของสินค้า แม่วิธีนี้จะแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับธรรมชาติของการแข่งขันที่ตรวจสอบ<sup>310</sup>

หลักฐานที่ใช้หาขอบเขตตลาดที่มีการทดแทน แต่ละคดีหลักฐานที่ใช้พิจารณาขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของแต่ละอุตสาหกรรมและสินค้าหรือบริการพิจารณา ซึ่งหลักฐานอย่างเดียวกันอาจไม่สามารถใช้กับคดีอื่นได้ คดีต่างๆจะพิจารณาหลักเกณฑ์และหลักฐานแตกต่างกัน<sup>311</sup> FTC จะเปิดเผยหลักฐานเชิงประจักษ์ (empirical evidence) โดยใช้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในแต่ละคดี โดยไม่ได้เข้มงวดกับแหล่งข้อมูลตามลำดับความสำคัญหรือหลักฐานประเภทต่างๆ<sup>312</sup>

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องอาจสรุปได้จากข้อมูลเบื้องต้นหรือข้อมูลจากผู้ประกอบการส่งมาให้ ปกติคณะกรรมการจะกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องที่น่าจะเป็นไปได้อย่างกว้าง<sup>313</sup> โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดว่าตลาดรวมสินค้าต่างๆ หรือไม่สรุปตลาดสินค้าอย่างชัดเจนว่ารวมสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่นที่สามารถใช้ทดแทน (substitute) ซึ่งสามารถใช้ทดแทนได้ดี (reasonably interchangeable) กับสินค้าหรือบริการของจำเลย<sup>314</sup> ซึ่งศาลเน้นการทดแทนกันด้านอุปสงค์เมื่อราคาสินค้าอย่างหนึ่งเปลี่ยนแปลงแล้วจะเกิดผลกระทบโดยตรงต่อผู้บริโภคทำให้เปลี่ยนไปใช้สินค้าอีกอย่างหนึ่ง (จากผู้ประกอบการรายอื่น) ทดแทนซึ่งขึ้นอยู่กับ การตอบสนองของความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าอีกชนิดหนึ่งหรือความยืดหยุ่นไขว้ (cross-price elasticity) ในการพิจารณาว่าสินค้าชนิดใดสามารถใช้ทดแทนสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้หรือไม่ มักพิจารณาจากการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นหลัก<sup>315</sup>

การวิเคราะห์ลักษณะสินค้าและความมุ่งหมายในการใช้เป็นขั้นแรก ในการตรวจสอบว่าสินค้าน่าจะทดแทนกันหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ทั้งสองไม่เพียงพอที่จะแสดงว่าสินค้าต่างๆใช้ทดแทนกันด้านอุปสงค์หรือไม่ การใช้ทดแทนกันได้โดยหน้าที่หรือลักษณะที่เหมือนกันอาจไม่เพียงพอเพราะผู้บริโภคได้ตอบการเปลี่ยนแปลงโดยสัมพันธ์กับราคาโดยพิจารณาปัจจัยอื่นๆ เช่น

<sup>310</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], II. para. 12.

<sup>311</sup> Ibid., III. para. 25.

<sup>312</sup> Ibid., III. para. 25.

<sup>313</sup> Ibid., III. para. 26.

<sup>314</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี่, กฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์ และปัญหา ฉบับรวมบทความ, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2543), หน้า 60-61, Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission [1979] E.C.R. 461; [1979] 3 C.M.L.R.211 and Case IV/M53 Aerospatiale-Alenia/de Havilland [1992] 4 C.M.L.R. M2; [1991] O.J. C334/42 cited in Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 92-93 and Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p.308.

<sup>315</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 53 and Ritter, Lennart and Braun, W. David, European competition law: A practioner's Guide, 3<sup>rd</sup> ed. (Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p. 27.

ตลาดสินค้าหรืออุปกรณ์หลัก (original equipment market) และชิ้นส่วนอะไหล่ซึ่งกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้อง 2 ตลาดแยกจากกัน ในทางตรงข้าม แม้ลักษณะสินค้าและความมุ่งหมายในการใช้แตกต่างกันแต่อาจสามารถทดแทนด้านอุปสงค์ (demand substitutability) ขึ้นอยู่กับผู้บริโภค<sup>316</sup>

นอกจากการพิจารณาลักษณะสินค้าและความมุ่งหมายในการใช้แล้ว คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมดาอาจพิจารณาหลักฐานต่างๆ เพื่อวิเคราะห์ว่าสินค้าต่างๆ ใช้ทดแทนด้านอุปสงค์ได้หรือไม่ซึ่งมีหลักฐานต่างๆ ดังนี้

(1) หลักฐานการใช้ทดแทนกันในอดีตที่ผ่านมาไม่นาน พิจารณาหลักฐานที่สัมพันธ์กับเหตุการณ์ในอดีตหรือการเปลี่ยนแปลงอย่างกระทันหัน<sup>317</sup>

(2) การทดสอบเชิงปริมาณ โดยคำนวณทางเศรษฐศาสตร์ต่างๆ โดยใช้สถิติประเมินความยืดหยุ่นและความยืดหยุ่นไขว้ของราคาของอุปสงค์ของสินค้า ตรวจสอบความเคลื่อนไหวของราคาที่เหมาะสมตลอดเวลา การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ (causality) ระหว่างลำดับราคา (price series) และระดับราคาที่เหมาะสมและ/หรือเปลี่ยนแปลงไปทางเดียวกัน (convergence)<sup>318</sup>

(3) มุมมองของลูกค้าและคู่แข่ง โดยสอบถามข้อมูลและเหตุผลจากลูกค้าและคู่แข่งและรวบรวมข้อมูลเพื่อกำหนดขอบเขตของตลาด<sup>319</sup>

(4) ความพอใจของผู้บริโภค รวบรวมความเห็นและข้อมูลจากลูกค้าโดยตรงโดยการศึกษาการตลาด สอบถามรูปแบบการใช้ ทัศนคติ ข้อมูลการซื้อของลูกค้า ความเห็นของผู้ค้าปลีก<sup>320</sup>

(5) อุปสรรคและต้นทุนประกอบกับการเปลี่ยนการทดแทนด้านอุปสงค์กับโอกาสการทดแทน พิจารณาการขัดขวาง การแทรกแซงการแข่งขันของรัฐ จำเป็นต้องลงทุนโดยเฉพาะ ที่อยู่ของผู้บริโภค การลงทุนโดยเฉพาะในขั้นตอนการผลิต การลงทุนในการศึกษาและลงทุนในบุคคลากรค่าใช้จ่ายในการทำเครื่องมือใหม่ หรือการลงทุนอย่างอื่น คุณภาพและชื่อเสียงของผู้จัดหาสินค้าที่ไม่เป็นที่รู้จัก ฯลฯ<sup>321</sup>

(6) กลุ่มลูกค้าและการเลือกปฏิบัติทางราคา ตลาดสินค้ามีขอบเขตแคบตามกลุ่มผู้บริโภคที่กำหนด กลุ่มผู้บริโภคอาจอยู่ภายใต้การเลือกปฏิบัติทางราคา<sup>322</sup>

ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องคือ ตลาดที่ประกอบด้วยพื้นที่ซึ่งผู้ประกอบการ (undertaking) ที่เกี่ยวข้องในด้านอุปสงค์และอุปทานของสินค้าหรือบริการซึ่งสภาพการแข่งขันเหมือนกันอย่าง

<sup>316</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], III. para. 36.

<sup>317</sup> Ibid., III. para. 38.

<sup>318</sup> Ibid., III. para. 39.

<sup>319</sup> Ibid., III. para. 40.

<sup>320</sup> Ibid., III. para. 41.

<sup>321</sup> Ibid., III. para. 42.

<sup>322</sup> Ibid., III. para. 43.

เพียงพอ (sufficiently homogeneous) และสามารถแยกต่างหากจากพื้นที่ใกล้เคียง (neighbouring areas) เพราะสภาพการแข่งขันต่างจากพื้นที่อื่น ๆ<sup>323</sup>

ศาลสหภาพยุโรปได้กำหนดตลาดเชิงภูมิศาสตร์ในคดี United Brands ว่า “โอกาสการแข่งขันภายใต้มาตรา 82 ของ Treaty ต้องพิจารณาพร้อมกับลักษณะของสินค้าหรือบริการ ในประเด็นการกำหนดพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ซึ่งเป็นตลาดให้ชัดเจนและมีสภาพการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อประเมินอำนาจทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง”<sup>324</sup> เงื่อนไขของการปรับใช้ มาตรา 82 กับผู้ประกอบการที่ถูกสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาดที่เห็นได้อย่างชัดเจนในส่วนใหญ่ของตลาด (the substantial part of the Common market) ซึ่งอาจใช้อำนาจโดยมิชอบเพื่อขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพและขอบเขตพื้นที่นี้เป็นเงื่อนไขหลักของการแข่งขันที่ปรับใช้สินค้าที่ต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ประกอบการทุกราย<sup>325</sup>

แนวทางการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมชาติรูปได้จากการกำหนดขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์อย่างกว้าง (broad indication) ในการกระจายสินค้าระหว่างผู้ซื้อผู้ขายและคู่แข่ง และวิเคราะห์การตั้งราคาเบื้องต้นและความแตกต่างของระดับราคาภายในประเทศและกลุ่มประเทศ ซึ่งเริ่มจากสมมติฐานการสอบสวนของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมชาติเพื่อกำหนดตลาดภูมิศาสตร์อย่างชัดเจน<sup>326</sup>

โดยต้องเปิดเผยเหตุผล ราคาและส่วนแบ่งตลาด บริษัทอาจมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดภายในประเทศมากเพราะอิทธิพลในอดีต และในทางกลับกันบริษัทต่าง ๆ ทุกแห่งอาจประกอบด้วยตลาดภูมิศาสตร์ระดับประเทศหรือระดับภูมิภาค ดังนั้น ข้อสมมติฐานเริ่มจากการตรวจสอบการวิเคราะห์ลักษณะของอุปสงค์ เช่น ความพอใจของผู้บริโภคระดับประเทศหรือระดับท้องถิ่น รูปแบบการซื้อของผู้บริโภคขณะนั้น ความแตกต่างหรือยี่ห้อของสินค้า ฯลฯ เพื่อกำหนดบริษัทในพื้นที่แตกต่างกันถือเป็นแหล่งสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค ซึ่งการทดแทนมักสัมพันธ์กับราคาและเพื่อตอบปัญหาว่าผู้บริโภคอาจหันไปซื้อจากบริษัทที่ตั้งอยู่ในท้องถิ่นอื่นในระยะเวลาอันสั้นและไม่มีต้นทุนการปรับเปลี่ยน<sup>327</sup>

ถ้าจำเป็นต้องตรวจสอบปัจจัยด้านอุปทานต่อไป เพื่อแน่ใจว่าบริษัทที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ต่างกันไม่เผชิญอุปสรรค (impediment) ในการเพิ่มความสามารถในการแข่งขันด้านยอดขายในตลาดภูมิศาสตร์ ตรวจสอบท้องถิ่นที่ขายในพื้นที่นั้น สภาพการเข้าตลาด ช่องทางการจัดจำหน่าย ต้นทุนต่าง ๆ เพื่อสร้างเครือข่ายการกระจายสินค้าและควบคุมทั้งอุปสรรคที่เกิดหรือไม่ได้เกิดจากรัฐ การ

<sup>323</sup> Ibid., II. para. 8.

<sup>324</sup> Case 27/76 United Brands v. Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429 at paras. 11 and 44. cited in Jones, Alison and Sufirin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 50.

<sup>325</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 50.

<sup>326</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], III. para. 28.

<sup>327</sup> Ibid., III. para. 29.

ควบคุมราคา จำกัดการค้าหรือการผลิตด้วยการจำกัดจำนวน (quota) และภาษีศุลกากร มาตรฐานเทคนิค การผูกขาด ความอิสระ ข้อจำกัดของฝ่ายปกครอง การควบคุมการหีบห่อ คณะกรรมการจะกำหนดสิ่งขัดขวางและอุปสรรคที่เป็นไปได้โดยแยกบริษัทที่ตั้งอยู่ในท้องถิ่นออกจากบริษัทที่อยู่นอกพื้นที่นั้นเพื่อกำหนดระดับการแข่งขันในประเทศ หรือกลุ่มประเทศหรือทั่วโลก<sup>328</sup>

รูปแบบการค้าจริง ๆ และการค้าขาย (trade flows) เป็นส่วนเสริมซึ่งมีความสำคัญทางเศรษฐศาสตร์ของปัจจัยด้านอุปสงค์หรืออุปทานและขอบเขตซึ่งอาจถือเป็นอุปสรรคที่เกิดจากตลาดภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกัน การวิเคราะห์การค้าขายโดยทั่วไปจะเกิดคำถามว่าค่าขนส่งและขอบเขตซึ่งอาจขัดขวางการค้าระหว่างพื้นที่ต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับที่ตั้งโรงงาน ต้นทุนการผลิตและระดับความสัมพันธ์ของราคา<sup>329</sup>

คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมชาติพิจารณาหลักฐานต่าง ๆ เพื่อวิเคราะห์ตลาดภูมิศาสตร์จากหลักฐานดังนี้

1) หลักฐานการเปลี่ยนวิถีการค้าไปยังพื้นที่อื่นในอดีต สืบเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงราคาระหว่างพื้นที่คนละแห่งและการตอบสนอง (reactions) ของลูกค้า ซึ่งอาจนำการทดสอบเชิงปริมาณมากำหนดตลาดภูมิศาสตร์ได้เช่นเดียวกับตลาดสินค้า และการเปรียบเทียบราคาระหว่างประเทศอาจมีความซับซ้อนมากเนื่องจากมีปัจจัยหลายประการ เช่น การเคลื่อนไหวของอัตราแลกเปลี่ยน ความแตกต่างของอัตราภาษีและความแตกต่างของสินค้า<sup>330</sup>

2) ลักษณะของอุปสงค์ ธรรมชาติของอุปสงค์ของสินค้าที่เกี่ยวข้องอาจกำหนดขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ ปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความพอใจระดับชาติ (national preferences) หรือความพอใจยี่ห้อระดับชาติ ภาษา วัฒนธรรม และรูปแบบการดำรงชีวิต ความต้องการของท้องถิ่น น่าจะจำกัดขอบเขตการแข่งขันทางภูมิศาสตร์อย่างมาก<sup>331</sup>

3) มุมมองของผู้บริโภคและคู่แข่ง คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมชาติรวบรวมข้อมูลจากลูกค้าและคู่แข่งเพื่อหาขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์ซึ่งข้อมูลต่าง ๆ จะทำให้สรุปขอบเขตของตลาดได้<sup>332</sup>

4) รูปแบบการซื้อทางภูมิศาสตร์เป็นหลักฐานที่ใช้หาขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ที่น่าจะเป็นเมื่อลูกค้าซื้อสินค้าจากบริษัทที่ตั้งอยู่ที่ใดในกลุ่มประเทศสมาชิก หรือขายผ่านกระบวนการเสนอราคาของบริษัทในกลุ่มประเทศสมาชิก โดยปกติตลาดภูมิศาสตร์จะพิจารณาเป็นทั่วทั้งสหภาพยุโรป<sup>333</sup>

5) การค้าขาย (trade flows) และวิธีการขนส่ง (patterns of shipment) เมื่อลูกค้าจำนวนมากไม่น่าจะได้รับสินค้าหรือบริการอย่างเห็นได้ชัด เพราะรูปแบบการซื้อทางภูมิศาสตร์ อาจใช้ข้อมูล

<sup>328</sup> Ibid., III. para. 30.

<sup>329</sup> Ibid., III. para. 31.

<sup>330</sup> Ibid., III. para. 45.

<sup>331</sup> Ibid., III. para. 46.

<sup>332</sup> Ibid., III. para. 47.

<sup>333</sup> Ibid., III. para. 48.



สถิติการค้าขายที่มีเพื่อกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้อง การค้าขายกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ได้แต่ไม่ได้สรุปในตัวเอง<sup>334</sup> อาจต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบด้วย

6) อุปสรรคและค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนไปซื้อจากบริษัทที่อยู่ในพื้นที่อื่น เมื่อไม่มีการซื้อข้าม หรือการค้าขาย (trade flows) พรหมแดน (trans-border purchase) แต่ตลาดอาจมีขอบเขตเป็นประเทศหรือเล็กกว่าระดับประเทศ ขึ้นอยู่กับอุปสรรคที่กำหนดตลาดอาจเป็นเพราะค่าขนส่ง การจำกัดการขนส่งทั้งกฎหมายและธรรมชาติของสินค้านั้น ๆ ปกติค่าขนส่งจะจำกัดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์ โดยความสัมพันธ์ระหว่างมูลค่าสินค้ากับค่าขนส่งซึ่งอาจชดเชยด้วยค่าแรงหรือวัตถุดิบอื่น การกระจายสินค้าในพื้นที่ต่าง ๆ การจำกัดจำนวน (quota) และอัตราภาษีศุลกากรก็ถืออุปสรรคที่กำหนดตลาดภูมิศาสตร์เช่นกัน ค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนกระบวนการผลิตหรือจัดหาสินค้าอย่างมีนัยสำคัญอาจกำหนดขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์เช่นกัน<sup>335</sup>

ซึ่งเกณฑ์ที่คณะกรรมการฯ ใช้นั้นมีลักษณะเป็นการยอมรับการกำหนดตลาดอย่างแคบ และศาลก็ยึดตามแต่กรณีการกำหนดตลาดอย่างแคบมีปัญหาบ่อย เนื่องจากการกำหนดตลาดไม่ได้สิ้นสุดในตัวเอง แต่ยังต้องพิจารณาประเมินอำนาจตลาด ว่าตลาดถูกกีดกันจากการแข่งขันจากภายนอก ซึ่งทำให้การกำหนดตลาดอย่างแคบไม่เป็นปัญหารุนแรง<sup>336</sup> อย่างไรก็ตามการกำหนดตลาดอย่างแคบน่าจะทำให้พบว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด<sup>337</sup>

เกณฑ์การกำหนดตลาดของสหภาพยุโรปมีแนวโน้มที่เป็นอัตวิสัย (subjective market concept)<sup>338</sup> อย่างมากหรือเรียกอีกอย่างว่า (synonymously) หลักอุปสงค์ (demand concept) หมายความว่า มุมมองของผู้ประกอบการที่ดำเนินกิจการอยู่ในกิจการอื่นของการแลกเปลี่ยนตลาดถือเป็นการกำหนดตลาดตามอัตวิสัย (subject matter) พื้นที่และเวลา<sup>339</sup> ตลาดถูกกำหนดจากการเปลี่ยนแปลงด้านอุปสงค์และอุปทานร่วมกันซึ่งมีหน้าที่ใช้แลกเปลี่ยนกันได้ (functional exchangeability) ทำให้ศาลและคณะกรรมการฯ มีอำนาจพิจารณาได้รตรง (discretionary) เพื่อ

<sup>334</sup> Ibid., III. para. 49.

<sup>335</sup> Ibid., III. para. 50.

<sup>336</sup> C.W. Baden Fuller, "Article 86: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" (1979) 4 EL Review 423, 425 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 312.

<sup>337</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 312.

<sup>338</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 219, Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," Berkeley Journal Of International Law 16, pp. 227-228, Massey, Patrick, "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" The Economic and Social Review 31, 4: 313 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 50, 309.

<sup>339</sup> Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," Berkeley Journal Of International Law 16, pp. 227-228 and Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 50.

ประเมินตลาดอย่างมากโดยขึ้นอยู่กับมุมมองของผู้มีส่วนร่วมที่อยู่ในตลาด (market participants) ขณะเดียวกันจำเป็นต้องขึ้นอยู่กับเศรษฐศาสตร์ สถิติหรือการสำรวจผู้บริโภคน้อยกว่าสหรัฐ โดยสหภาพยุโรปใช้สถิติอย่างกว้างขวาง<sup>340</sup>

มีการโต้เถียงว่าการทดสอบการผูกขาดดังกล่าวไม่ได้รวมเอาผลกระทบทางเศรษฐกิจทั้งหมดมาพิจารณา ตรงข้ามกับในสหรัฐที่ผลกระทบทางเศรษฐกิจต่างๆเป็นเป้าหมายหลักของการประเมินเมื่อมีผู้ประกอบการออกจากตลาดหรือมีการหาประโยชน์ที่ไม่สมควร ตัวอย่างเช่น เนื่องจากมีอุปสรรคในการออกจากตลาดสูง หรือมีอุปสรรคที่จะเข้าสู่ตลาดต่ำ แล้วจะพิจารณาว่าไม่มีความสัมพันธ์กับบริษัทที่มีอำนาจตลาดตั้งราคาต่ำกว่าต้นทุนหรือไม่<sup>341</sup>

ประเมินอำนาจเหนือตลาดด้วยส่วนแบ่งตลาด เมื่อกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องทั้งด้านสินค้าและด้านภูมิศาสตร์แล้วจึงคำนวณหาขนาดตลาดทั้งหมดและส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายจากยอดขายสินค้าที่เกี่ยวข้องในตลาดที่เกี่ยวข้อง ในทางปฏิบัติจะหาข้อมูลขนาดตลาดทั้งหมดและส่วนแบ่งตลาดได้จากการประเมินของผู้ประกอบการหรือจากการศึกษาของที่ปรึกษาของอุตสาหกรรม แต่ถ้าข้อมูลดังกล่าวไม่น่าเชื่อถือคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมจะสอบถามยอดขายจากผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้องเพื่อคำนวณหาขนาดตลาดทั้งหมดและส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละราย<sup>342</sup> ปกติใช้ยอดขายในการคำนวณหาส่วนแบ่งตลาด แม้จะมีปัจจัยอื่นที่บ่งชี้ได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของสินค้าหรืออุตสาหกรรมที่พิจารณา เช่น ข้อมูลกำลังผลิต จำนวนผู้ประกอบการในตลาดการประมูล เป็นต้น<sup>343</sup> กฎง่ายๆ (rule of thumb) มักใช้ข้อมูลทั้งปริมาณขาย (volume sale) และ มูลค่าการขาย (value sale) ในกรณีที่สินค้าแตกต่างกันปกติมูลค่าการขายประกอบกับส่วนแบ่งตลาดจะถือว่าสะท้อนสถานะความแข็งแกร่งของผู้ประกอบการแต่ละราย<sup>344</sup>

การประเมินการมีอำนาจเหนือตลาด (dominance) ตามมาตรา 82 กับการรวมกิจการใช้หลักเกณฑ์แตกต่างกัน ซึ่งโดยทั่วไปจะอธิบายว่าแตกต่างที่วิธีการประเมินอำนาจเหนือตลาดจะพิจารณาการกระทำที่ได้กระทำไปแล้ว (backward) ส่วนการรวมกิจการเป็นการพิจารณาในอนาคต (forward) อย่างไรก็ตาม คำอธิบายดังกล่าวนี้ยังไม่เพียงพอที่จะแยกแยะได้<sup>345</sup>

การมีอำนาจเหนือตลาด (dominance) ถูกกำหนดโดยใช้วิธีเชิงปริมาณ (quantitative benchmarks) และเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งมีพื้นฐานมาจากแนวปฏิบัติการรวมกิจการของสหรัฐ

<sup>340</sup> Sullivan, Lawrence A. and Fikentscher, Wolfgang, "On the growth of the antitrust idea," Berkeley Journal Of International Law 16, p. 228.

<sup>341</sup> Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993). cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 13.

<sup>342</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5, [1998], III. para. 53.

<sup>343</sup> Ibid., III. para. 54.

<sup>344</sup> Ibid., III. para. 55.

<sup>345</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 219.

เป็นการพิจารณาการแข่งขันอย่างเป็นระบบ ซึ่งโดยกำหนดตลาดโดยพิจารณาจากการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์และนำไปสู่การประเมินได้อย่างถูกต้องว่าอำนาจเหนือตลาดหรือไม่<sup>346</sup>

ในทางตรงข้าม การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยกำหนดตลาดสินค้า ตลาดภูมิศาสตร์และตลาดฤดูกาลตามมาตรา 82 มักมีข้อบกพร่อง (flawed) ผลการตัดสินจะไม่มีการใช้วิธีการเชิงปริมาณ (quantitative methods) โดยเฉพาะตลาดที่มีแนวโน้มที่จะถูกกำหนดแคบอย่างมาก ทำให้พบว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดทั้งที่ความจริงไม่มีอำนาจตลาด<sup>347</sup>

แม้การวิเคราะห์การแข่งขันในสหภาพยุโรปจะนำวิธีการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์มาเป็นเครื่องมือประกอบการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า<sup>348</sup> ในโลกแห่งความเป็นจริงอาจแตกต่างจากข้อสันนิษฐานและรูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ ดังนั้น ในการพิจารณาจึงคำนึงถึงปัจจัยอื่นๆ ด้วย นอกจากโครงสร้างตลาด พฤติกรรมของหน่วยผลิต การกระทำและยังต้องคำนึงถึงผลกระทบสุดท้ายอุปสรรคในการเข้าและออกจากตลาด แม้ว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่อาจแยกออกจากเศรษฐศาสตร์ได้ เศรษฐศาสตร์มีความสำคัญต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างยิ่งโดยมุ่งให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ ส่งเสริมให้มีการค้นคว้าพัฒนาสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์มิได้แก้ปัญหาได้ถูกต้องเหมาะสมทุกกรณี<sup>349</sup> ดังนั้น คณะกรรมการจึงไม่ได้ให้ความสำคัญกับวิธีการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์มากนักอย่างในแนวปฏิบัติ (Guideline) ของสหรัฐอเมริกา<sup>350</sup>

ในทางปฏิบัติทดสอบว่าผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (the dominance test) ขึ้นอยู่กับการกำหนดตลาดและความสำคัญกับระดับส่วนแบ่งตลาดเป็นอย่างมาก การพิจารณาว่าควรที่จะใช้ส่วนแบ่งตลาดในระดับใดในการที่จะตัดสินว่ามีอำนาจตลาดนั้น สหภาพยุโรปจะใช้ส่วนแบ่งตลาดเพียงองค์ประกอบหลักในการตัดสิน<sup>351</sup> คณะกรรมการและศาลให้ความสำคัญกับส่วนแบ่งตลาดอย่างยิ่ง หากส่วนแบ่งตลาดนั้นอยู่ในเกณฑ์ที่สูงมากก็น่าจะมีอำนาจเหนือตลาดมาก และส่วนแบ่งตลาดที่เกินกว่า 50% ถือเป็นหลักฐานว่ามีอำนาจเหนือ<sup>352</sup>

<sup>346</sup> Ibid., p. 219.

<sup>347</sup> Ibid., p. 219.

<sup>348</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p.

32.

<sup>349</sup> Ibid., p. 45.

<sup>350</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 203.

<sup>351</sup> Arowolo, Oluseye, "Competition law application of the concept of barriers to entry under article 82 of ec treaty: Is there a case for review?," p. 12.

<sup>352</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 204 and Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 15.

คดี Hoffman-La Roche<sup>353</sup> บริษัท Hoffmann-La Roche จำเลยเป็นบริษัทขายวิตามินหลายชนิด ศาลพบว่าจำเลยมีส่วนแบ่งตลาดในตลาดวิตามินต่างๆ จำนวนมากอย่างเด่นชัด โดยพิจารณาทั้งมูลค่าและปริมาณเป็นระยะเวลาเกินกว่า 3 ปี โดยในคดีนี้ศาลถือว่า “ส่วนแบ่งตลาดในระดับที่สูงมาก (very large shares) ในตัวมันเองสามารถถือได้ว่าเป็นหลักฐานบ่งชี้ถึงการมีอำนาจเหนือตลาด” ซึ่งในคดีนี้คณะกรรมการฯ ใช้เกณฑ์ 50% ในการตัดสินการมีอำนาจเหนือตลาด เว้นแต่จะ “มีสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น (exceptional circumstances)” อย่างไรก็ตาม ศาลถือว่าส่วนแบ่งตลาดควรจะบ่งชี้อำนาจเหนือในตัวมันเองบางครั้ง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาปัจจัยด้านระยะเวลา (time-scale) ว่ามีอำนาจเหนือเป็นระยะเวลานาน (dominance requires power over time)<sup>354</sup> ซึ่งศาลได้แยกตลาดวิตามินเป็นหลายตลาดมีส่วนแบ่งตลาดดังนี้ 75-87% ซึ่งถือเป็นหลักฐานว่ามีอำนาจเหนือ (dominant position)<sup>355</sup> 84-90% ซึ่งพิสูจน์ว่ามีอำนาจเหนือ (dominant position)<sup>356</sup> 93-100% มีผลทำให้จำเลยเป็นผู้ผูกขาดตามความเป็นจริง<sup>357</sup> ส่วนในตลาดวิตามินชนิดอื่นที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำ เช่น 47%<sup>358</sup> 63-66%<sup>359</sup> 54%<sup>360</sup> ส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 75% พบว่ามีอำนาจเหนือแต่ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบด้วย<sup>361</sup> โดยศาลได้พิจารณาปัจจัยอื่นๆ โดยเฉพาะส่วนแบ่งตลาดของกลุ่มคู่แข่ง แล้วจึงตัดสินว่าจำเลยมีอำนาจเหนือ ศาลสรุปว่าบริษัทมีอำนาจเหนือ ซึ่งส่วนแบ่งตลาดของบริษัทอยู่ในช่วง 40-60% ของตลาด โดยบริษัทใช้อำนาจเหนือโดยมิชอบ (abuse of dominant position) โดยเข้าทำสัญญาซื้อเฉพาะราย (exclusive purchasing agreement) กับลูกค้าประจำโดยให้ส่วนลดหรือคืนเงิน (fidelity rebates or discounts) โดยมีเงื่อนไขว่าการได้รับข้อเรียกร้องทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของลูกค้าไม่ว่าปริมาณมากหรือน้อยจากผู้ประกอบการที่เป็นผู้มีอำนาจเหนือ<sup>362</sup>

ในคดี Hilti<sup>363</sup> และ Tetra Pak II<sup>364</sup> ศาลกล่าวเช่นเดียวกับคดี Hoffmann-La Roche ว่าส่วนแบ่งตลาด 70-80% และ 90% เป็นหลักฐานว่ามีสถานะอำนาจเหนือ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองคดีศาล

<sup>353</sup> Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, para. 41

<sup>354</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 340.

<sup>355</sup> Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, paras. 53-56 (Vitamin B2).

<sup>356</sup> *Ibid.*, paras. 59-60 (Vitamin B6).

<sup>357</sup> *Ibid.*, para. 67 (Vitamin H).

<sup>358</sup> *Ibid.*, paras. 50-52 (Vitamin A).

<sup>359</sup> *Ibid.*, paras. 61-63 (Vitamin C).

<sup>360</sup> *Ibid.*, paras. 64-66 (Vitamin C).

<sup>361</sup> *Ibid.*, para. 58.

<sup>362</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 37.

<sup>363</sup> Case T-30/89, Hilti v. Commission [1991] ECR II-1439, [1992] 4 CMLR 16, paras 91-94, upheld by the ECJ, Case C-53/92 P, Hilti v. Commission [1994] 4 CMLR 614 cited in Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 341.



กล่าวสั้นๆว่ามีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดสูงด้วย<sup>365</sup> ในคดี Michelin Nederlandsche ศาลตัดสินว่าบริษัทมีสถานะอำนาจเหนือ (dominant position) ซึ่งส่วนแบ่งตลาดของบริษัทอยู่ในช่วง 40-60% ของตลาด<sup>366</sup>

ทางปฏิบัติ คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมใช้เกณฑ์ว่าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาด 50% น่าจะมีอำนาจเหนือตลาด แต่ในบางกรณีแม้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 50% ประมาณ 40%-45% ก็อาจมีอำนาจเหนือตลาดได้<sup>367</sup> เช่น ในคดี Akzo Chemie<sup>368</sup> คดี the Virgin/British Airways<sup>369</sup>

เมื่อเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้วระบบกฎหมายในสหภาพยุโรปพบการมีอำนาจเหนือในระดับส่วนแบ่งตลาดที่ค่อนข้างต่ำกว่าสหรัฐฯ ส่วนแบ่งเกิน 65% เป็นการสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือซึ่งเกือบจะไม่สามารถหักล้างได้ (irrefutable) ส่วนแบ่งตลาดระหว่าง 40-45% สันนิษฐานว่ามีอำนาจตลาดแต่อาจพิสูจน์หักล้างได้ถ้ามีผู้ประกอบการอีกรายในตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเท่ากัน (equivalent) แม้มีส่วนแบ่งตลาดเพียง 20-40% แต่ไม่อาจชี้ชัด (Rule out) ว่ามีอำนาจเหนือหรือไม่อย่างไรก็ตามแทบจะไม่ต่ำกว่า (rarely below) 25% และต่ำกว่า 10% ไม่มีอำนาจตลาด<sup>370</sup>

<sup>364</sup> Case T-83/91, Tetra Pak International SA v. Commission [1994] ECR II-755, [1997] 4 CMLR 726, paras. 109-110, upheld by the ECJ, Case C-333/94P, Tetra Pak International SA v. Commission [1996] ECR I-5951, [1997] 4 CMLR 662 cited in Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 341.

<sup>365</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, EC competition law: text, case, and materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 341..

<sup>366</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 37.

<sup>367</sup> Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., p. 181 and Anzo Chemie v. Commission, [1991] ECR 1-3359, 5 CMLR 215 (1993) cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 15.

<sup>368</sup> Case C62/86, Akzo Chemie BV v. Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215.

<sup>369</sup> Case COMP/D-2/34.780, Virgin/British Airways, O.J. (L 30/1), February 4, 2000, On appeal the European Court of First Instance later upheld the Commission decision (Case T-219/99, British Airways plc v. Commission, Judgment of December 17, 2003).

<sup>370</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, pp. 8, 37, Bishop, Simon and Walker, Mike, The economics of E.C. competition law: concepts, application and measurement, 2<sup>nd</sup> ed., p. 181, Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 4, Fox, Eleanor M., "Competition Law," in International economic law, Lowenfeld, Andreas F., p. 358, และ วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," วารสารกฎหมาย 22, 1: 204, Anzo Chemie v. Commission, [1991] ECR 1-3359, 5 CMLR 215 (1993) cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," The Antitrust Bulletin 49, 1: 14-15.

ตารางที่ 4.2 ข้อสันนิษฐานจำนวนส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการในสหภาพยุโรป

จำนวนส่วนแบ่งตลาด	ข้อสันนิษฐาน
ถ้ามีส่วนแบ่งตลาด น้อยกว่า 25 %	ถือว่า ไม่มีอำนาจเหนือตลาด
ถ้ามีส่วนแบ่งตลาด ตั้งแต่ประมาณ 40 % ขึ้นไป จนถึงประมาณ 50 %	ถือว่า มีอำนาจเหนือตลาด แต่ยังไม่ถือเป็น ความผิดในทันทีที่อยู่ในข่ายที่อาจใช้อำนาจเหนือ ตลาดในการหาประโยชน์หรือใช้อำนาจในการ กำจัดคู่แข่งให้ออกไปจากตลาดได้ ต้องพิจารณา ประกอบกับหลักฐานอื่นๆ (เช่น ความสามารถในการ รักษาส่วนแบ่งตลาด ความสัมพันธ์ของส่วน แบ่งตลาดของตนกับคู่แข่ง ความสะดวกในการที่ คู่แข่งรายใหม่จะเข้ามาแย่งส่วนแบ่งตลาด)
ถ้ามีส่วนแบ่งตลาด มากกว่า 50 %	ถือว่า มีอำนาจเหนือตลาด

อย่างไรก็ตาม นอกจากจะใช้ส่วนแบ่งตลาดประเมินอำนาจเหนือตลาดแล้วยังต้องปัจจัย อื่น ที่บ่งชี้อำนาจเหนือ เช่น พิจารณาส่วนแบ่งตลาดของคู่แข่งด้วย ความแตกต่างของส่วนแบ่งตลาดของ จำเลยและคู่แข่งมีความสำคัญอย่างมาก<sup>371</sup> คณะกรรมการแข่งขันก็จะนำปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องมา พิจารณาด้วยคล้ายกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งปัจจัยที่อาจมีผลจำกัดความสามารถของผู้ประกอบการใน การที่จะขึ้นราคา ซึ่งประเด็นหนึ่งที่สำคัญมาก คือ สถานะทางตลาดปัจจุบันของผู้ประกอบการจะ ยาวนานเพียงใด ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าการเข้าสู่ตลาดและแม้แต่การรักษาการเข้าสู่ตลาดเป็น พฤติกรรมหลักโดยเฉพาะตลาดที่ถูกกำหนดโดยการคิดค้นนวัตกรรมใหม่ๆ<sup>372</sup> นอกจากนี้ทาง สหภาพยุโรปยังพิจารณาอำนาจเหนือตลาดโดยพิจารณาว่ามีพฤติกรรมกำจัดคู่แข่งเป็นหลักฐาน ยืนยันอำนาจเหนือตลาดได้ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบด้วย<sup>373</sup>

ในคดี United Brands<sup>374</sup> เมื่อส่วนแบ่งของผู้ประกอบการไม่มากมาย (overwhelming) อาจ ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ เช่น ส่วนแบ่งตลาด ความสัมพันธ์ของผู้นำตลาดกับคู่แข่ง ผู้ผลิตและ ผู้บริโภค ช่วงเวลา เทคโนโลยี และอุปสรรค คณะกรรมการคำเป็นธรรมพบว่าบริษัท United Brands

<sup>371</sup> Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 341..

<sup>372</sup> ริโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 204 and Kolasky, William J., "What is competition? a comparison of U.S. and European perspectives" *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 42-43.

<sup>373</sup> ริโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 204-205.

<sup>374</sup> United Brands Co. v. Commission, [1979] ECR. 207

มีสถานะอำนาจเหนือ มีส่วนแบ่งตลาด 45% ของตลาดกล้วยสุกในเบนเนลักซ์ เยอรมันตะวันตก เดนมาร์กและ ไอร์แลนด์<sup>375</sup>

ในคดี Michelin<sup>376</sup> ซึ่งคณะกรรมการแข่งขันได้กำหนดหลักฐานการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดโดยอาศัยเหตุผลจากการใช้วิธีการให้ส่วนลด (rebate) หรือระบบการจ่ายเงินคืนภายหลัง ภายใต้เงื่อนไขที่เข้าข่ายลักษณะเลือกปฏิบัติ (systematic discrimination) ตามหลักการที่ว่า การกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้น หรือในทางกลับกัน ถ้ามีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดแล้วก็ไม่สามารถกระทำได้<sup>377</sup>

#### 4.2.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป

##### คดี United Brands<sup>378</sup>

เป็นคดีที่กำหนดตลาดจากลักษณะสินค้าโดยบริษัท UBC (United Brands Co.) เป็นนิติบุคคลของประเทศสหรัฐ เป็นผู้ผลิตและจำหน่าย "กล้วยหอม" รายใหญ่ยี่ห้อ "Chiquita" ซึ่งได้รับการยอมรับจากผู้บริโภค ในปี 1974 มีส่วนแบ่งตลาดทั่วโลกประมาณ 35% โดยตั้งบริษัท UBCBV (United Brands Continental) (เนเธอร์แลนด์) เป็นบริษัทสาขาเพื่อนำเข้าและจำหน่ายกล้วยหอม ในสหภาพยุโรปและสามารถดำเนินการต่างๆ ได้อย่างอิสระโดยไม่คำนึงถึงคู่แข่ง

บริษัท UBCBV ถูกคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของสหภาพยุโรปกล่าวหาว่า UBCBV จำกัดสิทธิทางการค้าของผู้จัดจำหน่าย โดยบังคับให้จำหน่ายเฉพาะกล้วยหอมที่บ่มสุกแล้ว ห้ามขายกล้วยหอมยี่ห้ออื่นที่ไม่ใช่ยี่ห้อ Chiquita และกำหนดให้ขายกล้วยหอม Chiquita ได้ในเฉพาะในประเทศของตนเท่านั้น การเลือกปฏิบัติโดยกำหนดราคาขายกล้วยหอมในลักษณะแตกต่างกันระหว่างประเทศสมาชิกด้วยตนเอง การกำหนดราคาขายในระดับที่สูงเกินควร และปฏิเสธที่จะขายกล้วยหอม Chiquita ให้แก่บริษัท Olesen ผู้แปรรูปกล้วยหอมในประเทศเดนมาร์กโดยไม่มีเหตุสมควร เนื่องจากการที่ผู้ขายส่งหรือผู้ประกอบการแปรรูปดังกล่าวยอมให้คู่แข่งรายอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในแผนส่งเสริมการขายของบริษัท UBCBV

คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของสหภาพยุโรปถือว่าการกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ฝ่าฝืนมาตรา 82 (มาตรา 86 เดิม) ของ Treaty of Rome โดยคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของสหภาพยุโรปพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

##### 1) สถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด พิจารณาจาก

(1) ประเด็นตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market) ในคดีนี้ คือ ตลาดที่เกี่ยวข้องคือ ตลาดผลไม้สดทั้งหมดหรือเฉพาะกล้วยหอม โดย United Brands อ้างว่า ตลาดที่เกี่ยวข้องคือ ตลาดผลไม้สดทั้งหมด เนื่องจากผู้คนซื้อ แอปเปิ้ล ส้ม องุ่น พีช และสตอเบอรี่ทดแทน

<sup>375</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 37.

<sup>376</sup> *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission*, [1983] ECR. 3461.

<sup>377</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *วารสารกฎหมาย* 22, 1: 205.

<sup>378</sup> *Case 27/76 United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

กล้วยได้ แต่ศาลพบว่าความต้องการกล้วยหอมแตกต่างจากผลไม้สดชนิดอื่น เนื่องจากรสชาติและมีลักษณะเฉพาะของกล้วย (unique physical) ไม่มีเมล็ด เหมาะกับผู้บริโภคทุกวัย ปลูกง่าย นิยม (คนไม่มีฟันก็เคี้ยวได้) ซึ่งเป็นคุณสมบัติเฉพาะของกล้วยหอมที่มีอิทธิพลต่อความชอบของลูกค้า ไม่ว่าจะปรับราคาสูงขึ้นเพียงใดผลไม้ชนิดอื่นก็ไม่อาจทดแทนได้ การขึ้นราคากกล้วยไม่มีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนไปบริโภคผลไม้ชนิดอื่น จึงสรุปว่า ตลาดที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ คือ ตลาดกล้วยเท่านั้น ไม่รวมผลไม้สดอื่น ๆ ส่วนตลาดภูมิศาสตร์ของกล้วยในสหภาพยุโรปจำกัดขอบเขตเฉพาะพื้นที่ประเทศเยอรมันนี เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์ก เนื่องจากมีสภาวะการนำเข้า อัตราภาษีศุลกากร การจัดจำหน่ายเหมือนกัน ลักษณะของระบบเศรษฐกิจและประโยชน์ (functional and economic characteristics) และผลการศึกษาของ Food and Agriculture Organization: FAO พบว่าความยืดหยุ่นไขว้ระหว่างกล้วยและผลไม้สดชนิดอื่นต่ำ

(2) การมีอำนาจในตลาด (market power) จากการพิจารณาพบว่าบริษัท UBCBV สามารถควบคุมการค้ากล้วยได้ทั้งหมด รวมถึงการปลูก การบรรจุหีบห่อ การขนส่ง การบ่ม ตลอดจนจนถึง การจัดจำหน่ายอีกทั้งบริษัทฯ ยังเป็นผู้ขายกล้วยหอมรายใหญ่ที่สุดมีส่วนแบ่งตลาดประมาณ 40-45% ทำให้ผู้จัดจำหน่ายกล้วยหอมทุกรายจำเป็นต้องมีกล้วยหอมของบริษัท UBCBV เพื่อสนองความต้องการของผู้บริโภค ปัจจัยสำคัญที่ทำให้บริษัทสามารถดำรงสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ ส่วนหนึ่งเป็นเพราะมีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่สูง เนื่องจากต้องมีการลงทุนจำนวนมาก (ต้นทุนจม)

2) การใช้สถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ คณะกรรมการค้าเป็นธรรมพบว่าบริษัท UBCBV กระทำการดังนี้

(1) บังคับให้ผู้จัดจำหน่ายในประเทศเยอรมันนี เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์กต้องจำหน่ายกล้วยที่บ่มสุกแล้วเท่านั้น ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการจำกัดการแข่งขันในตลาดทำให้มีอำนาจเหนือตลาดแข็งแกร่งขึ้น โดยสามารถควบคุมการจำหน่ายกล้วยหอมได้ทั้งหมด

(2) กำหนดราคาขายแตกต่างกันให้แก่ลูกค้าคนละกลุ่มในประเทศต่าง ๆ แม้มีต้นทุนในการขนส่งไม่แตกต่างกัน เช่น ลูกค้าในเยอรมันนี เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์ก จะซื้อกล้วยในราคาสูงกว่าที่ขายในไอร์แลนด์ถึง 80% และบางครั้งอาจมีราคาสูงกว่าเกือบ 100%

(3) การกำหนดราคาขายสูงเกินไปเมื่อเทียบกับต้นทุนการผลิตและจำหน่าย

(4) ปฏิเสธที่จะขายกล้วยหอมให้บริษัท Olesen เนื่องจากบริษัท Olesen เข้าร่วมโฆษณาขายกล้วยหอมยี่ห้อ "โดวี" ซึ่งเป็นบริษัทคู่แข่งของบริษัท UBCBV ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัท Olesen ประสบการณ์ขาดทุนอย่างมากถือว่าเป็นการแทรกแซง การดำเนินธุรกิจของบริษัท Olesen

การตัดสินของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม คณะกรรมการฯ สั่งปรับบริษัท UBCBV เป็นจำนวนเงิน 3.6 ล้านกิลเดอร์เนเธอร์แลนด์ และสั่งให้บริษัท UBCBV ยุติพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนทันที พร้อมทั้งยังสั่งให้บริษัทแจ้งผู้จัดจำหน่ายในเยอรมันนี เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ และ



ลักเซมเบิร์ก ให้ทราบว่าบริษัทได้ยุติพฤติกรรมการจำกัดสิทธิทางการค้าแล้ว พร้อมทั้งแจ้งให้คณะกรรมการขอรบถึงการดำเนินการดังกล่าวรวมทั้งแจ้งราคาขายกล้วยหอมในประเทศต่างดังกล่าวข้างต้นให้คณะกรรมการขอรบปีละ 2 ครั้ง

บริษัท UBCBV อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์โดยศาลไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะกรรมการขอรบในเรื่องการกำหนดราคาขายโดยเชื่อว่าราคาของกล้วยเป็นไปตามกลไกตลาด การตั้งราคาที่แตกต่างกันไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากราคาขึ้นอยู่กับสภาพอากาศและมีผลไม่ตามฤดูกาลออกมาแข่งขัน โดยศาลเห็นด้วยกับคณะกรรมการขอรบเกี่ยวกับพฤติกรรมต่างๆของบริษัท UBCBV และศาลลดค่าปรับลง

#### คดี Neslie/Pereier<sup>379</sup>

คู่ความโต้แย้งกันว่านอกจากน้ำบรรจุขวด (bottled water) แล้วตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องรวมเครื่องดื่มไม่ผสมแอลกอฮอล์ (non-alcoholic) ทั้งหมดซึ่งสินค้าทั้งหมดในตลาดมีหน้าที่เหมือนกัน (same base function) กล่าวคือ แกักระหาย (thirst) อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการแสดงให้เห็นว่าข้อต่อสู้ไม่มีเหตุผล (arbitrary) อย่างไร คณะกรรมการกล่าวว่าขึ้นอยู่กับ การซื้อน้ำขวดของผู้บริโภคว่าซื้อเพื่อแกักระหาย (quench) ไม่ได้ซื้อเพื่อรักษาสุขภาพ (health source) หรือไม่เติมน้ำหวาน (unsweetened) ในประเด็นนี้ น้ำดื่ม (soft-drink) จึงถูกแยกออกไป อย่างไรก็ตาม การกำหนดตลาดอาจรวมถึงน้ำประปา (purified tap-water) ซึ่งหมายถึงว่า น้ำอัดลม Coca-Cola ที่บรรจุขวดอาจเป็นน้ำเปล่ามาก่อนแล้วค่อยนำมาเติมน้ำตาล (syrup) และอัดแก๊ส (bubbles)

ศาลกำหนดตลาดโดยอ้างการแกักระหาย น้ำดื่มเพื่อสุขภาพ มีแร่ธาตุตามธรรมชาติ น้ำแร่ทดแทนน้ำดื่มชนิดอื่น ๆ หรือไม่ ศาลกำหนดตลาดอย่างแคบแล้วค่อยๆ เพิ่มสินค้าอื่นโดยเลือกลักษณะสินค้าและความมุ่งหมายในการใช้ ซึ่งปัจจัยสำคัญคือลักษณะสินค้าที่แตกต่างกัน

#### คดี Continental Can<sup>380</sup>

คดีนี้เป็นคดีกำหนดตลาดโดยพิจารณาโครงสร้างอุปสงค์และอุปทาน ศาลถือว่าตลาดต้องกำหนดจากทั้งด้านการทดแทนด้านอุปสงค์และอุปทาน ถ้าผู้ประกอบการสามารถเปลี่ยนการผลิตไปผลิตสินค้าอีกชนิดหนึ่งได้ง่าย ถือว่าสินค้าทั้ง 2 นั้นอยู่ในตลาดเดียวกัน ในคดีนี้คณะกรรมการพบตลาด 3 ตลาดที่ประกอบด้วยกระป๋องโลหะประเภทต่างๆที่ใช้บรรจุอาหาร (different types of metal containers for food packaging)

1. ตลาดกระป๋องบรรจุเนื้อ (market for light containers for canned meat product)
2. ตลาดกระป๋องบรรจุอาหารทะเล (market for light containers for canned seafood)
3. ตลาดของฝาโลหะในอุตสาหกรรมบรรจุอาหาร (market for metal closures for the food packing industry, other than crown corks)

<sup>379</sup> Neslie/Pereier [OJ [1992] L 351/1 [1993] CMLR M 17,]

<sup>380</sup> Case 6/72, Europemballage Corp & Continental Can Co. Inc. v. Commission [1973] E.C.R.

ทั้งสามตลาดไม่ใช่ตลาดเดียวกัน เพราะ กระจ่างแต่ละประเภทถูกผลิตเพื่อใช้บรรจุอาหารที่แตกต่างกัน โดยมีเทคโนโลยีในการผลิตแตกต่างกัน ลักษณะของกระจ่างก็ขึ้นอยู่กับอาหารแต่ละประเภท

#### คดี Michelin<sup>381</sup>

คณะกรรมการฯ เห็นว่ายางรถยนต์ขนาดใหญ่ที่ผลิตขึ้นใหม่และยางหล่อดอกเป็นคนละตลาดกัน และด้านอุปทานของยางรถยนต์ขนาดใหญ่ต่อผู้ผลิตรถยนต์เป็นอุปสรรคหลักแยกจากตลาดผู้จัดจำหน่ายยางอะไหล่

ศาลกำหนดตลาดขึ้นตามคณะกรรมการฯ โดยพิจารณาโครงสร้างของอุปสงค์และอุปทาน และถือว่า Michelin เป็นผู้นำตลาดยางรถบรรทุก รถโดยสารและยานพาหนะอื่น ๆ หรือไม่ การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องอาจประเมินสถานะที่จะป้องกันมิให้มีการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพ โดยศาลพิจารณาการทดแทนด้านอุปสงค์ ยางรถยนต์ขนาดใหญ่กับยางรถยนต์ขนาดเล็กทั้ง 2 ประเภทมีรูปร่างลักษณะและขนาดแตกต่างกัน การใช้ทดแทนกันถูกจำกัดด้วยขนาดของยาง ยางรถยนต์ขนาดใหญ่และยางรถยนต์ขนาดเล็กใช้เทคโนโลยีการผลิตแตกต่างกัน และยางที่ผลิตขึ้นใหม่ของรถยนต์ขนาดใหญ่ และยางหล่อดอก (retreads) ซึ่งเป็นยางอะไหล่ของคนละตลาดกัน เครื่องจักรที่ใช้ผลิตยางใหม่และยางหล่อดอกแตกต่างกันและมีเทคโนโลยีการผลิตและลักษณะของยางแตกต่างกัน และพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานระหว่างยางรถยนต์ขนาดใหญ่กับยางรถยนต์ขนาดเล็กโดยพิจารณาด้านทุนและวิธีการผลิต ซึ่งศาลพบว่าเนื่องจากโรงงานและเครื่องมือที่ใช้ในการผลิตยางสำหรับรถที่มีน้ำหนักมาก (รถบรรทุก รถโดยสาร) กับรถยนต์ส่วนบุคคลนั้นต่างกันมาก ผู้ผลิตจำเป็นต้องใช้เวลาและต้องลงทุนเป็นจำนวนมากเพื่อเปลี่ยนไปผลิตยางอีกขนาดหนึ่ง ศาลจึงถือว่ายางทั้ง 2 ประเภทอยู่คนละตลาดกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลยอมรับว่ายางทั้งสองประเภทไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ แต่อยู่ในตลาดเดียวกัน โดยศาลเน้นทั้งแตกต่างในการเปลี่ยนแปลงของธุรกรรม (dynamics of the transaction) ศาลยอมรับว่ายางรถยนต์ขนาดใหญ่แต่ละประเภทแตกต่างกัน แม้จะไม่ทดแทนกันได้ อยู่ในตลาดเดียวกัน เพราะตัวแทนจำหน่าย (dealer) เก็บรักษายางและสภาพการแข่งขันของยางทุกประเภททุกขนาดเหมือนกันในคดี Michelin ศาลเน้นโครงสร้างอุปสงค์และอุปทานสำหรับยางอะไหล่ที่ผลิตขึ้นใหม่และยางหล่อดอกที่แตกต่างกัน และการกีดกันคู่แข่งขึ้นถือเป็นหลักฐานยืนยันอำนาจเหนือตลาดได้ การใช้วิธีการจ่ายเงินคืน (rebate) ในภายหลังภายใต้เงื่อนไขที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ (systematic discrimination)

<sup>381</sup> Case 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, [1983] E.C.R. 3461, [1985] 1 CMLR 282 para. 41.

### คดี Hoffmann-La Roche<sup>382</sup>

ในคดีนี้บริษัท Hoffmann-La Roche ถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจตลาดในตลาดวิตามินต่างๆ หลายตลาด ศาลกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาจากประโยชน์เฉพาะอย่าง (distinct use) คือ วิตามินทุกชนิดจะมี anti-oxidant เป็นส่วนผสมอยู่ แต่เฉพาะวิตามิน C และ E เท่านั้นที่มี bio-nutritive ผสมด้วย

ศาลให้ความสำคัญประโยชน์เฉพาะอย่าง (specific use) ของ bio-nutritive ซึ่งไม่อาจใช้ anti-oxidant มาทดแทนกันได้โดยพิจารณาทั้งโครงสร้างและสภาพการแข่งขันจึงถือเป็นคนละตลาดกัน ได้แก่ ตลาดวิตามินที่มี bio-nutritive ซึ่งประกอบด้วย วิตามิน C และ E ซึ่งมีประโยชน์เฉพาะทาง 2 อย่างคือ 1. มี bio-nutritive และ anti-oxidant ซึ่งไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ และ 2. ตลาดวิตามินอื่นๆที่ไม่มี bio-nutritive โดย Hoffmann-La Roche อ้างว่าเนื่องจากทั้งวิตามิน C และ E และวิตามินอื่นๆอาจใช้เพื่อ anti-oxidant ได้ดังนั้น วิตามิน C และ E อยู่ในตลาดเดียวกับวิตามินอื่นๆที่ใช้ anti-oxidant ด้วย ดังนั้น ตลาดในคดีนี้จึงได้แก่วิตามินทุกชนิด

ศาลตัดสินว่าข้อตกลงให้ส่วนลด fidelity rebates ระหว่างคู่ค้าเพื่อให้ลูกค้าซื้อสินค้าจากผู้ขายและไม่ซื้อสินค้าจากคู่แข่งอื่น ขัดต่อมาตรา 82 (มาตรา 86 EC เดิม) เนื่องจากมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. บริษัทผู้ซื้อถูกผูกมัด (ties purchasers) โดยสัญญาว่าจะซื้อสินค้าที่ต้องการทั้งหมดหรือส่วนใหญ่จากผู้ซื้อ
2. ส่วนลดที่ให้มิได้ผูกกับปริมาณสินค้า (volume rebates) แต่ให้ส่วนลดเพื่อตอบแทนความซื่อสัตย์ของผู้ซื้อผูกมัดตนตามสัญญา (fidelity rebates)
3. ส่วนลดที่ให้สำหรับสินค้าชนิดหนึ่งจะคิดคำนวณส่วนลดรวมกับการซื้อสินค้าอีกชนิดหนึ่ง (across-the-board rebates)
4. มีข้อตกลงที่ผูกมัดผู้ซื้อต้องแจ้งให้บริษัท Hoffmann-La Roche ผู้ขายทราบถึงข้อเสนอที่ดีกว่าจากผู้ขายรายอื่น และหากผู้ขายไม่สามารถลดราคาให้เท่ากับข้อเสนอของผู้ขายรายอื่นนั้น ผู้ซื้อจึงจะมีสิทธิที่จะซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นโดยไม่เสียสิทธิที่จะได้รับส่วนลดจากการค้าขายระหว่างกันต่อไป

จากการกระทำดังกล่าวมาข้างต้น ศาลจึงตัดสินว่า บริษัท Hoffmann-La Roche ใช้อำนาจในทางมิชอบ กล่าวคือ ใช้เงื่อนไขที่ไม่เหมือนกันเพื่อทำการค้าขายกับฝ่ายอื่นที่อยู่ในฐานะเหมือนกัน ซึ่งการกระทำเช่นนั้นทำให้ฝ่ายอื่นดังกล่าวเสียผลประโยชน์ในการแข่งขัน

<sup>382</sup> Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR

### คดี Akzo<sup>383</sup>

ความสามารถในการทดแทนและการใช้ประโยชน์ที่หลากหลายโดยในปี 1991 บริษัท Akzo (เนเธอร์แลนด์) เป็นบริษัทผลิตสารเคมีที่ใหญ่ร่วมมือกับบริษัทลูก โดยพยายามขยายส่วนแบ่งตลาดของตนในประเทศอังกฤษโดยใช้วิธีการขายต่ำกว่าทุน บริษัท Akzo Chemie มีอำนาจเหนือตลาด organic peroxides ซึ่งใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง (multiple uses) organic peroxides นำไปใช้ในการผลิต polymer ซึ่งในนำไปใช้บางอย่างอาจถูกจำกัดการทดแทน organic peroxides ส่วนใหญ่ benzoyl peroxide อาจถูกใช้ bleaching agent ใน flour-milling ใน UK และ ไอร์แลนด์ Akzo รู้ว่าตลาดที่เกี่ยวข้องอาจจะพิจารณาเป็น flour additives ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดต่ำ คณะกรรมการฯ พบว่าตลาดที่เกี่ยวข้อง คือ ตลาด organic peroxides ทั้งหมด เนื่องจาก Akzo เน้นการผลิตในภาคธุรกิจ polymer บริษัท Akzo มีส่วนแบ่งตลาด peroxides 50% ศาลถือว่าการกำหนดตลาดของ คณะกรรมการฯ เนื่องจากพฤติกรรมของ Akzo ตั้งราคาต่ำในภาคธุรกิจ flour-milling เพื่อปกป้องสถานะของตนในภาคธุรกิจ polymer และเอกสารภายในของ Akzo แสดงว่าผู้ประกอบการรักษาดตลาดเป็นตลาดเดียว

ศาลตัดสินว่า Akzo ผ่าฝืนมาตรา 82 ศาลสหภาพยุโรปถือว่า ส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50% ถือเป็นหลักฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด

### คดี Hugin<sup>384</sup>

กำหนดตลาดจากตลาดหลังการขายบริษัท Hugin ซึ่งผลิตและจำหน่ายเครื่อง cash register และอะไหล่ของ cash register ปัญหาในคดีนี้คือ ตลาดที่เกี่ยวข้องในคดีนี้เป็นตลาดอะไหล่ของ Hugin หรืออะไหล่ของผู้ประกอบการทุยี่ห้อในตลาดรวมถึง Hugin ด้วย

Hugin มีส่วนแบ่งตลาดในประชาคมยุโรป 12% หลังจากขายก็ให้บริการซ่อมบำรุงโดยบริษัทตัวแทนในท้องถิ่นและผู้จัดจำหน่ายในกลุ่มประเทศสมาชิก ตั้งแต่ตุลาคม 1972 Hugin ตัดสินใจเลิกผลิตเครื่องและอะไหล่ให้กับบริษัท Lipton บริษัทขนาดเล็กที่อยู่ด้านตะวันออกเฉียงใต้ของเกาะอังกฤษซึ่งขาย ให้เช่า ซ่อม บริการและแก้ไขเครื่อง cash register รวมถึงเครื่องของ Hugin ด้วย เมื่อไม่มีอะไหล่ Lipton จึงไม่สามารถซ่อมเครื่องของ Hugin ต่อไปได้ Lipton จึงฟ้องและคณะกรรมการตัดสินโดยถือว่า Hugin ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในตลาดอะไหล่ คณะกรรมการฯ และศาลถือว่าตลาดที่เกี่ยวข้องในคดีนี้เป็นตลาดอย่างแคบ คือ เฉพาะชิ้นส่วนอะไหล่ของ Hugin เท่านั้น (one brand of spare parts) ซึ่งเป็นชิ้นส่วนที่ผู้รับซ่อมมีอิสระต้องการจึงอาจถือเป็นตลาดสินค้าต่างหาก (separate product market) ตามมาตรา 82<sup>385</sup> เนื่องจากผู้ใช้ไม่สามารถใช้อะไหล่อื่นใดกับเครื่องของ Hugin ได้ Hugin เป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนที่ใช้กับเครื่อง cash register ของ

<sup>383</sup> Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215

<sup>384</sup> Case 22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v. Commission [1979] ECR 1869, [1979] 3 CMLR 345.

<sup>385</sup> Jones, Alison and Sufirin, Brenda, *EC competition law: text, case, and materials*, 2<sup>nd</sup> ed., p.



Hugin เพียงรายเดียวเท่านั้นและต้องใช้บริการทางเทคนิคของ Hugin โดยมูลค่าของอะไหล่คิดเป็นสัดส่วนต่ำ เมื่อเทียบกับค่าซ่อมบำรุงของ Hugin จึงถือว่ามีอำนาจเหนือตลาดในตลาดชิ้นส่วนอะไหล่ดังกล่าว

### คดี Virgin/British Airways<sup>386</sup>

คณะกรรมการฯ ถือว่า British Airways ใช้อำนาจจากสถานะครอบงำโดยมิชอบอันเป็นการฝ่าฝืน มาตรา 82 ของ the EC Treaty จากการสอบสวนแผนธุรกิจในเรื่องข้อพิพาทว่า British Airways กำหนดให้ตัวแทน (agent) ในสหราชอาณาจักรตั้งราคาตั๋วเครื่องบินเพื่อส่งเสริมการขาย ขั้นสูง 9% สำหรับเที่ยวบินระหว่างประเทศและ 7.5% สำหรับเที่ยวบินในประเทศ ตัวแทนสายการบิน (travel agent) อาจได้รับรางวัลและโบนัสอื่น ๆ รวมทั้งเงินอุดหนุนจาก British Airways เพื่อทำตลาดและฝึกอบรมพนักงาน ซึ่งแผนดังกล่าวมีรูปแบบเป็นรางวัลต่อปี (year-by-year) ยอดขายของ British Airways ที่เพิ่มขึ้นโดยตัวแทนสายการบิน และจ่ายเงินรางวัลให้ยอดขายตัวทั้งหมดที่ขายได้ตามเป้าที่กำหนด และไม่เฉพาะแต่กำไรที่ขายเกินเป้าที่กำหนด (ซึ่งในสหรัฐเรียก back-to-dollar-one provisions) British Airways เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ (the major player) ปี 1997 เที่ยวบินในอังกฤษมีส่วนแบ่งช่อง (slot) ที่ไปยังสนามบิน London Heathrow ซึ่งเป็นสนามบินหลักของสหราชอาณาจักรทั้งหมด 40% และมีเส้นทางระหว่างประเทศทั้งหมดที่สนามบิน London Heathrow เกือบ 60% ในปี 1998 British Airways มีส่วนแบ่งจากยอดขายในสหราชอาณาจักรคิดเป็นประมาณ 40% ส่วน Virgin Atlantic เป็นสายการบินสหราชอาณาจักรที่เล็กกว่า ในช่วงทศวรรษ 1990 Virgin Atlantic เริ่มขยายเส้นทางการบินระหว่างประเทศจากสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา โดยในปี 1997 Virgin Atlantic มีเส้นทางข้ามมหาสมุทรแอตแลนติกจากสนามบิน London Heathrow 6 เส้นทาง มีช่องสนามบิน (airport's slot) 2% และมีส่วนแบ่งยอดขายในตลาดสายการบินในสหราชอาณาจักร 5.5%

ในปี 1993 Virgin Atlantic ได้ฟ้องต่อคณะกรรมการสหภาพยุโรปโดย Virgin Atlantic อ้างว่า British Airways ใช้แผนธุรกิจในเรื่องข้อพิพาท (foreclose) และ ขัดขวางการเติบโตของ Virgin Atlantic คณะกรรมการสหภาพยุโรป (the European Commission) ให้ความสำคัญกับรายละเอียดการกำหนดระบบธุรกิจในเรื่องข้อพิพาทของ British Airways เกี่ยวกับปฏิบัติการของการจับใจทำให้ตัวแทนสายการบินผู้ขายได้ตามเป้า ทำให้มีส่วนต่างมากกว่าสายการบินคู่แข่ง คณะกรรมการฯ พิจารณาตามหลักที่ศาลในคดี Hoffmann-La Roche และ Michelin วางหลักไว้ว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือเพียงแต่ได้รับอนุญาตเพื่อที่จะให้ส่วนลดซึ่งสัมพันธ์กับประสิทธิภาพ เช่น ประหยัดต้นทุนจากการสั่งซื้อจำนวนมาก แต่ไม่สนับสนุนให้จงรักภักดี ซึ่งในสหภาพยุโรป ห้ามสร้างระบบจงรักภักดีและถือเป็นใน

<sup>386</sup> Case COMP/D-2/34.780, Virgin/British Airways, O.J. (L 30/1), February 4, 2000, On appeal the European Court of First Instance later upheld the Commission decision (Case T-219/99, British Airways plc v. Commission, Judgment of December 17, 2003) cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, "Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?," *The Antitrust Bulletin* 49, 1: 3.

ความผิดตัวเอง per se คณะกรรมการฯ แจ้ง “British Airways โดยประวัติมีอำนาจในตลาดตัวแทนบริการเดินทางทางอากาศ (ตลาดที่เกี่ยวข้องถูกกำหนดโดยคณะกรรมการ) ขณะที่ตลาดเดินทางทางอากาศสหราชอาณาจักรถูกคุกคามจากคู่แข่งรายใหม่ๆ และการลดกฎระเบียบที่กีดกันการแข่งขัน British Airways ใช้ระบบกรรมการเพื่อที่จะให้รางวัลความซื่อสัตย์โดยตรง ตัวแทนสายการบินถูกกระตุ้นเพื่อคงความซื่อสัตย์ต่อ British Airways มากกว่าที่จะขายบริการการเดินทางให้คู่แข่งของ British Airways โดยการให้สิ่งจูงใจเพื่อรักษา หรือเพิ่มการขายตัวของ British Airways ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับยอดขายที่แน่นอน ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงถือว่า British Airways มีอำนาจเหนือตลาดเหนือผู้ซื้อบริการจากตัวแทนสายการบินโดยผิดกฎหมาย<sup>387</sup>

คณะกรรมการฯ พบว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดเป็นการเลือกปฏิบัติต่อตัวแทนโดยมิชอบ เช่น ตัวแทนที่ไม่มีคุณสมบัติพอคณะกรรมการที่สูงกว่าของ British Airways จะไม่ได้รับการสนใจอย่างเพียงพอ คณะกรรมการฯ อ้างหลักกฎหมายอีกหลักในคดีสหภาพยุโรปให้ชื่อว่าผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมีภาระที่จะไม่เลือกปฏิบัติ คือไม่สามารถใช้เงื่อนไขแตกต่างเพื่อการดำเนินการอย่างเดียวกันกับผู้บริโภคที่ต่างกัน<sup>388</sup> คณะกรรมการสหภาพยุโรป (the European Commission) ถือว่า British Airways ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบอันเป็นการฝ่าฝืน มาตรา 82 ของ the EC Treaty

<sup>387</sup> As the Commission put it: BA has historically enjoyed a powerful position on the United Kingdom market for air travel. Which had led to its dominant position in the market for air travel agency services [the relevant market defined by the commission]. As this powerful position on the United Kingdom market for air travel comes under threat from new entrants and the removal of regulatory barriers to competition, BA is using its commission scheme to directly reward loyalty. Travel agents are encouraged to remain loyal to BA rather than to sell their services to competitors of BA by being given incentive to maintain or increase their sales of BA tickets which do not depend on the absolute size of those sales. Such commission scheme carried out by a firm enjoying a dominant position as a purchaser of services from travel agent are illegal, regardless of any possibility for the travel agent or competing air lines to minimize or avoid their effects. Virgin/British Airways note 4, at 102 cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, “Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?,” The Antitrust Bulletin 49, 1: 5-6.

<sup>388</sup> This principle had been applied earlier in Commission Decision 97/1315/EC, Irish Sugar plc, O.J. (L 258), Sept, 9, 1997. cited in Niels, Gunnar and Kate, Adriaan ten, “Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?,” The Antitrust Bulletin 49, 1: 6.

### 4.3 ประเทศญี่ปุ่น

#### 4.3.1 การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาดของประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายแบ่งการกระทำที่ถือเป็นความผิดเป็น 3 ประเภทหลัก<sup>389</sup> คือ

- 1) การผูกขาดเอกชน (private monopolization)
- 2) การรวมหัวกัน (cartel) หรือการจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุสมควร (unreasonable restraint of trade) และ
- 3) การปฏิบัติทางธุรกิจอันไม่เป็นธรรม (unfair business practices)

ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดเท่านั้นซึ่งเกี่ยวข้องกับ 2 หลักเกณฑ์ คือ

- 1) หลักเกณฑ์แรก เป็นการควบคุมพฤติกรรมห้ามการผูกขาดเอกชน และ
- 2) หลักเกณฑ์ที่สอง เป็นการควบคุมโครงสร้างตลาดในสถานการณ์ผูกขาด

ซึ่งทั้งการผูกขาดเอกชนและสถานการณ์ผูกขาดถือเป็นความชั่วร้ายในระบบเศรษฐกิจของญี่ปุ่น<sup>390</sup>

**4.3.1.1 ห้ามการผูกขาดเอกชน (private monopolization) หรือภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า "shiteki dokusen"**<sup>391</sup> เป็นการควบคุมพฤติกรรม (conduct control) ของผู้ประกอบการโดยตรง<sup>392</sup> ตามมาตรา 2 (5) รับแนวคิดมาจากสหรัฐอเมริกา<sup>393</sup> มีความหมายใกล้เคียงกับ "monopolization" ในมาตรา 2 ของ the Sherman Act และ "the abuse of dominant position" ตามมาตรา 82 ของ the Treaty of Rome แต่ญี่ปุ่นเพิ่มคำว่า "private" เข้ามาด้วย ซึ่งมีผู้เห็นว่าน่าจะเป็นเพราะไม่ต้องการให้เกิดความสับสนระหว่างการผูกขาดโดยรัฐ และการผูกขาดโดยเอกชนมากกว่า<sup>394</sup> ซึ่งในมาตรา 3 มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจาก the Sherman Act ของสหรัฐฯ และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของ

<sup>389</sup> Matsushita, Mitsuo, "Competition law: Introduction to Japanese antimonopoly law," in *Comparative law: Law and the legal process in Japan*, Port, Kenneth L. (North Carolina: Carolina Academic Press, 1996), p. 401.

<sup>390</sup> Ariga, Michiko, *Competition Laws of the Pacific Rim: Japan at JAP S 4.02 (1991)*, Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, *The Antimonopoly Laws of Japan 11 (1983)*, at 41 and Mitsuo Matsushita, *Introduction to Japanese Antimonopoly Law 2 (1990)*, at 5 cited in Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 173.

<sup>391</sup> Haley, John O., *Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947-1988*, (United States: University of Washington Press, 2001), p. 72.

<sup>392</sup> Matsushita, Mitsuo, *International trade and competition law in Japan*, (United States: Oxford University Press, 1993), p. 116-117.

<sup>393</sup> Haley, John O., *Antitrust in Germany and Japan: the first fifty years, 1947-1988*, p. 73.

<sup>394</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," *เอกสารประกอบการสอน วิชา กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ชุดที่ 2 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ภาคการศึกษาปลาย (ปี การศึกษา 2544): 31-32. (เอกสารอัดสำเนา)*

สหภาพยุโรป (the Treaty of Rome) กล่าวคือ มาตรา 3 บัญญัติการกระทำความผิดทั้งการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าและการใช้อำนาจการผูกขาดอยู่ในมาตราเดียวกัน แต่แยกคำจำกัดความระหว่างการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันทางการค้าและอำนาจการผูกขาดไว้ในมาตรา 2 (5) และมาตรา 2 (6) ตามลำดับ<sup>395</sup>

คำจำกัดความของการผูกขาดเอกชนอยู่ในมาตรา 2 (5)<sup>\*\*</sup> และมีกฎหมายห้ามไว้ในมาตรา 3<sup>\*\*\*</sup> เป็นที่ห้ามการผูกขาดเอกชนและการจำกัดการแข่งขันโดยไม่มีเหตุสมควร

การห้ามผูกขาดเอกชนพิจารณาเฉพาะการกระทำโดยที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับสถานะการมีอำนาจเหนือตลาด (dominant market position) ของตัวผู้ประกอบการ ดังนั้น กฎหมายจึงไม่กล่าวถึงลักษณะของผู้ประกอบการหลายหนึ่งหรือผู้ประกอบการรายใหญ่ 2-3 รายที่มีสถานะการผูกขาด (the natural monopoly position) โดยทั่วไปกฎหมายมุ่งห้ามพฤติกรรมซึ่งอาจถือว่าเป็นการทำให้เกิดการผูกขาดโดยพิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่เป็นการควบคุมหรือกำจัดผู้ประกอบการรายอื่นเพื่อได้มา รักษาฐานะผูกขาดหรือทำให้ฐานะการผูกขาดแข็งแกร่งมากขึ้น<sup>396</sup>

การผูกขาดเอกชน หมายความว่า กิจกรรมทางธุรกิจที่มีผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายราย รวมกันหรือวางแผนร่วมกันกีดกันผู้ประกอบการออกไปจากตลาด หรือควบคุมกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากและขัดต่อประโยชน์สาธารณะในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง ซึ่งการผูกขาดเอกชนมีองค์ประกอบดังนี้

Section 2 [Definitions]

"(6) The term "unreasonable restraint of trade" as used in this Act shall mean such business activities, by which any entrepreneur, by contract, agreement or any other concerted actions, irrespective of its names, with other entrepreneurs, mutually restrict or conduct their business activities in such a manner as to fix, maintain, or increase prices, or to limit production, technology, products, facilities, or transaction counterparties, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade."

<sup>395</sup> วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์, "อำนาจการผูกขาด (Monopolization)," เอกสารประกอบการสอน วิชา กฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ชุดที่ 2 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ภาคการศึกษาปลาย (ปีการศึกษา 2544): 31. (เอกสารอัดสำเนา)

\*\* Section 2 [Definitions]

"(5) The term "private monopolization" as used in this Act shall mean such business activities, by which any entrepreneur, individually or by combination or conspiracy with other entrepreneurs, or by any other manner, excludes or controls the business activities of other entrepreneurs, thereby causing, contrary to the public interest, a substantial restraint of competition in any particular field of trade."

\*\*\* Section 3 [Prohibition of private monopolization or unreasonable restraint of trade] No entrepreneur shall effect private monopolization or unreasonable restraint of trade

<sup>396</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, (United States: Federal Legal Publication, 1994), p. 100, Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, (Singapore: KHL, 1996), p. 238 and Koutani, Kiyofumi, "Private Monopolization/Corporate Combination," p. 2.



1) ผู้ประกอบการ ในกฎหมายไม่ได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าผู้ที่จะทำการผูกขาดได้ต้องมีอำนาจเศรษฐกิจในรูปของส่วนแบ่งตลาดและขนาดของสินทรัพย์มากเพียงใด แต่เป็นไปได้ที่ผู้ประกอบการรายเล็กหรือผู้ที่อ่อนแอจะกีดกันหรือควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการอื่นและทำให้การแข่งขันในตลาดลดลงได้ ดังนั้น ผู้ที่จะทำการผูกขาดได้จึงต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจ โดยอาจมีส่วนแบ่งมากหรือมีอำนาจอย่างอื่นที่ทำให้ผูกขาดได้<sup>397</sup> กล่าวคือ มีอำนาจเหนือตลาดหรือมีอำนาจตลาดอย่างมาก<sup>398</sup> ซึ่งมักเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการที่แข็งแกร่ง (strong enterprise) กับผู้ประกอบการที่อ่อนแอ (weak enterprise)<sup>399</sup> และอาจกระทำโดยผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายก็ได้

2) การกีดกัน (excludes) หรือการควบคุม (controls) กฎหมายไม่ได้อธิบายว่าการกีดกันได้แก่วิธีใดบ้าง ดังนั้น อาจกีดกันด้วยวิธีการใดก็ได้<sup>400</sup> และไม่จำกัดเฉพาะการกีดกันผู้ที่อยู่ในตลาดให้ออกไปจากตลาดเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการกีดกันคู่แข่งรายใหม่ที่จะเข้าหรือกำลังจะเข้าสู่ตลาดด้วย<sup>401</sup>

การควบคุมก็เช่นกันอาจควบคุมด้วยวิธีใดก็ได้ อาจควบคุมโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้<sup>402</sup> ศาลได้อธิบายว่า การควบคุม หมายถึง การทำให้ผู้ประกอบการอื่นไม่อาจตัดสินใจทำธุรกิจได้โดยอิสระ<sup>403</sup> และการกระทำดังกล่าวแตกต่างหากจากการแข่งขันตามปกติ<sup>404</sup>

ข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน (restrictive covenants) เป็นการปฏิเสธการเข้าถึงช่องทางจัดจำหน่าย (distribution channels) หรือปฏิเสธการเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบ (source of raw materials) ถ้าเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากก็ถือเป็นการกีดกัน (exclusion) ในความหมายของการผูกขาดเอกชน<sup>405</sup>

<sup>397</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 117.

<sup>398</sup> Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C. (September 12, 2006), p. 2.

<sup>399</sup> Matsushita, Mitsuo, "Competition law: Introduction to Japanese antimonopoly law," in Comparative law: Law and the legal process in Japan, Port, Kenneth L., p. 402.

<sup>400</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 118.

<sup>401</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 101 and Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C., p. 1.

<sup>402</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 119.

<sup>403</sup> Noda Soy-Sauce (Dec. 25, 1957, 9 KTIS 57) cited in Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 103.

<sup>404</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 103 and Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 238.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p. 239.

3) ทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก (**substantial restraint of competition**) ในมาตรา 2 (4) เนื่องจากผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายควบคุมตลาดได้อย่างอิสระโดยกีดกันหรือควบคุม ราคา คุณภาพ ปริมาณสินค้าหรือบริการและสภาพทางธุรกิจต่าง ๆ ซึ่งทำให้หรืออาจทำให้การแข่งขันในธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง (a particular field of trade) ลดลงอย่างมาก (substantial restraint of competition) ไม่มีเกณฑ์กำหนดว่าการควบคุมมากเพียงใดที่ถือว่าทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากจึงต้องประเมินแวดล้อมต่างๆทางเศรษฐกิจที่เป็นผลจากการควบคุม รวมถึงพิจารณาทั้งการแข่งขันตามความเป็นจริง (actual competition) และโอกาสการแข่งขันที่น่าจะเกิดขึ้น (potential competition) ด้วยโดยพิจารณาจากจำนวนผู้ประกอบการและโอกาสการแข่งขันซึ่งอาจเป็นการแข่งขันระหว่างผู้ขายหรือระหว่างผู้ซื้อ อาจเป็นสินค้าหรือบริการประเภทเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน<sup>406</sup> ขึ้นอยู่กับประเภทการกระทำความผิดลักษณะต่างๆด้วย และต้องพิจารณาสาระสำคัญของแต่ละคดีเป็นรายกรณี<sup>407</sup> ซึ่งคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม (Fair Trade Commission of Japan: JFTC) ประกาศ กล่าวถึง "การแข่งขันลดลงอย่างมาก (substantially to restrain competition)" ในแนวปฏิบัติกรรวมกิจการฯโดยนำคำตัดสินคดี Toho-Shintoho ของศาล Tokyo high Court เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 1953 ที่ได้อธิบายว่า "การแข่งขันลดลงอย่างมาก" ตามมาตรา 2 (5) ว่าหมายถึง กรณีที่การแข่งขันลดลงอย่างมากทำให้ผู้ประกอบการรายเดียวหรือหลายรายสามารถควบคุมตลาดโดยการกำหนดราคา คุณภาพ ปริมาณและกำหนดสิ่งต่างๆทางธุรกิจได้อย่างอิสระอย่างน้อยระดับหนึ่งโดยไม่ต้องคำนึงถึงกลไกตลาด (market force)<sup>408</sup> และเป็นสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการสามารถควบคุมตลาดได้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆที่เกี่ยวข้อง

---

Sec. 2 [Definitions]

(4) The term "competition" as used in this Act shall mean a situation in which two or more entrepreneurs do or may, within the normal scope of their business activities and without undertaking any significant change in their business facilities or kinds of business activities, engage in any act prescribed in the following paragraphs.

- (i) Supplying the same or similar goods or services to the same consumers or users;
- (ii) Receiving supplies of the same or similar goods or services from the same supplier.

<sup>406</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 94, Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 70, Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, pp. 238-239 and Koutani, Kiyofumi, "Private Monopolization/Corporate Combination," p. 2.

<sup>407</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 70 and OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 132.

<sup>408</sup> The Toho-Shintoho case, Decision of the Supreme Court, 25 May 1954, Minshu, 8/5 (1954), 950 et seq. cited in Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 94 and Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part III.(1).B.

ในแต่ละคดี ดังนั้น จึงเป็นเรื่องยากที่จะทดสอบด้วยวิธีการเดียวกันกับทุกคดีว่าการแข่งขันลดลงอย่างมากหรือไม่<sup>409</sup>

อำนาจที่สามารถควบคุมตลาดได้ เรียกว่า “อำนาจตลาด” การแข่งขันลดลงอย่างมากเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตลาด รักษาอำนาจตลาด และทำให้อำนาจตลาดแข็งแกร่ง ในทางทฤษฎี “การมีอำนาจเหนือ” ให้ความสำคัญกับการแข่งขันที่ลดลงอย่างมาก โดยแบ่งเป็น 2 แบบ<sup>410</sup> คือ

- 1) ควบคุมตลาดโดยการควบคุมราคา คุณภาพ ปริมาณและวิธีการต่างๆ และ
- 2) สกัดการเข้าสู่ตลาดโดยขัดขวางผู้ประกอบการใหม่ที่จะเข้าตลาด ซึ่งส่วนใหญ่ JFTC พบว่าเป็นการปฏิบัติที่เกิดจากการควบคุม ขณะที่ต้องคำนึงถึงการขัดขวางการเข้าสู่ตลาดด้วย ข้อตกลงจำกัดการแข่งขัน (restrictive covenants) ซึ่งเป็นการปฏิเสธการเข้าถึงช่องทางจัดจำหน่าย (distribution channels) หรือปฏิเสธการเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบ (source of raw materials) ถ้ามีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมากก็ถือเป็นการกีดกัน (exclusion) ในความหมายของการผูกขาดเอกชน<sup>411</sup>

4) การแข่งขันที่ลดลงนั้นขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (contrary to the public interest) ซึ่งคำว่า “ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (contrary to the public interest หรือ public welfare)”<sup>412</sup> ตามมาตรา 2 (5) มีความหมายแตกต่างกับขัดต่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 2 (6) อย่างมาก การผูกขาดเอกชน โดยขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้องโดย ขึ้นอยู่กับสภาพของตลาดที่เกี่ยวข้อง อำนาจของผู้ประกอบการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการผูกขาดโดยเปรียบเทียบกับคู่แข่ง ความยากง่ายในการเข้าตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ โอกาสการแข่งขันที่น่าจะเกิดขึ้นและปัจจัยอื่น ๆ ในการแข่งขันระหว่างประเทศรวมถึงปัจจัยทางเศรษฐกิจ<sup>413</sup>

แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าขัดต่อประโยชน์สาธารณะหมายความว่าอย่างไร<sup>414</sup> แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นเกี่ยวกับ “ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ” เป็น 2 อย่าง<sup>415</sup> คือ

<sup>409</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 94.

<sup>410</sup> Koutani, Kiyofumi, “Private Monopolization/Corporate Combination,” pp. 2-3.

<sup>411</sup> Takaishi, Yoshikazu, “Product distribution, the antimonopoly law and product liability,” Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239.

<sup>412</sup> Iyori, Hiroshi, “A comparison of U.S.-Japan antitrust law: looking at the international harmonization of competition law,” Pacific Rim Law & Policy Journal 4, (March 1995): 79.

<sup>413</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 95.

<sup>414</sup> Takaishi, Yoshikazu, “Product distribution, the antimonopoly law and product liability,” Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 238.

<sup>415</sup> Matsushita, Mitsuo, “The antimonopoly law of Japan,” in Law and Investment in Japan: cases and materials 2<sup>nd</sup> eds. by Yanagida, Yukio, Foote, Daniel H., Johnson, Edward Stokes, JR., Ramseyer, J. Mark and Scogin, Hugh T., JR (United States: Harvard University Press, 2000), p. 418.

ความเห็นแรก เป็นความเห็นของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม ศาล และนักกฎหมาย โดยมีความเห็นว่า “ประโยชน์สาธารณะ” มีความหมายเป็นอย่างเดียวกับคำว่า “การแข่งขันลดลงอย่างมาก” และไม่ได้มีความหมายแตกต่างกัน<sup>416</sup> เนื่องจากเป้าหมายของกฎหมาย คือ การรักษาการแข่งขัน ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่การแข่งขันเสรีในตลาดถูกจำกัดลงอย่างมากเท่ากับประโยชน์สาธารณะถูกทำลายลงแล้ว<sup>417</sup> ความเห็นนี้ลดภาระการพิสูจน์ของศาลและคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมลงอย่างมาก โดยในการดำเนินคดีพิสูจน์เพียงว่าการแข่งขันลดลงอย่างมากก็เพียงพอแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่<sup>418</sup> ความเห็นนี้ได้รับอิทธิพลจากหลัก per se (per se illegality doctrine) ของสหรัฐฯ<sup>419</sup>

ความเห็นที่สอง เป็นความเห็นของอีกสำนักความคิดหนึ่ง ซึ่งเป็นความเห็นของ กระทรวงอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ (the Ministry of International Trade and Industry: MITI) และกลุ่มองค์กรธุรกิจโดยเห็นว่า ประโยชน์สาธารณะตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดไม่จำเป็นต้องเป็นการรักษาการแข่งขันเสรีเท่านั้น โดยเห็นว่าอาจหมายถึงการรักษาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ในระบบเศรษฐกิจของประเทศ<sup>420</sup> เนื่องจากกฎหมายไม่ได้มีเป้าหมายเฉพาะการรักษาการแข่งขันเท่านั้น แต่กฎหมายยังมีเป้าหมายทางด้านสังคมและเศรษฐกิจอีกด้วย และบางครั้งแม้การแข่งขันลดลงอย่างมากแต่อาจเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า<sup>421</sup> จึงไม่ถือว่าฝ่าฝืนมาตรา 3 เพราะไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะซึ่งมีหลายกรณีที่<sup>422</sup> เช่น ในภาวะที่เศรษฐกิจถดถอยหรือชบเซา ผู้ประกอบการอาจร่วมกันจำกัดการผลิตซึ่งเป็นประโยชน์มากกว่าปล่อยให้มีการแข่งขันกันผลิตต่อไปเรื่อยๆ

<sup>416</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 95-96 and Takaishi, Yoshikazu, “Product distribution, the antimonopoly law and product liability,” Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239.

<sup>417</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 96, Takaishi, Yoshikazu, “Product distribution, the antimonopoly law and product liability,” Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239 and Matsushita, Mitsuo, “The antimonopoly law of Japan,” in Law and Investment in Japan: cases and materials 2<sup>nd</sup> eds. by Yanagida, Yukio, Foote, Daniel H., Johnson, Edward Stokes, JR., Ramseyer, J. Mark and Scogin, Hugh T., JR, p. 418.

<sup>418</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 96 and Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 74.

<sup>419</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 96.

<sup>420</sup> Matsushita, Mitsuo, “The antimonopoly law of Japan,” in Law and Investment in Japan: cases and materials 2<sup>nd</sup> eds. by Yanagida, Yukio, Foote, Daniel H., Johnson, Edward Stokes, JR., Ramseyer, J. Mark and Scogin, Hugh T., JR, p. 418.

<sup>421</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 96.

<sup>422</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 74.



5) ต้องเกี่ยวข้องกับธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง (a particular field of trade) ซึ่งคำว่า “ธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง” หรือเรียกอีกอย่างว่า “ตลาด” นั้นเอง<sup>423</sup> มีความหมายเหมือนกับ “ตลาดที่เกี่ยวข้อง (relevant market)” อาจเกี่ยวกับทางภูมิศาสตร์ (geographical) หรือสินค้าหรือบริการ (product or service-related) ก็ได้<sup>424</sup> ไม่มีเกณฑ์มาตรฐานที่กำหนดว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือในตลาดหรือไม่<sup>425</sup>

การพิสูจน์ว่าเกิดการผูกขาดเอกชนหรือมีการจำกัดการแข่งขันโดยไม่สมควรหรือมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขัน จำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของตลาด (scope of market)<sup>426</sup> อย่างไรก็ดี ตาม ตลาดในที่นี้ คือ ตลาดอะไรแม้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดในสินค้าหนึ่งมาก แต่ถ้ามีสินค้าอย่างอื่นแข่งขัน ซึ่งอาจทำให้ส่วนแบ่งลดลง<sup>427</sup> จึงจำเป็นต้องกำหนดตลาด ซึ่งในกฎหมายของญี่ปุ่น เรียกว่า “ธุรกิจสาขาใดสาขาหนึ่ง (a particular field of trade)” ซึ่งไม่อาจกำหนดได้โดยวิธีการทางคณิตศาสตร์โดยการคำนวณ (mathematical exactitude) แต่อาจใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปมากำหนดตลาดได้<sup>428</sup>

ตลาดอาจเป็นคนละขั้นการทำธุรกรรม (different stages transaction) กล่าวคือ คนละระดับการผลิต ระดับการขนส่ง ระดับการค้าปลีก อาจเป็นการตลาดกลุ่มย่อยหลายกลุ่ม (various submarkets) ตลาดโดยกำหนดจากสินค้า บริการ พื้นที่ภูมิศาสตร์หรือประเภทกลุ่มลูกค้า<sup>429</sup> อาจใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวหรือหลายอย่างร่วมกันขึ้นอยู่กับลักษณะของความผิด<sup>430</sup>

มาตรา 2 (5) และมาตรา 3 ตราขึ้นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจกีดกันหรือควบคุมคู่แข่งและมีอำนาจเหนือในตลาด<sup>431</sup> จะถือเป็นการผูกขาดเอกชนเมื่อผู้ประกอบการดำเนินการทางธุรกิจโดยการกีดกันหรือควบคุมผู้ประกอบการอื่นทำให้ได้มาซึ่งสถานะผูกขาด (monopolistic position) แต่ถ้าเป็นผู้ที่มีสถานะผูกขาดที่ดำเนินธุรกิจจนเติบโตตามปกติ (natural growth) หรือมีเทคโนโลยีขั้นสูง (superior technological) หรือมีทักษะความเชี่ยวชาญในการจัดการ

<sup>423</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 90.

<sup>424</sup> Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239.

<sup>425</sup> Ibid., p. 239.

<sup>426</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 90-92.

<sup>427</sup> Ibid., p. 92.

<sup>428</sup> Ibid., p. 92.

<sup>429</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 73.

<sup>430</sup> Ibid., p. 74.

<sup>431</sup> Matsushita, Mitsuo, "The Antimonopoly Law of Japan," in Global competition policy, ed.

Graham, Edward M. and Richardson, J. David (Washington: Institute for International Economics, December 1997), p. 178 from [http://www.iie.com/publications/chapters\\_preview/56/5iie1664.pdf](http://www.iie.com/publications/chapters_preview/56/5iie1664.pdf) (เมื่อ 24 มกราคม 2550)

สูง (managerial skills) ไม่ถือเป็นการผูกขาดเอกชน (private monopolization) แม้ว่าการแข่งขันในตลาดจะลดลงก็ตาม<sup>432</sup>

ในมาตรา 2 (5) และมาตรา 3 ไม่ได้ระบุชัดเจนถึงคำจำกัดความของอำนาจเหนือตลาดและเกณฑ์ที่กำหนดผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดทางเศรษฐกิจสูง เช่น ทรัพย์สิน ส่วนแบ่งตลาด กฎหมายถือว่าผู้ประกอบการกระทำการผูกขาดเอกชนเมื่อพบว่าการแข่งขันลดลงอย่างมากโดยพิจารณาจากสภาพตลาดต่าง ๆ<sup>433</sup> เช่น ส่วนแบ่งตลาด การเข้าสู่ตลาดของกลุ่มแข่งรายใหม่ยากหรือไม่ สภาพอุปสงค์และอุปทาน

การผูกขาดเอกชนไม่เกี่ยวกับสถานะอำนาจเหนือของผู้ประกอบการหรือการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการจึงไม่ใช่เงื่อนไขตามกฎหมาย ดังนั้น อำนาจเหนือตลาดจึงไม่ใช่เงื่อนไขตามกฎหมายของการผูกขาดที่ต้องกระทำการผูกขาดเอกชนที่ต้องกระทำก่อนและในการพิสูจน์การผูกขาดเอกชนต้องพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการรายนั้นทำการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก โดยต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ ลักษณะของตลาด ส่วนแบ่งตลาด อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด อำนาจของผู้ซื้อรวมถึงพฤติกรรมของผู้ที่ถูกกล่าวหาและผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขัน<sup>434</sup> โดย การพิสูจน์ว่ามีการผูกขาดเอกชนมีมาตรฐานการพิสูจน์สูงมากกว่ากรณีการรวมกิจการ<sup>435</sup>

การฝ่าฝืนมาตรา 3 มีโทษจำคุก (penal servitude) บุคคลธรรมดา (individual person) ไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 5 ล้านเยน ถ้าเป็นบริษัทปรับไม่เกิน 500 ล้านเยน (มาตรา 89 และ 95)

<sup>432</sup> Ibid., p. 180

<sup>433</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 131 and Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239.

<sup>434</sup> Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 238 and Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C., pp. 1-2.

<sup>435</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 101.

Sec. 89 [Penalties against private monopolization or unreasonable restraint of trade, or substantial restraint of competition by a trade association]

(1) Any person committing any one of the following offenses shall be punished by penal servitude of not more than three years or by a fine of not more than five million yen:

(i) Any person who, in violation of the provisions of Section 3, effected private monopolization or unreasonable restraint of trade; or

(ii) Any person who, in violation of the provisions of Section 8(1)(i), effected substantial restraint of competition in any particular field of trade.

(2) Any attempted offense falling under the preceding subsection shall be punished.

Sec. 95 [Double punishment]

(1) When a representative of a juridical person, or an agent, an employee, or any other person in the service of a juridical person or of an individual has, with regard to the business or property of the said

#### 4.3.1.2 สถานการณ์ผูกขาด (monopolistic situation)

หลักเกณฑ์ที่สองเป็นการควบคุมโครงสร้างตลาด (structure control) ในสถานการณ์ผูกขาด (monopolistic situation) ตามมาตรา 2 (7) และมาตรา 8-4<sup>\*\*</sup> ซึ่งถูกแก้ไขในปี 1977 เป็น

---

juridical person or individual, committed a violation as provided for in any of the following paragraphs, the said juridical person or the said individual shall be punished by such fine as provided for in the said paragraphs in addition to the punishment of the offender.

(i) Section 89: Fine of not more than five hundred million yen.

(ii) Section 90(iii) (excluding cases of violations of orders pursuant to Section 7(1) or Section 8-2(1) or (3) [limited to segments ordering the party to cease and desist from the act in violation of the provisions of Section 3 or Section 8(1)(i)]): Fine of not more than three hundred million yen.

(iii) Section 90(i), (ii), or (iii) (limited to cases of violations of orders pursuant to Section 7(1) or Section 8-2(1) or (3) [limited to segments ordering the party to cease and desist from the act in violation of the provisions of Section 3 or Section 8(1)(i)]), Section 91 (excluding (iii)), Section 91-2, or Section 94: Fine as provided for in the relevant Section.

(2) Where a representative, a manager, an agent, an employee, or any other person in the service of a non-juridical organization has, with regard to the business or property of the said organization, committed a violative act as provided for in any of the following paragraphs, the said non-juridical organization shall be punished by such fine as provided for in the said paragraph in addition to the punishment to the offender.

(i) Section 89: Fine of not more than five hundred million yen.

(ii) Section 90(iii) (excluding cases of violations of orders pursuant to Section 7(1) or Section 8-2(1) or (3) [limited to segments ordering the party to cease and desist from the act in violation of the provisions of Section 3 or Section 8(1)(i)]): Fine of not more than three hundred million yen.

(iii) Section 90(i), (ii), or (iii) (limited to cases of violations of orders pursuant to Section 7(1) or Section 8-2(1) or (3) [limited to segments ordering the party to cease and desist from the act in violation of the provisions of Section 3 or Section 8(1)(i)]), Section 91 (iv) or (v) (limited to segments related to (iv)), Section 91-2(i), or Section 94 : Fine as provided for in the relevant Sections.

(3) In the case of the preceding subsection, the representative or manager shall represent the said organization in related acts of procedure and the provisions of the Code of Criminal Procedure related to acts of procedure where the juridical person is the defendant or the suspect shall apply.

Section 2 [Definitions]

(7) The term "monopolistic situation" as used in this Act shall mean circumstances in which each of the following market structures and undesirable market performances exist in any particular field of business where the aggregate total amount of prices (this term refers to the prices of the goods concerned less a sum equivalent to the amount of taxes levied directly on such goods) of goods of the

same description (including goods capable of being supplied without making any significant change to their business facilities or kinds of business activities; hereinafter in this subsection referred to as "particular goods") and those of any other goods having a strikingly similar function and utility thereto, which are supplied in Japan (excluding those exported) or the total amount of prices (this term refers to the prices of the services concerned less a sum equivalent to the amount of taxes levied on the recipient of such services with respect thereto) of services of the same description which are supplied in Japan, during the latest one-year period designated by cabinet ordinance, is in excess of hundred billion yen.

(i) Where the share of a field of business (this refers to the ratio accounted for by the aggregate volume [in cases where calculation in terms of volume is not appropriate, volume shall be represented in terms of aggregate total amount of prices; the same shall apply hereinafter in this paragraph] of the particular goods and any other goods having a strikingly similar function and utility thereto or by the volume of the services, which are supplied by the entrepreneur or entrepreneurs concerned, to the total volume of those supplied in Japan [excluding those exported]; the same shall apply hereinafter in this paragraph) of an entrepreneur exceeds one-half or where the combined share of a field of business of two entrepreneurs exceeds three-fourths during the said one-year period;

(ii) Where there exist conditions which make it extremely difficult for any other entrepreneur to be newly engaged in the said particular field of business;

(iii) Where the increase in the price of the particular goods or services supplied by the entrepreneur concerned has been remarkable or the decrease therein has been slight for a considerable period of time in the light of the changes that occurred in the supply and demand, or in the cost of supplying, for such goods or services during such period, and where, in addition thereto, the said entrepreneur has fallen under any one of the following requirements during said period:

(a) That the entrepreneur has earned a profit rate far exceeding that which is established by cabinet ordinance as the norm for the class of business designated by such cabinet ordinance to which the said entrepreneur belongs; or

(b) That the entrepreneur has expended a level of selling and general administrative expenses far exceeding that which is considered as the norm for the field of business to which the entrepreneur belongs.

“ Sec. 8-4 [Measures against a monopolistic situation]

(1) When a monopolistic situation exists, the Fair Trade Commission may order the entrepreneur concerned, in accordance with the procedures provided for in Division II of Chapter VIII, to transfer a part of his or her business or to take any other measures

necessary to restore competition with respect to such goods or services: Provided, That the foregoing shall not apply to cases where the Commission finds that such measures may reduce the scale of business of the said entrepreneur to such an extent that the costs required for the supply of goods or services which such entrepreneur supplies will rise sharply, undermine its financial position, and make it difficult for the entrepreneur to maintain its international competitiveness, or where other alternative measures may be taken which the Commission finds sufficient to restore competition with respect to such goods or services.



มาตรการพิเศษที่ตราขึ้นเพื่อควบคุมโครงสร้าง (structural control)<sup>436</sup> แก่ปัญหาโครงสร้างตลาดผู้ขายน้อยรายที่ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากสามารถตั้งราคาสูงทำให้ได้รับกำไรมากขึ้นโดยควบคุมการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ<sup>437</sup> มิใช่เพื่อจัดการกับผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะจึงถือเป็นมาตรการที่ขาดช่องว่างของกฎหมายและใช้เป็นส่วนเสริม (supplementary) การห้ามผูกขาดเอกชน<sup>438</sup> เนื่องจากมิใช่กรณีการผูกขาดเอกชนจึงไม่สามารถนำมาตรา 2 (5) มาบังคับใช้ได้ สถานการณ์ผูกขาดเป็นมาตรการที่ตราขึ้นเพื่อจัดการกับสถานการณ์ที่ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากจนกระทั่งสามารถตั้งราคาสูงและได้รับกำไรมากขึ้น ซึ่งใช้กับผู้ประกอบการทุกรายที่มีสถานะผูกขาด (monopolistic position) แม้ว่าผู้ประกอบการดังกล่าวนั้นดำเนินธุรกิจตามปกติ (natural growth) มีเทคโนโลยีขั้นสูง (superior technological) หรือมีทักษะความเชี่ยวชาญในการจัดการสูง (managerial skills)<sup>439</sup> และไม่ได้ควบคุมหรือกำจัดผู้ประกอบการรายอื่นที่จะถือว่าเป็นการผูกขาดเอกชน (private monopolization) ก็ตาม<sup>440</sup>

(2) In issuing an order prescribed in the preceding subsection, the Fair Trade Commission shall give consideration, based on the items prescribed in each of the following paragraphs, to the smooth conduct of business activities by the entrepreneurs concerned, and those associated with them and the stabilization of livelihood for those employed by such entrepreneurs:

- (i) Assets, income and expenditures and other aspects of accounting;
- (ii) Officers and employees;
- (iii) Location of factories, workyards, and offices and other locational conditions;
- (iv) Aspects of business facilities and equipment;
- (v) The substance of patent rights, trademark rights, and other intellectual property rights and other technological features;
- (vi) Capacity for and situations of production and sales, etc.;
- (vii) Capacity for and situations of obtaining funds and materials, etc.;
- (viii) Situations of supply and distribution of goods or services.

<sup>436</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 131-132, Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239 and Matsushita, Mitsuo, "The Antimonopoly Law of Japan," in Global competition policy, ed. Graham, Edward M. and Richardson, J. David, p. 179.

<sup>437</sup> Iyori, Hiroshi, "Antitrust and Industrial policy in Japan: competition and cooperation," in Law and trade issues of the Japanese economy, ed. by Saxonhouse, Gary R. and Yamamura, Kozo (United States: University of Washington Press, 1986), p. 68.

<sup>438</sup> Matsushita, Mitsuo, "Competition law: Introduction to Japanese antimonopoly law," in Comparative law: Law and the legal process in Japan, Port, Kenneth L., p. 402 and Matsushita, Mitsuo, "The Antimonopoly Law of Japan," in Global competition policy, ed. Graham, Edward M. and Richardson, J. David, p. 180.

<sup>439</sup> *Ibid.*, pp. 156-157, 178.

<sup>440</sup> Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 239.

สถานการณ์ผูกขาดเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งหรือหลายรายอยู่ในสถานะเป็นผู้ผูกขาดโดยขนาดตลาดต้องมากกว่า 100 ล้านเยนในปีที่ผ่านมา

สถานการณ์ผูกขาด (monopolistic situation) มีองค์ประกอบ 2 ส่วน<sup>441</sup> คือ

1) โครงสร้างตลาด (market structure requirement) ผู้ประกอบการรายหนึ่งมีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไป หรือผู้ประกอบการ 2 ราย มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไป และผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ยาก เช่น จำนวนทุนที่ต้องใช้เพื่อเข้าสู่ตลาด เทคโนโลยี การจัดจำหน่ายและการควบคุมช่องทางการจัดจำหน่ายและการควบคุมวัตถุดิบ ความแตกต่างของพัฒนาการของสินค้าในตลาด การประหยัดต่อขนาดทั้งในการผลิตและการจำหน่าย ผลการดำเนินการในตลาดในอดีต<sup>442</sup>

2) ผลการดำเนินการตลาดที่ไม่เป็นที่ปรารถนา (undesirable market performance) อัตราส่วนกำไรหรือราคาของผู้ประกอบการรายนั้นสูงชันอย่างมาก โดยผู้ประกอบการรักษาไม่ให้ราคาเปลี่ยนแปลงขึ้นลง (price inflexibility) กำไรสูงเกินปกติ (excessive profit) และต้นทุนการขายและค่าดำเนินงานสูง หรือราคาเพิ่มขึ้นหรือลดลงจากระดับปกติอย่างมากเป็นเวลานาน รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงต้นทุนและอุปสงค์และอุปทาน<sup>443</sup>

JFTC หาวว่าผู้ประกอบการมีกำไรหรือค่าใช้จ่ายสูงเกินกว่าปกติได้ 2 วิธี คือ วิธีแรกพิจารณาผลกำไรการประกอบการ (operating profit) รายรับในการประกอบการทั้งหมดลบด้วยต้นทุนค่าใช้จ่ายในการประกอบกิจการมากกว่าสินทรัพย์ทั้งหมด (over total assets) หรือ วิธีที่สอง รายรับในการดำเนินการทั้งหมด (recurring profits) ลบด้วยต้นทุนการดำเนินการลบด้วยต้นทุนทั่วไปและต้นทุนการบริหารมากกว่ามูลค่าสุทธิ (over net worth) สินทรัพย์ทั้งหมดลบด้วยหนี้สินทั้งหมด (total assets – total liabilities) โดย JFTC แบ่งธุรกิจต่างๆเป็น 12 ประเภท และใช้กำไรเฉลี่ย (average profit) ของธุรกิจแต่ละประเภทมาคำนวณกำไรส่วนเกินโดยถือว่ากำไรเกิน 50% เป็นกำไรที่สูงเกินไป<sup>444</sup>

<sup>441</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 133.

<sup>442</sup> Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, pp. 239-240 and Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 167.

<sup>443</sup> Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 240 and Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 167.

<sup>444</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 167-168.

กรณีที่ JFTC เห็นว่ามีสถานการณ์ผูกขาดเกิดขึ้น JFTC มีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการดังกล่าวแก้ไขหรือให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้ตลาดกลับมีการแข่งขันอีกครั้ง (restore competition) รวมถึงให้โอนกิจการบางส่วน (transfer of part of the business) และหากไม่สามารถแก้ไขได้ JFTC อาจสั่งให้ผู้ประกอบการแยก (deconcentration order) เป็นหลายบริษัท (split up the enterprise)<sup>445</sup> ซึ่ง JFTC จะพิจารณาอย่างละเอียดและเป็นหนทางสุดท้ายโดย JFTC อาจจะไม่สั่งให้โอนก็ได้ถ้าเห็นว่าจะทำให้การประหยัดต่อขนาดลดลง ทำให้สถานะทางการเงินผู้ประกอบการอ่อนแอ ทำให้ผู้ประกอบการแข่งขันในตลาดระหว่างประเทศได้ยาก หรือสามารถเยียวยาการแข่งขันด้วยวิธีอื่นแทนได้<sup>446</sup>

บทบัญญัตินี้ปรับใช้ในทางปฏิบัติได้ยากมากผู้ประกอบการที่ไม่ได้ใช้อำนาจควบคุมหรือกีดกันที่ถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ได้กระทำการอันไม่เป็นธรรมก็อาจตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติดังกล่าวได้เช่นกัน<sup>447</sup>

ปกติ JFTC จะจัดทำบัญชีรายชื่ออุตสาหกรรมซึ่งตรวจสอบโครงสร้างตลาดแล้วและจะติดตามความเปลี่ยนแปลงของอุตสาหกรรมตามบัญชีรายชื่อนั้น<sup>448</sup> ตามแนวปฏิบัติซึ่งเกี่ยวข้องกับ การตีความสาขาธุรกิจเฉพาะในสถานการณ์ผูกขาด<sup>449</sup> อย่างไรก็ตาม แม้มาตรการนี้เป็นเครื่องมือที่เป็นเอกลักษณ์และทรงอำนาจอย่างมากแต่ไม่ค่อยถูกนำมาใช้เท่าใดนัก<sup>450</sup>

---

<sup>445</sup> The Fair Trade Commission of Japan: JFTC ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นหน่วยงานหลักที่บังคับใช้กฎหมายป้องกันผูกขาด โดยเป็นอิสระเช่นเดียวกับ FTC ของสหรัฐฯ มีอำนาจ มีอำนาจเด็ดขาด (exclusive power) ที่จะกล่าวหาว่าบุคคลหรือบริษัททำความผิดอาญา (criminal accusation) ต่อพนักงานอัยการ (prosecutor general) เว้นแต่พนักงานอัยการไม่สามารถดำเนินคดี (indictment) ได้ JFTC จึงจะเป็นผู้กล่าวหาเอง อ้างจาก Iyori, Hiroshi, "Antitrust and Industrial policy in Japan: competition and cooperation," in Law and trade issues of the Japanese economy, ed. by Saxonhouse, Gary R. and Yamamura, Kozo, p. 65 and Matsushita, Mitsuo, "The Antimonopoly Law of Japan," in Global competition policy, ed. Graham, Edward M. and Richardson, J. David, pp. 152, 163.

<sup>446</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 87, Matsushita, Mitsuo, "Competition law: Introduction to Japanese antimonopoly law," in Comparative law: Law and the legal process in Japan, Port, Kenneth L., p. 402 and Matsushita, Mitsuo, "The Antimonopoly Law of Japan," in Global competition policy, ed. Graham, Edward M. and Richardson, J. David, p. 178.

<sup>447</sup> Takaishi, Yoshikazu, "Product distribution, the antimonopoly law and product liability," Gerald Paul McAlin ed., The business guide to Japan, p. 240.

<sup>448</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 40.

<sup>449</sup> Ibid., p. 40.

<sup>449</sup> Guidelines Concerning The Interpretation Of "Specific Business Fields" As Defined In The Provisions Of "Monopolistic Situations" Appendix 1.

<sup>450</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 40.

#### 4.3.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศญี่ปุ่น

ฐานะการผูกขาดของผู้ประกอบการทำให้การแข่งขันใน “ขอบเขตการค้าที่กำหนด” หรือตลาดที่เกี่ยวข้องลดลงอย่างมากหรือไม่ จำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของตลาด (scope of market)<sup>451</sup> แม้ไม่สามารถกำหนดตลาดโดยการคำนวณ (mathematical exactitude) ได้อย่างถูกต้อง แต่อาจกำหนดขอบเขตของตลาดโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไป<sup>452</sup>

ส่วนแบ่งตลาดเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดในการตัดสินคดีแต่ไม่มีเกณฑ์มาตรฐานในการวัดส่วนแบ่งตลาด<sup>453</sup> จากคำตัดสินของ JFTC และศาล พบว่าผู้ประกอบการในคดีผูกขาดเอกชนมีส่วนแบ่งตลาดอยู่ในระดับ 30-80% ขึ้นอยู่กับสภาพตลาดในแต่ละคดี<sup>454</sup> แม้การผูกขาดเอกชนตามกฎหมายญี่ปุ่นถูกจำกัดมากเหมือนในสหรัฐแต่ระดับส่วนแบ่งตลาดที่ถือว่ามีอำนาจตลาดใกล้เคียงกับสหภาพยุโรปมากกว่าอเมริกา<sup>455</sup> กล่าวคือ ระดับส่วนแบ่งไม่สูงมากก็ถือว่ามีอำนาจตลาดแล้ว

การผูกขาดเอกชนไม่เกี่ยวข้องกับสถานะของผู้ประกอบการอื่นในตลาด ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาการมีอำนาจเหนือของผู้ประกอบการ และไม่ใช้เงื่อนไขตามกฎหมายที่ต้องพิจารณาสถานะของผู้ประกอบการก่อน การพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการนั้นจำกัดการแข่งขันในตลาดอย่างมาก ต้องพิจารณาปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาด สภาพของตลาด ลักษณะของตลาด ขนาดของผู้ประกอบการ สภาพอุปสงค์และอุปทาน เปรียบเทียบอำนาจของผู้ประกอบการกับคู่แข่ง อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด ความยากง่ายในการเข้าตลาดของคู่แข่งหน้าใหม่ โอกาสการแข่งขัน การแข่งขันระหว่างประเทศ อำนาจของผู้ซื้อ รวมถึงพฤติกรรมของผู้ที่ถูกกล่าวหา และผลอันเป็นการต่อต้านการแข่งขันจากการกระทำนั้น รวมถึงปัจจัยทางเศรษฐกิจ ซึ่งขึ้นอยู่กับความผิดลักษณะต่างๆด้วย จึงเป็นเรื่องยากที่จะทดสอบโดยวิธีการอย่างเดียวกัน (uniform standard) กับทุกคดี ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณี (case by case basis)<sup>456</sup> ซึ่งคดี

<sup>451</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 90, 92 and OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 39.

<sup>452</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 92.

<sup>453</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 131.

<sup>454</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 102. and OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, pp. 39, 131, 132.

<sup>455</sup> OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, p. 33.

<sup>456</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 94-95, OCDE/GD(96)131, Abuse of dominance and monopolization, General Distribution, pp. 131, 132 and Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C., pp. 1-2.



การผูกขาดเอกชนมีมาตรฐานการพิสูจน์สูงมากกว่ากรณีการรวมกิจการ<sup>457</sup> อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่จะดำเนินคดีกับคดีที่จำกัดการแข่งขันอย่างมากอย่างเห็นได้เท่านั้น<sup>458</sup>

ปกติการประเมินการแข่งขันในแต่ละอุตสาหกรรมมี 3 ขั้นตอน<sup>459</sup> คือ ขั้นตอนแรกการกำหนดขอบเขตของตลาด พิจารณาว่าสินค้าและพื้นที่ภูมิศาสตร์ใดบ้างที่เป็นส่วนหนึ่งของตลาดที่เกี่ยวข้อง ขั้นตอนต่อมาพิจารณา โครงสร้างตลาด จำนวนส่วนแบ่งตลาด การกระจุกตัวและการเข้าสู่ตลาดอุตสาหกรรม ขั้นตอนที่สาม เป็นการวิเคราะห์พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันโดยพิจารณาว่าราคาที่เปลี่ยนแปลงเป็นเพราะการแข่งขันหรือการรวมหัวกันของผู้ประกอบการ

การกำหนดขอบเขตของตลาด (any particular field of trade) ฐานะการผูกขาด (monopoly position) ของผู้ประกอบการขึ้นอยู่กับขอบเขตของตลาดที่กำหนดขึ้น<sup>460</sup> ซึ่งกำหนดจากตลาดสินค้าซึ่งสัมพันธ์กับขอบเขตของสินค้าหรือบริการและตลาดภูมิศาสตร์ซึ่งสัมพันธ์กับสถานที่ผลิตหรือขายสินค้า<sup>461</sup> ในคดีผูกขาดต้องกำหนดตลาดให้ค่อนข้างกว้าง (bit broader definition of a market) และต้องประเมินโอกาสการแข่งขัน (potential competition) ด้วย<sup>462</sup>

ในกรณีสถานการณ์ผูกขาด กำหนดตลาดอย่างกว้างที่สุด JFTC ไม่ได้กำหนดตลาดโดยพิจารณาความสะดวกของคู่แข่งรายใหม่แต่ JFTC พิจารณาว่าความสะดวกของคู่แข่งรายใหม่เป็นปัจจัยในการประเมินผลที่เกิดจากการต่อต้านการแข่งขัน<sup>463</sup>

วิธีการกำหนดตลาดหรือขอบเขตการค้าที่กำหนดตามแนวปฏิบัติ JFTC ประกาศแนวปฏิบัติการรวมกิจการ (Merger Guideline)<sup>464</sup> เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2004 เป็นประกาศเกี่ยวกับวิธีการรวมกิจการซึ่งได้กำหนดนิยาม “ขอบเขตการค้าที่กำหนด (a particular field of

<sup>457</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, *The antimonopoly laws and policies of Japan*, p. 101.

<sup>458</sup> OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 132 and Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," *Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C.*, p. 4.

<sup>459</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 1 from [http://www.jftc.go.jp/eacpf/02/research\\_analysis.pdf](http://www.jftc.go.jp/eacpf/02/research_analysis.pdf) (เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2550)

<sup>460</sup> Matsushita, Mitsuo, *International trade and competition law in Japan*, pp. 90, 92 and OCDE/GD(96)131, *Abuse of dominance and monopolization*, General Distribution, p. 39.

<sup>461</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 1.

<sup>462</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, *The antimonopoly laws and policies of Japan*, p. 70.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>464</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, May 31, 2004.

trade)" หรือตลาดที่เกี่ยวข้องนั่นเองและ "การจำกัดการแข่งขันอย่างมาก" ในคดีรวมกิจการและการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่น ซึ่งนำมาปรับใช้กับคดีการผูกขาดด้วย

ขอบเขตการค้าที่กำหนด (a particular field of trade) หมายถึง ตลาดในความหมายทั่วไปนั่นเอง<sup>465</sup> ซึ่งกำหนดจากขอบข่ายของสินค้าหรือบริการ พื้นที่การค้า (ขอบข่ายภูมิศาสตร์) ระดับชั้นของการค้า คู่ค้าและปัจจัยอื่น โดยต้องหาขอบข่ายของสินค้าหรือบริการก่อนว่าประกอบด้วยสินค้าหรือบริการใดบ้าง แล้วจึงค่อยกำหนดขอบข่ายภูมิศาสตร์ของสินค้าเหล่านั้น โดยขอบข่ายของคู่ค้า (range of the trading partners) ในธุรกิจและขอบข่ายคู่แข่ง (range of the competitors) เป็นเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดขอบข่ายของสินค้าและขอบข่ายของภูมิศาสตร์และปัจจัยอื่น ๆ ตลาดอาจถูกกำหนดจากขอบข่ายของสินค้าหรือบริการ หรือขอบข่ายทางภูมิศาสตร์ตามประเภทการค้า ขณะเดียวกันตลาดอีกตลาดหนึ่งอาจถูกกำหนดให้กว้างหรือแคบโดยขอบข่ายของสินค้าที่คาบเกี่ยวกัน (overlappingly)<sup>466</sup>

ขอบเขตการค้าที่กำหนด หรือตลาดจะพิจารณาจากการทดแทนด้านอุปสงค์และอุปทานโดยใช้ SSNIP Test ซึ่งเป็นการทดสอบขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญและไม่เป็นการชั่วคราวได้ (small but significant and non-transitory increase in price) โดย JFTC พิสูจน์ว่าหากผู้ประกอบการที่ถูกสันนิษฐานว่าผูกขาดสามารถขึ้นราคา 5-10 % (ขึ้นราคาเล็กน้อยแต่มีนัยสำคัญ) ชั่วระยะเวลาหนึ่ง (temporarily) แล้วผู้บริโภคอาจหันไปใช้สินค้าอื่นหรือไม่ ถ้าผู้หันไปใช้สินค้าอื่น สินค้าอื่นเหล่านั้นถือเป็นตลาด โดยปกติถ้าผู้บริโภคพบว่าสินค้าอื่นใช้ทดแทนได้ การขึ้นราคาก็จะไม่เกิดขึ้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวไม่ควรกำหนดสินค้าดังกล่าวเป็นตลาด การทดสอบสินค้าต่างๆที่ใช้ทดแทนกันได้โดยมีขั้นตอนเช่นเดียวกัน ซึ่งวิธีนี้กำหนดกลุ่มสินค้าที่ขึ้นราคาได้อย่างชัดเจน โดยต้องพิจารณาการทดแทนกันในด้านอุปสงค์ (substitution of demand) และในกรณีที่จำเป็นต้องพิจารณาการทดแทนกันด้านอุปทาน (substitution of supply) ด้วย ซึ่งมีขั้นตอนเช่นเดียวกัน<sup>467</sup>

วิธีนี้มีข้อควรระวังที่เรียกว่า cellophane fallacy ซึ่งเกิดขึ้นจากการกำหนดขอบเขตตลาดผูกขาด (monopoly markets) หรือตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopolic markets) กว้างเกินไป (excessively broader) เมื่อผู้ประกอบการไม่แข่งขันกันทำให้ราคาสูงขึ้นมากกว่าราคาแข่งขันทำให้มีความยืดหยุ่นของราคาสูงมากในตลาดที่ไม่มีการแข่งขัน เพราะสมมุติฐานการขึ้นราคาเริ่มจากราคาที่ไม่มีการแข่งขันจะเป็นเหตุให้ราคาเปลี่ยนแปลงขึ้นลงอย่างมาก (bigger demand fluctuation) มีวิธีที่จะรับเอาตลาดซึ่งอยู่ภายใต้การกระทำต่อต้านการแข่งขันในอดีตเป็นตลาดในอดีต<sup>468</sup>

<sup>465</sup> Ibid., Part II.

<sup>466</sup> Ibid., Part II.1.

<sup>467</sup> Seryo, Singo, "Training course on competition law and policy: cartel and bid rigging, faculty of law," Doshisha University, Japan International Cooperation Agency, p. 15.

<sup>468</sup> Ibid., p. 15.

1) ตลาดสินค้า (Product Market) รวมสินค้าทุกอย่างที่ผู้ซื้อใช้ทดแทนได้ สินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้จะจำกัดการขึ้นราคาสินค้าของผู้ประกอบการหรือไม่ ซึ่งมักกำหนดได้ยากมาก ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดตลาดสินค้า<sup>469</sup> ถ้าผู้ประกอบการเผชิญกับการแข่งขันน้อยทำให้มีอำนาจตั้งราคาสูงกว่าราคาแข่งขันอย่างมาก แต่ถ้าเผชิญกับการแข่งขันมากทำให้มีอำนาจที่จะควบคุมราคาน้อยมาก ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อกำหนดตลาดสินค้า<sup>470</sup> ถ้าตลาดประกอบด้วยสินค้าหลายอย่างทำให้ดูเหมือนมีการแข่งขันมากจึงมีอำนาจควบคุมราคาน้อย แต่ถ้าตลาดแคบประกอบด้วยสินค้าน้อยชนิดทำให้ดูเหมือนมีการแข่งขันน้อยจึงมีอำนาจควบคุมราคาได้

การกำหนดขอบเขตของตลาดสินค้าขึ้นอยู่กับหน้าที่ (function) และการใช้ขั้นสุดท้าย (final usage) ของสินค้า และคำนวณปริมาณการบริโภคสินค้านั้นต่อการเปลี่ยนแปลงราคา (ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์) ถ้าสินค้าใช้งานทดแทนกันได้ แม้ไม่อาจทดแทนได้อย่างสมบูรณ์ แต่ต้องใช้ทดแทนได้อย่างเหมาะสมจึงจะจัดอยู่ในการค้าสาขาเดียวกัน (same particular field of trade)<sup>471</sup> ซึ่งพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ เช่น หน้าที่ประโยชน์ใช้สอย ราคาหรือปริมาณที่เปลี่ยนแปลงขึ้นมาในมุมมองของผู้บริโภค นิสัยของผู้บริโภคกำลังการผลิตของคู่แข่ง (supply capacity) เช่น ศักยภาพของเครื่องมือเครื่องจักรของคู่แข่ง และด้านอุปทาน อัตราการดำเนินการของคู่แข่ง และค่าปรับเปลี่ยน (switching costs) อย่างไรก็ดีตาม ข้อมูลต่างๆมักรวบรวมได้ยาก ซึ่งรวมถึงต้องพิจารณาราคาที่เปลี่ยนแปลงขึ้นลงในอดีต และราคาสินค้าสัมพันธ์กับการซื้อในขณะนั้น<sup>472</sup>

โดยอาจใช้ความยืดหยุ่นไขว้ของอุปสงค์ หรือการใช้ทดแทนกันได้อย่างเหมาะสม (reasonable interchangeability) มาพิจารณาว่าสินค้าใดบ้างที่สามารถใช้ทดแทนกันได้ ซึ่งตลาดต้องรวมสินค้าต่างๆ ซึ่งสามารถใช้ทดแทนได้ทั้งหมด<sup>473</sup>

ถ้าสินค้าแตกต่างกันเนื่องมาจากยี่ห้อ (brand name) ระดับ (grade) ชื่อเสียง (prestige) อาจมีสินค้าหลายอย่าง (several sub-product) เช่น ผลิตภัณฑ์เครื่องสำอางคุณภาพสูงต่างกับผลิตภัณฑ์เครื่องสำอางคุณภาพต่ำอย่างมากเนื่องจากมีลูกค้าคนละกลุ่มกัน<sup>474</sup> ซึ่งในกรณีดังกล่าว สินค้าอย่างหนึ่ง (sub-product) ถือเป็นบางส่วนของการค้า (a particular field of trade)<sup>475</sup>

<sup>469</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 1.

<sup>470</sup> Ibid., p. 1.

<sup>471</sup> Seryo, Singo, "Training course on competition law and policy: cartel and bid rigging, faculty of law," Doshisha University, Japan International Cooperation Agency, p. 15 from <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/jicatext2/0830Car.pdf> (เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2549)

<sup>472</sup> Amemiya, Kei, "Japan Fair Trade Commission's New Merger Review Guideline" (August 2004), p. 1-2, 5 from <http://www.mofo.com/news/updates/files/update1312.html>

<sup>473</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 92-93.

<sup>474</sup> Iinkai, Koseitorihiki (The Fair Trade Commission), pp. 199-202 cited in Ibid., p. 93.

<sup>475</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 93.

การกำหนดตลาดสินค้าตามแนวปฏิบัติการรวมกิจการ<sup>476</sup> ขอบข่ายของสินค้า (product range) ของขอบเขตการค้าที่กำหนด (a particular field of trade) หรือขอบเขตของตลาดจะถูกกำหนดด้วยหน้าที่และผู้นำไปใช้งานได้ผลเหมือนกัน เมื่อขึ้นราคาสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นแล้ว หรือการเปลี่ยนแปลงสภาพการค้าเหมือนกัน สินค้าอื่นๆอาจเป็นปัจจัยที่ป้องกันมิให้ราคา ปริมาณ หรือการเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นได้อย่างอิสระ เพราะ ผู้บริโภคอาจหันไปซื้อสินค้าอื่นแทน เช่น เมื่อราคาสินค้า ก. เพิ่มขึ้น แต่มีสินค้า ข. ป้องกันมิให้ราคาสินค้า ก. เพิ่มขึ้น เพราะผู้บริโภคอาจหันไปซื้อสินค้า ข. แทนทำให้ยอดขายสินค้า ก. ลดลง หรือกรณีที่สินค้า ก. และสินค้า ข. มีหน้าที่และนำไปใช้ได้ (application) เหมือนกันและสินค้า ค. ซึ่งอยู่ในกลุ่มสินค้า ข. มีหน้าที่และนำไปใช้ได้ (application) เฉพาะอย่างเหมือนกันสินค้า ก. อย่างมาก แล้ว กรณีดังกล่าวขอบข่ายของสินค้าของขอบเขตการค้าที่กำหนดจะประกอบด้วยสินค้า ก. และกลุ่มสินค้า ข. และในเวลาเดียวกันก็ประกอบด้วยสินค้า ก. และสินค้า ค. กำหนดขอบข่ายของสินค้าในขอบเขตการค้าที่กำหนด ต้องพิจารณาว่าสินค้านี้มีหน้าที่และนำไปใช้งานได้เหมือนกันกับสินค้าอื่นๆในมุมมองของผู้บริโภคหรือไม่ การกำหนดขอบข่ายสินค้าจะพิจารณาปัจจัยต่างๆ เช่น พิจารณาการนำไปใช้ การเปลี่ยนแปลงราคา ปริมาณ หรือการเปลี่ยนแปลงอย่างอื่น การพิจารณาและการกระทำของผู้บริโภค (user)<sup>477</sup>

(1) พิจารณาวัตถุประสงค์ของการนำไปใช้ สินค้าหรือบริการต่าง ๆถูกนำไปใช้หรือนำจะถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันพิจารณาปัจจัยต่างๆ เช่น ลักษณะภายนอก เช่น ขนาดและรูปแบบ คุณสมบัติเฉพาะของวัสดุ เช่น ความแข็ง ความยืดหยุ่นหรือความเหนียว ทนความร้อน และฉนวนไฟฟ้า (insulation) คุณภาพ เช่น ความบริสุทธิ์ ลักษณะทางเทคนิค เช่น มาตรฐานและระบบ อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่น่าสินค้าไปใช้เหมือนกันแม้จะปัจจัยต่างๆแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดก็ตาม<sup>478</sup>

(2) พิจารณาความแตกต่างกันทั้งเรื่องระดับราคาสินค้าหรือบริการต่างกันมาก การเปลี่ยนแปลงราคา คุณภาพ สิ่งต่างๆเช่น สินค้า ก. และ ข. อาจถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน แต่เนื่องจากระดับราคาสินค้าทั้งสองต่างกันมาก สินค้า ข. ไม่ค่อยถูกใช้แทนสินค้า ก. กรณีดังกล่าวไม่อาจถือว่า สินค้า ก. และ ข. มีหน้าที่และทำให้เกิดผลเหมือนกันได้ กล่าวคือ ราคาสินค้าแตกต่างกันอย่างมากนั่นเอง ขณะเดียวกันถ้าสินค้า ก. และ ข. อาจถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันและระดับราคาไม่แตกต่างกัน แต่ในทางปฏิบัติสินค้า ข. ไม่ค่อยถูกใช้ทดแทนสินค้า ก. เนื่องจากการใช้สินค้า ก. ทดแทน สินค้า ข. อาจต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อเปลี่ยนแปลงเครื่องมือ (facilities) หรือต้องฝึกอบรมลูกจ้าง ในกรณีดังกล่าวไม่อาจถือว่าสินค้า ก. และสินค้า ข. มีหน้าที่และทำให้เกิดผลอย่างเดียวกันได้ กล่าวคือ มีต้นทุนจม (sunk costs) หรือต้องใช้ทุนจำนวนมากเพื่อปรับเปลี่ยนเครื่องมือในการผลิต หรือต้องใช้เวลาอันนานเพื่อปรับตัวซึ่งเป็นประเด็นการทดแทนด้านอุปทานและโอกาสการแข่งขัน อีกด้านหนึ่ง ถ้าราคาสินค้า ก. เพิ่มขึ้นแล้ว ผู้ใช้หันไปซื้อ

<sup>476</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part II.2.

<sup>477</sup> Ibid., Part II.2.

<sup>478</sup> Ibid., Part II.2.(1)



สินค้าหรือบริการ ข. ทำให้ราคาของสินค้าหรือบริการ ข. น่าจะเพิ่มขึ้นด้วย ด้วยเหตุนี้หากยอดขาย (sales) หรือราคาสินค้า ข. เพิ่มขึ้นนั้นตอบได้ว่าการขึ้นราคาสินค้า ก. อาจถือว่าสินค้า ก. และ ข. มีหน้าที่และทำให้เกิดผลอย่างเดียวกันได้<sup>479</sup>

(3) ความรู้สึกของผู้บริโภค (recognition) และการกระทำของผู้ใช้ กรณีที่ต้องพิจารณาความเข้าใจต่างๆของผู้ใช้ เช่น แม้ว่าลักษณะของวัสดุโดยเฉพาะ (specific material characters) หรือคุณสมบัติพิเศษของสินค้า ก. และ ข. แตกต่างกัน แต่ผู้ใช้สามารถเลือกสินค้า ก. หรือ ข. ได้อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นวัตถุดิบ (raw materials) ในการผลิตสินค้า ค. ที่มีคุณภาพอย่างเดียวกัน กรณีดังกล่าวถือว่าสินค้า ก. และ ข. มีหน้าที่และทำให้เกิดผลอย่างเดียวกันได้ถือว่าผู้ใช้ใช้สินค้า ข. แทน ก. เมื่อราคาสินค้า ก. เพิ่มขึ้น<sup>480</sup>

ความจริงอาจแบ่งประเภทสินค้าจากมาตรฐานอุตสาหกรรม (standard classification of industry) หรือมาตรฐานสินค้า (standard classification of product) ในแนวปฏิบัติ จะมีรายการความเหมือนและการใช้ประโยชน์สินค้า นอกจากสินค้ามีหน้าที่ใช้สอยเหมือนกัน และการใช้ประโยชน์อย่างเดียวกัน แนวโน้มของราคาและปริมาณ (ระดับราคาที่ต่างกัน แนวโน้มของราคาหรือปริมาณที่ต่างกัน) ความต้องการและการกระทำของผู้ใช้ ซึ่งต้องนำมาพิจารณาด้วย<sup>481</sup>

ตัวอย่างการกำหนดขอบเขตการค้าที่กำหนด ด้วยขอบข่ายสินค้า

ตัวอย่างที่ 1 ลักษณะเฉพาะของเหล็ก (specialty steel materials) (FY 1993) เหล็กแต่ละชนิดแต่ละประเภทมีคุณสมบัติต่างกัน เช่น ความแข็ง (strength) ความเหนียว (elasticity) ทนสนิม และการกัดกร่อน (corrosion resistance) ทนความร้อน และทำให้เรียบได้ง่าย (ease to be planed) ความแตกต่างกันของวัตถุประสงค์ของการใช้ (main use) การนำไปใช้ (application) และผู้ใช้ต่างกันไปตามวัสดุต่างๆด้วย นอกจากนี้การนำไปใช้และการใช้ที่หลากหลายขึ้นอยู่กับรูปแบบ (forms) หรือรูปร่าง (shape) และรูปแบบหรือรูปร่างแต่ละอย่างไม่สามารถใช้ทดแทนกันได้ จำเป็นต้องพิจารณาความสะดวกของการม้วน (rolling) และการดึง (drawing) เหมาะสมกับรูปร่างแต่ละอย่าง ดังนั้น อาจถือว่าเหล็กแต่ละประเภทและรูปร่างลักษณะเฉพาะของเหล็กแต่ละแบบเป็นตลาดคนละแห่งกัน<sup>482</sup>

ตัวอย่างที่ 2 ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ทั่วไป (general mass retail sales) (FY 1993) ในการควมรวมกิจการระหว่างร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ทั่วไป ตลาดร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ทั่วไปถือเป็นของขอบเขตการค้าที่กำหนด (a particular field of trade) อย่างไรก็ตาม ในพื้นที่ภูมิศาสตร์บางแห่ง

<sup>479</sup> Ibid., Part II.2.(2)

<sup>480</sup> Ibid., Part II.2.(3)

<sup>481</sup> Seryo, Singo, "Training course on competition law and policy: cartel and bid rigging, faculty of law," Doshisha University, Japan International Cooperation Agency, pp. 15-16.

<sup>482</sup> Fair Trade Commission, Guidelines for Interpretation on the Stipulation that "The Effect May Be Substantially to Restrain Competition in a Particular Field of Trade" Concerning M&A, (December 21, 1998), p. 10.

ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่แข่งขันกับห้างสรรพสินค้า (department stores) โดยตรง ดังนั้นจึงกำหนดให้ตลาดประกอบด้วยร้านค้าปลีกขนาดใหญ่และห้างสรรพสินค้าโดยถือเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>483</sup>

ตัวอย่างที่ 3 กระดาษ (FY 1993) อุตสาหกรรมกระดาษทั้งหมดถือเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด อีกด้านหนึ่ง กระดาษแต่ละชนิดมีลักษณะเฉพาะของตัวเอง เช่น กระดาษเคลือบสารขจัดคราบ (cast-coated paper) มีเครื่องมือในการผลิตแตกต่างจากกระดาษประเภทอื่นๆ และราคาแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ กระดาษวาดเขียน (art paper) และกระดาษเคลือบ (coated paper) มีหน้าที่และประโยชน์แตกต่างกันหากจากกันตามกลุ่มผู้ใช้เนื่องจากมีคุณภาพและการนำไปใช้ (application) ต่างกัน นอกจากนี้ยังมีราคาต่างกันอย่างมาก และการใช้กระดาษหลายแบบทดแทนกันแตกต่างกันน่าจะถูกจำกัดด้านอุปทาน ดังนั้น จึงกำหนดให้กระดาษเคลือบสารขจัดคราบ กระดาษวาดเขียน และกระดาษเคลือบอยู่คนละขอบเขตการค้าที่กำหนดกัน<sup>484</sup>

ตัวอย่างที่ 4 ระบบโทรศัพท์มือถือส่วนบุคคล (personal handyphone system: PHS) และระบบโทรศัพท์ทางไกล (cellular telephone) (FY 1994) โทรศัพท์ทั้ง 2 ระบบมีค่าบริการพื้นฐาน ค่าการสื่อสาร (communication charges) และราคาเครื่อง (terminal prices) แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของโทรศัพท์ทั้ง 2 ระบบเหมือนกันยกเว้นความเร็วในการส่งข้อมูลและขอบเขตพื้นที่ให้บริการ นอกจากนี้ค่าบริการและค่าสื่อสารของ cellular telephone อาจเท่ากับระดับของ PHS ในอนาคตเนื่องจากค่าใช้จ่ายในการตั้งสถานีฐาน (base stations) ในปัจจุบันมีแนวโน้มลดลง ราคาของเครื่องรับสัญญาณ (terminal) โทรศัพท์ cellular telephone ก็ลดลงด้วย แม้ว่าพื้นที่บริการของระบบ PHSs จะถูกจำกัดตั้งแต่เริ่มแรกส่งผลให้พื้นที่บริการขยายตัวเพิ่มขึ้นเกือบเท่าขนาดพื้นที่ให้บริการของ cellular telephone ดังนั้น การแยกระบบ cellular telephone ออกจากระบบ PHSs น่าจะลดลงเนื่องจากปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ จึงกำหนดค่าบริการของทั้งระบบ cellular telephone และระบบ PHSs เป็นขอบเขตการค้าที่กำหนดเดียวกัน<sup>485</sup>

ตัวอย่างที่ 5 คดี Chuoseni-Teikokuseima case เป็นคดีควมรวมกิจการระหว่างบริษัท 2 บริษัทซึ่งถือครองส่วนแบ่งในตลาดเชือกเส้นใยป่าน (hemp yarn rope) มากกว่า 70% อย่างไรก็ตามถ้ารวมเชือกที่ทำจากเส้นใยป่านและเส้นใยเคมี (chemical fibre) อยู่ในตลาดเดียวกันแล้ว ส่วนแบ่งตลาดของ 2 บริษัทนี้จะต่ำกว่า 10% คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมเห็นว่าเชือกที่ทำจากเส้นใยป่านและเส้นใยเคมีสามารถใช้ทดแทนกันได้ (interchangeable) และตัดสินว่าการควมรวมกิจการดังกล่าวไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย<sup>486</sup>

**2) ตลาดภูมิศาสตร์ (Geographical Market)** แม้ผู้ประกอบการหลายรายทำธุรกิจอย่างเดียวกันแต่อาจไม่แข่งขันกัน ถ้าอยู่ห่างไกลกันมาก ตลาดภูมิศาสตร์เป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์

<sup>483</sup> Ibid., p. 11.

<sup>484</sup> Ibid., p. 11.

<sup>485</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>486</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 93.

(graphical area) ที่ผู้ประกอบการแข่งขันกันซึ่งขอบเขตตลาดไม่อาจใช้วิธีเดียวกัน (uniformly) กับทุกคดีได้ โดยทั่วไปตลาดภูมิศาสตร์ในธุรกิจค้าปลีกมีขอบเขตแคบขณะที่ผู้ผลิตและธุรกิจค้าส่งมีขอบเขตกว้าง<sup>487</sup> ถ้าสินค้านั้นวางขายทั่วประเทศ (nationwide) และค่าขนส่งต่ำมักกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์อย่างกว้างเป็นทั่วประเทศหรือถ้าเขตภูมิศาสตร์ที่ถูกจำกัดซึ่งลูกค้าไม่อาจเปลี่ยนไปหาผู้ประกอบการที่อยู่นอกเขตนั้นได้ ก็จะกำหนดตลาดภูมิศาสตร์เป็นพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งโดยมีเฉพาะสินค้าหรือบริการที่ขายในเขตนั้นเท่านั้น<sup>488</sup> ตลาดภูมิศาสตร์ของผู้ขายมีขอบเขตไม่แน่นอน เพราะไม่ได้จำกัดเฉพาะพื้นที่ที่มีการขายจริงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพื้นที่ภูมิศาสตร์อื่น ๆ ที่สัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงราคาด้วย ดังนั้น การวิเคราะห์การแข่งขันในตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง คือ ส่วนหนึ่งของประเทศซึ่งผู้ประกอบการสามารถขึ้นราคาโดยไม่ดึงดูดผู้ขายรายใหม่เข้ามาแข่งขันหรือลูกค้าจำนวนมากไม่อาจหันไปหาผู้ประกอบการรายอื่นที่อยู่นอกตลาดนั้นได้<sup>489</sup>

การกำหนดตลาดภูมิศาสตร์ตามแนวปฏิบัติการรวมกิจการ ขอบข่ายทางภูมิศาสตร์ (geographic range) ของขอบเขตการค้าที่กำหนด (a particular field of trade) จะถูกกำหนดด้วยเขตพื้นที่ (region) ที่ราคาเพิ่มขึ้นหรือการเปลี่ยนแปลงสภาพการค้าเหมือนกันซึ่งกำหนดตามขอบข่ายของสินค้า ผู้ผลิตในอีกเขตหนึ่งอาจเป็นปัจจัยซึ่งป้องกันมิให้ ราคา ปริมาณหรือสิ่งต่างๆในเขตพื้นที่แรกเปลี่ยนแปลงได้อย่างอิสระ เนื่องจากผู้บริโภคอาจซื้อสินค้าจากผู้ผลิตในอีกพื้นที่หนึ่งทดแทน เช่น เมื่อราคาในเขตพื้นที่ ก. เพิ่มขึ้น หากผู้ผลิตในเขตพื้นที่ ข. อาจป้องกันมิให้ราคาในเขตพื้นที่ ก. เพิ่มขึ้น เพราะคาดได้ว่าผู้ใช้ในเขตพื้นที่ ก. จะหันไปซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ผลิตในเขตพื้นที่ ข. แทนซึ่งอาจถือได้ว่าเขตพื้นที่ ก. และข. อยู่ในขอบข่ายภูมิศาสตร์เดียวกัน เช่นเดียวกับกรณีการกำหนดขอบข่ายของสินค้า กรณีที่ขอบข่ายทางภูมิศาสตร์ถูกกำหนดเป็นทั้ง เขตพื้นที่ ก. และเขตพื้นที่ ข. ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเขตพื้นที่ ก. โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าผู้ใช้อยู่ในเขตพื้นที่ ข. มีแนวโน้มที่จะซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขายที่อยู่ในเขตพื้นที่ ข.<sup>490</sup> ในขณะเดียวกัน แม้ว่าพื้นที่ทางธุรกิจของผู้ซื้อและผู้ขายขยายขอบเขตไปต่างประเทศ แต่การแข่งขันตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นจะจำกัดเฉพาะการแข่งขันภายในประเทศญี่ปุ่นเท่านั้น ดังนั้น จุดสนใจของการตรวจสอบจะเน้นขอบเขตของการทำกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ค้าขายภายในประเทศเท่านั้น ส่งผลให้โดยทั่วไปขอบเขตการค้าที่กำหนดไม่รวมการส่งออกซึ่งเป็นด้านอุปทานของสินค้า<sup>491</sup> การส่งออกถือ

<sup>487</sup> Ibid., p. 93.

<sup>488</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, pp. 1-2.

<sup>489</sup> Ibid., p. 2.

<sup>490</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part II.3.

<sup>491</sup> Ibid., Part II.3.

เป็นคนละตลาด<sup>492</sup> การกำหนดขอบข่ายทางภูมิศาสตร์ของตลาดจะพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ<sup>493</sup> เช่น อาณาเขตพื้นที่ธุรกิจของผู้ขาย หรือพื้นที่ทางธุรกิจของผู้ซื้อต่าง ๆ ลักษณะของสินค้า ประเภทการขนส่งและค่าขนส่งและปัจจัยอื่น ๆ รวมถึง ของผู้ขาย ระยะทางไกลเพียงใดที่ผู้ซื้อจะเดินทางไปซื้อสินค้าลักษณะของสินค้า และวิธีการและค่าขนส่ง<sup>494</sup>

(1) ขอบเขตของพื้นที่ธุรกิจของผู้ซื้อหรือผู้ขาย โดยปกติกำหนดจากผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าจากพื้นที่ธุรกิจ (business area) เช่น เครือข่ายการกระจายสินค้าหรือช่องทางจำหน่ายสินค้าของผู้ขาย ความสามารถในการจัดหาสินค้าป้อนตลาด (supplying) สินค้าของผู้ขาย และพื้นที่โดยรอบ (area around) ซึ่งผู้ใช้ซื้อสินค้า หรือพฤติกรรมกรซื้อสินค้าหรือบริการของผู้ใช้ ฯลฯ อาจพิจารณาจากเขตพื้นที่ของผู้ขาย (suppliers) ใดที่ผู้ใช้ซื้อสินค้าเมื่อราคาสินค้าในเขตพื้นที่นั้นเพิ่มขึ้นในอดีต<sup>495</sup>

(2) ลักษณะของสินค้า เช่น ความคงทนน่าเสียวากหรือง่าย น้ำหนักของสินค้าและความเปราะ (fragility) ส่งผลต่อขอบข่ายการขนส่งหรือความยากลำบากในการขนส่ง ซึ่งผู้บริโภคสามารถสามารถซื้อสินค้าได้โดยทั่วไป<sup>496</sup>

(3) วิธีการขนส่งและค่าขนส่ง ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างค่าขนส่งกับมูลค่าสินค้า หรือเปรียบเทียบระหว่างค่าขนส่งกับส่วนต่างของราคาระหว่างพื้นที่ต้นทางกับปลายทางพิจารณาขนาดของเขตพื้นที่ซึ่งผู้ใช้สามารถซื้อสินค้าได้จากพื้นที่ต่าง ๆ ทั่วไป<sup>497</sup>

(4) ปัจจัยอื่น ๆ ขึ้นอยู่กับการค้าระหว่างกลุ่มบริษัทและคู่ค้า ความสามารถในการผลิตด้านอุปทาน เครือข่ายหรือช่องทางจัดจำหน่ายและพื้นที่ธุรกิจอื่น<sup>498</sup> ระดับการค้าหรือระดับการกระจายสินค้า (distribution level) เช่น ระดับการผลิต ระดับการค้าส่งและระดับการค้าปลีก ลักษณะเฉพาะของคู่ค้าแต่ละราย ฯลฯ ซึ่งนำมาพิจารณากำหนดขอบเขตการค้าที่กำหนดด้วยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับขอบข่ายของสินค้าและขอบข่ายทางภูมิศาสตร์<sup>499</sup>

<sup>492</sup> Fair Trade Commission, Guidelines for Interpretation on the Stipulation that "The Effect May Be Substantially to Restrain Competition in a Particular Field of Trade" Concerning M&A, December 21, 1998, p. 12.

<sup>493</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part II.3.

<sup>494</sup> Amemiya, Kei, "Japan Fair Trade Commission's New Merger Review Guideline" (August 2004), p. 2.

<sup>495</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part II.3.(1)

<sup>496</sup> Ibid., Part II.3.(2)

<sup>497</sup> Ibid., Part II.3.(3)

<sup>498</sup> Fair Trade Commission, Guidelines for Interpretation on the Stipulation that "The Effect May Be Substantially to Restrain Competition in a Particular Field of Trade" Concerning M&A, December 21, 1998, p. 12.

<sup>499</sup> Ibid., p. 13 and Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part II.4.



ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้บริโภคซึ่งค้าขายสินค้า ก. กับกลุ่มบริษัทเป็นลูกค้าขนาดใหญ่ (large-scale customers) และลูกค้าขนาดเล็ก (small-scale customers) และลักษณะเฉพาะของสภาพการค้าขาย (peculiar) ปรับใช้ได้ต่อบกลุ่มลูกค้า ในกรณีดังกล่าวราคาสินค้า ก. สำหรับลูกค้าขนาดเล็กเพิ่มขึ้น ลูกค้าไม่สามารถซื้อสินค้า ก. สำหรับลูกค้าขนาดใหญ่เนื่องจากข้อจำกัดด้านการขนส่ง และข้อจำกัดต่าง ๆ และสินค้า ก. สำหรับลูกค้าขนาดใหญ่ไม่สามารถป้องกันมิให้ราคาสินค้า ก. ของกลุ่มลูกค้าขนาดเล็กเพิ่มขึ้นได้แล้วขอบเขตการค้าที่กำหนดของลูกค้าขนาดใหญ่และลูกค้าขนาดเล็กถูกกำหนดเป็นคนละแห่งกัน<sup>500</sup>

นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาความแตกต่างของเครื่องมือเครื่องจักร (facility) ในการผลิตหรือจัดหาสินค้าหรือบริการหรือค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยน (switching costs) เครื่องมือเครื่องจักรด้วย ถ้าจำเป็นต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายเพื่อปรับเปลี่ยนเครื่องมือในการผลิตหรือจัดหาสินค้าหรือบริการหรือใช้เวลาและค่าใช้จ่ายสำหรับเครือข่ายการกระจายสินค้า (distribution network) น้อยมากสินค้าทั้งสองอาจจัดอยู่ในขอบเขตการค้าที่กำหนดเดียวกัน<sup>501</sup> โดยสรุปคือ ถ้าใช้เวลาในการปรับเปลี่ยนเครื่องมือหรือค่าใช้จ่ายต่ำอาจถือว่าสินค้าทั้งสองอยู่ในตลาดเดียวกันแต่ถ้าจำเป็นต้องใช้เวลาในการปรับเปลี่ยนเครื่องมือนานมากหรือค่าใช้จ่ายสูงอาจถือว่าสินค้าทั้งสองอยู่คนละตลาดกัน

การกำหนดตลาดทางภูมิศาสตร์เป็นการกำหนดเพื่อที่จะจำกัดขอบเขตของอำนาจตลาดโดยพิจารณาข้อจำกัดทางภูมิศาสตร์ของตลาดสินค้า ตลาดภูมิศาสตร์ถูกกำหนดเพื่อที่จะจำกัดระดับความสามารถที่จะควบคุมราคาของผู้ขายสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่ง ซึ่งแนวปฏิบัติกรรวมกิจการได้กำหนดพื้นที่ทางธุรกิจของผู้ขายหรือระยะทางซึ่งผู้บริโภคเดินทางไปเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการโดยพิจารณาจากพื้นที่ทางธุรกิจหรือความสามารถในการส่งสินค้าหรือบริการ (supply capability) เช่น ช่องทางการจำหน่ายของผู้ผลิตเป็นต้น ในกรณีที่ราคาสินค้าเพิ่มขึ้นต้องพิจารณาว่าผู้บริโภคจะซื้อสินค้าหรือบริการจากที่ใด ลักษณะของสินค้า เช่น ความยากง่ายในการเก็บรักษา ความสดของสินค้า ความแตกหักง่าย (fragile) น้ำหนักของสินค้า ค่าใช้จ่ายในการจัดจำหน่ายและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง (associate costs) สัดส่วนของต้นทุนการจำหน่ายสูงกว่าราคาสินค้าอย่างมากหรือไม่ ราคาของสินค้าสูงกว่าสินค้าอีกอย่างหนึ่งหรือไม่ ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ ต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดตลาดภูมิศาสตร์<sup>502</sup>

ตลาดภูมิศาสตร์อาจเป็นตลาดทั่วประเทศ (national market) และตลาดท้องถิ่น (local market) กำหนดโดยลักษณะของพื้นที่ขนาดเล็กแห่งใดแห่งหนึ่ง หรือพื้นที่ซึ่งกำหนดกลุ่มผู้บริโภคเป้าหมายไว้ล่วงหน้า (predetermined) ถ้ามีการนำเข้าจากต่างประเทศขอบเขตตลาดภายในประเทศ ญี่ปุ่นขยายขอบเขตมากขึ้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาสินค้าในตลาดโลกและไม่จำกัดเฉพาะตลาด

<sup>500</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part II.4.

<sup>501</sup> Ibid., Part II.4.

<sup>502</sup> Seryo, Singo, "Training course on competition law and policy: cartel and bid rigging, faculty of law," Doshisha University, Japan International Cooperation Agency, p. 16.

ระดับประเทศหรือตลาดท้องถิ่นเท่านั้น เนื่องจากสินค้านำเข้ามักทำให้สินค้าในท้องถิ่นมีการแข่งขันมากขึ้น<sup>503</sup>

การจัดประเภทตลาด เนื่องจากตลาดเป็นสถานที่ซึ่งกลุ่มผู้ขายและกลุ่มผู้ซื้อติดต่อกันขายกันอยู่ในพื้นที่ภูมิศาสตร์และมีการจำกัดการแข่งขัน น่าจะเป็นตลาดสินค้าที่ถูกแบ่งเป็นตลาดขนาดเล็กในพื้นที่นั้น<sup>504</sup>

(1) ตลาดอาจแบ่งเป็นตลาดสินค้าทั้งหมดในอุตสาหกรรมหรือเป็นสินค้าบางส่วนในอุตสาหกรรม สินค้าชนิดเดียวกันอาจจัดเป็นสินค้าตลาดสินค้าสำเร็จรูป (finished product market) หรือตลาดสินค้ากึ่งสำเร็จรูป (semi-finished product market) ก็ได้

(2) ตลาดสินค้าใดที่มีผู้บริโภคและคู่ค้าแตกต่างกัน ตลาดมีขนาดใหญ่สำหรับผู้ซื้อที่ซื้อสินค้าปริมาณมาก และตลาดมีขนาดเล็กสำหรับผู้ซื้อที่ซื้อสินค้าปริมาณน้อย

(3) ตลาดสินค้าอาจแบ่งเป็นตลาดผู้ผลิต ตลาดค้าส่ง และตลาดค้าปลีก ตามระดับชั้นการผลิตต่างๆ การพิสูจน์การแข่งขันและกิจกรรมการตลาดของผู้ผลิตและถือเป็นการจัดกลุ่มทางอุตสาหกรรม

ตัวอย่างการกำหนดขอบเขตการค้าที่กำหนดด้วยขอบข่ายทางภูมิศาสตร์ด้วยเกณฑ์พื้นที่ธุรกิจของผู้ขาย หรือพื้นที่ทางธุรกิจของผู้ซื้อต่างๆ ลักษณะของสินค้า ประเภทการขนส่งและค่าขนส่ง

ตัวอย่างที่ 1 คอนกรีตผสมเสร็จ (ready-mixed concrete) (FY 1995) มีลักษณะสินค้า คือ หลังจากเริ่มผสมแล้วต้องเท (poured) ภายใน 90 นาที การขนส่งจึงถูกจำกัดด้วยเวลา ดังนั้น ขอบข่ายของกลุ่มผู้ใช้ (ผู้รับเหมาก่อสร้าง) และกลุ่มผู้ขายถูกกำหนดด้วยเวลาและระยะทาง เนื่องจากการดำเนินงาน (cooperative) ของผู้ผลิตคอนกรีตผสมเสร็จถูกกำหนดขึ้นตามข้อจำกัดดังกล่าว ดังนั้น ขอบเขตการค้าจึงกำหนดจากการประกอบการของผู้ผลิตและขายคอนกรีตผสมเสร็จตามลักษณะของคอนกรีตผสมเสร็จ<sup>505</sup>

ตัวอย่างที่ 2 ซีเมนต์ (cement) (FY 1994) ผู้ผลิตใหญ่ 5 ราย รวมทั้งผู้ผลิตรายอื่นๆ ดำเนินกิจการโดยทำธุรกิจทั่วประเทศ (nationwide business operations) และผู้ผลิตเหล่านี้ขายซีเมนต์ทั้งขายเองโดยลำพังและขายร่วมกับบริษัทอื่น ดังนั้น พื้นที่ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันคือ ตลาดญี่ปุ่นทั้งหมด อีกด้านหนึ่ง ซีเมนต์มีน้ำหนักมากและมีค่าขนส่งคิดเป็นสัดส่วนสูงกว่าราคาขายส่งผลให้ระบบการขนส่งและการขายซีเมนต์ของผู้ผลิตโดยทั่วไปแบ่งตามสาขาต่างๆ (administrative branches) ซึ่งดำเนินการในเขตพื้นที่ Hokkaido, Tohoku, Kanto, Tokai, Hokuriku, Kinki,

<sup>503</sup> Ibid., p. 16.

<sup>504</sup> Ibid., p. 16.

<sup>505</sup> Fair Trade Commission, Guidelines for Interpretation on the Stipulation that "The Effect May Be Substantially to Restrain Competition in a Particular Field of Trade" Concerning M&A, December 21, 1998, p. 12.

Chugoku, Shikoku, Kyushu และ Okinawa ดังนั้น จึงกำหนดว่าการขายซีเมนต์ทั่วประเทศและกำหนดเขตพื้นที่แต่ละแห่งเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>506</sup>

ตัวอย่างที่ 3 บริษัทค้าส่งในตลาดค้าส่ง (FY 1996) มีบริษัท 5 แห่งประกอบกิจการในการค้าดอกไม้ (florist sectors) ในตลาดค้าส่งท้องถิ่นพยายามที่จะรวมกิจการเข้าเป็นสองบริษัทเพื่อที่จะเข้าสู่ตลาดค้าส่งส่วนกลาง มีผู้ค้าปลีกที่ได้จดทะเบียนกับบริษัททั้ง 5 รวมกันทั้งหมด 78.1% ที่กระจายกันอยู่ในรัศมี 20 กม. ดังนั้นจึงกำหนดภาคการค้าส่งดอกไม้ในรัศมี 20 กม. จากศูนย์กลางของตลาดใหม่เป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>507</sup>

ตัวอย่างที่ 4 ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ (mass retail stores) (FY 1993) ในการควบรวมกิจการระหว่างผู้ค้าปลีกขนาดใหญ่ระดับประเทศ (national mass retailer) และผู้ค้าปลีกระดับท้องถิ่น (regional mass retailer) เนื่องจากร้านค้าปลีกขนาดใหญ่ในเมือง Fukuoka กระจุกตัวอยู่ในส่วนกลางของเมือง Fukuoka โดยไม่มีการกำหนดพื้นที่ของหน่วยงานปกครอง (administrative wards) นอกจากนี้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงร้านค้าได้เกือบทั่วเมือง Fukuoka รอบๆเมือง Fukuoka และเขตชุมชนต่างๆ ดังนั้น จึงกำหนดให้เมือง Fukuoka ถือเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>508</sup>

#### ตัวอย่างการกำหนดขอบเขตการค้าที่กำหนดด้วยเกณฑ์อื่น

ตัวอย่างที่ 1 ผู้ผลิตสินค้าบริโภค (consumer good manufacturers) (FY 1995) กรณีผู้ผลิตรถยนต์ที่ได้หันของผู้ผลิตรถยนต์อีกรายหนึ่ง เนื่องจากผู้ผลิตรถยนต์ในประเทศได้สร้างช่องทางกระจายสินค้าหรือช่องทางจัดจำหน่าย (distribution channel) เพื่อขายรถยนต์และบริษัทที่ได้พัฒนาสินค้าและโฆษณาให้ผู้ใช้ (final users) จึงกำหนดให้ผู้ผลิตและขายรถยนต์ (จำหน่ายจากผู้ผลิตผ่านทางผู้จัดจำหน่ายไปยังผู้ใช้) ถือเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>509</sup>

ตัวอย่างที่ 2 บริษัทจัดจำหน่าย (sales company) (FY 1987) ในการควบรวมกิจการระหว่างบริษัทต่างๆที่จำหน่ายเครื่องแต่งตัว (toiletry products) ให้กับผู้ผลิตโดยเฉพาะกำหนดให้ขายผ่านทางขายตรง (direct sales route) ไปยังร้านค้าปลีกและค้าส่ง (wholesale route) ผ่านตัวแทน (เรียกว่า ผู้ค้าส่งลำดับรอง (secondary wholesalers)) หรือบุคคลอื่น เครื่องแต่งตัวส่วนใหญ่ถูกขายผ่านทางขายตรง ผ่านตัวแทนหรือบุคคลอื่นที่แข่งขันกับบริษัทจัดจำหน่ายในการจำหน่ายไปยังร้านค้าปลีก ดังนั้น จึงกำหนดให้การขายเครื่องแต่งตัวของผู้ผลิตทุกรายไปยังร้านค้าปลีกเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>510</sup>

ตัวอย่างที่ 3 อุตสาหกรรมค้าส่งยา (pharmaceutical wholesaling industry) (FY 1997) ในการควบรวมกิจการระหว่างผู้ค้าส่งยา ขณะที่การขายยาได้โดยไม่ต้องมีใบสั่งยา (over-the-counter) ส่วนใหญ่ร่วมกันขายผ่านทางผู้ค้าส่ง มีผู้ผลิตบางรายขายให้ร้านค้าปลีกโดยตรง ดังนั้น จึงกำหนดใน

<sup>506</sup> Ibid., p. 12.

<sup>507</sup> Ibid., p. 13.

<sup>508</sup> Ibid., p. 13.

<sup>509</sup> Ibid., p. 13.

<sup>510</sup> Ibid., p. 13.

ตอนเริ่มแรกว่าการขายให้ผู้ค้าปลีกผ่านผู้ค้าส่งเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด นอกจากนี้ยังกำหนดให้การขายให้ผู้ค้าปลีกรวมถึงกรณีผู้ผลิตขายให้ผู้ค้าปลีกโดยตรงด้วยที่ถือเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>511</sup>

ตัวอย่างที่ 4 บริษัทค้าส่งในตลาดค้าส่ง (wholesaling companies in a wholesaler market) (FY 1996) บริษัทสองบริษัทซึ่งดำเนินการในภาคการค้าดอกไม้ (florist sectors) ของตลาดค้าส่งท้องถิ่นพยายามที่จะก่อตั้งบริษัทลงทุนร่วมกัน (joint investment company) และแบ่งเขตการขนส่ง (transfer portions) ของธุรกิจของบริษัททั้งสองไปให้บริษัทที่ลงทุนร่วมกัน ผู้ค้า (vendors) ที่จดทะเบียนกับบริษัททั้งสองซื้อจากบริษัทในบริเวณใกล้เคียงโดยตรงและนายหน้าตัวแทน (brokers) ค้าส่งในตลาดด้วย ดังนั้น จึงกำหนดให้การค้าส่งดอกไม้ของบริษัทต่างๆ ไปให้ผู้ค้าปลีกรวมถึงการทำธุรกรรมเหล่านี้ถือเป็นขอบเขตการค้าที่กำหนด<sup>512</sup>

ตัวอย่างที่ 5 ผู้ใช้เฉพาะเจาะจงที่มีอยู่ (existence of specialized users) (FY 1995) เมื่อบริษัทต่างๆ ที่ผลิตและขายสินค้า ก. ก่อตั้งบริษัทขายร่วมกัน (joint sales company) เพื่อขายสินค้า ก. เพื่อการใช้ (application) A สินค้า ก. ไม่สามารถจัดประเภทตามผู้ใช้ด้วยกระบวนการประกอบชิ้นส่วน (assembly) และกระบวนการผลิตได้ ขณะที่การใช้ A มีผู้ใช้ทั่วประเทศเป็นลูกค้า ผู้ใช้ที่นำไปใช้ B และ C ถูกจำกัดด้วยการจดทะเบียนในเวลาที่ยขาย นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลง (conversion) การใช้จาก B และ C ไปใช้ A และในทางกลับกันไม่อาจทำได้และสินค้าอย่างหนึ่ง (product line) ของบริษัทใหม่ถูกจำกัดให้ขายเพื่อใช้ A ดังนั้นจึงกำหนดการขายเพื่อใช้ A B และ C เป็นขอบเขตการค้าที่กำหนดแต่ละแห่งกัน<sup>513</sup>

การตรวจสอบเชิงปริมาณนี้ (quantitative test) เป็นเพียงแนวปฏิบัติทั่วไปซึ่งการขึ้นตอนการดำเนินการของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมเนียมในการสอบสวนคดีการรวมกิจการและได้มาซึ่งหุ้น ซึ่งไม่ได้เป็นเกณฑ์ที่ใช้ตัดสินว่าโดยสรุปว่าการแข่งขันในตลาดลดลงอย่างมากและอาจจำเป็นต้องใช้วิธีการอย่างอื่นในการตัดสินว่าเกิดการจำกัดการแข่งขันอย่างมากหรือไม่ อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวก็เป็นจุดเริ่มต้นที่ดี แม้ว่าไม่ได้เป็นการตรวจสอบที่จะสรุปได้ว่าการผูกขาดที่จำกัดการแข่งขันอย่างมาก<sup>514</sup>

โครงสร้างตลาดและอำนาจตลาด การประเมินอำนาจตลาดของผู้ประกอบการอาจประเมินจากข้อมูลทางสถิติ ได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องในตลาดภูมิศาสตร์แต่ละแห่ง ส่วนแบ่งตลาดโดยเฉลี่ยในตลาดภูมิศาสตร์แต่ละแห่ง ระดับการกระจุกตัวของผู้ประกอบการ 4 รายในอุตสาหกรรม (Four-Firm Concentration) และค่าดัชนี HHI ส่วนต่างระหว่างราคากับต้นทุน

<sup>511</sup> Ibid., pp. 13-14.

<sup>512</sup> Ibid., p. 14.

<sup>513</sup> Ibid., p. 14.

<sup>514</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 94-95.



ของอุตสาหกรรม ส่วนต่างระหว่างราคากับต้นทุนของผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง และการนำเข้าสินค้าที่เกี่ยวข้อง<sup>515</sup>

ส่วนแบ่งตลาด เป็นเครื่องมือสำคัญในการประเมินการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดที่เกี่ยวข้อง แสดงถึงสถานะของผู้ประกอบการในตลาด ส่วนใหญ่มักคำนวณส่วนแบ่งตลาดในอดีต (โดยประเมินจากปริมาณการผลิตหรือยอดขาย) เป็นตัวตั้งแล้วหารด้วยการผลิตหรือยอดขายทั้งหมดในพื้นที่ที่กำหนด<sup>516</sup> ซึ่งในแนวปฏิบัติกำหนดให้หาส่วนแบ่งตลาดจากสัดส่วนของปริมาณการขาย (sales quantity) ในกรณีของผู้ผลิตต่อปริมาณการขายทั้งหมดในขอบเขตการค้าที่กำหนด อย่างไรก็ตาม กรณีที่ราคาสินค้าแตกต่างกันมากและความสำเร็จของการขายโดยทั่วไปวัดจากจำนวนเงิน (monetary base) จึงไม่สามารถคำนวณส่วนแบ่งตลาดโดยใช้จำนวน (share base) สินค้าได้ก็จะคำนวณโดยใช้มูลค่ายอดขาย (amount of sales)<sup>517</sup>

เมื่อมีการนำเข้าสินค้าหรือบริการเพื่อผู้ใช้ในประเทศ ส่วนแบ่งตลาดของสินค้าหรือบริการที่นำเข้ามาจะถูกรับคำนวณเป็นส่วนแบ่งตลาดในประเทศ<sup>518</sup>

กรณีที่มีกำลังการผลิตส่วนเกินซึ่งเกี่ยวข้องกับสัดส่วนของการส่งออกหรือการบริโภคภายในประเทศ (in-house consumption) หรือการบริโภคภายในประเทศถือเป็นยอดขายในประเทศ (domestic market) และขยายรวมถึงส่วนแบ่งตลาดที่โต้ตอบอุปสงค์ในประเทศ (domestic demand) ซึ่งกรณีดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณากำลังการผลิตส่วนเกิน (excess capacity) ด้วย<sup>519</sup>

ประเมินการกระจุกตัว ดัชนี Herfindahl-Hirschman Index: HHI เป็นดัชนีที่ใช้ในการประเมินการกระจุกตัวของตลาดเป็นการนำส่วนแบ่งของผู้ประกอบการมาวัดการกระจุกตัวเพื่อหาขนาดการกระจุกตัวในตลาดผู้ขายน้อยราย คำนวณโดยนำส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการแต่ละรายยกกำลังสองมารวมกัน เช่น ในตลาดมีผู้ประกอบการ 10 ราย แต่ละรายมีส่วนแบ่งตลาดเป็นยอดขาย 10% เท่ากัน  $10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2+10^2 = 1,000$

<sup>515</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 2.

<sup>516</sup> Ibid., p. 2 and Mehra, Salil K., "Symposium on competition law and policy in developing countries article: same plant, different soil: Japan's new merger guidelines," Northwestern Journal of International Law and Business 26 (Spring, 2006), p. 519

<sup>517</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part IV.1.(3).(Note 4)

<sup>518</sup> Ibid., Part IV.1.(3).(Note 4)

<sup>519</sup> Ibid., Part IV.1.(3).(Note 4)

การคำนวณหาส่วนต่างของต้นทุนกับราคา (price-cost margin) และความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา (price elasticity of demand) ในแต่ละตลาดจำเป็นต้องคำนวณโดยพิจารณาโครงสร้างตลาดด้วย<sup>520</sup>

ในแนวปฏิบัติได้นำเอาดัชนี HHI มาประเมินการกระจุกตัวของตลาด ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงระดับการกระจุกตัวที่แน่นอนและนัยสำคัญของผู้ประกอบการรายใหญ่ในตลาด<sup>521</sup> โดยกรณีที่โครงสร้างตลาดไม่ใช่ตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopolistic) ค่าดัชนี HHI หลังการรวมกิจการต่ำกว่า 1000 ค่าดัชนี HHI คำนวณได้โดยเอาส่วนแบ่งของทุกบริษัทในขอบเขตการค้าที่กำหนดยกกำลังสองแล้วมารวมกัน ประเมินว่าค่า HHI ต่ำกว่า 1000 หรือไม่ หากไม่สามารถระบุส่วนแบ่งตลาดของทุกบริษัทได้ก็ประเมินจากการศึกษาการกระจุกตัวของการผลิตโดยคำนวณค่า HHI จากสูตร<sup>522</sup>

$$HHI = 69.5 \times \text{ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่ 3 รายแรก} - 2344.4$$

อย่างไรก็ตามจะไม่ใช้กับกรณีที่ค่า HHI และส่วนแบ่งตลาดที่มากกว่า 1000 อย่างชัดเจน<sup>523</sup>

โดยกรณีที่โครงสร้างตลาดไม่ใช่ตลาดผู้ขายน้อยรายอย่างมาก (highly oligopolistic) ค่าดัชนี HHI หลังการรวมกิจการต่ำกว่า 1800 ค่าดัชนี HHI คำนวณได้โดยเอาส่วนแบ่งของทุกบริษัทในขอบเขตการค้าที่กำหนดยกกำลังสองแล้วมารวมกัน ประเมินว่าค่า HHI ต่ำกว่า 1800 หรือไม่ หากไม่สามารถระบุส่วนแบ่งตลาดของทุกบริษัทได้ก็ประเมินจากการศึกษาการกระจุกตัวของการผลิตโดยคำนวณค่า HHI จากสูตร<sup>524</sup>

$$HHI = 69.5 \times \text{ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่ 3 รายแรก} - 2344.4$$

อย่างไรก็ตามจะไม่ใช้กับกรณีที่ค่า HHI และส่วนแบ่งตลาดที่มากกว่า 1800 อย่างชัดเจน<sup>525</sup>

**สภาพการเข้าสู่ตลาด (market entry condition) หรือโอกาสการแข่งขัน (potential competition)** เป็นประเด็นสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณา เมื่อผู้ประกอบการอื่นสามารถเริ่มแข่งขันทำ

<sup>520</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 3.

<sup>521</sup> Ibid., p. 2 and Mehra, Salil K., "Symposium on competition law and policy in developing countries article: same plant, different soil: Japan's new merger guidelines," Northwestern Journal of International Law and Business 26: 519

<sup>522</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part IV.1.(3).(Note 5)

<sup>523</sup> Ibid., Part IV.1.(3).(Note 5)

<sup>524</sup> Ibid., Part IV.2.F.(a).(Note 7)

<sup>525</sup> Ibid., Part IV.2.F.(a).(Note 7)

ธุรกิจตามปกติ ถ้าผู้ประกอบการอื่นสามารถแข่งขันได้โดยไม่ต้องเปลี่ยนแปลงเครื่องมือหรือเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตหรือไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนรูปแบบการทำธุรกิจอย่างมากหรือไม่มีค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนจำนวนมากโดยพิจารณาจำนวนคู่แข่งในตลาดโดยเฉพาะคู่แข่งที่น่าจะแข่งขันได้ อย่างไรก็ตาม การแข่งขันขึ้นอยู่กับลักษณะการทำผิดด้วย<sup>526</sup>

หลังจากพิจารณาส่วนแบ่งตลาดและวัดการกระจุกตัวแล้ว จึงค่อยพิจารณาสภาพการเข้าสู่ตลาด ส่วนแบ่งตลาดแทบจะไม่ได้ถูกประเมิน (evaluate) แยกจากตลาดเมื่อวัด (measuring) อำนาจตลาดของจำเลย ส่วนแบ่งตลาดถูกประเมินจากปัจจัยต่างๆ เช่น การเข้าสู่ตลาด ขนาดและส่วนแบ่งตลาดคงที่ (stability) เป็นเวลานาน โดยการเข้าสู่ตลาดมักเป็นปัจจัยสำคัญที่สุด ถ้าเข้าสู่ตลาดได้ง่ายทำให้มีอำนาจผูกขาดได้ยากแม้ว่าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดมากเนื่องจากการเข้าสู่ตลาดจะควบคุมราคาให้อยู่ในระดับแข่งขัน<sup>527</sup>

ข้อโต้แย้งทางวิชาการให้ความสำคัญกับแนวทาง 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก กำหนดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเพื่อจำกัดตลาดซึ่งผู้มีอำนาจสามารถตั้งราคาผูกขาดได้โดยไม่ต้องดูคู่แข่งรายใหม่ให้เข้ามาแข่ง และแนวทางที่ 2 กำหนดอุปสรรคเป็นผลตอบแทนจากการเพิ่มขนาดการผลิต (increasing return to scale)<sup>528</sup>

ในคดีผูกขาดต้องพิจารณาการเข้าสู่ตลาดของรายใหม่ แต่ในคดีรวมหัวกำหนดราคา (cartel) ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเนื่องจากผู้ประกอบการรายใหม่รายเดียวไม่สามารถสร้างแรงกดดันกลุ่มผู้ประกอบการที่รวมหัวกันได้ ดังนั้นในคดีรวมหัวกันจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาการเข้าสู่ตลาดของรายใหม่<sup>529</sup>

**พฤติกรรมการต่อต้านการแข่งขันเป็นหลักฐานแวดล้อม (circumstantial evidence)**  
หลักฐานแวดล้อมที่นำมาพิจารณาส่วนใหญ่เป็นข้อมูลสถิติ เช่น ราคาเฉลี่ย, อุปทานส่วนเกิน และกำลังการผลิตของอุตสาหกรรม ราคาของโรงงานเก่าโดยเฉลี่ย (average ex-plant price) การเปลี่ยนแปลงราคาของโรงงานเก่าเฉลี่ยเป็นรายเดือน (monthly changes in average ex-plant price) ต้นทุนการผลิตโดยเฉลี่ย (average production cost) และผลประกอบการทางเศรษฐกิจ (economic performance) ของอุตสาหกรรมที่พิจารณา<sup>530</sup> โดยพิจารณาข้อมูลต่างๆ ประกอบกับพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบการร่วมมือกันหรือไม่ และการวิเคราะห์การแข่งขันจะนำเอาการร่วมมือกันมาเป็นหลักฐานสนับสนุนด้วย

<sup>526</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, *The antimonopoly laws and policies of Japan*, p. 70.

<sup>527</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 3.

<sup>528</sup> Ibid., p. 3.

<sup>529</sup> Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, *The antimonopoly laws and policies of Japan*, p. 70.

<sup>530</sup> Kenichi, KOBAYASHI, "Research and Analysis of a Monopoly/Oligopoly Market" consultant of Japan Fair Trade Commission, p. 3.

หลักฐานสำคัญประกอบด้วยเอกสารต่างๆหรือบางครั้งเป็นคำให้การของผู้สมรู้ร่วมคิดที่ยอมรับว่ากระทำร่วมกัน อย่างไรก็ตาม มักไม่มีหลักฐานทางตรงที่เป็นข้อตกลงอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงใช้หลักฐานแวดล้อม (circumstantial evidence) ซึ่งมีแนวโน้มที่จะพิสูจน์ว่าผู้ประกอบการร่วมกันวางแผนโดยมีเป้าหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักฐานแวดล้อมว่ามีการกระทำพร้อมกัน (conscious parallelism) หรือการพึ่งพาอาศัยกันในตลาดผู้ขายน้อยรายไม่ยอมให้รวมหัวกัน หน่วยงานที่ดูแลจำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีข้อตกลงจำกัดการแข่งขันด้วย ข้อเท็จจริงอื่นอาจแสดงให้เห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่ผู้ประกอบการจะไม่มีข้อตกลงกันหรือเป็นราคาที่ไม่น่าจะปราศจากข้อตกลง หรือปราศจากการสื่อสารเพื่อตกลงกันโดยตรงคู่แข่ง และในขณะเดียวกันพฤติกรรมของจำเลยยังแสดงว่ามีการตกลงร่วมกัน เช่น มาตรฐานของสินค้า ซึ่งใช้ในการตั้งราคาเดียวกัน<sup>531</sup>

สถานะของผู้ประกอบการและคู่แข่งอาจนำมาปรับใช้โดยพิจารณาจากส่วนแบ่งตลาดและอันดับ (ranking) ของผู้ประกอบการและคู่แข่ง เช่น การรักษาระดับราคา การแข่งขันระหว่างคู่แข่งในอดีต ความแตกต่างของส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการและคู่แข่ง กำลังผลิตส่วนเกินและการทดแทนของคู่แข่ง<sup>532</sup>

การนำเข้าซึ่งมีผลกดดันการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดในประเทศพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เช่น แนวโน้มการนำเข้า ความสัมพันธ์ระหว่างการนำเข้ากับส่วนต่างราคาของสินค้าในประเทศกับราคาสินค้านำเข้า การแข่งขันของสินค้านำเข้ากับการตอบโต้ราคา หรือปริมาณ เครื่องช่วยการกระจายสินค้า การเก็บรักษาสินค้านำเข้าหรือความคุ้นเคยของผู้ใช้กับสินค้าในประเทศ ประสบการณ์ของผู้ใช้ส่วนใหญ่ที่ใช้สินค้านำเข้า การนำเข้าของคู่แข่งต่างชาติ จำนวนคู่แข่งและกำลังผลิตส่วนเกิน ความสมดุลของอุปสงค์และอุปทานในประเทศส่งออก ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อราคาของสินค้านำเข้า สินค้าส่งออกหรือสินค้าในประเทศและราคาที่แตกต่างของสินค้าดังกล่าวทั้งหลาย ระบบภาษีนำเข้า เช่น ภาษีศุลกากรหรือกฎระเบียบอื่น<sup>533</sup>

การนำเข้าเป็นปัจจัยซึ่งป้องกันมิให้ผู้ประกอบการในประเทศควบคุมราคา หรือทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ กำลังผลิตส่วนเกินของสินค้านำเข้าจะนำมาพิจารณาเมื่อสินค้านำเข้าในประเทศและสินค้านำเข้าเหมือนกัน หากต่างกันก็ต้องพิจารณาระดับการทดแทนระหว่างสินค้าต่างๆที่ขายในประเทศ และสินค้านำเข้ามาด้วย แม้ว่าปัจจุบันส่วนแบ่งของสินค้านำเข้าจะน้อย หากผู้ใช้สามารถเพิ่มการใช้สินค้านำเข้าได้ง่ายเมื่อราคาสินค้าในประเทศเพิ่มขึ้น จึงถือว่ามีแรงกดดันจากการนำเข้า<sup>534</sup>

<sup>531</sup> Ibid., pp. 3-4.

<sup>532</sup> Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination, Part IV.2.(1)

<sup>533</sup> Ibid., Part IV.2.(2).

<sup>534</sup> Ibid., Part IV.2.(2).



### 4.3.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของกลุ่มประเทศญี่ปุ่น

ตั้งแต่ตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดขึ้นในปี 1947 จนถึงปี 2006 JFTC พบความผิดฐานผูกขาดเอกชนทั้งหมดเพียง 15 คดีเท่านั้น โดยในปี 1996 พบคดีผูกขาดเอกชน 9 คดี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นคดีการผูกขาดเอกชนลักษณะการกีดกัน<sup>535</sup>

ตารางที่ 4.3 ตารางสถิติคดีประเภทต่างๆในประเทศญี่ปุ่น<sup>536</sup>

Type	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Private Monopolization	0	1	1	3	0	1	0	0	1	1
Bid-rigging	14	15	13	15	22	9	36	17	26	23
Price cartels	5	7	4	3	3	2	3	3	3	2
Unfair Trade Practice	4	2	9	5	5	5	3	3	4	9
Other	2	8	0	1	2	1	0	0	1	1
<b>Total</b>	<b>25</b>	<b>33</b>	<b>27</b>	<b>27</b>	<b>32</b>	<b>18</b>	<b>42</b>	<b>23</b>	<b>35</b>	<b>36</b>

#### คดี Snow Brand case<sup>537</sup>

บริษัท Snow Brand (Yukijirushi Milk Products Co.) และบริษัท Hokkaido (Hokkaido Butter Co.) โดยบริษัท Snow Brand และบริษัท Hokkaido Butter มีสถานะอำนาจเหนือตลาดในเกาะ Hokkaido ร่วมกันควบคุมการซื้อขายนมดิบ (raw milk) มากกว่า 80% ใน Hokkaido (ซึ่งเป็นเขตผลิตนมใหญ่ที่สุด) โดยพยายามกีดกันการซื้อขายนมดิบของบริษัทอื่นๆ และร่วมกันรักษาสถานะผูกขาดของตนในการซื้อขายนมดิบใน Hokkaido โดยร่วมมือกับธนาคารกลางเพื่อการเกษตร (Agriculture and Forestry Central Bank) และสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรใน Hokkaido (the Federations of Hokkaido Agricultural Credit Cooperative Associations) โดยทั้ง 2 บริษัทจำกัดการให้เงินกู้โดยปล่อยเงินกู้ให้กับเกษตรกรที่ตกลงกับสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรว่าจะขายนมดิบทั้งหมดให้กับบริษัท Snow Brand และบริษัท Hokkaido Butter เท่านั้น การกระทำของบริษัท Snow Brand

<sup>535</sup> Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C., p. 4.

<sup>536</sup> JFTC, "Annual Report on Competition Policy in Japan 1995-2004," from <http://www.jftc.go.jp/e-page/reports/annual/index.html> (เมื่อ 31 มกราคม 2550)

<sup>537</sup> FTC Decision, 28 July 1956, Shinketsushi, 8 (1957), 12 et seq cited in Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 118-119 and Snow Brand Dairy Co. (July 28, 1956, 8 KTIS 12) cited in Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, pp. 101-102.

บริษัท Hokkaido Butter ธนาคารกลางเพื่อการเกษตรและสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก

ในคดีนี้ JFTC ตัดสินว่าบริษัท Snow Brand และบริษัท Hokkaido Butter ผูกขาดเอกชน โดยการกีดกันการทำธุรกิจ (ซื่อนมดิบ) ของคู่แข่ง แต่ตัดสินว่าธนาคารกลางเพื่อการเกษตรและสมาคมให้สินเชื่อการเกษตรปฏิบัติทางธุรกิจไม่เป็นธรรม

### คดี Noda Soy Sauce<sup>538</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีคือ ผู้ผลิตซอสถั่วเหลือง 4 เจ้าได้แก่ Noda, Yamasa, Higeta และ Marukin โดยเกรดของซอสถั่วเหลืองแบ่งเป็น 3 เกรด คือ ระดับ Supreme ระดับ Superior และระดับ Best โดย Noda ผลิตซอสยี่ห้อ Kikkoman ซึ่งเป็นยี่ห้อที่มีชื่อเสียงมากในกลุ่ม Supreme ซึ่งผู้ผลิตอีก 3 เจ้าก็อยู่ในกลุ่มเดียวกัน อย่างไรก็ตามทั้ง 3 เจ้ามีสถานะทางตลาดมันน้อยกว่ายี่ห้อ Kikkoman โดย Noda มีส่วนแบ่งตลาดซอสทั่วประเทศญี่ปุ่น 14% (ผู้ประกอบการทั้ง 4 เจ้ามีส่วนแบ่งตลาดซอสทั่วประเทศญี่ปุ่น รวมกัน 23.3%) มีส่วนแบ่งตลาดในเขต Tokyo 36.7% (ผู้ประกอบการทั้ง 4 เจ้ามีส่วนแบ่งตลาดซอสในเขต Tokyo รวมกัน 68.5%) โดยปกติคนญี่ปุ่นเชื่อว่าระดับ (grade) กำหนดจากคุณภาพ (quality) อย่างไรก็ตาม ไม่มีเกณฑ์ตัดสินคุณภาพของซอสถั่วเหลือง ดังนั้น ราคาจึงสะท้อนถึงคุณภาพได้ดีที่สุด<sup>539</sup> ราคาเท่ากันแสดงว่ามีคุณภาพเท่ากันและถ้าสินค้ามีราคาสูงกว่าย่อมแสดงว่ามีคุณภาพมากกว่า เนื่องจากราคาสัมพันธ์กับคุณภาพ เมื่อ Noda ขึ้นราคา โดยขอให้ผู้ค้าส่งและสั่งให้ผู้ค้าปลีกขายตามราคาที่ Noda กำหนดเพิ่มขึ้น (Noda กำหนดราคาขายปลีก) ถ้าไม่ทำตาม Noda จะไม่ป้อนสินค้าของตนให้ (cut off supply) ทำให้ผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกจำเป็นต้องขึ้นราคาตามที่ Noda กำหนด และอีกไม่กี่วันต่อมาผู้ผลิตซอสอีก 3 เจ้าจึงจำเป็นต้องตั้งราคาตามโดยขึ้นราคาให้เท่ากับ Kikkoman เพื่อไม่ให้คนรู้สึกว่าสินค้าของตนมีคุณภาพต่ำกว่ายี่ห้อ Kikkoman

คณะกรรมการการค้าเป็นธรรม (Fair Trade Commission) ดำเนินคดีกับบริษัท Noda โดยถือว่าผูกขาด (private monopolization) ตลาดซอสถั่วเหลืองโดยควบคุมการตัดสินใจตั้งราคาของผู้ผลิตอีก 3 รายโดยทางอ้อมให้ผู้ผลิตทั้ง 3 รายขึ้นราคาสินค้าของตนโดยการกำหนดราคาขายปลีกซอสถั่วเหลือง และสั่งให้บริษัท Noda ยกเลิกการกำหนดราคาขายปลีกและสั่งห้ามบริษัท Noda กำหนดราคาอันเป็นการขึ้นราคา

ศาลสูงโตเกียวตัดสินยืนตามคำตัดสินของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมโดยศาลให้เหตุผลอย่างเดียวกับคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมว่าการควบคุมตามมาตรา 2 (5) รวมถึงการควบคุมทางอ้อม (indirect control) เป็นการมีอำนาจเหนือตลาดในทางเศรษฐกิจ (economic domination of

<sup>538</sup> Decision of the Tokyo High Court, 15 December 1957, Kosai Mishu [High Court Civil Case Reporter], 10 [10], 743 et seq. cited in Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, pp. 121-123 and Noda Soy-Sauce Co. case (FTC, Dec 27, 1955, 7 KTIS 108) cited in Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, The antimonopoly laws and policies of Japan, p. 102.

<sup>539</sup> Matsushita, Mitsuo, International trade and competition law in Japan, p. 122.

a market)<sup>540</sup> การควบคุมอาจรวมถึงสถานการณ์ซึ่งผู้ประกอบการที่มีอำนาจกระทำการโดยฝ่ายเดียว (unilateral conduct)

ในคดีนี้พิจารณาว่าบริษัท Noda ผู้ผลิตซอสถั่วเหลืองยี่ห้อ Kikkoman ทำการผูกขาดเอกชน โดยพิจารณาโครงสร้างตลาดและสภาพการแข่งขัน ในคดีนี้เป็นตลาดผู้ขายน้อยราย (oligopolistic structure) การกระทำของผู้ประกอบการรายหนึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่นที่อยู่ในตลาด สภาพตลาดที่ผู้ผลิตอื่นจะปฏิบัติตามราคาของ Noda โดย Noda เป็นผู้นำราคา (price leader) ประกอบกับตลาดมีการกระจุกตัวอย่างมาก สถานะและชื่อเสียงตราห้อยของสินค้า สินค้ามีระดับคุณภาพแตกต่างกัน สถานะและชื่อเสียงของซอส Kikkoman เป็นยี่ห้อระดับประเทศ (national brand) ภาพลักษณ์ของยี่ห้อ Kikkoman แข็งแกร่งกว่าซอสยี่ห้ออื่น สินค้ามีคุณภาพแตกต่างกันอย่างมากโดยแบ่งเป็น 3 ระดับเรียงลำดับจากคุณภาพสูงสุดไปหาสินค้าคุณภาพต่ำสุด คือ Supreme, Superior, Best ทิศนะของผู้บริโภคชาวญี่ปุ่นเชื่อว่าระดับสินค้ากำหนดจากคุณภาพ เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ตัดสินคุณภาพของซอสถั่วเหลือง ราคาจึงสะท้อนถึงระดับของคุณภาพ และสังเกตคุณภาพของซอสถั่วเหลืองจากราคาโดยเชื่อว่าคุณภาพของสินค้าสัมพันธ์กับราคาของสินค้า ดังนั้นระดับสินค้านำราคาแพงมีคุณภาพ (quality) ดีกว่าสินค้าที่ราคาถูก และสินค้าที่ราคาถูกเป็นสินค้าคุณภาพต่ำ ดังนั้น เมื่อ Noda ขึ้นราคาผู้ผลิตอีก 3 ราย คือ Yamasa, Higeta และ Marukin จึงจำเป็นต้องขึ้นราคาตามให้เท่ากับ Kikkoman เพื่อไม่ให้คนเข้าใจว่าระดับสินค้าของตนต่ำกว่าซอส Kikkoman ของ Noda

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องซึ่งสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้ที่อยู่ในระดับ supreme เหมือนกันถูกผลิตโดยผู้ผลิต 4 เจ้าเท่านั้น คือ Noda, Yamasa, Higeta และ Marukin ซึ่งเป็นผู้ผลิตซอสระดับ Supreme ที่จัดอยู่ในกลุ่มอันดับต้น (top-ranking nation-wide) ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง คือ เขตเมือง Tokyo เพราะเป็นสาขาการค้าที่การแข่งขันลดลงอย่างมาก การที่ Noda สั่งผู้ค้าส่งและผู้ค้าปลีกให้ขายตามราคาที่กำหนดทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากส่งผลให้ราคาซอสถั่วเหลืองเพิ่มขึ้น

#### คดี Toyo Seikan Kaisha case (1972)<sup>541</sup>

บริษัท Toyo Seikan (Toyo Seikan Kaisha, Ltd.) เป็นผู้ผลิตกระป๋องรายใหญ่ มีส่วนแบ่งการผลิตกระป๋องอาหารทั่วประเทศญี่ปุ่นทั้งหมด 56 % นอกจากนี้ยังเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทอื่นที่ผลิตกระป๋อง 3 บริษัท และถือหุ้นในบริษัท Hokkai (Hokkai Can Co.) ซึ่งเป็นคู่แข่ง 29 % ส่วนแบ่งตลาดของทั้ง 5 บริษัทรวมกันสูงถึง 74 % บริษัท Toyo Seikan พยายามควบคุมการทำธุรกิจของบริษัท Hokkai เมื่อบริษัท Hokkai ต้องการสร้างโรงงานใหม่ในเมืองใกล้เคียงกับโรงงานของ

<sup>540</sup> Iyori, Hiroshi, "Antitrust and Industrial policy in Japan: competition and cooperation," in *Law and trade issues of the Japanese economy*, ed. by Saxonhouse, Gary R. and Yamamura, Kozo, p. 68.

<sup>541</sup> FTC Decision, Sep. 18, 1972, Shinketsushu cited in Matsushita, Mitsuo, *International trade and competition law in Japan*, pp. 120-121, Toyo Can Co. case, Sep. 18, 1972, 19 KTIS 87 cited in Iyori, Hiroshi and Uesugi, Akinori, *The antimonopoly laws and policies of Japan*, p. 103 and Koutani, Kiyofumi, "Private Monopolization/Corporate Combination," p. 4.

บริษัท Toyo Seikan บริษัท Hokkai ก็ต้องขออนุญาตจากบริษัท Toyo Seikan โดยบริษัท Toyo Seikan จะอนุญาตเมื่อให้บริษัท Hokkai สร้างโรงงานใหม่เมื่อยอมให้ประธานของบริษัท Toyo Seikan ไปเป็นประธานของบริษัท Hokkai ด้วย

บริษัท Toyo Seikan จึงเป็นผู้ผลิตรายใหญ่ในอุตสาหกรรมการผลิตกระป๋องอาหารในประเทศญี่ปุ่นและผู้ผลิตอาหารกระป๋องส่วนใหญ่ใช้กระป๋องอาหารที่ผลิตโดยบริษัท Toyo Seikan ตลาดการผลิตกระป๋องมีการกระจุกตัวสูง มีผู้ผลิตกระป๋องในญี่ปุ่น 13 ราย ผู้ผลิตกระป๋อง 2 ราย ต้องการผลิตกระป๋องอาหารเพื่อใช้ในกิจการของตน ซึ่งการผลิตกระป๋องอาหารของผู้ผลิตอาหารกระป๋องอาจมีผลกระทบต่อสถานะของบริษัท Toyo Seikan ในอุตสาหกรรมการผลิตกระป๋องอาหาร บริษัท Toyo Seikan จึงบังคับผู้ผลิตอาหารกระป๋องที่ได้ผลิตกระป๋องอาหารเพื่อใช้ในกิจการของตน ให้อยู่ภายใต้การผลิตกระป๋องอาหารโดยบริษัท Toyo Seikan ไม่ส่งกระป๋องอาหารประเภทอื่น ๆ ที่บริษัท Toyo Seikan ผลิตให้กับผู้ผลิตอาหารกระป๋องรายนั้นทำให้ผู้ผลิตนั้นไม่สามารถผลิตกระป๋องเพื่อใช้ในกิจการของตนได้

นอกจากนี้ เมื่อบริษัทผู้ผลิตอาหารกระป๋องวางแผนลดต้นทุนของตนโดยรวมขั้นตอนการผลิตแนวตั้ง (vertically integrate) โดยผลิตกระป๋องอาหารขึ้นเองเพื่อใช้ในกิจการของตน เมื่อบริษัท Toyo Seikan ทราบก็สั่งให้ยกเลิกแผนการผลิตนั้นโดยขู่ว่าจะไม่ส่ง (cut off supply) กระป๋องประเภทอื่น ๆ ที่บริษัท Toyo Seikan ผลิตให้กับผู้ผลิตอาหารกระป๋องรายนั้น ผู้ผลิตอาหารกระป๋องจึงต้องยกเลิกแผนดังกล่าว พฤติกรรมของบริษัท Toyo Seikan เป็นการกีดกันคู่แข่งรายใหม่ซึ่งพยายามผลิตกระป๋องเพื่อใช้ในกิจการของตน (กีดกันออกจากธุรกิจ) นอกจากนี้บริษัท Toyo Seikan ยังจำกัดการขายและการลงทุนใหม่ของบริษัทที่ใช้กระป๋องอาหารของบริษัท Toyo Seikan ซึ่งเป็นการควบคุมธุรกิจของผู้ประกอบการอื่น

JFTC สั่งห้ามมิให้บริษัท Toyo Seikan ยุติการส่งกระป๋องอาหารประเภทต่างๆ ให้บริษัทผู้ผลิตอาหารกระป๋องที่ผลิตกระป๋องอาหารเพื่อใช้ในกิจการของตนเอง และบริษัท Toyo Seikan ต้องไม่เปลี่ยนแปลงหุ้นของผู้ผลิตกระป๋องอาหารที่อยู่ในความควบคุมของบริษัท Toyo Seikan และห้ามบริษัท Toyo Seikan แทรกแซงธุรกิจของผู้ผลิตกระป๋อง

บริษัท Toyo Seikan ทำการผูกขาดเอกชนโดยพิจารณาสภาพตลาดผู้ผลิตกระป๋องมีการกระจุกตัวสูง โดยมีผู้ผลิตกระป๋องในญี่ปุ่น 13 ราย สถานะและส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการบริษัท Toyo Seikan เป็นผู้ผลิตกระป๋องรายใหญ่ มีส่วนแบ่งการผลิตกระป๋องอาหารทั่วประเทศญี่ปุ่นทั้งหมด 53% โดยกระป๋องที่บริษัท Toyo Seikan ผลิตจะใช้ในการผลิตอาหารกระป๋องคิดเป็น 74% ทำให้บริษัท Toyo Seikan เป็นผู้มีอำนาจตลาด ตลาดสินค้าในกรณีนี้ คือ ผลิตภัณฑ์กระป๋องอาหารประเภทต่างๆ ตลาดภูมิศาสตร์ในกรณีดังกล่าว คือ ทั่วประเทศญี่ปุ่น พฤติกรรมของบริษัท Toyo Seikan คือ กีดกันและควบคุมผู้ผลิตอาหารกระป๋องไม่ให้ผลิตกระป๋องอาหาร



### คดี Paramount Bed Co., Ltd (1998)<sup>542</sup>

บริษัท Paramount Bed (Paramount Bed Co., Ltd) จำกัดการแข่งชันอย่างมากในธุรกิจเตียงนอนคนไข้ (hospital beds) รัฐบาลโตเกียวกำหนดให้แข่งชันเสนอราคาตั้งแต่ปี 1995 บริษัท Paramount Bed มีส่วนแบ่งในตลาดเตียงนอนคนไข้ 90% ส่วนที่เหลือเป็นของผู้ผลิตรายอื่นอีก 2 ราย ตลาดในคดีนี้คือตลาดเตียงนอนคนไข้ทั่วประเทศญี่ปุ่น สถานการณ์ในตลาดไม่แตกต่างกัน บริษัท Paramount Bed ผลิตและจำหน่ายเตียงนอนคนไข้ส่วนใหญ่ที่รัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้สั่งซื้อ ในสภาพตลาดดังกล่าวถือว่าบริษัท Paramount Bed ฝ่าฝืนกฎหมายโดยขอให้พนักงานจัดซื้อของรัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กำหนดรายละเอียดเฉพาะเจาะจงให้มีแต่สินค้าของบริษัท Paramount Bed เท่านั้นที่ตรงตามข้อกำหนดดังกล่าว ทำให้ผู้ผลิตรายอื่นไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมเสนอราคา บริษัท Paramount Bed ควบคุมการทำธุรกิจของผู้ร่วมเสนอราคารายอื่นๆ โดยการเลือกผู้เสนอราคาที่เหมาะสมการเสนอราคาซึ่งขายเตียงนอนคนไข้ของบริษัท Paramount Bed

JFTC พบว่าพฤติกรรมของบริษัท Paramount Bed เข้าข่ายการผูกขาดเอกชน ถือว่าบริษัท Paramount Bed กีดกันการทำธุรกิจของผู้ผลิตเตียงนอนคนไข้อื่นๆ และควบคุมการทำธุรกิจของผู้ขาย ดังนั้น จึงเป็นการใช้อำนาจผูกขาด (อำนาจเหนือ) จำกัดการแข่งชันในตลาดอย่างมาก JFTC วินิจฉัยว่าบริษัท Paramount Bed ทำการผูกขาดเอกชน เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1998 จึงสั่งให้บริษัท Paramount Bed ยุติการกระทำดังกล่าว<sup>543</sup> คดีตัดสินวันที่ 31 มีนาคม 1998

### คดี MDS Nordion case (1998)<sup>544</sup>

บริษัท Nordion (MDS Nordion Inc.) เป็นผู้ผลิตชั้นนำในการผลิต molybdenum-99 เป็นวัตถุดิบของ technetium-99m ซึ่งเป็นยารักษาด้วยรังสี (radiopharmaceutical) บริษัท Nordion ผลิตและขาย molybdenum-99 มากกว่า 50% ของทั่วโลก ซึ่งในญี่ปุ่นมีบริษัทเพียง 2 แห่งเท่านั้นที่ผลิตยารักษาด้วยรังสีที่ผลิตด้วย molybdenum-99 ถือเป็นตลาดผู้แข่งชันน้อยราย และบริษัท Nordion มีพฤติกรรมกีดกันมิให้คู่แข่งเข้าตลาดญี่ปุ่นโดยทำสัญญาฉบับเดียวกับบริษัททั้ง 2 เป็นเวลา 10 ปี ตั้งแต่ปี 1996 ให้ทั้ง 2 บริษัทซื้อ molybdenum-99 เพื่อใช้ในการผลิตยาทั้งหมดจากบริษัท Nordion รายเดียวเท่านั้น ทำให้คู่แข่งของบริษัท Nordion ซึ่งพยายามเข้าสู่ตลาดญี่ปุ่นถูกกีดกันออกไปและเป็นการจำกัดการแข่งชันลงอย่างมาก

<sup>542</sup> JFTC, "Annual Report on Competition Policy in Japan 1998," p. 7 from <http://www.jftc.go.jp/e-page/reports/annual/CLP98HP.pdf> (เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2549) and Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," *Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C.*, pp. 4-5.

<sup>543</sup> Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," *Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C.*, pp. 4-5.

<sup>544</sup> JFTC, "Annual Report on Competition Policy in Japan 1998," p. 8 and Koutani, Kiyofumi, "Private Monopolization/Corporate Combination," p. 3.

JFTC เตือนบริษัท Nordion เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 1998 ว่าฝ่าฝืนมาตรา 3 ผูกขาดเอกชน และตัดสินเมื่อวันที่ 3 กันยายน 1998

**คดี Hokkaido Shimbun Press (2000)**<sup>545</sup>

บริษัท Hokkaido Shimbun (Hokkaido Shimbun Press) เป็นผู้ตีพิมพ์หนังสือพิมพ์รายวันทั่วไปรายใหญ่ มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดหนังสือพิมพ์ทั่วไป (หนังสือพิมพ์ปักษ์เช้า) ใน Hokkaido มากกว่า 50% โดยเฉพาะในเขต Hakodate ซึ่งเป็นเขตหนึ่งใน Hokkaido บริษัท Hokkaido Shimbun มีส่วนแบ่งตลาดสูงทั้งหนังสือพิมพ์ทั่วไปปักษ์เช้าและปักษ์เย็น

เมื่อบริษัท Hakodate (the Hakodate Newspaper Inc.) ผู้บริษัทหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นในเขต Hakodate ประกาศว่าจะตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ชื่อ "Hakodate News" เป็นหนังสือพิมพ์ปักษ์เย็นในเขต Hakodate ปกติผู้ประกอบการธุรกิจหนังสือพิมพ์ในท้องถิ่นมักจะตั้งชื่อหนังสือพิมพ์ของตนให้สอดคล้องกับชื่อเมืองหรือเขตพื้นที่เพื่อแสดงว่าเป็นหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นและหาลูกค้าได้ง่าย

เมื่อบริษัท Hokkaido Shimbun ทราบว่าบริษัท Hakodate จะตีพิมพ์หนังสือพิมพ์ก็หาทางขัดขวางการเข้าตลาดของบริษัท Hakodate โดยบริษัท Hokkaido Shimbun ไปขอจดทะเบียนชื่อหนังสือพิมพ์ 9 ชื่อ รวมถึงชื่อ "the Hakodate News" ซึ่งคิดว่าหนังสือพิมพ์ Hakodate จะใช้ และบริษัท Hokkaido Shimbun ขอให้หนังสือพิมพ์ Hakodate เลิกใช้ชื่อ "the Hakodate News" หรือชื่ออื่น บริษัท Hokkaido Shimbun ยังบังคับบริษัท Jiji Press ซึ่งเป็นสำนักข่าวที่จำหน่ายข่าวให้สื่อมวลชนไม่ให้บริษัท Jiji Press ขายข่าวให้กับบริษัท Hakodate นอกจากนี้ บริษัท Hokkaido Shimbun ยังได้เสนอลดค่าโฆษณาครั้งหนึ่งให้กับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กในเขต Hakodate เพื่อลดสัดส่วนการโฆษณาของบริษัท Hakodate ซึ่งปกติรายได้ของผู้ประกอบการธุรกิจตีพิมพ์หนังสือพิมพ์มาจากการจำหน่ายหนังสือพิมพ์และค่าโฆษณาหน้าหนังสือพิมพ์โดยมุ่งหวังให้บริษัท Hakodate ไม่สามารถดำเนินธุรกิจได้ ทำให้บริษัท Hakodate ต้องประสบความลำบากรับได้แต่โฆษณาชิ้นเล็กๆ และเมื่อบริษัท Hakodate พยายามโฆษณาหนังสือพิมพ์ของตนทางโทรทัศน์กับสถานี TV Hokkaido บริษัท Hokkaido Shimbun ก็บังคับสถานีโทรทัศน์ TV Hokkaido ไม่ให้รับโฆษณาของบริษัท Hakodate ตัดสินเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2000

บริษัท Hokkaido Shimbun ทำการผูกขาดเอกชนพิจารณา

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือ ตลาดหนังสือพิมพ์รายวัน ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือ เขต Hakodate ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ Hokkaido บริษัท Hokkaido Shimbun เป็นหนังสือพิมพ์รายใหญ่มีส่วนแบ่งตลาดในตลาดหนังสือพิมพ์ทั่วไป (หนังสือพิมพ์ปักษ์เช้า) ใน Hokkaido มากกว่า 50%

<sup>545</sup> Japan International Cooperation Agency, Technical cooperation for the study on capacity building for implementation of the trade competition act in the kingdom of Thailand: Japanese competition laws and regulations: major cases (2005), p. 92-106 and Nakajima, Hideo, "Regulations on Single-Firm Conduct in Japan," Japan Fair Trade Commission, Remarks for the Hearings on Section 2 of the Sherman Act Washington, D.C., pp. 5-6.

บริษัท Hokkaido Shimbun พยายามรักษาส่วนตลาดที่มีอยู่อย่างท่วมท้นทั้งในตลาดหนังสือพิมพ์ปักข์เช้าและปักข์เย็น โดยพฤติกรรมของบริษัท Hokkaido Shimbun เมื่อบริษัท Hokkaido Shimbun ทราบว่าบริษัท Hakodate กำลังจะเข้ามาขายหนังสือพิมพ์ปักข์เย็นแข่งในเขต Hakodate บริษัท Hokkaido Shimbun พยายามขัดขวางไม่ให้บริษัท Hakodate เข้ามาแข่งโดยจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า 9 เครื่องหมายรวมถึงเครื่องหมาย "the Hakodate News" ซึ่งคิดว่าหนังสือพิมพ์ Hakodate จะใช้ บริษัท Hokkaido Shimbun ขอให้บริษัท Jiji Press ไม่จำหน่ายข่าวให้กับบริษัท Hakodate Shimbun ถือเป็นการบังคับบริษัท Jiji Press โดยทางอ้อม บริษัท Hokkaido Shimbun ลดค่าโฆษณาให้ผู้ประกอบการขนาดกลางและย่อม (SMEs) ในเขต Hakodate ลงครึ่งหนึ่งทำให้ไม่มีผู้ไปลงโฆษณากับบริษัท Hokkaido Shimbun บริษัท Hokkaido Shimbun ขอให้สถานีโทรทัศน์ TV Hokkaido ไม่ให้รับโฆษณาของบริษัท Hakodate

#### คดี **Usen Corporation and Nippon Network Corporation case (2004)**<sup>546</sup>

บริษัท Usen (Usen Corporation) ประกอบธุรกิจให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงและเสียงต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการถ่ายทอดรายการเพลง (music broadcasting business) ได้ทำสัญญาให้บริษัท Nippon (Nippon Network Corporation) เป็นตัวแทนของบริษัท Usen เพื่อทำสัญญาถ่ายทอดรายการเพลงกับลูกค้าโดยวางแผนแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystem (Cansystem Corporation) ซึ่งเป็นคู่แข่งของบริษัท Usen และยังวางแผนที่จะให้บริษัท Cansystem ขายธุรกิจให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงให้บริษัท Usen เพื่อควบคุมธุรกิจถ่ายทอดรายการเพลง

สัญญาให้บริการที่ทำกับลูกค้ามี 2 แบบ คือ สัญญาที่ทำขึ้นแทนสัญญาเดิมที่เคยมีอยู่กับผู้ให้บริการรายอื่น (บริษัท Cansystem) เรียกว่าสัญญาเปลี่ยนคู่สัญญา (switchover contract) และสัญญาที่ทำกับลูกค้าที่ไม่ใช่ลูกค้าที่ใช้บริการกับผู้ให้บริการรายอื่น เรียกว่า สัญญาใหม่ (new contract)

บริษัท Usen และบริษัท Nippon ใช้วิธีการยื่นข้อเสนอให้บริการแบบต่าง ๆ เป็นพิเศษ โดยเฉพาะแก่ลูกค้าของบริษัท Cansystem โดยยื่นข้อเสนอให้ทำสัญญาเปลี่ยนคู่สัญญาจากบริษัท Cansystem มาทำสัญญากับบริษัท Usen ทั้งในรูปของการลดราคาค่าบริการรายเดือนละยกเว้นค่าบริการรายเดือนตามข้อเสนอให้บริการแต่ละแบบเพื่อแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystem ตั้งแต่เดือนมิถุนายน 2003 เป็นต้นมา สิ้นเดือนกรกฎาคม 2004 บริษัท Usen มีจำนวนสัญญาคิดเป็น 72% ถือเป็นอันดับ 1 ส่วนบริษัท Cansystem จำนวนสัญญาคิดเป็น 20% ถือเป็นอันดับ 2

ผลจากการที่บริษัท Usen และบริษัท Nippon ดำเนินการดังกล่าวทำให้สามารถแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystem ได้จำนวนมาก ทำให้จำนวนสัญญาของบริษัท Cansystem จาก 262,281

<sup>546</sup> Japan International Cooperation Agency, Technical cooperation for the study on capacity building for implementation of the trade competition act in the kingdom of Thailand: Japanese competition laws and regulations: major cases, pp. 111-130 and JFTC, "Annual Report on Competition Policy in Japan 2004," p. 7 from <http://www.jftc.go.jp/e-page/reports/annual/japan04.pdf> (เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2549)

สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) ลดลงเหลือ 216,175 สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน 2004) ลดลง 17 % และทำให้จำนวนสัญญาของบริษัท Usen จาก 682,143 สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) เพิ่มขึ้นเป็น 762,640 สัญญา (สิ้นเดือนมิถุนายน 2004) เพิ่มขึ้น 11 % ส่งผลให้สัดส่วนจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Usen เพิ่มขึ้นจาก 68 % (สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) เป็น 72 % (สิ้นเดือนกรกฎาคม 2004) และสัดส่วนมีจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Cansystem ลดลงจาก 26 % (สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) เป็น 20 % (สิ้นเดือนกรกฎาคม 2004) นอกจากนี้บริษัท Cansystem ยังต้องลดจำนวนสาขาการตลาดลงจากเดิม 128 แห่ง(สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) เป็น 90 แห่ง (สิ้นเดือนสิงหาคม 2004)

JFTC เตือนบริษัท Usen และบริษัท Nippon เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2004 และตัดสินเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2004

ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือ ตลาดให้บริการถ่ายทอดรายการเพลง ตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้คือ ทั่วประเทศญี่ปุ่น สัดส่วนจำนวนสัญญาให้บริการถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Usen เพิ่มขึ้นจาก 68 % (สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) เป็น 72 % (สิ้นเดือนกรกฎาคม 2004) และสัดส่วนมีจำนวนสัญญาถ่ายทอดรายการเพลงในญี่ปุ่นของบริษัท Cansystem ลดลงจาก 26 % (สิ้นเดือนมิถุนายน 2003) เป็น 20 % (สิ้นเดือนกรกฎาคม 2004) สิ้นเดือนกรกฎาคม 2004 บริษัท Usen มีจำนวนสัญญาคิดเป็น 72% ถือเป็นอันดับ 1 ส่วนบริษัท Cansystem จำนวนสัญญาคิดเป็น 20% ถือเป็นอันดับ 2 พฤติกรรมของบริษัท Usen และบริษัท Nippon พยายามแย่งลูกค้าของบริษัท Cansystemถือเป็นการจัดการดำเนินธุรกิจของบริษัท Cansystem



#### 4.4. ประเทศเกาหลีใต้

##### 4.4.1 การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาดของประเทศเกาหลีใต้

##### 4.4.1.1 ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

กฎหมายให้ความสำคัญกับการควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of market dominant position) ตามมาตรา 3-2 ของ MRFTA ไม่ได้ห้ามการผูกขาด การพยายามผูกขาด หรือการผูกขาดน้อยรายเนื่องจากไม่ถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (*per se*) แต่เป็นการห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating enterprises) ไม่ให้ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ<sup>547</sup> การควบคุมอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 3-2 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีคล้ายกับมาตรา 82 ของ EC Treaty ของสหภาพยุโรปมากกว่าสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมาตรา 3-2 ของ MRFTA ไม่ได้ควบคุมผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดเหนือ เว้นแต่ผู้นั้นจะใช้อำนาจเหนือตลาดของตนโดยมิชอบ<sup>548</sup> ซึ่งอาจเป็นการกระทำโดยฝ่ายเดียวของผู้ขายหรือผู้ซื้อรายเดียวที่มีอำนาจผูกขาด (monopoly or monopsony power) หรือร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่นในตลาดที่เกี่ยวข้องก็ได้<sup>549</sup>

โดยทั่วไปการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบต้องมียุทธศาสตร์ประกอบ 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (possession of a dominant position) หรือมี

#### \* Article 3-2 Prohibition of Abuse of Market-Dominant Positions

(1) No market-dominating enterpriser shall commit acts falling under any of the following subparagraphs (hereinafter referred to as "abusive acts"):

1. An act determining, maintaining, or changing unreasonably the price of commodities or services (hereinafter referred to as the "price");
2. An act unreasonably controlling the sale of commodities or provision of services;
3. An act unreasonably interfering with the business activities of other enterprisers;
4. An act unreasonably impeding the participation of new competitors; and
5. An act unfairly excluding competitive enterprisers, or which might considerably harm the interests of consumers.

(2) Categories or standards for abusive acts shall be determined by Presidential Decree.

<sup>547</sup> Shin, Kwangshik, "The Treatment of Market Power in Korea," Review of Industrial Organization 21 (2002), p. 120.

<sup>548</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, pp. 4, 5 and In practice, even U.S. antitrust law also does not condemn a monopoly *per se*. Despite the language of Section 2 of the Sherman Act, the judicial gloss on the section indicates that for there to be a violation of the Section, a company must not only possess monopoly power, but also commit a certain exclusionary act. See U.S. v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966) cited in Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 34.

<sup>549</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 120.

อำนาจผูกขาด (monopoly power) ในตลาดที่เกี่ยวข้อง และประการที่สอง ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือมีพฤติกรรมกีดกัน (exclusionary conduct) ซึ่งต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 2 อย่าง<sup>550</sup>

1) เป็นผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (possession of a dominant position) หรือมีอำนาจผูกขาด (monopoly power) ในตลาดที่เกี่ยวข้องโดยกฎหมายให้ความหมายของผู้ประกอบวิสาหกิจซึ่งมีอำนาจเหนือในมาตรา 2-7 ของ MRFTA<sup>551</sup> ซึ่งผู้ประกอบวิสาหกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating enterpriser) คือ ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดสามารถกำหนด รักษา หรือเปลี่ยนแปลงราคา ปริมาณ คุณภาพ และกำหนดสิ่งต่างๆทางการค้า (other terms of trade) ของตนหรือของผู้ประกอบการรายอื่นในพื้นที่การค้า (area of trade)<sup>552</sup> โดยมักจำแนกโดยลักษณะของธุรกิจหรือระดับของอุตสาหกรรม (industrial classification of the business) เช่น ระดับการผลิต การค้าปลีกและค้าส่ง การขนส่ง คลังสินค้า (warehousing) ก่อสร้าง การไฟฟ้า ก๊าซและน้ำประปา ธนาคาร ประกันภัย อสังหาริมทรัพย์ การสื่อสาร และอุตสาหกรรมบริการในครัวเรือนและส่วนบุคคล แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ นักบัญชี และทนายความ เพราะโดยธรรมชาติของวิชาชีพดังกล่าวนี้ การแข่งขันในวิชาชีพเหล่านั้นอยู่บนพื้นฐานของคุณภาพมากกว่าราคา<sup>553</sup> มากกว่าการจำแนกโดยกฎหมาย ผู้ประกอบการอาจเป็นเจ้าของรายเดี่ยว หุ้นส่วน (partnership) หุ้นส่วนจำกัด (limited partnership) บริษัทมหาชน (stock corporation) หรือบริษัทจำกัด (close corporation)<sup>554</sup>

<sup>550</sup> Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim (China: Everbest, 2003), p. 269.

<sup>551</sup> Article 2 Definitions

7. The term "market-dominating enterpriser" means any enterpriser holding Market Dominant who can determine, maintain, or change the prices, quantity or quality of commodities or services or other terms and conditions of business as a supplier or customer in a particular business area individually or jointly with other enterprisers. In determining whether an enterpriser is "a market-dominating enterpriser", his market share, whether and to what extent any barriers to enter into his market exist, and the relative size of competitive enterprisers shall be comprehensively taken into account; *provided* that an enterpriser whose annual total sales or purchases are less than one billion won shall be excluded;

<sup>552</sup> Lee, Tae Hee, "Competition law in Korea," p. 5 and Kwon, Ohseung, "Some issues in the implementation of competition law in Korea," p. 2 from <http://wwwsoc.nii.ac.jp/jaie/2003Kwon%20Paper.doc> (เมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2550) and Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 4.

<sup>553</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 155-156.

<sup>554</sup> *Ibid.*, 155.

ก่อนแก้กฎหมายในเดือนกุมภาพันธ์ 1999 ควบคุมผู้ผูกขาดโดยกำหนดและประกาศรายชื่อผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของเกาหลีที่มีตั้งแต่ตรากฎหมายขึ้นในปี 1981 และใช้มาจนกระทั่งปี 1999<sup>555</sup>

โดย KFTC เป็นผู้ประกาศว่าประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating enterprises) ทุกปีเพื่อควบคุมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 4 โดยมีเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด 2 เกณฑ์ คือ 1) ผู้ประกอบการรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50% ขึ้นไป และ 2) ผู้ประกอบการ 2 หรือ 3 ราย มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันมากกว่า 75% ขึ้นไป (แต่ไม่รวมผู้ที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10%) ของยอดขายทั้งหมดในประเทศ (total domestic sales) มากกว่า 1 แสนล้านวอน<sup>556</sup> ยกเว้น บริษัทประกันภัยและบริษัทการเงิน และหาก KFTC พบว่าผู้ประกอบการไม่น่าจะใช้อำนาจโดยมิชอบได้ KFTC ก็มีอำนาจให้ผู้ประกอบการดังกล่าวได้รับการยกเว้น<sup>557</sup> ถ้าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดตามเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งแล้วไม่อาจพิสูจน์หักล้าง (irrefutable) ว่าตนไม่มีอำนาจเหนือตลาดได้และไม่สามารถ (rule out) พิสูจน์ว่าผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่าเกณฑ์ทั้งสองเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ดังนั้น จึงปรับใช้กฎหมายกับทุกบริษัท<sup>558</sup> การกำหนดรายชื่อผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดทำให้ KFTC พิจารณาพฤติกรรมของผู้ประกอบการเหล่านั้นเป็นพิเศษ<sup>559</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรการประกาศรายชื่อนี้ไม่สามารถแก้ไขโครงสร้างตลาดผูกขาดหรือตลาดผู้แข่งขันน้อยราย เนื่องจากเน้นการดำเนินคดีหลังจากมีการทำผิดกฎหมายหรือมี

<sup>555</sup> Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, (United Nations: New York and Geneva: 2004), p. 234.

<sup>556</sup> Lee, Kyung Tae, "Policy measures to reduce industrial concentration and concentration of economic power," in Economic development in the republic of Korea: a policy perspective, Cho, Lee-Jay and Kim, Yoon Hyung (United States: East-West Center, 1991), p. 490, Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim, p. 269 and Fair Trade Commission Republic of Korea, A journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market (Korea: KFTC, April 2004), p. 59.

<sup>557</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 120.

<sup>558</sup> Ibid., p. 120 and Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim, p. 269.

<sup>559</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, pp. 120-121.

การผูกขาดขึ้นแล้ว<sup>560</sup> ประกอบกับรายชื่อผู้มีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้นทุกปีทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงมากในการติดตามดูแลผู้ประกอบการที่ถูกประกาศและขาดสถิติของตลาดที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ ดังนั้น ต่อมาจึงยกเลิกการประกาศมาตรฐานการดังกล่าวในปี 2000<sup>561</sup>

ภายหลังแก้กฎหมายในเดือนกุมภาพันธ์ปี 1999 KFTC เปลี่ยนนโยบายการแข่งขันโดยส่งเสริมให้มีการแข่งขันในตลาดมากขึ้น<sup>562</sup> โดยยกเลิกการประกาศรายชื่อผู้มีอำนาจเหนือตลาดและเปลี่ยนเกณฑ์ส่วนแบ่งเดิมนิวที่ถือว่าผู้ประกอบการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (presumption of market-dominating enterprises) ซึ่งไม่อาจหักล้างได้มาเป็นข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาดแทน ถ้าผู้ประกอบการมีส่วนแบ่งตลาดตามเกณฑ์ก็ถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดแม้ไม่มีหลักฐานเพียงพอ นอกจากนี้แม้มีส่วนแบ่งไม่ถึงเกณฑ์ข้อสันนิษฐาน แต่อาจถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้โดยประเมินระดับการแข่งขัน ส่วนแบ่งตลาดและอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด<sup>563</sup> โดย KFTC จำเป็นต้องพิสูจน์เป็นรายกรณีว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาดจริงหรือไม่<sup>564</sup>

มาตรา 4 ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจหรือบริการอย่างเดียวกันมากที่สุด โดยมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50% หรือผู้ที่มีส่วนแบ่งการตลาดมากที่สุดอันดับที่ 1 ถึงอันดับที่ 3 รวมส่วนแบ่งกันแล้วมีส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจหรือบริการอย่างเดียวกันมากกว่า 75% (แต่ไม่รวมบริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10% และใช้กับมูลค่าของอุปทานในตลาดภายในประเทศในปีที่ผ่านมาไม่ต่ำกว่า 1 พันล้านวอน ซึ่งการพิสูจน์ว่าผู้ใดมีอำนาจเหนือตลาด KFTC ต้องตรวจสอบทั้งขนาดและส่วนแบ่งตลาด<sup>565</sup> แล้วจะถือเป็นผู้ประกอบการวิสาหกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 2-7 ถ้ากระทำการฝ่าฝืนมาตรา 3-2 ถือเป็นความผิด แต่สามารถพิสูจน์หักล้างได้โดยปัจจัยเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดคู่แข่งรายใหม่

<sup>560</sup> Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, p. 234.

<sup>561</sup> Fair Trade Commission Republic of Korea, A Journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market, p. 54.

<sup>562</sup> Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, p. 234.

<sup>563</sup> Fair Trade Commission Republic of Korea, A Journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market, pp. 54-55.

<sup>564</sup> Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, p. 235.

<sup>565</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 156 and Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, pp. 4-5.



ตารางที่ 4.4 ข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดของเกาหลีใต้ตามมาตรา 4<sup>566</sup>

ขนาดของธุรกิจ	ขนาดของส่วนแบ่งตลาด
รายรับต่อปี หรือมูลค่าการ ซื้อขาย 1 พันล้านวอน หรือมากกว่า	- ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายเดียวมากกว่า 50% - ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการ 3 ราย หรือ ผู้ประกอบการ น้อยกว่า 3 ราย รวมกันมากกว่า 75% (ไม่รวมผู้ประกอบการที่ มีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 10 %)

การห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนี้ไม่มีหลักการเกี่ยวกับตลาดที่เกี่ยวข้องซึ่งต่างจาก  
ธรรมเนียมปฏิบัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ  
อย่างมาก เนื่องจากประเทศต่าง ๆ เห็นว่าตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นประเด็นสำคัญในการควบคุม  
อำนาจเหนือตลาดตามนโยบายการแข่งขัน<sup>567</sup>

2) ใช้อำนาจที่มีอยู่โดยมิชอบหรือมีพฤติกรรมกีดกัน (exclusionary conduct) ซึ่งใน  
มาตรา 3-2 กำหนดห้ามการกระทำไว้ 5 ลักษณะ ได้แก่ (1) ห้ามการกระทำอันเป็นการกำหนด การ  
รักษา หรือการเปลี่ยนแปลงราคาโภคภัณฑ์หรือบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (2) การกระทำอัน  
เป็นการควบคุมการขายโภคภัณฑ์หรือการจัดบริการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (3) การกระทำอัน  
เป็นการแทรกแซงกิจกรรมธุรกิจของผู้ประกอบวิสาหกิจอื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (4) การกระทำ  
อันเป็นการขัดขวางการมีส่วนร่วมของผู้แข่งขันรายใหม่โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และ (5) การ  
กระทำอันเป็นการตัดผู้ประกอบวิสาหกิจคู่แข่งออกอย่างไม่เป็นธรรม หรือซึ่งอาจเสียหายต่อ  
ผลประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างมาก ซึ่งประเภทหรือมาตรฐานสำหรับการกระทำอันมิชอบ ให้  
กำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดี (Presidential Decree)

<sup>566</sup> Article 4 Presumption of Market-Dominating Enterpriser

An enterpriser whose market share in a particular business area falls under any of the following  
subparagraphs shall be presumed to be a market-dominating enterpriser as referred to in subparagraph 7  
of Article 2:

1. Market share of one enterpriser is 50/100 or more; or
2. The total market share of not less than three enterprisiers is 75/100 or more;

provided that those whose market share is less than 10/100 shall be excluded and Fair Trade Commission  
Republic of Korea, A Journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair  
market, p. 55.

<sup>567</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective,  
p. 31.

#### 4.4.2 แนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศเกาหลีใต้

เมื่อเกิดคดีขึ้น KFTC ต้องพิสูจน์การมีอำนาจเหนือ (market-dominance) โดยพิจารณาปัจจัยต่างๆ ในตลาดเป็นรายกรณี (case-by-case basic)<sup>568</sup> เช่น ขนาดตลาด ส่วนแบ่งตลาด อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดและอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่มีอยู่ และความสัมพันธ์ระหว่างขนาดของผู้ประกอบการกับขนาดของคู่แข่งรายอื่นๆ<sup>569</sup> นอกจากนี้เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดเดิมที่เป็นข้อสันนิษฐานว่าผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด<sup>570</sup> แต่ไม่รวมผู้ประกอบการซึ่งมียอดขายหรือจัดซื้อประจำปีน้อยกว่าหนึ่งพันล้านวอน

กฎหมายให้อำนาจ KFTC ดำเนินคดีซึ่งเป็นการปฏิรูปโครงสร้างตลาดที่มีผู้ผูกขาดหรือผู้ประกอบการน้อยรายเป็นเวลานานให้แข่งขันมากขึ้น<sup>571</sup> โดยลดการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจ<sup>572</sup> โดย KFTC ตรวจสอบตลาดต่างๆที่มีผู้ผูกขาดหรือผู้ประกอบการน้อยรายมาเป็นเวลานาน เช่น อุตสาหกรรมรถยนต์ ยางรถยนต์ เหล็ก เบียร์ และเครื่องปรับอากาศ และให้ KFTC ทำการที่จำเป็นเพื่อแก้ไขเยียวสถานการณ์ดังกล่าว<sup>573</sup>

<sup>568</sup> Yang, Meongcho, Competition laws of the pacific rim: Republic of Korea (South Korea) SK 6-2 (1991) cited in Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," *International Tax and Business Lawyer* 13: 156 and Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, p. 235.

<sup>569</sup> Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in *Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol*, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Eusung Kim, pp. 269-270.

<sup>570</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 4, Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," *Review of Industrial Organization* 21, p. 121 and Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in *Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol*, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Eusung Kim, pp. 269-270.

<sup>571</sup> Kwon, Ohseung, "Some issues in the implementation of competition law in Korea," p. 3, Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, p. 235 and Suh, Dong Won, "Enforcement direction of competition law," *Journal of Korean Law*, Vol. 4, No. 2, 2005, pp. 32, 36.

<sup>572</sup> Yang, Myong Cho, "Assesment and Perspective of Korean Antitrust Law," *Journal of Competition Law* vol. 8 (2002), p. 12 cited in Kwon, Ohseung, "Some Issues in the Implementation of Competition Law in Korea," p. 1.

<sup>573</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, *Korea's competition law and policies in perspective*, pp. 34-35.

บทบัญญัติที่สันนิษฐานว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นเครื่องมือพิเศษที่ลดความลำบากในการพิสูจน์ว่าการรวมกิจการและการรวมหัวที่ทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมากจึงทำให้บังคับใช้กฎหมายได้สะดวกมากขึ้น<sup>574</sup>

ลักษณะพิเศษอีกอย่างหนึ่งของกฎหมายของเกาหลี คือ นอกจากห้ามเฉพาะการกีดกันแล้วยังห้ามตั้งราคาผูกขาดและจำกัดปริมาณสินค้าโดยไม่สมเหตุผลด้วย<sup>575</sup> และ KFTC มีอำนาจกำหนดราคาและปริมาณเพื่อการเยียวยาความเสียหายได้ ปี 1998 การตั้งราคาโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดถือว่าไม่สมควร เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงของราคามากกว่าการเปลี่ยนแปลงของอุปสงค์และอุปทานของตลาด หรือต้นทุนของอุปทาน (costs of supply) หรือถ้าค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการขาย และค่าดำเนินการต่างๆในตลาดที่เกี่ยวข้องหรือตลาดที่พิจารณาเปรียบเทียบ (relevant or comparable market) สูงมากกว่าระดับปกติ การแทรกแซงการควบคุมราคาสะท้อนให้ทราบถึงความต้องการที่จะควบคุมตลาดที่มีการกระจุกตัว<sup>576</sup> แต่การกำหนดระดับราคาและปริมาณที่เหมาะสมทำได้ยาก สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจแบบตลาดที่ตลาดเป็นตัวกำหนดราคาและปริมาณดีกว่ารัฐเป็นผู้กำหนด ดังนั้น จึงควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในการแสวงหากำไรสูงสุด ซึ่งมีประสิทธิภาพมากกว่าแก้ไขโครงสร้างตลาด<sup>577</sup>

เครื่องมือสำคัญอีกอย่างหนึ่ง คือ ค่าปรับทางปกครอง (administrative surcharges) ที่เป็นการผ่อนคลายนอกกฎหมาย ซึ่งจะกำหนดค่าปรับเพิ่มขึ้นในคดีที่มีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันและเพดานของค่าปรับก็สูงขึ้น ยิ่งกว่านั้น KFTC ยังสามารถกำหนดค่าปรับทางปกครองโดยไม่ต้องใช้มาตรการทางศาล<sup>578</sup> เครื่องมือนี้นับว่าเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพมาก<sup>579</sup>

บทบัญญัติที่ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเป็นเครื่องมือเบื้องต้นในทางกฎหมายเพื่อจัดการกับตลาดผูกขาดและตลาดผู้ขายน้อยราย อย่างไรก็ตาม มีการดำเนินคดีกับการใช้อำนาจ

<sup>574</sup> Ibid., p. 35.

<sup>575</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 5, Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 121 and Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim, p. 270.

<sup>576</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 121 and Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim, p. 270.

<sup>577</sup> Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim, p. 270.

<sup>578</sup> Korea Fair Trade Commission, History of the development of a market oriented economy, (2001), pp. 685-695 cited in Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 35.

<sup>579</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 35.

เหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominance) และการรวมกิจการที่น่าจะต่อต้านการแข่งขัน (anti-competition) น้อยมาก<sup>580</sup>

ตั้งแต่ปี 1981-2000 KFTC ใช้มาตรการแก้ไข (corrective measures) รวมทั้งหมด 3913 คดี แต่มีคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเพียง 23 คดีเท่านั้น ซึ่งรวมค่าปรับเป็นเงินจำนวน 35,000 ล้านวอน (35 billion won) คิดเป็น 0.6 % ของค่าปรับทั้งหมด<sup>581</sup> แสดงว่าเกาหลีไม่ได้ให้ความสำคัญกับการควบคุมการผูกขาดมากนัก เนื่องจากเกาหลีเชื่อว่า บริษัทที่ผูกขาดช่วยให้การผูกขาดลดลง และทำให้ตลาดมีการแข่งขันมากขึ้นโดยผลของการควบคุมการผลิตทางอ้อม<sup>582</sup> และการผูกขาดเป็นเครื่องมือที่ทำให้เศรษฐกิจทั้งภายในประเทศและการค้าระหว่างประเทศเติบโต<sup>583</sup>

ตารางที่ 4.5 สถิติคดีและจำนวนค่าปรับตามประเภทการฝ่าฝืนปี 1981- 2000<sup>584</sup>

Violation	No. Of cases	No. Of firms	Amount (US\$000)	
			Total	Average per case
Chaebol regulation	33	48	10,517	319
Abuse of dominance	5	6	2,664	533
Collusion	76	372	221,302	2912
Unfair business practice				
discrimination	50	54	708	14

<sup>580</sup> Shin, Kwangshik, "Competition law and policy," in Economic crisis and corporate restructuring in Korea reforming the Chaebol, Stephan Haggard, Wonhyuk Lim and Euysung Kim, p. 270 and Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 34.

<sup>581</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 123 and (Sung and Shin 2001) footnote 19 cited in Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, pp. 248-249.

<sup>582</sup> Hur, Joseph Seon, "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea," United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness And Development: Lessons From Developing Countries, pp. 236-237.

<sup>583</sup> Abir, Danny, "Monopoly and merger regulation in South Korea and Japan: A comparative analysis," International Tax and Business Lawyer 13: 172.

<sup>584</sup> Korea Fair Trade Commission, Table VI: Surcharges imposed by type of violation, 1981-2000 cited in Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 124.



Violation	No. Of cases	No. Of firms	Amount (US\$000)	
			Total	Average per case
undue in-group transaction	47	244	167,282	3561
others	194	246	11,282	58
subcontract	291	544	179,368	616
<b>Total</b>	<b>405</b>	<b>970</b>	<b>413,851</b>	<b>1022</b>

US dollar equivalents are calculated at the exchange rate of 1300 won per dollar

Source: Korea Fair Trade Commission, 1981-2000

การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องใช้กับคดีรวมกิจการเท่านั้น<sup>585</sup> การกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องใน มาตรา 2 (8) พื้นที่ธุรกิจเฉพาะ (particular business area) หมายถึง พื้นที่ซึ่งมีการแข่งขันหรืออาจ มีการแข่งขันทั้งด้านสินค้า ระดับชั้นการค้าหรือพื้นที่ภูมิศาสตร์ ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับตลาดที่ เกี่ยวข้อง และในแนวปฏิบัติกรรวมกิจการของเกาหลีใต้<sup>586</sup> กำหนดพื้นที่ธุรกิจเฉพาะจากเกณฑ์ เกี่ยวกับสินค้า พื้นที่ภูมิศาสตร์ ระดับชั้นการค้า คู่ค้าและปัจจัยต่างๆที่เกี่ยวข้อง<sup>587</sup> อย่างไรก็ตาม ทั้ง ด้วกฎหมายและแนวปฏิบัติยังไม่เพียงพอที่จะกำหนดขอบเขตของตลาด (market delineation)<sup>588</sup>

**ตลาดสินค้า (object of transaction)** ตลาดสินค้าตามแนวปฏิบัติกรรวมกิจการ คือ กลุ่ม สินค้าหรือบริการซึ่งผู้ซื้อจำนวนมากอาจหันไปซื้อสินค้าอื่นทดแทนเพื่อตอบสนองการขึ้นราคาสินค้า

<sup>585</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 31.

Article 2 (Definitions)

8. The term "particular business area" means an area in which any competitive relation exists or may exist, by the subject, stage, or geographical area of such trade.

<sup>586</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines from [http://ftc.go.kr/data/hwp/review\(1999\\_2\).doc](http://ftc.go.kr/data/hwp/review(1999_2).doc) (1 กุมภาพันธ์ 50).

<sup>587</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 9.

<sup>588</sup> *Ibid.*, p. 9-10.

หรือบริการอย่างมีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราว<sup>589</sup> โดยสินค้าอยู่ในตลาดเดียวกันจะพิจารณาปัจจัยต่างๆดังนี้<sup>590</sup>

- 1) หน้าที่และการใช้ประโยชน์สินค้าเหมือนกัน
- 2) ราคาสินค้าเท่ากัน
- 3) การใช้ทดแทนกันสัมพันธ์กับรูปแบบการซื้อสินค้าในมุมมองของผู้ซื้อ
- 4) การใช้ทดแทนกันสัมพันธ์กับรูปแบบการตัดสินใจทางธุรกิจ ในมุมมองของผู้ขาย
- 5) การจัดมาตรฐานอุตสาหกรรมของเกาหลี (ซึ่งประกาศโดยผู้อำนวยการสำนักงานสถิติแห่งชาติตามมาตรา 17 วรรค 2 ของกฎหมายสถิติ เป็นการจัดประเภทข้อมูลสถิติ)

เกณฑ์การกำหนดตลาดสินค้าถือเป็นการทดแทนด้านอุปสงค์ (substitutability of demand) ซึ่งเป็นปัจจัยแรกในการกำหนดตลาดสินค้า<sup>591</sup> นอกจากนี้แล้วควรพิจารณาการทดแทนด้านอุปทาน (substitutability of supply) ด้วย ซึ่งขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของการใช้ทดแทนกับการตัดสินใจทางธุรกิจ ในมุมมองของผู้ประกอบการในการผลิตและการกระจายสินค้าของผู้ประกอบการที่อาจผลิตและขายสินค้าที่เกี่ยวข้องภายใน 1 ปี ตอบโต้การขึ้นราคาของผู้ประกอบการรายอื่น<sup>592</sup> อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าต้องพิจารณาการทดแทนด้านอุปทานหรือไม่<sup>593</sup>

การพิจารณาการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ที่น่าจะเข้าตลาดได้อย่างรวดเร็ว รวมถึงผู้ที่ประกอบการอยู่แล้ว ซึ่งน่าจะเข้าสู่ตลาดในอนาคตอันใกล้ได้ตอบการขึ้นราคาสินค้าหรือบริการในตลาดอย่างมีนัยสำคัญและไม่ใช้ชั่วคราว โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อเข้าหรือออกจากตลาด เช่น ไม่ต้องปรับเปลี่ยนเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิต<sup>594</sup> พิจารณาการทดแทนด้านอุปทาน ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องพิจารณาเพื่อหาระดับโอกาสการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องหลังจากกำหนดตลาดแล้ว ซึ่งเป็นวิธีการที่เหมาะสม<sup>595</sup>

<sup>589</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VI.1.A.

<sup>590</sup> Ibid., Art. VI.1.B.

<sup>591</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 11.

<sup>592</sup> Lee, Jae Woo, "Toward improvement of regulation of business combination," Fair Competition (Seoul: Korea Trade Association, August 1999) p. 13 cited in Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 11.

<sup>593</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 11.

<sup>594</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VII.C(3)(b) cited in Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, pp. 11-12.

<sup>595</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 12.

KFTC กำหนดตลาดสินค้าโดยไม่วิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์อย่างในสหรัฐและญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม มีตัวอย่างคดีที่อธิบายรายละเอียดของเกณฑ์ในการกำหนดตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้อง<sup>596</sup>

คดีที่ 1 Gillette case<sup>597</sup> เป็นคดีการรวมกิจการระหว่างบริษัท Gillette (Gillette Company) และบริษัท Rocket (Rocket Korea Co., Ltd) KFTC กำหนดตลาดสินค้าซึ่งประกอบด้วยแบตเตอรี่ alkaline และแบตเตอรี่ manganese ที่ผู้ใช้ไม่สามารถนำกลับมาประจุไฟใหม่ได้ และแบตเตอรี่ nickel-cadmium ที่เรียกว่า แบตเตอรี่ alcava ซึ่งนำกลับมาประจุไฟใหม่ได้ (rechargeable) เนื่องจากแบตเตอรี่ทั้งสามชนิด มีประโยชน์ใช้สอย รูปร่างและลักษณะของสินค้าเหมือนกันมาก ดังนั้น จึงสามารถใช้ทดแทนกันในด้านอุปสงค์ได้

คดีที่ 2 OB case<sup>598</sup> เป็นคดีการรวมกิจการระหว่างบริษัท OB (Oriental Brewery Co., Ltd) และบริษัท Jinro Coors (Jinro Brewery Co., Ltd) KFTC กำหนดตลาดสินค้าเป็นตลาดเบียร์ เนื่องจากเบียร์มีลักษณะแตกต่าง (distinguishable) จากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ชนิดอื่น ๆ มีกระบวนการผลิต การกลั่นและการผสมแตกต่างกัน และเบียร์มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกัน เช่น มีรสชาติ ปริมาณแอลกอฮอล์และสีต่างกัน

คดีที่ 3 SK Telecom case<sup>599</sup> เป็นคดีการรวมกิจการระหว่างบริษัท SK (SK Telecom Co., Ltd) และบริษัท Shinsegi (Shinsegi Telecom Industry Co., Ltd) KFTC กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องประกอบด้วยตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ Cellular และตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบ PCS ทั้งๆที่ช่วงความถี่ของโทรศัพท์ทั้งสองระบบรวมถึงวิธีการส่งและรับสัญญาณแตกต่างกัน แต่เนื่องจาก 1) ลูกค้าไม่อาจแยกแยะความแตกต่างของระบบโทรศัพท์ทั้งสองดังกล่าวได้ 2) การขยายตัวของตลาดระบบ PCS สัมพันธ์กับการหดตัวของตลาดระบบ Cellular ภายในประเทศ 3) ระดับการทดแทนด้านอุปสงค์ระหว่างบริการสองอย่างสูงเห็นได้จากบริการและ/หรืออัตราค่าบริการที่แตกต่างกันของทั้งสองบริษัท และ 4) ทั้งสองระบบเชื่อมต่อด้วยวิธีการเหมือนกัน ช่วงของช่องสัญญาณ พื้นที่ให้บริการ กลุ่มลูกค้าเป้าหมาย บริการที่เสนอให้ลูกค้า ขนาดและการออกแบบสถานี รวมถึงโครงสร้างอัตราค่าบริการ นอกจากนี้ KFTC ยังจำแนกตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ออกจากตลาดบริการโทรศัพท์ทางสาย (wire telephone services market) เนื่องจากความแตกต่างของการใช้งาน (usage) ความสะดวกที่ผู้ให้บริการเสนอให้แก่ลูกค้า ระบบเครือข่าย สัดส่วนและการแข่งขันของผู้ให้บริการ และ KFTC ยังแบ่งตลาดบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ออกจากตลาดบริการการส่งข้อความ (market for pagers) ตลาดบริการโทรศัพท์ในเมือง (cityphones) ตลาดบริการโทรศัพท์ทางไกล (telecommunications relay services) และการสื่อสารข้อมูลแบบไร้สาย (wireless data communication) เนื่องจากหน้าที่และการใช้งานต่างกัน ทั้งๆที่บริการเหล่านี้คล้ายกันมาก

<sup>596</sup> Ibid., p. 12.

<sup>597</sup> KFTC Ruling No. 98-282 (December 18, 1998)

<sup>598</sup> KFTC Ruling No. 99-252 (December 10, 1999)

<sup>599</sup> KFTC Ruling No. 2000-76 (May 16, 2000)

อย่างไรก็ตาม คดีส่วนใหญ่อธิบายเหตุผลน้อยมาก เช่น ในคดี Haitai case<sup>600</sup> KFTC แยกตลาดเครื่องดื่มน้ำผลไม้ (fruit drink) ออกจากเครื่องดื่มน้ำอัดลม (carbonate drink) โดยให้เหตุผลเพียงว่าเพียงว่าใช้วัตถุดิบ (raw materials) และวิธีการผลิตต่างกันเท่านั้น แต่ไม่ได้อธิบายเหตุผลของความแตกต่างดังกล่าวให้ชัดเจน

โดยทั่วไป KFTC กำหนดตลาดโดยพิจารณาหน้าที่และการใช้งานเหมือนกัน ซึ่งถือเป็นการทดแทนด้านอุปสงค์เป็นปัจจัยแรก อย่างไรก็ตาม ในคดีต่างๆ KFTC ไม่ได้อธิบายให้ชัดเจนว่าต้องทดแทนด้านอุปสงค์หรือหน้าที่เหมือนกันมากเพียงใด จึงจะถือว่าอยู่ในตลาดสินค้าเดียวกัน หรือต้องแตกต่างกันมากเพียงใดจึงจะถือว่าอยู่นตลาดกัน และ KFTC ไม่ได้ให้เหตุผลชัดเจนว่าเหตุใดจึงถือว่าสินค้าต่างๆ อยู่คนละตลาดกันทั้งๆ ที่มีหน้าที่คล้ายกันมาก<sup>601</sup>

ปัจจัยอื่นซึ่งไม่ควรมองข้าม คือ การเปลี่ยนแปลงสภาพตลาดและโครงสร้างตลาดและโอกาสที่น่าจะเปลี่ยนแปลงในอนาคต ในอดีตอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดเกิดจากข้อจำกัดด้านกฎหมายหรือด้านเทคโนโลยีทำให้ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมมีขอบเขตแคบ อย่างไรก็ตาม อุปสรรคบางส่วนลดลงเนื่องจากเทคโนโลยีที่พัฒนาอย่างรวดเร็วและการขจัดกฎระเบียบ ต่างๆ ที่เป็นอุปสรรคทำให้ตลาดสินค้าที่เกี่ยวข้องมีขอบเขตกว้างขวางมากขึ้น ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดตลาดสินค้าใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันในอนาคต<sup>602</sup>

นอกจากกำหนดขอบเขตของตลาดที่เกี่ยวข้องแล้ว ยังจำเป็นต้องพิจารณาสภาพแวดล้อมของตลาดและโครงสร้างของอุตสาหกรรมที่เปลี่ยนแปลงหรือนำเปลี่ยนแปลงด้วย และต้องประเมินการแข่งขันที่ลดลงด้วย อย่างไรก็ตาม แนวปฏิบัติ ไม่ได้พิจารณาแนวโน้มระดับการกระจุกตัวของตลาดที่จะเปลี่ยนแปลงในขั้นการกำหนดขอบเขตของตลาดโดย KFTC พิจารณาเฉพาะประเด็นการแข่งขันที่ลดลงเพราะการรวมกิจการหลังจากกำหนดตลาดสินค้าแล้ว<sup>603</sup> KFTC ใช้เกณฑ์หน้าที่และการใช้ประโยชน์ การพัฒนาด้านเทคโนโลยีและการขจัดกฎระเบียบที่มีแนวโน้มเป็นตลาดเดียวกัน (unify adjacent product) ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงปัจจัยที่เกี่ยวข้องในขั้นการกำหนดตลาดสินค้าอย่างใกล้ชิด<sup>604</sup>

**ตลาดภูมิศาสตร์ (transaction territory)** ตลาดภูมิศาสตร์ตามแนวปฏิบัติการรวมกิจการ คือ พื้นที่ภูมิศาสตร์ทั้งหมดซึ่งผู้บริโภคจำนวนมากในพื้นที่แห่งหนึ่งอาจหันไปหาสินค้าที่กำหนดในพื้นที่อื่นทดแทน เมื่อมีการขึ้นราคาสินค้านั้นอย่างมีนัยสำคัญและไม่ใช้ระยะเวลาชั่วคราวในพื้นที่ที่

<sup>600</sup> KFTC Ruling No. 2000-70 (April 26, 2000).

<sup>601</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 13.

<sup>602</sup> Ibid., p. 14.

<sup>603</sup> Ibid., p. 14.

<sup>604</sup> Ibid., pp. 14-15.



กำหนด ขณะที่ราคาในพื้นที่อื่นไม่เปลี่ยนแปลง<sup>605</sup> โดยพื้นที่ภูมิศาสตร์โดยอยู่ในตลาดเดียวกัน (same area of trade) หรือไม่ต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้<sup>606</sup>

1) ลักษณะของสินค้า เช่น การนำเข้าเสียได้ การแตกหักได้ ฯลฯ และความสามารถทางธุรกิจของผู้ขาย เช่น ความสามารถในการผลิต ขอบเขตของเครือข่ายการขายหรือจำนวนช่องทางจัดจำหน่าย ฯลฯ

2) ความเป็นไปได้ที่จะหันไปหาสินค้าหรือบริการจากพื้นที่ภูมิศาสตร์อื่น ซึ่งสัมพันธ์กับพฤติกรรมซื้อสินค้าหรือบริการในมุมมองของผู้ซื้อ

3) ความเป็นไปได้ที่ผู้ซื้อจะหันไปหาสินค้าหรือบริการจากพื้นที่ภูมิศาสตร์อื่น ซึ่งสัมพันธ์กับการตัดสินใจของผู้ขายในมุมมองของผู้ขาย

4) การเปลี่ยนไปซื้อสินค้าหรือบริการจากพื้นที่อื่น โดยพิจารณาตามเวลา เศรษฐกิจและกฎหมาย ส่วนใหญ่แล้ว KFTC จะกำหนดขอบเขตตลาดภูมิศาสตร์เป็นตลาดภายในประเทศ แต่ไม่อธิบายเหตุผลในการกำหนดตลาดดังกล่าว<sup>607</sup> ขอบเขตของตลาดภูมิศาสตร์มีแนวโน้มขยายขอบเขตมากขึ้น เนื่องจากผู้ซื้ออาจหันไปหาผู้ขายอื่น เพราะราคาสินค้าเปลี่ยนแปลง<sup>608</sup> ตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตกว้างมากขึ้น เนื่องจากเทคโนโลยีที่พัฒนาอย่างรวดเร็ว การส่งข้อมูลผ่านทางคอมพิวเตอร์ และการยกเลิกอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดรูปแบบต่างๆ รวมถึงการเปิดตลาดและการลดอัตราภาษีศุลกากร<sup>609</sup>

การกำหนดตลาดโดยระดับขั้นการค้าและคู่ค้า (stages of transaction) ต่างกัน เช่น ระดับขั้นการผลิต การกระจายสินค้า (distribution) ในระดับขั้นการค้าส่งและการค้าปลีก<sup>610</sup> กำหนดโดยลักษณะผู้ซื้อหรือลักษณะสินค้า เพราะมีผู้ซื้อคนละกลุ่มกันตามประเภทสินค้า พื้นที่ภูมิศาสตร์หรือระดับขั้นการค้า กลุ่มผู้ซื้อดังกล่าวอาจจัดอยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องของคนละตลาดกัน (separate

<sup>605</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VI.2.A.

<sup>606</sup> Ibid., Art. VI.2.B.

<sup>607</sup> The Gillette Case, KFTC Ruling No. 98-282 (December 18, 1998), The OB Case, KFTC Ruling No. 99-252 (December 10, 1999) and The SK Telecom Case, KFTC Ruling No. 2000-76 (May 16, 2000) cited in Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 17.

<sup>608</sup> Yun, Sai Ree, "The direction of the business combination regulation policy in the global economy," Fair Competition (Seoul: Korea Fair Trade Association, August 1999) p. 19 cited in Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 17.

<sup>609</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 17.

<sup>610</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VI.3.

relevant market)<sup>611</sup> อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีคดีการรวมธุรกิจใต้ KFTC กำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องโดยจำแนกตามกลุ่มผู้ซื้อ (separate buyer group)<sup>612</sup>

มีผลเป็นการจำกัดการแข่งขันอย่างมาก (substantially restraining competition) มีผลทำให้การแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้องลดลงจนผู้ประกอบการมีอำนาจหรือน่าจะมีอำนาจกำหนดราคา ปริมาณ คุณภาพ หรือกำหนดสิ่งต่างๆทางการค้าได้ และต้องประเมินระดับการแข่งขันของคู่แข่งต่างชาติที่นำเข้าสู่ตลาดและสถานะการแข่งขันระหว่างประเทศโดยพิจารณาปัจจัยต่างๆ เช่น การนำเข้าได้ง่าย ราคา สภาพอุปสงค์และอุปทาน ระดับการเปิดตลาดและการลงทุนต่างชาติในอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องในสถานะการณ์ปัจจุบัน อิทธิพลของคู่แข่ง อัตราภาษีศุลกากรและการวางแผนลดอัตราภาษีศุลกากร และอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด<sup>613</sup>

การนำเข้าจากต่างประเทศได้ง่ายจะทำให้ส่วนแบ่งของสินค้าในตลาดที่เกี่ยวข้องและแนวโน้มส่วนแบ่งการนำเข้าเพิ่มขึ้นหรือลดลงพิจารณาจากจำนวนคู่แข่งต่างชาติในตลาด KFTC พิจารณาสวนแบ่งสินค้านำเข้าจากระดับการกระจุกตัวของตลาด แม้ว่าตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้องจำกัดเฉพาะตลาดในประเทศเท่านั้น ดังนั้น การนำเข้าได้ง่ายและแนวโน้มการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นถือเป็นโอกาสการเปลี่ยนแปลงระดับการกระจุกตัวของตลาด<sup>614</sup> โดย KFTC มักพิจารณาสวนแบ่งตลาดของสินค้านำเข้าและแนวโน้มส่วนแบ่งตลาดที่เพิ่มขึ้น อัตราภาษีศุลกากร อุปสรรคที่มีใช่อัตราภาษีศุลกากร และระดับการเปิดตลาด<sup>615</sup>

<sup>611</sup> Ibid., Art. VI.4.

<sup>612</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 18.

Article 2 (Definitions)

8-2. The term "practices practically suppressing competition" means practices which impact or threaten to impact the determination of price, quantity, quality, or other terms or conditions of trading in accordance with the intent of a certain enterpriser or an enterprisers organization, because of reduced competition in a particular business area.

<sup>613</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VII.1.B.

<sup>614</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, pp. 2-3 and Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, pp. 26-27.

<sup>615</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 27.

การเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่ ที่น่าจะเข้าสู่ตลาดได้ง่ายในอนาคตอันใกล้ จำนวนคู่แข่งที่ลดลงโดยการรวมธุรกิจน่าจะเพิ่มขึ้นและการควบกิจการน่าจะจำกัดการแข่งขันอย่างมาก<sup>616</sup> โดยพิจารณาปัจจัยต่างๆ<sup>617</sup> เช่น มีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดหรือกฎหมายหรือไม่ ขนาดของทุนขั้นต่ำ เทคโนโลยีรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา สภาพของที่ตั้ง เงื่อนไขการซื้อวัตถุดิบ เครือข่ายการกระจายสินค้าของคู่แข่งและค่าใช้จ่ายในการสร้างเครือข่ายการขาย ระดับความแตกต่างของสินค้า

ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ง่ายถ้ามีบริษัทใดประกาศต่อสาธารณะหรือวางแผนลงทุนและบริษัทที่ประกอบการในตลาดหรือน่าจะเข้ามาประกอบการในอนาคตอันใกล้โดยไม่มีภาระค่าใช้จ่ายในการเข้าหรือออกจากตลาดจำนวนมากเพื่อโต้ตอบการขึ้นราคาอย่างมีนัยสำคัญและไม่ใช่วั่วคราว เช่น สามารถเข้าสู่ตลาดโดยไม่ต้องปรับเปลี่ยนเครื่องมือที่มีอยู่อย่างมาก<sup>618</sup>

อย่างไรก็ตาม ตลาดที่เกี่ยวข้องนี้ใช้กับคดีรวมกิจการเท่านั้นมิได้นำไปใช้กับคดีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งต่างจากธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศต่างๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น ซึ่งตลาดที่เกี่ยวข้องเป็นประเด็นสำคัญในการดำเนินคดีการผูกขาด การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบและการควบรวมกิจการ<sup>619</sup>

การประเมินระดับอำนาจตลาด (degree of market power) มักวัดจากความแตกต่างระหว่างราคาและต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) อย่างไรก็ตาม ยังมีปัจจัยอื่นๆที่ส่งผลต่อโครงสร้างตลาดและอำนาจตลาด เช่น การเข้าสู่ตลาดได้ง่าย โอกาสการเข้าสู่ตลาด ปัจจัยด้านเทคโนโลยี การนำเข้า สินค้าทดแทน จำนวนและขนาดของคู่แข่ง ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ แต่ในความเป็นจริงอำนาจตลาดไม่อาจคำนวณได้โดยง่าย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องใช้สิ่งอื่นประเมินอำนาจตลาดแทน<sup>620</sup> เนื่องจากอำนาจตลาดสัมพันธ์กับโครงสร้างตลาดทำให้ผู้พิจารณามักจะพิจารณาโครงสร้างของตลาด เช่น ขนาดหรือระดับอำนาจเหนือตลาด ของผู้ประกอบการหรือกลุ่มผู้ประกอบการซึ่งสัมพันธ์กับตลาดที่ถูกกำหนดขึ้น<sup>621</sup> ดังนั้น ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดที่กำหนดอย่างเหมาะสมจะมีอำนาจตลาดมากและสามารถกระทำการต่างๆได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่แข่งของตน ปกติการมีอำนาจเหนือตลาดจะประเมินจากส่วนแบ่งตลาดหรือการกระจุกตัว<sup>622</sup> ซึ่งระดับการกระจุกตัวในอุตสาหกรรมเป็น

<sup>616</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VII.1.C.(1)

<sup>617</sup> Ibid., Art. VII.1.C.(2)

<sup>618</sup> Ibid., Art. VII.1.C.

<sup>619</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 31.

<sup>620</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 2.

<sup>621</sup> Ibid., p. 2.

<sup>622</sup> Ibid., pp. 2-3.

สิ่งสำคัญที่จะวัดอำนาจตลาดได้<sup>623</sup> มีงานวิจัยจำนวนมากแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ (correlation) ระหว่างการกระจุกตัวซึ่งพิจารณาอัตราการกระจุกตัวและอำนาจตลาด ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นส่วนต่างระหว่างราคากับต้นทุน (price cost margin) ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยแปรผันต่างๆ เช่น ความหลากหลายของสินค้า อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด และการเข้าถึงประโยชน์โดยเฉพาะ (specific assets) เช่น เทคโนโลยี ฯลฯ<sup>624</sup>

KFTC ใช้อัตราการกระจุกตัวของผู้ประกอบการ 3 ราย (3-firm concentration ratios) ประเมินว่ามีอำนาจเหนือตลาดเมื่อมีการกระจุกตัวสูงมากกว่า 75% อาจเป็นเพราะมีการแข่งขันอย่างมาก จึงยอมให้มีการกระจุกตัวที่สูงมาก<sup>625</sup> โดยประเมินจากหลักฐานต่างๆ เกี่ยวกับโครงสร้างและพฤติกรรม แต่เนื่องจากแทบจะไม่มีข้อมูลที่น่าเชื่อถือที่จะนำมาวิเคราะห์ แม้การกระจุกตัวไม่ได้พิจารณาข้อมูลอย่างครบถ้วนแต่เป็นวิธีที่ดีที่สุด ในประเทศเกาหลีวัดการกระจุกตัวของผู้ประกอบการ 1 ราย และ 3 ราย (1-firm and 3-firm concentration ratio: CR1, CR3) ซึ่งกำหนดในแนวปฏิบัติ และดัชนี HHI (Herfindahl index: HHI) ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติ<sup>626</sup> แต่เป็นการคำนวณที่ซับซ้อนและวิเคราะห์สภาพตลาดอย่างละเอียด ซึ่งนอกจากสะท้อนสภาพตลาดอย่างชัดเจนแล้วยังสะท้อนผลที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันของผู้ประกอบการขนาดใหญ่ในตลาดที่กระจุกตัวสูงได้ดีกว่า CR1 และ CR3 ดังนั้น แม้อัตรา HHI จะถูกใช้เสริม CR1 และ CR3 ก็ตาม แต่ในอนาคตดัชนี HHI น่าจะถูกกำหนดไว้ในแนวปฏิบัติด้วย<sup>627</sup> นอกจากประเมินระดับการกระจุกตัวแล้วยังต้องพิจารณาแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงระดับการกระจุกตัวของตลาดในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมาด้วยว่าส่งผลต่อการแข่งขันอย่างไร เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดสูงน่าจะจำกัดการแข่งขันอย่างมาก และต้องพิจารณาการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ หรือสิทธิในสิทธิบัตรและปัจจัยอื่นๆ ด้วย<sup>628</sup>

โดยปกติการกระจุกตัวของตลาดจะคำนวณจากการผลิตแต่ละอุตสาหกรรม<sup>629</sup> อาจกล่าวได้ว่า การวัดอำนาจตลาดพิจารณาเฉพาะอัตราการกระจุกตัวเท่านั้น ซึ่งพิจารณาโครงสร้างตลาดเพียง

<sup>623</sup> Lee, Sanghoon, "Competition and antitrust rules: transaction cost approach and evolutionary approach," p. 1.

<sup>624</sup> Yun, Mikyung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 6.

<sup>625</sup> Baek, Yongchun, Jones, Randall and Wise, Michael, Product market competition and economic performance in Korea economics department working papers No. 399, OECD, ECO/WKP(2004)22, 9 August 2004, p. 16.

<sup>626</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, p. 24 and Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 113.

<sup>627</sup> Regulation of Business Combination under the Antimonopoly Regulation and Fair Trade Act with Emphasis on the Case Law, pp. 24-25.

<sup>628</sup> Korea Fair Trade Commission Notification 1999-2, Notification on M&A Review Guidelines, Art. VII.1.A.(2).

<sup>629</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 113.



อย่างเดียว ซึ่งแก้ไขความผิดพลาดได้จากการกำหนดตลาด การกระจุกตัวไม่ได้พิจารณาการนำเข้า แต่ก็ยังสอดคล้องกับนัยสำคัญของอำนาจตลาดในระบบเศรษฐกิจ ดังนั้น รัฐจึงเข้ามาแทรกแซงในรูปแบบต่างๆ มีให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ทำลายการแข่งขันด้วยวิธีการต่างๆ และการควบคุมทั้งการนำเข้าและอุปสรรคในการลงทุนทางตรงมักทำให้การแข่งขันจากต่างชาติลดลง<sup>630</sup>

สภาพตลาดโดยทั่วไปมีการกระจุกตัวสูงโดยในปี 1994 ตลาดที่มีผู้ประกอบการ 3 รายมีส่วนแบ่งมากกว่าครึ่งหนึ่งคิดเป็น 76% ของตลาด และ 9% ของตลาดเป็นผู้ผูกขาด (World Bank 1999: 67-69) แม้ว่าการกระจุกตัวจะค่อยๆ ลดลงก็ตาม แต่การกระจุกตัวในตลาดก็ยังคงสูงอยู่<sup>631</sup>

ตาราง 4.6 การกระจุกตัวของอุตสาหกรรม<sup>632</sup>

		1981	1986	1991	1995	1996	1997	1998
CR3 < 40	จำนวนอุตสาหกรรม	99	150	226	273	289	269	260
	ส่วนแบ่งการขนส่งทางเรือ	27.23	32.76	35.79	42.85	43.55	41.05	37.18
40 ≤ CR3	จำนวนอุตสาหกรรม	210	270	266	227	221	237	230
CR1 < 50	ส่วนแบ่งการขนส่งทางเรือ	58.09	49.92	50.26	45.72	42.81	42.37	45.14
50 ≤ CR1 < 90	จำนวนอุตสาหกรรม	83	84	87	79	69	71	77
	ส่วนแบ่งการขนส่งทางเรือ	11.51	13.99	13.30	10.19	12.53	15.17	15.66
90 ≤ CR1	จำนวนอุตสาหกรรม	25	29	17	19	18	22	25
	ส่วนแบ่งการขนส่งทางเรือ	3.18	3.33	0.66	1.24	1.11	0.41	2.02
จำนวนอุตสาหกรรมทั้งหมด		417	533	596	598	597	599	592

<sup>630</sup> Ibid., pp. 113-114.

<sup>631</sup> Yun, Miyoung, "Policies to improve monopolistic/oligopolistic market structure," presentation for Indonesia workshop March 2002, Korea Institute for International Economic Policy, p. 5.

<sup>632</sup> Database of the Korea Development Institute, Table II. Classification of manufacturing industries by level of concentration cited in Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," *Review of Industrial Organization* 21, p. 115.

ตาราง 4.7 อัตราส่วนการกระจุกตัวโดยทั่วไปของเกาหลีปี 1981–2001 (%)<sup>633</sup>

	1981	1990	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
<b>Production</b>									
Top 50 companies	36.6	30.0	33.6	34.4	37.1	38.4	38.0	38.1	36.8
Top 100 companies	46.1	37.7	40.4	41.2	44.2	45.9	45.1	44.8	43.7
<b>Hiring</b>									
Top 50 companies	12.4	13.6	14.5	15.2	16.5	16.6	14.7	13.9	13.2
Top 100 companies	19.1	18.4	18.2	18.8	20.1	20.1	18.1	17.0	16.0

Source: KFTC (2003b)

ตาราง 4.8 อัตราส่วนการกระจุกตัวในอุตสาหกรรมของผู้ประกอบการ 3 รายในเกาหลี  
(Three-firm Industrial Concentration Ratio) ปี 1980–2001 (%)<sup>634</sup>

		1980	1981	1986	1990	1991	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
CR3	Simple average	62.4	62.2	58.3	52.8	52.5	47.8	46.6	48.6	50.0	45.4	44.0	43.4
	Weighted average	55.1	59.2	55.1	52.6	51.3	49.8	49.3	51.7	53.6	54.2	52.5	51.5
HHI*1,000	Simple average	263.8	259.1	238.4	221.3	193.0	173.4	166.5	179.4	190.5	158.6	152.5	153.1
	Weighted average	180.6	214.0	203.0	187.8	170.0	165.4	159.0	177.8	188.0	194.5	183.5	182.1

HHI = Herfindahl–Hirschman index.

a Covers companies in the five-digit Standard Industry Classification. In 2001, there were 491 such companies.

Source: KFTC (2003b) and Data base of the Korea Development Institute.

<sup>633</sup> The general concentration ratio is defined as the share of the country's 50 and 100 largest mining and manufacturing companies as a proportion of the combined mining and manufacturing sectors, as measured by sales and employment levels. Source: KFTC (2003b)

<sup>634</sup> Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 114, Fair Trade Commission Republic of Korea, A Journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market, p. 57 and Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 56.

ตาราง 4.9 อัตราการกระจุกตัวในตลาดของผู้ประกอบการ 3 รายในเกาหลี (Three-firm Market Concentration Ratio) ปี 1980–2001 (%)<sup>635</sup>

	Year	1980	1990	1996	1998	1999	2000	2001
CR3	Simple Average	81.7	73.9	71.5	73.0	72.5	69.9	68.0
	Weighted Average	67.1	62.6	63.2	67.3	67.1	65.6	64.0
HHI*1,000	Simple Average	473	393	369.7	388	389	357	331
	Weighted Average	288	262	256.6	289	295	285	267

HHI = Herfindahl–Hirschman index.

a Covers companies in the eight-digit Standard Industry Classification. In 2001, there were 3,056 such companies.

Source: KFTC (2003b)

ตาราง 4.10 ตารางเปรียบเทียบการกระจุกตัวในประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>636</sup>

Simple Average	Japan		Korea	
	1999	2000	1999	2000
CR3*100	71.6	72.0	72.5	69.9
HHI*1,000	264.6	269.3	389.0	357.0

Simple Average	United States (1997)	Korea (2001)
CR4*100	42.8	48.6
HHI*1,000	75.8	149.3

CR3 = concentration ratio of the top three firms; CR4 = concentration ratio of the top four firms; HHI = Herfindahl–Hirschman index.

Source: KFTC(2003b)

<sup>635</sup> Fair Trade Commission Republic of Korea, A Journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market, p. 58 and Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 57.

<sup>636</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 58.

ตาราง 4.11 ตารางมาตรการของ KFTC ต่อต้านการใช้อำนาจเหนือตลาดปี 1981- 2000<sup>637</sup>

Measure violation	No. Of cases	Corrective order	Request for indictment	Surcharge		Recommendation of correction
				Case	Amount (US\$000)	
Abusive pricing	4	4	-	1	878	-
Undue adjustment of supply	3	3	3	3	1006	-
Hindrance of others' business other's business	14	11	-	1	780	3
Acts likely to harm consumer interests	2	-	-	-	-	2
<b>Total</b>	<b>23</b>	<b>18</b>	<b>3</b>	<b>5</b>	<b>2,664</b>	<b>5</b>

Source: Korea Fair Trade Commission, decision in abuse of dominance cases 1981-2000

ตาราง 4.12 สถิติคดีประเภทต่างๆ ของประเทศเกาหลีใต้<sup>638</sup>

Type	1981-1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Total
Abuse of Market Dominance	20	3	1	2	5	2	-	4	-	1	-	-	38
Violation of restrictions on M&A	383	23	36	47	29	19	48	45	46	43	36	17	772
Violation of controlling Economic power Concentration	113	3	14	6	11	38	19	16	80	32	149	108	589
Cartel	129	26	36	22	37	34	47	43	47	23	35	46	525
Violation of prohibited Behaviors by Business associations	368	40	66	53	101	93	117	88	100	91	62	55	1,234
Unfair business Practice	2,967	353	339	509	406	173	121	169	210	123	298	481	6,149
Unfair International contract	2,272	40	26	2	1	-	-	-	-	-	-	-	2,341
<b>Subtotal</b>	<b>6,252</b>	<b>488</b>	<b>518</b>	<b>641</b>	<b>590</b>	<b>359</b>	<b>352</b>	<b>365</b>	<b>483</b>	<b>313</b>	<b>580</b>	<b>707</b>	<b>11,648</b>

<sup>637</sup> Korea Fair Trade Commission, Table VI: Surcharges imposed by type of violation, 1981-2000 cited in Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," *Review of Industrial Organization* 21, p. 124.

<sup>638</sup> Fair Trade Commission Republic of Korea, *A Journey toward market economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market*, p. 249 and Korea Fair Trade Commission, Annual Report on Competition Policy Development in Korea (January 1, 2005 – December 31, 2005) from [http://ftc.go.kr/eng/news/news\\_detail.php?ddcode=23&no1=00003&ynd1=2006-12-14](http://ftc.go.kr/eng/news/news_detail.php?ddcode=23&no1=00003&ynd1=2006-12-14) และการคำนวณของผู้เขียน



Type	1981-1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Total
Unfair labelling & Advertising	(523)	(97)	(130)	(232)	(185)	342	310	328	338	558	436	513	2,825
Unfair Adhesion Contract	143	51	56	152	112	255	56	100	175	114	79	144	1,437
Unfair Subcontract Transaction	1,697	387	494	534	582	316	874	3,130	1,632	1,583	1,649	1,741	14,619
Other	2	-	-	-	2	-	5	11	7	134	244	243	648
<b>Total</b>	<b>8,094</b>	<b>926</b>	<b>1,068</b>	<b>1,327</b>	<b>1,286</b>	<b>1,272</b>	<b>1,597</b>	<b>3,934</b>	<b>2,635</b>	<b>2,702</b>	<b>2,988</b>	<b>3,348</b>	<b>31,177</b>

ตาราง 4.13 ประเภทการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้าของเกาหลีใต้ปี 1981-2000<sup>639</sup>

Measure violation	Corrective order (1)	Request for indictment (a)	Surcharge (a)	Recommendation of correction (2)	Total (1+2)
Chaebol regulation	76	4	33	8	84
Abuse of dominance	18	3	5	5	23
Merger	11	1	-	-	11
Collusion	175	7	76	44	219
Trade association activity	429	27	29	94	523
Unfair business practice	2022	66	253	949	2971
Unfair international contract	-	-	-	82	82
<b>Total</b>	<b>2731</b>	<b>108</b>	<b>396</b>	<b>1182</b>	<b>3913</b>

a: The second and third column do not represent actions, but a subset of the first column.

Source: Korea Fair Trade Commission (2001, p. 485)

<sup>639</sup> Korea Fair Trade Commission, Table III: KFTC actions by type of violation of the MRFTA, 1981-2000 cited in Shin, Kwangshik, "The treatment of market power in Korea," Review of Industrial Organization 21, p. 123.

#### 4.4.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศเกาหลีใต้

คดี Samick<sup>640</sup>

ในเดือนกันยายน 2004 คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของเกาหลีตัดสินไม่ให้บริษัท SAMICK (SAMICK Musical Instrument Co., Ltd) ผู้ผลิตเปียโนอันดับสองในประเทศเกาหลีซึ่งมีส่วนแบ่งในตลาดเปียโน 35% เข้าถือหุ้น 48.58% ของบริษัท Young Chang (Young Chang Co., Ltd) ผู้ผลิตเปียโนรายใหญ่ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดเปียโน 60%

เมื่อพิจารณาทั้งปัจจัยด้านราคา และกลุ่มผู้บริโภคหลักตามประเภทเปียโนแล้ว จึงกำหนดตลาดที่เกี่ยวข้องในคดีนี้เป็น 3 ตลาด คือ ตลาด upright piano (UP) ตลาด grand piano (GP) และตลาด digital piano (DP) คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของเกาหลีให้เหตุผลว่า เนื่องจากส่วนแบ่งตลาดหลังรวมกิจการในตลาด UP จะเพิ่มขึ้นเป็น 92% ทำให้กลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาด UP ขณะที่ในตลาด GP จะเพิ่มขึ้นเป็น 64.4% และตลาด DP จะเพิ่มขึ้นเป็น 63.4% ซึ่งตกอยู่ในเกณฑ์ข้อสันนิษฐานตามมาตรา 4 ที่ผู้ประกอบการรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดเกิน 50% โดยเป็นผู้ผูกขาดตามข้อเท็จจริง (de facto monopoly) ซึ่งคิดเป็น 71.3% ของตลาดเปียโนทั้งหมดในประเทศ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาความต้องการเปียโนในประเทศ และค่าใช้จ่ายในการติดตั้งเครื่องจักรสูงมากทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่จะเข้าสู่ตลาดได้ยาก แม้อุปสงค์ในประเทศจะลดลงเนื่องจากภาวะเศรษฐกิจซบเซา (recession) แต่อุปสงค์ในตลาดโลกน่าจะเพิ่มขึ้นอย่างแน่นอนซึ่งทั้งบริษัท SAMICK และบริษัท Young Chang ต่างก็มีสัดส่วนการส่งออกสูงมาก ด้วยเหตุนี้ KFTC จึงเห็นว่าการแข่งขันระหว่างบริษัททั้งสองอาจลดลงอย่างมาก แม้ขณะนั้นบริษัท Young Chang กำลังประสบปัญหาทางการเงินอย่างมากก็ตามแต่เปียโนยี่ห้อที่บริษัท Young Chang ผลิตยังได้รับการความเชื่อถือจากประชาชนอย่างมาก ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีบริษัทอื่นพยายามซื้อกิจการ (take over) บริษัท Young Chang หาก KFTC อนุญาตให้บริษัท SAMICK และบริษัท Young Chang รวมกิจการกันจะมีผลต่อต้านการแข่งขันอย่างมากน่าจะเกิดการใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบและก่อความเสียหายต่อประโยชน์ของผู้บริโภค ดังนั้น KFTC จึงใช้มาตรการเยียวยาเพื่อรักษาการแข่งขันในตลาดเปียโนและป้องกันมิให้ประโยชน์ของผู้บริโภคลดลง

แต่มีผู้ไม่เห็นด้วยโดยให้เหตุผลว่า ผู้ผลิตเปียโนในปัจจุบันต้องเผชิญกับการแข่งขันในตลาดโลก ซึ่งทั้งสองบริษัทไม่สามารถแข่งขันกับบริษัทต่างชาติในตลาดโลกโดยลำพังได้ แม้ยอมให้ทั้งสองบริษัทรวมธุรกิจ แต่เมื่อเทียบกับบริษัทต่างชาติแล้ว บริษัทที่รวมกันก็ไม่สามารถจำกัดการแข่งขันได้ ยิ่งกว่านั้นถ้าไม่อนุญาตให้บริษัททั้ง 2 รวมธุรกิจกันจะทำให้บริษัททั้ง 2 ไม่สามารถอยู่

<sup>640</sup> KFTC, 2005 Fair Trade p. 130-132 (2005) cited in Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, *Korea's competition law and policies in perspective*, p. 23 and Korea Fair Trade Commission, Press Release (October, 2004), p. ii-iii from [http://www.ftc.go.kr/data/hwp/kftcnews\(2004 october\).doc](http://www.ftc.go.kr/data/hwp/kftcnews(2004%20october).doc). (เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2550)

รอดในธุรกิจได้ เนื่องจากเชื่อว่าบริษัททั้งสองไม่น่าจะแข่งขันได้ ดังนั้น การยอมให้ทั้งสองบริษัทรวมธุรกิจ (business combination) ก็จะเป็นประโยชน์มากกว่า (คดีนี้ยังอยู่ระหว่างพิจารณา)<sup>641</sup>

#### คดี Microsoft<sup>642</sup>

เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2005 คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของเกาหลี (KFTC) ตัดสินว่า บริษัทไมโครซอฟท์ (Microsoft Corporation) มีความผิดฐานใช้อำนาจตลาดโดยมิชอบ (guilty of abuse of market dominance) และถูกปรับเป็นเงิน 33,000 ล้านวอนหรือประมาณ 31 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และต้องปฏิบัติตามมาตรการเยียวยาที่รุนแรงมากกว่าคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของสหภาพยุโรป โดย KFTC พบว่า Microsoft กระทำการดังนี้

1) ฟังก์ชัน Windows Media Service กับ Window PC Server Operating System ซึ่ง Microsoft มีอำนาจตลาด (market dominance) โดยมีส่วนแบ่งตลาด 78%

2) ฟังก์ชัน Windows Media Player กับ Window PC Operating System ซึ่ง Microsoft มีอำนาจผูกขาด (monopoly power) โดยมีส่วนแบ่งตลาด 99%

3) ฟังก์ชัน instant messaging program กับ Window PC Operating System ซึ่ง Microsoft มีอำนาจผูกขาดโดยมีส่วนแบ่งตลาด 99%

ซึ่งในคดีนี้ Microsoft ถูกสันนิษฐานว่าตาม Article 4 ว่าเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (market-dominating enterpriser) เนื่องจากเป็นผู้ประกอบการรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดมากกว่า 50%

โดย KFTC พบว่า 1) Microsoft ฟังก์ชัน Windows Media Service กับ Window Server Operating System ซึ่ง Microsoft มีส่วนแบ่งตลาด 78% ทำให้ Microsoft มีสถานะอำนาจเหนือตลาดและใช้อิทธิพลจากอำนาจเหนือตลาด (dominant power) ในตลาด PC server operating system กับตลาด streaming media server มีผลให้ Microsoft มีส่วนแบ่งตลาดมากถึง 90% เป็นการผูกขาดตลาด streaming media server ภายในประเทศซึ่งเดิม Real Networks และบริษัทอื่นๆ ครอบครองตลาดในประเทศเกือบทั้งหมด

2) Microsoft ฟังก์ชัน Windows Media Player และ Microsoft's messenger กับ Window PC Operating System ซึ่ง Microsoft มีส่วนแบ่งตลาด 99% ทำให้ Microsoft กลายเป็นผู้ผูกขาดในตลาด streaming media server และ instant messenger เป็นผลให้ Microsoft จำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่พ่วง (tied product) ซึ่งเดิมถือครองโดยคู่แข่งของ Microsoft

ในเดือนธันวาคม 2000 หลังจาก Microsoft ฟังก์ชัน Windows Media Player และ Microsoft และ RealNetworks ที่มีส่วนแบ่งในตลาด streaming media server ในเกาหลี 39% และ

<sup>641</sup> Jung, Youngjin and Chang, Seung Wha, Korea's competition law and policies in perspective, p. 23.

<sup>642</sup> Korea Fair Trade Commission, The findings of the Microsoft case, December 7, 2005 from [http://ftc.go.kr/data/hwp/micorsoft\\_case.pdf](http://ftc.go.kr/data/hwp/micorsoft_case.pdf)

37% ตามลำดับ อย่างไรก็ตาม ต่อมา ส่วนแบ่งของ Microsoft เพิ่มขึ้นมากกว่า 60% ขณะที่ส่วนแบ่งของ RealNetworks ลดลงเหลือ 5%

ในตลาด instant messenger บริษัทท้องถิ่นที่ให้บริการ instant messaging เริ่มมีส่วนแบ่งตลาดลดลงหลัง Microsoft พ่วงขาย messaging program กับ Window PC Operating System ทำให้ในเดือนเมษายน 2004 Microsoft มีส่วนแบ่งในตลาด instant messaging ทั้งห้าง Daum Messenger ที่มีส่วนแบ่งในตลาดเพียง 5.3% ต่อมาในเดือนมิถุนายน 2005 Nate-On Messenger มีส่วนแบ่งในตลาด 65.2% แต่ Microsoft's messenger ยังคงรักษาส่วนแบ่งตลาดไว้ได้ถึง 50.9% ขณะที่บริการ messaging อื่นมีส่วนแบ่งลดลงอย่างต่อเนื่อง

3) พฤติกรรมพ่วงขายของ Microsoft ทำให้อุปทานของ Windows Media Service, Windows Media Player และโปรแกรม (applications) อื่นๆที่ยอมรับ (complimented) เทคโนโลยีของ Windows Media ทำให้อุปสรรคการเข้าสู่ตลาด PC Server Operating System และ PC Operations System เพิ่มสูงขึ้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าว KFTC จึงตัดสินว่า Microsoft กระทำการพ่วงขายเนื่องจากใช้สถานะอำนาจเหนือตลาดจำกัดการแข่งขันในตลาดสินค้าที่พ่วง (tied product market) คือ media server, media player และ messengers ขณะที่เพิ่มอุปสรรคการเข้ามาในตลาดสินค้าที่ถูกพ่วง (tying product market) ซึ่งก็คือ PC Server Operating System และ PC Operations System และทำให้เกิดการจำกัดการแข่งขันในตลาดและขัด (obstruction) ต่อประโยชน์ของผู้บริโภค ดังนั้น KFTC จึงตัดสินว่า Microsoft ใช้อำนาจเหนือตลาดพ่วงขายโดยผิดกฎหมายตาม Article 3-2 และปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม Article 23

#### คดี Soju<sup>643</sup>

เป็นคดีแรกที่คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมของเกาหลีกำหนดว่าเป็นการรวมกิจการแบบหลากหลาย (conglomerate integration) ที่อาจจำกัดการแข่งขันโดยบริษัท Hite (Hite Co., Ltd) ผู้ผลิตเบียร์ ได้เข้าถือหุ้นของบริษัท Jinro (Jinro Co., Ltd) ผู้ผลิต soju (ไวน์เกาหลี)

ประเด็นสำคัญในคดีมีอยู่ว่า

1) soju และ เบียร์ เป็นสินค้าที่ใช้ทดแทนกันได้หรือไม่

2) การรวมกิจการกันจะเป็นการจำกัดการแข่งขันหรือไม่ เนื่องจากสินค้าทั้ง 2 อย่างจำหน่ายผ่านทางช่องทางจัดจำหน่ายของผู้ค้าส่งสุรา (liquor wholesalers) เหมือนกัน

ในประเด็นแรก คณะกรรมการการค้าเป็นธรรมพบว่า soju และ เบียร์ ไม่อยู่ในตลาดเดียวกัน เนื่องจากความแตกต่างกันด้านรสชาติ ปริมาณแอลกอฮอล์ รูปแบบการบริโภค กลุ่มผู้บริโภค นอกจากนี้ KFTC ยังได้ทดสอบด้วย SSNIP Test (small but significant and non-transitory increase in price test) มีผลชี้ว่า soju และ เบียร์ ไม่ทดแทนกัน

<sup>643</sup> Korea Fair Trade Commission, Press Release (August, 2005), p. ii-iii from [http://www.ftc.go.kr/data/hwp/kftcnews\(2005\\_august\).doc](http://www.ftc.go.kr/data/hwp/kftcnews(2005_august).doc) (เมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2550)



อย่างไรก็ตาม ในประเด็นที่สอง การรวมกิจการจะเป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือจำกัดการแข่งขันหรือไม่ ในการสอบสวนของคณะกรรมการการค้าเป็นธรรม พบว่าการรวมธุรกิจของบริษัททั้ง 2 ซึ่งต่างก็เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดน่าจะทำให้การแข่งขันลดลงอย่างมาก เนื่องจากบริษัทที่รวมกัน (conglomerate companies) อาจใช้อำนาจเหนือตลาดขึ้นราคาขาย soju และ เบียร์ที่จะขายให้ผู้บริโภค (downstream sales) โดยมีขอบทำให้ประโยชน์ของผู้บริโภคลดลง และอาจใช้อำนาจเหนือตลาดของตนในช่องทางจัดจำหน่าย soju และเบียร์ให้ผู้ค้าส่งในตลาดค้าส่ง (upstream sales markets) โดยมีขอบหรือใช้อำนาจเหนือในการปฏิบัติทางธุรกิจที่ไม่เป็นธรรม เช่น การขายควบ (bundling) อาจเป็นการกีดกันคู่แข่งในตลาดให้ออกจากตลาด soju และเบียร์

โดยคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมยินยอมให้ทั้ง 2 บริษัทรวมธุรกิจกันโดยต้องปฏิบัติตามมาตรการเยียวยา เพื่อแก้ไขผลที่น่าจะเป็นการต่อต้านการแข่งขันของบริษัท Hite โดย

- 1) สั่งห้ามมิให้บริษัท Hite ขึ้นราคาขายปลีก soju และเบียร์ เกินกว่าอัตราเงินเฟ้อของผู้บริโภค (consumer price inflation rate) เป็นเวลา 5 ปี และสั่งให้ขออนุญาตจากคณะกรรมการการค้าเป็นธรรมล่วงหน้า ถ้าต้องการขึ้นราคา
- 2) บริษัทจะแสดงรายละเอียดและขอความยินยอมจาก KFTC เกี่ยวกับมาตรการรักษาการกระทำที่ไม่เป็นธรรมรวมถึงการทำข้อตกลงกับผู้ค้าส่งโดยใช้สถานะความได้เปรียบจากสถานะที่เหนือกว่าของบริษัทในพื้นที่ธุรกิจและจะปฏิบัติตามมาตรการเป็นเวลา 5 ปี
- 3) สั่งให้ฝ่ายขายของทั้ง 2 บริษัทดำเนินการแยกจากกันเป็นเวลา 5 ปี และ
- 4) บริษัทจะรายงานบันทึกการทำข้อตกลงกับผู้ค้าส่งทุกรายต่อ KFTC

## คดี POSCO

มีข้อเท็จจริงว่าเมื่อบริษัท Hyundai Hysco สร้างโรงงานเหล็กแผ่นรีดเย็น (cold-rolled steel plate mill) เสร็จในเดือนกุมภาพันธ์ ปี 1992 บริษัท Hyundai Hysco ได้ซื้อบริษัท POSCO (จำเลย) ซึ่งเป็นผู้ผลิตเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วน (hot-rolled coil) ที่ใช้เป็นวัตถุดิบหลัก (major feedstock) ในการทำเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดแผ่นหนา (cold rolled steel plate) หลายครั้งให้ขายเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนให้แก่บริษัท Hyundai Hysco แต่บริษัท POSCO ปฏิเสธที่จะจำหน่ายให้แก่บริษัท Hyundai Hysco เนื่องจากบริษัท Hyundai Hysco เป็นคู่แข่งในตลาดเหล็กแผ่นรีดเย็นซึ่งเหล็กแผ่นรีดเย็นดังกล่าวสามารถนำไปผลิตตัวถังรถ (auto bodies) เครื่องใช้ในบ้าน (home appliance) และตู้ขนส่งสินค้าทางเรือ (shipping containers) ทั้งนี้บริษัท POSCO เป็นผู้ผลิตเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนเพียงรายเดียวโดยมีส่วนแบ่งตลาด 79.8% ที่เหลืออีก 20.2% จะนำเข้าจากต่างประเทศ

ส่วนแบ่งตลาดของผู้ผลิตเหล็กแผ่นรีดเย็น (cold-rolled steel plate) ที่นำไปทำตัวถังรถยนต์ ในปี 2000 มีดังนี้ บริษัท POSCO มีส่วนแบ่งตลาด 58.4% บริษัท Dongbu Steel มีส่วนแบ่งตลาด 13.7% บริษัท Hyundai Hysco มีส่วนแบ่งตลาด 11.1% และบริษัท Union Steel มีส่วนแบ่งตลาด 7.9%

ข้อต่อสู้ของบริษัท POSCO (จำเลย)

(1) ตลาดในคดีนี้ควรกำหนดเป็นตลาดเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็น (cold-rolled steel plate) สำหรับทำตัวถังรถยนต์เท่านั้น

(2) เหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับทำตัวถังรถยนต์ จะแตกต่างจากเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นทั้งลักษณะรูปร่าง (characteristics) และกระบวนการผลิต ดังนั้น เหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับทำตัวถังรถยนต์ จึงเป็นคนละตลาดกัน (separate market)

นอกจากนี้ บริษัท POSCO ยังไม่เคยขายเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับทำตัวถังรถยนต์ให้แก่บริษัทใด จึงถือว่าส่วนแบ่งตลาดในตลาดเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับทำตัวถังรถยนต์ของบริษัท POSCO เป็นศูนย์ ดังนั้น จึงถือได้ว่าบริษัท POSCO ไม่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด (market dominating firm)

2) ตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant market) ในคดีนี้ หมายความว่ารวมถึงเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับใช้ทำตัวถังรถยนต์ เครื่องใช้ในบ้านและตู้ขนส่งสินค้าทางเรือ

ก. ตลาดสินค้า เหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับทำเหล็กแผ่นรีดเย็น

(1) แม้ว่าเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนประเภทต่างๆมีคุณสมบัติแตกต่างกัน ทั้งความแข็งแรง หน้าที่การใช้งานทั่วไป และการนำไปใช้ที่คล้ายกันทั้งในด้านลักษณะของสินค้าและการทดแทนด้านอุปสงค์ (demand substitutability) เนื่องจากเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนเป็นวัตถุดิบในการผลิตเหล็กแผ่นที่ใช้ทำตู้ขนส่งสินค้า เครื่องใช้ในบ้าน และชิ้นส่วนรถยนต์

(2) จากข้อเท็จจริงแตกต่างกับข้อต่อสู้ของบริษัท POSCO (จำเลย) ที่อ้างว่าเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ผลิตเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับทำชิ้นส่วนรถยนต์ (automotive parts) แตกต่างจากเหล็กแผ่นรีดร้อนสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นและบริษัท POSCO ไม่เคยขายเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนให้แก่บริษัทอื่น เนื่องจากมีข้อเท็จจริงว่าบริษัท Dongbu Steel และบริษัท Union Steel เคยซื้อเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นไปใช้ผลิตและจำหน่ายเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดม้วน (cold-rolled coil) สำหรับทำตัวถังรถยนต์ แสดงว่าเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นสำหรับทำตัวถังรถยนต์และเหล็กแผ่นรีดร้อนสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นใช้ทดแทนกันได้ (substitutes) ด้วยเหตุนี้ KFTC จึงพิจารณาว่ามีการใช้ทดแทนกันด้านอุปสงค์สูงระหว่างเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับทำชิ้นส่วนรถยนต์และเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น

เหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนทุกชนิดใช้ทดแทนกันได้ เนื่องจากผลิตขึ้นในโรงงานเดียวกัน (same facility) และมีกระบวนการผลิตที่คล้ายกัน (similar processes) ทั้งนี้ความกว้างหรือความแข็งแรงของเหล็กแผ่นรีดชนิดม้วนแต่ละชนิดจึงขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้บริโภคหรือเจตนาของผู้ผลิต ดังนั้น จึงมีการทดแทนกันได้ในด้านอุปทาน (supply substitutability) สูงระหว่างเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับชิ้นส่วนรถยนต์และเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนสำหรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตลาดสินค้าในคดีนี้จึงเป็นเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ผลิตเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดม้วน

ข. ตลาดภูมิศาสตร์ ไม่จำกัดเฉพาะ (confine) ตลาดภายในประเทศ

บริษัท POSCO (จำเลย) เป็นผู้ผลิตเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่ใช้ทำเหล็กแผ่นรีดเย็นรายเดียวในประเทศ (sole local manufacturer) KFTC เห็นว่าส่วนแบ่งตลาดของบริษัท POSCO ในตลาดประเทศเท่ากับ 79.8% เนื่องจากเห็นว่าตลาดภูมิศาสตร์มีขอบเขตตลาดนอกจากประเทศเกาหลี โดยรวมถึงเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนที่นำเข้าจากประเทศจีนและญี่ปุ่น คิดเป็นส่วนแบ่งตลาด 20.2%

### 3) KFTC ตัดสินโดยพิจารณาข้อเท็จจริงดังนี้

KFTC พบว่าการกระทำของบริษัท POSCO (จำเลย) ผ่าฝืนต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า (MRFTA) เนื่องจากพบการกระทำของจำเลยส่งผลให้ธุรกิจของบริษัท Hyundai Hysco ซึ่งเป็นคู่แข่งต้องหยุดชะงัก เนื่องจากการปฏิเสธไม่จำหน่ายเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วน ซึ่งเป็นวัตถุดิบที่จำเป็นอย่างยิ่ง (indispensable feedstock) ในการผลิตเหล็กแผ่นรีดเย็นชนิดม้วนโดยใช้อำนาจผูกขาดของตนในตลาดเหล็กแผ่นรีดร้อนชนิดม้วนโดยมีเจตนารักษาอำนาจเหนือตลาด (dominating power) ของตน

3.1) การกระทำของบริษัท POSCO ผ่าฝืนต่อ MRFTA ซึ่งกฎหมายดังกล่าวตราขึ้นเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับสวัสดิการสูงสุดโดยปกป้องการแข่งขันและเพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ

3.2) การกระทำของบริษัท POSCO เป็นการใช้อำนาจบีบบังคับ (strain) ธุรกิจของบริษัท Hyundai Hysco จากข้อเท็จจริงบริษัท Hyundai Hysco ไม่มีทางเลือกนอกจากต้องนำเข้าวัตถุดิบต่างๆทั้งหมดจากต่างประเทศและต้องแบกรับต้นทุนการผลิตที่เพิ่มขึ้น (ทั้งค่าระวางเรือ ภาษีศุลกากรและค่าบรรทุก) การดำเนินธุรกิจจะประสบปัญหาและไม่มั่นคง เนื่องจากเป็นเรื่องยากที่จะหาปัจจัยการผลิตที่สามารถตอบสนองการผลิตได้อย่างสม่ำเสมอ ประสิทธิภาพการผลิตจะลดลงเนื่องจากต้องใช้วัตถุดิบหลายอย่างและไม่สามารถปรับตัวกับโอกาสทางตลาดได้ทันทีเนื่องจากต้องใช้เวลาในการขนส่งทางเรือเป็นเวลานาน นอกจากนี้ ยังพบความจริงอีกว่าบริษัท Hyundai Hysco ไม่สามารถหาซื้อสินค้าอย่างเดียวกันในประเทศเกาหลีได้ ทำให้อำนาจซื้อของบริษัท Hyundai Hysco ลดน้อยลงและอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบในการเจรจาต่อรอง ซึ่งท้ายที่สุดแล้วจะเป็นผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ เหตุผลที่บริษัท POSCO นำเสนอจึงสามารถยอมรับได้ตามข้อกำหนด

### 4) KFTC ตัดสินให้ปรับบริษัท POSCO เป็นเงิน 1,640 ล้านบาท

## 4.5 ประเทศไทย

### 4.5.1 การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาดของประเทศไทย

โดยหลักการแล้วการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เพราะผู้ประกอบการย่อมต้องแข่งขันกันเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาด กฎหมายจึงมุ่งเน้นที่จะควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าการควบคุมการมีส่วนแบ่งตลาด พฤติกรรมหรือการกระทำที่ต้องห้ามของผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น

#### 4.5.1.1 ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

บทบัญญัติในส่วนของการควบคุมพฤติกรรมตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 25 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือบริการอย่างไม่เป็นธรรม
- (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่เป็นการบังคับโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างไม่เป็นธรรม ให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นลูกค้าของตนต้องจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น
- (3) ระวัง ผลิต หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าเพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด
- (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร”

การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่จะกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 25 ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วนคือ

- 1) ต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเสียก่อน
- 2) ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการฝ่าฝืนในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่ถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

1) ต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเสียก่อน ถ้าเพียงแต่เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเพียงประการเดียว โดยที่ผู้นั้นยังไม่ได้กระทำการในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่ถือเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบก็ยังไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 25 ในทางกลับกัน หากผู้ที่กระทำการอันมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นไม่มีอำนาจเหนือตลาดการกระทำของผู้ประกอบการรายนั้นก็จะไม่ถือเป็นความผิดเช่นกัน ดังนั้น การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจึงเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งเป็นคุณสมบัติของผู้กระทำความผิด ซึ่งในดับบทบัญญัติมาตรา 25 เองไม่ได้ให้ความหมายของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด



โดยความหมายของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดอยู่ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่ง "ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด" หมายถึง "ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ โดยให้พิจารณาสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย" ซึ่งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ประกาศหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เมื่อวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2550 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งใน ข้อ 1 ของประกาศฉบับดังกล่าวได้บัญญัติว่า

"ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย ดังต่อไปนี้เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

(1) ผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดหรือบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป หรือ

(2) ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมทั้งตั้งแต่ร้อยละ 75 ขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป

ความในวรรคหนึ่ง (2) มิให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือยอดขายในปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท"

ซึ่งสามารถสรุปรายละเอียด ข้อ (1) ของประกาศหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังตารางต่อไปนี้

ตาราง 4.14 สรุปหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของไทย<sup>644</sup>

จำนวนผู้ประกอบการ	ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย
(1) ผู้ประกอบการรายเดียว	- มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา 50% ขึ้นไปและมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมา 1,000 ล้านบาทขึ้นไป
2) ผู้ประกอบการสามรายแรก	- มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมทั้งตั้งแต่ 75% ขึ้นไปและมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมา 1,000 ล้านบาทขึ้นไป (แต่ไม่รวมผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดปีที่ผ่านมาต่ำกว่า 10 % หรือมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมา

<sup>644</sup> คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด," 7 กุมภาพันธ์ 2550.

จำนวนผู้ประกอบการ	ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขาย
	ต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท)

ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอยู่ในเกณฑ์ที่กำหนดตามประกาศฉบับดังกล่าวแล้ว ย่อมถือเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทันที ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดให้พิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบการ ซึ่งทั้งส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประกาศฯ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาด 50% ขึ้นไปหรือผู้ประกอบการสามรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกัน 75% ขึ้นไป แต่ผู้ประกอบการรายเดียวหรือผู้ประกอบการสามรายดังกล่าวนั้นมียอดเงินขายต่ำกว่า 1,000 ล้านบาท ก็จะไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด หรือหากเป็นผู้ประกอบการรายเดียวมีส่วนแบ่งตลาดต่ำกว่า 50% หรือผู้ประกอบการสามรายมีส่วนแบ่งตลาดรวมกันต่ำกว่า 75% แม้ผู้ประกอบการรายเดียวหรือผู้ประกอบการสามรายดังกล่าวนี้มียอดเงินขายตั้งแต่ 1,000 ล้านบาท ขึ้นไปก็ตามก็จะไม่ถือว่าเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเช่นกัน

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์นี้ค่อนข้างจำกัด เฉพาะผู้ที่เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่จริงๆ เท่านั้น และผู้ประกอบการสามารถหลบเลี่ยงหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้โดยอ้างขอบเขตของตลาด เพื่อให้กว้างมากยิ่งขึ้นเพื่อให้ดูเหมือนว่าตนมีส่วนแบ่งตลาดต่อกว่าที่กำหนด ซึ่งถ้าสามารถพิสูจน์ให้เชื่อได้เช่นนั้นแล้ว แม้มียอดเงินขายเกินกว่า 1,000 ล้านบาทก็ไม่ถือเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

2) ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกระทำการฝ่าฝืนในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ แม้เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามประกาศหลักเกณฑ์เรื่องผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้วแต่ยังไม่ถือเป็นความผิดในทันที โดยอัตโนมัติ กล่าวคือ ไม่ถือว่าผิด มาตรา 25 ในทันที จะผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำการลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดใน 4 ลักษณะดังที่กำหนดในมาตรา 25 (1)-(4) แล้วก็จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

โดยหลักการแล้วการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เพราะผู้ประกอบการย่อมต้องแข่งขันกันเพื่อแย่งชิงส่วนแบ่งตลาด กฎหมายจึงมุ่งเน้นที่จะควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดมากกว่าการควบคุมการมีส่วนแบ่งตลาด พฤติกรรมหรือการกระทำที่ต้องห้ามของผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น<sup>645</sup>

ซึ่งผลของมาตรา 3 ประกอบมาตรา 25 และหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจะควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเฉพาะกรณีที่เป็นผู้ประกอบการรายที่มีขนาดค่อนข้างใหญ่เท่านั้น ผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจจริงๆ แม้มีส่วนแบ่งตลาดหรือมี

<sup>645</sup> อนันต์ จันทโรภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า," วารสารนิติศาสตร์ 29 3 (กันยายน 2542): 358.

ยอดเงินขายไม่ถึงเกณฑ์ก็ไม่ถือเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่จะตกอยู่ในบังคับของ มาตรา 25 และมาตรา 30 ทำให้มีแนวโน้มที่จะบังคับใช้มาตรา 25 ได้ค่อนข้างน้อย แต่น่าจะมี แนวโน้มให้ใช้มาตรา 29 มากขึ้น เนื่องจากเป็นการที่มีลักษณะกว้างขวางมาก

เกณฑ์ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดมีลักษณะคล้ายกับข้อสันนิษฐานการเป็น ผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 4 ของกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศเกาหลีใต้ แต่ กฎหมายของเกาหลีใต้มีความยืดหยุ่นมากกว่า กล่าวคือ KFTC ผู้บังคับใช้กฎหมายมีภาระพิสูจน์ หักล้างหรือสนับสนุนข้อสมมติฐานว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ และแม้ผู้ประกอบการมีส่วนแบ่ง ตลาดไม่ถึงร้อยละ 50 หรือผู้ประกอบการ 3 รายแรก มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่ถึงร้อยละ 75 แต่ KFTC อาจพิจารณาหลักฐานอื่นเพื่อพิสูจน์หักล้างหรือสนับสนุนข้อสมมติฐานได้

ในขณะที่กฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้มีการพิสูจน์หักล้างหรือสนับสนุนหลักเกณฑ์การ เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

#### 4.5.1.2 ควบคุมขนาดของผู้ประกอบการ

แม้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยไม่ได้ห้ามผู้ประกอบการไม่ให้มีอำนาจเหนือ ตลาด แต่มุ่งหมายที่จะควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาด<sup>646</sup> แต่อย่างไรก็ ตาม ในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า "ให้ คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเกิน กว่าร้อยละ 75 ระบุ หยุุด หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาด ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้"

ผู้ประกอบการตามมาตรา 30 นี้ต้องเป็นผู้ประกอบการซึ่งอำนาจเหนือตลาด และเมื่อ เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าวแล้วที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละ 75 กฎหมาย ก็จะต้องว่าผู้นั้นเป็นผู้ผูกขาดและให้อำนาจแก่คณะกรรมการที่จะสั่งให้ผู้ประกอบการรายนั้นระบุ หยุุด หรือเปลี่ยนแปลงส่วนแบ่งตลาดได้

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 30 จะใช้ในทางปฏิบัติได้ค่อนข้างยากมากและดูเหมือนจะมี เจตนาคุ้มครองควบคุมโครงสร้างเศรษฐกิจเป็นสำคัญโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ แม้ผู้ประกอบการที่ไม่ได้ กระทำความผิดกฎหมายหรือไม่ได้กระทำการอันไม่เป็นธรรมก็อาจตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติ ดังกล่าวได้เช่นกัน

ผู้ประกอบการรายใดที่กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 25 และมาตรา 30 อาจต้องรับโทษทาง อาญาและมีความรับผิดทางแพ่งด้วย

โดยโทษทางอาญา ผู้กระทำการฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและในกรณีที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ<sup>647</sup> ซึ่งกรณีที่ไม่ ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตามมาตรา 30 มาตรา 31 หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ

<sup>646</sup> เรื่องเดียวกัน, 359.

<sup>647</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, มาตรา 51.

พิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 47 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1-3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 2-6 ล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละ 50,000 บาทตลอดเวลายังฝ่าฝืนอยู่<sup>648</sup> และในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ้่นส่วนผู้จัดการหรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมหรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายนั้นแล้ว<sup>649</sup> โดยผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องด้วยตนเองแต่มีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการเพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาและดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น<sup>650</sup>

ความรับผิดชอบทางแพ่ง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าให้สิทธิผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 ที่จะฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการฝ่าฝืนได้ โดยในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายนั้น ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภค หรือสมาชิกของสมาคมได้ แล้วแต่กรณี<sup>651</sup>

#### 4.6. สรุป

แต่ละประเทศมีความเป็นมาของแต่ละประเทศ ระบบการเมือง การปกครอง สภาพสังคม และวัฒนธรรม นโยบายทางเศรษฐกิจและระบบเศรษฐกิจ ขนาดของเศรษฐกิจ แนวคิดและความเชื่อเกี่ยวกับการแข่งขัน การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาด มาตรฐานทางกฎหมายและมาตรฐานทางเศรษฐกิจที่มีอยู่ ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ ดังกล่าวมาข้างต้นส่งผลให้มีแนวคิดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดแตกต่างกัน การบังคับใช้กฎหมายก็แตกต่างกัน

โดยสหรัฐมุ่งให้ความสำคัญกับการแข่งขันและประสิทธิภาพเป็นเป้าหมายสำคัญ ขณะที่สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น เกาหลีใต้และประเทศไทย นอกจากให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพแล้วยังให้ความสำคัญกับเป้าหมายทางเศรษฐกิจและสังคมและเป้าหมายอื่น ๆ อีก เช่น มีมาตรการคุ้มครองผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กจากการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่มิให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ใช้อำนาจโดยมิชอบ

โดยสหรัฐมีแนวโน้มพยายามหาวิธีที่ทำให้เป็นภาวะวิสัยอย่างมาก โดยนำวิธีการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้ประกอบการบังคับใช้กฎหมาย และแม้สหภาพยุโรปจะรับแนวความคิดของสหรัฐมาแต่ก็ไม่ได้ให้ความสำคัญมากนัก โดยเห็นว่าทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์อาจไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทุกกรณี โดยหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปถูกโต้แย้งว่าค่อนข้างมีลักษณะเป็นอัตวิสัย ส่วนหลักเกณฑ์ของประเทศญี่ปุ่นแม้จะรับแนวความคิดของสหรัฐมาก่อนข้างมากแต่ก็พิจารณาปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ด้วยและบังคับใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างเข้มงวดน้อย

<sup>648</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, มาตรา 52.

<sup>649</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, มาตรา 54.

<sup>650</sup> อนันต์ จันทโรภากร, "ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายแข่งขันทางการค้า," วารสารนิติศาสตร์ 29 3: 363.

<sup>651</sup> พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, มาตรา 40.



สหรัฐ เนื่องจากให้ความสำคัญกับเป้าหมายอื่นของกฎหมายทางสังคมด้วย และในเกาหลีใต้มีข้อสันนิษฐานการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ในการพิจารณาตีการใช้อำนาจโดยมิชอบ โดยเกาหลีใต้ให้ความสำคัญกับการป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ตั้งแต่แรกเริ่ม

การประเมินอำนาจของผู้ประกอบการเป็นประเด็นสำคัญและจำเป็นต้องกระทำเป็นขั้นตอนแรกในการพิจารณาตีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน โดยเฉพาะคดีใช้อำนาจโดยมิชอบในประเทศต่างๆ แม้แต่ในสหรัฐที่กฎหมายเป็นแบบควบคุมโครงสร้างก็ตามแต่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายก็ยังคงประเมินอำนาจตลาดที่แท้จริงของผู้ประกอบการก่อนเสมอ และในสหภาพยุโรปก็เช่นเดียวกัน

เกาหลีใต้ไม่ได้เห็นว่าการผูกขาดเป็นความชั่วร้ายและบางครั้งยังเห็นว่าควรรวมกลุ่มการใช้อำนาจเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในระดับโลกอีกด้วย

ประเทศญี่ปุ่นแม้รับแนวคิดจากสหรัฐค่อนข้างมากแต่แนวคิดเกี่ยวกับการแข่งขันของญี่ปุ่นไม่เหมือนกับสหรัฐทำให้บังคับใช้กฎหมายไม่เข้มงวดมากนัก

ตาราง 4.15 เปรียบเทียบการกำกับดูแลระบบเศรษฐกิจโดยใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้า (หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด)

	ประเทศสหรัฐอเมริกา	กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
การกำกับดูแลผู้มีอำนาจตลาด	1) ห้ามผูกขาด (monopolize) มาตรา 2 Sherman Act ส่วนแรก  2) ห้ามพยายามผูกขาด (attempt to monopolize) มาตรา 2 Sherman Act ส่วนหลัง	ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of dominant position) มาตรา 82 the Treaty of Rome	1) ห้ามผูกขาดเอกชน (private monopolization) มาตรา 2 (5) ประกอบ มาตรา 3 ของ AMA  2) ห้ามสถานการณ์ผูกขาด (monopolistic situation) มาตรา 2 (7) ประกอบ มาตรา 8-4 ของ AMA	ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (abuse of market dominant position) มาตรา 3-2 ของ MRFTA	1) ห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ มาตรา 25 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542  2) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดระงับ หยุด หรือเปลี่ยนแปลงการมีส่วนแบ่งตลาด มาตรา 30 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
เกณฑ์การ กำหนด ตลาด	แนวปฏิบัติในการ รวมกิจการฯ [Horizontal Merger Guidelines Department of Justice and Federal Trade Commission, (1992, revised 1997)]	เกณฑ์การกำหนด ตลาดฯ [Commission Notice on The Definition of Relevant Market for the Purposes of Community competition Law (97/C 372/03)]	แนวปฏิบัติในการรวม กิจการฯ (Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination)	แนวปฏิบัติในการ รวมกิจการฯ (Notification on M&A Review Guidelines)	ไม่มีแนวปฏิบัติ หรือหลักเกณฑ์ ในการกำหนด ตลาดที่ เกี่ยวข้อง
การ กำหนด ตลาดเพื่อ ประเมิน อำนาจ ตลาดใน คดีผูกขาด	ปรับใช้แนว ปฏิบัติการรวม กิจการในการ กำหนดตลาดที่ เกี่ยวข้องโดย พิจารณา  1) ตลาดสินค้าที่ เกี่ยวข้อง (product market) โดย พิจารณา ลักษณะสินค้า ราคาและความ มุ่งหมายในการ ใช้ เน้นการใช้ วิธีการทดสอบ การขึ้นราคา SSNIP Test (small but significant nontransitory increase in price) 5% ค่อน	ใช้เกณฑ์การ กำหนดตลาดทั้ง ในคดีผูกขาดและ คดีการรวมกิจการ กำหนดตลาดที่ เกี่ยวข้อง โดยพิจารณา  1) ตลาดสินค้าที่ เกี่ยวข้อง (product market) โดยพิจารณา ลักษณะสินค้า ราคาและความมุ่ง หมายในการใช้ เน้นการใช้วิธีการ ทดสอบการขึ้น ราคา SSNIP Test (small but significant nontransitory increase in price) 5-10% อาจเปลี่ยนแปลง ได้ขึ้นอยู่กับแต่ละ	ปรับใช้แนว ปฏิบัติการรวมกิจการ ในการกำหนดตลาดที่ เกี่ยวข้องเหมือน สหรัฐฯโดยพิจารณา  1) ตลาดสินค้าที่ เกี่ยวข้อง (product market)	ไม่มีการปรับใช้แนว ปฏิบัติการรวม กิจการมากำหนด ตลาดที่เกี่ยวข้องใน คดีใช้อำนาจเหนือ ตลาดเลย และจะ กำหนดตลาดที่ เกี่ยวข้องเฉพาะใน คดีรวมกิจการตาม แนวปฏิบัติในการ รวมกิจการเท่านั้น  1) ตลาดสินค้าที่ เกี่ยวข้อง (product market)	มีประกาศ คณะกรรมการ การแข่งขันทาง การค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การ เป็นผู้ประกอบ ธุรกิจซึ่งมี อำนาจเหนือ ตลาด ซึ่ง กำหนดให้ พิจารณาตลาด สินค้าได้สินค้า หนึ่งหรือบริการ ใดบริการหนึ่ง  แต่ไม่มี หลักเกณฑ์การ กำหนดตลาดที่ เกี่ยวข้องที่ นำมาใช้ในการ พิจารณาอำนาจ ตลาดทั้งในคดี การใช้อำนาจ เหนือตลาดโดย มิชอบ และคดี รวมกิจการ

	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
	มีลักษณะข้าง เป็นเป็น ภาวะ วิสัย (objective concept)	กรณี อย่างไรก็ ตามศาลให้ ความสำคัญกับ ลักษณะสินค้า ราคาและความมุ่ง หมายในการใช้ มากกว่า จึงมี ลักษณะเป็น อัต วิสัยมากกว่า (subjective concept)			
	2) ตลาด ภูมิศาสตร์ที่ เกี่ยวข้อง (geographic market)	2) ตลาด ภูมิศาสตร์ที่ เกี่ยวข้อง (geographic market)	2) ตลาดภูมิศาสตร์ที่ เกี่ยวข้อง (geographic market)	2) ตลาดภูมิศาสตร์ ที่เกี่ยวข้อง (geographic market)	
		และ 3) บางกรณี จะมีการกำหนด ตลาดฤดูกาล (temporal market)			
	กำหนดตลาดโดย พิจารณาการ ทดแทนด้าน อุปสงค์เป็นหลัก	กำหนดตลาดโดย พิจารณาการ ทดแทนด้าน อุปสงค์เป็นหลัก โดยอาจพิจารณา การทดแทนด้าน อุปทานด้วยใน กรณีที่ ผู้ประกอบการ เปลี่ยนการผลิตได้ ในระยะเวลาอันสั้น ได้อย่างรวดเร็ว และไม่ต้องลงทุน เพิ่มขึ้นหรือไม่	กำหนดตลาดโดย พิจารณาการทดแทน ด้านอุปสงค์	กำหนดตลาดโดย พิจารณาการ ทดแทนใช้ทดแทน กันด้านอุปสงค์	

	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
		ความเสี่ยงใดเพิ่ม มากขึ้นจึงจะนำมา พิจารณาในการ กำหนดตลาด แต่ถ้าต้องใช้ เวลานานหรือต้อง ลงทุนเพิ่มขึ้นหรือ เสี่ยงสูงขึ้น จะไม่ ถือว่าเป็นปัจจัย การทดแทนด้าน อุปทานแต่ถือเป็น โอกาสการแข่งขัน ซึ่งจะพิจารณาใน ขั้นการประเมิน อำนาจตลาด			
<b>เกณฑ์การ ประเมิน อำนาจ ตลาด</b>	พิจารณาส่วนแบ่ง ตลาดในคดี ผูกขาด  - ถ้ามีส่วนแบ่ง ตลาด มากกว่า 70 % ขึ้นไปถือ ว่ามีอำนาจเหนือ	พิจารณาส่วนแบ่ง ตลาดเป็นสำคัญ  - กรณีที่มีส่วนแบ่ง ตลาดสูงมากเป็น หลักฐานแสดงว่ามี อำนาจเหนือซึ่ง ผู้ประกอบการจะมี	พิจารณาส่วนแบ่ง ตลาดโดยพิจารณา สภาพของตลาดและ ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้อง  (อาจถือว่า ผู้ประกอบการทำการ ผูกขาดเอกชนได้เมื่อ พบว่ามีส่วนแบ่ง	มีข้อสันนิษฐาน ผู้ประกอบการที่มี อำนาจเหนือตลาด (presumption of market- dominating enterprises) มาตรา 2-7 ประกอบ มาตรา 4 ของ MRFTA โดย KFTC พิสูจน์ ความผิดตามข้อ สันนิษฐาน และ ผู้ประกอบการอาจ พิสูจน์หักล้างได้  ข้อสันนิษฐานขึ้นอยู่กับ ส่วนแบ่งตลาด และยอดเงินขาย  1) ผู้ประกอบการ รายเต็ยวมีส่วนแบ่ง ตลาดตั้งแต่ 50% ขึ้นไปและมียอดเงิน ขายและมีรายรับต่อ	ประกาศ คณะกรรมการ การแข่งขันทาง การค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การ เป็นผู้ประกอบ ธุรกิจซึ่งมี อำนาจเหนือ ตลาด เป็น หลักเกณฑ์ กำหนดให้ผู้ ประกอบธุรกิจผู้ มีส่วนแบ่งตลาด และยอดเงิน ขายตามที่ กำหนดเป็นผู้ ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีอำนาจ เหนือตลาด ตาม มาตรา 3 ซึ่งตกอยู่ภายใต้ บังคับของ มาตรา 25 และ 30 พิจารณาส่วน



	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
	<p>ตลาดอย่าง แน่นอน</p> <p>- ถ้ามีส่วนแบ่ง ตลาด ตั้งแต่ 50 % ขึ้นไปแต่ไม่ เกิน 70 % ลำพัง เฉพาะส่วนแบ่ง ตลาดยังไม่อาจ สรุปได้ว่ามี อำนาจเหนือ ตลาดหรือไม่ กล่าวคือ อยู่ใน ข่ายต้องสงสัย ซึ่ง ต้องพิจารณา ปัจจัยต่างๆที่ เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย</p> <p>- ถ้ามีส่วนแบ่ง ตลาด น้อยกว่า 50%ถือว่าไม่มี อำนาจเหนือ ตลาด</p> <p>กรณีพยายาม ผูกขาด อาจมี ส่วนแบ่งตลาด ตั้งแต่ประมาณ 50% ขึ้นไปแต่ไม่ เกิน 75% ใช้ อำนาจที่มีร่วมกับ พฤติกรรม บางอย่าง โดยมี เจตนาเพื่อที่จะ กลายเป็นผู้มี อำนาจผูกขาด และน่าจะเกิด</p>	<p>ภาระหน้าที่มาก พิเศษ (special responsibility) ที่ จะไม่บิดเบือนการ แข่งขัน</p> <p>- มีแนวโน้มที่จะ พบการมีอำนาจ เหนือ ณ ระดับต่ำ กว่าอเมริกา คือ 40-50% ขึ้นไป และผู้ประกอบการ ที่มีส่วนแบ่ง การตลาด 20-40 อาจมีอำนาจเหนือ ตลาด</p>	<p>ตลาดระหว่าง 30- 80%)</p> <p>โดยพิจารณาสภาพ ของตลาดและปัจจัย อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น โครงสร้างตลาด สภาพการแข่งขันใน ตลาด ขนาดของ ผู้ประกอบการ สภาพการเข้าสู่ตลาด ของคู่แข่งรายใหม่ สภาพอุปสงค์และ อุปทาน อำนาจของ ผู้ประกอบการโดย เปรียบเทียบกับคู่แข่ง การแข่งขันที่น่าจะ เกิดขึ้นและปัจจัย อื่นๆในการแข่งขัน ระหว่างประเทศ รวมถึงปัจจัยทาง เศรษฐกิจซึ่งการ ผูกขาดขัดต่อ ประโยชน์สาธารณะ</p>	<p>ปี หรือมูลค่าการซื้อขาย ขาย 1 พันล้านวอน หรือมากกว่า</p> <p>2) ผู้ประกอบการ 3 ราย หรือ ผู้ประกอบการน้อย กว่า 3 ราย รวมกัน มีส่วนแบ่งตลาด มากกว่า 75% (ไม่ รวมผู้ประกอบการ ที่มีส่วนแบ่งตลาด ต่ำกว่า 10 %) รายรับต่อปี หรือ มูลค่าการซื้อขาย 1 พันล้านวอน หรือ มากกว่า</p> <p>แต่ไม่รวมผู้ที่มีส่วน แบ่งตลาดต่ำกว่า 10% และใช้กับ มูลค่าของอุปทาน ในตลาดภายในปีที่ ผ่านมาไม่ต่ำกว่า 1,000 ล้านวอน)</p>	<p>แบ่งตลาดและ ยอดเงินขาย</p> <p>1) ผู้ประกอบ ธุรกิจรายเดียว ในตลาดสินค้า ใดสินค้าหนึ่งที่มี ส่วนแบ่งตลาด ในปีที่ผ่านมา ตั้งแต่ 50% ขึ้น ไปและมี ยอดเงินขายใน ปีที่ผ่านมา ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป</p> <p>2) ผู้ประกอบ ธุรกิจสามราย ในตลาดสินค้า ใดสินค้าหนึ่งที่มี ส่วนแบ่งตลาด ในปีที่ผ่านมา รวมกันตั้งแต่ 75% ขึ้นไปและ มียอดเงินขาย ในปีที่ผ่านมา ตั้งแต่ 1,000 ล้านบาทขึ้นไป</p> <p>กรณีใน 2) มิให้ ใช้บังคับกับผู้ ประกอบธุรกิจที่ มีส่วนแบ่งตลาด ในปีที่ผ่านมาต่ำ กว่า 10% หรือ ยอดเงินขายใน ปีที่ผ่านมามี ต่ำกว่า 1,000 ล้าน บาท</p>

	ประเทศ สหรัฐอเมริกา	กลุ่มประเทศ สหภาพยุโรป	ประเทศญี่ปุ่น	ประเทศเกาหลีใต้	ประเทศไทย
	ความเสียหาย พิจารณาด้วยวิธี อื่น เช่น การ คำนวณทาง เศรษฐศาสตร์ Lerner Index, ความยืดหยุ่นไขว้ ความสัมพันธ์ของ ราคา (price correlation) และ ผลกำไร				